

مجلة العلوم

الشرعية والقانونية

مجلة علمية محكمة تصدرها

كلية القانون بالخميس

جامعة المرقب

العدد الأول لسنة 2018

---

مجلة العلوم الشرعية والقانونية مجلة محكمة تصدر عن كلية القانون بجامعة المرقب

رقم الإيداع المحلي 2015/379م.

دار الكتب الوطنية ببنغازي . ليبيا

هاتف:

9090509 . 9096379 . 9097074

بريد مصور:

9097073

البريد الإلكتروني:

Nat-Liba@hotmail.com

ملاحظة /

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

للاتصال برئيس التحرير: 091-1431325 / 092-7233083

---

## شروط النشر بالمجلة:

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

1. أن لا يكون قد تمّ نشر البحث من قبل في أي مجلة أو كتاب أو رسالة علمية أو وسيلة نشر أخرى.
2. أن لا تزيد صفحات البحث عن (35) صفحة تقريباً بما فيها قائمة المراجع.
3. هوامش الصفحة من اليمين ، على ورق A4 . وحجم الخط (14) ونوعه (Traditional Arabic). وللهامش (12) وبين السطور (1).
4. العناوين الوسطية تكتب مسودة وبحجم خط (16) Bold.
- العناوين الجانبية: تكتب من أول السطر مسودة وبحجم (14) Bold ، وتوضع بعدها نقطتان رأسيّتان.
5. تبدأ الفقرات بعد خمس فراغات.
6. يجب الاهتمام بوضع علامات الترقيم في أماكنها المعروفة الصحيحة، ورموز أسمائها بالخط العربي .
7. ضرورة استخدام رمز القوسان المزهران للآيات القرآنية ( ﴿ ﴾ ) ، والرمز ( « » ) للنصوص النبوية، والرمز: ( " " ) علامة التنصيص.
8. تكتب في الهوامش أسماء الشهرة للمؤلفين كالبخاري، الترمذي، أبو داود، ابن أبي شيبة، ولا يكتب الاسم الكامل للمؤلفين في الهوامش.
9. الإحالات للمصادر والمراجع تكون في هوامش صفحات البحث وليس في آخره.
10. لا تكتب بيانات النشر للمصادر والمراجع في الهامش، وإنما يكتب ذلك في قائمة المصادر والمراجع في آخر البحث.
- مثل : ابن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج 2، ص 332
11. عند الإحالة إلى كتب الحديث المرتبة على الأبواب الفقهية والموضوعات العلمية تكتب أسماء الكتب والأبواب، مع كتابة الجزء، والصفحة، ورقم الحديث إن

- 
- وجد. هكذا: أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب. الإيمان، باب الإيمان وقول النبي «  
بني الإسلام على خمس» : ج 1، ص 12 ، رقم 1.  
12. تخرّج الآيات القرآنية في المتن بعد الآية مباشرة بحجم 12.  
مثل: قال الله تعالى: (سَيَقُولُ السُّفَهَاءُ مِنَ النَّاسِ مَا وَلَّاهُمْ عَن قِبَلَتِهِمُ الَّتِي كَانُوا  
عَلَيْهَا قُلْ لِلَّهِ الْمَشْرِقُ وَالْمَغْرِبُ يَهْدِي مَنْ يَشَاءُ إِلَى صِرَاطٍ مُسْتَقِيمٍ)..[البقرة: 142]  
13. في الهوامش، يترك بعد أرقام الهوامش فراغ واحد ثم تبدأ كتابة المعلومات التي  
يراد كتابتها، وهوامش كل صفحة تبدأ بالرقم واحد.  
14. قائمة المصادر ترتب على أسماء الشهرة للمؤلفين، كالاتي:  
ابن حجر، أحمد بن علي بن محمد العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري،  
تحقيق: علي محمد البجاوي، بيروت: دار الجيل، ط 1، سنة 1112 هـ/ 1992م.  
15. يرفق الباحث ملخصاً لسيرته الذاتية في حدود صفحة واحدة، ويرفق صورة  
شخصية له.  
16. ترسل البحوث، والسير الذاتية المختصرة مطبوعة على ورق وقرص مدمج  
لرئيس التحرير مباشرة أو عبر البريد الإلكتروني الآتي.  
**iaelfared@elmergib.edu.ly**  
17. للمجلة الحق في رفض نشر أي بحث بدون إبداء الأسباب والبحوث التي لا  
تقبل للنشر لا ترد إلى أصحابها.  
18. لصاحب البحث المنشور الحق في الحصول على عدد (5) نسخ من عدد  
المجلة المعني مجاناً.  
19. ترتيب ورود الأبحاث في المجلة لا يدل على أهمية البحث أو الباحث، إنما لكل  
التقدير والاحترام .  
20. لإدارة المجلة حرية تغيير الخطوط والتنسيق بما يناسب إخراج المجلة بالصورة  
التي تراها.  
نأمل من السادة الباحث والقراء المعذرة عن إي خطأ قد يحدث مقدماً ، فله  
الكمال وحده سبحانه وتعالى.
-

---

## ملاحظة /

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

للاتصال برئيس التحرير: 091-1431325 / 092-7233083

---

---

مجلة العلوم الشرعية والقانونية  
مجلة علمية محكمة تصدرها  
كلية القانون بالخمسة - جامعة المرقب

رئيس التحرير

د. إبراهيم عبدالسلام الفرد

هيئة التحرير:

د. مصطفى إبراهيم العربي

د. عبدالمنعم محمد الصرارعي

د. أحمد عثمان احميده

اللجنة الاستشارية:

أ. د. عبدالسلام أبوناجي. أ. د. محمد عبدالسلام

أ. د. محمد رمضان باره. أ. د. سالم محمد مرشان.

د. عمر رمضان العبيد. د. محمد علي أبوسطاش.

د. علي أحمد اشكورفو. د. عبد الحفيظ ديكنه.

---

## فهرس الموضوعات

7	..... كلمة رئيس التحرير
	القواعد الفقهية مفهومها - كونها كلية أو أغلبية- (دراسة استقرائية تحليلية)
9	..... د. مُجَّد عبدالحفيظ عليجة
	البعد الفلسفي للشرعية الدستورية
57	..... أ. صالح أحمد الفرجاني
	تطبيق قانون الامتثال الضريبي الامريكى على المؤسسات الأمنية
73	..... د. رحاب مُجَّد بن نوبة
	مدى مشروعية تقنية الرحم المستعار في القانون الجنائي الليبي
102	..... د. عبدالله عبدالسلام عربي
	التوسع في استخدام الفصل السابع من الميثاق " الأسباب والنتائج"
122	..... د. مصباح النعاس
	الحماية الجنائية للبيانات الشخصية الإلكترونية في القانون الليبي والمقارن
146	..... د. ماشاء الله عثمان الزوي
	الوسائل الودية لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي (دراسة تحليلية)
233	..... د. جمال عثمان المبروك
	نطاق تطبيق مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية
273	..... د. نعيمة عمر الغزير
	نطاق تطبيق الوساطة الجنائية في التشريعات المقارنة
331	..... بشرة سعيد سليمان سيف
	البصمة الوراثية كدليل إثبات في مرحلة المحاكمة في القانون الإماراتي
377	..... هنادي شريف مراد
	ضمانات المحكوم عليه في حالة النفاذ المعجل وفقاً لأحكام القانون الإماراتي
411	..... دانة مُجَّد سليمان
	فهرس القانون رقم 23 لسنة 2010 بشأن النشاط الاقتصادي
430	..... أ. الصديق محمود سليمان

---

## كلمة رئيس التحرير

### بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

والحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين، وعلى آله وصحبه الكرام الطيبين، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد: فإنه يسر هيئة التحرير أن تهديكم العدد الأول من المجلة للعام 2018م. ونظراً للعمل الذؤوب، والجهد المتواصل للرقى بالمجلة، فقد منّ الله تعالى علينا بأن داع صيت مجلتكم في الآفاق، بحيث صارت معتمدة في ترقيات اعضاء هيئة التدريس الجامعي في كل الجامعات الليبية وكذلك بعض الجامعات العربية، الحمد لله وله المنة والفضل، وهذا الأمر مما يثقل كاهلنا من ناحية، ويشجعنا على مزيد من بدل الجهد والعطاء، وكل ذلك كان بفضل جنود مجهولين يقدمون العمل للمجلة بدون ادنى مقابل - جزاهم الله أحسن الجزاء، وشكر جهدهم، وزادهم علما وتقى - كما لا يفوتني أن أنبه أن بحوث طلاب الدراسات العليا التي تنشر في المجلة تتم بإشراف من أساتذتهم بجامعاتهم المختلفة، ثم تأخذ دورتها في المجلة مثل البحوث المقدمة من السادة أعضاء هيئة التدريس الجامعي.

وفي الختام نشكر كل من ساهم معنا في أن تخرج المجلة بهذه الصورة، ونشكر كذلك كل من اتخذها منبرا لنشر نتاجه العلمي، ونسأل الله - تعالى - أن يوفق الجميع لما يحب ويرضى، وله الحمد في الأولى والأخرى.

د. إبراهيم عبدالسلام الفرد  
رئيس التحرير

---



## القواعد الفقهية مفهومها - كونها كلية أو أغلبية -

### دراسة استقرائية تحليلية

د. محمد عبدالحفيظ عليجة

عضو هيئة تدريس بكلية علوم الشريعة/ جامعة المرقب

#### تقديم

الحمد لله رب العالمين، أنزل كتابه المحكم: ﴿الر كِتَابٌ أُحْكِمَتْ آيَاتُهُ ثُمَّ فُصِّلَتْ مِنْ لَدُنْ حَكِيمٍ خَبِيرٍ﴾<sup>1</sup>. فقله (أحكمت آياته). أي: نظمت نظاما رصينا محكما، بحيث لا يقع فيها نقض ولا خلل، كالبناء المحكم المرصف<sup>2</sup>، (ثم فصلت) أي: فرقت بين الحق والباطل، فضلا عن أنها فصلت تفصيلا رصينا؛ بتوضيحها للحقائق والمسائل المراد بيانها، بحيث لا يبقى فيها اشتباه أو لبس<sup>3</sup>. وأشهد أن لا إله إلا الله، وحده لا شريك له، له الأسماء الحسنى، وأشهد أن محمدا عبده ورسوله إمام أولي النهى، بلغ الرسالة وأدى الأمانة وجاهد في الله الجهاد الأوفى - صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه، ومن اتبع أثرهم واقتفى - أما بعد:

فإن علم القواعد الفقهية لمن أعظم الإبداعات العقلية، استنبطها الفقهاء في مدى زمن متناول، من دلائل النصوص الشرعية، وصاغوها بعبارات موجزة محكمة؛ لضبط مسائل الفقه، ولفهم مقاصد الشريعة، ولاستخدامها عند التأصيل، والتعليل، والتخريج، والترجيح؛ لمواجهة حالة

<sup>1</sup> سورة هود - عليه السلام -: الآية الأولى. وبنفس المعنى الآية الثانية من سورة فصلت.

<sup>2</sup> المحكم من آيات الله - عز وجل -: ما لا يعرض فيه شبهة من حيث اللفظ، ولا من حيث المعنى. ينظر مفردات القرآن للراغب الأصفهاني، مكتبة فياض، ت: مصطفى بن العدوي، المنصورة، مصر (1430 هـ - 2009م): 177.

<sup>3</sup> ينظر تفسير الكشاف عن حقائق التنزيل وعيون الأقاويل لأبي القاسم محمود الزمخشري، المكتبة التوفيقية - مصر (د . ت): 415/2. والتفسير الوسيط لمحمد سيد طنطاوي، نهضة مصر للطباعة والنشر بالقاهرة، ط (1) 1997م : 158/7.

التطور البشري وما يطرأ على نظام حياة الناس وواقعهم من حوادث ومستجدات، تحتاج إلى حكم الشرع فيها، فهي ثمرة نتاج فكري، فقهي، ذات قيمة معتبرة في ميزان الشرع، وفي التعامل مع المسائل وفروعها (فقهها، وقضاء، وتشريعها).

كما أن علم القواعد الفقهية من العلوم ذات الصلة الوثيقة ببعض العلوم والمعارف الإسلامية، ك (علم الفقه، وعلم مقاصد الشريعة، وعلم السياسة الشرعية) غير أن صلته وعلاقته بعلم الفقه تبرز وتتأكد أكثر من صلته بباقي العلوم الشرعية الأخرى؛ لأنه يمثل مجموع الأحكام الفقهية الفرعية، المنوطة بأدلتها الشرعية، فضلا عن كونه يستند إلى القواعد الفقهية، ويبني عليها.

#### أهمية الدراسة

ولأهمية علم القواعد الفقهية - قديما وحديثا- فإن الفقهاء والباحثين قد أولوها اهتماما كبيرا، في إعداد صيغها وجمعها، وفي تقسيماتها ومصادرها... فأفردوا لها المؤلفات التي قامت عليها، ثم الشروح والتحقيقات، والبحوث والدراسات؛ ليمنحوها ما تستحقه من بسطة البحث وسعة الإبانة والشرح، فخلفوا لنا بذلك ذخيرة علمية يمكن وصفها بأنها: صفة الشريعة وحقيقتها؛ لأنها دلت على عمق جوهرها، وطيب عنصرها. كما أنهم نوهوا بشأنها، وحثوا طلاب علوم الشريعة على النهل منها (نظما ونثرا). ومما جاء من إشادة العلماء والفقهاء عن أهمية علم القواعد الفقهية:

- قول الإمام السعدي في (منظومته في القواعد الفقهية):

اعْلَمْ هُدَيْتَ أَنْ أَفْضَلَ الْمِنْنِ عِلْمٌ يُزِيلُ الشُّكَّ عَنْكَ وَالْدَرْنُ

ويكشفُ الحقَ لِذِي الْقُلُوبِ وَيُوصِلُ الْعَبْدَ إِلَى الْمَطْلُوبِ

فأحرصُ على فهمك للقواعدِ جامعةِ المسائلِ الشواردِ

فترتقي في العلم خير مُرتقى      تَقْتَنِي سُبُلَ الَّذِي قَدْ وُفِّقَ<sup>4</sup>

- قول الإمام القرافي في (الفروق) مبينا أهمية القواعد: "هذه القواعد مهمة في الفقه، عظيمة النفع، وبقدرة الإحاطة بها يعلو قدر الفقيه ويشرف، ويظهر رونق الفقه ويعرف، وتتضح مناهج الفتوى وتكشف... ومن ضبط الفقه بقواعده، استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات؛ لاندراجها في الكليات، واتحد عنده ما تتقاض عند غيره وتناسب..."<sup>5</sup>.
- قول الإمام ابن السبكي في (الأشباه والنظائر): "حق على طالب التحقيق، ومن يتشوق إلى المقام الأعلى في التصور والتصديق، أن يحكم قواعد الأحكام؛ ليرجع إليها عند الغموض، وينهض بعبء الاجتهاد أتم نهوض..."<sup>6</sup>.
- قول الامام السيوطي في (الأشباه والنظائر): "اعلم أن فن الأشباه والنظائر فن عظيم، به يطلع على حقائق الفقه ومداركه ومآخذه وأسراره، ويتمهر في فهمه واستحضاره، ويقدر على الإلحاق والتخريج، ومعرفة أحكام المسائل التي ليست بمسطورة، والحوادث والوقائع التي لا تنتضي على مر الزمان"<sup>7</sup>.
- قول الحافظ ابن رجب في (القواعد): "هذه قواعد مهمة، وفوائد جمة، تضبط للفقيه أصول المذهب وتطلعه من مآخذ الفقه على ما كان عنه قد تغيب، وتنظم منشور المسائل في سلك واحد، وتفيد له الشوارد، وتقرب عليه كل متباعد"<sup>8</sup>.

هذا وإن هذه الدراسة العلمية - المتواضعة-، وإن كانت تلقي الضوء وتفتح المجال أمام المبتدئين من الباحثين والدارسين - من أهل التخصص وغيره- فإنها لا تغني - إطلاقا- عن

<sup>4</sup> القواعد الفقهية لفهم النصوص الشرعية لعبد الرحمن بن ناصر السعدي، دار الحرمين، ط (1) 1420 هـ - 1999م: 12-14.

<sup>5</sup> الفروق لشهاب الدين القرافي، ت: عمر حسن، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط (2) 1432 هـ - 2011م: 62/1-63.

<sup>6</sup> مقدمة الأشباه والنظائر لابن السبكي. ت: عادل عبد الموجود وعلى معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (1) 1411 هـ - 1991م: 10/1.

<sup>7</sup> الأشباه والنظائر لجلال الدين السيوطي. ت: خالد عبدالفتاح، مؤسسة الكتب الثقافية، بيروت، ط (3) 1419 هـ-1999م: 13.

<sup>8</sup> القواعد في الفقه الاسلامي لابن رجب الحنبلي، دار المعرفة، بيروت (د.ت): 3.

ضرورة الاطلاع على تفاصيل موضوعات علم القواعد الفقهية، فيما ألفت فيها من مطولات وشروح ودراسات معتبرة - قديمة وحديثة-، والتي سنقف على أسماء بعض منها في ثنايا الدراسة.

وتأسيسا على ما سبق عزمت - بنظري القاصر - على إعداد بحث علمي؛ للتعرف على جانب من جوانب القواعد الفقهية فوق اختياري لجانب: مفهومها وكونها كلية أو أغلبية؛ لأهميتها في تحديد معنى القواعد الفقهية. فجعلت موضوع هذا البحث ونطاقه تحت عنوان: **القواعد الفقهية (مفهومها - كونها كلية أو أغلبية).**

### أسباب اختيار الموضوع

لقد كان من دواعي التفكير في إعداد بحث في علم القواعد الفقهية أسباب كثيرة من أهمها:

- 1- إن القواعد الفقهية تمثل الإطار الجامع والكلي للفروع والجزئيات الفقهية، مع ما لها من مكانة للتقعيد الفقهي وما ينتج عنه من محاسن كثيرة على مستوى: التصور، والتتظير، والتنزيل، والاجتهاد، والتخريج، والترجيح، والتنسيق، والترتيب... .
- 2- إن علم القواعد الفقهية يستجيب لحل كثير من المسائل والحوادث الجديدة لأنه يتضمن الكثير من القواعد التي تتصف بالسعة والمرونة والشمول، الأمر الذي يجعلها تحيط بكثير من الفروع والمسائل الفقهية.
- 3- إن القواعد الفقهية تساهم في تنمية التحصيل العلمي وتطوره، فضلا عن أنها ترفع من مستوى حركة النهضة العلمية الشاملة، التي يسعى إلى تحقيقها المجتهدون من العلماء في سائر المذاهب الفقهية (درسا ودراسة، وبحثا، وإفتاء) في كل الأزمنة والعصور.
- 4- زيادة البحث والتحليل فيما تتضمنه نصوص القواعد الفقهية من دلالات ومقاصد، باعتبارها تردف -إن صح التعبير- الأدلة من الكتاب والسنة عند الاجتهاد لبيان الاحكام الشرعية فيما يستجد من مسائل وقضايا في مختلف الأزمنة.
- 5- التأكيد على أن القواعد الفقهية ليست مجرد صياغة لفظية فقهية، تفنن العلماء والفقهاء في صياغتها وترتيبها، بل لأن كل واحدة منها تشكل بنية لفظية، وصياغة حرفية، تربط

بين مجموعة من الأدلة التي تنحو منحى متقاربا، وتتوصل لمبدأ من مبادئ الإسلام الخالدة، وتقرر قاعدة من قواعده الكلية الثابتة.

### خطة البحث

اشتملت هيكله الدراسة على: مقدمة وثلاثة مباحث وخاتمة

- المقدمة. تناولت فيها: التعريف بعلم القواعد وأهميته ثم موضوع البحث وأسباب اختياره. ثم تفاصيل خطته.

- المبحث الأول: مفهوم القاعدة عموما

جاء هذا المبحث في ثلاثة مطالب هي:

المطلب الأول: أهمية دراسة المصطلحات.

المطلب الثاني: مفهوم القاعدة في اللغة.

المطلب الثالث: مفهوم القاعدة في الاصطلاح العام.

- المبحث الثاني: مفهوم القاعدة الفقهية.

جاء هذا المبحث في أربعة مطالب هي:

المطلب الأول: مفهوم القاعدة الفقهية باعتبارها مركبا لفظيا.

المطلب الثاني: مفهوم القاعدة الفقهية باعتبارها لقبا علميا.

المطلب الثالث: وقفات تحليلية ونقدية عن بعض التعريفات.

المطلب الرابع: التعريف المختار.

- المبحث الثالث: القاعدة الفقهية بين الكلية والأكثرية.

جاء هذا المبحث في ثلاثة مطالب هي:

المطلب الأول: تحقيق القول في كلية القواعد الفقهية وأكثريتها.

المطلب الثاني: الجمع بين كون القاعدة الفقهية كلية وكونها أكثرية.

المطلب الثالث: الرأي الذي تميل إليه النفس.

النتائج والتوصيات: ختمت هذا البحث بذكر جملة من النتائج التي توصلت إليها، مع

تدوين بعض التوصيات.

## المبحث الأول

### مفهوم القاعدة بمعناها العام

#### المطلب الأول

#### أهمية دراسة المصطلحات

إن معرفة حقيقة المصطلحات عموماً ضرورة ملحة - في نظري-؛ لفهم المعنى المراد بها، خاصة وأنها نشهد ضعفاً في اللغة، وغزواً ثقافياً يفد علينا في طرح بعض المصطلحات، الأمر الذي يبعدنا عن الاهتمام بمصطلحات علومنا الأصيلة.

كما أن معرفة معاني المصطلحات ييسر على الباحث والدارس الوقوف على مراد المؤلف، والكاتب والمتكلم، ويختصر المسافة الطويلة في الفهم، وإدراك المعنى، وقد أشار إلى هذا المعنى بعض العلماء في مؤلفاتهم، ومما جاء عنهم:

- قول الإمام الإسنوي في (نهاية السؤل): "اعلم أنه لا يمكن الخوض في علم من العلوم إلا بعد تصور ذلك العلم، والتصور مستفاد من التعريفات"<sup>9</sup>.

- وقول الإمام الأمدي في (الإحكام): "حق على كل من حاول تحصيل علم من العلوم أن يتصور معناه أولاً بالحد أو الرسم؛ ليكون على بصيرة فيما يطلبه..."<sup>10</sup>

<sup>9</sup> نهاية السؤل في تخريج منهاج الأصول، لجمال الدين عبدالرحيم الإسنوي، شرح منهاج الوصول في علم الأصول، للبيضاوي، دار الكتب العلمية، بيروت. ط (1) 1420هـ-1999م: 7/1

- وقول الإمام ابن تيمية في (الرد على المنطقيين) مبينا أهمية معرفة المراد من المصطلح، والوقوف عليه: "إن من قرأ كتب النحو أو الطب، أو غيرها لا بد أن يعرف مراد أصحابها بتلك الأسماء، ويعرف مرادهم من الكلام المؤلف، وكذلك من قرأ كتب الفقه والكلام والفلسفة، وغير ذلك...<sup>11</sup>"

ويضيف الإمام ابن تيمية قائلا: "... وهذه الحدود معرفتها من الدين، في كل لفظ هو في كتاب الله - تعالى - وسنة رسوله - صل الله عليه وسلم -، ثم قد تكون معرفتها فرض عين، وقد تكون فرض كفاية، ولهذا ذم الله - تعالى - من لم يعرف هذه الحدود بقوله: ﴿ وَمِنَ الْأَعْرَابِ مَنْ يَتَّخِذُ مَا يُنْفِقُ مَغْرَمًا وَيَتَرَبَّصُ بِكُمُ الدَّوَائِرَ عَلَيْهِمْ دَائِرَةُ السَّوْءِ وَاللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴾<sup>12</sup> والذي أنزله على رسوله - صل الله عليه وسلم - فيه ما قد يكون غريبا - بالنسبة إلى المستمع - كلفظ (ضيض) ولفظ (قسورة) ولفظ (عسس)، وأمثال ذلك<sup>13</sup>. ويختتم الإمام ابن تيمية كلامه على أهمية دراسة المصطلحات بقوله: "وبالجملة. فالحاجة إلى معرفة هذه الحدود وأمثالها ماسة لكل أمة وفي كل لغة، فإن معرفتها من ضرورة التخاطب الذي هو النطق، الذي لا بد منه لبني آدم"<sup>14</sup>.

كما أن أهمية معرفة المصطلحات العلمية ضرورة - كذلك - لأنها تدل على أصالة العلم الذي تسمى به، وتاريخه المشرق، فضلا عن كونها غالبا ما تكون مرتبطة بهذه النشأة ارتباطا وثيقا، لما لها من الدلالة عليه. وفي هذا يقول (أبو بكر أبوزيد) في كتابه (المواضع في الاصطلاح):

"إن تاريخ العلوم تاريخ لمصطلحاتها، وأنه لا حياة لعلم بدونها، وعلمية الاصطلاح في العلوم كعلمية الاسم على المولود، في إيضاح المقصود وتحديد المفهوم.

<sup>10</sup> الاحكام في أصول الأحكام للآمدي. على بن أبي علي، دار الكتب العلمية، بيروت (1403 هـ - 1983م) القاعدة الأولى: 6/1.

<sup>11</sup> الرد على المنطقيين لابن تيمية. دار المعرفة. بيروت (د.ت): 49-51.

<sup>12</sup> سورة التوبة. الآية: 98. برواية قالون عن نافع.

<sup>13</sup> الرد على المنطقيين لابن تيمية. مرجع سابق: 49-51.

<sup>14</sup> المرجع السابق نفسه.

وقد علم أن مصطلحات كل علم توجد معه أو بعده بالضرورة، فيسعى العلماء حين وجود الشيء إلى تسميته، فتتم على أساس من العلاقة بين اللغة والاصطلاح<sup>15</sup>.

ختاماً أقول: إن ما سبق عرضه وإن كان -في عنوانه- يتعلق بالمصطلحات عموماً إلا أنه يشمل بداهة تعلقه بمصطلح القواعد الفقهية -كذلك-. فمصطلح علم القواعد الفقهية عنوان لعلم وثيق الصلة بالفقه الاسلامي، فضلا عن كونه من المصطلحات التي لها معان متعددة، وامتدادات متداخلة في فنون متعددة.

## المطلب الثاني

### مفهوم القاعدة في اللغة

نظرا لاتساع معنى لفظ القاعدة، ودوران مدلوله بين المحسوسات والمعنويات في اللغة، وبين الكلية والأكثرية في الاصطلاحين العام والخاص، ينحصر الحديث في هذا المطلب عن مفهوم القاعدة في اللغة.

- لفظ (القاعدة): مفرد. جمعه: قواعد -بغير تاء-؛ لاختصاص هذه الكلمة بالنساء، كحائض وطامث. ولفظ (قاعدة) مؤنث القاعدة، على وزن (فاعلة) من قولك : قعدت قعودا. والقواعد من صفة الإناث فلا يقال: رجال قواعد<sup>16</sup>. قال تعالى: (وَالْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ)<sup>17</sup> قال الزجاج: القواعد في الآية: هن اللواتي قعدن عن الأزواج<sup>18</sup>. وقال النحاس: اللواتي قعدن عن

<sup>15</sup> المواضع في الاصطلاح على خلاف الشريعة - ضمن كتاب فقه النوازل - لابي بكر أبوزيد. مؤسسة الرسالة. ط(1) 1416هـ : 123/1

<sup>16</sup> تاج العروس من جواهر القاموس للزبيدي. وزارة الإعلام بالكويت. (د.ت) : 490/9

<sup>17</sup> سورة النور. جزء من الآية 58.

<sup>18</sup> ينظر معاني القرآن وإعرابه لأبي اسحاق إبراهيم الزجاج. ت: عبدالجليل شلبي. دار الحديث بالقاهرة. ط(1)



الولد، أو عن الحيض، ولا يطمعن في الزواج لكبرهن. وقال غيرهما: يراد به العجوز الكبيرة، التي قعدت عن التصرف؛ لأنها قاعدة عن الولد وفيها بقية<sup>19</sup>.

وجاء في اللسان إطلاق لفظ القاعدة على عدة معان من أشهرها وأكثرها لصوقاً بالقاعدة هي<sup>20</sup>:

1- القاعدة: الأساس، وأصل الأس، وأساس البناء، وأساس البيت، ومنه قوله تعالى: (وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ) <sup>21</sup> الآية. وقوله تعالى: (قَدْ مَكَرَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ فَأَتَى اللَّهُ بُنْيَانَهُمْ مِنَ الْقَوَاعِدِ فَحَرَّ عَلَيْهِمُ السَّقْفُ مِنْ فَوْقِهِمْ)<sup>22</sup> الآية. فالقاعدة في الآيتين الكريمتين بمعنى: الأساس، وهو ما يرفع عليه البناء.

قال الزجاج: القواعد واحدها قاعدة، وهي أساس البناء الموالي للأرض، وبها يكون ثبات البناء، ورفعها: إبرازها عن الأرض بالبناء عليها... وكل قاعدة أساس للذي فوقها<sup>23</sup>.

2- القاعدة: الاستقرار والثبات والقيود. تقول: المرأة قعيدة الرجل. أي: الثابتة في بيت زوجها، المستقرة فيه، ومنه قوله تعالى: (والقواعد من النساء...) <sup>24</sup> الآية. أي: النساء القاعدات والمستقرات في بيوت آبائهن أو أوليائهن<sup>25</sup>.

3- القاعدة: أسطون البيت الذي يدعمه، جمعها: أساطين، وقواعد الهودج: خشبات أربع معترضة في أسفله، تركب عيدان الهودج فيها<sup>26</sup>.

<sup>19</sup> ينظر معاني القرآن لأبي جعفر النحاس. ت: يحيى مراد. دار الحديث. القاهرة. (1425هـ-2004م): 816-815/2

<sup>20</sup> ينظر لسان العرب لأبن منظور. دار صادر. بيروت (د.ت) مادة (قعد): 361/3

<sup>21</sup> سورة البقرة جزء من الآية: 126

<sup>22</sup> سورة النحل. جزء من الآية: 26

<sup>23</sup> ينظر معاني القرآن للزجاج. مرجع سابق: 108/1

<sup>24</sup> سورة النور. جزء من الآية: 58.

<sup>25</sup> ينظر تفسير الكشاف للزمخشري. مرجع سابق: 220/1

<sup>26</sup> ينظر لسان العرب. مرجع سابق: 361/3.

4- القاعدة: الضابط. وهو الأمر الكلي الذي ينطبق على جزئيات. مثل قولهم: (كل أذن ولود، وكل صموخ بيوض) والمعنى: إن ما كان له أذن خارجية فهو يتكاثر عن طريق الولادة، وما كان له صماخ -أذن وسطى فقط- يتكاثر عن طريق البيض، كالطيور والأسماك<sup>27</sup>.

**خلاصة القول في المعاني اللغوية السابقة: مما سبق يتبين لنا الآتي:**

- 1- أن المعنى الغالب والراجح للقاعدة هو: الأصل والأساس، سواء تعلق الأمر بالمحسوسات، كقواعد البيت والبناء، كونها أساطينها اللذان يقومان عليها، وهذا الاطلاق الحسي إطلاق حقيقي. أو تعلق بالمعنويات كقواعد الدين، وقواعد الفن، وأساطين العلم، أو الأدب، أو الزمان. وهذا الإطلاق المعنوي إطلاق مجازي.
- 2- كما أن القول بأن المعنى الغالب والراجح للقاعدة في اللغة هو الأصل والأساس؛ لكون أن الأحكام الفقهية تبنى على قواعد -كذلك- كما تبنى الجدران والأسقف على أساس البناء وأصله.

### المطلب الثالث

#### معنى القاعد في الاصطلاح العام

تعارف العلماء والباحثون - في جميع العلوم- على وضع تعاريف عدة للقاعد في الاصطلاح العام، جاءت صيغها -في غالبها- متقاربة ومتكاملة فيما بينها، إلا أنها قد تختلف باختلاف العلم المنسوبة إليه عند استقلالها به، لكنها في الاصطلاح العام لا تخرج عن مضمون الكلية، والانطباق على جميع جزئياتها، دون اعتبار لما قد يشذ عنها.

وفيما يلي عرض جملة مما وقفت عليه من تعريفات لبعض القدامى والمعاصرين؛ ليتبين لنا حقيقة ما أشرت إليه آنفا.

**أولاً. مفهوم القاعدة عند بعض القدامى**

<sup>27</sup> ينظر المعجم الوسيط. مجمع اللغة العربية. القاهرة. مكتبة الشروق الدولية بالقاهرة. ط(5) 1432هـ-

- 1- عند الجرجاني هي: "قضية كلية منطبقة على جميع جزئياتها"<sup>28</sup>
- 2- عند الكفوي هي: "قضية كلية من حيث اشتغالها بالقوة على أحكام جزئيات موضوعها"<sup>29</sup>.
- 3- عند البناني هي: "قضية كلية يتعرف منها أحكام جزئياتها"<sup>30</sup>.
- 4- عند الفيومي هي: "حكم كلي ينطبق على جميع جزئياته، ليتعرف به أحكام الجزئيات، والتي تندرج تحتها من الحكم الكلي"<sup>31</sup>.
- 5- عند التفتازاني هي: "حكم كلي ينطبق على جميع جزئياته، ليتعرف أحكامها منه"<sup>32</sup>.
- 6- عند التهانوي هي: "أمر كلي منطبق على جميع جزئياته، عند تعرف أحكامها منه"<sup>33</sup>.

#### ثانياً. مفهوم القاعدة عند بعض المعاصرين

- 1- عند محمد رواس هي: "قضية كلية منطبقة على جميع جزئياتها"<sup>34</sup>.
- 2- عند جميل صليبا هي: "قضية كلية من حيث اشتغالها بالقوة على أحكام جزئيات، وتسمى فروعاً لها"<sup>35</sup>.
- 3- عند محمد أنيس هي: "قضية كلية، يتعرف منها أحكام الجزئيات المندرجة تحت موضوعها"<sup>36</sup>.
- 4- عند أبي زهرة هي: "حكم كلي ينطبق على جميع جزئياته، لتعرف أحكامها منه"<sup>37</sup>.

<sup>28</sup> ينظر التعريفات للسيد الشريف الجرجاني. مكتبة مصطفى الحلبي. القاهرة (1357هـ-1938م): 149.

<sup>29</sup> ينظر الكليات. للكفوي. مؤسسة الرسالة. بيروت ط(2) 1419هـ-1998م: 728

<sup>30</sup> ينظر المحلى على جمع الجوامع مع حاشية البناني للسبكي. دار الفكر. بيروت (د.ت): 21/1-22

<sup>31</sup> ينظر المصباح المنير لأحمد الفيومي. دار الحديث بالقاهرة. ط(1) 1421هـ-2000م: 303 وكذلك عند

الخادمي ينظر منافع الدقائق شرح مجمع الحقائق في أصول الفقه، لأبي سعيد محمد بن محمد بن مصطفى الخادمي. المطبعة العامرة. اسطنبول (1308هـ): 305.

<sup>32</sup> ينظر التلويح على التوضيح للتفتازاني. مكتبة صانيع. بالقاهرة (1310هـ): 37/1

<sup>33</sup> ينظر كشاف اصطلاحات الفنون لمحمد التهانوي. دار صادر. بيروت (د.ت): 3/1176

<sup>34</sup> ينظر معجم لغة الفقهاء. لمحمد رواس. دار النفائس. بيروت. ط(1) 1416هـ-1996م: 322.

<sup>35</sup> ينظر المعجم الفلسفي بالألفاظ العربية والفرنسية... لجميل صليبا. الشركة العالمية للكتاب. بيروت (1414هـ-1994م): 2/178.

<sup>36</sup> تاريخ الفقه الاسلامي لمحمد أنيس عبادة المصري. دار الطباعة المحمدية بالقاهرة. ط(2) 1389هـ: 107/1

<sup>37</sup> ينظر أصول الفقه لمحمد أبي زهرة. دار الفكر العربي. القاهرة (د.ت): 176.

5- عند محمد شلبي هي: "أصول ومبادئ كلية، تصاغ في نصوص موجزة تتضمن أحكاماً تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها"<sup>38</sup>.

ما يلاحظ على التعاريف السابقة، لمعنى القاعدة في الاصطلاح العام ما يلي:

- إن التعاريف السابقة وما شابهها - كما يقول الندوي في قواعده - تعطي صورة واضحة للاصطلاح العام للقاعدة، وقد جرى هذا الاصطلاح في جميع العلوم، حيث إن لكل علم قواعده، فهناك قواعد أصولية، وقواعد نحوية، وقواعد قانونية، وقواعد هندسية... الخ، فالقاعدة عند الجميع هي: أمر كلي ينطبق على جميع جزئياته<sup>39</sup>.
- إن جميع التعاريف السابقة متقاربة في المفهوم، وتؤدي معنى واحداً، وإن اختلفت بعض تراكيبها اللفظية، فجميعها يفيد أن القاعدة هي: (حكم أو أمر كلي) أو (قضية كلية) تفهم منها أحكام الجزئيات التي تندرج تحت موضوعها، وتنطبق عليها<sup>40</sup>.
- إن المعاني التي تضمنتها التعاريف الاصطلاحية السابقة ركزت على لفظ (الكلية) كقيد محدد لمفهوم القاعدة، فالكلية صفة لما هو كلي. وكلية الشيء أجمعه. تقول: العلم الكلي: أي العلم الشامل لكل شيء. والمراد بالكلية: الاستغراق. كما أن الكلية هي التي يثبت الحكم فيها لكل فرد، بحيث لا يبقى فرد خارج شموليتها، ويكون الحكم ثابت لكل بطريق الالتزام<sup>41</sup>.

والمعنى: أن هذه القواعد الكلية تنطبق على جميع جزئياتها، وهو انطباق مستغرق لجميع هذه الجزئيات، فلا تتخلف عنها شاردة ولا واردة. هذا هو الأصل عند من عرف القاعدة بهذه التعريفات، حتى وإن كان لها مستثنيات، فالاستثناء خلاف الأصل<sup>42</sup>.

<sup>38</sup> ينظر المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود. لمحمد مصطفى شلبي. دار النهضة العربية ببيروت (1401هـ): 324.

<sup>39</sup> ينظر القواعد الفقهية لعلي أحمد الندوي. دار القلم بدمشق. ط(7) 1428هـ - 2007م: 41

<sup>40</sup> ينظر الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية لمحمد صدقي البورنو. مؤسسة الرسالة ببيروت. ط(5) 1422هـ - 2002م: 15-16.

<sup>41</sup> ينظر. المعجم الفلسفي. مرجع سابق: 238/2.

<sup>42</sup> ينظر المرجع السابق: 238-239

- إن القاعدة في الاصطلاح العام تطلق على معانٍ مترادفة: الأصل، والقانون، والمسألة، والضابط، والمقصد... ويظهر لمن يتتبع موارد الاستعمالات أن القاعدة: هي الكلية التي يسهل تعرف الجزئيات منها<sup>43</sup>.
- قد يطلق البعض على القاعدة اسم المبدأ؛ فذلك لمسايرة بعض الاصطلاحات العلمية المعاصرة، كالاصطلاح القانوني، والاصطلاح السياسي، فأمثال هذه القواعد تسمى اليوم في كلا الاصطلاحين (مبادئ)<sup>44</sup>.
- إن معنى القاعدة في الاصطلاح العام - كما ورد - بالعرض السابق - ليس مختصاً بعينه، بل هو قدر مشترك بين جميع العلوم، وهذا المفهوم هو ما كان معلوماً لدى جميع العلماء والباحثين منذ وقت مبكر<sup>45</sup>.

## المبحث الثاني

### مفهوم القاعدة الفقهية في الاصطلاح الخاص (الفقهي)

إن المنهج الذي نهجه كثير من العلماء والباحثين - القدامى منهم والمعاصرين - في تعريفهم للقواعد الفقهية اقتصر على تعريف القاعدة الفقهية بمعناها اللغوي العلمي الدال على علم معين، دون النظر إلى كونها لفظاً مركباً من جزئين (قواعد) و (فقهية) فدخل في تعريفهم لهذا النوع من القواعد جميع ما هو صالح للدخول تحت مصطلح القاعدة بمعناها العام، مما أدى إلى إثارة جملة من الإشكالات والاعتراضات على هذه التعريفات التي تعرض لها بعض ممن أتى بعدهم، من - المؤلفين والباحثين - بالمناقشة والنقد والتعقيب، دون أن يفرقوا بين من قصد منهم إلى تعريف القاعدة بمعناها العام، ومن قصد الدلالة الخاصة للقواعد الفقهية.

<sup>43</sup> ينظر كشاف اصطلاحات الفنون للتهانوي. مرجع سابق 1176/3

<sup>44</sup> ينظر. الميسر في علم القواعد الفقهية لنورالدين الخادمي. مؤسسة بن عاشور للتوزيع. تونس ط(1)

1428هـ-2007م: 24

<sup>45</sup> ينظر المسائل المستثناة من القاعدة الفقهية العامة وأسباب استثنائها. سعاد اوهاب. (رسالة ماجستير) جامعة الجزائر. كلية العلوم الإسلامية (1426هـ - 2005م): 21.

ثم إنهم اختلفوا في تعريفهم للقاعدة الفقهية بناء على اختلافهم في مفهومها، هل هي قضية كلية أو أغلبية؟ لذلك كثرت وتنوعت انتقاداتهم، تارة بكونها كلية، غير مانعة من دخول القواعد غير الفقهية فيها، وتارة بكونها أغلبية وليست كلية تمنع دخول القواعد غير الفقهية فيها.

وكما سبقت الإشارة في المطلب السابق بأن معنى القاعدة في الاصطلاح العام ليس مختصا بعلم بعينه، بل هو قدر مشترك بين جميع العلوم، وهذا المفهوم هو ما كان معلوما وسائدا عند معظم الفقهاء منذ وقت مبكر، وإن لم يحدوه، شأنهم في ذلك شأن الجمع الغفير من العلماء في أغلب العلوم الأخرى قبل تنظيرها<sup>46</sup>.

ومما تجدر الإشارة إليه - كذلك - فإن بعضا من النقاد أفاد بأن الاستقراء هو أساس القواعد في مختلف العلوم، وأساس استنباط مناهج وأصول وقواعد العلماء من تعريفاتهم<sup>47</sup>.

وفي هذا المبحث أتناول مسألة مفهوم القواعد الفقهية من خلال أربعة مطالب هي

## المطلب الأول

### مفهوم القاعدة الفقهية باعتبارها مركبا لفظيا

إن معرفة المركب اللفظي لا تتم إلا بمعرفة أجزائه، ومكونه اللفظي، وبما أن مصطلح القواعد الفقهية مركب إضافي يتكون من لفظين اثنين هما: (القواعد) وهو المضاف، و(الفقهية) وهو المضاف إليه، لذا فإنه لا بد من التعرف على معنى هذين اللفظين في اللغة وفي الاصطلاح الفقهي.

أ- معنى لفظ (القاعدة) في اللغة وفي الاصطلاح. وهذا قد سبق الحديث بشأنه في المبحث السابق فلا حاجة لتكراره هنا.

ب- معنى لفظ (الفقهية). كلمة الفقهية في اللغة مشتقة من لفظ (الفقه) وتنسب إليه، وهي قيد إضافي؛ لإخراج ما ليس من الفقه. بمعنى: أنها قيد مرتبط بمصطلح القواعد الواقعة

<sup>46</sup> ينظر المسائل المستثناة من القواعد الفقهية العامة. مرجع سابق: 21

<sup>47</sup> ينظر القواعد الفقهية ليعقوب الباحسين. مكتبة الرشد. الرياض ط(2) 1420هـ - 1999م: 16-17

في المجال الفقهي، وليست في مجال آخر كـ مجال علم الأصول، أو علم الحديث أو غيرهما.

وفي سياق ارتباط القواعد الفقهية بعلم الفقه يحسن بي أن أعرف بهذا العلم الذي تنسب إليه هذه القواعد من الناحيتين اللغوية والاصطلاحية، على النحو التالي:

### معنى الفقه في اللغة

يطلق لفظ الفقه في اللغة على عدة معان، من أشهرها:

أ- الفهم. أو الفهم مطلقاً، وهذا هو الأصل، يقال: أتى فلان فقها في الدين. أي: فهما له<sup>48</sup>. وهو ما يستفاد من قوله تعالى في شأن الكفار: (وَإِنْ مِنْ شَيْءٍ إِلَّا يُسَبِّحُ بِحَمْدِهِ وَلَكِنْ لَا تَقْفَهُونَ تَسْبِيحَهُمْ)<sup>49</sup> الآية. أي: ولكن لا تفهمون أيها المشركون تلك الدلالة<sup>50</sup>.

ب- العلم بالشيء، أو بأحكام الشريعة. ومنه قولهم: فقه الشيء: علمه، وفقهه: علمه، ورجل فقيه: عالم، وكل عالم بشيء فهو فقيه فيه، من ذلك قولهم: فلان ما يفقه وما ينقه. أي: لا يعلم ولا يفهم<sup>51</sup>. ومنه قوله تعالى على لسان قوم شعيب - عليه السلام: (قَالُوا يَا شُعَيْبُ مَا نَفَقَهُ كَثِيرًا مِمَّا تَقُولُ) الآية<sup>52</sup>. أي: ما نعلم كثيراً مما ترمي إليه من وراء ظاهر أقوالك!<sup>53</sup>.

<sup>48</sup> ينظر لسان العرب. مرجع سابق. مادة (فقه): 522/13. والقاموس المحيط للفيروز آبادي. مؤسسة الرسالة. بيروت. ط(6) 1419هـ-1998م: 902-903. والصاحح. تاج اللغة وصحاح العربية للجوهري. مرجع سابق مادة (فقه): 147/6.

<sup>49</sup> سورة الإسراء. جزء من الآية: 44

<sup>50</sup> ينظر تفسير المنار لمجد رشيد رضا. دار المعرفة. بيروت. ط(2) 1393هـ-1973م: 267/5.

<sup>51</sup> لسان العرب لبن منظور. مرجع سابق: 522/13-523. والمعجم الوسيط مجمع اللغة العربية بالقاهرة. مرجع سابق: 723.

<sup>52</sup> سورة هود - عليه السلام - جزء من الآية: 91.

<sup>53</sup> ينظر تفسير المنار. مرجع سابق: 147/2.

ج - الفهم الدقيق والفتنة فيه. أي: الحدق. قال أعرابي لعيسى بن عمر: شهدت عليك بالفقه. أي: الفتنة، وفي المثل: خير الفقه ما حاضرت به، وشر الأمر الدبري<sup>54</sup>.

### معنى الفقه في الاصطلاح

لقد مر مفهوم مصطلح (الفقه) في الاصطلاح الفقهي بعدة مراحل، شهد فيها تطورا لفظيا وداليا، عبر تاريخ الفقه الاسلامي، مما نتج عنه تعدد تعريفات الفقهاء لهذا المصطلح، وفيما يلي أذكر بعضا من تلك التعريفات أعقبها بذكر تعريف مختار:

- 1- الفقه هو: العلم بأحكام الدين في: العبادات، والمعاملات، والاسرة، والجنائيات...<sup>55</sup>
- 2- الفقه هو: العلم بأحكام الحلال والحرام، والواجب، والمندوب، والمكروه<sup>56</sup>.
- 3- الفقه هو: العلم بالأحكام الشرعية الثابتة لأفعال المكلفين خاصة<sup>57</sup>.
- 4- الفقه هو: العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية<sup>58</sup>.
- 5- الفقه هو: علم مستتبط بالرأي والاجتهاد ويحتاج إلى النظر والتأمل<sup>59</sup>.
- 6- الفقه هو: العلم الحاصل بجملة من الأحكام الشرعية الفرعية بالنظر والاستدلال<sup>60</sup>.

<sup>54</sup> ينظر لسان العرب- مرجع سابق: 522/13-523. والمعجم الوسيط. مرجع سابق: 279 (الدبري- بفتح الدال المشددة- الذي يجيء متأخرا بعد فوات الحاجة. يقال: جواب دبري، ورأي دبري: لا يسبح إلا أخيرا. ينظر المعجم الوسيط: 279).

<sup>55</sup> ينظر. احياء علوم الدين لأبي حامد الغزالي. دار المعرفة. بيروت (1402هـ-1988م): 32/1. والتجديد في الفقه الاسلامي لمحمد الدسوقي. المجلس الأعلى للشؤون الاسلامية بالقاهرة (ع. 77 - س 1422 هـ - 2001م): 15-19.

<sup>56</sup> ينظر. المرجعين السابقين. ومقدمة ابن خلدون (عبدالرحمن المغربي). مطبعة عبدالسلام بن محمد شقرون بمصر (د.ت): 393.

<sup>57</sup> ينظر. المستصفي من علم الأصول لأبي حامد الغزالي. دار صادر. بيروت (د.ت): 4/1-5.

<sup>58</sup> ينظر. القاموس المبين في اصطلاحات الأصوليين لمحمود حامد عثمان. دار الحديث بالقاهرة. ط (1) 1421هـ-2000م: 177، والتمهيد في تخريج الفروع على الأصول للأسنوي. ت: محمد حسن هيتو. مؤسسة الرسالة. بيروت ط(1) 1400هـ-1980م: 50/1، واللمع في أصول الفقه لأبي اسحاق إبراهيم الشيرازي. المكتبة التوفيقية بالقاهرة (د.ت): 17

<sup>59</sup> ينظر. أصول الفقه لمحمد زهير. المدار الإسلامي. بيروت (د.ت): 23/1.

<sup>60</sup> ينظر. الإحكام في أصول الأحكام. مرجع سابق: 7/1. وشرح الكوكب المنير للفتوح (محمد بن أحمد بن عبدالعزيز) مطبعة السنة المحمدية بالقاهرة (د.ت) 41/1.



وبعد تطور العلوم وتمايزها، وشيوع التخصص بين العلماء والفقهاء، صارت كلمة الفقه تطلق على (الأحكام الشرعية العملية المتعلقة بأفعال المكلفين).

### التعريف المختار للفقه:

إن التعريف المختار هو تعريف البيضاوي الذي يقول فيه أن الفقه هو: العلم بالأحكام الشرعية العملية، المكتسب من أدلتها التفصيلية.

والسبب - من وجهة نظري - في جعل التعريف السابق هو التعريف المختار مما سبق ذكره من تعريفات كونه أجمع التعريفات، وأشملها، وأمتعها، وأرجحها عند كثير الفقهاء القدامى، وهو المشهور والمتداول في مؤلفات المعاصرين من الباحثين في الفقه الإسلامي.

### شرح التعريف:

قول البيضاوي: (العلم) جنس في التعريف، يشمل كل علم، سواء أكان ذلك بالذات أو بالصفات، أو بالأفعال، أو بالأحكام. والمقصود من العلم: مطلق الإدراك الشامل للتصور والتصديق، يقينياً كان أو غير يقيني<sup>61</sup>.

قوله (بالأحكام) البناء. يصح أن تكون أصلية، ويكون العلم -هنا- متضمناً معنى الإحاطة، ويصح أن تكون زائدة، قصد بها التقوية؛ لأن المصدر المعرف بالألف واللام ضعيف العمل، فإذا زيد الحرف في معموله كان في ذلك تقوية له على العمل<sup>62</sup>.

و(الأحكام) جمع حكم، قيد أول للعلم؛ لإخراج ما ليس بأحكام، كأحكام الصفات والذوات، والأفعال فهي تصورات. كما أن (أل) في (الأحكام) إما أن تكون للجنس أو للعهد أو للاستغراق. ويصح -هنا- أن تجعل للاستغراق، ويكون الفقه هو العلم بجميع الأحكام، ولكن لا يراد من العلم بجمع الأحكام معرفتها بالفعل، بل المراد من معرفتها: القدر على تحصيلها بالأخذ في أسباب

<sup>61</sup> ينظر المعجم الوسيط. مجمع اللغة العربية. مرجع سابق: 646. والمعجم الفلسفي. مرجع سابق: 99/2.

<sup>62</sup> ينظر أصول الفقه لمحمد زهير. مرجع سابق: 24-23/1.

الحصول، وهو ما يعرف بالملكة، ولا شك أن كل مجتهد عنده القدرة والملكة التي يستطيع بها استنباط الحكم، واستخراجه، وعندئذ يسمى فقيها لوجود الملكة عنده<sup>63</sup>.

قوله: (الشرعية) قيد ثان للعلم يخرج به الأحكام العقلية، مثل: الواحد نصف الاثنين، والأحكام اللغوية مثل: رفع الفاعل ونصب المفعول.

والشرعية: النسبة فيها إلى الشرع، وهو الأحكام التي شرعها الله -تعالى-، فهو من نسبة العام إلى الخاص.

قوله: (العملية) قيد ثالث مخرج للأحكام الشرعية الاعتقادية، وهو علم مستقل بذاته داخل في علم التوحيد، وليس من الفقه، ولا يدخل في دائرة اختصاصه. والعملية -كذلك-: نسبة إلى العمل، وهو ما يصدر عن المكلف من أفعال.

قوله: (المكتسب) وصف للعلم، فيقرأ بالرفع وليس صفة للكلام حتى يقرأ بالجر، وقد اختلف الشراح في معنى المكتسب، وفي فائدة الإتيان به<sup>64</sup>.

قوله: (من أدلتها) أي: من أدلة الأحكام. وهي جار ومجرور، متعلق بالمكتسب، قيد رابع لإخراج ما علم من غير دليل، كعلم النبي -ﷺ- المتلقى عن غير طريق الوحي.

قوله: (التفصيلية) أي الجزئية، فهو مقابل الاجمالية. أي: الكلية، قيد خامس، احترازاً من الأدلة الإجمالية الكلية، التي لم تتعلق بشيء معين، كمطلق الأمر أو الإجماع، ومطلق القياس، فالبحث فيها من شأن علماء الأصول<sup>65</sup>.

### خلاصة القول في معنى الفقه

مما سبق ذكره - وبشيء من الإيجاز - عن معنى الفقه في اللغة وفي الاصطلاح يتبين

الآتي:

<sup>63</sup> ينظر المرجع السابق نفسه.

<sup>64</sup> ينظر. أصول الفقه لعبد أبو النور. مرجع سابق: 27/1-28.

<sup>65</sup> ينظر. المرجع السابق: 28/1-29، وأصول الفقه لعبد أبو زهرة. مرجع سابق: 7/1 و18.

1- إن معنى الفقه في الاصطلاح وثيق الصلة بمعناه اللغوي، فهو يطلق على استنباط الاحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية، وهذا الأمر يقتضي من المجتهد استفراغ الوسع في البحث والنظر، فضلا عن أنه يقتضي - كذلك - دقة الفهم، والتعمق في العلم، والوقوف -بقدر الطاقة- على بواطن الأمور دون الاكتفاء بظواهرها، فمن لا يعرف من الأمور إلا ظواهرها لا يسمى فقيها<sup>66</sup>.

2- إن مصطلح الفقه يطلق في الأصل على الفهم، أو هو مطلق الفهم، سواء كان فهم الشيء واضحا أو خفيا، وهو ما عليه جمهور أئمة اللغة، وذلك مستفاد من قوله تعالى في شأن الكفار: (قُلْ كُلٌّ مِنْ عِنْدِ اللَّهِ فَمَالِ هَؤُلَاءِ الْقَوْمِ لَا يَكَادُونَ يَفْقَهُونَ حَدِيثًا)<sup>67</sup>. ووجه الدلالة المستفادة من هذا النص: أن فهمهم لأي حديث - ولو كان واضحا- يسمى فقه<sup>68</sup>.

3- إن مدلول مفهوم التعريف الاصطلاحي للفقه يقتصر على الأحكام العملية الشاملة لجانبي (العبادات والمعاملات) وبهذا خرجت من هذا المفهوم الأحكام الاعتقادية والوجدانية (الأخلاقية)، وخرجت - كذلك - الأحكام التي لا تؤخذ بالاستدلال، أي: بطريق النظر في الأدلة التفصيلية، والبحث والاجتهاد، فعلم المقلدين لا يسمى فقه؛ لأنه غير مكتسب عن طريق النظر والاستدلال، كما لا يسمى صاحبه فقيها<sup>69</sup>.

## المطلب الثاني

### مفهوم القاعدة الفقهية باعتبارها لقبا علميا

سبق الحديث في المبحث الأول عن مفهوم القاعدة في الاصطلاح العام عند بعض القدامى والمعاصرين، وتم التأكيد فيه على أن هذا المعنى الاصطلاحي جرى في كل العلوم، مع

<sup>66</sup> ينظر. تفسير المنار لمجد رشيد رضا. مرجع سابق: 420/9

<sup>67</sup> سورة النساء. جزء من الآية 78.

<sup>68</sup> ينظر. أساس البلاغة للزمخشري (أبي القاسم محمود بن عمر) مطبعة عيسى البابي الحلبي بالقاهرة (د.ت): 210/2.

<sup>69</sup> ينظر. المدخل لدراسة الشريعة لعبدالكريم زيدان. مؤسسة الرسالة. بيروت. ط (16) 1420هـ - 1999م:

55 والتشريع الاسلامي لعبدالجواد خلف. دار البيان للطباعة والنشر بالقاهرة (2002م): 174.

ملاحظة أن أغلب من عرف القاعدة بتلك التعريفات وغيرها، راعى فيها أنها جامعة لما تحتها من فروع، ولم يضع في اعتباره ما شذ عنها أو استثنى منها.

ومن خلال الاستقراء والبحث تبين أن القاعدة في الاصطلاح الفقهي تتحدد وتتوسع حسب مرتبتها من حيث الشمول والاتساع<sup>70</sup>.

وبناء على ذلك الشمول والاتساع جاء اختلاف الفقهاء في تحديد وصف القاعدة الفقهية هل هي قضية كلية أم قضية أكثرية؟ وانقسموا في ذلك إلى اتجاهين اثنين:

**الاتجاه الأول.** نظر إلى أن القاعدة الفقهية هي قضية كلية، فعرّفها بما يدل على ذلك ويمثل هذا الاتجاه جمهور الفقهاء والباحثين من القدامى والمعاصرين، ومما جاء من تعريفاتهم التي تضمنت وصف القاعدة الفقهية بأنها (كلية) ما يلي:

أولاً. عند بعض القدامى

- عند ابن السبكي هي "الأمر الكلي الذي ينطبق عليه جزئيات كثيرة، يفهم أحكامها منه"<sup>71</sup>.
- عند ابن خطيب الدهشة والتفتازاني هي "حكم كلي ينطبق على جميع جزئياته، ليتعرف أحكامها منه"<sup>72</sup>.
- عند أبي سعيد الخادمي: هي "حكم كلي ينطبق على جميع جزئياته، ليتعرف به أحكام الجزئيات، والتي تندرج تحتها من الحكم الكلي"<sup>73</sup>.

<sup>70</sup> وموضوع هذا التنوع اصطلاح المؤلفون من الباحثين المعاصرين على تسميته بـ (أقسام أو مراتب القواعد الفقهية). ينظر الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو. مرجع سابق: 26-29. والقواعد الفقهية المستخرجة من كتاب إعلام الموقعين للجزائري. مرجع سابق: 194-198. والقواعد الفقهية للندوي. مرجع سابق: 351-352. والميسر في علم القواعد الفقهية للخادمي. مرجع سابق: 33-36.

<sup>71</sup> الأشباه والنظائر لابن السبكي. مرجع سابق: 11/1.

<sup>72</sup> مختصر من قواعد العلائي وكلام الاسنوي لنورالدين محمد الحموي. المعروف بابن خطيب الدهشة (طروحة دكتوراه) ت: مصطفى البنجويني. مطبعة الجمهورية العراقية. الموصل. (1984هـ): 64/1. التلويح على التوضيح للتفتازاني. مرجع سابق: 34.

<sup>73</sup> منافع الدقائق شرح مجمع الحقائق لأبي سعيد الخادمي. مرجع سابق: 305

- عند الطوفي: هي "القضايا الكلية التي تعرف بالنظر، فيها قضايا جزئية"<sup>74</sup>.
- عند ابن النجار: هي "صور كلية تنطبق كل واحدة منها على جزئياتها التي تحتها"<sup>75</sup>.

ثانياً. عند بعض المعاصرين

- عند مصطفى الزرقاء: هي "أصول فقهية كلية في نصوص موجزة دستورية، تتضمن أحكاماً تشريعية"<sup>76</sup>.
- عند محمد عبادة: هي "قضية كلية، يتعرف منها أحكام الجزئيات المندرجة تحت موضوعها"<sup>77</sup>.
- عند محمد الشريف: هي "قضية شرعية عملية كلية، يتعرف منها أحكام جزئياتها"<sup>78</sup>.
- عند الباحثين: هي "قضية كلية شرعية عملية، جزئياتها قضايا كلية شرعية عملية"<sup>79</sup>.
- عند الروكي: هي "حكم كلي، مستند إلى دليل شرعي، مصوغ بصياغة تجريدية محكمة، منطبق على جزئياته على سبيل الاطراد أو الأغلبية"<sup>80</sup>.

**الاتجاه الثاني.** نظر إلى أن القاعدة الفقهية هي قضية أو حكم أكثرى لا كلي، ينطبق على أكثر جزئياته، لتعرف أحكامها منه. ويمثل هذا الاتجاه بعض الحنفية ومن يرى رأيهم من بعض القدامى والمعاصرين. ومما جاء عنهم من تعريفات تضمنت وصف القاعدة الفقهية بأنها حكم (أكثرى) لا كلي ما يلي:

أولاً. عند بعض القدامى

<sup>74</sup> شرح مختصر الروضة لسليان الطوفي الحنبلي. ت: عبدالله التركي. مؤسسة الرسالة بيروت. ط(1) 1410هـ: 120/1

<sup>75</sup> شرح الكوكب المنير للفتوحى (ابن النجار). مرجع سابق: 41/1

<sup>76</sup> شرح القواعد الفقهية أحمد محمد الزرقاء. دار القلم بدمشق. ط(6) 1422هـ-2001م: 34.

<sup>77</sup> تاريخ الفقه الاسلامي لمحمد أنيس عباده. مرجع سابق: 107/1 .

<sup>78</sup> المجموع المذهب في قواعد المذهب للعلائي ت: محمد عبدالغفار الشريف. مكتبة جامعة محمد بن سعود الإسلامية (د.ت) : 38/1

<sup>79</sup> القواعد الفقهية ليعقوب الباحثين. مرجع سابق: 54.

<sup>80</sup> قواعد الفقه الاسلامي من خلال كتاب- الاشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبدالوهاب. اعداد محمد

الروكي. دار القلم بدمشق ومجمع الفقه الاسلامي بجده. ط(1) 1419هـ-1998م: 109

◆ عند الحموي: هي " حكم أكثرى لا كلي ينطبق على أكثر جزئياته، لتعرف أحكامها منه" <sup>81</sup>.

◆ عند المقرئ: هي " حكم أغلبي. يتعرف منه حكم الجزئيات الفقهية مباشرة" <sup>82</sup>.

ثانيا. عند بعض المعاصرين

◆ عند مصطفى الزرقاء: هي "أحكام أغلبية، غير مطردة؛ لأنها تصور الفكرة الفقهية المبدئية، التي تعبير عن المنهاج القياسي العام في حلول القضايا، وترتيب أحكامها... " <sup>83</sup>.

◆ عند المرعشلي والندوي: هي " حكم شرعي في قضية أغلبية يتعرف منها أحكام ما دخل تحتها" <sup>84</sup>.

◆ عند أحمد يوسف: هي " حكم أغلبي، يتعرف منه حكم الجزئيات الفقهية مباشرة" <sup>85</sup>.

### المطلب الثالث

#### وقفات تحليلية ونقدية عن بعض التعريفات السابقة

لقد تعددت وتنوعت تعبيرات الفقهاء - من القدامى والمعاصرين - في صياغتهم لتعريف القاعدة الفقهية، الأمر الذي جعل البعض منهم يخصصون - بمؤلفاتهم - جانبا يذكرون فيه بعضا من التعليقات والملاحظات النقدية، عما يقفون عليه من تعاريف صدرت عن غيرهم.

<sup>81</sup> غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر لابن نجيم. تأليف أحمد بن محمد الحموي. دار الكتب العلمية بيروت ط(1) 1405هـ-1985م: 51/1

<sup>82</sup> القواعد الفقهية لأبي عبدالله محمد المقرئ. ت: أحمد بن حميد. جامعة أم القرى بمكة المكرمة (د.ت): 106-105/1.

<sup>83</sup> المخل الفقهي العام. مصطفى أحمد الزرقاء. مطابع (أ ب) دمشق. ط(9) 1967-1968م: 948/2.

<sup>84</sup> القواعد الفقهية من ظاهرة إلى علم وأثر ذلك في الفقه الاسلامي. محمد عبدالرحمن المرعشلي. كلية الإمام الأوزاعي للدراسات الاسلامية. بيروت (د.ت): 11. والقواعد الفقهية للندوي. مرجع سابق: 43.

<sup>85</sup> الفقه الإسلامي (تطوره - أصوله - قواعده الكلية) أحمد يوسف. دار الهاني للطباعة والنشر بالقاهرة. 1991م: 283.

وبما أن المقام -في هذه الدراسة- لا يتسع للتعليق والنقد لجميع ما سبق ذكره من تعاريف أو لأغلبها، أكتفي باختيار تعريفين للقدمى، وتعريفين للمعاصرين، كنماذج أطرحها للتحليل مستأنسا ببعض ما وقفت عليه من تعليقات بشأنها، وانتقادات وجهت لها - وبشيء من الإيجاز - لأن المقام في ذكر حقيقة التعاريف ليس المقصود منه الغوص في حقيقة جميعها، فضلا عن نقدها... بل المقصود التعريف بعلم القواعد، ومحاولة إعطاء التصور العام له - خاصة- للمبتدئين من الدارسين والباحثين. وإن التعاريف التي اخترتها كنماذج تمثل ما سبق ذكره من تعريفات وغيرها، هي:

أولاً: تعريفي المقرئ والحموي

أ- يقول المقرئ: القاعدة هي "كل كلي أخص من الأصول وسائر المعاني العقلية، وأعم من العقود وجملة الضوابط الفقهية الخاصة"<sup>86</sup>.

إن هذا التعريف وإن كان يتميز بالجزالة والدقة بين بقية التعريفات، إلا أن ما يوصف به: أنه يصدق على القاعدة الفقهية دون غيرها، ويمنع من دخول القواعد الأخرى، حيث ميزه المقرئ بعدة ميزات وردت في نصه، جعلته من قبيل الأصول أو الضوابط في الاصطلاح. ومع ذلك فالملاحظ على هذا التعريف أنه لم يعرف القاعدة من حيث هي، وإنما تحدث عن نوعية القواعد التي سيوردها في كتابه (القواعد) وهي قواعد تتوسط بين القاعدة الأصولية العامة، والضوابط الفقهية الخاصة.

لذلك وصف بعض النقاد تعريف المقرئ بالغموض والإبهام، وأنه لا يعطي صورة واضحة جلية للقواعد الفقهية<sup>87</sup>.

ومع ما يكتنف هذا التعريف من غموض لاحظته منتقده عليه، إلا أنه وصف بالدقة، فضلا عن أنه لاقى استحسانا عند طائفة كبيرة من الباحثين في علم القواعد<sup>88</sup>.

<sup>86</sup> قواعد المقرئ تحقيق أحمد بن حميد. مرجع سابق. 212/1.

<sup>87</sup> ينظر القواعد الفقهية للندوي. مرجع سابق: 42. والقواعد الفقهية للباحسين. مرجع سابق: 41

<sup>88</sup> ينظر . المسائل المستثناة من القواعد الفقهية العامة. مرجع سابق: 30.

ومن الذين استحسنوا تعريف المقري، وعبروا عن أرحيته (محمد الروكي) في كتابيه (نظرية التقييد الفقهي وقواعد الفقه الإسلامي) حيث قال في الأول منهما: (أما تعريف المقري فهو - في نظري - ألصق التعاريف بحقيقة القاعدة الفقهية، وأخص ما يكون بماهيتها، وذلك أنه جعل القاعدة الفقهية وسطا بين الأصول الشرعية العامة، والضوابط الفقهية الخاصة...<sup>89</sup>).

ب- يقول الحموي: القاعدة الفقهية هي "حكم أكثرى لا كلي، ينطبق على أكثر جزئياته، لتعرف أحكامها منه"<sup>90</sup>.

إن تعريف الحموي ومن اتفق معه للقاعدة الفقهية، وتقريرهم بأنها (حكم أكثرى) كان سببه إدراكهم بوجود المستثنيات والشواذ في هذا النوع من القواعد أكثر مما يوجد في غيرها من قواعد العلوم الأخرى. هذا إن لم يكن موجودا أصلا بالكلية، فضلا عن الأكثرية. ولعل هذا ما جعل (محمد المالكي) يشير مؤكدا على هذا التعريف بقوله: "ومن المعلوم أن أكثر قواعد الفقه أغلبية"<sup>91</sup>.

كما أن الحموي في تعريفه ينظر إلى القاعدة الفقهية على أنها قضية أكثرية (أغلبية) لا كلية، وهذا ما ذهب إليه (محمد بن محمد السنباري) في (ضوء الشموع على المجموع من فروع المالكية) وهو رأي مصطفى الزرقاء - كذلك - حيث قال في (المدخل الفقهي): "وهذه القواعد أغلبية غير مطردة..."<sup>92</sup>.

إلا أن ما يراه بعض النقاد عن التعريفات التي تعرضت للقاعدة الفقهية على وجه الخصوص، يتلخص في قولهم: "... وإن اهتم من تعرض لتعريف القاعدة الفقهية على وجه الخصوص، فحاول التضييق من عبارة تعريفات القاعدة بمعناها العام، التجريدي المطرد، وذكر

<sup>89</sup> نظرية التقييد الفقهي. محمد الروكي. مرجع سابق: 50

<sup>90</sup> غمز عيون البصائر. شرح الأشباه والنظائر لابن نجيم. مرجع سابق: 51/1

<sup>91</sup> تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية لمحمد المالكي. مرجع سابق: 36/1. وينظر القواعد الفقهية

للندوي. مرجع سابق: 43

<sup>92</sup> ينظر. تهذيب الفروق. المرجع السابق: 36/1 والمدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقاء. مرجع سابق:



بعض خصوصية القاعدة الفقهية، وتحديد عناصرها. وهذا الوصف ينطبق على تعريف الحموي<sup>93</sup>.

ثانيا: تعريفي الباحثين والندوي

• يقول الباحثين: القاعدة الفقهية هي "قضية كلية شرعية عملية، جزئياتها قضايا كلية شرعية عملية" وجمع في تعريف آخر (شرعية عملية) في لفظة (فقهية).

ويعلق بعض الباحثين على تعريف الباحثين للقاعدة الفقهية بقوله: "وفي قراءتنا لهذا التعريف نجد الباحثين في تعريفه أتى بعناصر الصيغ السابقة له، مع إضافته لعنصر جديد لها... ولعله لم يسبقه إليه أحد - من المتقدمين عليه- وهو تحديد (جزئياته) بأنها (قضايا كلية)، مع أن هناك من ينتقده بوجود تكرار في لفظة (قضية) وما لحقها<sup>94</sup>.

كما يضيف هذا البعض من الباحثين تعليقا آخر على ما تضمنه تعريف الباحثين بقوله: "ينقلنا الباحثين من خلال تعريفه إلى العلاقة بين القاعدة والضابط. فقوله: "جزئياته قضايا كلية" فيه إشارة إلى الضوابط. فالقواعد -في الواقع- تتسع لتشمل كثيرا من الفروع والجزئيات، وتتفاوت بعضها مع بعض، فمنها ما يشمل معظم الفروع الفقهية ومن أبواب فقهية متعددة، قد تكون منها ضوابط لبعض الأبواب الفقهية كالقواعد الكبرى، نحو قاعدة: (الأمر بمقاصدها) وقاعدة: (اليقين لا يزول بالشك)... إلخ.

ومنها ما كان دونها في الاستيعاب، لذلك نجد أمثال: السيوطي، وابن نجيم -من القدامى- في كتابيهما (الأشباه والنظائر)<sup>95</sup> والبورنو<sup>96</sup> [والخادمي والحريري<sup>97</sup>] من المعاصرين قد

<sup>93</sup> ينظر المسائل المستثناة من القواعد الفقهية العامة. مرجع سابق: 30

<sup>94</sup> ينظر المسائل المستثناة من القاعدة الفقهية العامة. مرجع سابق: 35-36. وقد أورد الباحثين ردا على ما وجه من نقد عن تعريفه هذا للقواعد، بسبب وجود تكرار في لفظة (قضية). ينظر كتابه القواعد الفقهية. مرجع سابق: 54.

<sup>95</sup> ينظر الأشباه والنظائر للسيوطي. مرجع سابق: 15 و 134 و 208. والأشباه والنظائر لابن نجيم. مرجع سابق: 14 و 115.

<sup>96</sup> ينظر الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية. مرجع سابق: 26-29.

قسموا القواعد الفقهية إلى أقسام أو فنون، حسب مراتب هذه القواعد، من حيث شموليتها واتساعها، وعموما وخصوصها. وإن مما يؤخذ على تعريف الباحثين:

- 1- أنه تضمن تكرارا، وضعفا في ترابط عناصره.
  - 2- أنه دمج بين حقيقة القاعدة في ذاتها، وحقيقة جزئياتها، ولم يفرق بينهما، فكلاهما عنده (قضية فقهية)، ولا يخفى ما في هذا التعبير من غموض<sup>98</sup>.
  - 3- إن آخر التعريف ينقض أوله، فإذا عبرنا عن الجزئيات بأنها كلية، فما المقصود بكلية القواعد التي صدر بها التعريف إذا؟<sup>99</sup>.
- أما الندوي فيقول في تعريف القاعدة الفقهية أنها "حكم شرعي في قضية أغلبية يتعرف منها أحكام ما دخل تحتها"<sup>100</sup>.

بالرجوع لتعريف الندوي في (القواعد الفقهية) نجده يعرف القاعدة الفقهية بتعريفين أولهما ما سبق ذكره، وهو محل التعليق والنقد -هنا-.

ورغم أن هذه التعريف تضمن قيد الشرعية، والوصف بالأغلبية، إلا أنه انتقد بالضعف في ترابط عناصره، وفيه تكرار لا داعي له.

وقد انتقد محمد شبير في (القواعد الكلية) تعريف الندوي المذكور، وقال عنه: بأن فيه تكرار لا داعي له؛ لأن في ذكره (القضية) ما يغني عن ذكر (الحكم).

كما أنه أدخل فيه ما هو من ثمرات المعرف لا من ماهيته. كعبارة: (ليتعرف منها أحكام ما تحتها)<sup>101</sup>.

<sup>97</sup> ينظر الميسر في علم القواعد الفقهية لنور الدين الخادمي. مرجع سابق: 33. والمدخل إلى القواعد الفقهية الكلية لابراهيم الحريري. مرجع سابق: 71.

<sup>98</sup> ينظر القواعد والضوابط الفقهية لمستخلصة من كتاب/ أصول الفتيا. للإمام ابن الحارث الخشني (رسالة ماجستير) إعداد: عزيزة عكوش. جامعة الجزائر. كلية العلوم الإسلامية (1422هـ - 2001م): 106

<sup>99</sup> ينظر المسائل المستثناة من القواعد الفقهية العامة. مرجع سابق 35-36.

<sup>100</sup> القواعد الفقهية للندوي. مرجع سابق: 43.

<sup>101</sup> ينظر. القواعد الكلية. لعهد شبير. دار النفائس. عمان. الاردن. ط(2) 1428 هـ - 2007م: 18.

وانتقده - كذلك - يعقوب الباحسين في (القواعد الفقهية) بقوله: "التعريف الأول. فيه تكرار، وإنه يمكن أن يقال: (قضية شرعية أغلبية) عوض (حكم شرعي في قضية أغلبية)<sup>102</sup>.

## المطلب الرابع

### التعريف المختار للقاعدة الفقهية

من خلال تعريفات الاتجاهين، والملاحظات حولها فقد اخترت منها تعريف محمد الشريف. كتعريف مختار لمعنى القاعدة الفقهية، والذي قال فيه أنها: (قضية كلية شرعية عملية، يتعرف منها أحكام جزئياتها)<sup>103</sup>.

شرح التعريف:

- قوله: (قضية). القضية في اللغة: الحكم. ج: قضايا. وهي الأمر أو المسألة يتنازع فيها وتعرض على القاضي، أو القضاة للبحث والفصل<sup>104</sup>.

والقضية في الاصطلاح كل قول مقطوع به من قولك: "هو كذا أو ليس بكذا" يقال له: قضية. ومن هذا يقال: قضية صادقة، وقضية كاذبة، وإياها عنى من قال: (التجربة خطر، والقضاء عسر) أي: الحكم بالشيء أنه كذا وليس بكذا أمر صعب<sup>105</sup>.

يقول التفتازاني في (التلويح): (إن المركب التام المحتمل للصدق والكذب يسمى من حيث اشتماله على الحكم: قضية)<sup>106</sup>.

وقد يعبر عن القضية بالحكم، باعتبار أن الحكم أهم أجزاء القضية؛ لأنه الذي ينصب عليه أمر التصديق والتكذيب.

<sup>102</sup> ينظر. القواعد الفقهية ليعقوب الباحسين. مرجع سابق: 50

<sup>103</sup> ينظر. المسائل المستثناة من القواعد الفقهية العامة، وأسباب استثنائها. سعاد أوهاب. مرجع سابق: 36.

<sup>104</sup> ينظر. المعجم الوسيط. مجمع اللغة العربية بالقاهرة. مرجع سابق: 770. ومعجم لغة الفقهاء. مرجع

سابق: 333.

<sup>105</sup> ينظر. معجم مفردات ألفاظ القرآن الكريم للراغب الأصفهاني. مرجع سابق: 516.

<sup>106</sup> ينظر. التلويح على التوضيح لسعد الدين التفتازاني. مطبعة صبيح وأولاده بالقاهرة (د.ت): 20/1

والتعبير بالقضية - في هذا الموضوع - أشمل؛ لتناولها جميع الأركان على وجه الحقيقة، مما يرجح استعمال لفظها.

- قوله (كلية) لفظ مشتق من الكل، وهو قيد أساسي في القاعدة، لأن معناها لا يتحقق من دونه. والكلية هي الحكم على كل فرد، والقضية الكلية: المحكوم على جميع أفرادها<sup>107</sup>.

جاء في (غمز عيون البصائر للحموي): بأن القاعدة الكلية هي التي لا تدخل قاعدة منها تحت قاعدة أخرى، وإن خرج منها بعض أفرادها...<sup>108</sup>

إلا أن بعض الباحثين قد وصف هذا التفسير للحموي بالجنوح؛ لأنه مخالف لما ذكره بعض المحققين من العلماء، وعلى كون عدم مخالفته يلزم منه خروج قواعد مجمع على كليتها في اصطلاح العلماء مثل قاعدة (الضرورات تبيح المحظورات) لدخولها تحت قاعدة (لا ضرر ولا ضرار)<sup>109</sup>.

وبناء على ما سبق فإن لفظي (الكلية والكلية) اللذان تضمنتهما صيغ بعض التعريفات الاصطلاحية للقاعدة بمفهومها العام والخاص، يفيدان الآتي:

- أ- أن الكلية تكون -أحيانا- بمعنى الضابط له فروع من باب واحد.
- ب- أن القاعدة تكون بمعنى الضابط ، وإن كانت تعرف بأنها (الأمر أو الحكم أو القضية) المنطبقة على جميع جزئياتها.

وعلى هذا. فإن العبارات التي تشكل (كليات) بسبب ابتدائها بكلمة (كلية) صيغت - أصالة- على هذه الشاكلة؛ بقصد الضبط والربط بين المسائل المتقاربة، المتجهة إلى منزع فقهي مشترك واحد، ثم جرت مجرى العلل والقواعد والضوابط<sup>110</sup>.

<sup>107</sup> ينظر . كشف اصطلاحات الفنون للتهانوي . مرجع سابق: 381/2

<sup>108</sup> ينظر غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر لبن نجيم. تأليف الإمام الحموي (أحمد بن محمد المكي

الحنفي) دار الطباعة العامرة بالقاهرة (ط 1) 1357هـ: 51/1

<sup>109</sup> ينظر القواعد الفقهية ليعقوب الباحثين. مرجع سابق: 35

<sup>110</sup> ينظر . القواعد الفقهية لعلى الندوي. مرجع سابق: 53

- قوله (شرعية) نسبة إلى الشرع، وتقييد القضية بالشرعية لجعلها مطابقة لمقتضيات الشرع، حيث إن أحكام الشرع هي التي تستقى من الأحكام التي سنّها الله - تعالى - لعباده على لسان رسول من رسله - عليهم السلام -.
- وقوله (عملية) نسبة إلى العمل. قيد آخر يميز القاعدة الفقهية عن غيرها من قواعد العلوم الأخرى. ومعنى العمل. هو كل فعل كان بقصد وفكر، سواء كان من أفعال القلوب كالنية أم كان من أعمال الجوارح كالصلاة. وسواء كانت هذه الأعمال مما يتقرب به من الله تعالى كالصوم والحج وغيرهما مما يطلق عليه اسم العبادات، أو كانت مما ينظم علاقات المكلفين ببعضهم البعض، أفراد أو جماعات، مما يطلق عليه اسم المعاملات كالبيوع والزواج والطلاق، والجنائيات وغيرها.
- وقوله (يتعرف) بصيغة التفعيل، على وزن (يتفعل) فيه إشارة إلى الكلفة والمشقة. فيخرج من التعريف القضايا الكلية، التي تكون فروعها بديهية، غير محتاجة إلى تخريج.
- وآلية التعرف هي: الإتيان بالقاعدة الفقهية على هيئة قضية كلية تجعل مقدمة كبرى، في قياس منطقي، بأن يكون موضوع تلك القاعدة محمولا على المسألة الصغرى، ثم يسلك طريق الوصول إلى النتيجة بحذف الحد الأوسط، فيحصل المطلوب.
- وهذا ما عبر عنه صدر الشريعة: "بكون القضية الكلية ما تكون إحدى مقدمتي الدليل إلى مسائل الفقه". ونص - كذلك - على أنها كبرى القياس. ومن الأمثلة على ذلك:
- إذا أخذنا نص القاعدة الذي يقول: (كل تصرف أوجب زوال الملك في الموصى به، فهو راجع عن الوصية).
- هذه قضية كبرى يعرف حكم جزئيات موضوعها ب(ضم مسألة صغرى سهلة المأخذ إليها) فما الذي يحصل إذا باع الموصي الموصى به؟
- إذا حصل ذلك فإن مثل هذا التصرف يوجب زوال الملك في الموصى به، ويكون داخلا في الكبرى، ومعلوم بالقوة.

فإذا أردنا تخريج هذه الجزئية على القاعدة، ضمناها إلى الكبرى فحصلت النتيجة التالية: (كل تصرف أوجب زوال الملك في الموصى به، فهو رجوع عن الوصية). هذه كبرى ، يضاف إليها (أن بيع الموصى به تصرف يوجب زوال الملك) هذه مسألة صغرى. فتكون النتيجة: (أن بيع الموصى به رجوع عن الوصية)

إن هذا التعرف على حكم الجزئية من القاعدة يسمى تخريجا<sup>111</sup>.

- وقوله: (أحكام جزئياتها) عبارة تتضمن تحديد عنصر مهم من عناصر القاعدة، وهو الاستيعاب والشمول، فإذا لم يكن حكم القضية الكلي مستوعبا للجزئيات، كان حكما جزئيا لا كليا.

والمراد بالجزئيات -هنا- أفراد ذلك المفهوم الكلي، الذي هو موضوع القضية، والتي لها زيادة تعلق بهذه القضية، حيث يتوقف صدق كلية القضية على وجود تلك الجزئيات. وتوضيح ذلك في قاعدة (المشقة تجلب التيسير) فللمشقة مفهوم كلي، الذي هو موضوع القاعدة، له أفراد في الخارج. ك (تجذب درق الطيور) و(طين الشوارع) أو (دم البراغيث) من أجل الطهارة. ولحمل المفهوم الكلي على هذه الأفراد يمكن القول بأن: (تجذب درق الطيور) مشقة، وكذا (طين الشوارع ودم البراغيث) وبانطباق الأمر الكلي على هذه الأفراد تعرف أحكامها، وهي أنها تجلب التيسير<sup>112</sup>.

ما يلاحظ على التعريف المختار:

إن اختيار التعريف السابق كتعريف مختار من مجموع تعاريف الاتجاهين ليس نقدا لها أو غيرها، وإنما لكونه أوفى التعاريف بالمقصود بمعنى القاعدة الفقهية - من وجهة نظري - حيث تميز عن غيره بوضع القيد المناسب لموضوع (القضية الكلية) وهو الأحكام الشرعية، وموضوع القضية الكلية -هنا- أهم حدود التعريف المتعلق بالقاعدة الفقهية.

<sup>111</sup> ينظر. المنشور في القواعد للزركشي. ت: تيسر فائق، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت. طباعة مؤسسة الخليج بالكويت (د.ت): 11/1. والمسائل المستثناة من القواعد الفقهية العامة. مرجع سابق: 38

<sup>112</sup> ينظر القواعد الفقهية ليعقوب الباحسين. مرجع سابق: 26

كما أن هذا التعريف بهذا التميز قد تلافى هذا التعريف النقد الموجه لما سواه من التعاريف الأخرى.

### المبحث الثالث

#### القواعد الفقهية بين الكلية والأكثرية

من خلال التأمل والاستقراء في تعريفات العلماء للقاعدة الفقهية يلاحظ اختلافهم في التعبير عن حقيقة انطباقها على فروعها وجزئياتها، فمنهم من وصفها بأنها كلية، وجعل انطباقها على جميع الفروع والمسائل، وغض النظر لما تتعرض له من مستثنيات؛ باعتبار أن الأصل في القاعدة أن تكون كلية.

ومنهم من حرص على وصفها والحكم عليها بأنها أكثرية أو أغلبية غير مطردة، باعتبار أن لكل قاعدة مستثنيات، ربما تكون كثيرة نسبياً، وليست نادرة، بحيث يكون الحكم فيها مبنياً على المجموع لا على الجميع، وبهذا يخرج بعض الفروع عنها استثناءً.

وفي هذا المبحث أتناول مسألة كلية القواعد وأكثريتها من خلال ثلاثة مطالب أختتم بها هذا البحث العلمي - المتواضع - بعد أن عرضت مسألة مفهوم القاعدة وما تتبعها من موضوعات فرعية تتعلق بهذا المفهوم، وذلك على النحو التالي.

#### المطلب الأول

##### التحقيق بين كلية القواعد وأكثريتها

إن مما يزيد من قيمة البحث وأهميته العلمية - في نظري -، تخصيص هذا المطلب للتحقيق في قضية اختلاف العلماء في كلية القواعد وأكثريتها، وسأتناول هذه المسألة من خلال استعراض جملة من آراء بعض المحققين من العلماء والباحثين في ذلك:

أولا. جاء في الموافقات للإمام الشاطبي - رحمه الله-<sup>113</sup> ما يفيد أن الاستثناء وعدم الاطراد لا ينقض كلية القواعد، ولا يقدر في عمومها، وقد عالج الإمام الشاطبي - رحمه الله- بنظرته المقاصدية العامة في الشريعة الإسلامية مسألة كون القواعد كلية أو أكثرية، بشكل أوسع وأعم من مجرد حصره في القواعد الفقهية، فقرر الآتي:

أ- أن الاستثناء وعدم الاطراد -في كل القواعد الاستقرائية التي تدخل القواعد الفقهية في إطارها العام- هو أمر شامل لكليات الشرع؛ ليلفت النظر إلى أن الله - سبحانه وتعالى- ضبط الخلق إلى قواعد عامة، جرت سنة الله في الكون إلى أنها أكثرية لا عامة، وكانت الشريعة موضوعة على مقتضى ذلك الوضع، وأن الكليات الاستقرائية صحيحة، وإن تخلف عنها جزئي ما<sup>114</sup>.

ومما جاء عنه في هذا قوله: "... الأمر الكلي إذا ثبت كليا فتخلف بعض الجزئيات عن مقتضاه لا يخرجها عن كونه كليا، وأيضا فإن الغالب الأكثرية معتبر في الشريعة اعتبار القطعي؛ لأن المتخلفات الجزئية لا ينتظم منها كلي يعارض هذا الكلي الثابت، وهذا شأن الكليات الاستقرائية. وإنما يتصور أن يكون تخلف بعض الجزئيات قادحا في الكليات العقلية. كما نقول: (ما ثبت للشئ ثبت لمثله عقلا). فهذا لا يمكن التخلف فيه البتة. إذ لو تخلف لم يصح الحكم بالقضية القائلة: (ما ثبت للشئ ثبت لمثله) فإذا كان كذلك فالكليات الاستقرائية صحيحة، وإن تخلف عن مقتضاها بعض الجزئيات"<sup>115</sup>.

ب- يقرر الشاطبي بأن سبب تخلف الجزئيات -من وجهة نظره- يعود إلى أن: "الجزئيات المتخلفة قد يكون تخلفها لحكم خارجة عن مقتضى الكلي، فلا تكون داخله تحته أصلا،

<sup>113</sup> ينظر الموافقات للشاطبي. في (كتاب المقاصد. المسألتان - 10 و 11-: (37-34/2)) وكتاب الأدلة الشرعية. (المسألة الأولى: 7-2/3) ثم الفصل الثاني في الاحكام والنسخ (المسألتان الأولى والثانية: 62/3-65) والفصل الرابع في العموم والخصوص (المسألتان الأولى والثانية: 149/3-153). دار احياء الكتب العربية . فيصل عيسى الحلبي. القاهرة (د.ت).

<sup>114</sup> ينظر. المسائل المستثناة من القواعد العامة. مرجع سابق: 40.

<sup>115</sup> الموافقات للشاطبي. مرجع سابق: 35/2.



أو تكون داخلية لكن لم يظهر لنا دخولها، أو داخلية عندنا لكن عارضها على الخصوص ما به أولى<sup>116</sup>.

ج- يقرر الشاطبي - كذلك- بأن العموم العادي المبني على الاستقراء لا يوجب عدم التخلف، بل الذي يوجبه إنما هو العموم العقلي؛ لأن العقلية سبيلها البحث والنظر، أما الشرعيات فسبيلها الاستقراء، ولا ينقضه تخلف بعض الجزئيات، وعن هذه الصورة يقول: "لما كان قصد الشارع ضبط الخلق إلى القواعد العامة وكانت العوائد التي قد جرت بها سنة الله أكثرية لا عامة، وكانت الشريعة موضوعة على مقتضى ذلك الوضع، كان من الأمر الملتفت إليه إجراء القواعد على العموم العادي لا على العموم الكلي التام، الذي لا يتخلف عنه جزئي ما"<sup>117</sup>.

د- يقول الشاطبي عن سبب عدم استغناء الجزئيات عن كلياتها أن: "أصول الشريعة فما تحتها مستمدة من الأصول الكلية شأن الجزئية مع كلياتها، في كل نوع من أنواع الموجودات، فمن الواجب اعتبار تلك الجزئيات بهذه الكليات عند إجراء الأدلة الخاصة من الكتاب والسنة، والاجماع والقياس، إذ محال أن تكون الجزئيات مستغنية عن كلياتها، فمن أخذ بنص -مثلا- في جزئي معرضا عن كلية فقد أخطأ... وكما أخطأ من أخذها بجزئي معرضا عن كلية فهو مخطئ. كذلك من أخذ بالكلي معرضا عن جزئيه"<sup>118</sup>.

ويختم الشاطبي معالجته لمسألة كون القواعد الفقهية كلية أو أكثرية بقوله: "فالحاصل أنه لا بد من اعتبار خصوص الجزئيات، مع اعتبار كلياتها، وبالعكس. وهو منتهى نظر المجتهدين بإطلاق، وإليه ينتهي إطلاقهم في مرامي الاجتهاد"<sup>119</sup>.

ثانيا. يؤكد الأتاسي في (شرح مجلة الأحكام) على ما قرره الشاطبي بشأن تخلف الجزئيات واستثنائها بقوله: "إن المحققين من الفقهاء قد أرجعوا المسائل الفقهية إلى قواعد كلية، كل منها ضابط، وجامع لمسائل كثيرة، وتلك القواعد مسلمة معتبرة... لكن ربما يعارض بعض

<sup>116</sup> المرجع السابق نفسه.

<sup>117</sup> المرجع السابق: 152/3.

<sup>118</sup> المرجع السابق: 3/3.

<sup>119</sup> المرجع السابق: 6/3.

تلك القواعد: أثر أو ضرورة، أو قيد، أو علة مؤثرة تخرجها عن ذلك الاطراد، فتكون مستثناة من تلك القاعدة معدولا بها عن سنن القياس، بما يلي:

- إما بالأثر. ك (السلم، والإجارة) في بيع المعدوم. - وإما بالإجماع ك(الاستصناع).
- وإما بالضرورة. ك(طهارة الحيض والآبار). - وإما بالاستحسان الذي قوي أثره. -  
ويقدم على القياس الجلي. - ك(سؤر السباع) إذ المعتبر الأثر لا الظهور<sup>120</sup>.

ويضيف الأتاسي مؤكدا على ما قال به الشاطبي، كون أن الاستثناء لا يخل بكلية القواعد. فيقول: "إن بعض هذه القواعد وإن كانت بحيث إذا انفرد يوجد من مشتملاتها بعض المستثنيات، للأسباب المارة، لكن لا تختل بذلك كليتها وعمومها من حيث المجموع؛ كما أن بعضها يخصص أو يقيد بعضا آخر"<sup>121</sup>.

ثالثا. يورد يعقوب الباحسين في (القواعد الفقهية) ملاحظة حقيقية مفادها: أنه قد يكون خروج الجزئيات من القاعدة بسبب وجود مانع فيها، أو عدم تحقق شرطا من شروطها، وليس هذا خاصا بالقاعدة الفقهية، إذ أنه حتى القواعد الأصولية يتحقق فيها مثل هذا. وفي هذا الصدد يضيف قائلا: "إذا تتبنا أكثر ما يستثنونه وجدناه لم ينطبق عليه شرط القاعدة، إذ أنهم يذكرون القاعدة مجردة من الشروط التي لابد من تحققها، وقد يكون خروج الجزئيات عن القاعدة بسبب وجود مانع فيها، وهذا الأمر ينطبق على جميع القواعد وليس على القواعد الفقهية وحدها، فعلى سبيل المثال. من القواعد الأصولية قاعدة: (الأمر للوجوب)، لا يقدر في كليتها قوله تعالى: "فكلوا مما أمسكن عليكم" ولا قوله -ﷺ-: "كل مما يليك"<sup>122</sup>؛ لوجود القرينة الصارفة عن مقتضاه إلى الإباحة في الأول وإلى التأييد، أو الندب في الثاني.

<sup>120</sup> شرح مجلة الأحكام العدلية لمحمد طاهر الأتاسي. مطبعة حمص. ط (1) 1349هـ - 1930م: 11/1-12.

<sup>121</sup> المرجع السابق نفسه.

<sup>122</sup> جزء من حديث رواه البخاري وغيره، عن عمر بن أبي سلمى - كتاب الأطعمة - باب التسمية على الطعام والأكل باليمين. رقم (5376).

فإذا قيدنا القاعدة بقولنا: (الأمر المجرد عن القرائن للوجوب) استقامت القاعدة الكلية، وهذا ما يمكن أن يقال في القاعدة الفقهية وغيرها<sup>123</sup>.

رابعاً. إن ما أشار إليه الباحثين - فيما سبق - يلاحظ في كثير من القواعد التي عدلها بعض الفقهاء، منهم الشيخ مصطفى الزرقا في (شرحه للقواعد) الذي قام بتعديل الكثير منها، بإضافة شرط فيها، أو تغييره، حتى يقلل من مستثنياتها. مثل قاعدة: (لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه) هذه عبارة القاعدة في (المجلة العدلية) والمقصود: بلا إذن المالك.

ولقد صاغها الزرقا بحذف الضمير فجاءت عبارتها أنه: (لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذن) ليشمل إذن المالك وإذن الشارع، كما قد يكون مصدر الإذن الشرع أو العرف كما (لو ذبح الراعي شاة أصيبت ولا ترجى حياتها، فإنه لا يضمن) ونفاذ تصرف الولي أو الوصي على القاصر ليس استثناء من القاعدة، بل مأذون به شرعاً؛ لأنه مستند إلى ولاية<sup>124</sup>.

خامساً. في كثير من الأحيان يحدث تخلف مسألة ما عن حكم قاعدة، ما يلزم منه اندراج هذه المسألة تحت حكم قاعدة أخرى. فالمسألة المخرجة تندرج ظاهراً تحت حكم قاعدة ولكنها في الحقيقة مندرجة تحت حكم قاعدة أخرى، وهذا من باب تنازع المسألة بين قاعدتين<sup>125</sup>.

وفي هذا السياق يقول ابن السبكي في (الأشباه): "وربما جزموا بإعطائه (الفرع) حكماً، وذلك ينقض على الأصل؛ لقوة أصل آخر عليه، اجتذب ذلك الفرع، وانتزعه، وهذا شأن كل المستثنيات من القواعد"<sup>126</sup>.

ومثل ذلك كثير في باب استثناء القاعدة بسبب العرف، فكثيراً منها تدخل تحت قاعدة: (العادة محكمة) وهكذا.

<sup>123</sup> القواعد الفقهية ليعقوب الباحثين. مرجع سابق: 47-48.

<sup>124</sup> المدخل الفقهي لمصطفى الزرقا. مرجع سابق: 1040/2-1041.

<sup>125</sup> ينظر موسوعة القواعد الفقهية للبورنو. مرجع سابق 24/1.

<sup>126</sup> الأشباه والنظائر لابن السبكي. مرجع سابق: 84.

## خلاصة القول في هذا التحقيق

مما سبق يتبين أن حاصل الرأي الذي يكاد يجمع عليه العلماء في -نظري- يتلخص في الآتي:

1- أن القاعدة أعم من أن تكون كلية، أو أغلبية، وأن الاستثناءات التي توجد في القاعدة لا تخل بكليتها، وأن الخلاف الواقع في التعريفات شكلي، أو اصطلاحي بالدرجة الأولى؛ لأن من عرف القاعدة الفقهية بأنها (كلية) إنما ذهب إلى ما تم بيانه سابقاً، ولم يكن العلماء ليغفلوا موضوع الاستثناء في القاعدة. أما من عرفها بالأغلبية إنما فضل التصريح والدقة<sup>127</sup>.

2- لا داعي إلى وضع قيود تقضي إلى تحجير الواسع، وتضييق نطاق القاعدة، بحيث يصعب تطبيق ذلك على كثير من القواعد التي أدرجها الفقهاء في كتب القواعد<sup>128</sup>.

## المطلب الثاني

### الجمع بين الاتجاهين

إن أوجه ما يقال في التعليل عن سبب وصف القاعدة الفقهية بالكلية، وسبب وصفها بالأكثرية هو:

أولاً: إن أغلب التعريفات المذكورة لكلا الاتجاهين ، تبقى تعريفات تصف القاعدة بأنها كلية، ومع ذلك فإن بعضاً ممن كتب في علم القواعد من القدامى قد تنبه إلى هذا الوصف العام، فأراد أن يخصص القاعدة الفقهية بتعريف خاص بها. مثل الإمام الحموي الذي عبر عن ذلك التخصيص بقوله (إن القاعدة هي عند الفقهاء غيرها عند النحاة والأصوليين...).

<sup>127</sup> ينظر المسائل المستثناة من القواعد الفقهية العامة. مرجع سابق: 43.

<sup>128</sup> ينظر القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير للإمام جمال الدين الحصري. إعداد: على الندوي. مطبعة

المدني بالقاهرة. ط(1) 1411هـ-1991م : 108.

إلا أن بعض النقاد يرى بأن هذه الإفادة ليست في محلها، وأن القواعد في -أغلبها- لا تكاد تخلو من مستثنيات في كل العلوم، وإن وجودها في القاعدة الفقهية أكثر منها في قواعد العلوم الأخرى<sup>129</sup>.

وبما أن وجود المستثنيات في أغلب القواعد لم ينكره أحد حتى من وصف القواعد بالكلية، فإن تعدد وصف القواعد بين الكلية والأغلبية بالتعريفات لا يعدو كونه تنوعاً في العبارات والصيغ الاصطلاحية، وكون القواعد الفقهية أغلبية فهذا الوصف لا يقدر في كليتها.

ثانياً: إن معظم التعريفات لكلا الاتجاهين متقاربة إن لم تكن جميعها متحدة في الغاية والمقصد، حيث إنها تتكامل في تطبيقاتها على المسائل والفروع. فمن وصف القواعد الفقهية بـ(الكلية) راعى كونها جامعة لما تحتها من فروع، ولم يفصح عن اعتبار ما شذ عنها، بوصفه نادراً والنادر لا حكم له. وعلى هذا المفهوم عرفها الجرجاني بأنها "قضية كلية منطبقة على جميع جزئياتها"<sup>130</sup> وعرفها التفتازاني بأنها "حكم كلي ينطبق على جزئياته، ليتعرف أحكامها منه"<sup>131</sup>.

أما من وصف القواعد الفقهية بـ(الأكثرية) فقد راعى فيها أنها مبنية على الأكثر؛ باعتبار أن لكل قاعدة مستثنيات، ربما تكون كثيرة نسبياً، وبدرجات متفاوتة، وليست نادرة، بحيث يكون الحكم فيها مبنياً على المجموع لا على الجميع. أي: على الأكثر لا على الكل. وعلى هذا المفهوم عرفها ابن السبكي بأنها "الأمر الكلي الذي ينطبق على أكثر جزئياته لتعرف أحكامها"<sup>132</sup>. وعرفها الحموي بأنها (حكم أكثرى لا كلي ينطبق على أكثر جزئياته، لتعرف أحكامها)<sup>133</sup>.

ثالثاً: إذا اعتبرنا أن تعريفات أصحاب الاتجاه الأول أكثر شمولاً، وأوسع مجالاً فليس من المناسب أن نرجح رأي هذا الاتجاه، أو نعتبره دون غيره، بحجة أن تعريفات الاتجاه الثاني أضيق

<sup>129</sup> ينظر. تهذيب الفروق. على هامش كتاب الفروق لمجد على بن حسين المكي المالكي. ضبط وتصحيح: خليل المنصور، دار الكتب العلمية. بيروت ط(1) 1418هـ-1998م: 36/1

<sup>130</sup> التعريفات للجرجاني. مرجع سابق: 149.

<sup>131</sup> التلويح على التوضيح للتفتازاني. مرجع سابق: 20/1

<sup>132</sup> الأشباه والنظائر لابن السبكي. مرجع سابق: 11/1

<sup>133</sup> غمز العيون والبصائر شرح الأشباه والنظائر للحموي. مرجع سابق: 22/1

مجالا، وأقل شمولية. فمن المناسب، بل من الانصاف أن نعطي كل مفهوم اعتباره بغض النظر عن المرتبة أو الوصف الذي يندرج تحته، وبذا نكون قد جمعنا بين الوصفين، وأكدنا على حقيقة وجود المرتبتين وغيرهما في أقسام ومراتب القواعد الفقهية، بمؤلفات العلماء والباحثين - قديما وحديثا - فضلا عن أننا أولينا علم القواعد الفقهية مكانته بين باقي العلوم.

رابعا: إذا كان العموم الكلي - في الأصل - لا يتخلف عنه جزئي ما فإن ذلك المتخلف الجزئي - مهما اتسع - لا ينتظم منه - شرعا أو عقلا - كلي يعارض الكلي الأصلي الثابت، وعلى هذا يكون شأن الكليات الاستقرائية<sup>134</sup>.

إلا أن ما يمكن تصوره: أن يكون تخلف بعض الجزئيات قادحا في الكليات العقلية، إن تخلف عن مقتضاها بعض الجزئيات. كقولنا: (ما ثبت للشيء ثبت لمثله عقلا) فمثل هذا الكلي العقلي لا يمكن فيه التخلف البتة. إذ لو تخلف لم يصح الحكم بالقضية القائلة (ما ثبت للشيء ثبت لمثله)<sup>135</sup> وهذا بخلاف الكليات الاستقرائية، التي يصح أن يتخلف عن مقتضاها بعض الجزئيات دون أن يكون قادحا فيها. كما في قولنا:

(كل حيوان يحرك فكه السفلي عند المضغ) فهذه قاعدة كلية استقرائية، خرج عنها التماسح؛ حيث إنه يحرك فكه العلوي عند المضغ. فخرج التماسح من القاعدة الاستقرائية، لا يخرجها عن كونها كلية. فكأنه قيل: (كل حيوان يحرك فكه الأسفل حين المضغ إلا التماسح).

ومن هنا. فالعموم العادي المبني على الاستقراء لا يوجب عدم التخلف بل الذي يوجبه إنما العموم العقلي؛ لأن العقليات طريقها البحث والنظر، وأما الشرعيات فطريقها الاستقراء الذي لا ينقضه تخلف بعض الجزئيات<sup>136</sup>.

خامسا: في كثير من الأحيان تتخلف مسألة ما عن حكم قاعدة معينة مما يلزم منه اندراج هذه المسألة تحت قاعدة أخرى. بمعنى: أنه تكون المسألة المخرجة تندرج ظاهرا تحت

<sup>134</sup> ينظر الموافقات في أصول الأحكام للشاطبي (ابي اسحاق إبراهيم) دار احياء الكتب العربية. تعليق: محمد حسنين مخلوف. مكتبة فيل عيسى الحلبي القاهرة: 35/2

<sup>135</sup> المرجع السابق: 152/3

<sup>136</sup> ينظر. الوجيز في ايضاح قواعد الفقه الكلية. مرجع سابق: 17-18

حكم القاعدة (س) مثلا. ولكنها في الحقيقة مندرجة تحت القاعدة (ص) وهذا من باب تنازع المسألتين بين قاعدتين<sup>137</sup>.

وفي هذا يقول ابن السبكي: "... وربما جزموا بإعطائه (أي الفرع) حكما وذلك ينقض على الأصل، لقوة أصل آخر عليه، اجتذب ذلك الفرع وانتزعه، وهذا شأن كل المستثنيات من القواعد"<sup>138</sup>.

سادسا: إذا اعتبرنا أن القواعد الفقهية هي (حكم شرعي في قضية أغلبية...) تعريفا صحيحا، فليس من المناسب أن نضرب صفحا عن الرأي الآخر الذي يصف القاعدة الفقهية بأنها (أمر كلي) أو (قضية كلية) حسب المصطلح العام الذي قرره أصحاب الاتجاه الأول. ولا مانع -كذلك- من أن نأخذ بالوصفين لكلا الاتجاهين، ونسير في نفس الاتجاه.

### المطلب الثالث

#### الرأي الذي تميل إليه النفس في كلية القواعد وأكثريتها

لمحاولة الفصل في ازدواجية القول حول مفهوم القاعدة الفقهية، وبيان حقيقتها فإن ما يمكن الميل إليه، -في نظري- هو كون القواعد الفقهية كلية لعدة أمور، منها:

- 1- نشوء استعمال الكليات في سائر العلوم -بالنظر إلى وضعها اللغوي في دلالتها- على الشمول، باعتبار أن كلمة (كل) صيغة من صيغ العموم.
- 2- شأن القواعد -في الأصل- أن تكون كلية<sup>139</sup>، وبناء على هذا الأصل فالعلماء لم يختلفوا في كون القواعد في سائر العلوم لا تخلو عن الشواذ والمستثنيات، وإنما الاختلاف بينهم في نسبة التفاوت فيما بينها.

<sup>137</sup> ينظر. موسوعة القواعد الفقهية لمحمد صدقي البورنو مكتبة التوبة. الرياض. ط (1) 1410هـ - 1990م:

<sup>138</sup> الأشباه والنظائر لابن السبكي. مرجع سابق: 84

<sup>139</sup> ينظر شرح الكوكب المنير لابن النجار. مرجع سابق: 45/1.

- 3- عبارة الكلية في مجال الفقه الاسلامي يراد بها كون المفهوم كليا حقيقيا أو إضافيا، وتكون لهذه الكليات جزئيات مندرجة تحتها<sup>140</sup>.
- 4- المؤلف المعهود أن الكلام الذي استهل بكلمة (كل) في الفقه الاسلامي انسحب عليه مفهوم الكلية -غالبا- سواء كان من قبيل القواعد أو الضوابط.
- 5- إن مصطلح الأصل عند القدامى من الفقهاء يكون له نفس مفهوم الكل، ومن أمثلة ذلك:
- أ- تصدير الإمام الكرخي رسالته المسماة (أصول الإمام الكرخي) كل قاعدة منها بلفظ الأصل<sup>141</sup>.
- ب- إطلاق الإمام الشاطبي على المقاصد الشرعية (الضرورية والحاجية والتحسينية) وصف كليات الشريعة، مؤكدا أن لهذه الكليات جزئيات لا تستغني عن الإندراج تحتها<sup>142</sup>.
- ج- وصف الإمام ابن نجيم لقواعده الفقهية - التي أدرجها تحت الفن الأول- بالكلية، وأراد بها القواعد العامة الجامعة لفروع من أبواب شتى<sup>143</sup>.
- د- وجود بعض النصوص في مدونة الإمام مالك، تشعر بأن ضبط المسائل بالكليات كان محل اعتبار واعتناء عند أهل تلك الطبقة من الفقهاء.
- كما أن احتواء كتاب (الأم) للإمام الشافعي لنصوص - في أكثر من باب - يتحقق فيها مفهوم الكليات<sup>144</sup>.
- 6- من ضروب الاجتهاد الذي لا ينقطع -على مدى الزمن- وأن الحاجة إليه ماسة - أحيانا- تطبيق الكليات الفقهية على جزئيات الواقع. وهذا ما أكد عليه الإمام الشاطبي في (موافقاته) في معرض حديثه عن تحقيق المناط<sup>145</sup>.

<sup>140</sup> ينظر . كشاف اصطلاحات الفنون للتهانوي. مرجع سابق: 1264/2

<sup>141</sup> ينظر المسائل المستثناة من القواعد العامة. مرجع سابق: 55-56.

<sup>142</sup> ينظر الموافقات للشاطبي. مرجع سابق: 30/1، 34/2، 70/3.

<sup>143</sup> ينظر الأشباه والنظائر لابن نجيم. مرجع سابق: 166

<sup>144</sup> ينظر المسائل المستثناة من القواعد العامة. مرجع سابق: 56.

<sup>145</sup> ينظر الموافقات للشاطبي. مرجع سابق: 49/3-50.



- 7- إن المستثنيات من أي قاعدة لا تغض أو تنقص من شأنها ومكانتها، ولذلك تحفظ المستثنيات كما تحفظ الاصول، حتى يتم ربط مسائل الموضوع من جميع جوانبه.
- 8- وجود المستثنيات وكثرتها تختلف من قاعدة إلى أخرى، فالاستثناء في القواعد الفقهية الكبرى (الخمس الأساسية) قليل جداً، مقارنة بما في القواعد الأقل مرتبة في السعة والشمول من هذا النوع وهذا يجعلنا لا نلتزم بالتركيز على صفة الأغلبية في تعريف القواعد الفقهية<sup>146</sup>.

والله أعلم

---

<sup>146</sup> ينظر القواعد الفقهية لعلي الندوي. مرجع سابق: 44

---

---

## نتائج البحث وتوصياته

بعد الانتهاء -بحمد الله- من إعداد موضوعات هذا البحث في مفهوم القواعد الفقهية وكونها كلية أو أكثرية، فإني أضع في هذه الخاتمة أهم النتائج التي وقفت عليها، والتوصيات المناسبة لتوظيف هذا البحث وتطويره.

### أولاً: النتائج

- 1- القواعد الفقهية من أعظم الابداعات العقلية، فهي صيغ اجمالية عامة من حصيلة التراث الفقهي، ومن جوامع الكلم، المعبر عن الفكر الفقهي، استنبطها العلماء والفقهاء من دلائل النصوص الشرعية، وصاغوها بعبارات جزلة جرت مجرى الأمثال في شهرتها.
- 2- القواعد الفقهية. أصول ومبادئ ذات قيمة معتبرة في ميزان الشرع الاسلامي، وفي وضع أحكام مسائل النوازل والمستجدات وفروعها، وفي التعامل معها، قضاء وتشريعاً.
- 3- القواعد الفقهية علم شرعي إسلامي، (كعلم الأصول، وعلم الحديث، وعلم الطب، وعلم القانون) يعنى بالصيغ الفقهية العامة، والمبادئ الكبرى التي تنطوي على فروعها وجزئياتها الفقهية.
- 4- علم القواعد الفقهية يعنى بتجميع الفروع الفقهية، وحصرها في جمل وصيغ كبرى وعامة؛ لتيسير الرجوع إليها، وتسهيل استحضارها وحفظها، والاستشهاد بها.
- 5- القاعدة الفقهية تكون كلية -أحياناً-؛ لأنها تشمل كل جزئياتها، وتكون أغلبية -أحياناً أخرى- لأنها شاملة لأغلب جزئياتها، وتكون بعضية -في بعض الأحيان- لأنها لا تشمل إلا عدد محدوداً من الجزئيات.
- 6- للقواعد الفقهية فوائد عظيمة، وآثاراً بليغة، تتعكس إيجاباً في تكوين الملكة الفقهية لدى المتخصصين في علم الفقه الإسلامي، وتجعلهم أكثر إدراكاً، وأوسع فهماً، وأبلغ معرفة بأحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها.
- 7- يتفق العلماء والباحثون في سائر العلوم على أن القواعد عموماً لا تخلو عن الشواذ والمستثنيات، ويختلفون في نسبة التفاوت فيما بينها.

8- يتفق العلماء والباحثون على أن الاستثناء والشذوذ في القاعدة الاستقرائية لا يغض ولا ينقص من شأنها، ولذلك تحفظ المستثنيات كما تحفظ الأصول، حتى يتم ربط مسائل الموضوع من جميع جوانبه، وهذا بخلاف القواعد العقلية فهي لا تقبل الاستثناء، ولا تتخرم في حال من الأحوال.

### ثانيا: التوصيات

يوصي الباحث المختصين من المسؤولين بالجامعات والمراكز العلمية في الدول الإسلامية إلى الاهتمام بهذه الثروة الفقهية الكامنة عن طريق الآتي:

- 1- العمل على استخراج الأحكام الشرعية للمستجدات العصرية، بتتبعها، حتى يظهر تأثيرها في جميع مجالات الحياة.
- 2- التعامل مع القواعد الفقهية خاصة الكلية منها، في إحلالها محل الدليل عندما تعوز القاضي أو المفتي الحاجة إلى الاستدلال.
- 3- جعل أمهات علم القواعد الفقهية المعتبرة هي الركيزة الثابتة في: مراكز القضاء، ودور الإفتاء، والمجامع الفقهية، لما تحتويه من المسائل والوقائع في مختلف الأبواب والفروع.
- 4- جعل علم القواعد مقرونا دراسيا في أكثر من مستوى دراسي، بمرحلتي الدراسة الجامعية، والدراسة العليا، لتخصصات الدراسات الإسلامية والشريعة، والقضائية والقانونية.

ختاما أقول:

إن هذا البحث العلمي -المتواضع- هو جهد المقل، بذلت في إعدادة جهدا أحسبه كبيرا وأنفقت في ذلك وقتا كثيرا، ولا أزمع أنني أوفيت موضوعه حقه، أو قاربت من ذلك... فما كان فيه من صواب فمن الله وبتوفيق منه، وما كان فيه من خطأ فمن نفسي ومن الشيطان، والله ورسوله منه بريئان. وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين. والحمد لله رب العالمين.

مصادر البحث ومراجعته

- 1- الإحكام في أصول الأحكام للآمدي. على بن أبي علي، دار الكتب العلمية، بيروت (1403 هـ - 1983 م).
- 2- احياء علوم الدين لأبي حامد الغزالي. دار المعرفة. بيروت (1402 هـ - 1988 م).
- 3- الأشباه والنظائر لابن السبكي. ت عادل عبد الموجود وعلى عوض. دار الكتب العلمية بيروت. ط(1) 1411 هـ - 1991 م.
- 4- الأشباه والنظائر لابن السبكي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (1) 1411 هـ - 1991 م.
- 5- الأشباه والنظائر لجلال الدين السيوطي. ت: خالد عبدالفتاح، مؤسسة الكتب الثقافية، بيروت، ط(3) 1419 هـ - 1999 م.
- 6- أصول الفقه لمحمد أبو النور زهير. المدار الإسلامي. بيروت (د.ت).
- 7- أصول الفقه لمحمد أبي زهرة. دار الفكر العربي. القاهرة (د.ت).
- 8- تاج العروس من جواهر القاموس للزبيدي. وزارة الإعلام بالكويت. (د.ت).
- 9- تاريخ الفقه الاسلامي لمحمد عبادة. دار الطباعة المحمدية بالقاهرة. ط(2) 1389 هـ .
- 10- التجديد في الفقه الاسلامي لمحمد الدسوقي. المجلس الأعلى للشؤون الاسلامية بالقاهرة (ع. 77 - س 1422 هـ - 2001 م).
- 11- التعريفات للسيد الجرجاني. مكتبة مصطفى الحلبي. القاهرة (1357 هـ - 1938 م).
- 12- تفسير الكشاف لأبي القاسم الزمخشري، المكتبة التوفيقية - مصر (د.ت).
- 13- تفسير المنار لمحمد رشيد رضا. دار المعرفة. بيروت. ط(2) 1393 هـ - 1973 م.
- 14- التلويح على التوضيح لسعد الدين التفتازاني. مكتبة صنايع. بالقاهرة (1310 هـ).
- 15- التمهيد في تخرج الفروع على الأصول للإسنوي. ت: محمد حسن هيتو. مؤسسة الرسالة. بيروت ط(1) 1400 هـ - 1980 م.
- 16- تهذيب الفروق. على هامش كتاب الفروق لمحمد على بن حسين المكي المالكي. ضبط وتصحيح: خليل المنصور، دار الكتب العلمية. بيروت ط(1) 1418 هـ - 1998 م.
- 17- الرد على المنطقيين لبن تيمية. دار المعرفة. بيروت (د.ت).
- 18- شرح الكوكب المنير للفتوح محمد بن أحمد. مطبعة السنة المحمدية بالقاهرة (د.ت).

- 19- شرح مجلة الأحكام لمحمد طاهر الأتاسي. مطبعة حمص. ط (1) 1349هـ - 1930م.
- 20- شرح مختصر الروضة لسليمان الطوفي الحنبلي. ت: عبدالله التركي. مؤسسة الرسالة بيروت. ط(1) 1410هـ.
- 21- غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر لابن نجيم. تأليف أحمد بن محمد الحموي. دار الكتب العلمية بيروت ط(1) 1405هـ - 1985م.
- 22- فتح الباري شرح صحيح البخاري للعسقلاني. ت: عبدالعزيز بن باز. دار الكتب العلمية بيروت. ط(4) 1424هـ - 2002م.
- 23- الفروق لشهاب الدين القرافي، مؤسسة الرسالة، ت: عمر حسن، بيروت، ط (2) 1432هـ - 2011م.
- 24- القاموس المبين في اصطلاحات الأصوليين لمحمود حامد عثمان. دار الحديث بالقاهرة. ط (1) 1421هـ - 2000م.
- 25- القاموس المحيط للفيروز آبادي. مؤسسة الرسالة. بيروت. ط(6) 1419هـ - 1998م.
- 26- قواعد الفقه الاسلامي من خلال كتاب- الاشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبدالوهاب. اعداد محمد الروكي. دار القلم بدمشق. ط(1) 1419هـ - 1998م.
- 27- شرح القواعد الفقهية أحمد محمد الزرقاء. دار القلم بدمشق. ط(6) 1422هـ - 2001م.
- 28- القواعد الفقهية المستخرجة من كتاب إعلام الموقعين لابن القيم الجوزية. إعداد: أبي عبدالرحمن الجزائري. دار ابن القيم. الرياض . ط(2) 1929هـ - 2008م.
- 29- القواعد الفقهية للمقري. ت: أحمد بن حميد. جامعة أم القرى بمكة المكرمة (د.ت).
- 30- القواعد الفقهية لعلي أحمد الندوي. دار القلم بدمشق. ط(7) 1428هـ - 2007م.
- 31- القواعد الفقهية لفهم النصوص الشرعية لعبد الرحمن بن ناصر السعدي، دار الحرمين، ط (1) 1420 هـ - 1999م.
- 32- القواعد الفقهية ليعقوب الباحسين. مكتبة الرشد. الرياض ط(2) 1420هـ - 1999م.
- 33- القواعد الفقهية من ظاهرة إلى علم وأثر ذلك في الفقه الاسلامي. محمد عبدالرحمن المرعشلي. كلية الإمام الأوزاعي للدراسات الاسلامية. بيروت (د.ت).
- 34- القواعد الكلية. لمحمد شبير. دار النفائس. عمان. الاردن. ط(2) 1428هـ - 2007م.

- 35- القواعد في الفقه الاسلامي لابن رجب الحنبلي، دار المعرفة، بيروت (د.ت).
- 36- كشف اصطلاحات الفنون لعبد التهانوي. دار صادر. بيروت (د.ت).
- 37- الكليات. للكفوي. مؤسسة الرسالة. بيروت ط(2) 1419هـ - 1998م.
- 38- لسان العرب لأبن منظور. دار صادر. بيروت ط(3) 1414هـ - 1994م.
- 39- اللمع في أصول الفقه لأبي اسحاق الشيرازي. المكتبة التوفيقية بالقاهرة (د.ت).
- 40- مجموع الفتاوى لابن تيمية. جمع وترتيب: عبدالرحمن بن محمد. مكتبة المعارف بالرباط- المغرب (د.ت).
- 41- المجموع المذهب في قواعد المذهب للعلائي ت: محمد عبدالغفار الشريف. مكتبة جامعة محمد بن سعود الإسلامية (د.ت).
- 42- المحلى على جمع الجوامع مع حاشية البناني للسبكي. دار الفكر. بيروت (د.ت).
- 43- مختصر من قواعد العلائي وكلام الإسنوي لنورالدين الحموي. المعروف بابن خطيب الدهشة ت: مصطفى البنجويني. مطبعة الجمهورية العراقية. الموصل. (1984هـ).
- 44- المدخل الفقهي العام. مصطفى الزرقاء. مطابع (أ ب) دمشق. ط(9) 1967- 1968م.
- 45- المسائل المستثناة من القاعدة الفقهية العامة وأسباب استثنائها. سعاد اوهاب. (رسالة ماجستير) جامعة الجزائر. كلية العلوم الإسلامية (1426هـ - 2005م).
- 46- المستصفي من علم الأصول لأبي حامد الغزالي. دار صادر. بيروت (د.ت).
- 47- المصباح المنير لأحمد الفيومي. دار الحديث بالقاهرة. ط(1) 1421هـ - 2000م.
- 48- معاني القرآن للنحاس. ت: يحيى مراد. دار الحديث . القاهرة. (1425هـ - 2004م).
- 49- معاني القرآن للزجاج. ت: عبدالجليل شليبي. دار الحديث بالقاهرة. 1414هـ - 1994م.
- 50- المعجم الفلسفي بالألفاظ العربية والفرنسية... لجميل صليبا. الشركة العالمية للكتاب. بيروت (1414هـ - 1994م).
- 51- المعجم الوسيط. مجمع اللغة العربية. القاهرة. مكتبة الشروق الدولية بالقاهرة. ط(5) 1432هـ - 2011م.
- 52- معجم لغة الفقهاء. لعبد رواس. دار النفائس. بيروت. ط(1) 1416هـ - 1996م.

- 53- مفردات ألفاظ القرآن للراغب الأصفهاني، مكتبة فياض، ت: مصطفى بن العدوي، المنصورة، مصر (1430 هـ - 2009م) .
- 54- المقدمة لابن خلدون. مطبعة عبدالسلام بن محمد شقرون بمصر (د.ت).
- 55- منافع الدقائق شرح مجمع الحقائق في أصول الفقه، لأبي سعيد محمد ابن محمد ابن مصطفى الخادمي. المطبعة العامرة. اسطنبول (1308هـ).
- 56- المنثور في القواعد للزركشي. ت: تسيير فائق، وزارة الأوقاف والشؤون الاسلامية بالكويت. طباعة مؤسسة الخليج بالكويت (د.ت).
- 57- المواضع في الاصطلاح على خلاف الشريعة - ضمن كتاب فقه النوازل - لابي بكر أبوزيد. مؤسسة الرسالة. ط(1) 1416 هـ .
- 58- الموافقات في أصول الأحكام للشاطبي. تعليق محمد حسنين مخلوف. دار إحياء الكتب العربية- مكتبة فيصل عيسى الحلبي بالقاهرة.(د.ت).
- 59- الميسر في علم القواعد الفقهية لنور الدين الخادمي. مؤسسة بن عاشور للتوزيع. تونس ط(1) 1428هـ- 2007م.
- 60- نهاية السؤل في تخريج منهاج الأصول، لجمال الدين الإسنوي، شرح منهاج الوصول في علم الأصول، للبيضاوي، دار الكتب العلمية، بيروت. ط(1) 1420هـ- 1999م.
- 61- الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية لمحمد صدقي البورنو. مؤسسة الرسالة ببيروت. ط(5) 1422هـ- 2002م.

## البعد الفلسفي للشرعية الدستورية

أ. صالح أحمد الفرجاني

عضو هيئة تدريس كلية القانون/ جامعة طرابلس

### المقدمة

لقد حرصت الدول الحديثة والمتقدمة على التمسك بمبدأ الشرعية والذي يعنى خضوع الدولة والأفراد في تصرفاتهم لأحكام القانون سواء كانوا حكاماً أو محكومين، وتبرز أهمية هذا المبدأ من خلال تطبيق سيادة الدستور أو القانون والخضوع له، ومن خلاله يتحقق مبدأ المساواة بين الأفراد، وبذلك تتأكد الضمانات القانونية وغيرها المنصوص عليها في إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر سنة 1789م، وهو ما تضمنته الدساتير والمواثيق الدولية والإقليمية وحرصت عليه تلك الدول، وتكفل بها حقوق المواطنين في كافة المجالات<sup>(1)</sup>.

والشرعية لغة جاءت من الشرع الذي هو الطريق أو المذهب المستقيم. وشرع الوارد: استسقى الماء بما فيه، وتأتي بمعنى جعله مسنوناً «شَرَعَ لَكُمْ مِنَ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحًا»<sup>(1)</sup> صدق الله العظيم.

كذلك مهد الطريق وشرع الشيء رفعه، وشرع الرمح سدده وفي محكم التنزيل «لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شُرْعَةً وَمِنْهَا جَا»<sup>(2)</sup> والمشرعة (شريعة الماء نبع الماء)، جعله مسنوناً ومشروعاً<sup>(3)</sup>.

أما اصطلاحاً فهي تعني خضوع الحكام والمحكومين في الدولة جميعهم "لسيادة القانون" وتتبع هذه الشرعية من خلال أهمية قواعد التنظيم القانوني في الدولة التي تحتل قمة الهرم، وهي

(1) د. طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976م، ص10 وما بعدها.

(2) سورة الشورى، الآية: 13.

(3) سورة المائدة، الآية: 48.

(4) د. إبراهيم أنيس وآخرين، المعجم الوسيط، ج 1، ط 2، باب الشين، ص479.



التي تشكّل من خلال التدرج الهرمي لقوة القانون؛ تتمثل في الوثيقة التي أفرغت قواعد الدستور بها بحيث تعلق جميع السلطات في الدولة كنظام قانوني وهو البناء الشكلي "المعيار الشكلي" الذي تقوم عليه مفهوم الشرعية في الدولة والذي هو في رأينا نواة الشرعية الدستورية.

ومن الناحية التطبيقية "المعيار الموضوعي" فتعني خضوع الدولة بكافة أجهزتها وسلطاتها وأعمالها وتصرفاتها لحكم وسيادة القانون سواء كانت هذه السلطة تشريعية أم تنفيذية أم قضائية، وهذه السيادة تشمل في إطارها العام الدستور والقوانين العادية النافذة، والقرارات واللوائح الإدارية والمبادئ العامة للقانون وأحكام القانون والقضاء الإداري<sup>(4)</sup> والتي يجب وفي تقديرنا أن تسخر لخدمة الأفراد والنهوض بالحريات العامة وضماناتها التي يتوجب أن يتمتع بها الأفراد في كل مجتمع.

هذا وسنتناول في مطلب أول، ماهية الشرعية الدستورية، وفي مطلب ثان، الأسس

الفلسفية للشرعية الدستورية.

- 
- (4) انظر د. عوابدي عمار، مبدأ تدرج فكرة السلطة الرئاسية، دار هومه، الجزائر، 1998، ص:510
- د. طعيمة الجرف، المرجع السابق، ص 75.
  - د. ثروت بدوي، تدرج القرارات الإدارية ومبدأ الشرعية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1970م، ص:8.
  - د. سعاد الشراوي ود. عبد الله ناصف، أسس القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984م، ص:25.
  - د. سليمان الطماوي، النظم السياسية والقانون الدستوري، دراسة مقارنة، بدون دار نشر، 1988، ص:98-100.
  - د. ثروت بدوي، القانون الدستوري وتطور الأنظمة الدستورية في مصر، دار النهضة العربية القاهرة 1969م، ص:19.
  - د. عبد الحميد متولي، القانون الدستوري والأنظمة السياسية، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1996، ص:21.
  - د. رمضان بطيخ، النظرية العامة للقانون الدستوري وتطبيقاتها في مصر، القاهرة 1996م، ص:17.
- وانظر Eisemann :LaJustice Constitutinnelle et la Haute Cour constittionnelle. Aliriche, paris, Ecomereca,1986, pp:3-5

## المطلب الأول

### ماهية الشرعية الدستورية

إن سيادة القانون والديمقراطية ليست ضماناً مطلوباً لحرية الفرد فحسب بل هي الأساس الوحيد لمشروعية السلطة، الأمر الذي يدعونا لدراسة مفهوم الشرعية الدستورية (الفرع الأول) وتطور الشرعية الدستورية (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### مفهوم الشرعية الدستورية

إن الرأي السائد في الفقه يرى بأن الشرعية الدستورية هي الضمان الأعلى للحقوق والحريات لما لها من أثر كبير في إحداث التوازن المطلوب لفاعلية العدالة والمصلحة العامة في المجتمع في إطار سيادة القانون حتى يتمتع الفرد بحريته بعيداً عن الأنظمة التسلطية التي تتجاهل حقوق الفرد وحياته، كما هو الحال في الدولة القانونية التي تحمي المصالح القانونية جميعها، حتى أن مصلحة الفرد لا يجوز إهدارها بمعنى أو بدعوى المحافظة على مصلحة المجتمع<sup>(1)</sup>.

ففي الأنظمة التسلطية، لوحظ أن الدول أعطت نفسها تحقيق مصلحتها بشكل مستقر وثابت وهو ما يسمى بمبدأ تفوق الدولة، الأمر الذي لا يمكن إقراره إلا باستعمال القوة أو العنف، لذلك كانت الدول تلجأ لتجريد الفرد من ضماناته وحياته، فأصبح القانون أداة السلطة ويدها التي تبطش بها، مما أدى إلى انحرافها عن طبيعة الهدف الذي أنشأت من أجله وفي ذلك يقول الأستاذ والفقيه جورج بورديو George Burdeau "إن أهمية القوانين الدستورية تكون عقيمة لو أن أجهزة الدولة تستطيع انتهاكها دون التعرض لعقاب ما"<sup>(2)</sup>.

(1) د. أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1995، ص 39 وما بعدها.

(2) George Burdeau, Constitutionnel et Intuitions Politiques, Paris, 1977. P; 102

حيث يتعين وجود الأثر المقيد المرتبط بالنظام الدستوري الواجب التقيد به واحترامه من قبل السلطات العامة تحت طائلة الجزاء، ولذلك يختلف مضمون مبدأ الشرعية الدستورية من دولة لأخرى بقدر اختلاف نظامها السياسي والاقتصادي في إطار أيديولوجيتها ونظامها الديمقراطي الذي تفرضه الدولة الحديثة، حيث الشرعية الدستورية في دولة القانون وهي ترسيخ لسيادة القانون والديمقراطية.

وهذا المفهوم يختلف كذلك باختلاف قوة تفعيل القانون وفقاً للتدرج الهرمي في النظام القانوني، فالشرعية الدستورية وفقاً لما تقدم، تعتبر الضمان الأعلى لسيادة القانون من خلال ممارسات السلطة لأعمالها واختصاصاتها في هذا الإطار، وبالتالي فإن كل سلطة من السلطات في إطار مبدأ الفصل القانوني أو الدستوري - عندما تمارس اختصاصاتها، يتوجب عليها ترسيخ وتدعيم هذا المبدأ كضمان لحقوق وحريات الأفراد في المجتمع وإشباعاً لحاجاتهم المتجددة.

ومن هنا تبرز أهمية تدعيم القضاء لمبدأ الشرعية الدستورية من خلال استقلاله وحصانته وتطبيقاته القانونية السليمة دون تدخل من أية سلطة في الدولة أيّاً كانت قوتها ومصدرها واختصاصاتها، فالتطبيقات القانونية للقضايا الدستورية وكيفية الرقابة على دستورية القوانين هي في الأصل وحدة الحماية لسيادة القانون والديمقراطية وحقوق الإنسان لأن الدستور هو الوسيلة التي استحدثها الفكر الدستوري لحماية مبدأ الشرعية.

ومن هنا نرى أنه وفي ظل انحدار النظم الديكتاتورية فقد أصبحت الحاجة ملحة لتطبيق الرقابة على دستورية القوانين التي تتوافر من خلالها قيمة الشرعية التي تعد ضماناً لعدم المساس بحريات الأفراد.

هذا وقد أصبحت الرقابة على دستورية القوانين بعد الحرب العالمية الثانية إحدى وظائف النظام القضائي ففي الأنظمة الديمقراطية لا بد أن تكون الأغلبية البرلمانية هي المسيطرة، الأمر الذي تطلب وجود قضاء دستوري يوازن ويراقب هذه القوانين وكما حدث في ألمانيا وإسبانيا.

النظام الديمقراطي هو الذي يترجم سيادة القانون، وهو الأمر الذي لا يقوم إلا في البلاد التي تشهد الرقابة على دستورية القوانين، لذلك فشرعية الرقابة هذه هي نجاح الديمقراطية في ظل دولة القانون.

لذلك يرى جانب من الفقه بأن سيادة الدستور تتأكد من خلال تطبيق الرقابة على دستورية القوانين وإلا سيكون الدستور برنامجاً سياسياً له القوة الإلزامية الأدبية فقط، وعليه فإن مخالفة التشريع ستكون لها مبرراتها في جميع الأحوال، لذلك فإن الرقابة على دستورية القوانين تؤكد جمود الدستور وإلزاميته وسموه<sup>(1)</sup>، وهو الأمر الذي يؤكد بأنه لا يمكن وجود قضاء دستوري في دولة بدون وجود الدستور.

## الفرع الثاني

### تطور الشرعية الدستورية

لقد سبقت مرحلة إعلانات الحقوق في العالم مراحل عديدة منذ بدء الخليقة فكانت أولى هذه المراحل هي مرحلة القناصين والجماعيين وهي من أهم المراحل التي كونت بها المجتمعات قاعدة قوية في التكافل والتضامن كقاعدة أساسية قائمة على التسامح وإصلاح ذات البين بحيث أصبح هذا التكامل القائم على الفطرة والعطف أساساً للشرعية التي يتعامل بها هذا الجيل في المرحلة البدائية للبشرية، وقد تبعت هذه المرحلة مراحل عديدة شهدت كمّاً من الانتهاكات وخصوصاً نشوء المجتمع الذي سادته الظلم والاستبداد غير مراعاة للشرعية أو بالأحرى للأسس

(1) Eisenmann, la haute Court Constitutionnelle dautch, Paris,1986,P:37 للتعبير عن سمو الدستور تناول الفقه مصطلحات عديدة ولكنها جميعها تؤدي نفس الغرض والمعنى، فمنهم من يستخدم علوية الدستور وفاعلية الدستور وسيادة الدستور كالفقه العربي أما الفقه الفرنسي فقد استخدم عدة مصطلحات منه، Le Principe-de legalite souveraine وكذلك الفقه الإنجليزي: rul of law - د. عبدالغني بسيوني، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1997م، ص 403.

- د. عبدالعظيم عبدالسلام عبدالحميد، الرقابة على دستورية القوانين، دراسة مقارنة، دار الولاة، القاهرة 1991، ص 7

- د. مطير قعلول، ضمانات علوية الدستور، أطروحة دكتوراه، جامعة الاقتصاد والتصرف، جامعة تونس المنار، 1993م-1994م، ص 5 وما بعدها.

الحياتية المجبولة على الفطرة الإنسانية، وقد تبع ذلك مرحلة أخرى وهي مرحلة ما قبل الإسلام والتي تعد نهاية حقبة المجتمع القبلي بعد أن حى الله البشرية بالإسلام والذي نظم القواعد الشرعية ضمن إطار دستوري قوي تمثل بالقرآن الكريم وحدد به ومن خلاله القواعد الدستورية للشرعية في الإسلام في كافة المجالات أهمها أنه كان قاعدة صالحة لكل زمان ومكان وهي من أفضل الأسس الدستورية التي رفعت البشرية إلى أرقى المستويات دنيوياً وأخروياً<sup>(1)</sup>.

كما جاءت مرحلة العصور الوسطى والتي سادها الاستبداد والصراع فيما بين الإمبراطورية والكنسية التي تولد عنها ظهور الإقطاع الذي كان عاملاً أساسياً من العوامل التي أدت لانتهاكات حقوق الإنسان الأمر الذي يعد اعتداءً على مبادئ الشرعية، مما حدا بظهور ما يسمى بالحد من سلطة الملوك الاستبدادية في نهاية هذه المرحلة<sup>(2)</sup>.

أما مرحلة إعلانات الحقوق فقد ابتدأت بها محاولات عديدة لتدوين القانون ووثائق حقوق الإنسان كأساس لتأصيل الشرعية وقد كانت أقدم هذه الوثائق والإعلانات ما يسمى باتفاق عام 1180 الذي جاء به الملك "أولفونسو التاسع" ملك ليون - وبين محكوميه حيث جاء به إقرار العديد من الحقوق أهمها حرمة الحياة، والشرف وحماية الممتلكات وحق المتهم في المحاكمة العادلة - وهي إشارة لإحياء مبدأ الشرعية.

كما يعد من أهم وأشهر الإعلانات، إعلان الحقوق الانجليزي (العهد الأعظم) الشرعة الكبرى الذي أصدره الملك جون عام 1215م، والذي أقر مبادئ عدم المساس بحقوق الشعب وأهمها :-

## 2- حق الملكية

## 1- حق النفاضي

وكذلك إعلان الحقوق الصادرة عام 1222م بمملكة المجر في عهد " اندرو"، والذي تأكد من خلاله مبدأ عدم إلقاء القبض على الأشخاص إلا وفق القانون.

(1) د. محمود زناتي، حقوق الإنسان، مدخل تاريخي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985م، ص 7 وما بعدها.  
(2) د.صبحي المحمصاني، أركان حقوق الإنسان مقارنة بالشرعية الإسلامية والقوانين الوضعية الحديثة، الطبعة الأولى، دار العلم للملايين، بيروت، 1979م، ص 15 وما بعدها.

وقد تبع هذا الإعلان وثيقة تسمى وثيقة الحقوق عام 1688م أبرز من خلالها التأكيد على الحرية الشخصية، وتحريم إنشاء محاكم خاصة وتحريم فرض الضرائب بدون موافقة البرلمان، كما تبع ذلك وثيقة تجريم الجسد عام 1679م وقانون الخلافة الملكية سنة 1701م<sup>(1)</sup>.

وبعد ذلك صدر إعلان الحقوق الأمريكي أو الدستور الأمريكي بعد الاستقلال من مستعمرة التاج البريطاني عام 1776م والذي يجمع الفقه الدستوري على أثره أن الولايات المتحدة الأمريكية قد أوجدت أعظم ابتكار في عالم النظريات الدستورية، وهو مبدأ الرقابة على دستورية القوانين (احترام المخاطبين بالقانون للشرعية الدستورية) وذلك من خلال الصلاحية التي تنتظرها المحاكم عامة والمحكمة العليا خاصة بالتحري عن شرعية القوانين ومدى موافقتها للدستور، رغم أن دستور الولايات المتحدة الأمريكية لم يتضمن النص الصريح للرقابة على دستورية القوانين إلا أن القضاء الأمريكي سطر أشهر القضايا في تطبيق مبدأ رقابة الدستورية بطريق الامتناع، الأمر الذي أدى إلى أن لاقى هذا المبدأ استهجان بعض فئات المجتمع الأمريكي ومع ذلك استمر القضاء الأمريكي وسائر المحاكم الأمريكية في رقابة الدستورية وتدعيمها وقد ساعد في ذلك الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية.

ورغم أن الدستور الأمريكي جامد لا يحتوي إلا سبع مواد وبعض التعديلات التي لا تتجاوز 27 تعديلاً إلا أن المحكمة العليا قد حلت في تقديرها لمضمون النصوص محل المشرع الدستوري حتى أنها غالت كثيراً وذلك في حدود رقابتها لمبدأ الدستورية بوصف حكومة الولايات المتحدة الأمريكية أنها حكومة قضاة وأن القانون الأمريكي هو قانون قضائي تضعه المحاكم، ومع ذلك فقد أدى نجاح أسلوب مراقبة الدستورية في الولايات المتحدة إلى إتباعه في معظم الأنظمة الدستورية الحديثة التي اعترفت بهذا الأسلوب بطريق مباشر أو غير مباشر بوجود نص دستوري أو بعدم وجوده، ومن الدول التي أخذت بهذا الاتجاه النرويج عام 1866م، والدستور الألماني عام 1949 الذي أعطى المحكمة الاتحادية اختصاصاً بالفصل في الدستورية بعد إحالته من المحكمة

(1) د. كريم يوسف كشاكش، الحريات العامة، القاهرة، 2003م، ص 359.

- د. فتحى عبدالنبي الوحيدي، ضمانات نفاذ القواعد الدستورية، القاهرة، 2002م، ص 175.

- د. محمد سليم الطراونة، حقوق الإنسان في القانون الدولي، دراسة مقارنة بالتشريع الأردني، الطبعة الأولى، عمان، 1994، ص (1-10).

المطعون بعدم دستورية القانون أمامها<sup>(1)</sup>. كما اتجهت بعض الدول للنظر في دستورية القوانين ضمن الرقابة السابقة وهي رقابة فحص الشرعية الدستورية قبل إصدار القانون وهذا حال فرنسا حيث يطعن من خلال ذلك بهذه القوانين أمام المجلس الدستوري كونه الجهة صاحبة الاختصاص دستورياً وقد تبع ذلك العديد من الدول كالدول المغاربية.

## المطلب الثاني

### الأسس الفلسفية للشرعية الدستورية

إن ما تلتزم به الدولة القانونية والديمقراطية من احترام لحقوق الإنسان وحياته الأساسية لا يعد ضماناً لسيادة القانون فحسب وإنما يعد الأساس الوحيد لمشروعية السلطة بنفس الوقت، فقيمة الفرد وعمله وكرامته تكمن هبة الوطن وقوة الدولة وفي هذا الإطار بموجب مبدأ الشرعية لا يجوز للدولة القانونية في تنظيماتها المختلفة كافة أن تنزل بالحماية القانونية التي توفرها لمواطنيها وحياتهم إلى الحدود الدنيا فهو المعيار لحقوق الإنسان وحياته الأساسية ومن أهم ضماناته رقابة القضاء على دستورية القوانين. ومن هذا الجانب يتعين علينا أن نتناول الأسس الفلسفية للشرعية الدستورية على اختلاف تطبيقات الرقابة على دستورية القوانين، وهي أسس يظهر عليها الطابع القانوني الفلسفي كما سوف نوضح في الفرعين التاليين:

## الفرع الأول

### حماية النظام الديمقراطي وسيادة الدستور كأساس لسيادة القانون

بعد انحدار النظم الديكتاتورية أصبحت الحاجة ملحة إلى وجود ما يسمى بالرقابة القضائية على دستورية القوانين نظراً لأن هذه النظم قد تعسفت في استعمال القانون كما كان الحال في النظام النازي والفاشي مما تطلب البحث عن وسيلة لحماية القانون من بطش السلطة بمحوريها التنفيذي والتشريعي وهو ما يجعل بعض الدول تفكر ملياً بتفعيل سيادة الدستور الذي

(1) د. أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص 116-128.

هو قاعدة القانون الأساسي للقوانين كافة، الأمر الذي جعل بعض الدول التي خرجت من مأزق الديكتاتورية، كألمانيا وإيطاليا تأخذ بهذا النظام وفرنسا، ومن ثم إلى إسبانيا<sup>(1)</sup>.

وعليه، ووفقاً لما تقدم، فإن الرقابة القضائية على دستورية القوانين أصبحت إحدى الوظائف الهامة للنظام السياسي حيثما توافرت الأغلبية البرلمانية الدائمة التي تستطيع تشريع القوانين وإبرازها إلى حيز الوجود وهو الأمر الذي يدفع بإيجاد قضاء مختص يراقب دستورية القوانين وهو القضاء الدستوري، فشرعية الرقابة الدستورية هي علامة نضج للديمقراطية.

وهناك انتقاد من الفقه وخصوصاً في فرنسا في ظل رقابة المجلس الدستوري على مشروعات القوانين وخصوصاً في ظل الإنجازات التي انبثقت من الثورة الفرنسية مما حدا ببعض أن يقول أيهما الأولى أن يعتد به نواب الشعب المنتخبون في البرلمان أم المجلس الدستوري غير المنتخب والذي لا يتجاوز أعضاؤه تسعة أشخاص وبالتالي فإن الرقابة على دستورية القوانين ستغلب إرادة القاضي على إرادة الشعب المنتخبة، وتغتصب كلمته، مما يسبب فشلاً للديمقراطية، وخصوصاً ما جاء بأفكار الجينرال "ديجول" بأن المجلس الدستوري سيصبح ويتحول بالتدريج إلى محكمة عليا لمعظم الأعمال التشريعية للبرلمان<sup>(1)</sup>، إلا إن هذه الأفكار قد زالت مع وجود نظرية الدولة القانونية التي أكدت أن السلطة التشريعية يجب أن تلتزم بأحكام الدستور مما يتوجب عليها أن تضمن من خلال تشريعاتها حماية الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور أي أن البرلمان عندما يعبر عن الإرادة العامة للشعب يكون تعبيره وفقاً للشروط التي يتطلبها الدستور.

وبالتالي فإن الرقابة على دستورية القوانين على هذا النحو ليست من أجل إضفاء حماية على مبادئ غير قانونية، وليست فقط لتمكين القضاء وحده من الإمساك بحقائق القانون، وإنما هي من أجل تمكين الدولة القائمة على سيادة القانون لذلك، فهي أيضاً من أجل إعطاء الشعب،

(1) د. فؤاد العطار، النظم السياسية والقانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974م ص 19.

- د. نعمان أحمد الخطيب، مبادئ النظم السياسية، دراسة مقارنة، دار الفرقان، عمان، 1987م، ص 80.

- د. علي السيد الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر والأنظمة الدستورية العربية والأجنبية، بدون دار نشر، طبعة 2001م، ص 680.

(1) د. سعاد الشراوى ود. عبدالله ناصف، المرجع السابق، ص 170.



والذي وضع الدستور (الكلمة النهائية) من أجل حماية الديمقراطية، وتبعاً لذلك فهي تطبيق عملي لسيادة الدستور الذي هو أداة فعالة لحماية الحقوق والحريات والديمقراطية، فهي مواجهة الجميع بما في ذلك السلطة التشريعية.

إن الشرعية الدستورية كنموذج لتأصيل الرقابة على دستورية القوانين هي التي تحمل المشرع على احترام حقوق الإنسان وحرياته العامة بكفالة الدستور، والتي يتوجب أن يتمتع الفرد بها في ظل الدولة القانونية، وإن كان الفقهاء يعبرون دائماً عن فكرة الحقوق بأنها ترسيخ لفلسفة القانون الطبيعي، والتي تحكم الحقوق الأساسية، إلا أن الفرد لا ينعم داخل المجتمع دون احترام لهذه الحقوق الأمر الذي يجعل فكرة الحقوق والحريات تأخذ الطابع القانوني الوضعي، بمعنى أن تفسير الحقوق والحريات ينصرف إلى معنى القواعد القانونية، بخلاف تفسير حقوق الإنسان فإنه ينصرف لاعتبارات أيديولوجية قائمة على مجموعة الأفكار السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية، ولكن هذه الأفكار، وفي ظل التقدم العلمي ووجود الدولة القانونية، تنتقل إلى المجال القانوني وخاصة ما يتعلق منها في مجال مواجهة السلطة<sup>(1)</sup> ومن هنا تنبع الأفكار المتعلقة بالشرعية الدستورية وحقوق الإنسان، تلك الأفكار والمبادئ التي لا تستند فقط لنصوص الدستور، وإنما تستخلص من مفاهيم سيادة القانون والديمقراطية وذلك لخضوع الدولة القانونية للالتزامات تحمي من خلالها حقوق المواطنين وحرياتهم بحيث تنزل عند الحدود الدنيا للمتطلبات القانونية بوجه عام في الدول الديمقراطية للتمتع بها، كطائفة الحريات الشخصية.

وإذا نظرنا إلى الدول التي تأخذ بنظام القضاء الدستوري، فنجد أن المشرع الدستوري يقوم بتنظيم أمر ضمان حقوق الإنسان والحريات العامة من خلالها.

لذلك نلاحظ بأن الدستور الفرنسي لعام 1946م أكد في ديباجته على الحقوق والحريات العامة وحقوق الإنسان والمواطن، وجاءت تأكيداً لما نصت عليه إعلان الثورة الفرنسية عام 1789م، وأكد ذلك دستور عام 1958م الذي استخلص بوضوح أن الشعب الفرنسي هو محل

(1) د. أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص39.

- د. كريم كشاكش، المرجع السابق، ص295 وما بعدها.

- د. مصطفى الجمال، "حماية الشرعية الدستورية"، جريدة الأهرام المصرية، 6/6/1990م، ص6.

ارتباط حقوق الإنسان ومبادئ السياسة الوطنية، كما جاء المجلس الدستوري الفرنسي، وأكد على إعطاء هذه الحقوق القيمة الدستورية.

أما النموذج الأمريكي فقط جاء من خلال الدستور الصادر سنة 1776م الذي أكد على حماية الحقوق والحريات في مواجهة السلطة، فهذه الحماية هي الهدف الأسمى في الرقابة الدستورية.

لذلك نرى بأن هذا الأمر يتم تفعيله بما يقره الدستور والقانون فهما الأدوات لحماية حقوق الإنسان وحريات الأفراد من بطش السلطة، وقاعدة ذلك هي الشرعية والشرعية الدستورية.

## الفرع الثاني

### الشرعية الدستورية مناط الاستقرار القانوني والسياسي وإشباع لحاجات

#### المجتمع المتجددة

تسهم الرقابة على دستورية القوانين بحسم الخلافات حول المراكز القانونية التي تنشأ عن طريق القانون، فالقضاء العادي ينظر المنازعات التي يحكمها القانون العادي بشتى الاختصاصات، إلا أن هذا التطبيق القانوني ينبغي أن يرتبط بقضاء دستوري أو رقابة على احترام الشرعية الدستورية، الأمر الذي يعبر عن تعزيز فكرة وحدة النظام القانوني الذي يترجع الدستور على قمته، والذي من خلاله تخضع جميع فروع النظام القانوني لمبادئ دستورية واحدة تكفلها الشرعية الدستورية في هذا الإطار وهي وحدة النظام القانوني.

وهذه الشرعية الدستورية التي تتولاها الرقابة على دستورية القوانين تؤدي إلى حسم النزاعات في المسائل المثارة حول الخلافات الدستورية في الاتجاهات السياسية حول مضمون القوانين الأمر الذي يؤدي إلى تجنب الاضطراب التشريعي طالما أن القضاء الدستوري تولى هذه

المهمة، كما قد يتطور الأمر إلى قيام بعض الدول لاختيار البرلمان لأعضاء أجهزة الرقابة الدستورية كما هو في فرنسا والدول المغاربية وهي ما تسمى بالرقابة السياسية<sup>(1)</sup>.

أما عن إشباع الحاجات المتطورة فالقضاء الذي ينفرد بالرقابة على دستورية القوانين هو الذي ينهض بمسؤولياته من خلال قضاة متخصصين قادرين على كفالة الرقابة على دستورية القوانين، وهي وظيفة إبداعية غير تقليدية، ومثالها اختلاف التفسير الدستوري عن التفسير العادي، وكذلك اختلاف الاختصاص في المسائل الدستورية عن العادية.

وقد كان هذا الأمر يعد مأخذاً على القضاء الدستوري وخصوصاً ما يتعلق بالتفسير في ضوء صياغة النص الدستوري.

ولكن الرقابة على دستورية القوانين تتيح للقاضي فرصة التجاوب مع احتياجات المجتمع المتجددة لتكون نصوص الدستور عملاً واجباً لا يتوقف نبضه، لهذا نجد أن المحكمة العليا الأمريكية كان لها الدور في تفسير الاتحاد ذو الوصف الجامد المحدد، الأمر الذي يجعله دستوراً يريد للشعوب ضمانات كافية للعيش بحرية وأمان<sup>(2)</sup> وهو ما أثبتته التطبيقات الدستورية للرقابة على دستورية القوانين.

(1) د. أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص 153.

- د. على الباز، المرجع السابق، ص 673.

(2) د. أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص 155.

## الخاتمة

لقد توصلنا من خلال هذا الورقة البحثية إلى أن القضاء الدستوري هو أحد الركائز الأساسية في القانون الدستوري، وذلك في التأكيد على حماية وضمن حقوق الإنسان وحياته الأساسية، وبدون الشرعية الدستورية لا توجد دولة القانون ودولة المؤسسات، ولا يوجد دستور بالمعنى الحقيقي للكلمة وذلك لما لها من أثر كبير في إحداث التوازن المطلوب لفاعلية العدالة والمصلحة العامة بالمجتمع في إطار سيادة القانون، وهذه الشرعية هي مناط الاستقرار القانوني.

ومن هنا تبرز أهمية تدعيم القضاء لمبدأ الشرعية الدستورية من خلال استقلاله وحصانته وتطبيقاته القانونية السليمة دون تدخل أي سلطة في الدولة أيًا كانت قوتها ومصدرها واختصاصاتها.

ولذلك نوصي بضرورة تفعيل الشرعية بوجه عام والشرعية الدستورية بوجه خاص.

## قائمة المراجع

### أولاً - القواميس والمعاجم

1. د. إبراهيم أنيس وآخرين، المعجم الوسيط، الجزء الأول، الطبعة الثانية، باب الشين، 1994م.

### ثانياً - الكتب المتخصصة

1- د. طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976م،

2- د. عوابدي عمار، مبدأ تدرج فكرة السلطة الرئاسية، دار هومه، الجزائر، 1998م.

3- د. ثروت بدوي، تدرج القرارات الإدارية ومبدأ الشرعية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1970م.

4- د. سعاد الشرقاوي ود. عبد الله ناصف، أسس القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة 1984م.

5- د. سليمان محمد الطماوي، النظم السياسية والقانون الدستوري، دراسة مقارنة، بدون دار نشر، 1988م.

6- د. ثروت بدوي، القانون الدستوري وتطور الأنظمة الدستورية في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، 1971م.

7- د. عبد الحميد متولي، القانون الدستوري والأنظمة السياسية، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1996م.

8- د. رمضان بطيخ، النظرية العامة للقانون الدستوري وتطبيقاتها في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996م.

9- د. أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية- القاهرة- مصر، 1995م.

10- د. عبدالغني بسيوني، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1997م.

- 11- د. عبدالعظيم عبدالسلام عبدالحميد، الرقابة على دستورية القوانين، دراسة مقارنة، دار الولاة، القاهرة، 1991م.
- 12- د. مطير قعلول، ضمانات علوية الدستور، أطروحة دكتوراه، جامعة تونس المنار، كلية الاقتصاد والتصرف، 1993م-1994م.
- 13- د. محمود زناتي، حقوق الإنسان، مدخل تاريخي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985م.
- 14- د. صبحي المحمصاني، أركان حقوق الإنسان مقارنة بالشرعية الإسلامية والقوانين الوضعية الحديثة، الطبعة الأولى، دار العلم للملايين، بيروت، 1979م.
- 15- د. كريم يوسف كشاكش، الحريات العامة، القاهرة، 2003م.
- 16- د. فتحى عبدالنبي الوحيدى، ضمانات نفاذ القواعد الدستورية، القاهرة، 2002م.
- 17- د. محمد سليم الطراونة، حقوق الإنسان في القانون الدولي، دراسة مقارنة بالتشريع الأردني، الطبعة الأولى، عمان، 1994م.
- 18- د. فؤاد العطار، النظم السياسية والقانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1975.
- 19- د. نعمان أحمد الخطيب، مبادئ النظم السياسية، دراسة مقارنة، دار الفرقان- عمان، 1987م.
- 20- د. على السيد الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر والأنظمة الدستورية العربية والأجنبية، بدون دار نشر، طبعة 2001م.

### ثالثاً - المجالات

- 1- د. مصطفى الجمال، حماية الشرعية الدستورية، جريدة الأهرام المصرية، 1990/6/6م.

## تطبيق قانون الامتثال الضريبي الامريكى (FATCA) على المؤسسات المالية الليبية

د. رحاب محمد بن نوبة

عضو هيئة تدريس بكلية القانون/ جامعة طرابلس

### المقدمة

أقر الكونغرس الامريكى قانون الإمتثال الضريبي للحسابات الخارجية، والذي يعرف بقانون فاتكا، في 18 مارس عام 2010، ويعتبر هذا من التطورات الهامة في جهود الولايات المتحدة الامريكية لمكافحة التهرب من دفع الضرائب.

"الفاتكا (FATCA) عبارة عن مصطلح أمريكي مختصر يعني نظام الالتزام الضريبي على الحسابات الأجنبية التي يملكها الأمريكيون المقيمون في الخارج (Foreign Accounts Tax Compliance Act) ويلزم هذا النظام الأمريكي المؤسسات المالية في الخارج بضرورة الكشف عن الحسابات التي تعود لأشخاص أمريكيين، من أفراد أو شركات أو غيرهم سواء أكان هؤلاء مقيمون داخل الولايات المتحدة أو خارجها، لإدارة الضرائب الأمريكية. وقد قامت الولايات المتحدة بإبرام اتفاقيات مع دول كثيرة لتقوم المؤسسات المالية في تلك الدول بتزويد إدارة الضرائب الأمريكية ببيانات مالية عن عملائهم من الأمريكيين، ومتعارف على هذه الاتفاقيات باسم "اتفاقيات الفاتكا.

إن مثل هذه التشريعات والقوانين الأمريكية التي يمكن وصفها بـ«العابرة للحدود»، منها الامتثال الضريبي «الفاتكا»، لها أبعاد سياسية تفوق المصرفية والاقتصادية والضريبية المنشودة منها، فهو يعتبر تدخل في سيادة الدولة عندما تلزمها الولايات المتحدة الأمريكية بموافاتها بأسماء وحسابات عملاء المؤسسات المالية من الأمريكيين مما ينتج عنه أرباك القطاع المصرفي العربي عموماً والليبي علي وجه الخصوص من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن ضريبة الدخل الليبي تفرض علي أرباح البنوك في نهاية كل سنة مالية وهذه الأرباح مهددة بالإنقراض في حالة

## تطبيق قانون الامتثال الضريبي الامريكى (FATCA) على المؤسسات المالية الليبية

عزوف العملاء عن فتح حساباتهم لديها خوفاً من شبح الفاتكا، هذا ناهيك عن غير البنوك من المؤسسات المالية مثل شركات التأمين التي تفرض علي دخلها ضريبة، أيضا مهددة بالإفلاس إذا انسحب منها المؤمنين بدعوى معرفة دخولهم للإدارة الضريبية الأمريكية<sup>1</sup>.

اشارت مصلحة الضرائب الامريكية (IRS)<sup>2</sup> الى ان الهدف الرئيسي من اصدار هذا القانون يرجع الى تحسين الالتزام الضريبي من جميع حاملي الجنسية الامريكية لتشمل الافصاح عن كافة حساباتهم في الخارج. وبموجب هذا القانون يجب على دافعي الضرائب الامريكيين - ممن تتجاوز أصولهم المالية الخارجية حوالي 50 الف دولار أمريكي للأفراد و 250 ألف دولار للشركات كحد أدنى - الافصاح عن تلك الأصول لمصلحة الضرائب. على (FORM: 8938).

### مشكلة البحث

تكمن مشكلة البحث في التحديات التي تواجه القطاع المصرفي على مستوى العالم بصفة عامة وفي ليبيا بصفة خاصة، في التوافق وتلبية احتياجات تطبيق قانون فاتكا من الادلاء بتقارير مالية وافشاء اسرار عملاء المؤسسات المالية من خارج الولايات المتحدة الامريكية، فيطالبهم القانون ويلزمهم بإمداد الادارة الضريبية بامريكا بجميع تعاملات وبيانات عملائهم من حاملي الجنسية الامريكية والإستطبق عليهم عقوبات مالية نتيجة عدم امتثالهم بتقديم تلك البيانات، وبالتالي فلا بد من إجراء سلسلة من التعديلات المالية والقانونية والمعلوماتية والإدارية بالاضافة إلى ماتهتم به الباحثه من دراسة لمدي الإلتزام بالقوانين واللوائح والقرارات والتعليمات الصادرة عن الجهات الرقابية، وآثار تطبيق الفاتكا علي الحصيلة الضريبية من الدخل الناتج عن الودائع لدى المصارف وعلي أرباح البنوك وغيرها من دخول المؤسسات المالية الأخرى التي ستلزم بالفاتكا، بالاضافة إلى إعادة النظر في قانون سرية الحسابات ؟؟؟؟ وكذا إعادة النظر في الاتفاقيات الضريبية المبرمة مع الحكومة الامريكية، وتطرح الباحثه تلك التحديات للدراسة لاختبارها والخروج بنتائج وتوصيات تكون امام صانع القرار في الموافقة او الرفض على ابرام

<sup>1</sup> بإعتبار أن شركات التأمين والبنوك هي من ينطبق عليها ضريبة الشركات فالمشعر الليبي لم يفرق بين الشركات والبنوك إنما فرق فقط بين الضريبة علي دخول الأفراد والضريبة علي دخل الشركات

<sup>2</sup> - Internal Revenue Services



## تطبيق قانون الامتثال الضريبي الامريكى (FATCA) على المؤسسات المالية الليبية

اتفاق مع الحكومة الامريكية بالتقرير على مدى جواز الالتزام بتطبيق احكام قانون فاتكا. الأمر الذي تطلب دراسة ميدانية لإستطلاع آراء المختصين في المجال المصرفي والمجال الضريبي. خاصة وأن الإلتزام حاليا لازال واسعا" وغير مقيد باتفاقية دولية.

### أهمية البحث

ترجع أهمية البحث إلى اهتمام الولايات المتحدة الامريكية بتعظيم عوائدها الضريبية من خلال الزام المؤسسات المالية الخارجية بامداد الإدارة الضريبية بسلسلة من البيانات عن عملائها من حاملي الجنسية الامريكية لإستجلاب الضريبة منهم عن ايرادتهم المتولدة من أصول مالية مستثمرة خارج الاقليم الامريكى<sup>3</sup>، دون مراعاة لسرية المصارف عن عملائها وهو ما يخالف القواعد المعمول بها فى شأن سرية الحسابات او حتى تعرض ارباح البنوك للانخفاض نتيجة هروب عملائها، كما ان اهميته تستمد من التعرف على البيانات المدرجة بالنماذج التي اقترتها الخزانة الامريكية للممولين للافصاح عن الايرادات التي تحصل عليها الاشخاص الامريكية (طبيعيين واعتبارية) من خارج الاقليم الامريكى.ومدى تأثير الفاتكا علي الحصيلة الضريبية وبالتالي تأثيرها علي الميزانية العامة للدولة الليبية، خاصة إذا ما عرفنا أن الخزانة الأمريكية تقوم بفرض عقوبات لعدم الإمتثال وغرامات تمس بإيرادات المصارف مما يهدد الضريبة المفروضة عندما لاتجد الربح التي تفرض من أجله.

### أهداف البحث

يهدف البحث إلى هدف رئيسى يتمثل فى:

دراسة تأثير تطبيق قانون فاتكا على إيرادات المؤسسات المالية الليبية وحصيلة ضريبة الدخل المستحقة على تلك الايرادات بالإضافة إلى مجموعة من الأهداف الفرعية التالية:

1- عرض التقارير المالية وفق متطلبات وأحكام قانون فاتكا

<sup>3</sup> – Jorge Morley-Smith says, "Cutting claws of the FATCA", *Money Marketing*, (Nov 17, 2011)

2- التعرض للتحديات التي تواجه تطبيق قانون فاتكا على كل من المؤسسات المالية (المصارف بإعتبارها تمثل 80% منها) ومصحة الضرائب الليبية (ضريبة الدخل) ومقترحات الحلول.

دراسة الآثار المالية المترتبة على ايرادات المصارف الليبية وضريبة الدخل عند تطبيق قانون فاتكا، وبالتالي يخرج عن إطار البحث جميع الآثار المترتبة على باقى المؤسسات المالية من شركات التأمين وإعادة التأمين وصناديق الاستثمار والصناديق الخاصة وغيرها من مؤسسات مالية، وكذلك الآثار الضريبية المترتبة على ضريبة الدخل فقط على أرباح البنوك محل الدراسة.

### منهج البحث

#### (1) المنهج الاستقرائي

من خلال الدراسة الميدانية لفروض البحث التي تشمل إعداد قوائم الاستقصاء المعتمدة على التدرج الخمسي.

#### (2) المنهج الاستنباطي

من خلال الإطلاع على الدراسات السابقة والأبحاث العلمية والمقالات المرتبطة بموضوع البحث أجنبية واقليلية ومحلية. وكذا المناشير والتعليمات من الجهات السيادية المختصة.

### فروض البحث

1- "لا توجد فروق ذات دلالة إحصائية بين إجابات فئات الدراسة حول وجود تأثير معنوي لتطبيق متطلبات قانون فاتكا الامريكى. (قانون الامتثال الضريبي للحسابات الخارجية: FATCA) على إيرادات المؤسسات المالية (البنوك) فى ليبيا".

2- "لا توجد فروق ذات دلالة إحصائية بين إجابات فئات الدراسة حول وجود تأثير معنوي لتطبيق متطلبات قانون فاتكا الامريكى. (قانون الامتثال الضريبي للحسابات الخارجية: FATCA) على إيرادات الإدارة الضريبية (ضريبة الدخل) فى ليبيا".

الدراسة الأولى (Marsan, Dean :2010)<sup>4</sup>

أشارت الدراسة إلى ضرورة قيام النظام المالى العالمى الان بتنفيذ متطلبات قانون فاتكا، وتجهيز التقارير المالية واستقطاع ضريبة المنبع من كافة تعاملات الحسابات الخارجية، لحاملي الجنسية الامريكية لاغراض مكافحة التهرب الضريبي على مستوى امريكا والدول التى ستربطها علاقة اتفاق، على الالتزام بتنفيذ احكام هذا القانون لما فيه من تحقيق وفورات ضريبية على مستوى الحكومات، واقترحت الدراسة الاهتمام بالالتزام به، وعلى جميع الدول الاخرى الإرتباط باتفاقيات لتنفيذ هذا القانون طالما به منافع مزدوجة ومعاملة بالمثل.

الدراسة الثانية (Fariz Huseynov:2012)<sup>5</sup>

تعرضت تلك الدراسة للعلاقة بين التجنب الضريبي وإدارة الضرائب بالشركات من منظور المسؤولية الاجتماعية للشركات فى ظل تطبيق قانون فاتكا، وكيفية تطوير تكاليف التشغيل وتجنب الخسائر المحتملة نتيجة الامتثال لقانون فاتكا، وتوصلت إلى ضرورة التخلص من صور التجنب السئية للضريبة لانها تمثل الجانب السلبى للمساهمة فى تحمل نصيب الاشخاص الاعتبارية فى الانفاق العام ولا بد من مشاركة الادارة الضريبية فى تقديم الافصاح الكافى للاشخاص الضريبية لتنفيذ الامتثال الامثل لمتطلبات قانون فاتكا فى الافصاح الكافى والامين لجميع تعاملات الاشخاص الامريكية عن تعاملاتهم خارج امريكا مع الالتزام الكامل بسداد الضريبة طواعية لانهم حاملين للجنسية الامريكية، ولتجنب الغرامات والعقوبات.

<sup>4</sup> Marsan, Dean, "The Global Financial System Must Now Implement a New U.S. Reporting and Withholding System for Foreign Account Tax Compliance, Which Will Create Significant New Exposures—Managing This Risk" *Taxes*, (Sep 2010) P.P:128,144 .

<sup>5</sup>– Fariz Huseynov, Bonnie K. Klamm, "Tax avoidance, tax management and corporate social responsibility". *Journal of Corporate Finance*, Volume 18, Issue (4, September 2012), Pages 804–827

الدراسة الثالثة (John Hasseldine: 2012)<sup>6</sup>

تناولت الدراسة تأثير التجنب الضريبي على المسؤولية الإجتماعية للشركات من وجهة نظر الإلتزام الكامل للمؤسسات المالية الامريكية المراسلة للبنوك الخارجية بتطبيق احكام قانون فاتكا ولا بد من الإفصاح النافى للجهالة للأصول المالية التى تقوم الشركات بإستثمارها خارج امريكا، ومن ثم سداد ضريبة الدخل علي الإيرادات المتولدة منها، على النحو الذى يساهم فى الإيرادات العامة وبالتالي يتحقق الهدف من اصدار قانون فاتكا فى مكافحة معدلات البطالة ومكافحة التهرب الضريبي، وأوصت الدراسة بضرورة الإمتثال الكامل للقانون خشية تعرض البنوك لإنخفاض إيراداتها نتيجة الاقتراع الذى ستجريه الخزانة الامريكية على تعاملاتها مع مؤسسات مالية امريكية والتي تصل إلى 30% من تعاملاتها معهم.

الدراسة الرابعة (Christopher: 2012)<sup>7</sup>

تناولت الدراسة الوفورات التى تحققها الشركات من التخطيط الضريبي لتجنب مخاطر الإلتزام بتطبيق قانون فاتكا، وتمثلت فى تجنب غرامة عدم الإفصاح الكامل لتعاملات الشركات الخارجية او عدم الافصاح عن الأصول المالية خارج امريكا وكذلك التعامل بأسعار التحويل لتجنب الخضوع لسعر ضريبة مرتفع فى الدولة المقيمة، كما اشارت الدراسة الى أهمية التخطيط الضريبي للشركات للحفاظ على وفورات ضريبية تحصل عليها عندما تعتمد على احد مستشارى الضرائب الذى يجنبها الخضوع لسعر ضريبة مرتفع او على الاقل تجنب الخضوع للغرامات، وأوصت الدراسة ان على البنوك العالمية إجراء موازنات للتكلفة والعائد قبل البدء فى قرار الإلتزام بتطبيق قانون فاتكا.

<sup>6</sup> – John Hasseldine, Gregory Morris, "Corporate social responsibility and tax avoidance: A comment and reflection". (Accounting Forum), *Journal of Accounting & Finance*, Volume 65, Issue 2, June 2012, P.P: 804–827.

<sup>7</sup> –Christopher S. Armstrong, Jennifer L. Blouin," The incentives for tax planning". *Journal of Accounting and Economics*, Volume 53, Issues1– 2, (February–April 2012), Pages 391–41.

تعرضت الدراسة لقياس الايرادات الخاضعة للضريبة والامتثال الكامل لتطبيق متطلبات قانون فاتكا من منظور سلوكي، حيث اشارت الدراسة الى اهمية البعد السيكولوجي في الافصاح عن الدخل الخاضع للضريبة بصفة عامة سواء المتحققة داخل البلاد او خارجها، متعلقة باحكام فاتكا او قانون الضريبة على الدخل، فالتعاطف واعتناق مذاهب ومدارس الإلتزام طوعية بسداد الضريبة يزيد من موارد الدولة لحاملي جنسيتها، واوصت الدراسة بضرورة الإهتمام بالبعد السلوكي للأفراد عند إصدار القوانين الضريبية، وعلى البنوك المتعاملة مع الأشخاص الامريكية دراسة الابعاد المتعلقة باحتمالات انخفاض ربحيتها نتيجة العقوبة الامريكية المقررة عليهم عند عدم الإلتزام بامداد الخزنة الامريكية ببيانات ومعلومات عن عملائهم الامريكية.

#### خطة البحث

لتحقيق أهداف البحث تم تقسيمه الى المباحث التالية:

**المبحث الاول:** التحديات التي تواجه المصارف في ظل تطبيق قانون فاتكا ومقترحات العلاج

**المطلب الأول:** المؤسسات المصرفية الدولية

**المطلب الثاني:** الموقف الليبي من قانون: FATCA

**المبحث الثاني:** التحديات التي تواجه مصلحة الضرائب الليبية في ظل تطبيق الفاتكا

**المطلب الأول:** أثر دخل المؤسسات المالية علي الحصيلة الضريبية.

**المطلب الثاني:** الدراسة الميدانية لآثر الفاتكا على إيرادات المصارف وضريبة الدخل

على ارباحها في ليبيا.

كما قد تم الوصول إلى مجموعة من النتائج والتوصيات التي تضمنتها الخاتمة مع وجود

ملحق خاص بالدراسة الميدانية.

<sup>8</sup> – Roberta Calvet Christian, James Alm, "Empathy, sympathy, and tax compliance", *Journal of Economic Psychology*, (13 October 2012)

## المبحث الاول

### التحديات التي تواجه المؤسسات المالية الخاضعة للفتاكا ومقترحات العلاج

يخاطب قانون (FATCA) المؤسسات المالية الخارجية (FFIs)<sup>9</sup> التي تزاوّل نشاطها خارج الولايات المتحدة الامريكية والتي لا يوجد لها مقر داخل حدود الاقليم الامريكى كمنشأة دائمة، ويلزمها القانون أن تخطر مصلحة الضرائب الامريكية بجميع تعاملاتها مع حاملي الجنسية الامريكية، من خلال تقارير مالية يتم إعدادها سنوياً، وإلا سيتم خصم 30% من تعاملات تلك المؤسسات عند التعامل مع نظيراتها الامريكية<sup>10</sup>. وبالتالي فالمؤسسات المالية الخارجية التي لاتبرم اتفاقاً مع الحكومة الامريكية، سينطبق عليها اعتبارات الخصم من تعاملاتها (الفوائد، الأرباح، عائد التصرف في الاوراق المالية، التوزيعات، ... الخ) مع مراسليها من المؤسسات الامريكية، لاغراض تتعلق بمكافحة التهرب الضريبي من قبل أشخاص الولايات المتحدة (الاشخاص الطبيعيين والاشخاص الاعتبارية) مقابل استثماراتهم في مؤسسات مالية بالخارج، ومن امثلة المؤسسات المالية<sup>11</sup>:

المؤسسات التي تقبل الودائع	المؤسسات التي لديها أصول مالية لآخرين	المؤسسات العاملة في الاستثمار أو إعادة الاستثمار
البنوك المتخصصة	الشركات التجارية	صناديق الاستثمار المشترك
البنوك التجارية	شركات المقاصة	صناديق الاموال الخاصة
الجمعيات مانحة القروض	الشركات الشقيقة	صناديق عقود الاختيارات والعقود

<sup>9</sup> – Forgin Financial Institutions, such as: Bankes, Stock exchange, insurance companies, brokerage houses, Companies Financial Brokers, Mutual Funds funds, money funds...and etc.

<sup>10</sup> – Jaeger, Jaclyn. "IRS Seeks Input on Foreign Withholding Rules". *Compliance Week* (Dec 2010) P.P: 33, 64.

<sup>11</sup> –Foreign Ministry against direct FATCA agreements between banks and U.S. Russia & CIS Banking & Finance Weekly. *Financial Policy*, (Jul 20, 2012).

## تطبيق قانون الامتثال الضريبي الامريكى (FATCA) على المؤسسات المالية الليبية

الاتحادات الائتمانية	محافظ الاموال	المستقبلية وعقود الصرف الآجلة
اتحادات الملاك	شركات التأمين	صناديق رأس المال الاستثمارى
الجمعيات التعاونية للبناء	شركات إعادة التأمين	صناديق إدارة السلع والخدمات
		صناديق التقاعد

وبحسب الدراسات التي قام بها اتحاد المصارف العربية في هذا المجال، فإن المبالغ المحتمل تحصيلها لصالح وزارة الخزانة الأمريكية، تقدر بنحو 800 مليون دولار إذا تم اقتطاع 30% من حسابات البنوك في السنة الأولى لتطبيق هذا القانون، وما يزيد عن عشرات المليارات، إذا تم اقتطاع الضريبة مباشرة عبر المصارف<sup>12</sup>.

وتستعد ليبيا ودول العالم لتطبيق شروط هذا القانون الذي يتعقب حاملي الجنسية الامريكية المتهربين من الإلتزام بسداد الضريبة في بلادهم عن طريق إنشاء حسابات مصرفية أو الاستثمار في دول لا تفرض ضرائب على المعاملات الرأسمالية، وذلك تجنباً لعقوبات على المصارف غير المتعاونة مع وزارة الخزانة الأمريكية في هذا الشأن، وهذه العقوبات تتمثل في خصم يقدر بنحو 30% من قيمة التحويلات، بغض النظر عن اصحاب تلك التحويلات. ويعد ذلك إرغام لدافعي الضرائب الأمريكيين على تسديد الضرائب ومنعهم من اللجوء إلى الودائع أو الصناديق أو غيرها في دول العالم، لإخفاء الأموال ومن ثم التهرب من الضرائب المطلوب دفعها بحسب القانون الأمريكي. وبالتالي فهذا القانون قائم على رعاية المصالح الأمريكية دون النظر لمصالح الدول الأخرى، إلا إذا تم التعامل بالمثل. نظراً لأن العلاقات بين الدول تقوم على المنفعة المتبادلة.

وبالتالى فجميع المؤسسات المالية التي لها مصالح مشتركة مع امريكا ستقوم بالتوقيع على إتفاقيات بموجبها يتم الإدلاء ببيانات وتعاملات العملاء الذين يحملون الجنسية الامريكية

<sup>12</sup> - ورشة عمل متخصصة نظمها الاتحاد الدولي للمصرفيين العرب واتحاد المصارف العربية بتاريخ 3 اكتوبر 2012 بمدينة شرم الشيخ، حول الإجراءات التنفيذية لتطبيق قانون الامتثال الضريبي للحسابات الخارجية.

## تطبيق قانون الامتثال الضريبي الأمريكي (FATCA) على المؤسسات المالية الليبية

بتقارير سنوية لصالح الخزنة الامريكية متمثلة في مصلحة الضرائب الامريكية (IRS) عن حساباتهم طرفها وكافة تعاملاتهم باعتبارهم مكلفين ضريبياً في امريكا حتى وان كانوا من حاملي البطاقات الخضراء (Green Card) من اجل تعقب المتهربين الامريكيين ولإعتبارات تمويل الخزنة الامريكية.

عليه سيتم تقسيم هذا المبحث الي مطلبين كالتالي:-

**المطلب الأول** - يتناول المؤسسات المصرفية الدولية

**المطلب الثاني** - يتناول الموقف الليبي من قانون الفاتكا

### المطلب الأول

#### المؤسسات المصرفية الدولية

سادت حالة من الجدل والقلق بالقطاعات المصرفية<sup>13</sup> حال كيفية وامكانية تطبيق قانون فاتكا، وكان السؤال الذي دار في أذهان الكثيرون: هل قانون الامتثال الضريبي الأمريكي على الحسابات الخارجية FATCA، هو سلسلة من الاجراءات التي تهدف إلى تسخير دول العالم لخدمة المصالح الأمريكية؟ أم أن تطبيقه نابع من رغبة أمريكية حقيقية في الحيلولة لتجنب اثر عمليات تهريب الأموال وغسيلها والعمل علي مكافحتها؟ خاصة وأن عدد الاشخاص الخاضعين للضرائب خارج الولايات المتحدة والذين يلجأون الى التهرب الضريبي عن طريق تهريب أموالهم إلى خارج أراضي أمريكا يقدر بنحو 17 مليون شخص حيث يخضع المواطن للضريبة لمجرد أنه حامل للجنسية الأمريكية، إذ إن الجنسية امتياز يتم بموجبه تكليف المواطن للخضوع للضريبة حتى لو لم يكن مقيماً في الولايات المتحدة<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> شكّلت ورشة عمل مصرفية متخصصة بعنوان: "التطبيق العملي لقانون 'فاتكا' FATCA" الأمريكي، الذي نظمه مؤتمر اتحاد المصرفيين العرب في مقرّ اتحاد المصارف العربية. وشارك في الورشة عدد من مديري الكبار في المصارف العربية، ونخبة من الخبراء العرب في تطبيق قانون الامتثال الضريبي الأمريكي "فاتكا" من 8 دول عربية: الكويت العراق ليبيا الأردن اليمن مصر سوريا ولبنان.. للمزيد راجع [www>alegt.com](http://www>alegt.com)

<sup>14</sup> Wolfe, Daniel, "Banks Face the Facts on FATCA". *American Banker*, [New York]



## تطبيق قانون الامتثال الضريبي الأمريكي (FATCA) على المؤسسات المالية الليبية

وبالتالى فالبنوك ستكون مطالبة بتحديث معلومات العميل صاحب الجنسية الامريكية وتحديد ما إذا كان العميل مكلفاً بسداد الضرائب الامريكية وفقاً لقانون FATCA. كما سيتم تحديث نظم المدفوعات وإستحداث نظم جديدة للتقارير المالية، لتقديم كافة المعلومات التي تطالبها مصلحة الضرائب الأمريكية. كل هذه الأمور تمثل تكاليف إضافية سوف تتكبدها البنوك.

ولعل عدم وجود قاعدة بيانات كمصدر واحد للمعلومات فى بعض الدول، لدى بعض البنوك حيث يتم تخزين المعلومات للمعالجة عبر العديد من الأنظمة غير مرتبطة ببعض، مما يؤثر على عدم اليقين حول مدى سلامة واكتمال البيانات الخاصة بالعملاء، وإلى أي مدى يمكن الإعتماد عليها ، كما أنه تكمن الصعوبة في أن الإجراءات الحالية قد لا تكون كافية للتعرف على المواطنين الامريكيين والمقيمين، ومدى الحصول على موافقة العملاء على التصريح بالافصاح عن بياناتهم إلى السلطات الأمريكية، وفهم ما يجب القيام به حول العملاء الذين يرفضون تقديم المعلومات. بالإضافة الى قلة الوعي بالقانون ومتطلباته والتأثير الناجم عن تطبيقه. يضاف لذلك أن التكاليف التي سوف تتكبدها المصارف ستكون حائلاً دون تحقيق المزيد من الربحية، الأمر الذي يمس من الحصيلة الضريبية.

ان هذا القانون يتير حفيظة المسئولين في البنوك والمؤسسات المالية حول العالم باعتبار أن تنفيذ الإجراءات المتعلقة به قد تكون مكلفة من الناحية المالية. كما أن أحكامه تخالف السرية المصرفية المعمول بها في بلدان كثيرة، لدرجة أنه يمكن القول أن هذا القانون بمثابة تجنيد المؤسسات المالية من مختلف أنحاء العالم لامداد السلطات الضريبية الأمريكية بجميع البيانات المتاحة عن الاشخاص الامريكية (طبيعيين واعتبارية). وبناء عليه يتضح أن المؤسسات المالية لابد وان تلتزم بهذا القانون والتكيف معه لاعتبارات المصالح المشتركة بين الطرفين، إلا أن بعض الدراسات ترى أن الوقت غير مناسب للتطبيق الان، نظراً لان كثيراً من المؤسسات المالية تحتاج لتعديلات فى نظمها المالية واساليبها المحاسبية لكي تكون جاهزة للتطبيق الامثل لهذا القانون، وبالتالي من الضرورة تأجيل تنفيذ هذا القانون بضع سنوات<sup>15</sup>.

<sup>15</sup> –Firms still unprepared for FATCA, "*Investment Week*" (Jun 11, 2012) P.P: 32, 36.

ولقد أبدت العديد من البنوك في الكثير من الدول رغبتها فى التوافق مع قانون FATCA بعد إخضاع هذا الموضوع للدراسة للوقوف على التكاليف والموارد اللازمة ومراحل التنفيذ وملاءمتها مع نظمها المصرفية المحلية والقوانين المعمول بها من ناحية، وبين بنوك المراسلين<sup>16</sup> من ناحية أخرى، حيث نشرت وزارة الخزانة الأمريكية في يوليو 2012 اتفاقاً نموذجياً للعمل به بين حكومات خمس دول وهي فرنسا وألمانيا وإيطاليا وإسبانيا والمملكة المتحدة ، وهذا الاتفاق خاص بتبادل المعلومات بين الدول، ويحدد اجراءات محددة بشأن كيفية تبادل المعلومات، وسيكون بموجب الاتفاق للحكومات الخارجية الحصول على معلومات من الولايات المتحدة عن الحسابات التي تحتفظ بها في المؤسسات المالية الأمريكية من قبل المقيمين في بلدانهم، إلا أن دولاً أخرى رفضت الاقدام على الموافقة و فى مقدمتها الصين واليابان<sup>17</sup>.

## المطلب الثاني

### الموقف الليبي من قانون: FATCA

إدراكاً لأهمية الموضوع قام البنك المركزي الليبي بعقد سلسلة من الندوات على مستوى اتحاد المصارف العربية للتناقش والتشاور لبحث سبل التعامل مع هذا القانون نظراً لان ليبيا لديها قوانين تحكم جهازها المصرفي<sup>18</sup> تكفل سرية الحسابات البنكية للمتعاملين مع هذا القطاع ولا يمكن فرض إتفاقية دولية تتعارض بنودها مع مواد القانون الليبي وبالتالي فالامر يستلزم تغييراً تشريعياً لإعتبارات تتعلق بسرية الحسابات.. فمن غير المنطقي ولا مقبول ان يتم عمل تعديلات في القانون الليبي ، يتيح للامريكيين تطبيق قانون علي مواطنيهم في بلاد لها سيادتها، وبالتالي

<sup>16</sup> البنوك المراسلة: هي شبكة من البنوك والمؤسسات المالية الأجنبية التي يستخدمها أو يتعامل معها البنك المحلي لتقديم خدمات تحويل الأموال وتمويل التجارة الخارجية والاعتمادات المستندية وغيرها من الخدمات المالية الاخرى لصالح عملائه المحليين أو أنشطة البنك الاستثمارية الدولية. للمزيد راجع [www.bayt.com](http://www.bayt.com)

<sup>17</sup> –Treasury Department Documents and Publications. "Joint U.S.–China Economic Track Fact Sheet– Fourth Meeting of the U.S. China Strategic and Economic Dialogue", (May 4, 2012).

<sup>18</sup> – قانون رقم 1 لسنة 2005 بشأن المصارف في ليبيا والمعدل بالقانون رقم 46 لسنة 2012 .

## تطبيق قانون الامتثال الضريبي الامريكى (FATCA) على المؤسسات المالية الليبية

مصرف ليبيا المركزي صاحب القرار الأول والأخير حيال تطبيق هذا القانون او عدم تطبيقه ويراعي في ذلك مصلحة القطاع المصرفي الليبي<sup>19</sup>.

إلا أن الباحثه ترى أنه لا توجد مشكلة في تطبيق القانون في ليبيا بعد إعتاده في إتفاقية تنائية بين الدولة الليبية والحكومة الأمريكية \_ فقد قامت الولايات المتحدة بإبرام اتفاقيات مع دول كثيرة لتقوم المؤسسات المالية في تلك الدول بتزويد إدارة الضرائب الأمريكية ببيانات مالية عن عملائهم من الأمريكيين، ومتعارف على هذه الاتفاقيات باسم "اتفاقيات الفاتكا" \_لانه من الممكن ان نطالب بالمعاملة بالمثل كما فعلت دول أخرى كالمملكة المتحدة والمانيا وايطاليا وغيرهم من الدول التي وافقت علي التطبيق نظراً لعدم وجود عقوبات صريحة للدول غير المطبقة للقانون لكن ستكون هناك عقوبات غير مباشرة ترتبط بالتعاملات الدولارية والتحويلات للمؤسسات المصرفية التي تتناول تعاملات مع اشخاص امريكية.

وبالتالى إذا تم تطبيق هذا القانون، فالامر يتطلب اضافة بند في استثمارات فتح الحسابات تفصح عن الجنسيات التي يحملها العميل فاذا كان حاملا للجنسية الأمريكية يطبق عليه القانون ويلتزم البنك بخصم جميع الضرائب وفق طلبات الخزنة الامريكية منه، حتى وان كان ذلك القانون قد الغى جميع القواعد القانونية الذهبية الخاصة بسيادة القوانين الراسخة والمتعلقة بأقليمية القانون وعدم تطبيقه خارج حدود الاقليم، وبالتالي لا بد من مراجعة الانظمة المحاسبية المعمول بها فى المصارف من طلبات فتح الحساب الجارى، والإيداعات من الودائع تحت الطلب ولأجل، وطلبات فتح الإعتمادات المستندية، وكذا مراجعة القوانين المصرفية وتدريب العاملين وتأهيلهم حتي يتم تجهيز العناصر البشرية وبناء الهياكل التنظيمية لتنفيذ آليات هذا القانون الأمريكي تقنياً وقانونياً.

ان توافر الإيرادات التمويلية اللازمة، والخبراء والمختصين لدعم وتحديث أو إنشاء هذه الهياكل التنظيمية للتعرف على كيفية تطبيق القانون، ويسمح بإفشاء البيانات الخاصة بالعملاء للحكومة الامريكية والإدلاء بجميع تعاملاتهم بموجب تقارير مالية سنوية، مع ضرورة توقيع

<sup>19</sup> من هنا رفضت المصارف الليبية هذا البند في قانون "فاتكا"، ولم تتحمل هي مسؤولية دفع الضرائب، وفضلت التصريح بما يملكه المعنى لديها وكسر السرية المصرفية في ليبيا في هذه الحالة.

## تطبيق قانون الامتثال الضريبي الامريكى (FATCA) على المؤسسات المالية الليبية

العمل على نموذج يسمح للمصارف بتداول بياناته لوزارة الخزانة الامريكية والموافقة على إقطاع الضريبة الامريكية فى حالة طلب الحكومة الأمريكية ذلك، مما يشير الى فطنة السلطات الضريبية الأمريكية فى إستجلاب مواردها السيادية بشتى الطرق القانونية حتى وان كان على حساب إستقلالية الدول الأخرى، ومن ثم تعظيم الموارد الامريكية داخل وخارج حدود الإقليم الامريكى.

وهذا يتطلب ايضا ضرورة تسليط الضوء من مصرف ليبيا المركزى على العقوبات التي سيتم توقيعها، فى حال امتناع بعض البنوك عن الإمتثال الضريبي أو تطبيق إتفاقية الفاتكا أو أخذ خيارات منها عدم فتح حسابات جديدة، لعملائها حاملي الجنسية الأمريكية، أو الاستغناء عن جميع العملاء الذين يحملون الجنسية الأمريكية، كخيار استراتيجي للمصرف، وبالتالي يتطلب الامر التحديد الواضح لخارطة توزيع هؤلاء العملاء فى المنطقة العربية والاقليمية، وفي الدول الأخرى وتأثيرها على خروج بعض الاستثمارات من ليبيا، وما هي العقوبات الاقتصادية المفروضة على الجهات غير المتعاونة، ومدى انعكاس الالتزام بإتفاقية الفاتكا على الموقع التنافسي والتسويقي للمصرف. فجميعها تحديات تواجه الجهاز المصرفى. السؤال الذى تقف الاجابات عليه عاجزة، ولعل من أهم التحديات التى ستواجه المصارف هل إتفاقية الإمتثال الضريبي تعطى الحق للادارة الامريكية فى الرقابة والتفتيش على المصارف بصفة عامة للاطلاع على حساباتها وصدق بياناتها، ومدى تضمينها حسابات خاصة بعملاء من حاملي الجنسية الامريكية.

ونقترح للتوافق مع متطلبات هذا القانون، ان تسير ليبيا على غرار ما اتبعته العديد من الدول فى عقد إتفاقية تسمح لها بتطبيق قانون (FATCA) فى المستقبل القريب وقد يكون من الطبيعى ان تتم المعاملة بالمثل من خلال معاملة تفاضلية حسب ما تقتضيه المنفعة العامة، دون اصطدام للاتفاقيات الموقعة بين البلدين أو اعتبارات قواعد غسيل الاموال، وللمصالح المشتركة التى تجمع بين البلدين.

بحيث تشمل هذه الاتفاقية إلزام المؤسسات المالية بما يلي:<sup>20</sup>

- 1- القيام ببعض الاجراءات للتحري عن هوية أصحاب الحسابات المفتوحة لديها.
  - 2- رفع تقارير سنوية لمصلحة الضرائب الامريكية عن أصحاب الحسابات من حاملي الجنسية الامريكية لديها أو عن الكيانات الاجنبية التي يكون فيها ملكية أمريكية.
  - 3- حجز 30% من أي مدفوعات ذات مصدر دخل أمريكي لمصلحة الضرائب الامريكية، وبيان الحصيلة الإجمالية من بيع الأوراق المالية التي تدر دخلا من مصدر أمريكي.
- أ- الإيرادات الخاضعة لأحكام قانون (FATCA):<sup>21</sup>

- 1- الفوائد من الودائع والعوائد من السندات والاذون و صكوك التمويل
  - 2- التوزيعات من الاسهم بانواعها ووثائق الاستثمار و صكوك الاستثمار .
  - 3- الاتاوات من العلامات التجارية وحقوق المعرفة
  - 4- المكاسب الرأسمالية
  - 5- دخول أخرى
- ب- الاصول المالية التي تخضع ايرادتها لقانون (FATCA):
- 1- الودائع بالبنوك
  - 2- عقود المشتقات المالية بكافة انواعها مثل: (عقود الصرف الاجلة والاختيارات والمستقبلية وعقود تبادل اسعار الفوائد المصرفية والعوائد على السندات)
  - 3- عقود الوساطة مع التجار والمؤسسات التجارية
  - 4- عقود السمسرة
  - 5- الاوراق المالية بكافة انواعها
  - 6- عقود التأمين وعقود إعادة التأمين

<sup>20</sup> شكّلت ورشة عمل مصرفية متخصصة بعنوان: "التطبيق العملي لقانون 'فاتكا' FATCA" الاميركي، الذي نظمه مؤتمر اتحاد المصرفيين العرب في مقرّ اتحاد المصارف العربية. للمزيد راجع [www.aleqt.com](http://www.aleqt.com)

<sup>21</sup> <https://twitter.com/mauricematta@>

## تطبيق قانون الامتثال الضريبي الامريكى (FATCA) على المؤسسات المالية الليبية

ويخرج عن نطاق تطبيق قانون فاتكا الاستثمار العقارى والايرادات الناتجة من اقتناء التحف والمجوهرات والذهب والسيارات والعقارات والمقتنيات الاخرى الملموسة طالما كانت بقصد الاستعمال الشخصى.

والجدير بالذكر أن وزارة الخزانة الأمريكية أصدرت نموذجين للتعامل مع قانون فاتكا النموذج الأول، يتمحور حول عقد إتفاقية بين الحكومات لتبادل المعلومات الضريبية أو منع الإزدواج الضريبي أما النموذج الثاني يتضمن إرسال للمعلومات الضريبية من المؤسسات المالية وعقد إتفاقية بين الحكومات لتطبيق الفاتكا وبما أنه لا يوجد حالياً إتفاقية لتبادل المعلومات الضريبية لما تمر بيه البلاد من عدم الإستقرار السياسي وبالتالي كان الخيار النموذج الثاني تمهيداً لعقد إتفاقية بين الحكومات ولكن مع ذلك لم يتم التوقيع على إتفاقية بين الحكومتين كما فعلت قطر والكويت والإمارات والأردن وغيرها، إلا أن المعمول بيه الآن أن المؤسسات المالية تعاقدت مباشرة مع الخزانه الأمريكية وفقاً لنماذج التسجيل في الفاتكا المعدة علي الننت منها علي سبيل المتال المصرف الليبي الخارجى .

## المبحث الثانى

### التحديات التى تواجه مصلحة الضرائب الليبية فى ظل تطبيق

#### قانون فاتكا ومقترحات العلاج

يخاطب قانون فاتكا دافعو الضرائب من حاملى الجنسية الامريكية، ويطالبهم بتقديم تقرير على النموذج المخصص لذلك، عن الأصول المالية المستثمرة خارج الولايات المتحدة الامريكية لدى مؤسسات مالية أجنبية أو أية كيانات أجنبية أخرى، إذا كانت تلك الاستثمارات تزيد عن 50 ألف دولار أمريكى للشخص الطبيعى و250 ألف دولار أمريكى للشخص الاعتبارى، من تاريخ سريان القانون 18 مارس 2010م. عند أعداد الاقرار الضريبي لسنة 2011م، ومن لم يلتزم بتقديم تلك المعلومات يعاقب بغرامة من 10 آلاف الى 50 ألف دولار أمريكى بالإضافة إلى عقوبة إضافية تصل إلى 40% من قيمة الضريبة المستحقة على تلك التعاملات الخفية مع المؤسسات المالية الخارجية. ومن المقدر وفق ما اقتره دراسات عديدة أن الإحصاءات تقدر وجود نحو 17 مليون مكلف أمريكى خارج الولايات المتحدة، يتهربون من سداد الضرائب<sup>22</sup>.

الحقيقة ان عدم تطبيق قانون الفاتكا سيعوق حركة المؤسسات المالية الليبية فى الاستثمار مع الاشخاص الامريكية سواء بالعقوبات التى تمثل الخصم أو بعدم الإستفادة من المستثمرين الأمريكين داخل ليبيا فى حالة عزوف الأمريكين عن الإقامة فى الدولة الليبية.

كل ذلك يؤثر حتما على دخل المؤسسات المالية، ومن تم على الحصيلة الضريبة، وقد قمنا بدراسة ميدانية لقياس أثر الفاتكا على إيرادات المصارف وعلى حصيلة ضريبة الدخل فى ليبيا.

<sup>22</sup> –Luscombe, Mark, "Tax Trends: Proposed FATCA Regulations – Trying to Make It Work". *Taxes* (Apr 2012): P.P: 56, 87.

عليه قسم هذا المبحث إلى الآتي:-

**المطلب الأول-** أثر دخل المؤسسات المالية علي الحصيلة الضريبية.

**المطلب الثاني-** الدراسة الميدانية لأثر الفاتكا علي إيرادات المصارف وحصيلة ضريبة الدخل علي أرباحها في ليبيا.

## **المطلب الأول**

### **أثر دخل المؤسسات المالية علي الحصيلة الضريبة**

المؤسسات المالية هنا هي أي كيان غير أمريكي يقوم بتلقي ودائع من خلال أعماله العادية مثل البنوك، أو الاحتفاظ أو التعامل بأصول مالية، أو التعامل في مجال الاستثمار، أو التجارة في الأوراق المالية، وأسواق البضائع أو أي أنشطة ذات صلة مثل القيام بأنشطة أمناء الحفظ، والسمسرة في الأوراق المالية، وصناديق الإستثمار ونشاط التأمين، وتستطيع المؤسسة التعرف عل من ينطبق عليه الامتثال الضريبي عن طريق الجنسية الأمريكية أو الإقامة القانونية ومحل الميلاد بأمريكا أو وجود أي عنوان أو رقم هاتف بأمريكا أو تعليمات مستديسة لتحويل أموال لحساب بأمريكا أو الإحتفاظ بالبريد أو توكيل أو توقيع لشخص عنوانه بأمريكا<sup>23</sup>

ومن الجدير بالذكر أن القانون الضريبي الأمريكي حالياً، يفرض على دافعي الضرائب ان يقدموا إلى الادارة الضريبية تقريراً "بجميع تعاملاتهم مع البنوك الخارجية (FBAR) إلا أن هذا التقرير لا يمثل التزاماً" امام المؤسسات المالية الخارجية في الادلاء بالبيانات المتعلقة بعملاء يحملون الجنسية الامريكية تجاه وزارة الخزانة الامريكية، لذا كانت هناك حاجة لا صدار قانون فاتكا، بالإضافة إلى أن البيانات الواردة بنموذج (FORM: 8938) تعد اكثر شمولاً عن السابق<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> تقرير عن مصرف الرافدين عن الفاتكا للمزيد راجع [www.rafidain-bank.gov.iq](http://www.rafidain-bank.gov.iq)

<sup>24</sup> – Roger S. Wise, Mary Burke Baker, "Next phase of FATCA guidance arrives with proposed regulations and announcement of possible intergovernmental approach".

*Journal of Investment Compliance* Volume: 13 Issue: 2 2012



## تطبيق قانون الامتثال الضريبي الامريكى (FATCA) على المؤسسات المالية الليبية

اصدرت مصلحة الضرائب الامريكية تعليمات تنفيذية لتطبيق قانون فاتكا محددة فيها بأن آخر موعد لإبرام الاتفاقيات معها من قبل المؤسسات المالية الخارجية 30 يونيو 2013. وعلى تلك المؤسسات ان تقدم للإدارة الضريبية الامريكية تقريراً "سنوياً" بجميع تعاملات الأشخاص الامريكية (طبيعيين واعتبارية) عن السنة السابقة. وفي حالة عدم تقديم ذلك التقرير ستطبق عليها العقوبة المقررة. ويبدأ تطبيق العقوبة المقررة بخصم 30% على جميع ما تحصل عليه من دخل مصدره اشخاص امريكية مقيمة لصالح المؤسسات والكيانات المالية الخارجية اعتباراً من أول يناير 2014، على أن يتم حجب جميع المدفوعات من مصادر أمريكية مقيمة لتلك الجهات بالكامل اعتباراً من أول يناير 2015<sup>25</sup>.

ويعد هذا القانون تعدياً "سافراً" على السيادة الوطنية لجميع الدول الأعضاء بالجمعية العامة للأمم المتحدة، على النحو الذى يشكل خطراً على تعاملات المؤسسات المالية بما فيها البنوك مع العالم الخارجى، نظراً لتعارض نصوصه مع السيادة القومية لكل دولة، وهذا قد يراه البعض<sup>26</sup> تدخلاً سافراً من قبل الولايات المتحدة الامريكية فى سيادة الدولة ولكن قد يراه البعض الحفاظ على اعتبارات الحصيلة الضريبية الامريكية، ومن ثم يعد تطبيقه من أحد صور مكافحة التهرب الضريبي. وبالتالي فتلك التزامات على المؤسسات المالية (البنوك) من خارج أمريكا بالإدلاء ببيانات ومعلومات عن عملاء يحملون الجنسية الأمريكية، وذلك لصالح وزارة الخزانة الأمريكية ولاعتبارات مكافحة التهرب الضريبي<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> - لمزيد من التفاصيل راجع:

- IR-2012-15: Treasury, "IRS Issue Proposed Regulations for FATCA Implementation", Treasury Department Documents and Publications. (Feb 8, 2012).
- Whitehouse, Tammy. "IRS Gives Long Lead Time for FATCA Compliance". *Compliance Week* (Sep 2011), P.P: 8, 10.

<sup>26</sup> د. عادل عامر، اتفاقية الفاتكا وهل لها خطورة على الاقتصاد الوطني، مقال منشور في صحيفة دنيا الوطن

صحيفة إلكترونية، <https://pulpit.alwatanvoice.com/articles>, 2015-6-23

<sup>27</sup>-Moore, Bela, "FATCA may cause legal strife for super funds". Money Management : ( 03 Oct 2012).

## تطبيق قانون الامتثال الضريبي الامريكى (FATCA) على المؤسسات المالية الليبية

وتوصى جمعية رعاية مصالح دافعى الضرائب المقيمين بالخارج الجميع من تحرى الدقة عند تحرير نموذج (9838) على مستوى الممول الفرد او الزوجة إذا كان لها ملف منفصل وعلى مستوى الشركة، وأن تقرأ التعليمات المدرجة على النموذج قبل البدء فى ملء بيانات هذا التقرير وإذا لزم الأمر أن تستعين بأحد مستشاري الضرائب للإجابة على أي استفسار<sup>28</sup>.

وفى رأى البعض ان هذا القانون سيكلف الخزانة الأمريكية اكثر مما ستحصل عليه لان كثيرا من المؤسسات المالية العالمية ستفرض الإمداد بالبيانات او الإفشاء عن اسرار عملائها بأية بيانات حفاظا على علاقتها بهم، الأمر الذى قد سيجعلها ترفض الإستجابة لمتطلبات الخزانة الامريكية حتى وان قاطعتها فى المستقبل<sup>29</sup>.

وفى سبيل تطبيق هذا القانون فى ليبيا يجب أن ان ينظر للتجربة الإنجليزية فى هذا الصدد، فلقد قررت المملكة المتحدة الإشتراك فى اتفاقية مع الولايات المتحدة الامريكية لتنفيذ هذا القانون نظرا، لانه يعوق حركة المؤسسات المالية البريطانية فى الإستثمار مع الاشخاص الامريكية لان القانون يقرر عقوبة خصم ضريبة مستقطعة من المنبع 30% من تعاملات تلك المؤسسات مع مثيلاتها بامريكا أو من أي اصول لها داخل امريكا، فلا يمكن استعاضة تلك المبالغ الا إذا تمت الاستجابة لمتطلبات قانون فاتكا وبالتالي اخطار الخزانة الأمريكية بجميع تعاملات الأشخاص الامريكية، ومن ثم تقوم الأخيرة بإخطار تلك المؤسسات بالمتأخرات الضريبية، للحجز على اصول الاشخاص الامريكية الواردة بحسابات تلك المؤسسات وتوريدها للإدارة الضريبية الامريكية، ومن ثم تستجلب مصلحة الضرائب الامريكية ضريبتها المقررة وكذا الغرامات عليها من أشخاص اعتبارية من خارج امريكا.

<sup>28</sup> - لمزيد من التفاصيل راجع:

- Merricks, Maria. "FATCA: How it affects your firm". Professional Adviser (Aug 4, 2011) P.P:22-23
- Treitel, David. "Advising your American clients. Professional Adviser (Nov 3, 2011) P.P: 25. 31

<sup>29</sup>-Walker, David. "FATCA 'failure' will cost the US" Investment Europe, (Jun 28, 2012) P.P: 37, 38.

وعندما قدمت الحكومة البريطانية الإتفاقية لمجلس العموم البريطاني للموافقة على تطبيق هذا القانون على ارضها، فإن ذلك من منطلق الحفاظ على تحقيق الربحية لمؤسساتها المالية الوطنية سواء عامة أو خاصة والتي تربطها علاقات ذات منافع متبادلة بينها وبين مؤسسات امريكية ومن ضمن عملائها اشخاص امريكية، ولاغراض الحفاظ على الحد الأدنى من بقائها فى دنيا الاعمال.

إن إحدى التحديات التى تواجه الادارة الضريبية فى ليبيا عند موافقة الحكومة الليبية على تطبيق هذا القانون بإتفاقية دولية تتمثل فى الإجابة على هذا السؤال: هل يحق لمصلحة الضرائب فى ليبيا أن تطلب من البنوك والمؤسسات المالية الامريكية موافقاتها ببيانات وتعاملات حسابات عملائها الليبيين المقيمين بأمريكا، وإذا كان هذا حق متاح لها فهل تسمح الادارة الامريكية بخصم الضريبة على هؤلاء العملاء إذا كانوا مطالبين بها وتوريدها لليبيا فى الوقت الذى لم تقم الولايات المتحدة الأمريكية حتى الان برد اى جزء من الاموال المهربة والمودعة والمجمدة بمصارفها ومؤسساتها المالية، التى افصحنا عنها تورة فبراير 2011، وبالتالي لا بد من الاشتراط عند الالتزام بتطبيق قانون فاتكا، التطبيق بالمثل كما يرد باتفاقيات منع الازدواج الضريبى<sup>30</sup>

## **المطلب الثانى**

### **الدراسة الميدانية لأثرالفاتكا علي إيرادات المصارف وحصيلة ضريبة الدخل على ارباحها فى ليبيا**

**أولاً: الهدف من الدراسة**

تهدف الدراسة الميدانية إلى إختبار الفروض التي تم عرضها بمقدمة الدراسة والتحقق من مدى صحتها، فيما يتعلق بالآثار الناتجة من تطبيق القانون الامريكى على إيرادات المصارف ومن ثم الخسائر الناتجة عن عزوف عملاء المصارف عن التعامل معها تجنباً لإفشاء حقيقة تعاملاتهم معها وكذا الأثر على حصيلة الإيرادات الضريبية (ضريبة الدخل).

<sup>30</sup> وبالرجوع إلي نص المادة 33من قانون الضريبة علي الدخل رقم 7لسنة 2010 نجد أن دخول الليبيين بالخارج معفية أصلاً طبقاً للأفراد وليست الشركات فالجدوي في معاملة المتل تتحقق في الشركات الليبية.

تانيا: مجتمع الدراسة

زارت الباحثة الفئات التالية:

1- رؤساء القطاعات المالية والإدارية ووحدة الإمتثال والمديرين العاملين بالمصارف التجارية العاملة في ليبيا لعينة 6 من مختلف المصارف في طرابلس<sup>31</sup>.

2- القائمون بالإشراف على الاداء ورسم السياسات النقدية ومراقبة جودة الاداء المصرفي والاتفاقيات الدولية ووحدة الإمتثال بمصرف ليبيا المركزي.

3- السادة الفنيين بمصلحة الضرائب الليبية من رئيس مصلحة الضرائب طرابلس والمديرون لمكاتب الفحص في ضرائب الشركات ومدير مكتب الإتفاقيات الدولية لمنع الإزدواج الضريبي بمصلحة الضرائب.

وكانت الدراسة إستطلاعية لأراء المختصين تدور حول جملة من الأسئلة وإجابتها

والجدير بالملاحظة أولاً أنه لا توجد فروق بين إجابات فئات الدراسة حول وجود تأثير معنوي لتطبيق متطلبات قانون فاتكا الأمريكي. (قانون الامتثال الضريبي للحسابات الخارجية) على إيرادات المصارف في ليبيا.

ثالثاً: الأسئلة

السؤال الاول

يستهدف قانون الإمتثال الضريبي للحسابات الخارجية (FATCA) في الأساس الإستعلام عن حسابات الأميركيين لدى المصارف والمؤسسات المالية الخارجية، الامر الذي قد يؤدي إلى عزوف عملاء المصارف الليبية من حاملي الجنسية الامريكية في إلغاء تعاملاتهم

<sup>31</sup> مصرف ليبيا المركزي، المصرف الليبي الخارجي، المصرف التجاري الوطني الرئيسي، مصرف شمال أفريقيا الإدارة العامة، مصرف التجارة والتنمية فرع بن عاشور، المصرف التجاري الوطني فرع الضهرة.

## تطبيق قانون الامتثال الضريبي الامريكى (FATCA) على المؤسسات المالية الليبية

خشية الإدلاء بأية بيانات عن أرصدة حسابات أصولهم المالية وعوائدها للخزانة الامريكية، ومن ثم إنخفاض إيرادات المصارف نتيجة خروج هولاء العملاء من المصرف؟

هل تعتقد أن إيرادات البنوك ستتجه إلى الانخفاض نتيجة التزامها بتطبيق متطلبات هذا القانون بالادلاء بتقارير سنوية عن تعاملات حاملي الجنسية الامريكية معهم، الامر الذى قد يعصف بإيرادات البنك ؟

### السؤال الثاني

يتناول الأسباب التي تؤيد ضرورة الإلتزام بتطبيق متطلبات قانون (FATCA) ومدى تأثيره على إنخفاض إيرادات المصارف.

الأهمية النسبية للأسباب التي تشير إلى عدم إنخفاض إيرادات البنوك عند التزامها بتطبيق متطلبات قانون فاتكا، حيث أتقت أغلبية افراد الدراسة على أن السبب الرئيسى فى ذلك يرجع إلى زيادة الثقة من جانب الإدارة الامريكية فى إدارة العمليات المصرفية، ومن ثم إدراج المصارف الليبية فى قائمة المصارف ذات السمعة الطيبة. إلا أن افراد العينة اتفق معظمهم على وجود اسباب اخرى تأتي فى اخر الترتيب فى عدم انخفاض إيرادات المصارف عند التزامها بتطبيق متطلبات قانون فاتكا مثل: (زيادة الإستثمارات الامريكية فى القطاع المالى والمصرفى بليبيا نتيجة السمعة الطيبة للمصارف الليبية لدى الادارة الامريكية بالاضافة إلى زيادة الإهتمام من جانب الجمعيات المهنية العالمية بتأهيل الكوادر البشرية المصرفية بليبيا، ومن ثم زيادة كفاءتهم ومهنتهم).فالسؤال المطروح ماهي التعديلات التى تحول دون التأثير على إيرادات المصارف؟

### السؤال الثالث

ما هي الأسباب التي تؤدي إلى عدم تأثر إيرادات المصارف بالإنخفاض عند الإلتزام بتطبيق متطلبات قانون (FATCA) لانعكاساتها على إيراداتها ؟

## السؤال الرابع

هل تعتقد أن إيرادات مصلحة الضرائب الليبية (ضريبة الدخل) تتأثر بالإنخفاض نتيجة إلتزام المؤسسات المصرفية في ليبيا بتطبيق هذا القانون كأثر غير مباشر؟

بالرغم من عدم وجود إختلافات بين الفئات محل الدراسة حول وجود أثر على إيرادات الإدارة الضريبية بالإنخفاض (ضريبة الدخل) عند تطبيق قانون فاتكا، إلا أن هناك تبايناً من حيث درجة الأهمية النسبية للأسباب التي تؤيد التزام الحكومة الليبية بضرورة تطبيق متطلبات الإمتثال لقانون فاتكا مراعاة لعدم تأثر إيرادات المصارف بالإنخفاض ومن ثم بالأثر غير المباشر علي إنخفاض إيرادات الإدارة الضريبية (ضريبة الدخل) لتلك المصارف فلقد جاء على قائمة الترتيب وبالإجماع لفئات الدراسة بالكامل أن (معظم الأصول المالية للإستثمارات الامريكية في فروع مصارف خارج ليبيا وليست مصارف ليبية ومن ثم فلا توجد آثار على إيرادات المصارف الليبية)، إلا أن (المستثمر الامريكى يسعى دائماً الى المؤسسات المصرفية ذات الربحية المرتفعة والمخاطر الأقل، بعيدة عن المنطقة العربية تجنباً للمخاطر السياسية بمنطقة الشرق الاوسط)

كما اتفقت أغلبية فئات الدراسة على أن (اللتزام المصارف بعدم الإداء عن تعاملات عملائها من حاملي الجنسية الامريكية للخرانة الامريكية وفقاً لقانون سرية الحسابات، الامر الذى ستقرر معه الحكومة الامريكية تطبيق العقوبة بخصم 30% من تعاملاتها لديها وبالتالي انخفاض ارباحها ومن ثم انخفاض الضريبة على دخلها) سيكون عاملاً مؤثراً على انخفاض ارباح البنوك ومن ثم حصيلة ضريبة الدخل لمصلحة الضرائب الليبية، إلا ان عينة الدراسة اتفقت بالاجماع على ان (خروج بعض الاستثمارات الامريكية من ليبيا، رغبة في توجيهها إلى دول ترفض تطبيق متطلبات هذا القانون، وبالتالي انخفاض الحصيلة الضريبية نتيجة هروب تلك الاستثمارات خارج ليبيا ومن ثم عدم تحصيل ضريبة دخل على ارباحهم) ياتى فى اخر الاسباب التى ستؤدى إلى انخفاض حصيلة ضريبة الدخل نتيجة انخفاض ارباح البنوك.

رابعا: الأجوبة

## تطبيق قانون الامتثال الضريبي الامريكى (FATCA) على المؤسسات المالية الليبية

- ان تطبيق قانون فاتكا يـؤدى إلى انخفاض ايرادات المصارف ومن ثم انخفاض ارباحها. واتضح ذلك من خلال ماأتفق عليه جميع افراد العينة, ان التكاليف التى ستتكبدها المصارف نتيجة التعديلات التى اقترحتها الباحثه للتوافق مع متطلبات قانون فاتكا، ستؤدى إلى ارتفاع تكاليف التشغيل لدى المصارف، ومن ثم إنخفاض ايراداته على المدى القصير إلا انها ستعاود للإرتفاع، نتيجة ثقة الحكومة الامريكية فى المصارف الليبية.
- ان تطبيق قانون فاتكا يـؤدى إلى انخفاض ايرادات الادارة الضريبية (ضريبة الدخل). واتضح من نتائج البيانات انه لا خوف على حصيلة مصلحة الضرائب الليبية (ضريبة الدخل) نظراً لأن معظم الاصول المالية للاستثمارات الامريكية فى فروع مصارف خارج ليبيا وليست مصارف ليبية، ومن ثم فلا توجد آثار على ايرادات المصارف الليبية، وبالتالي لاتوجد آثار على ضريبة الدخل عن ارباح تلك البنوك.

## الخاتمة

ليس بجديد ولا أول مرة تملي علينا الولايات المتحدة الأمريكية أعباء وتكاليف جديدة وبلغته التهديد من خلال فرض مكافحة التهرب الضريبي للأمريكيين الذين يملكون حسابات مصرفية في الخارج (فاتكا) حتى يوليو 2014

وأثار "فاتكا" جدلا كبيرا في نظام المصارف الليبية، التي ضغطت على مصرف ليبيا المركزي حتى يقبل بتطبيق القانون للإفلات من أي عقوبات أمريكية. ذلك أن فروع المصارف الأجنبية في ليبيا، ضغطوا كثيرا حتى يعدل تشريعاته، ويسمح لهم بالدخول في نظام "فاتكا"، ما يعطي الضوء الأخضر للتعامل مع الولايات المتحدة التي هددت هذه المصارف بغرامات تصل لحجز 30% من ممتلكاتها، في حال عدم امتثال المصرف أو المؤسسة المالية بالإفصاح المطلوب، وعن كيفية التزام المؤسسات المالية والمصرفية بهذا القانون، نجد أن مصرف ليبيا المركزي اصدر اعلانا يطلب فيه من المصارف التجارية العاملة في ليبيا والمصرف الليبي الخارجي إتخاذ الإجراءات المناسبة في ضوء أحكام القانون.

الحقيقه أن التعليمات الدولية تضعف القدرة التنافسية للبنوك العربية عامتا، وتحد من قدرتها على توسيع نشاطها، مما يؤثر على النمو الاقتصادي.

فأهمية حرية حركة الأموال لضمان الازدهار العالمي، يأتي بضرورة التعاون الدولي والمحلي، فيما يخص مكافحة تهريب وغسل الأموال، وتمويل الإرهاب، تم أن الإدارة الحالية للجرائم المالية قد تؤدي إلى زيادة الإبعاد والإقصاء للمصارف المراسلة، مما يؤثر على حركة النمو والاستقرار المالي، لا بل أن الفاتكا لها تبعات ضريبية تناولتها الباحثه وعموما توصلت إلي جملة من النتائج تلحقها جملة من التوصيات.



أولاً- النتائج

- 1- ليبيا لا يوجد بها عدد كبير من الأمريكيين وعلى الأغلب يكونون من حاملي الجنسية مع العلم أن أغلب الأمريكيين في ليبيا قدموا بعقود عمل تتبع شركات معروفة ويمكن حصرها
- 2- الموضوع له علاقة بملكية المعرفة والتقنية؛ فمن يملك المعلومة يملك المعرفة ومن يملك المعرفة يسيطر على الآخرين بتفوقه عليهم وهذا هو ما يحدث من خلال أتمتة العمل المصرفي (السويفت، الخ...) ذلك حتى التسويات الدولية تتم في أمريكا.
- 3- الأشخاص يعتقدون أن فاتكا غير الالتزامات الضريبية للمواطنين الاميركيين أو المقيمين في الولايات المتحدة من حاملي البطاقات الخضراء (جرين كاردز) وهذا ليس صحيحاً. فالالتزامات الضريبية الاميركية على هؤلاء الأشخاص ما زالت نفسها، وفاتكا لم يغير ذلك.
- 4- يخضع هؤلاء الأشخاص للضريبة الاميركية على دخلهم العالمي، أينما كانوا يعيشون أو يكسبون دخلهم. وبالتالي، إذا كان مواطن اميركي مقيم في ليبيا يكسب دخل ايجار من شقة يملكها في الاردن، فعليه ابلاغ الخزانة الاميركية بهذا الدخل ويدفع عنه ضريبة
- 5- إن كانت السرية المصرفية التي يتمتع بها العملاء، تمنع المصارف الليبية عن التصريح بالمعلومات عنهم بسبب هذه السرية، فقد جاء قانون "فاتكا" ليفرض على المصارف ما نسبته 30% على الأصول التي يشغلها المصرف المعني في الولايات المتحدة الأميركية، يعني إذا كان المصرف يشغل أموالاً في الولايات المتحدة الأميركية، عليه أن يدفع ضرائب ما نسبته 30%.
- 6- أن الظروف السياسية والأمنية التي تمر بها المنطقة أدت إلى رفع التكاليف التشغيلية للمصارف العربية، فسلامة الجهاز المصرفي العربي نتيجة لإمتثاله للتعليمات الرقابية الدولية كلفته الكثير.
- 7- أن النظم الرقابية الدولية تجاوزت قدرات المصارف، وأدت إلى قيام بعض المصارف بوقف التعامل مع بنوك أخرى بدلاً من إدارة المخاطر ذات التكاليف المرتفعة.

## تطبيق قانون الامتثال الضريبي الامريكى (FATCA) على المؤسسات المالية الليبية

8- القيمة المضافة للمؤسسات المالية من خلال خدمات التأكيد/الاستشارات الخاصة بقانون الفاتكا.

9- لم يحدد قانون ضريبة الدخل الليبي الضريبة التي تؤخذ علي المصارف فهو حدد ضرائب الأشخاص الطبيعية والإعتبارية ووصفها بضريبة الشركات.

10- إذا ما اتقنا أن المشرع الضريبي يعامل المصارف مثل الشركات فهو يفرض ضريبة على أرباحها وكذا على الودائع لذي المصارف الأمر الذي سيهدد الحصيلة الضريبية بالنقصان إذا لم تمتثل المصارف التجارية والمصرف الليبي الخارجي للفاتكا لانه بغض النظر عن عقوبة عدم الإمتثال الغير مباشرة هذخ المصارف ستهدد بالقفل أو الإفلاس لغزوف الأمريكان علي فرض وجودهم في ليبيا من أن يكونوا عملاء لهذه المصارف.

11- لا يوجد حتي اليوم إتفاقية دولية بين الدولة الليبية والولايات المتحدة الأمريكية لمنع الإزدواج الضريبي وبالتالي النموذج iga1(a) لامجال لتطبيقه وكذلك حتي اليوم لم تبرم إتفاقية بخصوص الفاتكا مع الولايات المتحدة الأمريكية والحكومة الليبية مما يجعل النموذج iga (ب) غير مطبق أيضا".

12- بالرغم من أن مزايا تطبيق النماذج السابقة مهمة ولكن لضيق الوقت أصدر مصرف ليبيا المركزي تعليماته للمصارف التجارية ومصرف ليبيا الخارجي بالتعاقد مباشرة مع الخزنة الأمريكية.

### **تانيا- التوصيات**

1- الإلتزام بالقوانين واللوائح والقرارات والتعليمات الصادرة عن الجهات الرقابية.

2- تحسين سمعة المؤسسة وتعزيز ثقة أصحاب المصالح.

3- الإسهام في تحسين كفاءة وسمعة قطاع الخدمات المصرفية والمالية بالإضافة إلى الإلتزام بالتشريعات الدولية

4- إجراء تعديلات تشريعية:- علي سبيل المثال....

- يجب أن يلحق عقد الإتفاقية بين الحكومات لتطبيق الفاتكا سن قانون داخلي حتي يحل التعارض مع القوانين الحالية لإن التعارض بين القوانين المحلية والدولية يعرض المؤسسات المالية للمخاطر .

- تعديل فى قانون المصارف يتيح لجميع المصارف العاملة فى ليبيا عدم الإفشاء بتعاملات العملاء للخزانة الإمبريكية تجنباً لسرية الحسابات.

- تطبيق اتفاقية بين البلدين تقضى بتبادل المعلومات بالمثل من خلال معاملة تفاضلية.

5- إجراء تعديلات إدارية: بما يكفل تطوير الهياكل الإدارية بإنشاء قطاع يختص بإصدار التقارير المالية والافصاح عنها أولاً بأول للخزانة الامريكية، بالإضافة إلى تطوير فى الهياكل التنظيمية للموارد البشرية وتدريبهم وتطويرهم على النحو الذى يلبي لفت نظر العميل على أن هذا الإجراء ضرورى حتى لاتقع تحت طائلة القانون وتعاقب بالغرامة، لحاملى الجنسية الأمريكية.

ومن منظور التكلفة والعائد فبكل تأكيد تلك التعديلات ستؤدى إلى زيادة تكاليف التشغيل والعمليات لدى المصارف، الأمر الذى قد ينعكس على تخفيض معدل الربحية نتيجة زيادة التكلفة، ولكن إذا نظرنا إلى الوجه الاخر فإن تلك التعديلات تساعد على ارتفاع تصنيف المصارف الليبية لدى المؤسسات الدولية القائمة على تصنيف البنوك ومن ثم ارتفاع تعاملاتها مع العملاء الامريكيين، وبالتالي إرتفاع إيرادات المصارف فى الأجل الطويل.

6- ضرورة الإتفاق على المعاملة بالمثل عند التعاقد بتطبيق متطلبات قانون فاتكا.

7- إجراء التعديلات التى تم اقتراحها من الباحثه عند الالتزام بتطبيق متطلبات قانون فاتكا. من تعديلات إجرائية وتشريعية وإداري.

- 1- رسالة دورية صادرة عن إدارة الرقابة علي المصارف والنقد بمصرف ليبيا المركزي بتحويل المصارف التجارية بإتخاذ الإجراءات اللازمة بالتسجيل في الفاتكا رقم 88 لسنة 2014. غير منشورة
- 2- مجموعة من الرسائل الصادرة من المصارف التجاريه للإستفسار عن تطبيق الفاتكا من مصرف ليبيا المركزي. غير منشورة
- 3- تقارير صادرة عن مصرف ليبيا المركزي, حول كيفية تطبيق الفاتكا بالتعاون مع المكتب الإستشاري لجنة ارنست ويونغ, 8-5-2014, بفندق كورانتيا طرابلس. 2014.
- 4- تحليل متطلبات فاتكا ومراجعة اطاري العمل القانوني والتنظيمي, مسودة للمناقشه معدة من أ.محمد ميلود زويليمة رئيس فريق تطبيق فاتكا بمصرف ليبيا المركزي, 2014. غير منشورة
- 5- مجموعة ورش عمل حول قانون الإمتثال الأمريكي, مصرف ليبيا المركزي. 2014-2015.
- 6- قانون رقم (1) لسنة 2005 بشأن المصارف والمعدل بالقانون 46 لسنة 2012
- 7- ورشة عمل متخصصة نظمها الاتحاد الدولي للمصرفيين العرب واتحاد المصارف العربية بتاريخ 3 اكتوبر 2012 بمدينة شرم الشيخ, حول الإجراءات التنفيذية لتطبيق قانون الامتثال الضريبي للحسابات الاجنبية.
- 8- هانى أبو الفتح, دراسة منشورة على موقع بوابة الوفد الالكترونية بتاريخ [www.alwafd.org](http://www.alwafd.org). 2012/8/21
- 9- د. عادل عامر, اتفاقية الفاتكا وهل لها خطورة على الاقتصاد الوطني, مقال منشور في صحيفة دنيا الوطن صحيفة إلكترونية, 23-6-2015.
- 10- القانون رقم 7 لسنة 2010 بشأن الضرائب ع الدخل الليبي.

المراجع الاجنبية

1. Hiring Incentives to Restore Employment قانون الحوافز المقدم لمكافحة البطالة
2. Internal Revenue Services: مصلحة الضرائب الامريكية
3. Foreign Bank and Financial Accounts. تقرير الحسابات المالية بالبنوك الاجنبية
4. Jorge Morley–Smith says, "Cutting claws of the FATCA", Money Marketing, (Nov 17, 2011)
5. Marsan, Dean, "The Global Financial System Must Now Implement a New U.S. Reporting and Withholding System for Foreign Account Tax Compliance, Which Will Create Significant New Exposures–Managing This Risk" Taxes, (Sep 2010) .
6. Fariz Huseynov, Bonnie K. Klamm, "Tax avoidance, tax management and corporate social responsibility". Journal of Corporate Finance, Volume 18, Issue (4, September 2012).
7. John Hasseldine, Gregory Morris, "Corporate social responsibility and tax avoidance: A comment and reflection". (Accounting Forum), Journal of Accounting & Finance, Volume 65, Issue 2, June 2012.
8. Christopher S. Armstrong, Jennifer L. Blouin," The incentives for tax planning". Journal of Accounting and Economics, Volume 53, Issues1– 2, (February–April 2012).
9. Roberta Calvet Christian, James Alm, "Empathy, sympathy, and tax compliance", Journal of Economic Psychology, (13 October 2012)
10. Forgin Financial Institutions, such as: Bankes, Stock exchange, insurance companies, brokerage houses, Companies Financial Brokers, Mutual Funds funds, money funds...and etc.

11. Jaeger, Jaclyn. "IRS Seeks Input on Foreign Withholding Rules". Compliance Week (Dec 2010).
12. Foreign Ministry against direct FATCA agreements between banks and U.S. Russia & CIS Banking & Finance Weekly. Financial Policy, (Jul 20, 2012).
13. Wolfe, Daniel, "Banks Face the Facts on FATCA". American Banker [New York] 29 Dec 2011.
14. Firms still unprepared for FATCA, "Investment Week" (Jun 11, 2012) .
15. Treasury Department Documents and Publications. "Joint U.S.–China Economic Track Fact Sheet– Fourth Meeting of the U.S. China Strategic and Economic Dialogue", (May 4, 2012).
16. Luscombe, Mark, "Tax Trends: Proposed FATCA Regulations – Trying to Make It Work". Taxes (Apr 2012).
17. Roger S. Wise, Mary Burke Baker, "Next phase of FATCA guidance arrives with proposed regulations and announcement of possible intergovernmental approach". Journal of Investment Compliance Volume: 13 Issue: 2, 2012.
  
21. IR–2012–15: Treasury, "IRS Issue Proposed Regulations for FATCA Implementation", Treasury Department Documents and Publications. (Feb 8, 2012)
  
22. Whitehouse, Tammy. "IRS Gives Long Lead Time for FATCA Compliance". Compliance Week (Sep 2011), P.P.
  
- 22– Moore, Bela, "FATCA may cause legal strife for super funds". Money Management :( 03 Oct 2012).

- Merricks, Maria. "FATCA: How it affects your firm". Professional Adviser (Aug 4, 2011) .
  - Treitel, David. "Advising your American clients. Professional Adviser (Nov 3, 2011) .
- 23- Walker, David. "FATCA 'failure' will cost the US" Investment Europe, (Jun 28, 2012) .

## تطبيق قانون الامتثال الضريبي الامريكى (FATCA) على المؤسسات المالية الليبية

### الملحق/ قوائم الاستبيان

#### السؤال الأول

يستهدف قانون الامتثال الضريبي للحسابات الخارجية (FATCA) في الأساس الاستعلام عن حسابات الأميركيين لدى المصارف والمؤسسات المالية الخارجية، الامر الذى قد يؤدي إلى عزوف عملاء البنوك من حاملى الجنسية الامريكية فى إلغاء تعاملاتهم، ومن ثم هروب البعض من العملاء من تلك البنوك، رغبة فى عدم توفير أية معلومات للخزانة الامريكية عن تعاملاتهم.

هل تعتقد أن إيرادات البنوك ستتجه إلى الانخفاض نتيجة التزامها بتطبيق متطلبات هذا القانون بالادلاء بتقارير سنوية عن تعاملات حاملى الجنسية الامريكية معهم، الامر الذى قد يعصف بإيرادات البنك.

لا

نعم

#### السؤال الثاني

إذا كانت الإجابة على السؤال سالف الذكر بالإيجاب فما هي التعديلات المطلوب من وجهة نظرك تنفيذها لكى تحول دون التأثير على إيرادات البنك؟

م	الاسباب	أوافق بشدة	أوافق	أوافق لحد ما	ارفض بشدة	ارفض
1	تعديلات إجرائية: مراجعة المستندات والنماذج الخاصة بحسابات العملاء، ومراجعتها لتوفير معلومات للبنك وتوضيح الجنسية الخاصة بكل عميل ومصادر الأموال، وبالتالي إجراء تعديل فى					



## تطبيق قانون الامتثال الضريبي الامريكى (FATCA) على المؤسسات المالية الليبية

					مستندات فتح الحساب وازافة شرط الموافقة على تبادل المعلومات بين البنك والحكومة الامريكية، وانها غير خاضعة للسرية.	
					<p style="text-align: center;"><b>تعديلات فى نظم المعلومات:</b></p> <p>تطوير فى البنية المعلوماتية يتيح للعميل التعرف أولاً باول عن تعاملاته التى يتم إخطار الخزانة الامريكية بها، لكى يكون على علم بما يجب ان يتم الافصاح عنه ضمن اقراره الضريبي من ايرادات خارجية. بالازافة إلى بناء دوائر جديدة لتنفيذ آليات هذا القانون تكنولوجياً وتوفير الاموال التمويلية اللازمة لدعم وتحديث إنشاء هذه الدوائر. حتى تصبح البنية التحتية لتكنولوجيا المعلومات ملائمة وجاهزة لتطبيق القانون</p>	2
					<p style="text-align: center;"><b>تعديلات تشريعية:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• تعديل فى قانون المصارف يتيح للمصارف الافشاء بتعاملات العملاء للخزانة الامريكية تجنباً لسرية الحسابات.</li> <li>• تطبيق اتفاقية بين البلدين تقضى بتبادل المعلومات بالمثل من خلال معاملة تفاضلية.</li> </ul>	3
					<p style="text-align: center;"><b>تعديلات إدارية:</b></p> <p>تطوير الهياكل الإدارية والتنظيمية للموارد البشرية وتدريبهم وتطويرهم على النحو الذى يلى لفت نظر العميل على أن هذا الاجراء ضرورى حتى لاتقع تحت طائلة القانون وتعاقب بالغرامة، لحاملى الجنسية الامريكية.</p>	4

## تطبيق قانون الامتثال الضريبي الامريكى (FATCA) على المؤسسات المالية الليبية

					تؤدى جميع التعديلات السابقة إلى زيادة تكاليف التشغيل لدى البنك.	5
--	--	--	--	--	---	---

### السؤال الثالث

أما إذا كانت الاجابة على السؤال سالف الذكر بالرفض فما هي الاسباب من وجهة نظرك التي تؤدي إلى عدم تأثر ايرادات المصارف بالإنخفاض عند الالتزام بتطبيق متطلبات قانون (FATCA) لانعكاساتها على ايراداتها ؟

م	الاسباب	أوافق بشدة	أوافق	أوافق لحد ما	ارفض بشدة	ارفض
1	زيادة الثقة من جانب الإدارة الامريكية فى إدارة العمليات المصرفية، ومن ثم إدراج المصارف الليبية فى قائمة المصارف ذات السمعة الطيبة.					
2	الوصول بسياسات المصارف إلى أعلى مستويات الشفافية وارتفاع المصارف فى درجات التصنيف الدولى بتطبيق السياسات العالمية والالتزام بتطبيق الاتفاقيات الدولية.					
3	إدراج المصارف الليبية فى قوائم البنوك العالمية، ومن ثم زيادة الطلب على أداء خدماتها المصرفية.					
4	زيادة الإستثمارات الامريكية فى القطاع المالى والمصرفى بليبيا نتيجة السمعة الطيبة للمصارف الليبية لدى الإدارة الامريكية					

## تطبيق قانون الامتثال الضريبي الامريكى (FATCA) على المؤسسات المالية الليبية

					زيادة الاهتمام من جانب الجمعيات المهنية العالمية 5 بتأهيل الكوادر البشرية المصرفية بمصر، ومن ثم زيادة كفائتهم ومهنتهم
--	--	--	--	--	---

### السؤال الرابع

يستهدف قانون الامتثال الضريبي للحسابات الخارجية (FATCA) في الأساس الاطلاع على حسابات الأميركيين لدى المصارف والمؤسسات المالية الخارجية، بالإضافة إلى الالتزام من جانب المكلفين امام مصلحة الضرائب الامريكية بالافصاح عن جميع ايراداتهم وارصدتهم المالية بالحسابات الخارجية، ومن ثم فالقانون يعد أحد صور مكافحة التهرب الضريبي.

هل تعتقد أن إيرادات مصلحة الضرائب الليبية (ضريبة الدخل) تتأثر بالانخفاض نتيجة

التزام المؤسسات المصرفية في ليبيا بتطبيق هذا القانون؟

لا

نعم

### السؤال الخامس

إذا كانت الإجابة على السؤال السابق بالإيجاب

فما هي الاسباب من وجهة نظرك التي تؤدي إلى انخفاض ايرادات الادارة الضريبية

(ضريبة الدخل)؟

م	الاسباب	أوافق بشدة	أوافق	أوافق لحد ما	ارفض بشدة	ارفض
---	---------	------------	-------	--------------	-----------	------

## تطبيق قانون الامتثال الضريبي الامريكى (FATCA) على المؤسسات المالية الليبية

					<p>نتيجة انخفاض ايرادات المصارف ومن ثم انخفاض ضريبة الدخل على ارباح المصارف لإلغاء العديد من الامريكيين حساباتهم وتعاملاتهم مع المصارف الليبية، لرغبتهم فى عدم الاستجابة للإمتثال والالتزام الضريبي الامريكى.</p>	1
					<p>خروج بعض الإستثمارات الامريكية من ليبيا، رغبة فى توجيهها إلى دول ترفض تطبيق متطلبات هذا القانون، وبالتالي اخفاض الحصيله الضريبية نتيجة هروب تلك الاستثمارات خارج ليبيا ومن ثم عدم تحصيل ضريبة دخل على ارباحهم</p>	2
					<p>التزام المصارف بعدم الافشاء عن تعاملات عملائها للحكومة الامريكية وفقاً لقانون سرية الحسابات، الامر الذى سنقرر معه الحكومة الامريكية تطبيق العقوبة بخصم 30% من تعاملاتها لديها وبالتالي انخفاض ارباحها ومن ثم انخفاض الضريبة على دخلها.</p>	3
					لاشى مما سبق	4

### السؤال السادس

إذا كانت الإجابة على السؤال سالف الذكر بالرفض فما هي الأسباب من وجهة نظركم التي تؤدي إلى عدم انخفاض ايرادات الادارة الضريبية (ضريبة الدخل) نتيجة الامتثال لتطبيق متطلبات قانون فاتكا؟

تطبيق قانون الامتثال الضريبي الامريكى (FATCA) على المؤسسات المالية الليبية

م	بيان	أوافق بشدة	أوافق	أوافق لحد ما	ارفض بشدة
1	لقلة عدد عملاء المصارف الليبية من حاملي الجنسية الامريكية				
2	معظم الاصول المالية للإستثمارات الامريكية فى فروع مصارف أجنبية وليست ليبية، ومن ثم فهى ملتزمة بإلدلاء طواعية ببيانات عملائها للحكومة الامريكية.				
3	المستثمر الامريكى يسعى دائما الى المؤسسات المصرفية ذات الربحية المرتفعة والمخاطر الاقل، بعيدة عن المنطقة العربية تجنباً للمخاطر السياسية بمنطقة الشرق الاوسط				
4	إذا كانت المعاملة ستتم بالمثل بين المصارف الليبية ومثيلاتها الامريكية، فان البنوك الامريكية ستخطر مصلحة الضرائب الليبية بتعاملات الليبيين بالمصارف الأمريكية ومن المحتمل ان تزيد حصيله الايرادات الضريبية الليبية نتيجة تعقب الأصول الماليه في الخارج				

## مدى مشروعية تقنية الرحم المستعار في القانون الجنائي الليبي

د. عبدالله عبدالسلام عريبي

أستاذ مساعد بكلية القانون/ جامعة الزيتونة

﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهَنَا عَلَى وَهْنٍ وَفَصَّالَهُ فِي عَامَيْنِ أَنْ اشْكُرْ لِي وَلِوَالِدَيْكَ إِلَيَّ الْمَصِيرُ﴾<sup>11</sup>

### المقدمة

إن الحمد لله ربّ العالمين، نحمده سبحانه، ونستعينه ، ونستغفره، ونتوب إليه، ونعوذ به من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا، من يهده الله فهو المهتد، ومن يضلل فلن تجد له وليا مرشدا، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأنّ محمداً عبده ورسوله، ﷺ، وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين وبعد:

ظهرت العديد من الأساليب الطبية الحديثة والتي تمكّن الفرد من تحقيق رغبته في الإنجاب، رغم وجود موانع تحول دون تحقيقه بالشكل الطبيعي، ومن بين هذه الأساليب، تقنية الرحم المستعار، حيث يحتاج الزوجين لهذه التقنية عندما ما تكون الزوجة معتلة الرحم فقط، أي أن رحمها غير صالح للحمل لأسباب مرضية أدت إلى استئصاله، أو استحالة الحمل فيه، إلا أن مبيضاها سليم، وكذلك مني الزوج صالح للتخصيب، بما يعني إمكانية تخصيب بويضة الزوجة، لتتولد بعد ذلك مشكلة أخرى، وهي البحث عن مقر آخر بديل للرحم المعتل، والحل المتصور لهذه الإشكالية هو إقرار الجنين في رحم امرأة أخرى، تسمى بالأم البديلة، أو المستعارة، التي من الممكن أن تكون أجنبية عن الزوج صاحب المنى، أو زوجة أخرى له، ولقد بدأت هذه الظاهرة في الانتشار منذ عام 1983م، عندما أعلن عن نجاح ولادة أول طفل بهذه الطريقة<sup>2</sup>، إلا أنه ومع

<sup>1</sup> - سورة لقمان الآية:14

<sup>2</sup> - ولد أول طفل بهذه الوسيلة في عام (1983م)، وقد قام بالعملية فريق طبي يرأسه الدكتور كارل وود. وقد تم استئجار أم بديلة لغرس الجنين في رحمها، بدلا من الأم العاقر التي حصلت على أصل الجنين هبة، وقد أنشئت العديد من المراكز لهذا الغرض، كان أولها في فرانكفورت بألمانيا، وتزايد هذا العدد إلى ما يجاوز العشرة مراكز

نجاح هذه الطريقة طبيا في المساعدة على الإنجاب ،فقد تباينت وجهة نظر الفقهاء حول مشروعيتها إلى ثلاثة اتجاهات: الأول يجيزها، والثاني لا يجيزها إلا إذا كانت صاحبت الرحم المستعار زوجة ثانية لصاحب النطفة، والثالث يرفضها في جميع صورها، ولكل اتجاه حججه وأسائده والتي سنتناولها على التوالي في الفقرات الثلاثة الآتية، لنقف في الفقرة الرابعة على موقف المشرع الليبي منها، وذلك على النحو الآتي:

#### أولاً- الاتجاه المؤيد لمشروعية تقنية الرحم المستعار

يرى أنصار هذا الاتجاه- وهم قلة - جواز زرع الجنين المتكون من تلقيح بويضة الزوجة، بمني زوجها في رحم امرأة أخرى، إذا أُلجأتهم لذلك ضرورة، كعدم صلاحية رحم الزوجة أو عدم قدرتها على تحمّل الحمل لأسباب صحية<sup>3</sup>، مؤسسين رأيهم هذا على أن وظيفة الرحم قاصرة على كونه وعاء لحفظ الجنين، ومصدر لغذائه فقط، ولا دور له في عملية التخلّق، أو إكساب الصفات الوراثية، وإنما الصلة المباشرة في ذلك للجنين المتكونة من النقاء الحيوان المنوي بالبويضة، ويتأكد ذلك من قوله تعالى: ﴿أَلَمْ نَخْلُقْكُمْ مِنْ مَّاءٍ مَّهِينٍ فَجَعَلْنَاهُ فِي قَرَارٍ مَّكِينٍ إِلَى قَدْرٍ مَّعْلُومٍ﴾<sup>4</sup>، حيث تقيد هذه الآيات أن عملية التخلّق تتم من النقاء ماء الرجل بماء المرأة، فباتحادهما يتكون الجنين ويكتسب صفاته ويتحدد نوعه، كما يستندون إلى أن أغلب التشريعات تقر أن للإنسان الحق في التنازل عن عضو من أعضائه لينقل ويزرع بغيره المحتاج إليه، فمن

في أنحاء الولايات المتحدة الأمريكية، وتتلقى هذه المراكز يوميا طلبات من الراغبات في تأجير أرحامهن بمقابل مالي، ويتوافد عليهم في الوقت ذاته عدد كبير من الأزواج الراغبين في الحصول على الذرية، أو لغرض المحافظة على رشاقة الزوجة وتخليصها من متاعب الحمل والولادة. للمزيد راجع: د.كارم السيد غنيم- الاستنساخ والإنجاب بين تجريب العلماء وتشريع السماء - دار الفكر العربي - القاهرة - الطبعة الأولى - 1998م - ص245 وما بعدها.

<sup>3</sup> - Noel kean. The surrogate mother New York 1985.p.104.

د. سعدي إسماعيل البرزنجي - تكنولوجيا الإنجاب الجديدة - دار الكتب القانونية مصر - ب ط - 2009م - ص161 وما بعدها، د. عبد الحميد عثمان - أحكام الأم البديلة الرحم الظئر - دار النهضة العربية - القاهرة - 1416 هـ - ص136. وكان على رأس أنصار هذا الاتجاه الدكتور (Gayer) مؤسس مركز حفظ ودراسة السائل المنوي بمرسيليا - للمزيد راجع مقال نظرات في مشكلات زرع ونقل الأعضاء - استتجار الأرحام الاستنساخ - منشور في مجلة كلية الدراسات العليا - بدون ذكر اسم الكاتب - أكاديمية مبارك للأمن - العدد 6 - يناير 2002م - ص183.

<sup>4</sup> - سورة المرسلات الآيات: 20:22.

باب أولى إعطاء المرأة الحق في أن تحمل لصالح غيرها<sup>5</sup>، ويقيس البعض هذه الحالة على حالة الانتفاع بلبن الأدميات<sup>6</sup>، كما يمكن قياس دور المرأة التي تحمل لصالح غيرها على دور الأم من الرضاعة، فهي لا تعطي الجنين الذي زُرِعَ في رحمها إلا الغذاء، فإذا كان لا جناح أن تحتضن امرأة أجنبية غير ولدها وترضعه، فإنه لا جناح أن تقوم بحمل الجنين بدلاً من أمه صاحبة الرحم المعتل، وبالتالي فإن هذه الصورة تمكّن الكثير من الأزواج غير القادرين على الإنجاب من ممارسة حقهم فيه، وتمكّن الأم المستعارة من ممارسة حق الأمومة، ولو لمدة الحمل فقط، التي قد تكون لها من الظروف ما لا تسمح لها بالإنجاب، كمرض الزوج أو وفاته، أو غير ذلك من الأسباب. أما عن القول بأن هذه العمليات مخالفة للنظام العام والآداب وتتعارض وأحكام الدين الإسلامي، فقد رد أنصار هذا الاتجاه بأنه قول في غير محله، بدليل أن نبي الله إبراهيم - عليه وعلي نبينا أفضل الصلاة وأزكى السلام - كانت زوجته سارة عقيمة فطلبت منه أن يأتي خادمته السيدة هاجر لعلها تصبح أمّاً من خلالها، وكان ثمرة ذلك أن زُرِقَ سيدنا إبراهيم بسيدنا إسماعيل من هاجر<sup>7</sup>.

وقد اشترط أنصار هذا الاتجاه للقول بمشروعية هذه الوسيلة عدة شروط للتخفيف من آثارها السلبية، منها شرط الضرورة الملجئة، والذي كان محل اتفاق بينهم، إلا أنهم اختلفوا في مدى ضرورة أن تكون الأم المستعارة ذات زوج أم لا، حيث ذهب البعض إلى القول بأن مشروعية هذه الوسيلة معلقة على ألا تكون الأم المستعارة حرت لرجل آخر، أو معتدة من حرت<sup>8</sup>، في حين ذهب جانب من الفقه الإسلامي الحديث إلى عكس ذلك وقال: إنها وإن كانت مكروهة بسبب ما يترتب عليها من مشاكل إنسانية وأخلاقية، إلا أنها تباح استحساناً متى كانت

<sup>5</sup> - د. محمود أحمد طه - تحديد لحظة الوفاة وانعكاساتها على المسؤولية الجنائية للطبيب في ضوء الأساليب الطبية الحديثة - أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية الرياض - ب ط - 2000م، أشار إليه: د. محمود أحمد طه - الإنجاب بين التجريم والمشروعية - منشأة المعارف - الإسكندرية - ب ط - 2003م - ص 155.

<sup>6</sup> - سعدي إسماعيل البرزنجي - مرجع سبق ذكره - ص 234.

<sup>7</sup> - يتزعم هذا الرأي كلا من الدكتور الأسباني Geller.S. والدكتور الفرنسي Caillevet-H ويستدلون على ذلك بذكر هذه القصة في التوراة حسب زعمهم. أشار إلى هذا الرأي: د. رضا عبد الحليم عبد المجيد - النظام القانوني للإنجاب الصناعي - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق جامعة عين شمس - مطبوعة على الحاسب الآلي - 1996م. - ص 146.

<sup>8</sup> - د. محمد رأفت عثمان - استئجار الأرحام - مجلة الشريعة والقانون - جامعة الأزهر - كلية الشريعة والقانون - العدد الثالث والعشرون - الجزء الثاني - ب ت - ص 23 وما بعدها، د. عبد الحميد عثمان - مرجع سبق ذكره. ص 139.



المرأة المستعارة ذات زوج ووافق زوجها على ذلك، وكل ذلك معلق على أن تعتد قبل نقل النطفة إليها، للتأكد من خلو رحمها من تبعات ماء زوجها، وأن تكون نفقتها طوال مدة الحمل على صاحب النطفة<sup>9</sup>، ولتقادي بعض المشاكل التي قد تنجم عن الإنجاب بهذه الطريقة اقترح بعض الفقه الانجليزي مقتدين في ذلك بالفقه الأمريكي والاسباني، إنشاء مراكز خاصة تهدف إلى تقريب وجهات النظر بين أطراف هذه العملية<sup>10</sup>.

### ثانياً - الاتجاه المؤيد لمشروعية تقنية الرحم المستعار في صورة واحدة

ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى القول بعدم مشروعية هذه الوسيلة، إلا في حالة واحدة فقط وهي حالة كون المرأة التي ستحمل زوجة ثانية لصاحب النطفة، لأن في غير ذلك تعارض مع أحكام الدين الإسلامي، إذ أنها تؤدي إلى اختلاط الأنساب وضياعها وخصوصاً عندما تقبل عملية الزرع، وتحمل المرأة المستعارة من زوجها بشكل طبيعي<sup>11</sup>، ولكن إذا كانت هذه المرأة التي ستقوم بالحمل زوجة ثانية لصاحب النطفة، فإنه لا وجود لاحتمال اختلاط الأنساب من جهة الأب، حيث سيكون الزرع زرعه و الحرث حرثه، أما عن اختلاط الأنساب من جهة الزوجة الثانية التي سيزرع الجنين في رحمها، فإن امتناع الزوج عن معاشرتها إلى أن يتم التأكد من نجاح الحمل، أو كونها بلغت سن اليأس واستنفذت طاقتها الإنجابية، أو كانت عقيمة أصلاً لعدم صلاحية مبيضها، أو لعدم وجوده أساساً، كل ذلك فيه ضمان لعدم اختلاط الأنساب من

<sup>9</sup> - عرض هذا الرأي: د. محمود أحمد طه - مرجع سبق ذكره - ص156. نسبت هذه الفتوى لفضيلة الشيخ الدكتور يوسف القرضاوي، ثم صرح الدكتور محمد علي البار، أنه قد قابل الشيخ وسأله عن تلك الفتوى فنفي فضيلته نفياً قاطعاً ذلك، وقد تأكد نفيه لها من خلال موقفه الراض للرحم المستأجر في ندوة الإنجاب المنعقدة في الكويت، وفي مجمع الفقه الإسلامي الدورة الثانية والدورة الثالثة. أشار إليه: د. سفيان بن عمر بورقعة - النسب ومدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته - رسالة دكتوراه - دار كنوز اشبيليا السعودية - ط1 - 2007م. - ص419 وما بعدها.

<sup>10</sup> - Kennedy and Grubb. Medical law, Text and materials, Butterworths - London 1989-p.832.

<sup>11</sup> - د. حسني عبد السميع إبراهيم -موقف الشريعة الإسلامية من تأجير الأرحام - مكتبة نانسي - دمياط - ب ط - 2006م - ص275، د. زياد أحمد سلامه - أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة - الدار العربية للعلوم - بيروت لبنان - ط1 - 1996م - ص103.

جهتها<sup>12</sup>، بينما يرى جانب آخر من الفقه<sup>13</sup>، أن الأصل هو عدم جواز الحمل لصالح الغير، حتى وإن كانت المرأة التي ستحمل زوجة ثانية للزوج صاحب النطفة، إلا أنه يستثنى من هذا الحكم حالة واحدة فقط وهي حالة ما إذا كان الرجل زوج لأربع نسوة لا يمكنهن الإنجاب بالاستقلال، فمنهن من هي معتلة الرحم سليمة المبيض، ومنهن من هي معتلة المبيض سليمة الرحم، فالمتصور في مثل هذه الحالة لتحقيق رغبته في الإنجاب، هو أن يستعين بوسيلة الأم المستعارة، حيث يتم الإنجاب بمشاركة زوجتين من زوجاته، وإما أن يطلق إحدى زوجاته ويتزوج بأخرى، أملاً في أن تكون قادرة على الإنجاب، وإلا فستتكرر عملية الطلاق إلى أن يحض بأخرى قادرة على الإنجاب، وبالموازنة بين مفسدة طلاق زوجة أو أكثر بسبب عدم القدرة على الإنجاب، ومفسدة اللجوء إلى زوجتين من زوجاته، إحداهما تتبرع بالبويضة، والأخرى بالحمل ليتم الإنجاب، فإنه يترجح أن مفسدة الطلاق أعظم مما يوجب دفعها بمفسدة أخف وهي الإنجاب بوسيلة الأم المستعارة بين زوجتين من زوجاته الأربع.

إلا أن أنصار هذا الاتجاه وقعوا في حيرة من أمرهم حول تحديد هوية الأم الحقيقية للمولود، هل هي صاحبة البويضة؟ أم أنها المرأة التي حملت وولدت؟ أم الاثنين معاً؟، هناك ثلاثة آراء في الإجابة على هذه التساؤل<sup>14</sup>.

الأول: وأنصاره - قلة - يرون بأن الأم الحقيقية هي صاحبة البويضة، لأنها هي صاحبة البذرة، والأصل في تكوين هذا الطفل، أما المرأة الحامل، فحكمها حكم الأم المرضعة حيث لا تعطيه إلا الغذاء، ولا تنتقل إليه أي صفة من الصفات الوراثية<sup>15</sup>.

12- محمد علي البار - طفل الأنبوب والتلقيح الصناعي - دار المنار للنشر والتوزيع - جدة - ب ط - ب ت - ص20.

13 - د. السيد محمود مهران - الأحكام الشرعية والقانونية للتدخل في عوامل الوراثة والتكاثر - رسالة دكتوراه - ب ن - ط1 - 2002م. - ص604 وما بعدها.

14 - محمد محمود حمزة - إجازة الأرحام بين الطب والشريعة الإسلامية - دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان - ط1 - 2007م - ص254 وما بعدها.

15 - د. أحمد محمد لطفي أحمد - التلقيح الصناعي بين أقوال الأطباء وآراء الفقهاء - دار الفكر الجامعي - الإسكندرية - ط1 - 2006م - ص257، وما بعدها، د. محمد نعيم ياسين، د. محمد فوزي فيض الله، د. عبد

**والثاني:** يذهب إلى القول بأن الأم هي المرأة التي حملت، وليست صاحبة البويضة ويستدل على ذلك بقول الله تعالى: (الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مَنْ نِسَائِهِمْ مَا هُنَّ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَزُورًا وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُوفٌ غَفُورٌ)<sup>16</sup>، وقوله تعالى: (وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهَنَا عَلَى وَهْنٍ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ أَنْ اشْكُرْ لِي وَلِوَالِدَيْكَ إِلَيَّ الْمَصِيرُ)<sup>17</sup>، وقوله جل شأنه: (وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُم بِالْمَعْرُوفِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ)<sup>18</sup>، ووجه استدلاله بهذه الآيات الكريمة أن الله - سبحانه وتعالى - سمى المرأة التي حملت أما للولد الذي حملته، وبالتالي فإن علاقة صاحبة البويضة بالطفل هي التي تأخذ حكم الأم المرضعة<sup>19</sup>.

**والثالث:** يرى بأن ولد الأم المستعارة ينسب من جهة الأم إلى الاثنتين اللواتي اشتركن فيه، ويثبت لكتليهما وصف الأم النسبية، لا أم الرضاعة<sup>20</sup>.

### ثالثاً - الاتجاه الرافض لتقنية الرحم المستعار

الحافظ علي - راجع في ذلك: ثبت أعمال ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام - مرجع سبق توثيقه - ص 219:227. ويتبنى ذات الرأي المجمع الفقهي بمكة المكرمة، للمزيد راجع: محمد بن حسين الجيزاني - فقه النوازل - دار ابن الجوزي - ط 3 - 1429هـ، 2008م.

<sup>16</sup> - سورة المجادلة الآية: 2.

<sup>17</sup> - سورة لقمان الآية: 14.

<sup>18</sup> - سورة البقرة الآية: 233.

<sup>19</sup> - د. محمود سعد شاهين - أطفال الأنايب بين الحضر والإباحة - دار الفكر الجامعي ط 1 - 2010م. - ص 175، محمد محمود حمزة - مرجع سبق ذكره - ص 273، د. محمود أحمد طه - مرجع سبق ذكره - ص 150.

<sup>20</sup> - د. السيد محمود مهران - مرجع سبق ذكره - ص 604 وما بعدها، د. جابر علي مهران - حكم الاستساخ والتلقيح الصناعي في الفقه الإسلامي - مجلة الدراسات القانونية - كلية الحقوق جامعة أسبوط - العدد 21 - يونيو 1998م - ص 99.

أنصار هذا الاتجاه<sup>21</sup> يقولون بعدم مشروعية الحمل لصالح الغير في جميع الأحوال، وقد برهنوا على صحة قولهم هذا بالعديد من الحجج والأسانيد التي تؤيد رأيهم، وتتضمن في الوقت ذاته تفنيد حجج وأسانيد الرأي المعارض لهم، وسوف نعرض لهذه الحجج والردود وذلك على النحو الآتي:

1- إن الإنجاب بهذه الوسيلة فيه تعارض مع أحكام الدين الإسلامي من ثلاثة وجوه:

21 - د. أسامة عبد الله قايد -المسؤولية الجنائية للأطباء - دار النهضة العربية - ب ط - 2003م - ص337, د. حسني محمود عبد الدايم - عقد إجارة الأرحام بين الحظر والإباحة - دار الفكر الجامعي - الإسكندرية - ط 1 - 2007م - ص 180, انظر: التوصية الخامسة من توصيات ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام المنعقدة في الكويت، بتاريخ 1983/5/24م، ص350، وأنظر كذلك قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثامنة مكة المكرمة 19:28 / يناير / 1985م، راجع محمد بن حسين الجيزاني - مرجع سبق ذكره - ص75، د. محمود أحمد طه - مرجع سبق ذكره - ص151، علي طنطاوي - آراء في التلقيح الصناعي - مقال مقدم لندوة الإنجاب في ضوء الإسلام - سلسلة مطبوعات منظمة الطب الإسلامي - ط 2 - 1991م - ص488 وما بعدها، وأنظر كذلك للفقرة 7 من توصيات ندوة الأساليب الطبية الحديثة والقانون الجنائي - جامعة القاهرة - 1993م - ص198، د. شعبان أبو عجيله عصارة -المسؤولية الجنائية للطبيب عن استخدام الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة - رسالة دكتوراه - جامعة بغداد - 2002م - ص463 وما بعدها، د. عبد القادر محمد أبو العلا - تأجير الأرحام حرام - مجلة كلية الشريعة والقانون بأسسيوط - العدد 13 - الجزء الأول - 2001م - ص20 وما بعدها، د. محمد رأفت عثمان - مرجع سبق ذكره - ص28، محمد محمود حمزة - مرجع سبق ذكره - ص329، د. مفتاح محمد اقريط -الحماية المدنية والجنائية للجنين بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي - دار الكتب القانونية - ب ط - 2006م - ص83 وما بعدها، د. محمد عبد الوهاب الخولى - المسؤولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة - ب ن - ط 1 - ب ت. - ص304، د. محمد المرسي زهرة - الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية - دار النهضة العربية - ب ط - 2008م - ص404 وما بعدها، د. محمد عبد ربه محمد السبجي - حكم استئجار الأرحام - دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية - ب ط - 2008م - ص141 وما بعدها، د. أميرة عدلي أمير عيسى -الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستحدثة - دار الفكر الجامعي - ب ط - 2007م - ص393، د.علي حسين نجيده - بعض صور التقدم الطبي وانعكاساتها القانونية في مجال القانون المدني - ب ن - ب ط - 1991م - ص48 وما بعدها، د.محمد أحمد الشرييني - نظرات في مشكلات زرع ونقل الأعضاء، استئجار الأرحام، الاستنساخ - مجلة كلية الدراسات العليا - أكاديمية مبارك للأمن - العدد السادس - يناير 2002م - ص188 وما بعدها، د. سميرة أقرورو - المسؤولية الجنائية للأطباء في ظل التطور العلمي الحديث - رسالة دكتوراه - جامعة القاهرة - 2010م - مطبوعة على الحاسب الآلي - ص427.

Huxley. A: Brave " New World" traid Panther grande Publishing LTD England 1984.p.38-41.

الأول: وهو أن الله- سبحانه وتعالى- بيّن لنا أن الطريق المشروع للإنجاب هو الزواج فقط، حيث يقول الحق تبارك وتعالى في هذا الصدد: (وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ أَقْبَالُباطِلٍ يُؤْمِنُونَ وَبِنِعْمَتِ اللَّهِ هُمْ يَكْفُرُونَ)<sup>22</sup>، في حين أن الإنجاب بهذه الوسيلة يعتمد أساساً على مشاركة طرف آخر.

**والثاني:** أن الإنجاب بهذه الوسيلة يؤدي إلى اختلاط الأنساب وضياعها<sup>23</sup>، ويحدث ذلك عندما تحمل المرأة المستعارة من زوجها قبل انسداد رحمها على الجنين، والنتيجة في هذه الحالة، هي ولادة توأمين لا نعلم أيهما الولد الناتج عن الجنين المزروع في رحمها من الولد الناتج عن حمل المرأة المستعارة من زوجها، وقد يزرع الجنين في رحم مستعار يكون حاملاً لجنين في أول لحظات حياته<sup>24</sup>، بل إن الجنين المزروع قد لا ينجح ويحدث في الوقت ذاته حمل طبيعي للمرأة المستعارة من معاشرتها زوجها لها، ويستمر الحمل حتى الولادة، وتسلم الولد لأصحاب الجنين الذي فشل، ولا يخفى على أحد ما في هذا من اختلاط للأنساب<sup>25</sup>، ولا يمكن تلافي هذه المشكلة باشتراط أن تكون المرأة المستعارة زوجة ثانية لصاحب النطفة، لأن في ذلك أيضاً احتمال اختلاط الأنساب من جهتها، فهل ينسب الطفل المولود إلى المرأة التي حملته وولدتها؟ أم إلى صاحبة البويضة التي هي أساس تكوينه؟ أم إلى الاثنين معاً؟ وحتى الذين يؤيدون هذه الوسيلة لم يجمعوا على رأي حول هذه الإشكالية وقد سبق الإشارة إلى ذلك.

<sup>22</sup> - سورة النحل - الآية 72.

<sup>23</sup> - د. عطا عبد العاطي السنباطي - مرجع سبق ذكره - ص 426.

<sup>24</sup> - د. حسني محمود عبد الدايم - مرجع سبق ذكره - ص 109.

<sup>25</sup> - وقد حصل هذا بالفعل في ألمانيا، حيث عُرضت على القضاء قضية كانت الأولى من نوعها، تتلخص وقائعها في أن امرأة اتفقت مع أخرى لتحمل بدلاً عنها بويضتها الملقحة من ماء زوجها بمقابل مالي وقدره (27 ألف مارك ألماني)، وزرعت اللقحة في رحم المرأة المستأجرة بناء على ذلك الاتفاق، وبعد انتهاء فترة الحمل والولادة، استلم الأبوان المولودة وقبضت المرأة التي حملت الثمن المتفق عليه، دون أن يثار أي شك في نسب الطفلة، وبعد مرور سنة من الولادة والتسليم، تم إجراء تحليل دم للطفلة وجاءت النتائج لتفاجئ الجميع بأن الطفلة هي ثمرة علاقة عادية بين الأم وزوجها وأن محاولة التخصيب لم تنجح، ورغم ذلك لم تسترد الأم الحامل وزوجها ابنتهما وذلك لاستلامهما المبلغ المتفق عليه. مشار إليها لدى: د. عطا عبد العاطي السنباطي - بنوك النطف والأجنة دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي - رسالة دكتوراه - دار النهضة العربية - القاهرة - ط 1 - 2001م - ص 264.

والثالث: إن الإسلام نهى عن الزواج من المرأة الحامل، وأن يسقي الرجل زرع غيره، حيث يقول الحق تبارك وتعالى: (وَاللَّائِي يَنسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مَن نَّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَمَن يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا)<sup>26</sup>، وقال الرسول - ﷺ - (لا يفضي رجل على امرأة وهي حامل لغيره)<sup>27</sup>، في حين أن الإنجاب بهذه الوسيلة قائم على الاستعانة بامرأة قد تكون ذات زوج، وفي هذا مخالفة لما تضمنته الآية الكريمة، والحديث الشريف، ولا يقبل القول بأنه يمكن تجنب هذه المخالفة بمنع زوج المرأة المستعارة من أن يجامع زوجته طوال فترة الحمل، وذلك لأنه من حق الزوج أن يجامع زوجته في أي وقت يشاء ولا يجوز منعه من هذا الحق.

ومما يؤكد أن الإنجاب بواسطة الأم المستعارة يتعارض مع أحكام الدين الإسلامي أن مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، والذي كان قد أفتى بجواز الحمل لصالح الغير في حالة واحدة، وهي إذا ما كانت المرأة المستعارة زوجة ثانية للرجل صاحبة النطفة، استدرك وتراجع عن هذه الفتوى في الدورة الثامنة (1405 هـ) وقرر عدم مشروعية الحمل لصالح الغير في كل الفروض، وأيد هذا القرار في العديد من المحافل والندوات العلمية في العالم الإسلامي<sup>28</sup>.

2- إن الإنجاب بهذه الوسيلة يتعارض مع المبادئ الإنسانية وكرامة الإنسان، ويتسبب في ضياع ذاتية وشخصية المرأة الحامل، والطفل أيضا، ويجعل من جسد المرأة محلا للتعاقد

<sup>26</sup> - سورة الطلاق الآية: 4

<sup>27</sup> - محمد بن عيسى الترمذي - سنن الترمذي - دار الكتاب العربي - بيروت لبنان - ج 6 - ص 196.

<sup>28</sup> - انظر في ذلك قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة في دورتيه السابعة والثامنة، انظر: محمد بن حسين الجيزاني - مرجع سبق ذكره - ص 75، وكذلك توصيات ندوة المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية عن الإنجاب في ضوء الإسلام بالكويت سنة 1983م - ص 349 وما بعدها، وكذلك المؤتمر الدولي الأول عن الضوابط والأخلاقيات في بحوث التكاثر البشري في العالم الإسلامي والذي نظمه المركز الدولي الإسلامي للدراسات والبحوث السكانية بجامعة الأزهر بالقاهرة سنة 1991م، وأيضا ندوة المركز الدولي الإسلامي للدراسات والبحوث السكانية عن الانعكاسات الأخلاقية لاستخدام تقنية التنازل بمساعدة التكنولوجيا في معالجة العقم البشري بمركز صالح بجامعة الأزهر سنة 1997م.

والإيجار<sup>29</sup>، ويحول الطفل إلى سلعة ينافس في ثمنها، ويؤدي إلى خلق سوق سوداء للأطفال، ويتعارض مع وظيفة الأمومة الطبيعية حيث يمكن للزوجة الثرية من أن تستأجر امرأة فقيرة بأئسة لتحمل عنها، وتلد لها، وترضع بدلها، وتسلم لها بعد ذلك طفلاً لم يعرق لها فيه جبين، إذ ليس من الإنسانية أن نحرم المرأة الحامل من الطفل الذي حملته في بطنها تسعة أشهر، ونتجاهل ما في هذه الفترة من المتاعب والمعاناة والقلق والوجع وآلام الولادة، هذه الصعبة الطويلة المؤلمة هي التي تولد الأمومة، وتفجر نبعها السخي بالحب والعطف والحنان، هذه المكابدة والمعاناة هي التي خلقت للأمومة فضلها وامتيازها وجعلت علاقة الأم بالطفل من أسمى العلاقات الإنسانية، فكيف لنا أن نقطع الصلة بين هذه الأم وطفلها بمجرد ولادته، ونحرمها من مشاعر الأمومة، ونسلم الطفل للأم صاحبة البويضة<sup>30</sup>، كما أن الطفل في مثل هذه الحالات مصيره ونسبه سيكون في الغالب محل نزاع، فقد ترفض المرأة الحامل تسليم الطفل للأم صاحبة البويضة، بعد أن تشعر بحنين الأم وتتمر بمراحل الحمل ومعاناته، وقد يولد هذا الطفل مشوهاً، فترفض الأم صاحبة البويضة استلامه، وتسعى الأم الحامل إلى التخلص منه بتسليمه لمن حملته لصالحها، إضافة إلى أن الإنجاب بهذه الوسيلة قد يؤدي إلى انهيار الأسرة، حيث قد تنشأ علاقة غير شرعية بين الأم الحامل والرجل صاحب النطفة، وذلك لإحساسهما بوجود شيء مشترك بينهما كان من المفترض ألا يكون إلا بين الزوج وزوجته<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> - د. محمد المرسي زهرة - مرجع سبق ذكره - ص 403. وقد حكمت إحدى المحاكم الاستثنائية بأمريكا بنقض حكم صادر عن محكمة نيوجرسي، وبررت ذلك بأن الاتفاق الذي تم بين الزوجين والمرأة الحامل كان اتفاقاً باطلاً لأنه يلزم المرأة الحامل بالتنازل عن حقها كأماً لطفلها الذي لم تحمله بعد. أشار إليه: د. شعبان أبو عجيلة عصار - مرجع سبق ذكره - ص 473.

<sup>30</sup> - د. محمد عبد الوهاب الخولي - مرجع سبق ذكره - ص 102 هامش 3، د. سيد عزب - تقرير مقدم لندوة الأساليب الطبية الحديثة - كلية الحقوق - جامعة القاهرة - نوفمبر 1993م - ص 129، محمد محمود حمزة - مرجع سبق ذكره - ص 239.

<sup>31</sup> - د. محمد المرسي زهرة - مرجع سبق ذكره - ص 405، وقد حصلت مثل هذه الافتراضات فعلاً في إحدى عمليات الحمل لصالح الغير، والتي وافقت فيها (ريتا باركر) على أن تحمل لصالح زوجين هما (بولين تايلر وزوجها وهاري تايلر) بمقابل مالي، وثم زرع اللقيحة المكونة من ماء الزوجين في رحم ريتا باركر، وبدأ هاري تايلر يتردد عليها، وبدأ مع ذلك عدة مشاكل فالأم البديلة وقعت في حبه وغرامه وزنا بها، وبدأ الشقاق في الأسرة التي كانت تتمتع بالسعادة والحب، كما أن الأم البديلة تعلقت بالطفل الذي حملته وولدت له لصالح غيرها، ورفضت

3- إن القول بمشروعية الإنجاب بوسيلة الأم المستعارة قياساً على أن دورها لا يختلف عن دور الأم من الرضاعة قياس في غير محله، وذلك لأنه في الرضاعة تكون الأم المرضع أمام طفل تام التكوين، معلوم النسب، أما الأم المستعارة فإن الطفل يتخلق ويتكون في رحمها، وقد انتهى الأطباء إلى القول بأن الدم، وما يقدمه من غذاء، وما يحمله من إفرازات، وما يسمح فيه من هرمونات وهو يحيط دائماً بخلايا الجسم، لا بد من أن يكون له أكبر التأثير في هذه الخلايا<sup>32</sup>، إضافة إلى أن اختلاط البويضة المخصبة بسوائل الرحم الذي زُرعت فيه، ينتج عنه جنينا به صفات كل من الرحم الحاضن والبويضة المخصبة، وبالرغم من أن الأخيرة تحمل شفرة بكامل الصفات الوراثية للجنين، إلا أن ذلك لا يعني عدم تأثير الرحم في تلك الصفات من خلال ما يوفره من ظروف تعمل على سيادة بعضها، وتتحى البعض الآخر، وكذلك تأثيره في تكوين الجنين وإكسابه صفات أخرى تمثل مع الصفات المورثة مجمل صفات الجنين<sup>33</sup>، وإذا ما شبهنا الرحم بالنسبة للجنين بالأرض بالنسبة للنبات فإن النوع الواحد من المزروعات إذا ما زرع في بيئتين مختلفتين، فإن النتائج ستكون مختلفة في كثير من الصفات، بالرغم من وحدة النوع، ووحدة الغذاء<sup>34</sup>.

4- إن القول بأن هذه الوسيلة لا تخالف النظام العام والآداب، بحجة أن نبي الله إبراهيم -عليه السلام- عمل بها، قول في غير محله، إذ أن السيدة (سارة) عندما طلبت من سيدنا إبراهيم -عليه السلام- أن يلجأ إلى السيدة (هاجر) لعله يحقق رغبته في الإنجاب عن طريقها، كان قصدها من ذلك إما أن يكون بالزواج منها، أو أنها كانت ملك يمينه يحق له معاشرتها والإنجاب منها، والدليل على ذلك أنها لم تعتد على حق هاجر في ابنها سيدنا إسماعيل -عليه السلام- -

تسليمه للأم صاحبة البويضة، وتمسكت به لأنها تشعر أنها أم ذلك الطفل، ورفع الأمر للقضاء ليقول كلمته في ذلك. أشار إلى هذه القضية: د. عطا عبد العاطي السنباطي - مرجع سبق ذكره - ص 265.

<sup>32</sup> - د. ماهر حتوت - مناقشات ندوة لإنجاب في ضوء الإسلام - 1983م - الكويت - سلسلة مطبوعات منظمة الطب الإسلامي - 1975م - ص 231 وما بعدها.

<sup>33</sup> - يعتبر البعض أن الرحم هو عضو من الأعضاء التناسلية الناقلة للصفات الوراثية شأنه في ذلك شأن الخصيتين والمبيضين. راجع في ذلك: د. عبد الحميد إسماعيل الأنصاري - ضوابط نقل وزرع الأعضاء البشرية في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية - دار الفكر العربي الطبعة الأولى - 2000م - ص 24.

<sup>34</sup> - د. السيد محمود مهران - مرجع سبق ذكره - ص 585 وما بعدها.



بل عاش في أحضان أمه، حيث نقلهما سيدنا إبراهيم - عليه السلام - بأمر الله إلى وادٍ غير ذي زرع بمكة المكرمة.

ومما تقدم يظهر وبكل جلاء صواب ما انتهى إليه أنصار هذا الاتجاه الفقهي، ذلك أن القول بإباحة الحمل بهذه الوسيلة يؤدي في جميع صورته إلى اختلاط الأنساب وضياعها، ومن جهة الأم على أقل تقدير، علاوة على ما يحمله من امتهان لكرامة المرأة وضياع لذاتية الطفل وشخصيته؛ وأما عن قول الفقه المؤيد للإنجاب بهذه الوسيلة بأنه يمكن إباحتها قياساً على إباحة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، فذلك مردود عليه بمقولة أن قياس الحمل لصالح الغير على تلك العمليات هو قياس في غير محله، وذلك لأن مشروعية عمليات نقل وزرع الأعضاء، معلقة على عدم تعارضها مع النظام العام والآداب<sup>35</sup>، وقد تميزت بعض التشريعات التي نظمت هذه العمليات بالنص صراحة على حظر نقل وزرع الأعضاء المسئولة عن نقل الصفات الوراثية (كالخصية والمبيض)<sup>36</sup>، وبناء على ذلك فإن الصواب هو قياس الحمل لصالح الغير على حظر نقل وزرع هذه الأعضاء، الأمر الذي سيؤدي إلى القول بعدم مشروعيته.

#### رابعاً - موقف المشرع الليبي من تقنية الرحم المستعار

الواقع أن المشرع الليبي حسم أي خلاف ينشأ حول مساهمة غير الزوجين في عملية الإنجاب بالنطف والأجنة، بنصه صراحة على عدم مشروعيتها، وذلك باشتراطه أن يكون اللقاح من الزوجين، وبالتالي فإنه لا يجوز إجراء هذه العملية إلا إذا كان اللقاح من الزوجين، أما فيما

<sup>35</sup> - يلاحظ أن بعض التشريعات لم تنص صراحة على حظر نقل وزرع الأعضاء البشرية، ومنهم على سبيل المثال المشرع الليبي، حيث أن المادة (15 من القانون رقم 17 لسنة 1986م) بشأن المسؤولية الطبية، التي تنظم هذه العمليات قد جاءت خلوا من الإشارة إلى ما يفيد منع وحظر نقل الأعضاء المسؤولة على نقل الصفات الوراثية، ولكن هذا لا يعني بأي حال من الأحوال أن تلك العمليات مباحة وفقاً للقانون الليبي، بل إنها تعد من ضمن العمليات المحظورة لتعارضها مع النظام العام والآداب، ولمصلحة حماية الأنساب والأعراض التي توحى المشرع حمايتها من خلال تجريمه للزنا. راجع: د.مفتاح الصويغي منصور الرقيبى - مشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون الجنائي الليبي - رسالة ماجستير - جامعة الفاتح - 2003م - ص 48 وما بعدها.

<sup>36</sup> - انظر في ذلك القانون القطري رقم (1997/21م)، بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية الذي نص في المادة (3) على أنه: (يحظر نقل الأعضاء التناسلية التي تحمل الصفات الوراثية من جسم شخص حي أو جثة متوفى وزرعها في جسم شخص حي آخر).

يخص مقر الأجنة - أي الرحم - فإن المشرع الليبي لم يتطرق إلي هذه المسألة بشكل مباشر، وبالتالي فإن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام، هو هل يجوز زرع الأجنة الناتجة عن تلقيح بويضة امرأة بماء زوجها في رحم امرأة أخرى، وذلك لعدم صلاحية رحم الأولى؟.

قد نجد من يرى أن نص المادة (17) من قانون المسؤولية الطبية، والذي جرى نصه على النحو الآتي: (لا يجوز تلقيح المرأة صناعياً أو زرع الجنين بالرحم إلا عند الضرورة وبشرط أن يكون اللقاح في الحالتين من الزوجين وبعد موافقتهما) لا يمنع من زرع الجنين في رحم امرأة أخرى غير الزوجة، 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، فهو قد استخدم إلى 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.

وعليه فإن مساهمة غير الزوجين بمقر اللقيحة (الرحم)، أمر غير مجرم في القانون الليبي وفقاً لنص المادة (17)، أو هكذا يبدو، ويعتقد الباحث أن المشرع الليبي لم يقصد إباحة هذا الأمر، وذلك استناداً على السياسة التي اتبعها في معالجته لعمليات التلقيح الصناعي، فهو قد جرمها في سنة (1972م) بموجب المادة (403 أ ، ب مكرر ق ع ل)، وأكد على تجريمها مرة أخرى في سنة (1986م) بموجب المادة (17) من قانون المسؤولية الطبية رقم (17) لسنة (1986م)، إلا أنه استثنى من ذلك حالة كون هذه العمليات تجرى بين زوجين ألبتاً إليها ضرورة علاجية، وبعد موافقتهما عليها، وكل ذلك بشرط أن يكون اللقاح منهما، عليه فإن الصياغة المعيبة لنص المادة (17) هي التي أدت إلى ذلك الغموض، ونهيب بالمشرع تلافياً هذا العيب في الصياغة بإعادة تنظيم هذه المسألة لتقادي أي قصور أو غموض في ذلك النص.

## الخاتمة

مما تقدم نخلص إلى أن مساهمة غير الزوجين بمقر اللقيحة (الرحم)، أمر غير مجرم في القانون الليبي وفقاً لنص المادة (17)، ويعتقد الباحث جازماً أن المشرع الليبي لم يقصد إباحة هذا الأمر، وذلك استناداً على السياسة التي اتبعتها في معالجته لعمليات التلقيح الصناعي، حيث أنه أباح الإنجاب بالتلقيح الصناعي بشروط معينة وفي أضيق نطاق، وذلك استثناءً من الأصل وهو عدم المشروعية، حيث قد استهل النص الذي نظم به هذه المسألة بعبارة لا يجوز، مما يعني أن الأصل هو الحظر، وأن اللجوء إلى هذه التقنية لا يجوز إلا في أضيق نطاق، وبعد التأكد من توافر كافة الشروط المنصوص عليها.

ونهيب بالمشرع الليبي أن يتصدى لهذه المسألة، وأن يتلافى الغموض أو القصور المشار إليه بشكل يحسم الأمر، وذلك بأن ينص صراحة على تجريمها، خاصة وأن هذه التقنية متاحة ويمكن تطبيقها وبسهولة في جل مراكز التلقيح المنتشرة في جميع ربوع بلادنا، وذلك لا يمنع من العودة إلى إباحتها إذا انتهى أهل الاختصاص من فقهاء الشريعة الإسلامية والأطباء، إلى أنها لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، وليس لها أي تبعات أخرى غير مقبولة.

## قائمة المراجع

1. أحمد محمد لطفي أحمد - التلقيح الصناعي بين أقوال الأطباء وآراء الفقهاء - دار الفكر الجامعي - الإسكندرية - ط 1 - 2006م.
2. أسامة عبد الله قايد - المسؤولية الجنائية للأطباء - دار النهضة العربية - ب ط - 2003م.
3. أميرة عدلي أمير عيسى خالد - الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستحدثة - دار الفكر الجامعي - ب ط - 2007م.
4. جابر على مهران - حكم الاستنساخ والتلقيح الصناعي في الفقه الإسلامي - مجلة الدراسات القانونية - كلية الحقوق جامعة أسيوط - العدد 21 - يونيو 1998م.
5. حسني عبد السميع إبراهيم - موقف الشريعة الإسلامية من تأجير الأرحام - مكتبة نانسي - دمياط - ب ط - 2006م.
6. حسني محمود عبد الدايم - عقد إجارة الأرحام بين الحظر والإباحة - دار الفكر الجامعي - الإسكندرية - ط 1 - 2007م.
7. رضا عبد الحليم عبد المجيد - النظام القانوني للإنجاب الصناعي - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق جامعة عين شمس - مطبوعة على الحاسب الآلي - 1996م.
8. زياد أحمد سلامة - أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة - الدار العربية للعلوم - بيروت لبنان - ط 1 - 1996م.
9. سعدي إسماعيل البرزنجي - تكنولوجيا الإنجاب الجديدة - دار الكتب القانونية مصر - ب ط - 2009م.
10. سفيان بن عمر بورقعة - النسب ومدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته - رسالة دكتوراه - دار كنوز اشبيليا السعودية - ط 1 - 2007م.

11. سميرة أفرورو - المسؤولية الجنائية للأطباء في ظل التطور العلمي الحديث - رسالة دكتوراه - جامعة القاهرة - 2010م - مطبوعة على الحاسب الآلي.
12. سيد عزب - تقرير مقدم لندوة الأساليب الطبية الحديثة - كلية الحقوق - جامعة القاهرة - نوفمبر 1993م
13. السيد محمود عبد الرحيم مهران - الأحكام الشرعية والقانونية للتدخل في عوامل الوراثة والتكاثر - رسالة دكتوراه - ب ن - ط 1 - 2002م.
14. شعبان أبو عجيبة عصارة - المسؤولية الجنائية للطبيب عن استخدام الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة - رسالة دكتوراه - جامعة بغداد - 2002م.
15. عبد الحميد إسماعيل الأنصاري - ضوابط نقل وزرع الأعضاء البشرية في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية - دار الفكر العربي الطبعة الأولى - 2000م.
16. عبد الحميد عثمان - أحكام الأم البديلة الرحم الطئر - دار النهضة العربية - القاهرة - 1416 هـ.
17. عبد القادر محمد أبو العلا - تأجير الأرحام حرام - مجلة كلية الشريعة والقانون بأسسيوط - العدد 13 - الجزء الأول - 2001م
18. عطا عبد العاطي السنباطي - بنوك النطف والأجنة دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي - رسالة دكتوراه - دار النهضة العربية - القاهرة - ط 1 - 2001م.
19. علي حسين نجيده - بعض صور التقدم الطبي وانعكاساتها القانونية في مجال القانون المدني - ب ن - ب ط - 1991م.
20. علي طنطاوي - آراء في التلقيح الصناعي - مقال مقدم لندوة الإنجاب في ضوء الإسلام - سلسلة مطبوعات منظمة الطب الإسلامي - ط 2 - 1991م

21. كارم السيد غنيم - الاستتساخ والإنجاب بين تجريب العلماء وتشريع السماء - دار الفكر العربي - القاهرة - الطبعة الأولى - 1998م.
22. ماهر حتوت - مناقشات ندوة لإنجاب في ضوء الإسلام.
23. محمد ابن حسين الجيزاني - فقه النوازل - دار ابن الجوزي - ط 3 - 1429 هـ ، 2008م.
24. محمد أحمد الشرييني - نظرات في مشكلات زرع ونقل الأعضاء , استئجار الأرحام, الاستتساخ - مجلة كلية الدراسات العليا - أكاديمية مبارك للأمن - العدد السادس - يناير 2002م
25. محمد المرسي زهرة - الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية - دار النهضة العربية - ب ط - 2008م.
26. محمد بن عيسى الترمذي - سنن الترمذي - دار الكتاب العربي - بيروت لبنان - ج 6.
27. محمد رأفت عثمان - استئجار الأرحام - مجلة الشريعة والقانون - جامعة الأزهر - كلية الشريعة والقانون - العدد الثالث والعشرون - الجزء الثاني - ب ت .
28. محمد عبد الوهاب الخولي - المسؤولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة - ب ن - ط 1 - ب ت.
29. محمد عبد ربه محمد السبحي - حكم استئجار الأرحام - دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية - ب ط - 2008م.
30. محمد علي البار - طفل الأنبوب والتلقيح الصناعي - دار المنار للنشر والتوزيع - جدة - ب ط - ب ت -
31. محمد محمود حمزة - إجازة الأرحام بين الطب والشريعة الإسلامية - دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان - ط 1 - 2007م.

23. محمود أحمد طه - الإنجاب بين التجريم والمشروعية - منشأة المعارف - الإسكندرية - ب ط - 2003م.

33. محمود سعيد جاهين - أطفال الأنابيب بين الحضر والإباحة - دار الفكر الجامعي ط 1 - 2010م.

34. مفتاح الصويحي منصور الرقيبي - مشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون الجنائي الليبي - رسالة ماجستير - جامعة الفاتح - 2003م.

35. مفتاح محمد اقريط - الحماية المدنية والجنائية للجنين بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي - دار الكتب القانونية - ب ط - 2006م

#### المراجع الأجنبية

1. Huxley. A: Brave " New World" traid Panther grande Publishing LTD  
England 1984.
2. Kennedy and Grubb. Medical law, Text and materials, Butterworths -  
London 1989.
3. Noel kean. The surrogate mother New York 1985.

## التوسع في استخدام الفصل السابع من الميثاق (الأسباب والنتائج)

د. مصباح عبدالسلام النعاس

أستاذ القانون العام المساعد بكلية القانون/ جامعة طرابلس

### مقدمة

يتناول هذا البحث نمط تعامل مجلس الأمن مع الأزمات الدولية وتوسعه في استخدام الفصل السابع من الميثاق، خاصة التدابير الخاصة بالعقوبات الدولية والتي جاءت نتيجة سيطرة القطب الواحد على النظام الدولي، فيناقش أولاً، أسباب التوسع في الفصل السابع في قرارات مجلس الأمن، وثانياً، مدى مشروعية هذا التوسع ومخالفته لميثاق الأمم المتحدة وهل هو تطوير عرقي للميثاق؟، وثالثاً التغيير في مضمون قرارات مجلس الأمن بعد الحرب الباردة، ورابعاً تراجع استخدام حق الفيتو.

يختص الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة بما يتخذ من أعمال في حالات تهديد السلم والإخلال به ووقوع العدوان، وإذا كان النظام الشامل للأمن الجماعي الذي يتضمن مبادئ وقواعد عامة مشتركة وجهازاً مسئولاً عن مراقبة مدى إلتزام جميع الدول بتلك المبادئ وتحديد الخارجين عليها، وله سلطة وصلاحيات اتخاذ ما يراه مناسباً من إجراءات لمعاقتهم أو ردعهم ويمتلك من الموارد والامكانيات ما يمكنه من القيام بمهمة العقاب أو الردع، فإن هذا النظام فشل تطبيقه على أرض الواقع إبان فترة الحرب الباردة بسبب النظام الدولي ثنائي القطبية والإسراف في استخدام حق



## التوسع في استخدام الفصل السابع من الميثاق (الأسباب والنتائج)

الفيتو<sup>(1)</sup>، كما أنه لم يشهد تطبيقاً أيضاً في فترة ما بعد الحرب الباردة ، لكنه شهد تطبيقاً جزئياً في بعض بنوده .

وقد رأينا أن نعالج ها الموضوع في مطلبين: نخصص (المطلب الأول) لأسباب هذا التوسع والإشكاليات التي يثيرها، و(المطلب الثاني) لنتائجه.

### المطلب الأول

#### أسباب التوسع في تطبيق الفصل السابع وإشكالياته

#### البند الأول

#### أسباب التوسع في تطبيق الفصل السابع

ساعدت عدة عوامل في تطور ممارسات الأمن الجماعي والتوسع في استخدام الفصل السابع بعد الحرب الباردة، من أبرزها:

#### أولاً - تزايد مصادر تهديد السلم الدولي

فقد شهدت فترة ما بعد الحرب الباردة تغيراً كبيراً في مصادر تهديد السلم والأمن الدوليين، بحيث لم يعد استخدام القوة العسكرية فقط هو المهدد الأساسي للسلم والأمن الدوليين، بل توسعت تلك المصادر، فمجالات مثل حقوق الإنسان والتدخل الإنساني ومشكلات اللاجئين والمشكلات الاقتصادية والاجتماعية والإنسانية والبيئية، ومشكلة الإرهاب الدولي، أصبحت مجالات يعترف فيها بجواز التدخل بالعمل الأمني الجماعي الدولي أو بتدابير الأمن الجماعي الدولي والوارد في الفصل السابع عن طريق مجلس الأمن وهذا ما أدى إلى توسيع دائرة ما يدخل في مفهوم الأمن الجماعي

(1) د. حسن نافعة، اصلاح الأمم المتحدة، القاهرة، مركز البحوث والدراسات السياسية، جامعة القاهرة، 1995، ص69.

## التوسع في استخدام الفصل السابع من الميثاق (الأسباب والنتائج)

الدولي وظهر ما يعرف بالأمن الجماعي الدولي الاقتصادي والأمن الجماعي الدولي البيئي وغيرها<sup>(1)</sup>.

بل أصبح الحديث الآن عن الأمن الجماعي بمفهومه الشامل وهو الأمن الإنساني، وقد استجاب مجلس الأمن لتوسع مفهوم الأمن الجماعي الدولي الذي يشمل مجالات ومصادر جديدة تهدد السلم والأمن الدوليين، واستناداً إلى السلطة التقديرية الواسعة لمجلس الأمن والمستمدة من المادة (39) من الميثاق، فقد عبر المجلس بوضوح في بيانه الرئاسي الصادر في 1992/12/31، عن المفهوم الجديد للسلم والأمن الدوليين، وبالتالي هذا التوسع في مفهوم الأمن الجماعي، حيث أشار في بعض فقراته مثلاً "وإن يلاحظ أعضاء المجلس أن مهام الأمم المتحدة لحفظ السلم قد زادت واتسع نطاقها بشكل كبير في السنوات الأخيرة، فعمليات مراقبة الانتخابات والتحقق من احترام حقوق الإنسان وإعادة اللاجئين إلى وطنهم جزء لا يتجزأ من الجهود التي يبذلها المجلس لصون السلم والأمن الدوليين في تسوية المنازعات الإقليمية بناء على طلب الأطراف المعنية أو بموافقتها".

كما اعترف البيان بتوسع مصادر تهديد السلم الدولي ، حيث يقول في الفقرة الثانية للبيان "إن عدم نشوب الحروب والمنازعات العسكرية بين الدول ليس في حد ذاته ضماناً للسلم والأمن الدوليين، فقد أصبحت المصادر غير العسكرية في الميادين الاقتصادية والاجتماعية والإنسانية والإيكولوجية تشكل تهديداً للسلم والأمن، ومن الضروري أن تولى الدول الأعضاء في الأمم المتحدة ككل أولوية علياً لحل هذه المسائل من خلال العمل عن طريق الأجهزة المناسبة.

وهذا البيان يعنى ضمناً أن مجلس الأمن قد أعطى لنفسه الصلاحية المطلقة في تحديد ما يشكل تهديد للسلم والأمن الدوليين، ولذلك تضمنت قراراته التدخل في مجالات عمليات مراقبة الانتخابات والتحقق من احترام حقوق الإنسان والتدخل في المجالات الإنسانية و للاجئين ، كذلك

(1) د. جميل محمد حسين، "تطور ممارسات نظام الأمن الجماعي بعد الحرب الباردة"، (القاهرة: مركز البحوث والدراسات السياسية بكلية الاقتصاد والعلوم السياسية، جامعة القاهرة، 1994)، ص145.

## التوسع في استخدام الفصل السابع من الميثاق (الأسباب والنتائج)

التدخل في المجالات الاقتصادية والاجتماعية والإنسانية والإيكولوجية، باعتبار أن عدم الاستقرار في هذه المجالات يشكل تهديدًا للسلم والأمن الدوليين.

وهذا بدوره يعنى تبديل وتغيير أولويات العمل الجماعي الدولي من مواجهة التهديدات العسكرية إلى مواجهة التهديدات الجديدة، خاصة الإرهاب الدولي الذى تصاعد واحتل أجندة العمل الدولي بعد أحداث 11 سبتمبر، كما أنه يثير أيضاً التعديل العرفي للميثاق فيما يتعلق بنظام الأمن الجماعي الدولي.

### ثانياً - تغير هيكل النظام الدولي

مثل التغير في هيكل النظام الدولي وتحوله من ثنائي القطبية إلى نظام أحادى القطبية عاملاً مباشراً في تزايد نشاط مجلس الأمن وتزايد معدلات قراراته تجاه الأزمات الدولية واعتمادها على الفصل السابع، كما أنها أصبحت أكثر وضوحاً ودقة وتحديداً<sup>(1)</sup>، بل وصارمة على خلاف فترة الحرب الباردة التى تميزت فيها قرارات المجلس بالغموض المقصود والمصطلحات المطاطة القابلة للتفسير حتى يصبح تمريرها بسهولة وتجد فيها الأطراف المتنازعة بعض ما تصبو إليه كما هو الحال في نموذج القرار 242.

وقد اسهم في ذلك تراجع ظاهرة استخدام الفيتو، حيث كانت الدول الكبرى تلجأ إلى تخفيف مضمون قرارات مجلس الأمن وعدم احتوائها على الفصل السابع لسهولة تمريرها، ولا شك أن هيمنة الولايات المتحدة على مجلس الأمن وتطويره لمصالحها قد ساهما في تزايد استصدار العديد من قرارات المجلس وفق الفصل السابع من الميثاق، ويمكن القول أن الفترة ما بين 1990 و2017 قد وصلت نسبة القرارات التى تستند إلى الفصل السابع فيها نحو 30% من مجمل قرارات المجلس، مقارنة بعدم اللجوء إلى الفصل السابع إبان فترة الحرب الباردة، وارتفعت هذه النسبة عام 2002 إلى 47% من قرارات مجلس الأمن، حيث تضمنت استعمال القوة لفرض القرار بالقوة.

(1) د. حسن نافعة، مرجع سابق، ص 84.

## التوسع في استخدام الفصل السابع من الميثاق (الأسباب والنتائج)

وهو ما يعكس التحول الكبير في مضمون وطبيعة قرارات مجلس الأمن ومدى تأثير التغيير في هيكل النظام الدولي، وبوضوح أيضا أهمية الموضوعات على الأجندة الدولية واتفاقها مع الرؤية الأمريكية والتوسع في الاتجاه لاستخدام القوة<sup>(1)</sup>.

### ثالثا - العقوبات بديلاً عن القوة المسلحة

يمكن تفسير التوسع في استخدام الفصل السابع باعتماد المجلس على المادة 41 الخاصة بتدابير العقوبات الاقتصادية والتجارية واللاسلكية وغيرها، وهذه لا تتطلب تدابير جماعية مثل الواردة في المادة 43 التي تحتاج إلى تكوين جيش دولي، الذي تسبب في فشل نظام الأمن الجماعي أبان فترة الحرب الباردة، حيث أصبحت العقوبات بديلاً عن القوة المسلحة والأداة الرئيسية للمجلس والولايات المتحدة في معاقبة الدول المارقة وغيرها، كما أن المجلس حل إشكالية المادة 43، عبر مفهوم التفويض للدول الأخرى باستخدام القوة العسكرية، كما حدث في حرب الخليج الثانية والحرب الأمريكية على أفغانستان. كما أن خيار التدخل العسكري يحتاج إلى مشاركة الدول الأعضاء وقبولها لهذا التدخل، خاصة إذا كان لمدة طويلة، وبالتالي فإن خيار التدخل العسكري المسلح سيعتمد على مدى توافر قوات مسلحة من الدول الأعضاء لدعم دور مجلس الأمن في حفظ السلم والأمن الدوليين<sup>(2)</sup>. وهو أمر يتراجع بعد فشل تجربة التحالف الدولي في حرب الخليج الثالثة نتيجة كشف زيف مبررات الحرب والذي دفع الكثير من دول التحالف إلى سحب قواتها.

(1) نهى علي بكر، مشروعات إصلاح مجلس الأمن، دراسة سياسية مقارنة في ضوء أزمات ما بعد الحرب الباردة، رسالة دكتوراه، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، جامعة القاهرة، 2007، ص 151.

(2) نبيل العربي، "الأمم المتحدة والنظام العالمي الجديد"، مجلة السياسة الدولية، العدد (114)، أكتوبر 1993، ص 152.

## البند الثاني

### إشكاليات التوسع في استخدام الفصل السابع

أثار التوسع في استخدام الفصل السابع من قبل مجلس الأمن بعد الحرب الباردة إشكاليتين أساسيتين تتمثل الأولى حول مشروعية هذا التوسع والثانية في ازدواجية استخدام الفصل السابع.

#### أولاً- حول مشروعية التوسع في استخدام الفصل السابع

توضح الأزمات والصراعات التي شهدتها فترة ما بعد الحرب الباردة والتي تقارب أغلبها حروب وصراعات داخل الدول ، ونمط تعامل مجلس الأمن الدولي معها، التطور الكبير والتغيير الواسع في تطبيقات نظام الأمن الجماعي الدولي بحسب ما قدرته وحددته قواعد ما سمي بالنظام الدولي الجديد، واستنادها إلى الفصل السابع، وأثارت معها العديد من الإشكاليات والتساؤلات الهامة، **أولها:** هل تتفق تلك التطبيقات والممارسات لنظام الأمن الجماعي الدولي بمفهومه الجديد مع الأحكام التي وضعها الميثاق أم أنها تخالف هذه الأحكام؟ وبعبارة أخرى ما مشروعية هذه الممارسات في ضوء أحكام ميثاق الأمم المتحدة؟ **وثانياً:** هل تعد هذه الممارسات والتطبيقات الجديدة لنظام الأمن الجماعي تطوراً عرفياً لميثاق الأمم المتحدة أو قد أنتجت تطويراً عرفياً لهذا الميثاق يستجيب لقواعد النظام الدولي الجديد العاكس للهيمنة الأمريكية على قواعد وأسلوب اتخاذ القرار وتحديد أولويات العمل الأمني الدولي وتحديد وسائل التدخل وحدوده؟<sup>(1)</sup>.

بداية هناك إجماع بين فقهاء القانون الدولي على أنه يجب اللجوء إلى القوة المسلحة تطبيقاً لأحكام الفصل السابع من الميثاق، باعتبارها أشد تدابير الأمن الجماعي قمعاً، المواد 42 وما بعدها، والتي أوضحها نظام الامن الجماعي، استنفاد الوسائل السلمية وتدابير الأمن الجماعي الأخرى الأقل قمعاً، والواردة في الفصل السادس من الميثاق، ولا يجوز لمجلس الأمن اتخاذ التدابير العسكرية إلا

(1) د. جميل محمد حسين، التعديل العرفي لميثاق الأمم المتحدة في ظل النظام الدولي الجديد، ١، (القاهرة : دن، 1992)، ص 35.

## التوسع في استخدام الفصل السابع من الميثاق (الأسباب والنتائج)

إذا ثبت أن التدابير غير العسكرية، وهي حل النزاعات والصراعات بالأساليب السلمية ، ستكون غير كافية أو ثبت بالفعل أنها غير كافية للتعامل مع الحالة محل البحث، كما لا يجوز لمجلس الأمن اتخاذ تدابير القمع العسكرية مثل الحصار والعمليات الأخرى بطريق القوات الجوية والبرية والبحرية لأعضاء الأمم المتحدة، إلا في إطار الفصل السابع ووفقاً لترتيبات المادة 43 وتكون لجنة أركان الحرب المشكلة تطبيقاً للمادة 47 مسؤولة عن مساعدة مجلس الأمن بخصوص الخطط اللازمة لاستخدام القوة المسلحة، كما تكون هذه اللجنة مسؤولة عن التوجيه الاستراتيجي لأية قوات مسلحة موضوعة تحت تصرف المجلس، ويترتب على ذلك أنه لا يجوز اتخاذ تدابير غير عسكرية إلا في إطار المرسوم في الفصل السابع بخصوص تدابير الأمن الجماعي ولا يجوز اتخاذ أية تدابير عسكرية إلا عن طريق مجلس الأمن وتحت إشرافه بالتطبيق للفقرة الثالثة من المادة 47، ولا يجوز للدول نفسها اتخاذ أية تدابير عسكرية إلا عند توافر حالة الدفاع الشرعي تطبيقاً للمادة 51 من الميثاق<sup>(1)</sup>.

وقد تضمنت المادة 106 من الميثاق تفسيراً يؤكد أن الميثاق لم يجر ولم يتضمن أي استخدام للقوة المسلحة كتدبير من تدابير الأمن الجماعي الدولي إلا في إطار المرسوم في الميثاق بالتطبيق للمواد 42 و 43 و 46 و 47، حيث قررت المادة 106 أن تطبيق التدابير العسكرية المنصوص عليها في المادة 42 يقتضى التوصل إلى الاتفاقات الخاصة المشار إليها في المادة 43 وأن تصبح هذه الاتفاقات معمولاً بها على النحو الذى يمكن المجلس من تحمل مسؤولياته وفقاً للمادة 42.

ولما ثبت عدم إمكان التوصل إلى الاتفاقات الخاصة المنصوص عليها في المادة 42 وعدم إمكان إعمال المادة 42 نتيجة لارتباطها بالمادة 43، رأى بعض الفقهاء أن أحكام المادة الثانية والأربعين قد أصبحت ميتة ويترتب على ذلك عدم إمكانية اتخاذ أعمال عسكرية كتدبير من تدابير الأمن الجماعي الدولي في ظل أحكام الميثاق، أنما يقتصر الأمر على اتخاذ تدابير الأمن الجماعي

(1) د. حسن ناعمة، (محرر)، الأمم المتحدة في ظل التحولات الراهنة في نظام الدولي، القاهرة: مركز البحوث والدراسات السياسية، جامعة القاهرة، 1994، ص 64.

## التوسع في استخدام الفصل السابع من الميثاق (الأسباب والنتائج)

التي لا تتضمن استخدام القوات المسلحة على النحو الوارد في المادة 42، ويصبح أى استخدام للقوة المسلحة كتدبير من تدابير أمن الجماعي هو استخدام خارج إطار أحكام ميثاق الأمم المتحدة وهو الأمر الذى يؤدي إلى التساؤل عن مدى مشروعية هذا الاستخدام للقوة المسلحة، وهل يعد الأمر تطويراً لسلطات مجلس الأمن خارج نطاق الميثاق، بحيث يصبح تعديلاً عرفياً للميثاق أم أنه ليس إلا مخالفة لأحكام الميثاق الذى لم يتطور عرفياً ويصبح التدبير العسكري أو التدبير غير العسكرية المتخذة مشروعاً طبقاً لتلك الأحكام<sup>(2)</sup>.

انطلاقاً مما شهدته فترة ما بعد الحرب الباردة ، فإن التوسع الكبير في استخدام الفصل السابع من الميثاق من جانب مجلس الأمن، خاصة المادة (41) التي تضمنت العقوبات الدولية، قد أثار إشكالية كبيرة، وهو هل هذا التوسع في الفصل السابع، خاصة بعد منح مجلس الأمن لأول مرة تفويضاً للولايات المتحدة والتحالف الدولي باستخدام القوة العسكرية ضد العراق لإخراجه من الكويت عام 1990، أو في حالة أزمة لوكيربي، يعد مخالفة للميثاق أم أنه تطوير عرفي له؟.

الواقع أن تطور وتنوع مصادر تهديد السلم والأمن الدوليين، خاصة انتشار الحروب الأهلية وانتهاكات حقوق الإنسان وجرائم الإبادة الجماعية والإرهاب الدولي، وهى أبرز سمات النظام الدولي الجديد، قد ألفت بظلالها على التوسع في استخدام الفصل السابع خاصة تدابير العقوبات وهى وإن كان يغلب عليها طابع الاعتبارات السياسية وتأثير النظام الدولي أحادي القطبية الذى تسيطر عليه الولايات المتحدة، التي طوعت المجلس لخدمة سياستها وأهدافها، فإنها في المقابل، تدفع إلى ضرورة تعديل الميثاق خاصة نظام الأمن الجماعي الوارد في الفصل السابع ليتواءم مع مصادر تهديد السلم الدولي الجديدة، وبما يضمن وجود ضمانات تحول دون توظيف المجلس لصلاحياته لمصلحة القوة المهيمنة على النظام الدولي، وكذلك ضوابط لمنع الإسراف في استخدام صلاحياته الواردة فى الفصل السابع، خاصة الإسراف فى استخدام العقوبات الدولية التي ثبت عدم فاعليتها في كثير من الأزمات، بل أنها أتت بنتائج عكسية على الشعوب، كما حدث في حالة العراق وليبيا، وفي الوقت ذاته تسهم

(2) المرجع السابق، ص 67.

## التوسع في استخدام الفصل السابع من الميثاق (الأسباب والنتائج)

هذه التعديلات في زيادة فاعلية مجلس الأمن في حفظ السلم والأمن الدوليين ومواجهة مصادر التهديد الجديدة.

وهنا نلاحظ انقسام فقهاء القانون الدولي إلى تيارين:

**الأول:** يعتبر أن توسيع صلاحيات مجلس الأمن والتوسع في استخدام الفصل السابع يمثل انتهاكاً صارخاً لميثاق الأمم المتحدة باعتباره الشرعية الدستورية العليا، خاصة أنه توسع لا تحكمه ضوابط تخدم السلم الدولي بقدر ما تحقق أهداف القوة المسيطرة على النظام الدولي، ويعتبر هذا التيار أن هذا الواقع العرفي القانوني قد أدى إلى انهيار ضوابط الشرعية الدستورية الدولية الواردة في ميثاق الأمم المتحدة في مجال تدابير الأمن الجماعي الدولي سواء تعلقت هذه الضوابط بالناحية الموضوعية أو بالناحية الإجرائية وأصبحت الشرعية الدولية غير واضحة الحدود والمعالم والضوابط وخاضعة لأهواء الدول الكبرى.

**الثاني:** يعتبر أن التوسع في الفصل السابع هو أمر طبيعي يعكس التغيير في النظام الدولي ومصادر التهديد الجديدة، وأن تطبيق نظام الأمن الجماعي، كما جاء في الميثاق، يستحيل معه مواجهة تلك التهديدات وأن هذا التوسع من جانب المجلس في الفصل السابع، وإن كان يمثل عرفاً دولياً جديداً، فإنه في حد ذاته يمثل أحد مصادر الشرعية باعتبار أن قرارات مجلس الأمن الدولي ملزمة لجميع الدول بحكم المادة (25) من الميثاق، ولأن أغلبية تلك القرارات التي صدرت تحت الفصل السابع حظيت برضاء أغلبية دول الأمم المتحدة ولم يكن هناك اعتراض جماعي عليها باستثناء الدول أو الجماعات المتضررة منها، وهو ما يجعلها مصدراً مهماً للشرعية ومصدراً لتطوير القانون الدولي ويدفع باتجاه تعديل ميثاق المنظمة الدولية.

ويرى هذا التيار أيضاً أن القول بأن ميثاق الأمم المتحدة قد تعدل تعديلاً عرفياً في مجال ممارسة الأمن الجماعي وليس فيه تجاوز للميثاق، إذ أنه قد تعدل عرفياً من قبل في موضوعات مختلفة منها قواعد حق الفيتو، الامتناع عن تصويت وغيبة الأعضاء الدائمين، كذلك تطوير سلطات الجمعيات العامة في مجال حفظ السلم والأمن الدوليين، قرار الاتحاد من أجل السلام، كذلك حلول



## التوسع في استخدام الفصل السابع من الميثاق (الأسباب والنتائج)

جمهورية روسيا الاتحادية محل الاتحاد السوفيتي السابق في احتلال المقعد الدائم بمجلس الأمن دون إجراء تعديل صريح على المادة (23) من الميثاق، اعتبار أن الممارسة العملية قد أنتجت التعديل العرفي القانوني لمشروعية هذا الإحلال<sup>(1)</sup>، فلا يمكن لنظام الأمن الجماعي التقليدي الوارد في الفصل السابع أن يتواءم مع المتغيرات الجديدة بعد أن أثبت فشله، لكن من الضروري أن تكون هناك ضوابط لترشيح هذا التغير والتوسع في الفصل السابع.

### ثانياً - الازدواجية في استخدام الفصل السابع

إضافة إلى إشكالية مدى مشروعية التوسع في الفصل السابع وتوسع صلاحيات مجلس الأمن الدولي، فإن هناك إشكالية أخرى لاستخدام الفصل السابع، وهي الانتقائية وسياسية المعايير المزدوجة، فقد تدخل المجلس بطريقة حاسمة وقاطعة في بعض الحالات، كما حدث مع العراق وقرار المجلس 687، بينما تركت حالات أخرى كثيرة دون أدنى تحرك يذكر من قبل المجلس، باستثناء بعض القرارات الهزيلة التي تحظر توريد الأسلحة لمنطقة نزاع معين هنا أو هناك والتي لا تتضمن آلية حاسمة لضمان التنفيذ الصارم والفعال لها، كما أن التوسع في الفصل السابع قد يعد تطوراً إيجابياً يتمثل في قدرة المجلس على اتخاذ قرارات حاسمة وسريعة تتناسب مع سرعة وخطورة المواقف المهددة للسلم الدولي، لكنها قد تكون سلبية إذا كان هذا النوع في الفصل السابع يأتي في ظل خلل تشكيل مجلس الأمن أو في مصداقية تمثيله للمجتمع الدولي، حيث يؤدي إلى عدم الالتزام الصارم بالموضوعية وقواعد العدل والإنصاف<sup>(2)</sup>.

إضافة إلى أن توسع المجلس في إصداره لقرارات مستتدة للفصل السابع، قد يؤدي إلى استخدام المجلس لهذا الحق في حالات قد لا تتطلب استخدام التدابير العسكرية، ما يؤدي إلى تحول

(1) المرجع السابق، ص 149.

(2) د. حسن نافعة، اصلاح الأمم المتحدة، مرجع سابق، ص 84.

## التوسع في استخدام الفصل السابع من الميثاق (الأسباب والنتائج)

نظام الأمن الجماعي إلى أن يصبح عديم القيمة، خصوصاً في ظل غياب رقابة قضائية وسياسية على القرارات التي تصدر عن المجلس<sup>(3)</sup>.

والخلاصة إن تطور ممارسات الأمن الجماعي في فترة ما بعد الحرب الباردة يوضح أن القواعد القانونية المتعلقة بهذا الموضوع، وتلك القواعد المتعلقة باختصاص مجلس الأمن باعتباره الجهاز الرئيسي في الأمم المتحدة الذي يناط مسؤولية حفظ السلم والأمن الدوليين وإعادتهما إلى نصابهما إذا حدث خرق لهما، والذي يناط به في هذا المجال اتخاذ والإشراف على تنفيذ تدابير الأمن الجماعي الدولي، قد أصابها التغيير والتبديل والتعديل، وأصبحت الواقعية القانونية هي مصدر الشرعية الدولية ولم تعد المرجعية الدستورية لميثاق الأمم المتحدة تمثل الأهمية القصوى أو الأولوية الأولى في عالم سريع التغير والتبدل، وإذا كان نظام الامن الجماعي الوارد في الفصل السابع من الميثاق لم يجد مجالاً للتطبيق العملي إبان الحرب الباردة، فإن الممارسات العملية بدءاً من حرب الخليج الثانية ومروراً بحرب الخليج الثالثة والحرب على الإرهاب، قد أنتج نظاماً بديلاً يعوض الاستحالة العملية في تنفيذ أحكام الفصل السابع من الميثاق فيما يتعلق بالمادة 42 والمواد الأخرى المرتبطة بها، وهذا النظام البديل اتاح لمجلس الأمن أن يوصى أو يرخص أو يأذن أو يفوض أو يدعو مجموعة معينة من الدول استخدام القوة سواء كان ذلك بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، كما أتاح هذا النظام البديل للمجلس أن يتخلى عن مسؤوليته في الإشراف أو التوجيه أو الرقابة أو القيادة بالنسبة للعمليات العسكرية المتخذة، وهذا يعتبر تطويراً عرفياً لميثاق الأمم المتحدة أو تعديلاً عرفياً له لكي يستجيب لمقتضيات وضرورات الواقع العملي، وقد استكملت حلقات التطوير أو التعديل العرفي لميثاق الأمم المتحدة في هذا المجال لتحرير مجلس الأمن من كل قيود أو حدود أو إجراءات

(3) محمد مشهور متعب، أثر النظام الدولي على فعالية مجلس الأمن، دراسة في الحالة العراقية، 2001 - 2004، رسالة ماجستير، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، جامعة القاهرة، 2006، ص 72.

تتعلق باختصاصه أو سلطاته ليصبح مجلس الأمن سيد قراره بلا منازع ومالك تحديد اختصاصاته وسلطاته بلا معقب<sup>(1)</sup>.

## المطلب الثاني

### نتائج التوسع في تطبيق الفصل السابع وممارسة حق الفيتو

#### البند الأول

#### نتائج التوسع في تطبيق الفصل السابع

بالإضافة إلى تزايد عدد قرارات مجلس الأمن خلال العقدين الماضيين من الناحية الكمية، بما يعكس تزايد نشاط المجلس، فإن مضمون تلك القرارات شهد تغييراً نوعياً أيضاً نتيجة لتأثير التغيير في هيكل النظام الدولي، وقد أتسمت قرارات مجلس الأمن بعد انتهاء الحرب الباردة بعدة سمات:

#### أولاً- استعادة مجلس الأمن لسلطاته وصلاحياته

أدى التغيير في هيكل النظام الدولي وتراجع استخدام الفيتو، الذي تسبب في شلل المجلس ومن تم انخفاض عدد قراراته، إلى عودة الروح والحياة إلى مجلس الأمن مرة أخرى واستعادة صلاحياته في معالجة قضايا السلم والأمن الدوليين، واستعادة سلطاته التي كان قد فقدتها لمصلحة الجمعية العامة من خلال قرار الاتحاد من أجل السلام عام 1950، بل يمكن القول أن مجلس الأمن انفرد بمعالجة قضايا السلم الدولي، ولم يكن للجمعية العامة دور جوهري في تلك القضايا في فترة ما بعد العقدين الماضيين.

#### ثانياً- اتسام صياغة قرارات المجلس بالوضوح والصراحة

اتسمت قرارات مجلس الأمن بعد الحرب الباردة بالصراحة والوضوح في أسلوب صياغاتها

(1) د. جميل محمد حسين، "تطور ممارسات الأمن الجماعي بعد الحرب الباردة"، مرجع سابق ص 159.

## التوسع في استخدام الفصل السابع من الميثاق (الأسباب والنتائج)

واستنادها للفصل السابع، على عكس فترة الحرب الباردة التي اتسمت فيها قرارات المجلس بالعمومية والغموض وهو ما أثار الجدل حول تفسيرها، وتسببت في إطالة أمد الصراعات الدولية، قد اتسم تأثير القوى العظمى المسيطرة على النظام الدولي أحادي القطبية، وهي الولايات المتحدة ومعها بريطانيا، بالهيمنة على المجلس لاستصدار قرارات صارمة تجاه الدول التي تتعارض مصالحها كما هو الحال في حرب الخليج الأولى وفي الأزمة النووية الإيرانية وفي الصراع في البوسنة وغيرها، من الصراعات<sup>(1)</sup>، وأصبحت قرارات المجلس تتسم بالصرامة والإلزام والتوسع في استخدام العقوبات الدولية كما هو الحال مع إيران والسودان والعراق والبوسنة وغيرها.

### ثالثاً - التوسع في مفهوم تهديد السلم والأمن الدوليين

يعكس العدد الكبير لقرارات مجلس الأمن الدولي في فترة ما بعد الحرب الباردة في أحد جوانبه، تزايد مصادر تهديد السلم والأمن الدوليين وتزايد عدد الصراعات والحروب الأهلية والإرهاب الدولي، ويوضح مضمون قرارات مجلس الأمن الدولي بشأن مصادر تهديد السلم والأمن الدولي أن المجلس قد توسع في المادة (39) من الميثاق التي تعطيه حق تقدير وتحديد ما يهدد السلم والأمن الدوليين وبالتالي اتخاذ الإجراءات والتدابير الواردة في الفصل السابع لمعالجتها، ففي فترة الحرب الباردة كانت أغلب قرارات مجلس الأمن الدولي تعالج الصراعات والحروب الدولية، مثل الصراع العربي - الإسرائيلي والحرب العراقية - الإيرانية، والحرب الكورية والحرب الهندية - الباكستانية وغيرها، إلا أن المجلس أصدر قرارات عديدة تعالج مصادر جديدة لتهديد السلم والأمن الدوليين.<sup>(1)</sup>

لكن هذا التغيير هو جزء من قبول التدخل وحجم المشاركة من قبل الدول الأعضاء، مما يعنى أن الزيادة في التدخل ستحمل العبء المالي على هذه الدول، وبالتالي قد يؤدي إلى تردها في تدخل مجلس الأمن تحقيقاً لمهامه حسب هذا التوسع في دوره، خصوصاً إذا كانت هذه التدخلات

(1) د. حسن نافعة، إصلاح الأمم المتحدة، مرجع سابق، ص 83.

(1) محمود مشهور متعب، "أثر النظام الدولي على فعالية مجلس الأمن"، دراسة في الحالة العراقية، (2001 - 2004)، رسالة ماجستير، مرجع سابق، ص 70.

تحتاج إلى مدة طويلة، وبالتالي فإن خيار التدخل سيعتمد على مدى توافر قوات مسلحة من الدول الأعضاء لتدعم دور مجلس الأمن في حفظ السلم والأمن الدوليين<sup>(2)</sup>، استناداً إلى السلطة التقديرية الواسعة لمجلس الأمن والمستمدة من المادة (39) من الميثاق، التي زادت بعد البيان الرئاسي الذي أصدره المجلس في 31 يناير 1992، والذي عبر فيه عن الفكرة الجديدة التي تهدف إلى توسيع مفهوم تهديد السلم وتحديد العوامل التي تشكل تهديداً للسلم والأمن الدوليين، بحيث أن هذه العوامل لم تعد تقتصر على النزاعات التي تقوم بين الدول، بل أصبح تهديد السلم يشمل قمع الأقليات والأعمال الإرهابية وغيرها من المصادر غير العسكرية التي تهدد السلم الدولي. ولهذا وجدنا المجلس يصدر قرارات خاصة بالإرهاب الدولي، كما في حالة لوكيربي، وأزمات ما بعد أحداث 11 سبتمبر، خاصة في أفغانستان والعراق، بل توسيع مفهوم الإرهاب الدولي عندما أصدر المجلس قراراً بتشكيل المحكمة الجنائية ذات الطابع الدولي للتحقيق في اغتيال رئيس الوزراء اللبناني رفيق الحريري، كذلك قرارات خاصة بالتدخل الإنساني وحماية الأقليات، كما في حالة الأكراد في شمال العراق وفي دار فور والصومال وغيرها، وهذا يعكس توسع تدخل مجلس الأمن في كل ما يهدد السلم والأمن الدوليين والتي شملت مجالات عديدة وجديدة مثل حماية الديمقراطية وحماية حقوق الإنسان ومكافحة انتشار أسلحة الدمار الشامل وغيرها، والتي تعكس في جانب آخر تأثير النظام الدولي أحادي القطبية على قرارات المجلس واستصدار قرارات جديدة ملزمة. وهذا التوسع في قرارات مجلس الأمن استجابة للتوسع في مصادر تهديد السلم الدولي، يدفع باتجاه تطوير آليات جديدة وإصلاح المجلس لتطوير نظام يضمن حسن فاعلية المجلس في التعامل مع مصادر التهديد ويقلل من التأثيرات السلبية لهيكل النظام الدولي أحادي القطبية.

(2) نبيل العربي، "الأمم المتحدة والنظام العالمي الجديد"، مجلة السياسة الدولية، العدد (114)، أكتوبر 1993، ص

رابعاً- التوسع في المناطق الجغرافية لتدخل المجلس في الصراعات الدولية

من أبرز سمات ما بعد الحرب الباردة توسع تدخل مجلس الأمن في مناطق عديدة من العالم التي شهدت اندلاع الصراعات، خاصة الحروب الأهلية، وتدخل في مناطق وأزمات لم يكن ليتدخل فيها إبان فترة الحرب الباردة، والتي حلت فيها مناطق النفوذ التابعة للقوتين العظمين محل نظام الأمن الجماعي، وشهدت الصراعات والأزمات في تلك المناطق، خاصة التابعة للكتلتين، الشرقية والغربية، تسويات سياسية وتدخلات بعيداً عن مجلس الأمن، الذي تم استبعاد أى دور له فيها، وفي فترة ما بعد الحرب الباردة وجدنا مجلس الأمن يتدخل في أزمات عديدة داخل المناطق التي كانت تابعة للقوتين الكبيرتين مثل وسط وشرق أوروبا، خاصة في الأزمات التي شهدتها جمهورية يوغوسلافيا السابقة بعد تفككها، كما حدث في أزمات البوسنة والهرسك وكوسوفو ومقدونيا وكرواتيا، وهي المناطق التي كانت تابعة لنفوذ الاتحاد السوفيتي السابق، وسمح انهيار الاتحاد السوفيتي وانتهاء النظام الدولي ثنائي القطبية بدخول مجلس الأمن في معالجة تلك الأزمات، مقارنة بفترة الحرب الباردة، فقد غزى الاتحاد السوفيتي جمهورية المجر عام 1960 ووقف مجلس الأمن عاجزاً بسبب الفيتو السوفيتي في مجلس الأمن. والحال نفسه في الجمهوريات التي استقلت عن الاتحاد السوفيتي السابق مثل جورجيا، وكازاخستان وطاجيكستان وغيرها، والتي كانت تدخل ضمن النفوذ والسيطرة المباشرة للاتحاد السوفيتي، تدخل فيها مجلس الأمن وأرسل قوات حفظ سلام في جورجيا.

وفي المقابل تدخل مجلس الأمن في أمريكا اللاتينية، التي تسمى بالفناء الخلفي للولايات المتحدة، وقد شهدت تلك القارة صراعات وأزمات أغلبها حروب أهلية، مثل السلفادور والاكوادور وهايتي وغيرها، وتدخل مجلس الأمن سواء بإرسال قوات حفظ السلام أو تدخل للاعتبارات الإنسانية وفرض الديمقراطية، باستثناء الصراع العربي- الاسرائيلي الذي استبعد مجلس الأمن من التدخل فيه وتسويته نتيجة لانفراد الولايات المتحدة بهذا الملف واستخدامها الفيتو داخل مجلس الأمن لحماية حليفها اسرائيل، فقد أصبح للمجلس بعد الحرب الباردة القدرة والصلاحيية في التدخل في أي صراع

## التوسع في استخدام الفصل السابع من الميثاق (الأسباب والنتائج)

ينشأ في أى منطقة من العالم، وأن اختلفت درجة فاعليته ونجاح تدخله في هذا الصراع أو في ذلك والذي يعود إلى عوامل أخرى كثيرة، لكن تدخله لم يعد مقيداً كما كان أبان الحرب الباردة.

ويمكن القول أن ضعف التنظيم الدولي الإقليمي وعدم التعامل بفاعلية وحسم مع الأزمات قد أدى إلى نقل عبء إدارة تلك الأزمات إلى مجلس الأمن الدولي، حيث تتوافر - خلافاً لفترة الحرب الباردة - قاعدة أكبر نسبياً من الاتفاق بين أعضائه، ويرى البعض أن هذا التحول قد أعطى دوراً متزايداً لمجلس الأمن الدولي في معالجة الأزمات الدولية، وتطبيق نظام الأمن الجماعي، تحت مظلة ما يسمونه "الشرعية الدولية الجديدة"<sup>(1)</sup>، ورافق ذلك، بالتزامن ما يسمونه تنامي حجم التأثير الأمريكي على القرارات الدولية المطروحة على المجلس، ووصل إلى درجة كبيرة من الهيمنة شبه التامة على المجلس.

### خامسا - غياب الرقابة والمسائلة على قرارات مجلس الأمن

رغم التزايد الكبير في عدد قرارات مجلس الأمن فإنها اتسمت بالانحراف في كثير من الأحيان وتجاوز المجلس صلاحياته الواردة في الميثاق، خاصة في استخدام الفصل السابع بصورة تخدم القوة المهيمنة في النظام الدولي: ففي حالات كثيرة قام مجلس الأمن بإعطاء التفويض باستخدام القوة المسلحة بما يتجاوز ترتيبات نظام الأمن الجماعي المنصوص عليه في الميثاق، كما حدث في حالة حرب الخليج الثانية بعد الغزو العراقي للكويت، حيث أعطى المجلس التفويض للتحالف الدولي الذى تقوده الولايات المتحدة لإخراج العراق من الكويت، كما أعطى المجلس تفويضاً لحلف الناتو باستخدام القوة العسكرية ضد الصرب في أثناء الصراع في البلقان.

وقد أثارت فكرة إعطاء المجلس تفويضاً باستخدام القوة للدول الأخرى إشكاليات قانونية كبيرة رآها فقهاء القانون الدولي بأنها تخالف ميثاق الأمم المتحدة، ومن ناحية أخرى فقد أضفت

(1) د. اسماعيل صبرى مقلد، "العلاقات السياسية الدولية، النظرية والواقع"، القاهرة، ب ن، الطبعة الأولى، 2001،

## التوسع في استخدام الفصل السابع من الميثاق (الأسباب والنتائج)

قرارات مجلس الأمن الشرعية السياسية لتدخل الدول الكبرى، خاصة الولايات المتحدة، في كثير من الصراعات، والتي زادت بعد أحداث 11 سبتمبر، كما حدث في حالة الغزو الأمريكي للعراق عام 2003، الذي أعطى المشروعية لمبدأ الحرب الاستباقية الذي اسنته الولايات المتحدة بعد أحداث 11 سبتمبر، من خلال قراراتها الخاصة بمعالجة الإرهاب، والتي طبقتها في أفغانستان والعراق.

وهذا التجاوز والانحراف في قرارات المجلس وصلاحياته يشير إلى غياب المراقبة والمساءلة على قرارات مجلس الأمن بما يضمن ترشيدها في تحقيق السلم والأمن العالميين، فقد أصبح المجلس وكأنه يدار من قبل أقلية قليلة بصورة تعبر عن نزعة ديكتاتورية خاصة في غياب رقابة سياسية أو قضائية تقيد قراراته. وبالتالي تبرز الحاجة إلى ضرورة مراقبة اقرارات المجلس، وألا يترك لمجلس الأمن مهمة حفظ السلم والأمن الدوليين فقط دون مساءلة الجمعية العامة، الجهاز التشريعي للأمم المتحدة والمعبر عن إرادة المجتمع الدولي، حيث تضم في عضويتها جميع دول العالم، وتشير أحكام الفصلين السادس والسابع من ميثاق الأمم المتحدة إلى أن مهمة حفظ السلم والأمن الدوليين هي من اختصاص مجلس الأمن بتفويض من الجمعية العامة للأمم المتحدة، وبالتالي يجب أن يكون المجلس مسئولاً في كل ما يتخذه من قرارات مسئولية جماعية أمام الجمعية العامة، كما أن المجلس لا يستطيع أن يحجب مراجعة الجمعية العامة لقراراته وأعماله وليس من حقه أن يناقش موضوعات تهم السلم والأمن الدوليين كحظر انتشار الأسلحة النووية ونزع السلاح والإرهاب دون مشاركة الجمعية العامة، ومن ثم، فإن مسألة توازن المسؤوليات بين الجهازين، كما هي منصوص عليها في الميثاق، تعتبر مسألة مهمة لحسن أداء المنظمة الدولية ومجلس الأمن.

وهنا تبرز ضرورة وجود نوعين من الرقابة على قرارات مجلس الأمن، الأول: الرقابة السياسية، وهي الرقابة التي تقوم بها الدول الأعضاء ممثلة في الجمعية العامة، حيث إن المجلس يباشر مهامه نيابة عن تلك الدول وعليها أن تباشر رقابة عليه تضمن أن يأتي أداءه متفقاً مع تفويض تلك الدول، وهذه الرقابة قد تكون سابقة أو متوازية أو لاحقة شريطة ألا تعوق المجلس عن أدائه لرسالته، والثاني: الرقابة الدستورية، وتتعلق بضرورة وجود جهة قضائية مختصة بالرقابة على



## التوسع في استخدام الفصل السابع من الميثاق (الأسباب والنتائج)

مدى دستورية قرارات المجلس مثل محكمة العدل الدولية مثلاً، خاصة في القرارات المتعلقة بالفصل السابع واستخدام التدابير القسرية<sup>(1)</sup>.

### سادساً - قرارات مجلس الأمن وتغير طبيعة مصادر التهديد

من أهم سمات قرارات مجلس الأمن خلال فترة ما بعد الحرب الباردة أن الزيادة الكبيرة في قرارات مجلس الأمن كانت نتيجة أساسية لزيادة عدد الصراعات والحروب الأهلية والإرهاب الدولي وانتشار أسلحة الدمار الشامل، والتي شكلت مدخلات للمجلس تعامل معها بمخرجات تمثلت في زيادة عدد القرارات وإنشاء بعثات لحفظ السلام.

### سابعاً - تراجع استخدام حق الفيتو

في ظل الإسراف في استخدام حق الفيتو من جانب الدول الكبرى، كما أظهرت فترة الحرب الباردة، وسوء استخدامه في فترة ما بعد الحرب الباردة، خاصة الولايات المتحدة، تبرز الحاجة إلى ضرورة مراقبة قرارات المجلس، وألا يترك لمجلس الأمن مهمة حفظ السلم والأمن الدوليين فقط دون مساءلة الجمعية العامة للأمم المتحدة المعبرة عن إرادة المجتمع الدولي، حيث تضم في عضويتها جميع دول العالم، وتشير أحكام الفصلين السادس والسابع من ميثاق الأمم المتحدة إلى أن مهمة حفظ السلم والأمن الدوليين هي من اختصاص مجلس الأمن، ويجب أن يكون المجلس مسؤولاً في كل وما يتخذه من قرارات مسئولية جماعية أمام الجمعية العامة، التي لها الحق في مراجعة قرارات المجلس وأعماله، فإن مسألة توازن المسؤوليات بين الجهازين، كما هي منصوص عليها في الميثاق، تعتبر مسألة مهمة لحسن أداء المنظمة الدولية ومجلس الأمن،

(1) د. حسن نافعة، اصلاح الأمم المتحدة، مرجع سابق، ص 86.

## البند الثاني

### ممارسة حق الفيتو

لقد أظهرت فترة العقدين التي أعقبت الحرب الباردة جدلاً واسعاً داخل المراكز البحثية وبين الأكاديميين حول حق الفيتو انقسم إلى ثلاث اتجاهات:

#### الاتجاه الأول - إلغاء حق الفيتو

يرى أنصار هذا الرأي أن منح عدد محدود من الدول ومحدد بالاسم حق الاعتراض على القرارات ليس له ما يبرره قانونياً أو أخلاقياً، وهذا الاتجاه الداعي لإلغاء حق الفيتو ليس بجديد، حيث تبناه عدد من الدول في مؤتمر سان فرانسيسكو التأسيسي للأمم المتحدة للحيلولة دون إدراجه أصلاً في ميثاق الأمم المتحدة، وقد أدى سوء استخدام هذا الحق من جانب الدول الكبرى، خاصة الولايات المتحدة، في غير محله إلى إقدام بعض الدول، ومنذ السنوات الأولى للأمم المتحدة على التقدم بمشروعات قرارات لتعديل الميثاق بهدف إلغاء قاعدة إجماع الدول دائمة العضوية، أي إلغاء حق الفيتو، واستمر الجدل حول هذه المسألة في فترة الحرب الباردة وبعدها، خاصة مع إعادة طرح النقاش حول إصلاح الأمم المتحدة ومجلس الأمن<sup>(1)</sup>.

وترتكز حجج أنصار هذا الاتجاه في مطالبهم بإلغاء حق الفيتو إلى أن حق الفيتو يتناقض جذرياً مع مبدأ المساواة وهو إحدى الدعامات التي يقوم عليها الميثاق ولا يجوز المساس بها، وأنه يؤدي إلى تكريس الممارسة غير الديمقراطية في المجتمع الدولي ويعكس هيمنة القوة والمسيطرة من جانب الدول الكبرى، كما أنه يؤدي إلى ازدواجية المعايير ويميز بين سلوك الدول وتصرفاتها على أساس قوتها السياسية أو العسكرية أو الاقتصادية أو على أساس تحالفاتها مع الدول الكبرى، وليس على أساس مدى تماشي هذا السلوك أو تلك التصرفات مع قواعد القانون الدولي وميثاق الأمم

(1) د. حسن نافعة، إصلاح الأمم المتحدة، مرجع سابق، ص 244.

## التوسع في استخدام الفصل السابع من الميثاق (الأسباب والنتائج)

المتحدة. كما أن التطورات التي شهدتها النظام الدولي أدت إلى انتهاء الحاجة إلى الفيتو أصلاً، فالدول المنتصرة في الحرب العالمية الثانية كانت في حاجة إلى سلاح يمكن أن تشهره معاً في وجه العدو المشترك، وهو دول المحور أو تشهره كل منها فرادى كي تتمكن من حماية مصالحها وفقاً لإدراكها لهذه المصالح أما الآن فلم يعد هناك عدو مشترك للإنسانية<sup>(1)</sup>، كما أن الانتصار في الحرب العالمية الثانية لم يعد في حد ذاته كافياً لإضفاء ميزة أبدية.

إن الفيتو لم يستطع أن يردع بعض الدول الكبرى عن الإقدام على استخدام القوة المسلحة، والعدوان على سيادة الدول الأخرى في مخالفة صريحة للشريعة الدولية، فقد أظهرت حرب الخليج الثالثة والغزو الأمريكي للعراق كيف أن الفيتو كان مهماً في مرحلة ما قبل الحرب، حيث فشلت الولايات المتحدة في انتزاع قرار من مجلس الأمن الدولي يجيز لها الحرب على العراق بسبب معارضة روسيا وفرنسا وتهديدهما باستخدام حق الفيتو، وهو ما دفع الولايات المتحدة إلى تهميش مجلس الأمن والإقدام على حرب دون اكتراث بالشريعة الدولية، لكنها عادت ووظفت المجلس لإضفاء الشرعية على احتلالها للعراق بأثر رجعي، وهنا لم تثبت الدول الكبرى مثل روسيا وفرنسا على مواقفها التي أعلنتها من قبل في رفض الحرب، بل صوتت لصالح جميع القرارات التي صدرت وتعالج الحالة العراقية وهو ما يعنى أن مصالحها السياسية غلبت على الاعتبارات القانونية والانحياز إلى الشرعية الدولية وهو ما يؤكد عدم جدوى حق الفيتو في ردع منع العدوان.

### الاتجاه الثاني - الاكتفاء بعدم توسيع نطاقه

يرى أنصار هذا الاتجاه أن الحكمة تقتضى الاقتصار على حصر نطاق الدول المستفيدة من هذا الوضع والذي فرضته ظروف استثنائية وعدم التوسع فيه، وينطلق هذا الاتجاه من اعتبارات عملية ترى أن الدول التي تتمتع بحق الفيتو حالياً، وهي الولايات المتحدة وبريطانيا وروسيا والصين وفرنسا، لن تتخلى عن حق الفيتو ولن يكون بوسع أحد إجبرها على ذلك، لأن إلغاء هذا الحق أو تعديله يتطلب بالضرورة تعديلاً للميثاق وهذا بدوره يتطلب موافقة هذه الدول وفقاً لنص الميثاق ذاته

(1) المرجع السابق، ص 245.

## التوسع في استخدام الفصل السابع من الميثاق (الأسباب والنتائج)

الذى يشترط موافقة الدول الدائمة العضوية على أي تعديل في الميثاق، وبالتالي حتى لو أجمعت الدول الأخرى في الأمم المتحدة على تغيير الميثاق وإلغاء حق الفيتو فيكفى لدولة واحدة من الدول الخمس أن تستخدم حق الفيتو ذاته ضد مشروع التعديل.

والواقع أنه ما لم يكن هناك ضمانات لترشيد استخدام حق الفيتو، وعدم توظيفه لخدمة المصالح السياسية للدول الكبرى، كما أوضحت تجربة الدول الدائمة حالياً، فإن توسيع نطاق الفيتو لدول جديدة في مجلس الأمن من شأنه أن يزيد من حجم الأضرار السلبية للفيتو ومن حالة ازدواجية المعايير في التعامل مع الازمات الدولية، فالدول الكبرى الجديدة التي ستمنح حق الفيتو، سوف يكون لها من التشابكات والتحالف السياسية المتعددة التي تشمل من قدرة المجلس في التعامل بفاعلية مع الصراعات الدولية وحفظ الأمن والسلم الدوليين، فارتباط إحدى الدول صاحبة حق الفيتو بشكل مباشر أو غير مباشر بأحد الصراعات والأزمات الدولية يجعلها تستخدم حق الفيتو كسلاح سواء في وجه الشرعية الدولية إذا ما اجتمعت مواقف الدول الأخرى في مجلس على اتخاذ قرار بعينه ووقفت تلك الدولة وحدها باستخدام حق الفيتو.

### الاتجاه الثالث - وضع ضوابط لاستخدامه

يرى الرأي الثالث أهمية وضع ضوابط لاستخدام الفيتو، خاصة مع استحالة تخلى الدول الدائمة عنه، وهذا الاتجاه يعتبر الأكثر عقلانية وفعالية وأماناً على المدى البعيد، فالخطورة الحقيقية لا تكمن في وجود أو تقنين حق الاعتراض في ميثاق الأمم المتحدة بقدر ما تكمن في تعمد الميثاق عدم وضوح كل جوانب المتعلقة بتطبيقه حتى يتيح للدولة دائمة العضوية أكبر قدر ممكن من الحرية في الحركة، وفي القدرة على الحيلولة دون صدور قرارات لا ترضى عنها من مجلس الأمن وبالتالي، فمن الممكن إدخال تعديلات مهمة على النصوص الحالية للميثاق لوضع عدد من الضوابط وتحديد الحالات التي يجوز فيها استخدام حق الفيتو بقدر أكبر من الدقة والوضوح، ومن شأن هذا التحديد أن يحد من ظاهرة سوء استخدام الفيتو أو الإسراف فيه، خصوصاً إذا ما أزيل التناقض الناجم بين إمكانية اتخاذ الإجراءات والترتيبات المنصوص عليها في نظام الأمن الجماعي كما حدده الميثاق

## التوسع في استخدام الفصل السابع من الميثاق (الأسباب والنتائج)

بالنسبة لنزاع تكون إحدى الدول دائمة العضوية لها مصلحة مباشرة فيه، ومن منح هذه الدولة دائمة العضوية القدرة العملية على استخدام حق الفيتو عند يحد هذا النزاع في مجلس الأمن<sup>(1)</sup>، وبالتالي، من المهم إعادة النظر في المعايير التي يتعين الاستناد إليها لتحديد الأعضاء الدائمين بمجلس الأمن، كما أنها شرط مهم لإعادة المصادقية والفاعلية معاً لمجلس الأمن.

### الخاتمة

وكما رأينا، فالبدائل المطروحة لا يبدو أنها قابلة للتطبيق وفق المعطيات الدولية الحالية ولهذا نحن نرى ألا يركز الجهد الإصلاحي على إلغاء الفيتو، وهو أمر صعب في الواقع، ولكن يمكن أن يتمثل في وضع الضوابط والمعايير التي تجعل من حق الفيتو أداة لحماية نظام الأمن الجماعي ذاته وليس لحماية مصالح خاصة، خصوصاً إذا ما تسترت هذه المصالح خلف ممارسات تتنافى مع مبادئ الميثاق ومع قواعد القانون الدولي، وهنا تبرز ضرورة مراقبة ومساءلة مجلس الأمن عن استخدامه لحق الفيتو من خلال إنشاء جهاز مستقل تابع للمنظمة الدولية مسئول عن الإشراف الدستوري لقرارات مجلس الأمن بما لا يتعارض مع الميثاق شأن المحكمة الدستورية العليا في الحكم على مدى دستورية القرارات التي تصدرها المحاكم بحيث لا تتعارض مع الدستور، وهذا يمثل رادعاً و ضماناً لحسن استخدام المجلس لصلاحياته وعدم الإسراف في الفيتو خاصة الفصل السابع<sup>(1)</sup>.

(1) المرجع السابق، ص 248.

(1) حامد سلطان ، القانون الدولي العام، (القاهرة: د. ن ، 1969)، ص 974.

### قائمة المراجع

1. د. اسماعيل صبري مقلد، العلاقات السياسية الدولية، النظرية والواقع، (القاهرة، ب.ن) الطبعة الأولى، 2001.
2. د. جميل محمد حسين، التعديل العرفي لميثاق الأمم المتحدة في ظل النظام الدولي الجديد، (القاهرة. د.ن. 1992).
3. د. جميل محمد حسين، "تطور ممارسات نظام الأمن الجماعي بعد الحرب الباردة"، (القاهرة: مركز البحوث والدراسات السياسية بكلية الاقتصاد والعلوم السياسية، جامعة القاهرة، 1994).
4. حامد سلطان، القانون الدولي العام، (القاهرة: د. ن، 1969).
5. د. حسن نافعة، (محرر) الأمم المتحدة في ظل التحولات الراهنة في النظام الدولي، القاهرة: مركز البحوث والدراسات السياسية، جامعة القاهرة، 1994.
6. د. حسن نافعة، إصلاح الأمم المتحدة، (القاهرة، مركز البحوث والدراسات السياسية، جامعة القاهرة، 1995).
7. محمد مشهور متعب، أثر النظام الدولي على فعالية مجلس الأمن، دراسة في الحالة العراقية، 2001 - 2004، رسالة ماجستير، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، جامعة القاهرة، 2006.
8. نبيل العربي، "الأمم المتحدة والنظام العالمي الجديد"، مجلة السياسة الدولية، العدد (114)، أكتوبر 1993.
9. نهى علي بكر، مشروعات إصلاح مجلس الأمن، دراسة سياسية مقارنة في ضوء أزمات ما بعد الحرب الباردة، رسالة دكتوراه، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، جامعة القاهرة، 2007.

الحماية الجنائية للبيانات الشخصية الإلكترونية في القانون الليبي و المقارن

د. ماشاء الله عثمان الزوي

عضو هيئة تدريس بكلية القانون / جامعة بنغازي

مُقَدِّمَةٌ

للتقنية ووسائل الاتصال الحديثة دورٌ مهمٌ في تطوُّر المجتمعات وتغييرها من مجتمع الصناعة إلى مجتمع المعلومات والمعرفة، وتحديث الخدمات بها، وأضحى استخدام تلك التقنية ووسائل الاتصال من سمات العالم الذي نعيشه اليوم، وبات واضحاً أن الاعتماد عليها أمرٌ لا غنى عنه لكلِّ مرافق الدولة، خصوصاً القطاعات الخدمية الخاصة والعامة منها، التي تسعى إلى تقديم خدمات أفضل للفرد؛ بتوفير الجهد والوقت، بل وحتى المسافات.

ووصولاً إلى هذه الغاية تقوم تلك القطاعات بإنشاء بنوكٍ مختلفة للمعلومات Banque de données، وقد تستخدم البيانات أو المعلومات المخترنة في بنوك المعلومات لأغراضٍ غير مشروعة، أو أن تقوم بعض الشركات ببيعها بعد تبويبها لمن يرغب في ذلك.

كما أن الخدمات والمعاملات الإلكترونية التي أضحت يتجه إليها الاقتصاد الوطني لدى كثير من الدول تجد في المعلومات محركها الأساسي، الأمر الذي يعزُّز من أهمية المعلومات، والعمل على حمايتها. غير أن التعامل بالخدمات والمعاملات الإلكترونية المختلفة لدى كثير من الدول كشف عن ضعف مستوى الحماية المقررة للبيانات والمعلومات الشخصية في البيئة الرقمية.

إن استخدام العديد من المواقع على الإنترنت بقصد الترفيه أو مواقع التواصل الاجتماعي وغيرها من المواقع و الخدمات على الشبكة بلا شك يشكّل خطورةً على خصوصية المستخدم في كثير من الأحيان، لا سيما

مع ضعف مستوى الأمن والحماية في تلك المواقع، الأمر الذي قد يجعلها تتعرض لهجمات إلكترونية، الهدف منها الحصول على المعلومات والبيانات الشخصية للمستخدم.

بالإضافة إلى الجهود الوطنية والدولية لمكافحة الإرهاب أو الجريمة المنظمة Crime organisé قد تقتضي الاطلاع على البيانات والمعلومات الشخصية، والكشف عليها، فضلاً عن إمكانية نقل وتبادل تلك البيانات والمعلومات من دولة لأخرى، وما يتبع ذلك من تعرضها لأعمال القرصنة، والاطلاع أو الوصول غير المشروع.

إن زيادة حجم البيانات والمعلومات الإلكترونية والمخاطر التي تتعرض لها في الوقت الحالي مقارنة بأي وقت مضى، وما قد يترتب عليه من خسائر جسيمة على الصعيد الأمني والاقتصادي للدولة، يجعل الأمن المعلوماتي cybersécurité جزءاً لا يتجزأ من منظومة الأمن القومي للدولة، والدفاع عن مواطنيها وأجهزتها المختلفة.

وتبدو الإشكالية في أنه على الرغم من التأثير الإيجابي للتقنية ووسائل الاتصال الحديثة في المجتمع والاستفادة منها بأن سرت وطورت الخدمات الإلكترونية المختلفة إلا أنها قد توظف بشكل سيء، الأمر الذي يُشكل تهديداً كبيراً لسريّة البيانات والمعلومات الشخصية للمستخدم، وهذا التهديد في تطور مستمر مع زيادة استخدام تلك التقنية ووسائل الاتصال الحديثة، والاعتماد عليها في المجتمع.

ولا شك في أن للتقنيات الحديثة في مجال الاتصال والمعلوماتية تأثيراً كبيراً وامتزاجاً على حقوق الأفراد وحياتهم، فعلى سبيل المثال فقد تلقت اللجنة الوطنية للمعلوماتية والحيات<sup>(1)</sup> بفرنسا في سنة 2011 وحدها ما يصل إلى 700 شكوى من الأشخاص تتضمن اعتراضهم على نشر صورهم، وما يتعلق ببياناتهم الشخصية على الإنترنت، وهو ما يزيد عما كان عليه الوضع عام 2010 بنسبة 42% من قضايا حماية الخصوصية

(1) Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)



على الإنترنت أو خصوصية المعلومات<sup>(2)</sup>، وقد سُجِّلَتِ الأعوامُ الأخيرةُ -كذلك- تزايدَ عددِ الهجماتِ الإلكترونيةِ على النُّظُمِ المعلوماتيةِ بالدول العربية، لا سيَّما القطاعاتِ الحكوميةِ وقطاعاتِ الطاقةِ والخدماتِ الماليةِ، وقد شكَّلت هذه القطاعاتُ نسبةً 65% من مجموعاتِ الهجماتِ، ولأسبابٍ مختلفةٍ<sup>(3)</sup>.

لا شكَّ في أنَّ الأمرَ يحتاجُ إلى إحداثِ توازنٍ بشكلٍ يضمنُ الاستفادةَ منَ التقنيةِ ووسائلِ الاتصالِ الحديثةِ، مع ضمانِ حمايةِ حقِّ الفردِ في سريَّةِ البياناتِ والمعلوماتِ الشخصيةِ، وعدمِ التعرُّضِ لهذا الحقِّ. ومن أجلِ ذلك فقد عَنَتِ الكثيرُ منَ الدولِ بوضعِ تشريعاتٍ تكفلُ تنظيمَ استخدامِ تقنيةِ المعلوماتِ، بحيثُ تكونُ في خدمةِ الفردِ لا وبالأعلى عليه، فتنتهكُ من خلالها الحقوقَ والحرياتِ الفرديةَ أو العامةَ.

وفي المنطقةِ العربيةِ كليبيا والسعودية وسلطنةِ عمانَ يمكنُ ملاحظةَ زيادةِ اعتمادِ مؤسَّساتِ ومرافقِ الدولةِ على البياناتِ الشخصيةِ، واستخدامها لأغراضٍ مختلفةٍ، الأمرُ الذي يجعلنا نتساءلُ عن مدى الحمايةِ الجنائيةِ التي تتمتعُ بها البياناتُ الشخصيةُ الإلكترونيةُ في تلكِ الدولِ ؟ لا سيَّما في ظلِّ تناميِ استخدامِ تقنيةِ المعلوماتِ في مختلفِ المجالاتِ، وسنحاولُ معرفةَ ذلكِ عبرَ صفحاتِ البحثِ كما سيأتي:

**المطلبُ الأوَّلُ: مفهومُ البياناتِ الشخصيةِ الإلكترونيةِ ووضعها في قانونِ العقوباتِ الفرنسي.**

**المطلبُ الثاني: مدى الحمايةِ التي تكفلها بعضُ التشريعاتِ العربيةِ للبياناتِ الشخصيةِ الإلكترونيةِ.**

---

(2)Carole Girard-Oppici : Les donnéespersonnelles et la protection de la vie privée à l'heure des nouvelles technologies, sur : <http://www.net-iris.fr/veille-juridique/dossier/20679/les-donnees-personnelles-et-la-protection-de-la-vie-privee-a-heure-des-nouvelles-technologies.4-9-2015> .

(3)[www.alweeam.com.sa/407005/%D9%81%D8%A7%D9%8A%D8%B1-](http://www.alweeam.com.sa/407005/%D9%81%D8%A7%D9%8A%D8%B1-)

## المطلب الأول

### مفهوم البيانات الشخصية الإلكترونية ووضعها في قانون العقوبات الفرنسي

كفلت المادة الثامنة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان في فقرتها الأولى حرمة الحياة الخاصة<sup>(4)</sup>، وتتضمن

البيانات الشخصية أسرار الفرد، ولكل فرد الحق في احترام حياته الخاصة ومراسلاته.

وقد أصدر المشرع القانون رقم 17 لسنة 1978<sup>(5)</sup> بشأن المعلوماتية والملفات لحماية الحريات؛ لكي تكون

تقنية المعلومات أقرب ما تكون في خدمة الفرد. وجاءت المادة الأولى والمعدلة مؤخرًا بالقانون رقم 1321 -

2016 الصادر في 7 أكتوبر 2016م بشأن الحكومة الرقمية Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016

pour une République numérique. لتؤكد على أن تقنية المعلومات يجب أن تكون في خدمة المواطن،

وأن التنمية يجب أن تكون في إطار التعاون الدولي، كما يجب أن لا يترتب عليها المساس بهوية الإنسان أو

حقوقه أو حياته الخاصة أو الحريات الفردية والعامة libertés individuelles ou publiques، وأن لكل

شخص الحق أن يقرر التحكم في استخدام البيانات الشخصية وفقاً للشروط المنصوص عليها في القانون.

---

(4)Marine Farshian: Quand la réalité de la surveillance massive tend à dépasser la fiction orwellienne, Droit a la vie privée et protection des données personnelles (Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe), La Revue des droits de l'homme [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 28 mai 2015,p 3.

(5)Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

وتجدُر الإشارة إلى أنّ هذا القانونَ عُدِلَ عِدَّةَ مَرَّاتٍ كالتعديلِ بمُقْتَضَى القانونِ رقم 239 لسنة 2003<sup>(6)</sup>،

والقانونِ 801 لسنة 2004، والقانونِ 64 لسنة 2006 بشأنِ مكافحةِ الإرهابِ<sup>(7)</sup>، والقانونِ 334 لسنة

2011<sup>(8)</sup> والمرسومِ رقم 1012 لسنة 2011 بشأنِ المراسلاتِ الإلكترونية<sup>(9)</sup>، والقانونِ 954 لسنة 2012 بشأنِ

التحرُّشِ الجنسيِّ<sup>(10)</sup>، والقانونِ رقم 344 لسنة 2014 بشأنِ الاستهلاكِ<sup>(11)</sup>، والمرسومِ

1341 لسنة 2015<sup>(12)</sup> والقانونِ رقم 1321 لسنة 2016 بشأنِ الحكومةِ الرقميةِ<sup>(13)</sup>، والقانونِ رقم 41 لسنة 2016

---

(6)Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure

(7)Loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers.

(8)Loi n° 2011-334 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits

(9)Ordonnance n° 2011-1012 du 24 août 2011 relative aux communications électroniques

(10)Loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel

(11)Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation

(12)Ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015 relative aux dispositions législatives du code des relations entre le public et l'administration

(13)Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique

بشأن تحديث نظام الرعاية الصحية<sup>(14)</sup>. والقانون رقم 1547 لسنة 2016.<sup>(15)</sup> والقانون رقم 31 لسنة

2016 والصادر في 3 يونيو 2016م بشأن تعزيز مكافحة الجريمة المنظمة والإرهاب وتمويلها.<sup>(16)</sup>

وسنتاول الحماية التي يقرها التشريع الفرنسي للبيانات الشخصية، على أن نسبق ذلك ببيان مفهوم البيانات الشخصية الإلكترونية، أو الخصوصية المعلوماتية، وتأثير التقنيات الحديثة عليها كما يأتي:

### الفرع الأول

#### مفهوم البيانات الشخصية الإلكترونية وتأثير التقنيات الحديثة عليها

يعتبر أمن وسلامة البيانات والمعلومات الشخصية *sécurité des données* من القضايا الهامة لدى الفرد، وعدم وجود حماية فعالة للبيانات الشخصية يُعدّ حجر عثرة أمام نجاح الخدمات الإلكترونية رغم توفيرها الجهد والوقت للفرد. خاصة مع تنامي مخاطر البيانات والمعلومات الشخصية بالتطور السريع في الإنترنت والحاسبات الآلية، وعليه سنحاول من خلال هذه الجزئية من الدراسة بيان تأثير تقنية المعلومات على البيانات الشخصية، على أن نسبق ذلك ببيان المقصود من البيانات الشخصية الإلكترونية أو الخصوصية المعلوماتية كما يأتي:

#### أولاً: مفهوم البيانات الشخصية الإلكترونية:

للفرد الحق في الخصوصية المعلوماتية، ويُقصد بالخصوصية المعلوماتية سرية البيانات والمعلومات الشخصية الإلكترونية، وتختلف البيانات عن المعلومات في أنها تُشكّل الحقائق أو الرسائل أو الإشارات أو المفاهيم التي تُعرض بطريقة صالحة للإبلاغ أو التوصيل أو التفسير أو المعالجة، أمّا المعلومات فهي المعنى الذي يُستخلص

(14)Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé

(15)Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du xxle siècle.

(16)Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale

من البيانات، فالمعلومة عبارة عن رمزٍ أو مجموعةٍ من الرموز تُقضى إلى معنىٍ معيّن<sup>(17)</sup>، على أنّ البيانات والمعلومات المكفولة بالحماية هي المتعلقة بالشخص الطبيعي وليس المعنوي، وذلك طبقاً للقانون رقم 17 لسنة 1978 بشأن المعلوماتية والملفات والحريات في فرنسا<sup>(18)</sup> (المادة الثانية)، على اعتبار أنّ القانون يهدف إلى حماية الحقوق والحريات الفردية، وهذه المفاهيم لا تتفق وطبيعة الشخص المعنوي.

كما يكفل القانون الحماية لاسم الشخص المعنوي إذا كان اسمه متكوّنًا من اسم شخصٍ طبيعيٍّ أو لقبه، كاسم أحد الشركاء أو المساهمين بالشركة<sup>(19)</sup>.

وبيّن القانون -سالف الذكر- المقصود بالبيانات الشخصية بأنّها البيانات التي من شأنها الكشف عن هويّة الشخص الطبيعي، سواءً أكان بشكلٍ مباشرٍ أم غير مباشرٍ، كبيانات حالة الشخص الصحية، والبيانات المتعلقة بالجرائم، وتدابير الأمن والسلامة<sup>(20)</sup>، وكذلك الاسم، واللقب، والصور الشخصية، وتاريخ الميلاد، والحالة الاجتماعية، وعنوان البريد الإلكتروني<sup>(21)</sup>، وعنوان بروتوكول الإنترنت IP، و رقم الضمان الاجتماعي، و رقم الهاتف، رقم البطاقة المصرفية، والبصمة الجينية وأرقام بطاقات الائتمان، و رقم رخصة القيادة، وملفات تعريف الارتباط cookies، وغيرها من البرامج التي تسمح بالتعرّف على هويّة الفرد أو حاسبه الآلي.

(17) راجع : هشام محمد فريد رستم ،قانون العقوبات ومخاطر تقنية المعلومات، مكتبة الآلات الحديثة بأسبوط،1994م،ص26.

(18)Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

(19)Marie-Laure Laffaire: Protection des données à caractère personnel,Éditionsd'Organisation, 2005,p45.

(20)Panorama des infractions Informatique et libertés en France, <https://www.alain-bensoussan.com/avocats/infractions-informatique-et-libertes/2017/02/21/>

(21)[https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/what-personal-data\\_en](https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/what-personal-data_en).

أمّا عن تشريع الاتحاد الأوروبي الجديد لحماية البيانات رقم 679-2016 والصادر في 27 أبريل 2016 مفقّد حدّد مفهوم البيانات الشخصية بأنها: " أيّ بياناتٍ تتعلّق بشخصٍ طبيعيٍّ محددٍ أو قابلٍ للتحديد، والشخص الطبيعيّ المعنيّ هو الشخص الذي يمكنُ تحديدهُ بشكلٍ مباشرٍ أو غير مباشرٍ، وذلك بالرجوع إلى الاسم، أو رقم التعريف، أو بيانات الموقع، أو عبر الإنترنت، أو إلى أحد العوامل المحددة للفيزيائية، الفسيولوجية؛ الهوية الجينية أو العقلية أو الاقتصادية أو الثقافية أو الاجتماعية لهذا الشخص الطبيعي (22)، ولا تفقدُ البيانات تلك الصفة حتّى عند ما تكون مشفرةً أو لا تسمحُ بالتعريف، طالما يمكنُ استخدامها لإعادة تحديد هوية الشخص، وتتمتعُ بحماية القانون، ولا البيانات شخصية متى كانت لا تسمحُ بتحديد هوية الشخص بأيّ حالٍ من الأحوال (23).

في حين حدّد مشروع قانون حماية البيانات الشخصية المصري لعام 2017 المقصود من البيانات الشخصية بأنها " أيّ معلوماتٍ عن الفرد الذي تكون هويتهُ محددة، أو يمكنُ تحديدها بصورةٍ معقولة، سواءً أكان من خلال هذه البيانات أم عن طريق الجمع بينها وبين أيّ بياناتٍ أخرى، بما في ذلك الصوت والصورة، والمتعلقة بشخصٍ ذاتيٍّ مُعرّفٍ أو قابلٍ للتعريف عليه.

كما عرّف نظام مكافحة جرائم تقنية المعلومات السعودي البيانات بأنها المعلومات أو الأوامر أو الرسائل أو الأصوات، وكذلك الصور التي تُعدّ أو التي سبق إعدادها لاستخدامها في الحاسب الآلي، كالأرقام والرموز والحروف وغيرها. وعرّف قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات العُمانيّ البيانات والمعلومات بأنها كلُّ ما يمكنُ تخزينه ومعالجته وتوليده ونقله بوسائل تقنية المعلومات، أيّاً كان شكله كالكتابة والصوّر والأصوات، والرموز والإشارات، في حين بيّن المقصود من معالجة البيانات الشخصية بأنها أيّ عملية أو مجموعة عمليات

(22)Article 4 of The EU general data protection regulation 2016/679 (GDPR).

(23)[https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/what-personal-data\\_en](https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/what-personal-data_en).

تُجرى على البيانات، عن طريق وسائل تلقائية أو غيرها، أو جمعها، أو تسجيلها، أو تنظيمها، أو تخزينها، أو تعديلها، أو تحويلها، أو استرجاعها، أو مراجعتها، أو الإفصاح عنها، عن طريق إرسالها أو توزيعها، أو إتاحتها بوسائل أخرى، أو تنسيقها، أو ضمّ بعضها إلى بعض، أو محوها أو إلغائها.

أمّا قانون تنظيم الاتصالات رقم 22 لسنة 2010 في ليبيا فقد عرّف الاتصالات بأنها كلّ عملية نقل أو بثّ أو استقبال أو إرسال الرموز، أو الإشارات، أو الأصوات، أو الصور، أو البيانات، مهما كانت طبيعتها بواسطة الوسائل السلكية أو اللاسلكية، أو أيّ وسيلة أخرى من وسائل تقنية الاتصالات.

### ثانياً: تأثير التقنيات الحديثة على البيانات الشخصية الإلكترونية وأهمية حمايتها:

أدى التطور المذهل إلى زيادة الاعتماد على استخدام الحاسب الآلي والإنترنت، حتى غدت وسائل الاتصال الحديثة -وفي مقدمتها الإنترنت- من الوسائل التي لا يمكن الاستغناء عنها في الاتصال ونقل المعلومات<sup>(24)</sup>، على اعتبار أنّ تكنولوجيا المعلومات والاتصالات من الأدوات التي تضمّن جودة الخدمات العامة وتطويرها<sup>(25)</sup>، غير أنّ التطور الذي تشهده تقنية المعلومات له -بلا شك- تأثير قويّ على حقوق الأفراد وحرّياتهم، لا سيّما الحقّ في سرّية البيانات الشخصية<sup>(26)</sup> ففي إطار تطوير الخدمات المختلفة بالدولة، وزيادة فعاليتها وتسهيلها، يقوم الفرد بتقديم بياناته ومعلوماته الشخصية للقطاعات المختلفة بالدولة، لا سيّما تلك التي تعتمد على الإنترنت في التواصل مع عملائها، أو مع غيرها من القطاعات، إلّا أنّ ذلك يؤدي إلى اتّساع نطاق الرقابة الاجتماعية le contrôle social، فاستخدام الحاسب لما يتّسم به من قدرات عالية في تخزين البيانات وتجميعها

(24) خالد ممدوح إبراهيم، الجرائم المعلوماتية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2009م، ص31.

(25) Alexis Ngounou: Logicielslibres et

administration électronique, Thèse de doctorat, Université Lille 2, 2010, Résumé

(26) Monika Zwolinska: Sécurité et libertés fondamentales des communications électroniques

en droit français, européen et international, thèse de doctorat, Université de Nice, 2015, résumé.

ومعالجتها، وهي التي تُجمَع عن الأفراد، وتُحزَّن في بنوك المعلومات، واحتمال تعرضها للاستخدام والإفشاء غير مشروع، وتلك الخطورة في تزايد إذا رُبِطت أجهزة الحاسب الآلي بعضها مع بعض، أو بشبكات عامة للاتصال، حيثُتبادَل المعلومات بين مراكز المعلومات المختلفة، من حيث الغاية من تجميع البيانات وتخزينها، ومن ثمَّ ربط هذه المعلومات ببعضها مع بعض<sup>(27)</sup>، حيثُ تسمح في نهاية الأمر بالتعرُّف عن هوية الفرد 'l'identité d'une personne' ومعرفة اهتماماته<sup>(28)</sup>.

ويُلاحظ أنَّ العديد من شركات الاتصالات والتأمين وغيرها - في الدول العربية خاصةً - تطلب من عملائها صوراً شخصية إلكترونية، وبصمات إلكترونية، وصوراً لجوازات سفرهم، ومستندات إلكترونية أخرى لا تقل عنها أهمية، وتقوم بحفظها في أجهزتها، الأمر الذي قد يُعرضها لمخاطر الدخول غير المشروع إلى النظام المعلوماتي، والاطلاع على ما يحتويه من بيانات ومعلومات.

وقد تقوم هذه القطاعات؛ لتسهيل الخدمة على العملاء وتطوير خدماتها، بتبادل تلك الصور الشخصية، أو صور جوازات السفر الإلكترونية، مع فروعها في مختلف المناطق بإرسالها عبر الإنترنت، مما يعني احتمال تعرضها للسرقة باختراق الحسابات الإلكترونية لتلك القطاعات من قبل الهاكرز أو محترفي جرائم التقنية الحديثة والحاسب الآلي، ومن ثمَّ الاطلاع عليها أو استخدامها بشكل غير مشروع في جهات أخرى، أو بيعها لأشخاص أو جهات مقابل المال.

(27) راجع : هشام محمد فريد رستم، قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 178 وما بعدها.

(28) محمد محمود المكاوي، الجوانب الأخلاقية والاجتماعية للجرائم المعلوماتية، جرائم الكمبيوتر والإنترنت، المكتبة العصرية

للنشر والتوزيع الطبعة الأولى، 2010م، ص 359.



إنَّ الإنترنت يحتوي على كمياتٍ هائلةٍ من المعلومات المتبادلة بسهولةٍ ويسرٍ، والمشكلة تكمنُ في أنَّ تطوير الخدماتِ على الإنترنت يصاحبهُ عادةً - زيادة المعلومات التي تُجمَع عن المستخدمين، وتعرُّض هذه المعلومات بعد ذلك لمخاطر الإفشاء للغير<sup>(29)</sup>.

فالإنترنت بخدماته أَرْضُ خصبةٌ لانتهاك الخصوصية، وشبكة بلا حدودٍ Sans Frontière، ففي خلال شهرٍ واحدٍ تحصَّلت وكالةُ NASA على مليارات المعلومات من الرسائل المتبادلة بين الأفراد، وهذه الأرقام تجعل الفرد يشعر عند دخوله إلى الإنترنت بأنَّه مُراقَّبٌ ومنتَهَكٌ خصوصيةً<sup>(30)</sup>.

ويحدث ذلك عبر المواقع المختلفة، كمحركات البحث Moteur de recherche التي تعتبر من أهم وسائل الحصول على المعلومات عبر الإنترنت<sup>(31)</sup>، ففي محركات البحث يترك الشخص بعض البيانات التي تدل على هويته ومُؤله، من خلال عمليات البحث التي يقوم بها، ويُعرِّضها لمخاطر الاستخدام أو الإفشاء غير المشروع، ولهذا تظهر أهمية تطبيق الحق في النسيان Droit à l'oubli لمستخدم محركات البحث؛ في سبيل حماية البيانات الشخصية<sup>(32)</sup>. وهو ما ينطبق كذلك على ملفات تعريف الارتباط، ومواقع التواصل الاجتماعي، التي قد تحصل منها الشركات والجهات الأمنية على البيانات والمعلومات الشخصية للمستخدم، كتلك التي تقوم

---

(29) André Jacques Augand : Respect de la vie privée en matière de nouvelles technologies à travers des études de cas, Université Panthéon-Assas (Paris 2), thèse de doctorat, 2015, résumé.

(30) Marine Farshian: op, cit, p 1- 2 .

(31) يونس عرب، موسوعة القانون وتقنية المعلومات، دليل أمن المعلومات والخصوصية، الجزء الثاني، الخصوصية وحماية البيانات في العصر الرقمي، اتحاد المصارف العربية، بيروت، 2002م، ص 185.

(32) Jean-Philippe Foegle: La CJUE, magicienne européenne du « droit à l'oubli » numérique, Protection des données personnelles (Union européenne), La Revue des droits de l'homme, [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 16 juin 2014, p 9.

بتجميعها وتخزينها هذه المواقع عنه، وتتعلق بوضع المادي أو الاجتماعي أو الصحي... إلخ<sup>(33)</sup>. وليس بعيداً عن ذلك أعمال الرقابة التي قد تحدث عبر المواقع المختلفة باختراق حساب المستخدم بطرق وبرامج مختلفة في تطوّر مستمرّ، وتعجز هذه المواقع عن توفير حماية فعّالة للبيانات الشخصية، أو أنّ المستخدم لم يكن على دراية كاملة وفهم لسياسة الخصوصية Politique de confidentialité المتعلقة بتلك المواقع. ومن أجل ذلك ظهرت جمعيات تهدف إلى توعية الأفراد بحقوقهم في العالم الافتراضي، وكيفية الدفاع عنها، وعن حرياتهم على الإنترنت، والعمل على ضمان احترام المبادئ الأساسية في العالم الافتراضي<sup>(34)</sup>.

إنّ كثيراً من المواقع - شبكات التواصل الاجتماعي خاصة - تحتفظ بالبيانات الشخصية للمستخدم ومعلوماته، حتى في حال إلغاء تفعيل حسابه، ممّا يعني أنّ بياناته ومعلوماته الشخصية لا تزال لدى الموقع، وسيجدها في حال إعادة تفعيل الحساب، ممّا يعرضها لمخاطر الاطلاع أو الاستخدام غير المشروع<sup>(35)</sup>.

(33) سليم عبد الله الجبوري، الحماية القانونية للمعلومات شبكة الإنترنت، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009م، ص

372.

(34) L'action de groupe de La Quadrature du Net contre les GAFAM, <https://www.alain-bensoussan.com/avocats/action-de-groupe-quadrature-du-net-gafam/2018/05/30/>.

(35) صدر عن الاتحاد الأوروبي في 26 أبريل 2016 تشريع لحماية الخصوصية والبيانات والذي سيدخل حيز التطبيق في 25 مايو 2018 م الذي يقضي في المادة 83 منه بفرض غرامة تقدّر بما يصل إلى 20 مليون يورو أو بنسبة 4% من العائدات السنوية للشركات العاملة في مجال الانترنت؛ كشبكات التواصل الاجتماعي وغيرها في حال قيامها بالتصرف في البيانات والمعلومات الشخصية للمستخدمين بدون موافقتهم المحدد والواضحة على ذلك .

Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC General Data Protection Regulation).

حيث تعتبر مواقع التواصل بيئةً خصبةً للاعتداء على الخصوصية المعلوماتية، أو حياة الفرد الخاصة في العالم الافتراضي، أو تعريض أمن الدولة القومي للخطر، أو ارتكاب جرائم الإرهاب والجرائم المنظمة، وتكون وملاً أمناً للمجرمين في ظل غياب النص التشريعي، والقدرات الفنية والتقنية على المواجهة.

الأمر الذي دفع الدول إلى سنّ تشريعات لتنظيم استخدام شبكات التواصل الاجتماعي؛ للحدّ من مخاطرها، ومن ذلك مشروع قانون تنظيم شبكات التواصل الاجتماعي داخل جمهورية مصر العربية<sup>(36)</sup>.

أضف إلى ذلك مخاطر استخدام تقنيات البصمات في الشركات والمؤسسات التعليمية؛ للتعرف على هوية الفرد، وما قد يتبعه من إنشاء قواعد بيانات لتلك البصمات، ولذلك لا تسمح اللجنة الوطنية للمعلوماتية والحريات

(36) تلزم المادة الأولى من المشروع مقدمي خدمات الإنترنت التابعين لها بإنشاء شبكات للتواصل الاجتماعي في مصر، على أن يحدث ذلك بالتنسيق مع الجهاز القومي للاتصالات، ووفقاً للمادة الثانية من المشروع تُشكّل لجنة أو فريقاً بالجهاز القومي للاتصالات يتكفل بأعمال الإشراف والمراجعة والرقابة على مقدمي خدمات الإنترنت في مصر، أما المادة الثالثة من المشروع فقد حظرت فتح حساب على مواقع التواصل الاجتماعي إلا عن طريق بطاقة الرقم القومي، وأن لا يقل عمر المستخدم عن 18 سنة، ولا شك في أنّ هذا النص يهدف إلى التحقق من هوية صاحب الحساب؛ لملاحقته إذا ما تطلّب الأمر ذلك، كما أجازت المادة الرابعة لجهات التحقيق المختصة متى قامت أدلة على وجود حسابات على شبكة التواصل الاجتماعي أو مواقع تضرراً بالأمن القومي أو تنتهك حرمة الحياة للأفراد، أن تأمر بحجبها من خلال العرض على المحكمة؛ وذلك لإزالة مصدر الضرر أو الانتهاك، ومحو آثاره في العالم الافتراضي، في حين تعاقب المادة الخامسة بالحبس مدة لا تقل عن سنة وبغرامة لا تقل عن خمسين ألف جنيه، ولا تجاوز مائة ألف جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين كلّ من قام بفتح حساب وهمي (غير حقيقي) على شبكة المعلومات، أو دخل عمداً على موقع أو حساب ينتهك حرمة الحياة الخاصة للغير.

<http://www.albawabhnews.com/3134232>.

في فرنسا CNIL<sup>(37)</sup> باستخدامها إلا إذا كانت المتطلبات الحتمية للأمن والنظام العام تبرّر ذلك<sup>(38)</sup>، أو استخدام شركات النقل نظام تحديد الموقع الجغرافي في سيارتها؛ من أجل توجيه أقرب سيارة لموقع العميل، وكذلك مراقبة السائقين عند القيام بعملهم، لما لهذه الأجهزة من خطورة على الحريات الفردية، فإن اللجنة الوطنية للمعلوماتية والحريات في فرنسا تطلب أن يسمح النظام للسائق بإيقافه عن العمل عند سفره الشخصي بالسيارة؛ فليس ذلك كالذهاب إلى المنزل عند الانتهاء من العمل أو زيارة صديق... إلخ<sup>(39)</sup>.

ومن تلك الخدمات -أيضاً- سحاب الحوسبة Cloud Computing التي تُعدّ إحدى أساليب الحوسبة، تُقدّم فيها الموارد الحاسوبية كخدمات، ويُتاح للمستخدمين الوصول إليها عبر الإنترنت، ويشمل خدمة الويب 2.0، وغيرها من التطبيقات التي تشترك في فكرة الاعتماد على الإنترنت؛ لتلبية متطلبات المستخدم، بأن يطلب العميل الخدمة من مزود الخدمة، ويختار نظام التشغيل... إلخ<sup>(40)</sup>. ومع أنّ البيانات تُخزّن في السحابة، ويقتصر

---

(37) تتولى هذه اللجنة مراقبة تطبيق قانون المعلوماتية والحريات والملفات في فرنسا، والتأكد من تعيد الجهات المختلفة بأحكامه، وقد أُنشئ - بمقتضى المادة 68 من التشريع الأوروبي الجديد المتعلق بالخصوصية وحماية البيانات لسنة 2016 مجلس حماية البيانات الأوروبي Le comité européen de la protection des données كهيئة تابعة للاتحاد، ولها شخصية قانونية مستقلة، وتتكون من مفوضي حماية البيانات الشخصية في الدول الأعضاء بالاتحاد، ومن مهامه مراقبة التطبيق السليم لهذا التشريع الجديد وضمانه، وتقديم المشورة لمجالس حماية البيانات الشخصية في الدول الأعضاء بالاتحاد، وتقديم أي مقترحات لتعديل هذا التشريع الجديد، وغيرها من المهام المنصوص عليها في المادة 70.

(38) Alexis Baumann: Nouvelles décisions de la CNIL en matière de biométrie, Publié le:

<http://www.declaration-cnil.com/Articles/A20060130-nouvelles-decisions-cnil-biometrie.php>.

(39) Hélène Lebon: Les prochaines recommandations de la CNIL en matière de géolocalisation,

Publié le: <http://www.declaration-cnil.com/Articles/A20051020-geolocalisation-recommandations-cnil.php>.

(40) [www.m-aljelban.com/vb/archive/index.php/t-166html](http://www.m-aljelban.com/vb/archive/index.php/t-166html),

الدخول إليها على الأشخاص المسموح لهم، إلا أن النظام يُشكّل خطرًا على البيانات والمعلومات الشخصية الإلكترونية؛ وتتجلى هذه الخطورة في إمكانية الوصول إلى البيانات المخزنة، والاطلاع عليها من دون موافقة المعني أو علمه، كاطلاع المهندس المسؤول عن السيرفر في السحابة، كما أن كثرة وجود السيرفر يجعل من الصعب تحديد السيرفر المخزنة فيه البيانات، أو تحديد الدولة الموجود بها<sup>(41)</sup>، واحتمال عدم حذف الملفات المحتوية على البيانات عندما يطلب المعني بالبيانات من الشركة مسح البيانات، وهذا يجعل الفرد أمام خطر مستمرٍ بتهديده بالإفشاء، ناهيك عن خطر تعرض البيانات المخزنة في السحابة للضياع<sup>(42)</sup>.

إنّ الكمّ الهائل من البيانات والمعلومات الموجود بنظام سحاب الحوسبة جعل السلطات في مختلف الدول تطلب الدخول السهل إلى النظام، والحصول على البيانات والمعلومات، الأمر الذي جعل التشريعات الأوروبية تفرض على الشركات التزام بحماية تلك النظم المعلوماتية<sup>(43)</sup>.

ومن تلك المخاطر -أيضًا- انتشار الفيروسات في الإنترنت، وهي برامج يمكنها التأثير على كافة برامج الحاسب الأخرى، بأن تجعلها نسخة منها، أو أن تعمل على مسح كافة البرامج الأخرى، ومن ثم تعطيلها عن العمل<sup>(44)</sup>، إذ تظهر على خلاف الحقيقة بأنها برامج مفيدة أو مساعدة للبحث، فيستقبلها المستخدم، فيحدث عن طريقها التجسس على معلوماته، وتعرضه فيما بعد لمخاطر الابتزاز وإفشاء المعلومات أو إتلافها أو سرقتها، كما أن

(41) Emmanuel sordet: le cloud computing, une vraie fausse révolution?, article,

sure: [www.ce4arab.com/vb7/archive/index.php/t-273313.html](http://www.ce4arab.com/vb7/archive/index.php/t-273313.html)

(42) [www.almashned.com/archive/index.php/t-75131.html](http://www.almashned.com/archive/index.php/t-75131.html)

(43) Etienne Papin: Le cloud computing et la sécurité des données, sur:

[www.clarinet.fr/blog/2014-02-24-le-cloud-computing](http://www.clarinet.fr/blog/2014-02-24-le-cloud-computing).

(44) منير محمد الجنيهي، ممدوح محمد الجنيهي، جرائم الإنترنت والحاسب الآلي ووسائل مكافحتها، دار الفكر الجامعي،

الإسكندرية، 2006، ص 68.

الإنترنت ساعدَ على انتشارِ جرائمِ قرصنةِ البرامجِ؛ لِمَا يُتِيحُهُ الإنترنتُ مِنْ إمكانيّةِ نسخِ البرامجِ الباهظةِ الثمنِ في زمنٍ قصيرٍ، وكذلك تسويقِ تلكِ البرامجِ عبرَ المواقعِ المختلفةِ<sup>(45)</sup>.

بالإضافةِ إلى مخاطرِ تقنياتِ النانو Nanotechnologies وتعني تكنولوجيا تعديل الذرة أو الجزيئات؛ لصناعةِ منتجاتٍ جديدةٍ<sup>(46)</sup>، فالنانو متر هو جزءٌ من ألف مليونٍ من المتر، وجزيئاته تُعطي المادةَ الداخلةَ في تركيبها خصائصَ جديدةً، والجسيماتُ تعطي مفاهيمَ جديدةً، ممَّا يقودُ إلى سلوكٍ جديدٍ، يعتمدُ على حجمِ تلكِ الجسيماتِ، ويعتبرُ النانو من الاكتشافاتِ المُهمّةِ في عدّةِ مجالاتٍ، وأتاحَ المجالَ لثوراتٍ مستقبليةٍ سترتّبُ عليها ظهورُ التقنيةِ بمظهرٍ جديدٍ في العديدِ من التطبيقاتِ<sup>(47)</sup>.

ففي مجالِ الإلكترونياتِ نلاحظُ أنّ البطاقاتِ المستخدمةَ في الحاسبِ في عالمنا اليومَ التي يُقدَّرُ سمكها ببضعةِ ملليمتراتٍ هي في حقيقتها تتكوّنُ من خمسِ طبقاتٍ، ومع انتقاصِ حجمه ازدادتِ القدرةُ والفعاليّةُ للحاسبِ فأكسبتهُ سرعةً وقدرةً كبيرةً للقيامِ بعملياته المختلفةِ<sup>(48)</sup>.

(45) نائلة عادل محمد فريد قورة، جرائم الحاسب الاقتصادية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 24.

(46) صفات سلامة، النانو تكنولوجيا عالم صغير ومستقبل كبير، الدار العربية للعلوم ناشرون، بيروت، 2009 م، ص 20.

(47) <https://nano.ksu.edu.sa/ar/nanotech-introduction>

(48) <http://kenanaonline.com/users/ahmedkordy/posts/315451>.

غير أنّ هذه التقنية من شأنها توسيع دائرة الرقابة على الفرد، فقد أدت إلى تصغير الأجهزة وتقوية فعاليتها، وتطوير قدراتها التخزينية، فالحاسبات وأجهزة التجسس قد تكون في ظلّ هذه التقنية صغيرة الحجم أكثر من أيّ وقتٍ مضى، فيصعبُ اكتشافها واحتمال وجودها في أماكن لم تكن متوقعةً في السابق.

مما جعل هذه التقنية تُشكّل خطراً حقيقياً على حقوق الإنسان وحياته، كحقّه في احترام الحياة الخاصة عند استخدام أجهزة الشرطة أو العدالة الجنائية لتقنية النانو<sup>(49)</sup>.

وهكذا فإذا كانت حوسبة البيانات قد سهّلت حياة المواطنين، بالإضافة إلى تقديم الخدمات المختلفة في الدولة، فينبغي ألا تُستخدَم تلك البيانات بشكلٍ سيءٍ، لذلك تفرض العديد من الدول القيود على جمع تلك البيانات واستخدامها ومعالجتها<sup>(50)</sup>.

وفي ظلّ المعطيات السابقة للتقنية الحديثة تظهر أهمية توفير حماية فعالة للخصوصية المعلوماتية؛ تأكيداً على حقّ دستوريّ للشخص؛ وهو حقّه في السريّة أو الخصوصية، فضلاً على أنّ حماية تلك البيانات يُعدّ عاملاً مهمّاً في نجاح الخدمات الإلكترونية المختلفة بالدولة.

---

(49) Quelles sont les questions éthiques posées par les

nanotechnologies ? : [www.cnrs.fr/cw/dossiers/dosnano/decouv/04/04\\_4/04\\_4.htm](http://www.cnrs.fr/cw/dossiers/dosnano/decouv/04/04_4/04_4.htm).

(50) Stéphane Tijardovic: La protection juridique des données personnelle ,Vers une nécessaire

adaptation de la norme juridique aux évolutions du monde numérique, Publié

le : <https://www.cairn.info/revue-les-cahiers-du-numerique-2003-3-page-185.htm>.

## الفرع الثاني

### وضع البيانات الشخصية الإلكترونية في قانون العقوبات الفرنسي

يكفل المشرع الفرنسي الحماية لحقوق الإنسان وحياتِهِ في مجال المعلوماتية، عن طريق تجريم الاعتداء على نظم معالجة البيانات، بالإضافة إلى تجريم الاعتداء على البيانات والمعلومات الشخصية ذاتها، وفي ذلك حماية مباشرة وغير مباشرة للبيانات الشخصية الإلكترونية أو حق الفرد في الخصوصية في العالم الافتراضي.

#### أولاً: الاعتداء على نظم المعالجة الآلية للبيانات الشخصية:

يعاقب المشرع الفرنسي على الدخول في نظم المعالجة الآلية للبيانات الشخصية، أو البقاء فيها، أو الاعتداء على سيرها، والتلاعب بالبيانات والمعلومات الشخصية، وهو ما سنحاول بيانه فيما يأتي:

#### 1. الدخول أو البقاء عن طريق الاحتيال في نظم معالجة البيانات:

تحتوي أنظمة معالجة البيانات على العديد من البيانات والمعلومات الشخصية بمختلف أنواعها، مما جعل الدخول أو البقاء غير المشروع لتلك الأنظمة يهدد سرية البيانات والمعلومات الشخصية أو الخصوصية المعلوماتية وسلامتها، وإلحاق الضرر بالمعني. وعليه تعاقب المادة 323-1 عقوبات والمعدلة بالقانون رقم 912 لسنة 2015 م<sup>(51)</sup> على فعل الدخول أو البقاء غير المشروع في نظام معالجة البيانات بالحبس سنتين، وغرامة 60 ألف يورو كل من يقوم عن طريق الاحتيال بالدخول أو البقاء في كامل نظام معالجة البيانات أو في جزء منه، وتشدّد العقوبة لتكون الحبس ثلاث سنوات و غرامة 100 ألف يورو إذا ترتب على الفعل محو البيانات الموجودة في النظام، أو حذفها أو تعديلها، أو تعطيل عمل النظام أو إضعافه، في حين قد تصل العقوبة السالبة للحرية إلى خمس سنوات، وغرامة 150 ألف يورو إذا وقع الفعل على أنظمة معالجة البيانات

(51)Loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement.



الشخصية التابعة للدولة، وتغليظ العقوبة في هذه الحالات قد يُعزى لأهمية البيانات وحساسية المعلومات التي يحتويها النظام، وخطورة الجاني الذي تمكّن من اختراق منظومة الحماية الخاصة بتلك النظم، التي تمتاز عادةً بتشديد الحماية ضدّ الاختراق عمّا هو وارد في أنظمة معالجة البيانات التابعة للقطاع الخاص، فهي من الجرائم الشكلية التي لا يلزم لقيامها تحقق نتيجة معينة، بل تقع تامّة بمجرد ارتكاب السلوك الإجرامي بفعل الدخول أو البقاء في النظام عن طريق الاحتيال *frauduleusement*، وإن لم يقع ضرر للبيانات أو المعلومات، غير أنّ المشرع يشدّد من العقوبة في حال تحقق حذف أو تعديل البيانات المخترنة بالنظام، أو تعطيل عمل النظام، ويتحقق الدخول باتصال الجاني بالنظام بأيّ طريقة من الطرق التي يمكن من خلالها أن يتحقق الاتصال بالنظام<sup>(52)</sup>، سواءً أكان باستخدام قرصٍ مُدمجٍ أم جهاز حاسبٍ آليٍّ آخر لدى الجاني<sup>(53)</sup>.

وجميع المعدات أو الأجهزة أو البرامج لحفظ البيانات أو تخزينها أو معالجتها أو التحكم فيها أو عرضها أو إرسالها أو استقبالها بشكلٍ تلقائي<sup>(54)</sup>، أو غيرها من البرامج الخبيثة التي تسهّل أو تسمحُ بارتكاب الجرائم المنصوص عليها في المواد 323 إلى 323-3 من قانون العقوبات، ولا يشترطُ -كما هو الحال في الاتفاقية

(52) غنام محمد غنام، دور قانون العقوبات في مكافحة جرائم الكمبيوتر والانترنت وجرائم الاحتيال المنظم باستعمال شبكة الإنترنت، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2010م، ص 128.

(53) عمر الفاروق الحسيني، المشكلات الهامة في الجرائم المتصلة بالحاسب الآلي وأبعادها الدولية، الطبعة الثانية، 1995م، ص 127.

(54) Murielle Cahen: Loi : Intrusion dans un système informatique (hacking), publié

le 01/05/2009 ,sur : <https://www.legavox.fr/blog/murielle-cahen/intrusion-dans-systeme-informatique-hacking-314.htm>.

الأوروبية<sup>(55)</sup> – أن تكون هذه البرامج مصممة في الأساس لارتكاب تلك الجرائم<sup>(56)</sup>، أو استخدام برامج مخفية يمكن إرسالها عبر البريد الإلكتروني، وعن طريقها يتحكم في الحاسب الآلي وإدارته عن بُعد، أو استهداف كلمات مرور النظام المعلوماتي، واستخدام برامج فك التشفير للمعلومات المشفرة<sup>(57)</sup>، وإن كان المشرع الفرنسي يوفّر الحماية للنظام من الدخول أو البقاء غير المشروع، وإن لم يكن الدخول إليه يتطلب كلمة مرور pass word<sup>(58)</sup>. فالاختراق يتحقق وفقاً للنص السابق بالدخول غير المشروع أو المصرح به للنظام<sup>(59)</sup>، عن طريق برامج حديثة وتقنية متطورة لا يستخدمها عادة إلا من يملك الخبرة والدراية في هذا المجال<sup>(60)</sup>، ومن أشهر تلك

---

(55) la Convention sur la cybercriminalité du Conseil de l'Europe.

(56) Etienne Wery : Le nouvel article 323-3-1 du Code pénal : lutter contre les virus, d'accord, mais attention aux effets pervers, Publié le 02/09/2004 , sur : <https://www.droit-technologie.org/actualites/le-nouvel-article-323-3-1-du-code-penal-lutter-contre-les-virus-daccord-mais-attention-aux-effets-pervers/>.

(57) [http://www.murielle-cahen.com/publications/p\\_intrusion.asp](http://www.murielle-cahen.com/publications/p_intrusion.asp).

(58) Alain Bensoussan: Internet, aspects juridiques, éd Hermes, 1998, p. 198, Murielle Cahen: Loi : Intrusion dans un système informatique (hacking), **publié le 01/05/2009**, sur : <https://www.legavox.fr/blog/murielle-cahen/intrusion-dans-systeme-informatique-hacking-314.htm>

(59) Murielle Cahen: Loi : Intrusion dans un système informatique (hacking), publié le 01/05/2009 , sur : <https://www.legavox.fr/blog/murielle-cahen/intrusion-dans-systeme-informatique-hacking-314.htm>.

(60) خالد ممدوح إبراهيم، الجرائم المعلوماتية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2009م، ص 242.

البرامج ما يُعرّف بحصان طروادة<sup>(61)</sup>. كذلك كأن يستخدم شخص برامج من شأنها اختراق كلمة المرور الخاصة بالحاسب الآلي؛ المحمول الخاص بشخص آخر، ونقل البيانات من حاسبٍ لآخر؛ للاطلاع على ما يحتويه من بيانات؛ وما في ذلك من مساسٍ بسرية تلك المعلومات، فالجريمة تتحقق بالدخول إلى نظام التجهيز أو المعالجة الآلية للبيانات الشخصية، المتكوّن من وحدةٍ أو أكثر من وحدات معالجة البيانات وأجهزة التدقيق والاتصال، التي تساهم في تحقيق نتيجة معينة، مع عدم وجود ترخيصٍ أو إذنٍ بالدخول.

أمّا البقاء في النظام فقد يسبّغه دخولٌ مشروعٌ أو قانونيٌّ للنظام<sup>(62)</sup> أو غير مشروعٍ، ففي الحالة الأولى يُسألُ الجاني عن جريمة البقاء بطريق الاحتيال في النظام بعد الدخول المشروع إليه، كأن يكون المستخدم قد استنفذ الوقت المحدد أو المسموح به للدخول، إلا أنه استمر في البقاء بالنظام، مهما كان غرضه من ذلك البقاء، من ذلك أن يتوصل شخصٌ عن طريق المصادفة إلى الاطلاع على رمز الحماية الخاص بالنظام، ويبقى بداخله<sup>(63)</sup> على اعتبار أن ذلك يُعدُّ طريقةً من طرق الدخول غير المشروع إلى النظام<sup>(64)</sup>، ممّا يهدّد سرية البيانات والمعلومات الشخصية المختزنة بالنظام.

فيعاقب المشرع على فعل الدخول عن طريق الاحتيال للنظام إذ يتطلب المشرع لقيام الجريمة توفر القصد الجنائي العام بعنصر العلم والإرادة؛ بأن تتجّه إرادة الجاني إلى الدخول أو البقاء مع علمه بعدم مشروعية ذلك، ولا قيام لهذه الجريمة إذا تخلّف أيُّ عنصرٍ من عناصر القصد الجنائي، وذلك كأن يعتقد المستخدم مشروعية

---

(61) منير محمد الجنيهي، ممدوح محمد الجنيهي، جرائم الإنترنت والحاسب الآلي ووسائل مكافحتها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 46-47.

(62) <https://ssi.ac-strasbourg.fr/referentiels/le-juridique/les-themes/la-cybercriminalite>.

(63) هدى حامد قشقوش، جرائم الحاسب الإلكتروني في التشريع المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 39.

(64) مدحت رمضان، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 41.

الفعل، كما لا يشترط لقيام الجريمة وجود قصد خاص لدى الجاني، ولا عبرةً بالباعث على ارتكابه للجريمة<sup>(65)</sup>، فالباعث ليس ركناً من أركان الجريمة ولا عنصراً من عناصرها<sup>(66)</sup>.

وجديرٌ بالذكر أنّ الجريمة تقع من أي شخص بغض النظر عن صفته، فلا يشترط أن يكون من العاملين في مجال نظم معالجة البيانات، كما يستوي أن تكون لديه درايةٌ وفهمٌ بأسلوب التشغيل أم لا، ويكفي لقيام الجريمة أن يكون الجاني ليس له الحق في القيام بما صدر عنه، ولا تقوم الجريمة إذا دخل إلى عنصر لا علاقة له بنظام معالجة البيانات، أو مجرد الإطلاع على الحاسب<sup>(67)</sup>، إذ يهدف النص إلى حماية نظم المعالجة الآلية للبيانات.

2. الاعتداء على سير نظم المعالجة الآلية للبيانات والتلاعب بالبيانات:

تعاقب المادة 323-2 عقوبات، المعدلة بالقانون رقم 912 لسنة 2015<sup>(68)</sup> على فعل إعاقة سير نظم معالجة البيانات أو الإخلال بها أو تشويهها - بالحبس خمس سنوات، وغرامة لا تزيد على 150 ألف يورو، وتتحقق الإعاقة أو العرقلة Entraver بمنع النظام من العمل بشكل جزئي أو كامل، فتشمل جميع الممارسات التي تؤدي

---

(65) راجع: صالح شنين، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2012-2013، ص 78-79.

(66) نقض جنائي مصري 2 أبريل 2014م، الطعن رقم 12754 لسنة 82 ق .

(67) على عبد القادر القهوجي، الحماية الجنائية للبيانات المعالجة إلكترونياً، كتاب بحوث مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، جامعة الإمارات، كلية الشريعة والقانون بالتعاون مع مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية ومركز تقنية المعلومات بالجامعة، 1-3 مايو 2000م، الطبعة الثالثة 2004م، ص 600-601.

(68) Loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement.

إلى عرقلة النظام، سواءً أكان ذلك بالإتلاف أم التخريب<sup>(69)</sup>، في حين يتحقق الإخلال أو التشويه Fausser بإدخال كل ما من شأنه أن يُسبب خللاً في عمل النظام؛ أي أن النظام يعمل في هذه الفرضية ولكن بشكل غير طبيعي أو بخلاف ما هو معتاد<sup>(70)</sup>، فلا يؤدي العمل المطلوب منه كالمعتاد.

وتتحقق هذه الأفعال بطريقة مادية عن طريق التحطيم أو العنف ضد الأنظمة، أو بطريقة معنوية عن طريق إدخال الفيروسات التي يمكن أن تحقق هذا الغرض<sup>(71)</sup>، كالدخول على البيانات وعرقلة عمل نظم معالجة البيانات لشركة من الشركات<sup>(72)</sup>، وهي من الجرائم العمديّة<sup>(73)</sup>، فيلزم أن يتعمد الجاني إعاقة عمل النظام أو الإخلال به لقيام الجريمة. ولا يشترط أن تقع تلك الأفعال على جميع عناصر النظام، بل يكفي أن تؤثر على بعض تلك العناصر، سواءً أكانت عناصر ماديّة كالحاسب الآلي نفسه أم عناصر معنوية كالبيانات<sup>(74)</sup>.

وقد عمل المشرع الفرنسي على حماية البيانات من العبث بها بمقتضى نص المادة 323-3؛ وذلك لعدم كفاية القواعد العامة في تزوير المحررات في توفير حماية ملائمة للبيانات من العبث أو التلاعب بها؛ وذلك لعدم

---

(69) هدى حامد قشقوش، الإتلاف غير العمدي لبرامج وبيانات الحاسب الإلكتروني، كتاب بحوث مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت 1-3 مايو 2000م، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون بالتعاون مع مركز الإمارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية ومركز تقنية المعلومات بالجامعة، الطبعة الثالثة 2004، ص 893.

(70) غنام محمد غنام، مرجع سابق، ص 148، 147.

(71) علي عبد القادر القهوجي، الحماية الجنائية للبيانات المعالجة إلكترونياً، مرجع سابق، ص 605.

(72) لا يجوز لرب العمل الاطلاع على البيانات الشخصية الموجودة بالحاسب الآلي للعامل، لاسيما تلك الموجودة بالقرص الصلب، ما لم يكن ذلك بسبب وجود خطر أو حالة خاصة 'risqueoud'événementparticulier تبرر ذلك، وفي هذه الحالة يُطلَع حتى من دون إخطار العامل بذلك.

Alexis Baumann: op,cit.

(73) <https://ssi.ac-strasbourg.fr/referentiels/le-juridique/les-themes/la-cybercriminalite>.

(74) علي عبد القادر القهوجي، الحماية الجنائية للبيانات المعالجة إلكترونياً، مرجع سابق، ص 604.

توافر شرط المحرر في البيانات المعالجة آلياً<sup>(75)</sup>، فتعاقب المادة 3-323 عقوبات المعدلة بالقانون رقم 912 لسنة 2015 بالحبس خمس سنوات وغرامة 150 ألف يورو على فعل إدخال بيانات عن طريق الاحتيال للنظام أو التعديل أو المسح أو الاستخراج *extraire* أو الاحتفاظ *dtenir* أو النسخ *reproduire* أو النقل *transmettre* للبيانات عن طريق الاحتيال. ويتحقق فعل الإدخال بإضافة بيانات جديدة على الدعامه الخاصة بالبيانات عن طريق الاستخدام السيء لبطاقات الائتمان أو السحب، سواء أكان من صاحبها الشرعي أم من غيره، كما يتحقق فعل الإدخال بإضافة بيانات جديدة غير موجودة بالدعامه عن طريق الفيروسات، في حين أن المسح يتحقق بإزالة كل البيانات الموجودة بالدعامه أو بعضها، أو نقل جزء منها إلى المنطقة الخاصة بالذاكرة وتخزينها، أما التعديل فيتحقق بتغيير البيانات الموجودة واستبدالها ببيانات أخرى، عن طريق البرامج المختلفة المستخدمة في هذا المجال<sup>(76)</sup>، كأن يحدث التلاعب بالبيانات المعالجة آلياً عن طريق إدخال بيانات أخرى للبيانات الموجودة بالنظام؛ للمساس بصحتها، أو محو البيانات بتدميرها إلكترونياً كلياً أو جزئياً<sup>(77)</sup>.

جدير بالذكر أن المادة 3-323 كانت تعاقب على ثلاثة أفعال فقط، وهي أفعال الإدخال والمسح والتعديل، وأضيفت الأفعال الأخرى بعد تعديلها بمقتضى المادة 16 من القانون رقم 1353 لسنة 2014 م<sup>(78)</sup>، ولا شك في أن هذا التعديل قد وسع من الحماية المقررة لسلامة البيانات المعالجة آلياً من التلاعب أو العبث، لا سيما وأن القواعد التقليدية لا تكفي لحمايتها، وقد كانت البيانات المختزنة بنظم معالجة البيانات في حاجة إلى الحماية من الأفعال التي جاء بها التعديل الأخير، وذلك بالعقاب على فعل استخراج البيانات من المكان المختزنة

(75) غنام محمد غنام، مرجع سابق، ص 152.

(76) علي عبد القادر القهوجي، الحماية الجنائية للبيانات المعالجة إلكترونياً، مرجع سابق، ص 608.

(77) هدى حامد قشقوش، الإتلاف غير العمدي لبرامج وبيانات الحاسب الإلكتروني، مرجع سابق، ص 893.

(78) Loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme.

به في نُظْمِ المعالجة؛ كذاكرة التخزين والاحتفاظ، أو نسخ البيانات، أو نقلها من دون أن يكون للشخص الحق في ذلك، عن طريق التحايل، ويتحقق ذلك باستخدام البرامج المختلفة؛ كالفيروسات وغيرها.

كما يتطلب المشرع لقيام الجريمة أن تحدث الأفعال السابقة عن طريق الاحتيال أو الغش وهذا يعني أنها من الجرائم العمدية التي يلزم لقيامها توافر القصد الجنائي، مع ملاحظة أن المشرع يعاقب على تعديل البيانات أو مسحها، وإن حدث ذلك عن طريق الخطأ وفقاً للمادة 1-323 عقوبات<sup>(79)</sup>.

تجدُر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي يعاقب بمقتضى المادة 1-3-323 عقوبات والمعدلة بالقانون رقم 1168 لسنة 2013 م<sup>(80)</sup> كل من يقوم في غير الأحوال المشروعة باستيراد أو حيازة أو توفير الأدوات والمعدات الحاسوبية المستخدمة في الجريمة المنصوص عليها في المواد 1-323 إلى 3-323 عقوبات، بالعقوبة المقررة للجريمة نفسها وب عقوبة أشد في حال استخدمت تلك المعدات في ارتكاب جرائم أشد خطورة. ولا شك في أن في ذلك توسيعاً لنطاق الحماية المقررة لنظم المعالجة الآلية للبيانات، وما تحتويه من معلومات. أمّا القانون رقم 912 لسنة 2015 مفقّد شدّد من عقوبة الغرامة المقررة للجرائم المنصوص عليها في المواد

1-323 إلى 3-323 عقوبات، ويُلاحظ أن المشرع الفرنسي يعاقب على حيازة تلك البرامج الخبيثة، ما لم تكن حيازتها لسبب قانوني أو عادل «sauf juste motif»

ويرى البعض - وبحق - أن هذه العبارة يحيط بها الغموض وتثير مخاوف المتخصصين في تقنية المعلومات، الذين قد يقومون بحيازة تلك البرامج؛ لغرض معرفة الثغرات الأمنية أو عيوب أنظمة الكمبيوتر، الأمر الذي كان

(79) غنام محمد غنام، مرجع سابق، ص 153.

(80) Loi n° 2013-1168 du 18 décembre 2013 relative à la programmation militaire pour les années 2014 à 2019 et portant diverses dispositions concernant la défense et la sécurité nationale .

يقتضى صياغة المادة بشكل أكثر وضوحاً<sup>(81)</sup>. كما أنّ المادة 323-4-1 عقوبات المضافة مؤخراً بمقتضى المادة 17 من القانون رقم 1353 لسنة 2014م والمعدّلة بالقانون رقم 912 لسنة 2015م تُغلّظ العقوبة المقررة للجريمة المنصوص عليها في المواد 323-1 إلى 323-3-1 عقوبات متى ارتكبت عن طريق العصابات المنظمة Bandeorganisée ضدّ أنظمة معالجة البيانات التابعة للدولة؛ لتكون السجن 10 سنوات وغرامة 300 ألف يورو<sup>(82)</sup>. فارتكاب تلك الجريمة عن طريق العصابات المنظمة يكشف عن خطورة القائم بارتكابها، ممّا يقتضى تشديد العقاب عليه، لا سيّما إذا كان للشخص المعنوي دور في ذلك.

مع ملاحظة أنّ المادة 323-7 تعاقب على الشروع في الجريمة بالعقوبة ذاتها المقررة للجريمة الكاملة في الجرائم السابقة، في حين تعاقب المادة 323-4 عقوبات المعدّلة بالقانون رقم 575 لسنة 2004م على الاشتراك في مجموعة للإعداد والتنسيق؛ لارتكاب الجرائم المنصوص عليه في المواد 323-1 إلى 323-3-1 بالعقوبة المقررة للجريمة، كما تقرّر المادة 323-5 عقوبات إضافية Peines Complémentaires للشخص الطبيعي متى ارتكب جريمة من الجرائم السابقة؛ كالحرمان خمس سنوات من الحقوق المدنية، أو شغل الوظائف العامة، أو النشاط المهني الذي ارتكب الجريمة بسببه أو بمناسبة، مصادرة الأدوات المستخدمة في الجريمة أو المواد المتحصّل عليها من الجريمة، ما لم تكن من الأدوات التي ينبغي أن تُردّ لأصحابها.

وقد أضيفت مؤخراً المادة 323-8 عقوبات بمقتضى القانون رقم 912 لسنة 2015 م وتقتضي بعدم تطبيق

الأحكام المتعلقة بالجرائم السابقة على الإجراءات والتدابير التي نُفّذت من قِبَل المسؤولين المعيّنين بخدمات

(81) Etienne Wery :Le nouvel article 323-3-1 du Code pénal : lutter contre les virus, d'accord,

mais attention aux effets pervers, Publié le 02/09/2004 ,sur : [https://www.droit-](https://www.droit-technologie.org/actualites/le-nouvel-article-323-3-1-du-code-penal-lutter-contre-les-virus-daccord-mais-attention-aux-effets-pervers/)

[technologie.org/actualites/le-nouvel-article-323-3-1-du-code-penal-lutter-contre-les-virus-](https://www.droit-technologie.org/actualites/le-nouvel-article-323-3-1-du-code-penal-lutter-contre-les-virus-daccord-mais-attention-aux-effets-pervers/)

[daccord-mais-attention-aux-effets-pervers/.](https://www.droit-technologie.org/actualites/le-nouvel-article-323-3-1-du-code-penal-lutter-contre-les-virus-daccord-mais-attention-aux-effets-pervers/)

(82) كانت عقوبة الغرامة قبل التعديل بالقانون رقم 912 لسنة 2015 م تبلغ 150 ألف يورو .



الدولة بإذن من رئيس الوزراء؛ كأجهزة الاستخبارات المتخصصة المشار إليها في المادة 2-811 L. من قانون الأمن الداخلي، لضمان حماية المصالح الأساسية للدولة خارج تراب الوطن، المشار إليها في المادة -811 L. 3 من القانون نفسه، وعليه فلا عقاب على الفعل في مثل هذه الحالات.

ثانياً: مدى التزام مورد خدمات الاتصالات الإلكترونية وكيفية استخدام الكوكيز **cookies**:

أصدر المشرع الفرنسي مؤخراً القانون رقم 731 لسنة 2016<sup>(83)</sup> وذلك من أجل مواكبة قانون الإجراءات الجنائية مع التغيرات في المجتمع، وتطور الجريمة بفرنسا، ومن أجل فعالية مكافحة الجريمة المنظمة والإرهاب، ومصادر التمويل، وحماية الشهود، وتوسيع سلطات التحقيق في مجال مراقبة البيانات الشخصية، من أجل مكافحة تلك الجريمة، وجرائم الإرهاب<sup>(84)</sup>. ويعتبر هذا القانون من أهم القوانين التي صدرت عن المشرع الفرنسي لمكافحة الجريمة المنظمة والإرهاب.

وبموجب هذا القانون عدلت المادة 1-17-226 عقوبات - المضافة مؤخراً بالمرسوم رقم 1012 لسنة 2011 م بشأن المراسلات الإلكترونية<sup>(85)</sup> - إذ تعاقب مزود خدمات الاتصالات الإلكترونية إذا لم يُقْم بالإخطار عن أي انتهاكات للبيانات الشخصية للجنة الوطنية للمعلوماتية والحريات، أو المعني بالبيانات، وتعاقب المسؤول عن المعالجة في حال عدم إخطار اللجنة بالإفشاء أو الوصول غير المرخص إلى البيانات المعالجة في المادة

(83) Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale.

(84) Laetitia Valy, Au coeur des préoccupations, la lutte contre le terrorisme connaît un nouveau tournant avec cette loi du 3 juin 2016 visant à mettre en oeuvre de nouvelles dispositions pour renforcer la prévention et la répression, <http://www.net-iris.fr/veille-juridique/actualite/35232/lutte-contre-le-terrorisme-les-3-nouveautes-a-ne-pas-manquer.php>.

(85) Ordonnance n° 2011-1012 du 24 août 2011 relative aux communications électroniques .

un fournisseur L1-9-4123 من قانون الدفاع. حيث يُلزم المُشرعُ مزودَ خدماتِ الاتصالاتِ الإلكترونية de services de communications électroniques بإخطارِ اللجنةِ عن أيِّ انتهاكاتٍ للبياناتِ، كأنْ تتعرَّضَ للضياعِ أو الإتلافِ أو الإفشاءِ أو الوصولِ غيرِ المرخَّصِ، وإذا كانتِ هذه الانتهاكاتُ ذاتَ تأثيرٍ سلبيٍّ على البياناتِ الشخصيةِ أو حرمةِ الحياةِ الخاصَّةِ، فينبغي ومن دُونِ تأخيرٍ إبلاغُ المعني.

كما يجبُ على الموردِ إعدادُ قائمةٍ بالانتهاكاتِ ومصدرها، والكيفية التي حدثت بها، ولا يلزمُ الإخطارُ عن انتهاكِ البياناتِ إذا وجدتِ اللجنةُ أنَّ الموردَ قد قامَ بالتدابيرِ المناسبةِ لجعلِ البياناتِ الشخصيةِ أكثرَ أماناً، من الأشخاصِ غيرِ المرخَّصِ لهم بالدخولِ<sup>(86)</sup> كاستخدامِ نظامِ تشفيرِ البياناتِ<sup>(87)</sup>.

وجديرٌ بالذكرِ أنَّ المادةَ 33 من التشريعِ الأوروبيِ الجديدِ الصادرِ في 27 أبريل 2016 الذي سيدخلُ حيزَ التطبيقِ في 25 مايو 2018م قد ألزمتِ الموردَ بالإخطارِ عن أيِّ انتهاكٍ للبياناتِ خلالِ مدَّةٍ لا تتجاوزُ 72 ساعةً من تاريخِ وقوعِ الانتهاكاتِ بعدَ علمه بها إلى الجهةِ المختصةِ بحمايةِ البياناتِ (وهي في فرنسا اللجنةُ الوطنيةُ للمعلوماتيةِ والحريةِ) وفي حالِ التأخيرِ يجبُ عليه أن يبيِّنَ أسبابَ التأخيرِ.

في حين أوجبتِ المادةُ 34 من التشريعِ ذاته إخطارَ المعني بالبياناتِ -ومن دُونِ تأخيرٍ مبررٍ- عن تلكِ الانتهاكاتِ متى كانَ من المرجَّحِ أن تؤديَ إلى مخاطرَ عاليةً على حقوقِ الأشخاصِ الطبيعيينَ وحريةِهم، ولا يجبُ إخطارُ المعني بالبياناتِ في عدةِ حالاتٍ؛ منها: إذا كانَ المسؤولُ عن المعالجةِ قد نفَّذَ تدابيرَ الحمايةِ الفنيةِ والتنظيميةِ المناسبةِ على البياناتِ الشخصيةِ التي تعرَّضتْ للانتهاكِ، لا سيَّما تلكِ التدابيرُ التي تجعلُ البياناتِ الشخصيةِ غيرَ مفهومةٍ لأيِّ شخصٍ غيرِ مرخَّصٍ له بالوصولِ إليها؛ كاستخدامِ تقنياتِ التشفيرِ للبياناتِ الشخصيةِ.

(86) <http://www.lexagone.fr/Obligation-de-notification-en-cas-de-violation>

(87) <http://www.murielle-cahen.com/publications/p-informatique-liberte.asp>.

كما أنّ المادة 35 من التشريع ذاته أوجبت إجراء تقييم لتأثير عمليات المعالجة المراد القيام بها على حماية البيانات الشخصية، وعلى المسؤول عن المعالجة أن يسعى إلى الحصول على مشورة الجهة المختصة بحماية البيانات (وهي فرنسا اللجنة الوطنية للمعلوماتية والحريات) عند إجراء تقييم لتأثير عمليات المعالجة على مستوى حماية البيانات. وخطورة ملفات الكوكيز على الخصوصية المعلوماتية أو البيانات الشخصية الإلكترونية للمستخدم فإنّ المشرع الفرنسي يحظر استخدام ملفات تعريف الارتباط أو الكوكيز cookies إلا بعد موافقة المستخدم من الخدمة، وبالضوابط المتفق عليها مسبقاً<sup>(88)</sup>.

فالتعديل سالف الذكر أخضع استخدام المواقع الإلكترونية -لأ سيمًا مواقع محرّكات البحث لملفات تعريف الارتباط- لنظام اشتراك opt in -opt out ومن ثمّ عدم جواز استخدامها في حال عدم موافقة المستخدم من خدمة الاتصالات<sup>(89)</sup>، وأصبحت المواقع الإلكترونية تتبّه المستخدم الزائر لها أنها تستخدم ملفات تعريف الارتباط، وتطلب منه صراحةً اختيار القبول أو الرفض. على اعتبار أنّ ملفات تعريف الارتباط<sup>(90)</sup>- وإن كانت تفيّد المستخدم في تسهيل البحث عن المعلومات والوصول إلى المواقع التي يريدها- إلا أنها تساهم في الكشف عن شخصيته من خلال عمليات البحث التي قام بها، ومن ثمّ فإنّ استخدامها ينبغي أن يكون بموافقة، وعدم منع استخدامها.

(88) <http://www.village-justice.com/articles/Transposition-droit-francais-Paquet,11388.html>.

(89) <http://www.murielle-cahen.com/publications/p-informatique-liberte.asp>.

(90) ملفات تعريف الارتباط Cookies ملفات نصية صغيرة تُنبتُ بطريقة آلية على القرص الصلب لجهاز الحاسب الآلي للمستخدم عند زيارته للموقع الذي يستخدمها، ومن ثمّ تُرسلُ ملفات تعريف الارتباط إلى موقع الويب الأصلي في كلّ زيارة جديدة، أو إلى موقع ويب آخر يتعرف على ملف تعريف الارتباط التي تُنبتُ بجهاز الحاسب الآلي للمستخدم.

للمزيد من التفاصيل:

<https://www.definitions-marketing.com/definition/cookie>

ثالثاً: الإجراءات الشكلية لمعالجة البيانات الشخصية:

لا تكفي أغلب التشريعات عند حمايتها للخصوصية بالتجريم والعقاب على انتهاكها من الناحية الموضوعية، بل تجرّم أيضاً - عدم احترام القواعد التنظيمية التي وضعت لممارسة عمليات جمع البيانات وتخزينها ومعالجتها<sup>(91)</sup>، فالمادة 226-16 عقوبات، المعدلة مؤخراً بالقانون رقم 1321 لسنة 2016 بشأن الحكومة الرقمية تعاقب على إجراء المعالجة الآلية للبيانات الشخصية، من دون إعلان اللجنة الوطنية للمعلوماتية والحريات بالمعالجة قبل القيام بها وطلب الرأي أو الحصول على تصريح من اللجنة، ولا يُشترط هنا موافقتها على المعالجة، بل المطلوب فقط إخطارها بالمعالجة، وتقوم بعد ذلك بالتحقق من مدى احترام المسؤول عن المعالجة لأحكام القانون<sup>(92)</sup>.

و في فرنسا فإن صاحب العمل مسؤولاً مدنياً<sup>(93)</sup> عن أعمال تابعيه التي تقع منهم بالمخالفة للقانون، وذلك باستخدام الإنترنت والحاسب الآلي ووسائل الاتصال المتاحة لهم، وإن كان ذلك خارج أوقات العمل، طالما سمح لهم صاحب العمل باستخدامها بحرية<sup>(94)</sup>، وتطبق المادة ذاتها على من يقوم بمعالجة آلية البيانات - كانت محلاً للإجراءات المنصوص عليها في المادة 45 من القانون 17-78 - أو من يعمل على السماح بالدخول للبيانات الواردة في المعالجة المذكورة بالمادة 1-9-4123L من قانون الدفاع من دون اتباع الإجراءات، أو الحصول على الرأي من اللجنة.

(91) هشام فريد رستم، قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 200.

(92) غنام محمد غنام، مرجع سابق، ص 109.

(93) دفاع الطاعن الموضوعي بعدم وجود سوابق له وبحسن سيره وسلوكه بياناً لموجبات الرأفة لا يعفيه من المسؤولية الجنائية، ولا أثر له على قيام الجريمة، ولا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض . نقض جنائي مصري 5 يناير 2017م، الطعن رقم 2005 لسنة 78 " غير منشور "

(94) ALEXIS Baumann: op,cit.

كما تعاقبُ المواد 226-16-1 ، 226-16-1 (أ) على المعالجة الآلية لرقم تسجيل الأفراد في السجل القومي من دون مراعاة الشروط المنصوص عليها في القانون، أو معالجة البيانات، أو الترتيب لها، من دون احترام القواعد التي وضعتها اللجنة.

وفيما يتعلّق بالتدابير اللازمة لحماية البيانات يُلزمُ المشرعُ المسؤول عن المعالجة باتخاذ ما يلزم؛ للحفاظ على سرية البيانات والمعلومات وأمنها؛ كمنع الوصول غير المرخص له، كإيجاد رموز للدخول وغيرها من الأمور الفنية<sup>(95)</sup> كاستخدام موظفين مؤهلين للأمن، وأرشفة البيانات واستخدامها وفقاً للقانون، وتنفيذ الحلول الفنية وإجراءات التنظيم والمراقبة لضمان أمن البيانات وحمايتها وحفظها<sup>(96)</sup> ضد أعمال التشويه أو الاطلاع غير المرخص على البيانات، أو محو البيانات أو إتلافها، وهذه الأفعال قد تتحقّق بطريقة مادية أو إلكترونية، بإدخال الفيروسات لنظم معالجة البيانات<sup>(97)</sup> وطبقاً للمادة 37 من القانون رقم 17-78 المعدلة بالمرسوم رقم 1341 لسنة

---

(95) Jean Pradel et Michel danti - Juan: Manuel de droit Pénal spécial, éditions Cujas, Paris, 2007, P. 247.

(96) Alexis Baumann: Commentaire du décret n° 2006-6 du 4 janvier 2006 relatif à l'hébergement de données de santé, Publié le : <http://www.declaration-cnil.com/Articles/A20060110-decret-sur-l-hebergement-de-donnees-de-sante.php>.

(97) عبد الفتاح بيومي حجازي، نحو صياغة نظرية عامة في علم الجريمة المعلوماتية والمجرم المعلوماتي، دراسة متعمقة في التعريف بجرائم التقنية الحديثة والمجرم المعلوماتي، انحراف الأحداث بسبب الإنترنت، مكافحة إدمان الإنترنت لدى بعض الفئات، من دون ناشر ومكان نشر، الطبعة الأولى، 2009م، ص 147-148.

2015<sup>(98)</sup> لا تقع الجريمة من صاحب الحق في الحصول على الوثائق الإدارية أو السجلات العامة، على اعتبار أنه من المرخص لهم بالوصول إلى تلك البيانات والمعلومات.

كما يتطلب المشرع عند جمع البيانات الشخصية عن الأفراد أو معالجتها، المتعلقة بالأصل العرقي أو معتقداته أو ميوله الديني أو السياسي أو الفلسفي أو النقابي، أو هويته الجنسية - الحصول على موافقتهم، وبخلاف ذلك يكتفي المشرع بإخطار اللجنة بالمعالجة، ولا شك في أن ذلك يرجع لطبيعة هذه البيانات وخطورتها في الكشف عن هوية الشخص. وقد يكون للمعني الحق في الاعتراض على معالجة البيانات، وفي حال اعتراضه يجب عدم معالجة البيانات<sup>(99)</sup>، فتعاقب المادة 1-18-226 عقوبات على المعالجة على الرغم من اعتراض المعني، وكان هذا الاعتراض مشروعاً، على اعتبار أنه من الضروري في نطاق تسجيل البيانات في نظام المعالجة أن يكون هناك تناسب بين المعلومات والهدف من تسجيلها، فلا يجوز حفظها إلا بالقدر اللازم؛ لتحقيق الغرض من حفظها<sup>(100)</sup>، ولا يكون للشخص الحق في الاعتراض في الحالات التي يجيز فيها القانون المعالجة.

كما يحق للمعني بالبيانات طلب تصحيح البيانات غير الصحيحة أو مسحها، وفقاً للمادة 12-625 R من قانون العقوبات الفرنسي المضافة بالأمر رقم 1306 لسنة 2005 يُعاقب الشخص المسؤول أو القائم على المعالجة إذا رفض - من دون نفقات إضافية- طلب المعني تصحيح البيانات الشخصية المتعلقة به أو استكمالها أو تحديثها أو قفلها أو محوها، أو الشخص المتوفى متى طالب ورثته بذلك، عندما تكون تلك البيانات غير دقيقة، أو ناقصة، أو مبهمّة ملتبسة، أو قديمة غير محدثة.

(98) Ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015 relative aux dispositions législatives du code des relations entre le public et l'administration.

(99) غنام محمد غنام، مرجع سابق، ص 117.

(100) راجع : عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص 159.

مع ملاحظة أنّ المادة 13-625 R من قانون العقوبات المعدلة بالمرسوم رقم 671 لسنة 2010 تشدّد العقوبة على الشخص القائم بالمعالجة في حال قيامه بتكرار تلك الأفعال<sup>(101)</sup>، ولعلّ في ذلك توسيعاً لحماية البيانات الشخصية، ومنع الاعتداءات التي قد تقع على حقوق الشخص؛ بسبب المعالجة الآلية للبيانات الشخصية، فقد يترتب على عدم تصحيح البيانات، أو تحديث القديمة، أو توضيح المبهمة-فقدان الفرد لحقّ من حقوقه أو الانتقاص منها؛ كحقوقه في الحصول على وظيفة معينة تتطلب شروطاً معينة غير موجودة في البيانات القديمة أو المبهمة أو غير الصحيحة، المختزنة في النظام المعلوماتي، أو يؤدي إلى الإخلال بمبدأ تكافؤ الفرص مع غيره من الأفراد، إلى غير ذلك من الأمور.

ولكن ما هي التدابير الأمنية لمعالجة البيانات في ظلّ التشريع الأوروبي الجديد الصادر في 27 أبريل 2016 الذي سيدخل حيز التطبيق في 25 مايو 2018 م ؟

نصّ هذا التشريع على مجموعة من التدابير الأمنية، ينبغي مراعاتها من القائم بالمعالجة، ومن تلك التدابير: مراعاة أحدث ما توصلت إليه التكنولوجيا في هذا المجال، والأخذ في الاعتبار مختلف المخاطر التي قد تتعرض لها حقوق الشخص الطبيعي وحرّياته في هذا المجال، وطبيعة المعالجة والغرض منها، والعمل على تشفير البيانات الشخصية، والقدرة على ضمان السرية المستمرة والنزاهة ومرونة نظام المعالجة وخدماتها، والقدرة على استعادة الوصول إلى البيانات في الوقت المناسب في حال وقوع حادث ماديّ أو تقنيّ، وأنّ يقوم المسؤول عن المعالجة باختبار فعالية الإجراءات التقنية والتنظيمية وتقييمها؛ لضمان أمن المعالجة على أن يؤخذ في الاعتبار مخاطر التدمير العرضي أو غير القانوني للبيانات، وأنّ يقوم المسؤول عن المعالجة باتخاذ الإجراءات التي تضمن عدم دخول أي شخص

(101) Décret n° 2010-671 du 18 juin 2010 relatif à la signature électronique et numérique en matière pénale et modifiant certaines dispositions de droit pénal et de procédure pénale.

طبيعي غير مرخص له على نُظْم معالجة البيانات، أو الوصول إلى تلك البيانات والاطلاع عليها، وأن تعمل الشركات على تأهيل موظفيها وتدريبهم، الذين لهم دخول مُنْتَظَم إلى البيانات الشخصية على حماية تلك البيانات. ولا شك في أن الجانب الفني والتقني يساهم بقدر كبير في توفير حماية فعالة للبيانات والمعلومات الشخصية، لا سيما لدى الدول التي تعاني من عدم تحديث تشريعاتها، وقصور أو عجز تلك التشريعات؛ لمواجهة الجرائم المستحدثة.

#### رابعاً: الجمع والحفظ غير المشروع وسوء الاستخدام للبيانات الشخصية:

1. **تجميع البيانات وحفظها:** تعاقب المادة 226 - 18 عقوبات على جمع البيانات بطريقة غير مشروعة أو بالاحتيال، سواءً أكان ذلك بشكل مباشر أم غير مباشر، عن طريق استخدام ملفات cookies<sup>(102)</sup>، ويقرّر المشرّع - كذلك - الحماية لبعض البيانات ذات الطبيعة الحساسة كتلك التي تكشف عن الأصل العرقي أو الميول السياسي أو الديني أو الهوية الجنسية L'identité sexuelle، وكذلك البيانات التي تتعلق بالإدانة والسوابق الجنائية، فضلاً عن البيانات الطبية، لذلك جاءت المادة 226-19 عقوبات، المعدلة مؤخراً بمقتضى القانون رقم 86-2017 الصادر في 27 يناير 2017 بشأن المساواة في المواطنة في المواطنة في L'égalité et à la citoyenneté، لتعاقب على الاحتفاظ غير المشروع للبيانات الحساسة في غير الحالات التي يجيزها القانون، ومن دون "رضى صريح" من المعني بها، حيث يجب الحصول على موافقته الصريحة، فيجب ألا تتضمن تلك البيانات الطبية في مجال البحث بيانات شخصية مباشرة للمرضى، كما يجب تحديد الأشخاص الذين بإمكانهم الوصول إلى تلك البيانات التي عُولجت، والنقيد بالمدة المحددة للاحتفاظ بتلك البيانات، مع مراعاة الحد الأدنى من التدابير الأمنية، ومن بين تلك التدابير التي يطلب

(102)Carole Girard-Oppici : op,cit.



من مديري مراكز البحوث القيام بها إنشاء سياسة خصوصية وأمن للبيانات ونظام للتوثيق، كما يجب تشفير تلك البيانات في حال نقلها إلى خارج الاتحاد الأوروبي<sup>(103)</sup>.

ثم أضيفت عبارة "أو أي نوع من أنواع أو أشكال الهوية للفرد" **l'identité de genre de celles-ci**، بمقتضى التعديل التشريعي الأخير عام 2017م، ولا شك في أن المشرع أراد التوسع في مفهوم البيانات الحساسة المكفولة بالحماية، وهو -في نظرنا- توسع جيد من جانب المشرع، فهذه البيانات تتسم بالخطورة بكشفها عن هوية الفرد أكثر من غيرها. وتعاقب المادة ذاتها على الحفظ الآلي للبيانات المتعلقة بالجرائم أو الإدانة أو تدابير الأمن في ذاكرة تخزين آلية بخلاف الحالات التي يجيزها القانون<sup>(104)</sup>، إذ يجوز تخزين أو حفظ البيانات المتعلقة بالجرائم والعقوبات وإجراءات الأمن في بعض الحالات كالأعمال التي تقوم بها بعض الجهات، مثل القضاء والسلطات العامة.

كما أن للبيانات والمعلومات الطبية وضعا خاصا؛ لما لها من خصوصية تتعلق بحالة المريض الصحية، وعدم رغبته في إطلاع غيره عليها قدر الإمكان، خاصة وإن هذه البيانات قد يكون المريض مضطرا لتقديمها، حتى يتمكن الطبيب من التشخيص السليم للمرض والعلاج، فتعاقب المادة 226-19-1 عقوبات على معالجة البيانات بهدف البحث في المجال الطبي، من دون إخطار المعني بحقه في الوصول Droit d'accès إلى البيانات والمعلومات، وحقه في الاعتراض على المعالجة وعن طبيعة البيانات المرسله، أو معالجة البيانات على الرغم من اعتراضه، أو في غير الأحوال التي يجيزها

---

(103)Hélène Lebon: Méthodologie de référence de la CNIL pour les recherchesbiomédicales, Publié le: <http://www.declaration-cnil.com/Articles/A20060405-recherches-biomedicales.php>.

(104)Panorama des infractions Informatique et libertés en France, <https://www.alain-bensoussan.com/avocats/infractions-informatique-et-libertes/2017/02/21/>

القانون. وتعدّ حالة متابعة المرضى بغرض الرعاية الطبيّة والبحث العلمي من الحالات التي يجوز فيها جمع البيانات الطبيّة، فقد تقتضي الضرورة أن تقوم مراكز البحث العلمي بتجميع بيانات طبيّة للفرد ومعالجتها وتخزينها<sup>(105)</sup>.

وفي مجال الأبحاث الطبيّة أجاز المرسوم رقم 1306 لسنة 2016 الصادر في 11 أغسطس 2016 لمعهد الحماية من الإشعاع والسلامة النووية-القيام بمعالجة البيانات الشخصية، خاصّة عن طريق استخدام رقم التسجيل في السجل الوطني أو القومي للأشخاص الطبيعيين؛ لجمع البيانات من نظام التأمين الصحي الوطني بين الأنظمة لدراسة مخاطر مرض السرطان، الناجم عن الإشعاع ، وبيان مجموعة الأطفال الذين استفادوا من إجراء طبّ القلب التداخلي، وكذلك الجرعات التي أخذت في المراكز المشاركة في الدراسة<sup>(106)</sup>. كما أجازت المادة R1461 من قانون الصحة العامّة الفرنسي المعدّلة بالمرسوم رقم 1871 لسنة 2017 الصادر في 26 ديسمبر 2016 بشأن معالجة البيانات الشخصية "النظام الوطني للبيانات الصحية" -القيام بمعالجة البيانات الشخصية الواردة في النظام الوطني للبيانات الصحيّة système national des données de santé وفقاً لشروط معينة، ولأغراض عديدة؛

(105) غنام محمد غنام، مرجع سابق، ص108.

(106) Décret n° 2016-1103 du 11 août 2016 portant création d'un traitement automatisé de données à caractère personnel relatif à une étude, dénommée « Coccinelle », du risque de cancer radio-induit après exposition aux procédures de cardiologie interventionnelle dans l'enfance, ( JORF n°0188 du 13 août 2016, texte n° 11.)

منها: تقييم سياسات الصحة والحماية الاجتماعية، وتوفير معلومات عن الرعاية الطبية للمرضى، وكذلك البحوث والدراسات والتقييم والابتكار في مجالات الصحة والرعاية الطبية الاجتماعية<sup>(107)</sup>.

وفي السياق ذاته أجاز المرسوم رقم 37 لسنة 1998 وفقاً لشروط معينة-استخدام البيانات الواردة في الدليل الوطني لتحديد الهوية، أو التعرف على الأشخاص الطبيعيين، والأشخاص المتوفيين لإجراء المعالجة الآلية للبيانات الاسمية؛ لغرض البحث في مجال الصحة<sup>(108)</sup>.

ولكن ماذا عن موافقة المعني بالبيانات وحقوقه في التشريع الأوروبي الجديد لحماية الخصوصية والبيانات لعام 2016 الذي سيدخل حيز التطبيق في 25 مايو 2018 م ؟

يُلاحظ أنّ التشريع الأوروبي الجديد الصادر عن الاتحاد الأوروبي لعام 2016 الذي سيدخل حيز التطبيق في 25 مايو 2018م<sup>(109)</sup> يتطلب أن تكون الموافقة واضحة لا لبس فيها، وبلغة واضحة، ويمكن الوصول إليها بسهولة ويسر، ويحق للشخص سحب الموافقة في أي وقت، ويجب أن يكون سحب الموافقة سهلاً وميسراً، مثلما كان عليه الأمر عند تقديم الموافقة، على أن سحب الموافقة لا يؤثر بطبيعة الحال على مشروعية المعالجة التي حدثت قبل سحبها، وهذا يعني أنّ الموافقة الضمنية للمعني

---

(107) Décret n° 2016-1871 du 26 décembre 2016 relatif au traitement de données à caractère personnel dénommé « système national des données de santé ».

(108) Décret n°98-37 du 16 janvier 1998 autorisant l'accès aux données relatives au décès des personnes inscrites au Répertoire national d'identification des personnes physiques dans le cadre des recherches dans le domaine de la santé.

(109) The protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation)

لَيْسَ لَهَا أَيُّ أَثَرٍ فِي هَذَا الشَّأْنِ، وَذَلِكَ مُرَدُّهُ إِلَى خَطُورَةِ تِلْكَ الْبَيَانَاتِ وَأَهْمِيَّتِهَا، كَالْبَيَانَاتِ الَّتِي تَدُلُّ بِشَكْلِ مُبَاشِرٍ أَوْ غَيْرِ مُبَاشِرٍ عَلَى الْأَصُولِ الْعِرْقِيَّةِ أَوْ الْأَثْنِيَّةِ أَوْ الْأَرَاءِ السِّيَاسِيَّةِ أَوْ الْفَلَسْفِيَّةِ أَوْ الدِّيْنِيَّةِ أَوْ الْخَلْفِيَّاتِ النِّقَابِيَّةِ لِلْفَرْدِ، أَوْ تِلْكَ الَّتِي تَتَعَلَّقُ بِالتَّوَجُّهِ الْجِنْسِيِّ لِلْفَرْدِ (الهوية الجنسية) أَوْ بِالصِّحَّةِ.

وَقَدْ أَجَازَ التَّشْرِيْعُ الْأُورُوبِي الْجَدِيدُ أَنْ تَحْدُثَ الْمَعَالِجَةُ مِنْ دُونِ مَوَافَقَةِ الْمَعْنِي الصَّرِيحَةِ وَالْوَاضِحَةِ فِي حَالَاتٍ عَدِيدَةٍ مِنْهَا<sup>(110)</sup>: أَنْ تَكُونَ الْمَعَالِجَةُ ضَرُورِيَّةً لِحِمَايَةِ الْمَعْنِي بِالْبَيَانَاتِ أَوْ شَخْصٍ طَبِيعِيٍّ آخَرَ، مَتَى كَانَ الْمَعْنِي بِالْبَيَانَاتِ عَاجِزًا جَسَدِيًّا أَوْ قَانُونِيًّا عَنْ تَقْدِيمِ الْمَوَافَقَةِ، أَوْ مَتَى كَانَتِ الْمَعَالِجَةُ قَدْ حَدَثَتْ لِأَنْشِطَةٍ مُشْرُوعَةٍ لِحَمَايَةِ أَوْ مُؤَسَّسَاتٍ لَا تَهْدَفُ إِلَى تَحْقِيقِ الرِّبْحِ، وَذَاتِ هَدَفٍ فِلْسَافِيٍّ أَوْ دِينِيٍّ أَوْ اجْتِمَاعِيٍّ أَوْ نِقَابِيٍّ، بِشَرَطِ تَقْدِيمِ ضَمَانَاتٍ مُنَاسِبَةٍ مِنْ تِلْكَ الْجِهَاتِ، وَأَنْ تَكُونَ الْمَعَالِجَةُ فَقَطْ لِلأَعْمَاءِ الْحَالِيَيْنَ أَوْ لِأَعْمَاءٍ سَابِقِينَ فِي الْهَيَاةِ أَوْ لِلأَشْخَاصِ الَّذِينَ لَدَيْهِمْ اتِّصَالٌ مُنْتَظَمٌ بِهَا فِيمَا يَتَعَلَّقُ بِأَعْرَاضِهَا أَوْ أَنْشِطَتِهَا، وَأَلَّا يُكْشَفَ عَنِ الْبَيَانَاتِ الشَّخْصِيَّةِ خَارِجَ تِلْكَ الْهَيَاةِ مِنْ دُونِ مَوَافَقَةِ الْمَعْنِي بِالْبَيَانَاتِ، أَوْ أَنْ تَكُونَ الْمَعَالِجَةُ ضَرُورِيَّةً لِأَعْرَاضِ الطَّبِّ الْوَقَائِيِّ أَوْ الْمَهْنِيِّ؛ لِتَقْيِيمِ قُدْرَةِ الْمَوْظَّفِ عَلَى الْعَمَلِ، وَالتَّشْخِصِ الطَّبِيِّ، وَتَوْفِيرِ الرِّعَايَةِ الصَّحِيَّةِ أَوْ الرِّعَايَةِ الْجَمَاعِيَّةِ أَوْ الْعِلَاجِ، أَوْ إِدَارَةِ نُظْمِ الرِّعَايَةِ الصَّحِيَّةِ أَوْ الْجَمَاعِيَّةِ وَخِدْمَاتِهَا، عَلَى أَسَاسِ قَانُونِ الْإِتِّحَادِ أَوْ الدَّوَلِ الْأَعْمَاءِ، أَوْ بِمُوجِبِ عَقْدٍ مَعَ شَخْصٍ مُخْتَصٍّ خَاضِعٍ لِلشَّرُوطِ وَالضَّمَانَاتِ الْمَشَارِإِ إِلَيْهَا فِي هَذَا الْقَانُونِ. أَوْ أَنْ تَكُونَ الْمَعَالِجَةُ ضَرُورِيَّةً لِأَسْبَابٍ تَتَعَلَّقُ بِالْمَصْلَحَةِ الْعَامَّةِ فِي مَجَالِ الصِّحَّةِ الْعَامَّةِ، مِثْلَ الْحِمَايَةِ مِنَ التَّهْدِيدَاتِ الْخَطِيرَةِ عِبْرَ الْحُدُودِ لِلصِّحَّةِ، أَوْ ضَمَانِ مَسْتَوِيَّاتٍ عَالِيَةٍ مِنْ جُودَةِ الرِّعَايَةِ الصَّحِيَّةِ وَسَلَامَتِهَا، وَالْمُنْتَجَاتِ الطَّبِيَّةِ

---

(110)Article 9 of The protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation)

أو الأجهزة الطبية، مع مراعاة السرية المهنية، أو أن تكون المعالجة ضرورية لأغراض الأرشيف في المصلحة العامة، أو لأغراض البحث العلمي أو التاريخي أو الأغراض الإحصائية.

كما أن المادة 16 من التشريع الأوروبي الجديد تقرّر حقّ المعني بالبيانات في التصحيح droit de corriger وذلك بأن يكون له الحقّ في الوصول -من دون تأخير مبرر- إلى البيانات الشخصية غير الدقيقة أو غير الصحيحة المتعلقة به، واستكمال البيانات الشخصية غير الكاملة، عن طريق تقديم بيانٍ تكميليٍّ مع الأخذ في الاعتبار بغرض المعالجة، في حين أن المادة 17 من التشريع ذاته تقرّر للمعني بالبيانات الحقّ في مسح البيانات الشخصية أو محوها Droit d'effacer من دون تأخير مبرر، وذلك في أحوالٍ مختلفة؛ كأن يكون حفظ البيانات الشخصية لم يعد ضرورياً فيما يتعلّق بالغرض الذي جمعت من أجله، وقررت المادة 18 للمعني بالبيانات الحقّ في الاعتراض على تجميع البيانات أو معالجتها أو استخدامها في عدّة حالاتٍ، منها: أن تكون البيانات غير دقيقة، أو أن المعالجة كانت غير قانونية، ويعارض المعني في مسح البيانات، ويطلب فقط تقييد استخدامها، في حين أوجبت المادة 19 على المراقب أو الشخص الذي يتحكّم بالبيانات إخطار المعني بالبيانات فيما يتعلّق بتصحيح البيانات الشخصية أو مسحها، أو تقييد المعالجة مالم يثبت أن ذلك كان متعذراً أو مستحيلاً، كما تناولت المادة 20 الحقّ في قابلية نقل البيانات بمعنى حقّ المعني بالبيانات في نقل البيانات من جهةٍ لأخرى، من دون تعطيلٍ من جانب الجهة التي تحوز البيانات، ولا مجال لإعمال هذا الحقّ على المعالجات اللازمة لأداء مهمةٍ في مصلحةٍ من المصالح العامة، أو تقوم بها السلطات و الجهات الرسمية في الدولة.

كما نصّت المادة 21 على حقّ المعني بالبيانات في الاعتراض على معالجة البيانات في أيّ وقتٍ، في عدّة حالاتٍ منها: أن تكون معالجة البيانات الشخصية لأغراض التسويق المباشر، أو أغراض

بحثية علمية أو تاريخية، أو أغراض إحصائية، ما لم تكن المعالجة ضرورية لإداء مهمة تُفدّت لدواعي المصلحة العامة.

غير أنّ المادة 23 من التشريع الجديد أجازت لقانون الاتحاد الأوروبي أو الدول الأعضاء -فرض قيود على الحقوق السالفة الذكر في حالات معينة، منها: الأمن القومي والدفاع ومنع الجرائم الجنائية أو التحقيق فيها، أو الكشف عنها أو عن مرتكبيها، أو مقاضاة مرتكبيها، أو تنفيذ العقوبات الجنائية، بما في ذلك حماية الأمن العام ومنع تهديده، أو لأهداف مهمة أخرى للمصلحة العامة للاتحاد أو الدول الأعضاء، وخاصة المصالح الاقتصادية أو المالية المهمة للاتحاد أو لدولة عضو في الاتحاد، بما في ذلك المسائل المتعلقة بالنقدية والمالية والميزانية، وفرض الضرائب، والصحة العامة، والضمان الاجتماعي، أو لغرض حماية استقلال القضاء والإجراءات القضائية، ولا شك في أنّ النص على تلك الحقوق يوسّع من نطاق حماية البيانات الشخصية الإلكترونية، ويضمن للمعني عدم استخدام أو معالجة بياناته بشكل غير مشروع.

**2. سوء استخدام البيانات:** يُعدّ الإفشاء من صور سوء استخدام البيانات، وبلا شك يشكّل الإفشاء انتهاكاً للحياة الخاصة للفرد وحقّه في السريّة، والإفشاء نقيض السرّ، ويعني نقل المعلومات من حال الكتمان إلى العلانية، فالإفشاء يتحقّق بالنسبة للمعلومات السريّة أو التي يشملها الالتزام بالكتمان، ويتحقّق الإفشاء بأن يقوم الشخص الذي يحوز البيانات لسبب مشروع كأغراض المعالجة أو الحفظ، بنقل تلك البيانات لشخص غير مختصّ بتلقي البيانات أو الاطلاع عليها<sup>(111)</sup>. وتعاقب المادة 226 - 22 عقوبات على الإفشاء الذي يقع من الحائز للبيانات عند التسجيل أو أي شكل آخر من أشكال المعالجة لبيانات تتعلق بجرمة الحياة الخاصة للشخص، أو شرفه أو اعتباره، على أن يترتّب على الإفشاء الاعتداء على تلك القيم أو الحقوق، وتعتبر هذه

(111) يونس عرب، مرجع سابق، ص 510.

الجريمة من الجرائم العمدية التي يلزم لقيامها تحقق قصد الجنائي العام *Dol général* بعنصره العلم والإرادة، وبغض النظر عن الباعث من ارتكاب الفعل الإجرامي.

كما قد تقوم مختلف الجهات بالدولة بحفظ البيانات الشخصية المقدمة إليها من الزبائن في بنوك للمعلومات، غير أنه ينبغي ألا تزيد مدة حفظ البيانات عن الوقت اللازم للاحتفاظ بها، كذلك لا تجوز الإساءة في استخدام تلك البيانات، فتعاقب المادة 226-20 عقوبات على الاحتفاظ بالبيانات لمدة تطول عن المدة التي يسمح بها القانون؛ ما لم يكن الاحتفاظ قد كان لأغراض تاريخية أو إحصائية أو علمية، وطبقاً للشروط التي يحددها القانون. ففي إطار حماية حقوق الإنسان ومنع الاعتداءات الناتجة عن المعالجة الآلية للبيانات، تُجيز المادة 11-625R من قانون العقوبات الفرنسي، المضافة بالأمر رقم 1309 لسنة 2005 الصادر في 20 أكتوبر 2005 بشأن تطبيق القانون رقم 78-17 بتاريخ 6 يناير 1978 المتعلق بمعالجة البيانات والملفات والحريات<sup>(112)</sup> - للشخص القائم على المعالجة الاحتفاظ بالبيانات الشخصية عن تلك المدة إذا كان لغرضٍ وحيدٍ، وهو تجميع الإحصاءات أو البحوث العلمية أو التاريخية. على أن يكون ذلك بموافقة المعني أو بمقتضى المبادئ التوجيهية الواردة في المادة 40 أو بإذن من اللجنة، وذلك طبقاً للمادة 36 من القانون رقم 78-17 المعدل بالقانون رقم 1321-2016 الصادر في 7 أكتوبر 2016م، وتفترض هذه الجريمة أن المعالجة قد تكون بشكل مشروع، غير أن الاحتفاظ بالبيانات قد تجاوز المدة التي حددها القانون إذا كان النظام يتبع جهة حكومية، أو المدة المحددة في إخطار اللجنة إذا كان النظام يتبع للقطاع الخاص<sup>(113)</sup>.

(112) Décret n°2005-1309 du 20 octobre 2005 pris pour l'application de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

(113) عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص 150.

كما تعاقبُ المادة 226-21 عقوبات على المعالجة لغرضٍ آخر غير الغرض المحدد أو المسموح به قانوناً<sup>(114)</sup>، كأن تستخدم شركة الهاتف تلك البيانات في أغراض التسويق التجاري لبعض المنتجات، أو بيع أو تقديم تلك البيانات لأي جهةٍ أخرى بهدف تحقيق الربح... إلخ، وتعتبر هذه الجرائم من الجرائم العمدية، ويلزم لقيامها القصد الجنائي العام، بأن تتجسد إرادة الجاني إلى ارتكاب الجريمة مع العلم بعناصرها، بغض النظر عن الباعث من ارتكابها<sup>(115)</sup>. وإذا كان الأصل هو حرية الحصول على المعلومات وتدقيقها وانسيابها، مما يستوجب تقرير حرية جمع المعلومات وترتيبها ومعالجتها، ومن ثم التعامل بها<sup>(116)</sup>، على اعتبار أن الإنترنت شبكة من غير حدودٍ ومن دون قيودٍ، فإن المشرع الفرنسي يوفر حمايةً للبيانات، حتى في حال نقلها إلى خارج الدولة، فيتطلب عند نقل البيانات إلى خارج الاتحاد الأوروبي توافر شروط معينة لضمان سلامة تداول البيانات المعالجة آلياً أو تبادلها *Échange de données informatisé*، إذ تعاقب المادة 226 - 22 - 1 عقوبات على نقل بيانات شخصية كانت أو من الممكن أن تكون محلاً للمعالجة الآلية بالمخالفة للتدابير التي وضعتها اللجنة الأوروبية أو اللجنة الفرنسية إلى دولة غير عضو في الاتحاد الأوروبي، ولا تقوم الجريمة إذا نُقلت البيانات إلى دولة عضو في الاتحاد الأوروبي، أو إلى دولة غير عضو في الاتحاد الأوروبي، ولكن مع احترام التدابير التي وضعتها اللجنة الأوروبية أو اللجنة الفرنسية، ومن الحالات التي ينسحب عليها النصُّ شركات نقل المسافرين أو البنوك التي توجد في فرنسا وتتعامل بالبيانات الشخصية، ولها فروع أو تعامل مع شركات أخرى خارج نطاق الاتحاد الأوروبي، فعليها عند نقل البيانات خارج فرنسا أن تتقيد بتلك الضوابط.

(114) voir : Cass, Crim 9 février 2016, Bulletin criminel 2016, n° 29.

(115) عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص 159-162.

(116) خالد بن عبد الله بن معيض العبيدي، الحماية الجنائية للتعاملات الإلكترونية في نظام المملكة العربية السعودية، دراسة

تحليلية مقارنة، رسالة ماجستير، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، 2009، ص 72.



وطبقاً للمادة 49bis من القانون رقم 17-78 المضافة بالقانون رقم 1321-2016 الصادر في 7 أكتوبر 2016م بشأن الحكومة الرقمية تقوم اللجنة الوطنية في فرنسا بالتنسيق مع الجهة التي تمارس سلطات مماثلة لسلطاتها في تلك الدولة التي تُنقل البيانات الشخصية إليها، ويجب أن تتوفر في معالجة تلك البيانات الشروط التي نصت عليها المادة 44 من القانون رقم 17-78.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي يعاقب على الجرائم السابقة كافةً بعقوبات سالبة للحرية، تصل إلى خمس سنوات، وغرامة ثلاثمائة ألف يورو، بالإضافة إلى ذلك تُمسح البيانات-موضوع المعالجة- في المواد 16-226 إلى 226-22 على أن يكون ذلك في حضور الأعضاء ووكلاء عن اللجنة الوطنية للمعلوماتية والحريات؛ إعمالاً للمادة 226-22-2 عقوبات.

ولكن ما هي ضمانات نقل البيانات الشخصية وفقاً للتشريع الأوربي الجديد المتعلق بالخصوصية وحماية البيانات الصادر عن الاتحاد الأوربي في 27 أبريل 2016 الذي سيدخل حيز التطبيق في 25 مايو 2018 ؟

لا يجوز للدول الأعضاء وفقاً للمادة 44 نقل البيانات الشخصية من دول الاتحاد الأوربي إلى دول خارج الاتحاد، أو إلى منظمات دولية، أو من تلك الدول والمنظمات إلى دول الاتحاد الأوربي إلا وفق أحكام هذا التشريع، ووفق المادة 45 يجوز نقل البيانات متى كانت تلك الدول أو المنظمات يوجد بها مستوى كافٍ من الحماية للبيانات الشخصية، ولا يكون لدى الدولة خارج الاتحاد الأوربي هذا المستوى من الحماية إلا بعد مراعاة مجموعة من العناصر في تلك الدولة، حددتها المادة السالفة الذكر، منها احترام سيادة القانون، وحقوق الإنسان وحياته الأساسية، وكذلك وجود سلطة مستقلة أو أكثر ولها أداء فعال في مجال حماية البيانات الشخصية، مع مسؤولية ضمان وفرض الامتثال لقواعد حماية البيانات، والالتزام الدولية الملزمة بها تلك الدولة أو المنظمة، و أي التزامات أخرى ناشئة عن اتفاقيات أو

صكوكٍ ملزمة قانوناً، وكذلك عن مشاركتها في أنظمة متعددة الأطراف أو إقليمية، ولا سيما فيما يتعلق بحماية البيانات الشخصية، كما أوجبت المادة السالفة الذكر؛ أن يُراجَع مستوى حماية البيانات الشخصية في تلك الدول أو المنظمات بشكلٍ دوريٍّ على الأقل كلَّ أربع سنواتٍ، على أن تنشر مفوضية الاتحاد الأوروبي في الجريدة الرسمية للاتحاد، وعلى موقعها على الإنترنت قائمةً بالدول والجهات أو المنظمات الدولية التي تتمتع بمستوى كافٍ من حماية البيانات الشخصية.

ونرى أن مثل هذه الإجراءات توسع من نطاق حماية الخصوصية المعلوماتية أو البيانات الشخصية الإلكترونية؛ وذلك لحمايتها في حال نقلها إلى خارج حدود الدولة، بأن تجعلها تتمتع بالمستوى ذاته من الحماية عند نقلها من بلاد إلى آخر، وعدم السماح بنقل البيانات إلى جهة ليس لديها مستوى كافٍ من الحماية؛ لحماية البيانات والمعلومات الشخصية وتأمينها ضد مخاطر الاطلاع أو الإفشاء أو الاستخدام غير المشروع خاصةً. وجدير بالذكر أن المادة 49 من التشريع ذاته أجازت نقل البيانات الشخصية إلى خارج الاتحاد الأوروبي، حتى في حال عدم وجود مستوى كافٍ من الحماية في الدول أو المنظمات الدولية المنقول إليها البيانات في عدّة حالات، منها الموافقة الصريحة للمعني بالبيانات على نقلها بعد إبلاغه بالمخاطر المحتملة التي قد تتعرض لها البيانات، أو إذا كان النقل ضرورياً لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة، أو أن يكون النقل أو التحويل ضرورياً لإنشاء الدعاوى القانونية أو ممارستها أو الدفاع عنها، أو أن يكون النقل ضرورياً لحماية المصالح الحيوية للمعني بالبيانات أو الأشخاص الآخرين متى كان المعني بالبيانات غير قادر جسدياً أو قانونياً على تقديم الموافقة... إلخ.

## المطلب الثاني

### مدى الحماية التي تكفلها بعض التشريعات العربية للبيانات الشخصية الإلكترونية

على الرغم من تزايد الاعتماد على الحاسب الآلي والإنترنت في مختلف القطاعات بالدول العربية منذ وقت ليس بالقريب، وقيام أجهزة الدولة المختلفة؛ كشرطة المرور والجوازات وسائر الأجهزة الإدارية الأخرى بتقديم خدماتها بشكل إلكتروني، بما يُعرف بالحكومة الإلكترونية<sup>(117)</sup>، حيث أصبحت أغلب المعاملات والخدمات تحدث بطريقة إلكترونية<sup>(118)</sup>، وضعف حماية البيانات والمعلومات الشخصية الإلكترونية يثير مخاوف المستخدمين وقلقهم؛ بسبب عمليات القرصنة والاحتيال<sup>(119)</sup>. ممّا نتج عنه الاحجام عن التعامل مع تلك الخدمات، إلا أنّ المشرع في بعض الدول العربية-فيما يبدو- قد غاب عنه مواجهة الآثار السيئة لاستخدام الحاسب الآلي والإنترنت، وتأثيرها على الحريات الفردية أو العامة والاقتصاد القومي.

وفي المقابل تفتقر المشرع في بعض الدول الأخرى- لمواجهة تلك الآثار السيئة، سواءً أكان بتحديث التشريعات القائمة أم إصدار تشريعات حديثة على اختلاف فيما بينها في التنظيم ونطاق الحماية. إذ ينبغي أن يكون التطور في تقنية المعلومات في خدمة الفرد، لا معوقاً لحياته، ومنتهكاً لحقوقه، ولن يتحقق ذلك إلا من خلال التنظيم التشريعي لاستخدام تقنية المعلومات، بشكل يضمن الاستفادة من تلك التقنية، ويضع الجزاءات

(117) خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 49.

(118) محمد أمين الخرشنة، نايف عبد الجليل الحمادة، الحماية الجنائية للتوقيع الإلكتروني في التشريع الإماراتي والبحريني،

دراسة مقارنة، مجلة جامعة الأزهر، سلسلة العلوم الإنسانية 2014م، المجلد 16، العدد 1، ص 320.

(119) عطا عبد العاطي السنباطي، الإثبات في العقود الإلكترونية، دراسة فقهية مقارنة، دار النهضة العربية القاهرة، 2008م،

الرادعة للمجرمين والعاثين بخصوصيات غيرهم، وغياب التنظيم التشريعي من شأنه أن يجعل تقنية المعلومات آفة على الفرد والمجتمع، وسنحاول من خلال هذه الجزئية من الدراسة معرفة مدى فاعلية تلك التشريعات في توفير حماية للخصوصية المعلوماتية، كما يأتي:

#### أولاً: حماية البيانات الشخصية الإلكترونية في التشريع السعودي:

أدى التطور السريع في مجال تقنية المعلومات إلى ظهور أنماط جديدة من المعاملات وجرائم مستحدثة لم تكن موجودة من قبل، ولما كان القانون هو مرآة المجتمع فقد صدرت في المملكة العربية السعودية مجموعة من التشريعات الخاصة، تهدف إلى مواكبة المجتمع والقانون مع تلك المتغيرات، ومن تلك التشريعات:

1. نظام الاتصالات لسنة 2001م: أكدت المادة الثالثة على سرية الاتصالات وأمن المعلومات، ومنعت

المادة 37 مزود خدمة الإنترنت وشركات الاتصالات من التقاط أي مكالمات هاتفية أو معلومات منقولة عبر شبكات الاتصال العامة، ونعني بذلك البيانات أو المعلومات التي حازها مشغل الخدمة وتتصل بالمشترك؛ كالاسم، وتاريخ الميلاد ومكانه، والمهنة، والبيانات الخاصة بوسيلة إثبات الشخصية، ومحل الإقامة... إلخ<sup>(120)</sup>.

وتعاقب على الكشف المتعمد عن معلومات أو محتويات أي رسالة اعتُرضت خلال إرسالها، متى كان الكشف عنها خارج نطاق الواجب، وهذه الجريمة يلزم لقيامها توافر القصد العام، فالقصد العام يتحقق بإرادة الفعل الإجرامي، مع العلم بالعناصر التي يتكوّن منها الركن المادي للجريمة<sup>(121)</sup>، ولا عقاب إذا

(120) راجع: إبراهيم حامد طنطاوي، أحكام التجريم والعقاب في قانون تنظيم الاتصالات، دراسة تأصيلية وتحليلية لنصوص

القانون رقم 10 لسنة 2003م، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003م، ص 149.

(121) محمد زكي أبو عامر، سليمان عبد المنعم، قانون العقوبات الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004م، ص

تخلّف القصدُ أو كانَ الكشفُ متعمداً، ولكن في الحالاتِ التي يجيزُها القانونُ. غيرَ أنّ هذا القانونَ وإن كانَ يكفلُ الحمايةَ للرسالةِ ومحتوياتها؛ إلاّ أنّه كما يتضحُ في الموادِ 13 و 37 يوفرُ الحمايةَ للاتصالاتِ التي تُجرى عبرَ شبكاتِ الاتصالِ العامّةِ من دونِ غيرها؛ كشبكاتِ الاتصالِ الخاصّةِ والعاملينَ بها، فلا يمكنُ الاعتمادُ عليه في توفيرِ حمايةٍ فعالةٍ للبياناتِ الشخصيةِ الإلكترونيّةِ بشكلٍ عامٍّ ضدّ مخاطرِ المعالجةِ الآليّةِ للبياناتِ خاصّةً.

2. نظامُ مكافحةِ جرائمِ المعلوماتيّةِ لسنة 2007م: لا شكّ في أنّ الجرائمِ المعلوماتيّةِ تشكّلُ مخاطرَ جسيمةً على الحرياتِ الفرديةِ؛ وذلك لاعتمادِها على تقنيةِ المعلوماتِ والإنترنت، وهي دائماً في تطوّرٍ مستمرٍّ، ولذلك أصدرَ المشرّعُ هذا النظامَ لحمايةِ الحقوقِ والحرياتِ، والحدِّ منَ الجرائمِ المعلوماتيّةِ، والمساعدةِ على تحقيقِ الأمنِ وحفظِ الحقوقِ المترتبةِ على الاستخدامِ المشروعِ للحاسباتِ الآليّةِ والإنترنتِ بالإضافةِ إلى حمايةِ الاقتصادِ القوميِ والآدابِ العامّةِ<sup>(122)</sup>.

ويُقصدُ بالجرائمِ المعلوماتيّةِ سلوكٌ غير مشروعٍ يرتبطُ بالمعالجةِ الآليّةِ للبياناتِ أو نقلها<sup>(123)</sup> أو غشٌّ معلوماتي ينصرفُ إلى سلوكٍ غير قانوني، يتعلّقُ بالمعلوماتِ التي عُولِجَتْ<sup>(124)</sup>، في حين توسّعَ النظامُ في تعريفها بأنّها أيُّ فعلٍ يرتكبُ متضمناً استخدامَ الحاسبِ الآليّ أو الشبكةِ المعلوماتيّةِ بالمخالفةِ لأحكامِ النظامِ<sup>(125)</sup>، وتعاقبُ المادةُ الثالثةُ على التتصّلِ عمّا هو مرسلٌ عبر شبكةِ المعلوماتِ أو عن

(122) المادة الثانية من نظام مكافحة جرائم تقنية المعلومات السعودي.

(123) عبد الله حسين علي محمود، سرقة المعلومات المخزنة في الحاسب الآلي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 2001م، ص42.

(124) راجع : علي عبد القادر القهوجي، الحماية الجنائية لبرامج الحاسب، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1997م، ص2.

(125) المادة الأولى من نظام مكافحة جرائم تقنية المعلومات السعودي.

طريق الحاسب الآلي من دون حقّ، و على الالتقاط أو الاعتراض، وأي فعل يشكّل مساساً بحرمة الحياة الخاصة باستخدام الهواتف المحمولة المزودة بكاميرا أو ما في حكمها، وإذا كان يُقصد بالالتقاط مشاهدة البيانات أو الحصول عليها من دون مسوّغ قانوني صحيح<sup>(126)</sup> فإنّ التتصّت 'écoute' يعني التجسس على ما هو مرسل عبر شبكة المعلومات أو عن طريق الحاسب عن طريق الأذن باستراق السمع.

ويهدف المشرع بهذا النصّ إلى حماية نقل البيانات، والحق في احترام المراسلات وحرمة الاتصالات، وكافة أشكال النقل الإلكتروني للبيانات والمعلومات، والنشاط الإجرامي للجريمة يتحقّق بالاعتداء على الرسائل المتبادلة عبر البريد الإلكتروني، أو مصيدة البيانات التي تلتقط البيانات<sup>(127)</sup>. ولا شكّ في أنّ عبارة "ما هو مرسل عبر الشبكة وكل فعل" قد وسّعت من حماية الخصوصية في مواجهة وسائل التقنية الحديثة، بحيث تشمل الأحاديث والصور الشخصية والرموز وعناوين البريد الإلكتروني... إلخ، وأي فعل ينطوي على المساس بالخصوصية عبر تلك الأجهزة، وإن كان الأمر يقتضي -في نظرنا- بيان الأفعال المعاقب عليها على وجه التحديد تماشياً مع مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، والفصل بين سلطة التشريع والقضاء.

جدير بالذكر أنّ المشرّع الفرنسي يعاقب بمقتضى المادة 226-1 عقوبات على انتهاك حرمة الأصوات الخاصة، وصورة الشخص في مكان خاص بالحبس سنةً وغرامة 45 ألف يورو، وأضيفت مادةً جديدةً هي المادة 226-2 لقانون العقوبات بمقتضى القانون رقم 1321 لسنة 2016 وبمقتضى هذه المادة يشدّد المشرع من العقوبة، ويجعلها الحبس سنتين وغرامة 60 ألف يورو إذا وقع الاعتداء بالطريقة المنصوص عليها في المواد

(126) المادة الأولى من نظام مكافحة جرائم تقنية المعلومات السعودي.

(127) حسني الجندي، التشريعات الجنائية الخاصة في دولة الإمارات العربية المتحدة، الكتاب الثالث، قانون مكافحة جرائم تقنية

المعلومات في دولة الإمارات العربية المتحدة، من دُونِناشر ومكان نشر، الطبعة الأولى، 2009م، ص 25 .

226-226، 1-2 على الأصوات الخاصة والصور الشخصية ذات الطابع الجنسي ، كما تطبق العقوبات ذاتها على من يقوم بنشر أو عرض الصوت الخاص أو الصورة ذات الطابع الجنسي للجمهور، أو لطرف ثالث ، بالطرق المحددة في المادة 1-226<sup>(128)</sup>.

كما اهتمَّ المشرعُ السعودي بحماية السر المصرفي *secret bancaire* باعتباره من أهمَّ المبادئ التي يقوم عليها العمل المصرفي، إذ يشعر المتعاملين مع المصرف بالطمأنينة على سرية أعمالهم المصرفية<sup>(129)</sup>، وبطاقات الائتمان التي تُعدُّ وسيلة هامةً من وسائل الدفع الإلكتروني للمال، حيث تعتبر بمثابة صكٍّ أو بطاقة تصدر عن مؤسسة مالية باسم شخص معيَّن، وتقوم بوظيفتي الوفاء والائتمان<sup>(130)</sup>، وتُمكنُ صاحبها من شراء السلع و الخدمات من مُعتمِدِ البطاقة من دون دفع الثمن في الحال؛ لتضمنها التزام المصدر بالدفع، أو تمكُّنُ صاحبها من سحب الأموال من المصارف<sup>(131)</sup>، إذ تسهِّلُ عليهم الوفاء بالتزاماتهم المالية في مواجهة الغير<sup>(132)</sup>، لذلك نجدُ المادة الرابعة تعاقبُ على الوصول من دون حقٍّ إلى البيانات البنكية أو الائتمانية، أو المتعلقة بملكية أوراق مالية؛ للحصول على بياناتٍ أو معلوماتٍ أو أموالٍ، وكل ما تتيحه من خدماتٍ، فلا تقومُ الجريمة متى حدث

(128) المادة 1-2-226 من قانون العقوبات الفرنسي والمضافة مؤخراً بالقانون رقم 3121 لسنة 2016م بشأن الحكومة الرقمية.

Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique

(129) عبد القادر عطير، سر المهنة المصرفية في التشريع الأردني، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1996، ص2.

(130) فايز رضوان، بطاقات الوفاء، المطبعة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1990، ص71.

(131) راجع: عمر سالم، الحماية الجنائية لبطاقات الوفاء، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1995، ص 14.

(132) فياض ملفي القضاة، مسؤولية البنوك الناتجة عن استخدام الكمبيوتر كوسيلة وفاء ، كتاب بحوث مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، كلية الشريعة والقانون، 1-3 مايو 2000م، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، كلية الشريعة والقانون بالتعاون مع مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية ومركز تقنية المعلومات بالجامعة، الطبعة الثالثة، 2004م، ص 930 .

الوصول إلى تلك البيانات في الأحوال التي يجيزها القانون، فقد يتطلب الأمر الكشف عن البيانات والمعلومات في إطار مكافحة الإرهاب والجريمة المنظمة وغسل الأموال، إذ ينبغي أن تكتسي البيانات الشخصية للفرد بطابع السرية، غير أن مكافحة الإرهاب قد تقتضي إحداث توازن دقيق بين الحق في خصوصية المعلومات والحق في الأمن<sup>(133)</sup>، فكلاهما من حقوق الإنسان الواجب احترامها.

وفيما يتعلق بالدخول إلى النظام أو المواقع نجد أن المادة الثالثة في فقرتها الثانية تعاقب على الدخول غير المشروع؛ لتهديد شخص أو ابتزازه لحمله على القيام بعمل معين أو الامتناع عنه، أما الفقرة الثالثة من المادة الثالثة تعاقب على الدخول غير المشروع إلى المواقع الإلكترونية<sup>(134)</sup>، أو الدخول إليها لتغيير تصميمات الموقع أو إتلافه أو تعديله أو شغل عنوانه، في حين تعاقب المادة الخامسة على فعل الدخول غير المشروع؛ لإلغاء البيانات أو حذفها أو تدميرها أو تسريبها أو إتلافها أو تغييرها أو القيام بإعادة نشرها.

أمّا عن المادة السابعة فتعاقب على الدخول غير المشروع إلى موقع إلكتروني أو نظام معلوماتي مباشرة أو عن طريق الإنترنت أو بواسطة أجهزة الحاسب؛ للحصول على بيانات تمس الأمن الداخلي أو الخارجي للدولة أو الاقتصاد الوطني. ويتحقق الدخول غير المشروع طبقاً لهذا النظام بدخول شخص بشكل متعمد إلى حاسب آلي أو موقع إلكتروني أو نظام معلوماتي أو شبكة حاسبات آلية غير مرخص للشخص بالدخول إليها.<sup>(135)</sup>

و الملاحظ أن النصوص السابقة تعاقب على الدخول إلى النظام أو المواقع، وأغفلت النص على تجريم صورة البقاء Le maintien غير المشروع في النظام، وهذه الصورة لا تقل خطورة عن صورة الدخول غير المشروع،

(133) Marine Farshian: op,cit,p.6.

(134) عرف نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية السعودي في مادته الأولى الموقع الإلكتروني بأنه مكان إتاحة البيانات على

الشبكة المعلوماتية من خلال عنوان محدد.

(135) المادة الأولى من نظام مكافحة جرائم المعلوماتية السعودي .



وكان ينبغي النصُّ على تجريم فعلِ البقاء غير المشروع؛ لتوفير حمايةٍ أوسعٍ للنظام والبيانات التي يحتويها، إذ يترتبُ عليه المساسُ بسرية البيانات وسلامتها.

إنَّ النصَّ على تجريم فعلِ الدخول من دون فعلِ البقاء غير المشروع، كانت هي ذاتها سياسةَ المشرعِ الفرنسي فيما يتعلَّقُ بجريمة انتهاكِ حرمة المسكن، فقد كان التجريمُ القديمُ في المادة 184 عقوبات يقتصرُ على الدخول من دونِ البقاء غير المشروع في المنزل، وجرَّم المشرعُ بعد ذلك فعلَ البقاء غير المشروع بمقتضى المادة 226-4 عقوبات الحالي، والمعدلة مؤخراً بالقانون رقم 714-2015 الصادر في 24 يونيو 2015<sup>(136)</sup>.

(136) راجع: المادة 184 من قانون العقوبات الفرنسي القديم والمادة 226-4 من قانون العقوبات الفرنسي الحالي ، وهذه الأخيرة تم تعديلها مؤخراً بالقانون رقم 174-2015 الصادر في 24 يونيو 2015 م

Loi n° 2015-714 du 24 juin 2015 tendant à préciser l'infraction de violation de domicile.

وكانت صياغة المادة 226-4 من قانون العقوبات الحالي قبل هذا التعديل قد نصت على الدخول أو البقاء في منزل الآخرين بالاحتيال أو التهديد أو الإكراه ، غير أن عبارة " الدخول أو البقاء " ألغيت بموجب التعديل سالف الذكر واستبدلت بعبارة " والبقاء في المنزل بعد الدخول طبقاً للفقرة الأولى ... " وقد أصبحت بعد التعديل :

L'introduction dans le domicile d'autrui à l'aide de manoeuvres, menaces, voies de fait

ou contrainte, hors les cas où la loi le permet, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000

euros d'amende. Le maintien dans le domicile d'autrui à la suite de l'introduction mentionnée au

premier alinéa, hors les cas où la loi le permet, est puni des mêmes peines.

وبمقتضى هذا التعديل تقع جريمة انتهاك حرمة المسكن بمجرد وجود الفاعل داخل المنزل، وتحقق فعل البقاء دونما الحاجة إلى

إثبات أنَّ فعل البقاء قد حدث عن طريق المناورات أو التهديد أو الإكراه، بل يكفي فقط أن يكون فعل الدخول وحده قد حدث عن

طريق المناورات أو التهديد أو الإكراه .

كما أنّ المشرع لا يكتفي بالقصد العام Dol général بل يتطلب قصدًا خاصًا للعقاب على فعل الدخول إلى النظام، فالقصد الخاص يتطلب أن يرتكب الفعل عن علم وإرادة، واتجاه إرادة الجاني إلى تحقيق نتيجة معينة تخرج عن عناصر الفعل<sup>(137)</sup>، وذلك بأن يكون القصد من الدخول التهديد أو الابتزاز أو تغيير تصميم الموقع أو إتلافه أو تعديله أو شغل عنوانه... إلخ، وعليه فإنّ النصوص السابقة لا تستوعب حالة الاطلاع أو التجسس على البيانات والمعلومات التي يحتويها النظام أو الموقع، وهو ما يتناوله نص المادة الثالثة في فقرتها الأولى، إذا لم يشترط تحقق قصد خاص من الدخول إلى النظام.

و لا يشترط لقيام الجرائم السابقة أن يحوّق الجاني مبتغاه من الدخول، فالجريمة هي جريمة سلوك مجرد، وتقع تامة بمجرد ارتكاب السلوك المتمثل في الدخول إلى النظام أو الموقع من دون حق، وهذه الجرائم لا يتصور فيها الشروع tentative ولو تخرج عن نطاقه<sup>(138)</sup>، وفي إطار الوقاية من الاعتداء على الخصوصية أو البيانات والمعلومات الشخصية فإنّ المادة السادسة تعاقب كلّ شخص يقوم بإنتاج ما من شأنه المساس بالخصوصية، وإرساله أو تخزينه عن طريق الإنترنت أو الحاسب الآلي، وحسنًا فعل المشرع ذلك.

**3. نظام التعاملات الإلكترونية لسنة 2007م:** أكدت المادة 18 على التزام مقدم خدمات التصديق ومن يتبعه من العاملين بالمحافظة على سرية المعلومات التي تحصل عليها بسبب نشاطه، باستثناء المعلومات التي سمح صاحب الشهادة بنشرها، أو في الحالات التي يجيزها القانون، وتتطلب السرية أن يحافظ مقدم الخدمات على البيانات التي يقدمها العميل لحفظها أو تبادلها أو استخدامها في إصدار شهادة التوثيق، أو إعداد مفاتيح التوثيق الإلكتروني، فالتصديق الإلكتروني يعمل على خلق بيئة إلكترونية آمنة لمن يريد التعامل عبر الإنترنت، ولذلك

(137) عمر السعيد رمضان، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، من دون تاريخ نشر، ص 258.

(138) علي عبد القادر القهوجي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008،

يكتسي أهمية كبيرة في مجال المعاملات الإلكترونية وتكنولوجيا المعلومات<sup>(139)</sup>، كما أكدّ النظام على احترام مبدأ الغاية من جمع البيانات، فحظرت المادة 23 في فقرتها الثانية على مقدم خدمات التصديق استغلال المعلومات التي جمعها عن طالب الشهادة لأغراض أخرى خارج إطار أنشطة التصديق، من دون موافقة المعني، أمّا الفقرة الثالثة من المادة ذاتها فقد أكدت على سرية البيانات وحمايتها من مخاطر الكشف عن سرّيتها للغير، فحظرت على مقدم خدمات التصديق إفشاء المعلومات التي اطلّع عليها بحكم عمله، ما لم يأذن له صاحب الشهادة بإفائها، أو في الحالات التي يجيزها القانون.

فيلزم لقيام الجريمة أن يكون الإفشاء قد حدث للبيانات أو المعلومات التي وصلت لمقدم الخدمات الإلكترونية بحكم عمله، وليس كافة البيانات والمعلومات، فهي بيانات لها علاقة بعمله، فلا تقوم الجريمة عندما تُكشَف المعلومات بموافقة المعني أو في الحالات التي يجيزها القانون، وهذه الجريمة من الجرائم التي يلزم لقيامها تحقق القصد الجنائي بعنصره العلم والإرادة، بأن يكون مقدم خدمات التصديق عالماً بأنه يقوم بإفشاء المعلومات التي قدّمت له، وأن تتجه إرادته إلى ارتكاب الإفشاء<sup>(140)</sup>. كما نجد المادة ذاتها قد وفرت حماية للبيانات ضدّ مخاطر التجسس أو السرقة أو الاحتيال، من خلال تجريم الدخول على منظومة توقيع إلكتروني متعلّقة بشخص آخر من دون تفويض صحيح منه، أو إذا قام بنسخها أو إعادة تكوينها أو قام بالاستيلاء عليها، ويتحقّق الركن المادي بقيام الجاني بالدخول بطريقة غير مشروعة من دون تفويض بقصد النسخ أو إعادة التكوين أو الاستيلاء على منظومة التوقيع الإلكتروني<sup>(141)</sup>، كما يلاحظ أنّ النظام لم يتناول تنظيم مسؤولية وسطاء الإنترنت على خلاف

(139) زهيرة كيسي، النظام القانوني لجهات التوثيق (التصديق) الإلكتروني، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة ورقلة - الجزائر،

العدد السابع، 2012م، ص 213.

(140) أمين أعزان، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2009، ص 216.

(141) خالد بن عبدالله بن معيض العبيدي، الحماية الجنائية للمعاملات الإلكترونية في نظام المملكة العربية السعودية، دراسة

تحليلية مقارنة، رسالة ماجستير، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، 2009، ص 138.

قانون المعاملات الإلكترونية بدولة البحرين وتونس<sup>(142)</sup>، على الرغم من أهمية الدور الذي يقومون به؛ مثل متعهد الوصول، ومتعهد الإيواء وغيرهم، وهذا نقص في النظام كان ينبغي معالجته.

4. مشروع نظام حماية البيانات الشخصية الإلكترونية: يعتبر هذا المشروع من الخطوات المهمة في سبيل الوصول إلى قانون خاص بحماية البيانات الشخصية، ويدل على الوعي القانوني ومدى الاهتمام بها، والرغبة في توفير حماية لها؛ حرصاً على احترام الحريات الفردية. ويعاقب المشروع كل شخص ينشر بيانات الغير بعقوبة الغرامة 50 ألف ريال، وتضاعف العقوبة في حال العود، سواء أكان فيما يتعلق بتخزينها أم طباعتها؛ كالرسائل والصور الخاصة أو الصوت.

فالمجرمون قد يستخدمون الإنترنت أو تقنية المعلومات للعبث بخصوصيات الغير، وذلك بنشر عناوين البريد الإلكتروني أو الصور وأرقام الهواتف، مما يشكل انتهاكاً للخصوصية، وهذا من أكثر الأنشطة الإجرامية التي تُجرى عبر تقنية المعلومات والإنترنت لدى المراهقين خاصةً، كأن تُجمع عناوين البريد الإلكتروني للشخص من فضاء الإنترنت، واستخدامها بإرسالها في رسائل إلكترونية من دون علمه، ولذلك نجد أن المشروع يحظر عملية نشر البريد الإلكتروني، أو أرقام الهواتف، أو الفاكس، أو الهوية، أو السمات الحيوية؛ كالصورة الرقمية، وبيانات تمييز الوجه، أو نشر البيانات الطبية والجسدية والعقلية والجنسية الخاصة بالأفراد داخل المملكة أحياناً أو أمواتاً، وإذا كان يحسب للمشروع أنه كفل الحماية للبيانات الشخصية للأفراد بشكل عام، على خلاف الأنظمة السابقة التي تكفل الحماية للبيانات في مجال معين فقط، غير أن هذا المشروع لا يكفل حماية فعالة للخصوصية المعلوماتية.

ومن ذلك عدم توفير حماية للبيانات الشخصية في حال نقلها إلى خارج الدولة، أو الاستخدام غير المشروع للبيانات، وغير ذلك من مخاطر المعالجة الآلية للبيانات الشخصية، بالإضافة إلى ضعف العقوبات المقررة

(142) راجع: قانون المعاملات الإلكترونية بدولة البحرين وتونس.

لأفعال الإجرامية على خلاف ما ورد في التشريع المقارن، فهذه الجرائم تقتضي تشديداً العقاب على مرتكبها؛ لما يترتب عليها من ضررٍ جسيمٍ يصيب الفرد، كتشويه سمعة الإناث في فضاء الإنترنت خاصةً، وما قد يحققه الجاني من أموالٍ ضخمةٍ من وراء تلك الجرائم .

### ثانياً: حماية البيانات الشخصية الإلكترونية في التشريع العماني:

تعتبر سلطنة عمان من ضمن أوائل الدول العربية التي أدركت مخاطر تقنية المعلومات على الحريات، فقد أصدرت تشريعاتٍ حديثةً، الغاية منها مواجهة الجرائم المستحدثة أو تنظيم المعاملات الإلكترونية، ومن أهم تلك التشريعات<sup>(143)</sup>:

1. قانون المعاملات الإلكترونية رقم 69 لسنة 2008م: حرص القانون على توفير الثقة والرقابة اللازمة لصحة المعاملات الإلكترونية وسلامتها، وماية البيانات والمعلومات الشخصية، بوضعه العديد من القواعد التي يمكن من خلالها حماية تلك البيانات أو المعلومات من الاعتداء عليها<sup>(144)</sup>، فالفصل السابع يؤكد على حماية بيانات المستخدم، فتعاقب المادة 43 على تجميع البيانات أو معالجتها أو استخدامها من دون موافقة المعني، وتعاقب المادة 44 على الإفشاء أو التحويل أو الإعلان أو نشر بيانات شخص من دون موافقته، فيما عدا الحالات التي يجيزها القانون، كأن تكون تلك البيانات ضرورية للكشف عن جريمة أو منعها، بناءً على طلب

---

(143) كان المشرع العماني قد أدخل تعديلاً على قانون الجزاء سنة 2001م لمكافحة جرائم الحاسب الآلي، فكانت المادة 276 مكرر تعاقب على تعمد استخدام الحاسب الآلي في الالتقاط غير المشروع للمعلومات، أو البيانات أو التنصت عليها، الخ وهذه المادة وغيرها أُلغيت لاحقاً بقانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات رقم 22 لسنة 2011م.

(144) حسين بن سعيد الغافري، شرح قانون المعاملات الإلكترونية العماني 2008/69، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011م،

رسميً من جهات التحقيق أو إذا كانت المعالجةً ضروريةً لحماية مصلحة حيوية لصاحب الشأن... إلخ، وفيما يتعلق بالعاملين يكون الالتزام بعدم الإفشاء قائماً حتى بعد ترك الوظيفة؛ احتراماً للسر المهني<sup>(145)</sup>.

ثم أكدت المادة 45 على الحق في الإعلام أو المعلومات، فأوجبت على من يحوّز بيانات بحكم عمله في المعاملات الإلكترونية أن يقوم قبل المعالجة بإعلام المعني عن طريق إشعار خاص بالإجراءات المتبعة لحماية البيانات الشخصية، شرطاً أن تتضمن هذه الإجراءات تحديد هوية الشخص المسؤول عن المعالجة، وكذلك تحديد طبيعة البيانات، والغرض من المعالجة، وطرق ومواقع المعالجة، وكل ما من شأنه تحقيق الأمن للمعالجة.

أمّا عن الحق في الوصول إلى البيانات Droid'accès aux données الذي يعتبر من حقوق المعني بالبيانات، ومن المبادئ المهمة التي تقوم عليها المعالجة الآمنة للبيانات الشخصية، فقد أكدت عليه المادة 46 عندما أوجبت على الشخص الذي يحوّز البيانات تمكين المعني من الدخول إلى مواقع البيانات الشخصية جميعها إذا طلب ذلك<sup>(146)</sup>، وكان من المفترض أن يستتبع ذلك حق المعني في تعديل تلك البيانات، كأن يوجد بها خطأ ولم ينص عليه المشرع، كما تمنع المادة 47 استخدام البيانات الشخصية التي جُمعت وفقاً للمادة 43 من إرسال ووثائق إلكترونية للشخص الذي جمعت عنه البيانات، متى كان يرفض قبولها صراحةً؛ وذلك لمنع الاطلاع غير المشروع على البيانات والمعلومات، والمادة 48 تحظر معالجة البيانات الشخصية متى كانت تلك المعالجة تسبب ضرراً لمن جمعت عنهم البيانات أو تنال من حقوقهم أو حرياتهم.

## 2. قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات رقم 22 لسنة 2011م: صدر هذا القانون في سنة 2011م وألغى

بمقتضاه الفصل الثاني مكرر من قانون الجزاء، ويهدف إلى مكافحة الجرائم المعلوماتية، والاستخدام السيئ لتقنية المعلومات، وعلى خلاف الوضع في التشريع السعودي يعاقب المشرع العماني بالمادة الثالثة على فعل الدخول

(145) قارن مع المواد 28، 39 من مشروع قانون حماية البيانات الشخصية المصري لعام 2017.

(146) قارن مع المادة السابعة لمشروع قانون حماية البيانات الشخصية المصري لعام 2017.

المتعمد وغير المشروع للمواقع أو النظم المعلوماتية أو وسائل تقنية المعلومات أو تجاوز الدخول المصرح به إليها أو الاستمرار فيه بعد العلم بذلك<sup>(147)</sup>، ويعالج المشرع من خلال الفقرة الأخيرة حال البقاء غير المشروع في النظم أو المواقع الإلكترونية أو وسائل تقنية المعلومات، وهذا الفعل لا يقل خطورة عن فعل الدخول غير المشروع، ويحقق الغاية ذاتها التي قصد المشرع تحقيقها من تجريم فعل الدخول غير المشروع، وهي الاطلاع والتجسس على البيانات... إلخ، ولا تقوم الجريمة بطبيعة الحال متى حدث الفعل في الحالات التي يجيزها القانون.

وتغلط العقوبة إذا ترتب على الأفعال السابقة تعرض البيانات والمعلومات الإلكترونية المخزنة في النظام أو وسائل تقنية المعلومات للإلغاء، أو التعديل، أو التغيير، أو التشويه، أو الإتلاف، أو النسخ، أو التدمير، أو النشر، أو إعادة النشر، أو تدمير النظم المعلوماتية أو وسائل تقنية المعلومات أو شبكة المعلومات، أو إلحاق الضرر بالمستفيدين أو المستخدمين، أو إذا وقعت الأفعال السابقة من شخص أثناء تأدية عمله، وذلك وفقاً للمادة الرابعة، والإتلاف أو التدمير قد يتحقق بالطرق التقليدية؛ كتعطيم النظام أو إشعال النيران، ويكفي لقيام الجريمة توافر القصد الجنائي العام، الذي يكفي لقيامه علم الجاني بأن من شأن فعله إتلاف مال الغير من دون اعتداد بالباعث على ارتكاب الجريمة<sup>(148)</sup>.

(147) تتفق سياسة المشرع البحريني مع المشرع السعودي في هذا الشأن فلا يوجد تجريم لفعل البقاء بالنظم المعلوماتية، راجع

المادة الثانية من القانون رقم 60 لسنة 2014 م بشأن جرائم تقنية المعلومات بالبحرين.

(148) طعن جنائي ليبي 24 فبراير 1987 م، الطعن رقم 33/511ق، مجلة المحكمة العليا، السنة 1، 2، العدد 25، ص

غير أنّ الصورة الغالبة للإتلاف أو التدمير هي التدمير أو الإتلاف المعنوي، وتتحقّق هذه الصورة بمحو المعلومات كلياً أو تدميرها إلكترونياً أو تشويه المعلومات أو البرامج على نحو يجعلها غير صالحة للاستعمال<sup>(149)</sup>.

كما اهتمّ المشرع بحماية البيانات في المجال الطبي، فيعاقب على استخدام تقنية المعلومات في التغيير أو التعديل أو الإتلاف المتعمد من دون حقّ لبيانات أو معلومات إلكترونية في هيئة تقرير فحص أو تشخيص أو علاج أو رعاية طبية، مختزنة في النظام أو وسائل تقنية المعلومات، ولا عقاب إذا حدثت الأفعال السابقة في الحالات التي يجيزها القانون أو بموافقة المعني<sup>(150)</sup>.

ويكفل القانون كذلك الحماية للبيانات والمعلومات الحكومية، التي تقتضي طبيعتها أن تكون سرية، وكذلك البيانات والمعلومات السرية الخاصة بالمصارف والمؤسسات المالية، في إطار حماية السرية المصرفية، وذلك بالعقاب على الدخول المتعمد من دون حقّ إلى النظم أو المواقع الإلكترونية؛ بقصد الحصول على تلك البيانات والمعلومات، وتغلّظ العقوبة إذا ترتّب على ذلك تعرض البيانات والمعلومات المختزنة إلى الإلغاء أو التغيير أو التعديل أو التشويه أو الإتلاف أو النسخ أو التدمير أو النشر، فلا محلّ لقيام الجريمة إذا كان الدخول غير متعمد، أو كان لغرض آخر غير قصد الحصول على البيانات والمعلومات المختزنة<sup>(151)</sup>.

(149) هدى حامد قشقوش، مرجع سابق، ص 43.

(150) المادة الخامسة من قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات بسلطنة عمان.

(151) المادة السادسة من قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات بسلطنة عمان.



كما حرصَ المشرعُ على حماية المواقع من مخاطر الاختراق أو السرقة والعبث ببيانات الموقع، فيعاقبُ القانونُ على الدخول المتعمد من دون حقِّ باستخدام وسائل تقنية المعلومات لموقع إلكتروني، بقصد تغيير تصميمه أو تعديله أو إتلافه أو إغائه أو شغل عنوانه<sup>(152)</sup>، فهذه الأفعال تؤدي إلى عرقلة دخول المستخدم الشرعي إلى النظام، فضلاً عما يترتب على هذا الدخول غير المشروع من مساسٍ بسرية البيانات والمعلومات، وإتاحة الفرصة أمام القراصنة لارتكاب جرائم أخرى كالتزوير أو الاحتيال<sup>(153)</sup>.

ويعاقبُ المشرعُ كذلك على الاعتراض المتعمد من دون حقِّ باستخدام وسائل تقنية المعلومات لخطِّ سير البيانات أو المعلومات المرسلة عبر الإنترنت أو وسائل تقنية المعلومات، أو قطع بثها أو استقبالها أو التنصتِ عليها<sup>(154)</sup>؛ وذلك لضمان سلامة نقل البيانات والمعلومات، وكذلك عدم اطلاع الغير عليها من دون حقِّ.

وقد وسَّعتِ المادةُ التاسعة من تلك الحماية، حيث تعاقبُ كلَّ من أدخل عمداً ومن دون حقِّ في نظامٍ أو شبكة معلوماتية أو وسائل تقنية المعلومات، ما من شأنه إيقاف أيِّ منها أو تعطيله عن العمل، أو أن يلغي أو يعدل أو يغيِّر أو يشوه أو يتلف أو يدمر البرامج أو البيانات أو المعلومات الإلكترونية المستخدمة أو المخزنة في أيِّ منها، مع علمه بأنَّ ذلك من شأنه إيقافها أو تعطيلها عن العمل، وذلك باستخدام وسائل تقنية المعلومات، وهي من الجرائم العمدية التي يلزم لقيامها توافر القصد بعنصره العلم والإرادة، فلا تقوم إذا تخلف القصد، بأن حدثت الأفعال عن طريق الإهمال أو غيرها من صور الخطأ غير العمدي<sup>(155)</sup>.

(152) المادة السابعة من قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات بسلطنة عمان.

(153) د. خالد ممدوح إبراهيم، الجرائم المعلوماتية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2009، ص 278.

(154) المادة الثامنة من قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات بسلطنة عمان.

(155) راجع المادة التاسعة من قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات بسلطنة عمان.

كما قد يحدث إعاقة المراسلات، وهو فعلٌ يؤدي إلى تباطؤ أو إرباك عملِ نظامِ المعالجة الآلية للبيانات، فيتربُّب عليه تغييرٌ في حالِ عملِ النظام، ويتحقَّق ذلك بوضع أيِّ عقباتٍ ماديةٍ أو فنيةٍ تحول دون وصولِ المراسلة، كأن يستخدم أحدُ موظفي شبكة اتصالات لاسلكية جهازًا يسمى jammer ؛ لإعاقة الاتصال بين مستخدمٍ وآخر للشبكة<sup>(156)</sup>، لذلك تعاقبُ المادة العاشرة من يقوم بإعاقة أو تعطيل عمدي من دون حقِّ الوصول إلى خدمات مزود الخدمة أو الدخول إلى نظام معلوماتي أو وسائل تقنية المعلومات، وذلك باستخدام وسائل تقنية المعلومات المختلفة.

وإن كان القانون قد وسَّع من الحماية المقررة للبيانات والمعلومات ووسائل تقنية المعلومات بتجريم العديد من الأفعال التي لم يكن الفصل الثاني مكرر من قانون الجزاء يعاقب عليها، إلا أنه لم يصل إلى تحقيق حماية فعالة للبيانات الشخصية، لا سيَّما ضدَّ مخاطر المعالجة الآلية للبيانات الشخصية.

**3. قانون تنظيم الاتصالات رقم 30 لسنة 2003م:** كفل القانون الحماية لسرية الاتصالات والبيانات والمعلومات الشخصية، فيعاقب على استخدام أجهزة أو وسائل الاتصالات في غير الأحوال المرخص بها، من هيئة الاتصالات أو حالات تأدية مهام وظيفية لدى المرخص له بقصد الحصول على معلومات عن مضمون الرسالة أو مرسلها، أو المرسل إليه إذا كان المستخدم لهذه الوسائل أو الأجهزة غير مصرح له من الهيئة لأسباب تشغيلية بالحصول عليها، أو كان استخدامها بقصد إفشاء سرية البيانات، وذلك فيما عدا الحالات التي يجيزها القانون<sup>(157)</sup>.

ويُعدُّ ذلك تأكيدًا من المشرع على حرمة المراسلات التي تحتوي على أسرار الفرد وتعكس شخصيته، غير أن هذا القانون لا يوفر حماية فعالة للخصوصية المعلوماتية، إذ يكفل الحماية للبيانات والمعلومات في نطاق

(156) راجع: إبراهيم حامد طنطاوي، مرجع سابق، ص 141.

(157) المادة 61 من قانون تنظيم الاتصالات بسلطنة عمان.

الاتصالات، والتي يتحصل عليها العاملون لأسباب تشغيلية، لا حماية غيرها من البيانات والمعلومات الشخصية التي يُحصَلُ عليها في غير تلك الأحوال، وبشكلٍ خاصٍ ضدَّ مخاطرِ المعالجة الآلية للبيانات.

وتجدُرُ الإشارةُ إلى أنَّ المشرعَ العمانيَّ -خلافًا للمشرع في المملكة العربية السعودية والبحرين<sup>(158)</sup>- وتماشياً مع سياسة المشرع الفرنسي ومشروع قانون حماية البيانات الشخصية المصري لعام 2017، يقرُّ حماية للبيانات حتى في حال نقله إلى خارج الدولة، فالمادة 49 تتطلب أن يؤخذ في الاعتبار المستوى الكافي من الحماية للبيانات؛ كطبيعة البيانات ومصدر المعلومات التي تتضمنها البيانات خاصةً، والغرض من المعالجة ومدته، وكذلك القانون المطبَّق في الدولة المنقول إليها البيانات، ومدى التزاماتها الدولية، وكذلك القواعد ذات الصلة المطبقة في تلك الدولة لحماية البيانات، ولا شكَّ في أنَّ ذلك يوسِّع من نطاق حماية البيانات، غير أنَّ ذلك يقتضي أن تتولَّى الجهة المختصة بضمان احترام هذه القواعد في الدولة التنسيق مع نظيرتها التي تتمتع بالسلطات نفسها في الدولة المنقول إليها البيانات؛ لضمان تطبيق تلك الأحكام على نحو أفضل<sup>(159)</sup>.

ويلاحظ أنَّ المادة الثامنة من مشروع قانون حماية البيانات الشخصية المصري لعام 2017 قد نصَّت على حقّ المعني بالبيانات في تصحيح أو مسح أو عدم السماح بالدخول إلى البيانات الشخصية التي تتعارض معالجتها مع أحكام القانون، وفي حين نصَّت المادة التاسعة من المشروع ذاته على حقّ المعني في الاعتراض على معالجة البيانات التي تخصه، على أن يكون ذلك لأسباب مشروعة، أو استعمالها لأغراض الاستقراء التجارية (التسويق المباشر)، وهو ما لم ينص عليه المشرع العماني أو السعودي، كما أنَّ المشروع السالف الذكر في المادة 12 يضيف على البيانات المتعلقة بالعلاقات الزوجية والحالة الجنسية، والتوجهات السياسية، والأصل العرقي والمعتقدات الدينية، والصحة والحالة النفسية للشخص، وبيانات الأطفال -حماية خاصةً، فلا يجوز معالجتها إلا

(158) راجع قانون مكافحة الجرائم المعلوماتية بدولة البحرين.

(159) انظر كذلك: المادة 44 من مشروع قانون حماية البيانات الشخصية المصري لعام 2017 م.

بتصريحٍ من الجهة المختصة، وفي جميع الأحوال لا يجوزُ معالجة أو جمع البيانات المتعلقة بالأصل العرقي أو المعتقدات الدينية أو العلاقات الزوجية إلا بغرض تحقيق مصلحة عامة، وبعد أخذ تصريحٍ خاصٍ بذلك من جهاز حماية البيانات الشخصية، ولا شكَّ في أنَّ المشروعَ قد وسَّعَ من حماية تلك البيانات لأهميتها وخطورتها في تحديد هوية الفرد وميوله، وهو ما أغفلهُ المشرعُ العماني والمشرعُ السعودي والمشرعُ الليبي.

### و ما هي الضمانات المقررة لحماية البيانات الشخصية للأطفال ؟

على خلافِ الوضع في التشريعات محل الدراسة فإنَّ المادةَ 13 من مشروع قانون حماية البيانات الشخصية المصري لعام 2017 قد قررتُ حمايةً خاصةً للبيانات الشخصية للأطفال، عندما أوجب على مالكِ أيِّ موقعٍ إلكترونيٍّ موجهٍ للأطفال أو مشغلهِ بوضع إخطارٍ على الموقع يوضحُ ماهية بيانات الأطفال، وكيفية استخدامها، والسياسة المتبعة في الإفصاح عنها، كما أوجبَ على المالكِ أو المشغلِ للموقع الإلكتروني الحصولَ على موافقةٍ صريحةٍ من ولي أمر الطفل الذي تُجرى معالجةُ بياناتٍ شخصيةٍ عنه، وتزويد ولي الأمر بناءً على طلبه -وبعد التأكد من هويته- بتوضيحِ نوعِ البيانات الشخصية التي جرتُ معالجتها، والغرض من المعالجة، ونسخة من البيانات التي جرتُ معالجتها أو جمعها عن الطفل، وأنَّ يقومَ بحذف أو مسح البيانات أو قفِّ معالجة أيِّ بياناتٍ شخصيةٍ جرى تجميعها عن الطفل إذا طلب ولي الأمر ذلك ، وعدم طلب أيِّ بياناتٍ شخصيةٍ عن الطفل كشرطٍ للمشاركة في أيِّ نشاطٍ يقدمه الموقع. كما أنَّ تشريعَ حماية الخصوصية والبيانات الجديد الصادر عن الاتحاد الأوروبي في 27 أبريل 2016 الذي سيدخل حيزَ التطبيق في 25 مايو 2018م يتطلبُ -حتى تكون معالجةُ بياناتِ الطفل مشروعاً- موافقةَ الطفل الواضحة والصريحة، إذا كان عمره ستَّ عشرة سنةً على الأقل، ولا تكون المعالجة مشروعاً قبل هذه السن إلا بعد الحصول على موافقة ولي أمر الطفل، وقد أجاز التشريعُ الأوروبي للدول الأعضاء تحديد سنِّ أقل للطفل؛ لغرضِ الموافقة على معالجة بياناته الشخصية، على ألا تقلَّ في جميع الأحوال عن ثلاث عشرة سنةً.

وحسناً فعلَ المشرعُ بذلك؛ تقديراً لسن الطفل وظروفه بعدم إدراكه لخطورة الإجراء، وما قد يترتبُ عليه من آثار، ومنعاً لاستغلال الأطفال واستخدام بياناتهم الشخصية بشكلٍ غير مشروعٍ عبر الإنترنت والعالم الافتراضي في الإعلانات والدعاية على المنتجات والخدمات، أو بيع صورهم وبياناتهم للشركات التجارية، أو المواقع الإلكترونية الجنسية الإباحية، ومن ثم لا تكونُ معالجة البيانات الشخصية للطفل مشروعاً إذا كان عمره أقلَّ من ستِّ عشرة سنةً، أو كان يبلغها وكانت موافقته غير صريحة وواضحة، فالموافقة الضمنية أو غير الواضحة لا تعفي القائم على المعالجة من المسؤولية، إلا إذا كان قد تحصَّل على الموافقة الصريحة على المعالجة من ولي أمر الطفل، لا سيَّما مع سياسة الخصوصية التي تضعها بعض المواقع، وتكون غير واضحة للمستخدم في كثيرٍ من الأحيان، وإن كان الأمر يقتضي -حسب وجهة نظرنا- إلزام مالك الموقع الإلكتروني أو المشغل بضرورة توضيح وتبسيط أكثرَ لسياسة الخصوصية الخاصة بالموقع، بعيداً عن التعقيدات، بشكلٍ يضمن فهم المستخدم، لا سيَّما الأطفال والقاصرون لسياسة الخصوصية بشكلٍ أفضل.

### ثالثاً: حماية البيانات الشخصية الإلكترونية في التشريع الليبي:

لئن كانت تقنية المعلومات وتطبيقاتها كالحاسب الآلي والإنترنت قد أضحت من الأهمية بحيثُ تستخدمها أغلب الأجهزة في الدولة والقطاع الخاص، فإنَّ المشرعَ الليبي لم يقدم على مواجهة سلبيات تلك التقنية وتأثيرها على الحريات<sup>(160)</sup>-وذلك على خلاف الوضع في بعض التشريعات العربية ومنها قانونُ الجراء العماني، حيثُ أدخل المشرعُ تعديلاتٍ على قانون العقوبات، الهدفُ منها مكافحة الجرائم المستحدثة أو جرائم الحاسب الآلي - فقد ظلَّ

(160) أضيفت إلى قانون العقوبات الفرنسي مادة جديدة برقم 226-4-2 القانون رقم 366 لسنة 2014

Loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové

وتعاقب هذه المادة كلَّ من يرغم شخصاً على مغادرة المكان الذي يقيم فيه، عن طريق المناورات أو التهديد أو الإكراه في غير

الأحوال التي تجيزها الدولة وبمساعدها وفقاً لأحكام المادة 1-153 لمن قانون المرافعات المدنية والتنفيذ - بالحبس ثلاث

سنواتٍ وغرامة 30 ألف يورو.

قانون العقوبات الليبي بعيداً عن أيّ تعديلاتٍ يمكنها مواجهةُ الإجرام الحديث أو الجرائم المعلوماتية، وفي ظلِّ هذا الوضع بات قانونُ العقوبات عاجزاً عن مواجهة تلك الجرائم، إذ لا يزالُ رهن الأفكار التقليدية، ولم تلحق نصوصه التطوُّر الذي لحق بالجريمة.

إنَّ القواعد التقليدية في قانون العقوبات لا تكفي لتوفير حمايةٍ فعالةٍ للخصوصية المعلوماتية أو البيانات والمعلومات الشخصية الإلكترونية، لآ سيمًا ضد مخاطر المعالجة الآلية، فقد صدرت تلك النصوص لمواجهة أفعالٍ معينةٍ في بيئةٍ تختلف تمامًا عن بيئةِ التقدُّم السريع في مجالِ تقنية المعلومات، إذ لا حمايةً فعالةً للبيانات والمعلومات الشخصية في إطار القواعد التقليدية في التشريع الليبي، الأمر الذي جعل التشريعات المقارنة لا تكفي بتلك القواعد التقليدية، وجاءت بأحكامٍ خاصّةٍ ومستحدثةٍ لمواجهة ذلك النمط المستحدث من الجرائم، وسنتناول بعض هذه القوانين لأهميتها كما يأتي:

#### 1. مشروع الدستور الليبي لسنة 2017:

صدرَ عن الهيئة التأسيسية لصياغة مشروع الدستور، مشروع الدستور الليبي في 19 يوليو 2017 في مدينة البيضاء، وإدراكًا بأهمية حماية البيانات الشخصية والوعي المجتمعي بالتحديات التي تتعرَّض لها، خاصةً مع زيادة التقدم العلمي والتكنولوجي في مجالِ تقنية المعلومات والحاسب الآلي، وما قد يترتَّب على ذلك من مخاطر وأضرار جسيمةٍ تمس الحياة الشخصية للفرد، فقد أكدت المادة 35 من المشروع صراحةً على حماية البيانات الشخصية للمواطن بقولها: "الحياة الخاصة حرمةً، ولا يجوزُ دخول الأماكن الخاصة إلاً لضرورة، ولا تفتيشها إلاً في حالة التلبس أو بأمرٍ قضائي، كما لا يجوزُ المساسُ بالبيانات الشخصية أو إخضاع الاتصالات والمراسلات

للمراقبة إلا بإذن من القاضي المختص" (161)، كما أكدت المادة 46 على أن تضع الدولة التدابير اللازمة للشفافية، وتضمن حرية تلقي المعلومات ونقلها وتبادلها، والاطلاع عليها، وتعدد مصادرها بما لا يمس الأسرار العسكرية و أسرار الأمن العام، ولولازم إدارة العدالة، وحرمة الحياة الخاصة، وما اتفق مع دولة أخرى على اعتباره سرياً، مع حقّ الحفاظ على سرية المصدر.

فالنص السابق يؤكد على حق الفرد في الوصول إلى المعلومات ونقلها وتبادلها، وفقاً للضوابط الواردة في النص، وإن كان من الأفضل النص صراحةً على عدم جواز نقل البيانات أو تبادلها مع دولة لا توفر تشريعاتها الحماية الكافية للبيانات الشخصية، إلا في حالات معينة، ووفقاً لضوابط يحددها القانون، والحق في محرّ البيانات وتصحيحها، والاعتراض على معالجتها وفقاً للضوابط التي يضعها القانون.

وتجدر الإشارة إلى أنّ هناك دساتير اعتبرت أنّ أمن الفضاء المعلوماتي جزء من منظومة الأمن القومي والاقتصادي للدولة، ولا شك في أنّ ذلك يعكس مدى الاهتمام بالبيانات والمعلومات، لما للاعتداء عليها خاصة عبر الهجمات الإلكترونية من أضرار جسيمة تلحق بمختلف القطاعات في الدولة، شرط ألا يؤدي ذلك إلى المساس بالحق في حرية التعبير باعتباره من الحقوق المكفولة في الدستور.

ومن تلك الدساتير الدستور المصري لسنة 2014، فقد نصّت المادة 31 (من الباب الثاني: المقومات الأساسية للمجتمع) على أنّ "أمن الفضاء المعلوماتي جزء أساسي من منظومة الاقتصاد والأمن القومي، وتلتزم الدولة باتخاذ التدابير اللازمة للحفاظ عليه، على النحو الذي ينظمه القانون".

---

(161) كفلت بعض الدساتير العربية صراحةً سرية وحماية البيانات الشخصية للفرد، ومن تلك الدساتير : الدستور التونسي لسنة

2014 وفقاً للفصل 24 ، الدستور الجزائري لسنة 2016 وفقاً للمادة 46 ( معدل بالقانون رقم 01-16 الصادر في 6

مارس 2016، ومنشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 14، بتاريخ 7 مارس 2016 ) .

إنّ النصّ على حماية البيانات الشخصية في الدستور من شأنه توفيرُ حمايةٍ فعالةٍ لها، ويلزمُ المشرعُ بإصدار قانونٍ لحماية البيانات والمعلومات الشخصية، ويمنع مختلف السلطات والجهات والأشخاص في الدولة من الاعتداء على البيانات والمعلومات الشخصية، فالدستور هو الضامنُ الأول للحقوق والحريات؛ لسموّه على غيره من القواعد والنصوص.

## 2. القانون رقم (8) لسنة 2014م بشأن الرقم الوطني: تكفلت المادة الأولى من القانون بتعريف الرقم

الوطني بقولها: "بيان رقمي ذو دلالة، ومدخل إلى البيانات المعرّفة بالفرد بقاعدة البيانات الوطنية، ويعتبر مصدراً للتعرف والتأكد من الهوية الشخصية أمام جميع مؤسسات الدولة..."، وتقرّر المادة الثالثة تكوين قاعدة بيانات وطنية، وتشمل البيانات الأساسية للمواطن، متضمنة الرقم الوطني، والاسم الرباعي، وكذلك اسم الأم، وتاريخ الميلاد ومكانه، كما تشمل بيانات حيوية كالبصمة العشرية<sup>(162)</sup>، وبصمة العين، والصورة الفوتوغرافية، والتوقيع، ويسمح القانون لجميع التطبيقات والخدمات الخاصة بالمواطن الوصول إلى بيانات المواطن عن طريق قاعدة البيانات الوطنية، وعلى الرغم من أهمية وخطورة تلك البيانات على اعتبار أنّها تدل على هوية الشخص وميوله، إلا أنّ القانون السابق لم يتضمن أيّ حماية تذكر لها، وهذا كان ينبغي على المشرع تداركه -لا سيّما في ظلّ عدم وجود قانونٍ خاصّ بحماية البيانات الشخصية في القانون الليبي- فهذا النوع من البيانات كان يقتضي تقرير حماية فعالة لها، كما هو الحال في التشريعات المقارنة.

(162) البصمة العشرية أو البصمة الآلية هي عبارة عن تصوير رقمي للبصمات كبصمة اليد والعين عبر ماسح ضوئي معدّ

لهذا الغرض، وتعدّ من الوسائل التقنية المتطورة للتأكد من هوية الفرد، وتستخدم في مجالات مختلفة، لعل أهمها المجال الأمني كالمنافذ البرية والبحرية أو الجوية، وتدخل ضمن بيانات البطاقة القومية أو الشخصية لدى العديد من الدول .



3. القانون رقم (17) لسنة 1986م بشأن المسؤولية الطبية<sup>(163)</sup>: لا شك في القول بأهمية حق الفرد في سلامة جسده، فللفرد الحق في سلامة جسمه والمحافظة على صحته العقلية والنفسية<sup>(164)</sup>، والحق في سرية المعلومات، فمحافظة الطبيب على أسرار المريض تجعل المريض يطمئن ويقدم أسراره للطبيب، وتلك الأسرار قد تكون ضرورية لكي يتمكن الطبيب من التشخيص ووصف العلاج المناسب<sup>(165)</sup>، ومن أجل ذلك صدر قانون المسؤولية الطبية رقم 17 لسنة 1986م وأكد على حماية سرية البيانات والمعلومات، وقضت المادة 13 بعدم جواز إفشاء أسرار المريض، التي يجري الاطلاع عليها بسبب ممارسة المهنة، ما لم يكن ذلك للجهات القضائية ووفقاً للقانون<sup>(166)</sup>.

(163) المحكمة غير ملزمة بعرض قضايا المسؤولية الطبية على المجلس الطبي، والالتزام بما يرد في تقريره بشأن مدى قيام المسؤولية الطبية، ومن حق المحكمة اختيار طريق الإثبات الذي تراه مؤدياً إلى ذلك، يذكر أن قضاء المحكمة العليا كان يقرر خلاف ذلك، وضرورة عرض تلك القضايا على المجلس الطبي، إلا أن المحكمة العليا عدلت عن ذلك. انظر: حكم المحكمة العليا الليبية بتاريخ 23 ديسمبر 2013م، رقم 811 لسنة 53 ق، غير منشور .

(164) نبيلة غضبان، المسؤولية الجنائية للطبيب، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري-تيزي وزو، 2009، ص10.

(165) وجود عقد تأمين في نطاق المسؤولية عن تعويض الضرر الناجم عن أخطاء ممارسة المهن الطبية، والمهن المرتبطة بها لا يمنع من مخاصمة المسؤول عن الضرر. حكم المحكمة العليا الليبية بتاريخ 5 فبراير 2017م، طعن مدني رقم 567 لسنة 60 ق . " غير منشور "

(166) بعد حلول شركة ليبيا للتأمين محل هيئة التأمين الطبي فإنها تكون ملزمة بتغطية المسؤولية المدنية الناشئة عن أخطاء المهن الطبية، والمهن الطبية المرتبطة معها، وذلك بالنسبة للمشمولين بالتغطية التأمينية الإلزامية، طالما يمارسون تلك المهنة، ويُقدَّر التعويض وفقاً للقواعد العامة في القانون المدني . طعن مدني ليبي 26 مارس 2017م، رقم الطعن 60/368 ق، المحكمة العليا، غير منشور .

والإفشاء يتحقق بالإفشاء بالسر أو المعلومات إلى الغير<sup>(167)</sup> بأي وسيلة كانت، ولو كان بجزء من السر، وليس بكامل الوقائع السرية<sup>(168)</sup>.

ويتعلق السر بالمعلومات التي اطلع عليها الطبيب بناءً على صفته، ولا يشمل ما علم به من دون الاستناد إلى تلك الصفة، كأن يعلم بها من الأصدقاء أو من وسائل الإعلام<sup>(169)</sup>، ونطاق السرية يتعين أن يشمل المعلومات التي تصل إلى علمه وتتعلق بالحالة الصحية للمريض، سواءً أكان المريض قد أدلى له بها أم تمكن من استنباطها أو استنتاجها من حالة المريض، من دون أن يكون قد أدلى بها، وفي ذلك توسيع لنطاق الحماية، غير أن هذا القانون لا يوفر حمايةً للبيانات والمعلومات الشخصية إلا من مخاطر الإفشاء، الذي يقع من الأشخاص الخاضعين لهذا القانون من دون غيرهم، وهم كل من يمارس المهن الطبية والمهن المرتبطة بها، المشار إليها في المادتين 109 و 123 من القانون الصحي (القانون رقم 106 لسنة 1973 م)، على أن يكون ذلك الإفشاء للمعلومات أو الأسرار التي قد جرى الاطلاع عليها بسبب مزاوله المهنة، ولا يوفر حمايةً للبيانات في المجال الطبي ضد مخاطر أخرى، قد تتمثل في إتلاف أو تعديل أو تغيير البيانات الطبية الخاصة بالمريض، كما لا يوفر حمايةً للبيانات الشخصية، إلا في مجال معين، وتبقى بعيدةً عن حمايتها ضد مخاطر المعالجة الآلية للبيانات الشخصية.

(167) فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 628.

(168) فوزية عبد الستار، مرجع سابق، ص 628.

(169) محمد عبد الظاهر حسن، المسؤولية المدنية في مجال الطب وجراحة الأسنان، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004،

4. القانون رقم (22) لسنة 2010م بشأن تنظيم الاتصالات: صدر قانون تنظيم الاتصالات رقم 22 لسنة 2010، وبمقتضى المادة 40 منه أُلغِيَ القانون رقم 8 لسنة 1990 بشأن الاتصالات السلكية واللاسلكية، ولم يغفل القانون عن التأكيد على سرية البيانات الشخصية وسلامتها، حيث أُلزمت المادة 15 الجهة التي تقدم الخدمات باتخاذ كافة الخطوات والإجراءات اللازمة لضمان سرية اتصالات المستفيد من خدمة الاتصالات، كما منعت تلك الجهة من اعتراض اتصالات المستفيد أو مراقبتها أو تعديلها أو تغييرها، غير أنه يجوز المساس بسرية تلك البيانات متى اقتضى الأمر ذلك؛ كدواعي متابعة وتحديد الأماكن، أو الرد على المضايقات أو المكالمات العدوانية أو غير القانونية أو حسب القانون، بأن تقوم الجهة المقدمة للخدمات بمراقبة الاتصالات بناءً على طلب المستفيد أو طلب الجهات القضائية المختصة قانوناً لدواعي المصلحة العامة في مكافحة الجريمة، كما يجوز للجهة أن تقوم بالإجراءات اللازمة لحماية الأشخاص من الاتصالات التي تتضمن مضايقات أو مكالمات عدوانية أو غير قانونية.

كما أكدت المادة 16 على حماية اتصالات المستفيد، فأُلزمت الجهات المقدمة للخدمة بحماية اتصالات المستفيد بوسائل الحماية الأمنية، ومنعها من أعمال الحفظ أو التجميع أو الاستعمال أو الإقضاء لاتصالاته أو معلوماته الشخصية، التي يكون قد قدمها لتلك الجهة في بداية التعاقد؛ من أجل تقديم الخدمة أو البيانات التي قد تطلبها الجهات المقدمة للخدمة من أجل استمرار الخدمة كصورة جواز السفر أو شهادة الميلاد أو الرقم الوطني... إلخ، إلا في الحدود التي يسمح بها القانون أو بموافقة المستخدم الشخصية، على أن يكون ذلك للأغراض التي قامت من أجلها دون سواها، وفي ذلك تأكيد على عدم الانحراف عن الغرض الذي من أجله جُمعت تلك البيانات والمعلومات الشخصية.

أمّا عن حماية بيانات المستفيد من مخاطر الإفشاء فقد أكدت عليه المادة 26 فحظرت إذاعة مضمون رسالة الاتصالات أو إفشاءها أو إشاعتها من دون أن يكون هناك مبرر قانوني، غير أن الحماية تقتصر على البيانات والمعلومات التي اطلع عليها الجاني بحكم عمله، أو قام الجاني بإساءة استخدام المعلومات المتعلقة بالمستفيد، ومن ثم فإنه كغيره من القوانين التي سبقته، لا يكفل حماية واضحة وفعالة للبيانات والمعلومات الشخصية، فهو ليس بقانون خاص بحماية البيانات الشخصية الإلكترونية، إذ تقتصر الحماية في ظل هذا القانون على البيانات والمعلومات الشخصية، من بعض صور الاعتداء على البيانات والمعلومات دون غيرها، ومن ذلك أنه لا يوفر الحماية من مخاطر المعالجة الآلية للبيانات كما ورد في التشريع المقارن، كما أنه لا يكفل الحماية إلا للبيانات والمعلومات في قطاع الاتصالات، وفي جانب منها من أعمال الاعتداء التي تقع من العاملين في الجهة التي تقدم خدمة الاتصالات دون غيرها.

#### 5. القانون رقم (2) لسنة 2005م بشأن مكافحة غسل الأموال:

صدر هذا القانون رغبة من المشرع في مكافحة جرائم غسل الأموال ، وتعتبر هذه الجريمة من الجرائم المستحدثة<sup>(170)</sup> التي جاءت كنتيجة للتطور وتوظيف التقنيات الحديثة في مجال الجريمة، ويمكن تعريفها بأنها تغيير وصف المال بالتمويه والإخفاء للمصدر غير المشروع للأموال؛ حتى تظهر في صورة مشروع؛ للابتعاد عن الملاحقة القانونية<sup>(171)</sup>.

(170) لا يشترط لإثبات جريمة غسل الأموال طريقة خاصة، بل يكفي أن تقتنع المحكمة بوقوع الفعل المكون لها من أي دليل أو قرينة تقدم لها . نقض جنائي مصري 17 فبراير 2011م، الطعن رقم 11248 لسنة 80 ق، غير منشور .

(171) MmedJazira MEHDI, Les instruments de lutte contre le blanchiment d'argent en algerie, thèse de doctorat, universite nice sophia antipolis, 2015, p6.

ومن المستقرّ عليه قضاء أنّ جريمة غسل الأموال تتطلبُ-بالإضافة إلى القصد الجنائي العام- قصدًا خاصًا، يتمثّل في نية إخفاء المال، أو تمويه طبيعته أو مصدره أو مكانه، أو صاحب الحقّ فيه، أو تغيير حقيقته<sup>(172)</sup>.

وقد سجّلت هذه الجريمة تناميًا كبيرًا؛ بسبب التقدّم التكنولوجي المستمر، الأمر الذي دفعَ بالمجتمع الدولي لإبرام العديد من المعاهدات لمكافحة غسل الأموال، وتمويل الإرهاب، ناهيك عن الآثار السلبية لهذه الجريمة على الاقتصاد الدولي، باعتبارها غشًا يستهدفُ إضفاء الصفة المشروعة على أموال ذات مصدرٍ غير مشروع<sup>(173)</sup>.

وقد أوجبت المادةُ الرابعة عشر من هذا القانون على الجهات التي تحصل على البيانات والمعلومات، طبقًا لأحكام هذا القانون المحافظة على سرّيتها، وعدم الإفصاح عنها إلاّ بالقدر اللازم والضروري في التحقيقات والدعاوى والقضايا المتعلّقة بغسل الأموال وغيرها من الجرائم التي يعاقب عليها هذا القانون.

وهذا القانون هو الآخر لا يوفر حمايةً إلاّ للبيانات التي يُحصَلُ عليها وفقًا لأحكامه دون غيرها، كما أنّه يوفرُ الحماية للمعلومات الشخصية فقط من مخاطر الإفشاء أو الكشف غير المشروع، ولا يشمل المخاطر الأخرى التي قد تتعرّض لها أمنُ البيانات وسلامتها، والمعلومات الشخصية، خاصة مخاطر المعالجة الآلية.

(172)نقض جنائي مصري 12 مايو 2013م، الطعن رقم 12808 لسنة 82 ق، غير منشور، نقض جنائي مصري 13 نوفمبر

2011م، الطعن رقم 8948 لسنة 79 ق، غير منشور.

(173)CélestinFoumdjem,Blanchiment de capitaux et la fraude fiscale,

Thèse de doctorat,Université de Cergy-Pontoise, 2010,Résumé.

6. القانون رقم (9) لسنة 1968م بشأن حماية حق المؤلف:

تُعَدُّ حقوق الملكية الفكرية أو الذهنية *Propriété intellectuelle* من وسائل حماية جهود المبدعين في مختلف المجالات، لا سيما مجال الاختراع أو التأليف<sup>(174)</sup>، وفي إطار الاهتمام بحماية الملكية الفكرية على اعتبار أنها ثمرة الابتكار ونتائج الإبداع في شتى مناحي النشاط الإنساني<sup>(175)</sup>.

فقد صدر عن المشرع الليبي القانون رقم 9 لسنة 1968م لحماية حق المؤلف، ووفقاً للمادة الأولى من هذا القانون يتمتع بالحماية مؤلفو المصنفات المبتكرة في الآداب والفنون والعلوم أيًا كان نوع هذه المصنفات أو طريقة التعبير عنها أو أهميتها أو الغرض من تصنيفها، وتشمل الحماية وفقاً للمادة الثانية: المصنفات المكتوبة، والمصنفات الداخلة في فنون الرسم والتصوير بالخطوط أو الألوان أو الحفر أو النحت أو العمارة، والمصنفات التي تُلقَى شفويًا؛ كالمحاضرات والخطب والمواعظ وما يماثلها، والمصنفات المسرحية والمسرحيات الموسيقية، والمصنفات الموسيقية، سواء أقرنت بالألفاظ أم لم تقترن بها، والمصنفات الفوتوغرافية والسينمائية، الخرائط الجغرافية والمخطوطات، والمصنفات المجسمة المتعلقة بالجغرافيا أو الطبوغرافيا أو العلوم، المصنفات التي تؤدي بحركات أو خطوات، وتكون معدةً ماديًا للإخراج، والمصنفات المتعلقة بالفنون التطبيقية، والمصنفات التي تعد خصيصاً أو تداع بواسطة الإذاعة اللاسلكية أو التلفزيون، وتشمل الحماية بوجه عام مؤلفي المصنفات التي يكون مظهر التعبير عنها الكتابة أو الصوت أو الرسم أو التصوير أو الحركة، وتعاقب المادة 48 من القانون بغرامة

(174) د. مؤيد أحمد عبيدات، د. مهند عزمي أبو مغلي، سلطات طالب تسجيل براءة الاختراع أثناء مدة الحماية المؤقتة وأثرها على

حقوق الغير، مجلة الحقوق، الكويت، العدد الأول، السنة 34، مارس 2010م، ص 378.

والحقوق الذهنية *Droits Intellectuels* هي الحقوق التي ترد على أشياء معنوية غير محسوسة، تتمثل في إنتاج فكري للشخص، ويمكن إدراكها عن طريق الفكر المجرد، د. عمر أبو الفتوح عبد العظيم الحمامي، الحماية الجنائية للمعلومات المسجلة

إلكترونياً، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010م، ص 381.

(175) نقض مصري 27 ديسمبر 2016م، الطعن رقم 3354 لسنة 85 ق، غير منشور.

لا تقلّ عن عشرين جنياً، ولا تزيد على خمسمائة جنياً كلّ من اعتدى على حقوق المؤلف، أو قام ببيعها أو عرضها للبيع، أو أذاع على الجمهور بأيّ طريقة كانت، أو أدخل إلى أراضي الدولة أو أخرج منها مصنفاً مقلداً، مع علمه بالتقليد، أو قلّد في البلاد مصنفات منشورة في الخارج، وتشملها الحماية التي يقرها هذا القانون، ويعاقب بالعقوبة ذاتها من باعها أو صدرها أو تولّى شحنها للخارج. كما أجازت المادة السالفة الذكر للمحكمة أن تقضي بمصادرة جميع الأدوات المخصّصة للنشر غير المشروع، التي لا تصلح إلا لهذا النشر، وكذلك مصادرة جميع النسخ محل الجريمة.

وبالنظر إلى وقت صدور هذا القانون فإنه لم يتضمن حماية برامج الحاسب الآلي<sup>(176)</sup>، فضلاً على أنه لا يوفر حماية للبيانات إلا في نطاق حقوق المؤلف، بعيداً عن الاعتداءات الأخرى التي قد تتعرض لها البيانات الشخصية، لا سيّما في ظلّ التقنيات الحديثة.

**ولكن ما هي جهود أو خطوات حماية البيانات الشخصية الإلكترونية ومكافحة الجرائم المعلوماتية في ليبيا؟**

إنّ عدم وجود تشريعات مستحدثة في ليبيا تختص بمكافحة الجرائم المعلوماتية أو تنظم المعاملات الإلكترونية لم يمنع مجلس الوزراء من إصدار القرار رقم 28 لسنة 2013م بإنشاء الهيئة الوطنية لسلامة وأمن المعلومات، ومن مهام هذه الهيئة<sup>(177)</sup> - حسب قرار إنشائها - توفير المناخ والمعايير الاستراتيجية اللازمة لضمان تحقيق أمن البيانات الإلكترونية وسلامتها، ووسائل الاتصال المختلفة، بالإضافة إلى توفير خدمات التشفير، وإعداد التقارير السنوية حول أمن المعلومات، وكذلك العمل مع الجهات ذات العلاقة لوضع الإطار القانوني لأمن المعلومات

(176) على خلاف الوضع في بعض التشريعات المقارنة كقانون الملكية الفكرية المصري رقم 82 لسنة 2002 م ( المادة 140).

(177) انظر موقع الهيئة الوطنية لسلامة المعلومات وأمنها على الإنترنت :

وسلامتها، وتوفير الأمن الفني لها، ويعدُّ التشفيرُ من ضمن الحلول المقترحة لحماية البيانات الشخصية المعالجة آليا<sup>(178)</sup>.

ويتحقق باستخدام رموزٍ أو إشاراتٍ تصبح بمقتضاه المعلومات المراد إرسالها أو تمريرها غير قابلة للفهم من قبل الغير، أو استخدام رموزٍ أو إشاراتٍ لا يمكن الوصول إلى المعلومة من دونها<sup>(179)</sup>، وذلك بهدف إضفاء طابع السرية على المعاملات بإخفاء محتوياتها، ومنع استخدامها بشكلٍ غير قانوني، مما يؤدي إلى ثقة الأفراد في المعاملات الإلكترونية<sup>(180)</sup>.

وقد يعمل الشخص على إخفاء جريمته باستخدام تقنيات التشفير؛ وذلك للإفلات من قبضة العدالة الجنائية، وعلى هذا الأساس نجد أن المشرع البحريني بمقتضى القانون رقم 60 لسنة 2014م بشأن جرائم تقنية المعلومات يعاقب على استخدام التشفير في ارتكاب أو إخفاء أي من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، أو أي قانونٍ آخر، وذلك وفقاً للمادة التاسعة، وحسباً فعل المشرع بذلك، وللغاية ذاتها نجد أن المشرع الإماراتي يعاقب على فعل التحايل على عنوان بروتوكول الإنترنت IP باستخدام عنوان وهمي أو عنوان عائد للغير أو بأي وسيلةٍ أخرى بقصد ارتكاب جريمة أو الحيلولة دون اكتشافها<sup>(181)</sup>.

---

(178) Jean-Philippe Foegle: op,cit,p.4.

(179) المادة الأولى من القانون رقم 22 لسنة 2010 بشأن الاتصالات في ليبيا.

(180) د.مدحت رمضان، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000م، ص21.

(181) المادة التاسعة من القانون رقم 5 لسنة 2012 بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات بدولة الإمارات العربية المتحدة.



وبالإضافة إلى الهيئة الوطنية لسلامة المعلومات وأمنها فقد صدرَ قرارٌ وزير العدل رقم 20 لسنة 2016م بإنشاء إدارة أبحاث ودراسات مكافحة الجريمة الإلكترونية، وقد جاء هذا القرارُ بناءً على طلب المركز؛ لعدم وجود تشريعاتٍ في ليبيا خاصةً بمكافحة الجرائم المعلوماتية.

هذه الخطوات وإن كانت مهمةً وتعبُر عن رغبةٍ صادقةٍ في توفير بيئة آمنةٍ للمعلومات والبيانات الشخصية *sécurité des données* - لا سيّما مع الاستخدام المتنامي للبيانات للشخصية والحاسب الآلي والإنترنت في ليبيا - ألا أنه ينبغي أن تكتمل بإعداد قانونٍ لحماية البيانات والمعلومات الشخصية الإلكترونية.

نخلص من كل ذلك بأنّ البيانات الشخصية الإلكترونية لا تتمتع بحمايةٍ فعالةٍ في التشريعات العربية محلّ الدراسة، وإذا كانت هناك تشريعاتٌ توفر حمايةً للبيانات الشخصية الإلكترونية ضدّ بعض صور الاعتداء، أو توفر الحماية لبيانات ومعلومات ذات طبيعةٍ خاصةٍ أو في مجالٍ معين، فهي تظلّ حمايةً غير فعالةٍ، وإذا كان هذا هو حالّ الدول العربية التي سنّت تشريعاتٍ لمكافحة الجريمة المعلوماتية؛ كالسعودية وسلطنة عمان، فوضع تلك البيانات سيكون أكثر خطورةً في التشريع الليبي، الذي لا توجد فيه تشريعاتٌ خاصةً بمكافحة الجرائم المعلوماتية، فهذا التطوُّر في وسائل الاتصالات وتقنية المعلومات ينبغي أن يقابله تطوُّرٌ في التشريعات المنظمة لاستخدام تلك التقنية، على اعتبار أنّ القانون مرآة المجتمع التي تحاكي الواقع، لكي تكون التقنيات الحديثة في خدمة الفرد ولا تنقلب وبالأعلى عليه، الأمر الذي يهدّد الحريات، ويعكّر صفو حياته وخصوصياته.

## الخاتمة

حاولنا من خلال هذه الدراسة الوقوف على الحماية الجنائية للبيانات الشخصية الإلكترونية في ليبيا، مقارنةً بالقانون الفرنسي وبعض القوانين العربية، وتوصلنا من خلال هذه الدراسة إلى مجموعة من النتائج، نوجزها فيما يأتي:

1- على الرغم من الاستخدام الواسع وغير المحدود للإنترنت وتقنية المعلومات والحاسب الآلي في قطاعات الدولة المختلفة العامة والخاصة فلا يوجد قانون خاص بحماية الخصوصية المعلوماتية أو البيانات الشخصية الإلكترونية في التشريعات العربية محل الدراسة.

2- اهتمت التشريعات العربية محل الدراسة - عدا التشريع الليبي - بإصدار تشريعات لحماية حقوق الإنسان وحياته ومعاملاته في الفضاء الإلكتروني، ونعني بذلك مكافحة جرائم تقنية المعلومات، وتنظيم المعاملات الإلكترونية، وإن كان ذلك يُعدُّ في نظرنا خطوة مهمة في سبيل حماية حقوق الإنسان وحياته ضدَّ مخاطر التقدم العلمي في مجال تقنية المعلومات، التي تمتاز بقدرات عالية جداً في مجال جمع البيانات والمعلومات وتخزينها واسترجاعها، ممَّا يهدِّد خصوصية الفرد أكثر من أي وقت مضى، غير أنَّ المشرع العربي لم يصل من خلال ما أصدره من تشريعات إلى توفير حماية فعالة إلى البيانات الشخصية الإلكترونية، وهذه الخطوات وإن لم تكن كافية لتوفير الحماية المنشودة إلا أنَّها تظلُّ خطوات مهمة في سبيل بلوغ تلك الحماية، وهذه الخطوات لم يبلغها المشرع الليبي، فالتشريعات الحالية في ليبيا لا تزال عاجزة عن حماية فعالة لحقوق الإنسان وحياته من مخاطر تقنية المعلومات.

ولذلك نقتُرُحُ :

- العمل على توعية الأفراد من مخاطر استخدام مواقع وخدمات الإنترنت، وتقنية المعلومات على البيانات الشخصية، والحق في الخصوصية في العالم الافتراضي، والاطلاع المُتعمق على سياسة الخصوصية Politique de confidentialité الخاصة بكلِّ موقعٍ على الإنترنت قبل الاشتراك، خاصة فيما يتعلَّق بمواقع التواصل الاجتماعي، ومحركات البحث، والمواقع التي تستخدم ملفات تعريف الارتباط، وتتبع معلومات الكوكيز cookies.
- إلزام مواقع الإنترنت بضرورة بيان تأثير الخدمات التي يقدِّمها الموقعُ على خصوصية المعلومات، وأخذ موافقة المستخدم الصريحة على ذلك، وأن تكون وثيقة الخصوصية مكتوبةً بأكثر من لغة، وبأسلوبٍ مبسطٍ، يفهمه الشخص العادي غير المتعمق في خفايا تقنية المعلومات أو الإنترنت أو الأطفال والقاصرين.
- منع مالك الموقع الإلكتروني أو المشغل من جمع أو معالجة أو حفظ أو استخدام البيانات الشخصية للأطفال والقاصرين من دون الحصول على الموافقة الصريحة لولي الأمر.
- زيادة توعية العاملين بقطاعات الدولة المختلفة بأهمية خصوصية البيانات والمعلومات للأفراد، وكيفية المحافظة على سلامتها وسريتها، وما قد يترتَّب على الاعتداء عليها من ضررٍ بالنسبة للفرد، وكذلك الضرر الذي قد يلحق بقطاعي التجارة والحكومة الإلكترونية، فالمحافظة على سريتها مقدمة مهمة لنجاح قطاعي التجارة والحكومة الإلكترونية.
- إصدار قانونٍ خاص بحماية البيانات الشخصية الإلكترونية، أو الحق في الخصوصية في العالم الافتراضي، ونظم معالجة البيانات، والتأكيد على تأسيس جهة رقابية تكون مهمتها الرقابة على عمليات جمع البيانات الشخصية ومعالجتها في قطاعات الدولة المختلفة، ومدى تقيد تلك القطاعات بأحكام القانون وحماية الحقوق والحريات من مخاطر المعلوماتية، وأجهزة أمن تختصُّ بقضايا الإنترنت

والخصوصية المعلوماتية، وكذلك ضرورة تنظيم مسؤولية وسطاء الإنترنت كمزود خدمات الإنترنت، وإلزامه بالالتزامات التي تكفل توفير حماية فعالة للخصوصية المعلوماتية، أو في الفضاء الإلكتروني، وتنظيم عمل شبكات التواصل الاجتماعي، والمواقع الخدمية عبر الإنترنت في ليبيا؛ للوقاية من مخاطر الاستخدام السيئ لها، وتوظيفها في ارتكاب الجرائم المختلفة، على نحو يكفل تحقيق المصلحة العامة واحترام الحق في حرية التعبير، وتوفير بيئة آمنة للبيانات والمعلومات الشخصية.

- عقد المؤتمرات والندوات المحلية والدولية على نحو متكرر؛ لمناقشة مخاطر المعلوماتية أو تقنية المعلومات على حقوق الإنسان وحياته، خاصة الحق في السرية، على اعتبار أن هذه التقنية في تطور مستمر وبوتيرة سريعة، مع التأكيد على ضرورة دعوة الخبراء الفنيين في مجال أمن المعلومات؛ للاستفادة من خبراتهم، ومعرفة الطرق الحديثة والمتطورة لانتهاك سرية البيانات والمعلومات الشخصية؛ لإيجاد أفضل السبل لتحقيق الأمن المعلوماتي.

## ثَبْتُ المَرَاجِعِ

### أولاً: المراجعُ باللغة العربية:

1. إبراهيم حامد طنطاوي، أحكام التجريم والعقاب في قانون تنظيم الاتصالات، دراسة تأصيلية وتحليلية لنصوص القانون رقم 10 لسنة 2003م، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003م.
2. أمين أعزان، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2009م.
3. حسني الجندي، التشريعات الجنائية الخاصة في دولة الإمارات العربية المتحدة، الكتاب الثالث، قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات في دولة الإمارات العربية المتحدة، من دُونِ ناشر ومكان نشر، الطبعة الأولى، 2009م.
4. حسين بن سعيد الغافري، شرح قانون المعاملات الإلكترونية العماني 2008/69، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011م.
5. خالد بن عبدالله بن معيض العبيدي، الحماية الجنائية للمعاملات الإلكترونية في نظام المملكة العربية السعودية، دراسة تحليلية مقارنة، رسالة ماجستير، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، 2009م.
6. خالد ممدوح إبراهيم، الجرائم المعلوماتية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2009م.
7. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006م.
8. زهيرة كيسي، النظام القانوني لجهات التوثيق (التصديق) الإلكتروني، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة ورقلة - الجزائر، العدد السابع، 2012م.
9. سليم عبدالله الجبوري، الحماية القانونية لمعلومات شبكة الإنترنت، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009م.

10. صالح شنين، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2012-2013.
11. صفات سلامة، النانو تكنولوجي عالم صغير ومستقبل كبير، الدار العربية للعلوم ناشرون، بيروت، 2009م.
12. عبد الفتاح بيومي حجازي، نحو صياغة نظرية عامة في علم الجريمة المعلوماتية والمجرم المعلوماتي، دراسة متعمقة في التعريف بجرائم التقنية الحديثة والمجرم المعلوماتي، انحراف الأحداث بسبب الإنترنت، مكافحة إدمان الإنترنت لدى بعض الفئات، من دُون ناشر ومكان نشر، الطبعة الأولى، 2009م.
13. عبد القادر عطي، سر المهنة المصرفية في التشريع الأردني، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 1996م.
14. عبدالله حسين علي محمود، سرقة المعلومات المخزنة في الحاسب الآلي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 2001م.
15. عطا عبد العاطي السنباطي، الإثبات في العقود الإلكترونية، دراسة فقهية مقارنة، دار النهضة العربية القاهرة، 2008م.
16. علي عبد القادر القهوجي، الحماية الجنائية للبيانات المعالجة إلكترونياً، كتاب بحوث مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، جامعة الإمارات، كلية الشريعة والقانون بالتعاون مع مركز الإمارات للدراسات والبحوث ومركز تقنية المعلومات بالجامعة، 1-3 مايو 2000م، الطبعة الثالثة، 2004م.
17. علي عبد القادر القهوجي، الحماية الجنائية لبرامج الحاسب، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1997م.
18. علي عبد القادر القهوجي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008م.

19. عمر السعيد رمضان، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دارا لنهضة العربية، القاهرة، من دُون تاريخ نشر.
20. عمر الفاروق الحسيني، المشكلات الهامة في الجرائم المتصلة بالحاسب الآلي وأبعادها الدولية، الطبعة الثانية، 1995م.
21. عمر سالم، الحماية الجنائية لبطاقات الوفاء، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1995م.
22. غنام محمد غنام، دور قانون العقوبات في مكافحة جرائم الكمبيوتر والإنترنت وجرائم الاحتيال المنظم باستعمال شبكة الإنترنت، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2010م.
23. فايز رضوان، بطاقات الوفاء، المطبعة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1990م.
24. فياض ملفي القضاة، مسؤولية البنوك الناتجة عن استخدام الكمبيوتر كوسيلة وفاء، كتاب بحوث مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، كلية الشريعة والقانون، 1-3 مايو 2000م، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون بالتعاون مع مركز الإمارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية ومركز تقنية المعلومات بالجامعة، الطبعة الثالثة، 2004م.
25. فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000م.
26. محمد أمين الخرشة، نايف عبد الجليل الحميدة، الحماية الجنائية للتوقيع الإلكتروني في التشريع الإماراتي والبحريني، دراسة مقارنة، مجلة جامعة الأزهر، سلسلة العلوم الإنسانية 2014م، المجلد 16، العدد 1.
27. محمد زكي أبو عامر، د. سليمان عبد المنعم، قانون العقوبات الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004م.
28. محمد عبد الظاهر حسن، المسؤولية المدنية في مجال الطب وجراحة الأسنان، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004م.

29. محمد محمود المكاوي، الجوانب الأخلاقية والاجتماعية للجرائم المعلوماتية، جرائم الكمبيوتر والإنترنت، المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2010م.
30. مدحت رمضان، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000م.
31. منير محمد الجنيهي، ممدوح محمد الجنيهي، جرائم الإنترنت والحاسب الآلي وسبل مكافحتها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006م.
32. نائلة عادل محمد فريد قورة، جرائم الحاسب الاقتصادية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004م.
33. نبيلة غضبان، المسؤولية الجنائية للطبيب، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري-تيزي وزو، 2009م.
34. هدى حامد قشقوش، الإلتلاف غير العمدي لبرامج وبيانات الحاسب الإلكتروني، كتاب بحوث مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت 1-3 مايو 2000م، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون بالتعاون مع مركز الإمارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية ومركز تقنية المعلومات بالجامعة، الطبعة الثالثة، 2004م.
35. هدى حامد قشقوش، جرائم الحاسب الإلكتروني في التشريع المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992م.
36. هشام محمد فريد رستم، قانون العقوبات ومخاطر تقنية المعلومات، مكتبة الآلات الحديثة بأسسيوط، 1994م.
37. يونس عرب، موسوعة القانون وتقنية المعلومات، دليل أمن المعلومات والخصوصية، الجزء الثاني، الخصوصية وحماية البيانات في العصر الرقمي، اتحاد المصارف العربية، بيروت، 2002م.



ثانياً: المراجعُ باللغةِ الفرنسية:

1. Alain Bensoussan: Internet, aspects juridiques, éd Hermes, 1998.
2. Alexis Baumann: Nouvelles décisions de la CNIL en matière de biométrie, Publié le: <http://www.declaration-cnil.com/Articles/A20060130-nouvelles-decisions-cnil-biometrie.php>.
3. ALEXIS Baumann: Responsabilité de l'employeur du fait de l'utilisation d'Internet par le salarié, Publié le: <http://www.declaration-cnil.com/Articles/A20060407-responsabilite-de-l-employeur-et-informatique.php>.
4. Alexis Baumann: Commentaire du décret n° 2006-6 du 4 janvier 2006 relatif à l'hébergement de données de santé, Publié le : <http://www.declaration-cnil.com/Articles/A20060110-decret-sur-l-hebergement-de-donnees-de-sante.php>.
5. Alexis Baumann: La protection des fichiers informatiques "personnels" du salarié, Publié le: <http://www.declaration-cnil.com/Articles/A20051107-fichiers-informatiques-personnels-du-salarie.php>.
6. Alexis Ngounou: Logiciels libres et administration électronique, Thèse de doctorat, Université Lille 2, 2010.

7. André Jacques Augand : Respect de la vie privée en matière de nouvelles technologies à travers des études de cas, Université Panthéon-Assas (Paris 2), thèse de doctorat, 2015.

8. Etienne Wery : Le nouvel article 323-3-1 du Code pénal : lutter contre les virus, d'accord, mais attention aux effets pervers, Publié le 02/09/2004, sur :

<https://www.droit-technologie.org/actualites/le-nouvel-article-323-3-1-du-code-penal-lutter-contre-les-virus-daccord-mais-attention-aux-effets-perver0073>.

9. Carole Girard-Oppici : Les données personnelles et la protection de la vie privée à l'heure des nouvelles technologies, sur : <http://www.net-iris.fr/veille-juridique/dossier/20679/les-donnees-personnelles-et-la-protection-de-la-vie-privee-a-heure-des-nouvelles-technologies2015>.

10. Célestin Foudjem, Blanchiment de capitaux et la fraude fiscale, Thèse de doctorat, Université de Cergy-Pontoise, 2010.

11. Hélène Lebon: Les prochaines recommandations de la CNIL en matière de géolocalisation, Publié le: <http://www.declaration-cnil.com/Articles/A20051020-geolocalisation-recommandations-cnil.php>.

12.Hélène Lebon: Méthodologie de référence de la CNIL pour les recherches biomédicales, Publié le: <http://www.declaration-cnil.com/Articles/A20060405-recherches-biomedicales.php>.

13.Jean Pradel et Michel danti –Juan : Manuel de droit Pénal spécial, éditions Cujas, Paris, 2007.

14.Jean-Philippe Foegle: La CJUE, magicienne européenne du « droit à l’oubli » numérique, Protection des données personnelles (Union européenne), La Revue des droits de l’homme, [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 16 juin 2014.

15.Jean-Philippe Foegle: Le Conseil d’Etat, héraut de la révolution numérique ?, Protection des données personnelles (Conseil d’Etat), La Revue des droits de l’homme [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 30 décembre 2014.

16.Laetitia Valy, Au coeur des préoccupations, la lutte contre le terrorisme connaît un nouveau tournant avec cette loi du 3 juin 2016 visant à mettre en oeuvre de nouvelles dispositions pour renforcer la prévention et la répression, [www.net-iris.fr/veille-juridique/actualite/35232/lutte-contre-le-terrorisme-les-3-nouveautes-a-ne-pas-manquer](http://www.net-iris.fr/veille-juridique/actualite/35232/lutte-contre-le-terrorisme-les-3-nouveautes-a-ne-pas-manquer).

17. Marie-Laure Laffaire: Protection des données à caractère personnel, Éditions d'Organisation, 2005.

18. Marine Farshian: Quand la réalité de la surveillance massive tend à dépasser la fiction orwellienne, Droit à la vie privée et protection des données personnelles (Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe), La Revue des droits de l'homme [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 28 mai 2015.

19. Mme Djazira MEHDI, LES INSTRUMENTS DE LUTTE CONTRE LE BLANCHIMENT D'ARGENT EN ALGERIE, Thèse de doctorat, UNIVERSITE NICE SOPHIA ANTIPOLIS, 2015.

20. Murielle Cahen: Loi : Intrusion dans un système informatique (hacking), publié le 01/05/2009, sur : <https://www.legavox.fr/blog/murielle-cahen/intrusion-dans-systeme-informatique-hacking-314.htm>

21. Monika Zwolinska: Sécurité et libertés fondamentales des communications électroniques en droit français, européen et international, Thèse de doctorat, Université de Nice, 2015.

22. Stéphane Tijardovic: La protection juridique des données personnelles, Vers une nécessaire adaptation de la norme juridique aux évolutions du monde numérique, Publié le : <https://www.cairn.info/revue-les-cahiers-du-numerique-2003-3-page-185.htm>.

## الوسائل الودية لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي

### (دراسة تحليلية)

د. جمال عمران المبروك  
أستاذ القانون التجاري المساعد  
كلية القانون/ جامعة طرابلس

### المقدمة

لقد كان للاستثمار الاجنبي ولا يزال دورٌ بالغ الأهمية على الصعيد الدولي والإقليمي والداخلي باعتباره أحد وسائل التمويل الخاص التي لا غنى عنها لإقامة التنمية الاقتصادية المستدامة التي تطمح إليها كافة دول المعمورة حيث برز هذه الاستثمار الأجنبي في فترة التسعينات من القرن المنصرم وذلك بفعل الشركات الرأسمالية متعددة الجنسيات في شكل أنشطة تجارية وصناعية عملاقة تتمثل في إقامة البنى التحتية وتقديم الخدمات الأساسية لجمهور المنتفعين الذين تعجز دولهم وخصوصاً في العالم النامي والاقبل نمواً عن تلبية متطلباتهم الحياتية الحيوية كالاستثمارات الأجنبية المعنية بقطاعات التعليم والصحة والمواصلات والاتصالات وغيرها، وهو ما جعل الحاجة ملحة لضرورة إيجاد تنظيم قانوني دولي وداخلي يُعنى بتنظيم هذه الاستثمارات الأجنبية الوافدة يكون فعالاً ومقبولاً لكافة اطراف معادلة الاستثمار الأجنبي أي الدولة المضييفة من جهة والمستثمر الخاص الأجنبي من جهة أخرى وبشكل يقيم نوعاً من التوازن بين طرفي عقد الاستثمار الدولي. وعلى الرغم من ذلك كله فإن إيجاد مثل هذه التنظيم القانوني -الذي يرضي كافة الاطراف- قد يكون أمراً عسير المنال نسبياً، وذلك لأن طبيعة عقود الاستثمار الأجنبي إنما تخلق مصالح متنافرة بين طرفي عقد الاستثمار، حيث إن الدولة المضييفة للاستثمار الأجنبي ونظراً لحاجتها الماسة لإقامة بنيتها الأساسية والحيوية إنما تحاول بشتى الوسائل اجتذاب الاستثمار الأجنبي إليها ومحاولة تقديم كافة الحوافز المادية وبسخاء كبير إلى المستثمر الأجنبي وفي ذات الوقت تحاول هذه الدول المضييفة فرض رقابتها وإشرافها المباشر على المشاريع المنفذة لإمكانية الاستفادة القصوى من

حسناً الاستثمار الأجنبي وعلى النقيض من ذلك نجد أن المستثمر الأجنبي إنما يسعى في حقيقة الأمر إلى الفوز بأكبر قدر من الأرباح ولو كان على حساب المصالح الأساسية للدولة المضيفة المتوجسة أصلاً من وجود هذا الأجنبي على أراضيها مما يؤدي في كثير من الأحيان إلى نشوب المنازعات بين طرفي عقد الاستثمار الأمر الذي يتطلب ضرورة إيجاد التنظيم القانوني الرصين لعملية الاستثمار الأجنبي كما سبق وأوضحنا، كما يتطلب إيجاد الوسيلة القانونية والفعّالة والمتوازنة والناجعة لفض المنازعات ذات الطابع الاستثماري الأجنبي تكون أكثر يُسراً وسهولة وسرعة من وسائل فض المنازعات التقليدية المعروفة لنا جميعاً -كاللجوء إلى القضاء العادي أو اللجوء إلى قضاء التحكيم التجاري- بل يجب إيجاد نظام قانوني يقبله كافة أطراف عقد الاستثمار الدولي ليس لحل الخلاف القائم فحسب، وإنما يكون نظاماً ناجحاً يمنع نشوب أية خلافات مستقبلية بين الدولة من جهة والمستثمر الأجنبي من جهة أخرى، وهو ما دعا وبشكل ملح للغاية إلى إيجاد صيغ قانونية جديدة وذات طابع ودي وغير قضائي لحل هذه النزاعات، كنظام التفاوض والوساطة والتوفيق يقبلها ويُقبل عليها أطراف النزاع لحل خلافاتهم الاستثمارية القائمة وتمنع نشوب أية خلافات مستقبلية؛ لأنه وكما نعلم جميعاً بأن الهاجس الذي يورق المستثمر الأجنبي عند قدومه للاستثمار في البلد المضيف وخصوصاً بلداننا النامية إنما يكمن في إيجاد وسيلة قانونية حمائية ومثالية لحل منازعاته التي قد تتشب مع الطرف المضيف للاستثمار تكون فعّالة ومحايطة تحفظ له حقوقه أمام سلطات الدولة المضيفة لأن المستثمر الأجنبي أياً كان يظل شخصاً في مواجهة دولة، مما يؤدي إلى عدم استقرار مركزه القانوني وعدم توازنه مع مركز الدولة المضيفة التي تتمتع بالسلطة والسيادة على أراضيها، لأنه في حالة وجود أي تعدي على حقوقه بموجب عقد الاستثمار أو تخلف الدولة عن تنفيذ التزاماتها وتعهداتها مع هذا المستثمر يكون بإمكان هذا الأخير اللجوء إلى الوسائل الودية غير القضائية لحل الخلاف القائم مما يشجع المستثمر الأجنبي على المضي قدماً في درب الاستثمار في هذه الدولة وبشكل آمن لا يخشى فيه ضياع حقوقه أو تعسف الدولة ضده، بعيداً عن كافة السلبيات التي تنتج عادة عن الوسائل القضائية التقليدية -إن جاز لنا التعبير-. ومما تقدم فإن تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي بالوسائل الودية غير القضائية يعد أمراً مهماً للغاية في مجال تشجيع وتحفيز الاستثمارات الأجنبية للدخول لكافة الدول دون خوف أو

هو اجس من ضياع حقوقهم أو تعقيدات القضاء العادي بحيث يتم حل الخلاف ودياً بين طرفي عقد الاستثمار وجهاً لوجه، سواء بالمفاوضات الثنائية أو بالتوفيق أو بالوساطة نظراً لنجاعة هذه الوسائل وشيوعها وازدياد قبولها من كافة أطراف الخلاف لقلّة تكاليفها وسريتها البالغة، وسهولة إجراءاتها مقارنة بالوسائل القضائية المعروفة، كالقضاء العادي أو قضاء التحكيم التجاري. كما إنها تتميز بأنها تنهي النزاع القائم وتمنع نشوء أي خلافات مستقبلية بين الأطراف وهو ما دعا العديد من قوانين الاستثمار -على نحو ما سنتناوله من خلال هذه الدراسة- إلى تبني هذه الوسائل الودية كأهم الوسائل لحل منازعات الاستثمار الاجنبي بل اشترطت هذه القوانين ضرورة اللجوء إليها ابتداء وقبل اللجوء إلى الوسائل الأخرى باعتبارها تقدم الحلول الرضائية والتوافقية لأطراف النزاع وهي لا تمنع الأطراف مطلقاً من عدم اللجوء إلى القضاء أو التحكيم وإنما يجب استنفادها أولاً فإذا فشلت هذه الوسائل الودية كان لأطراف النزاع الحق في اللجوء إلى الوسائل القضائية الأخرى.

#### إشكالية الدراسة

تكمن إشكالية دراستنا في محاولة الإجابة عن بعض التساؤلات المهمة بخصوص الوسائل الودية لفض منازعات الاستثمار الاجنبي لذا سنحاول الإجابة عن بعض المسائل الآتية:

- ما هو المقصود بالوسائل الودية إبتداءً؟.
- ما مدى فعاليتها ونجاعتها في فض منازعات الاستثمار الأجنبي.
- ما مدى إلزاميتها لأطراف النزاع؟.
- هل بإمكان أطراف المنازعة العدول عنها واللجوء إلى الوسائل القضائية في أي وقت شاءوا؟.
- هل من الممكن إيجاد تصور قانوني رصين يضمن على هذه الوسائل صفة الإلزام؟

#### أهمية الدراسة

تكمن أهمية هذه الدراسة في تقديم شرح وافٍ عن الوسائل غير القضائية لحل منازعات الاستثمار الاجنبي التي تشمل المفاوضات والتوفيق والوساطة، نظراً لتعاظم دور هذه الوسائل

في حل المنازعات الاستثمارية، ونظراً لما تتميز به من سهولة ويسر كما أن تكاليف اللجوء إليها تعد زهيدة مقارنة بالقضاء والتحكيم، هذا وتعد هذه الوسائل المهمة للغاية من أكثر الوسائل شيوعاً وقبولاً من قبل أطراف التجارة الدولية عموماً وعقود الاستثمار الأجنبي خصوصاً، وذلك لما تتمتع به من السرية التامة بخصوص المنازعة المعروضة، وهو ما جعل كافة الأطراف يقبلون بها لتسوية منازعاتهم بعيداً عن ذبوع الأسرار التجارية أو الإساءة إلى السمعة التجارية لطرفي الخصومة. كما تكمن أهمية البحث في الوسائل الودية لتسوية منازعات الاستثمار في كونها تعد أكثر الوسائل تحقيقاً لمصالح الأطراف المتخاصمة لأنها تمكنهم من الجلوس وجهاً لوجه ومناقشة كافة المسائل العالقة بينهم في إطار من التفاهم والتقدير والود بعيداً عن أية مشاحنات أو تعنت أو عناد، والذي يسفر عادة عن غيرها من الوسائل الأخرى، الأمر الذي يمكن أطراف النزاع من الوصول إلى صيغة تفاهم ترضي الطرفين في وقت وجيز جداً وبعيداً عن التكاليف المالية الباهظة التي عادة ما تسفر عنها منازعات عقود الاستثمار الأجنبي.

#### نطاق الدراسة

سنحاول من خلال هذه الدراسة أن نسلط الضوء كلما أمكننا ذلك على الأنظمة القانونية النازمة للطرق الودية لمنع وفض منازعات الاستثمار الأجنبي ابتداءً، وذلك من خلال تحليل وشرح نصوص قانون الاستثمار الأجنبي في كل من ليبيا وسلطنة عمان، هذا بالإضافة إلى الوقوف المتأن على أحكام الاتفاقيات الدولية بخصوص تحديدها للمفهوم القانوني للطرق الودية، سواء نظام المفاوضات أو التوفيق أو الوساطة، ومن بين هذه الاتفاقيات التي تناولتها الدراسة اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار واستغلال رؤوس الأموال في الدول العربية، واتفاقية المؤسسة العربية للاستثمار، واتفاقية انشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، كما يشتمل نطاق هذه الدراسة على تناول النظام الأساسي لمعهد روما لتوحيد القانون الخاص، والذي يعد رانداً في مجال الاستثمار الدولي، هذا بالإضافة إلى قواعد اليونسترال، وقواعد القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، وكذلك قواعد التوفيق الخاصة بنظام الوساطة والمصالحة والتوفيق المعتمدة لدى مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي.

#### خطة الدراسة



سنقوم بتناول إشكالية هذه الدراسة في إطار خطة بحث علمية ومنهجية شاملة، حيث إننا سنقسم هذه الدراسة إلى أربعة مطالب، نتناول في المطلب الأول منها: تحديد المقصود من مصطلح الاستثمار الأجنبي وأنواعه، ثم ومن خلال المطلب الثاني نتناول: نظام المفاوضات، وفي المطلب الثالث سنتناول نظام التوفيق، أما في المطلب الرابع والأخير فسنتناول نظام الوساطة.

## المطلب الأول

### المقصود بالاستثمار الأجنبي وأنواعه

إن الحديث عن الوسائل الودية لحل منازعات الاستثمار الأجنبي يتطلب منا بداية التعريف بالاستثمار الأجنبي ابتداءً حيث أننا لا نستطيع بأي حال من الأحوال الحديث عن وسائل فض المنازعات الاستثمارية الأجنبية ما لم نعلم بالتعرف عن قرب على المقصود باصطلاح الاستثمار الأجنبي المراد حل منازعاته بالطرق الودية ولعل ذلك يعد ضرورة علمية وموضوعية لازمة لفهم إشكالية هذه الدراسة، لذا فإننا سنتناول موضوع التعريف بمصطلح الاستثمار الأجنبي من خلال فرعين، نتناول في الأول منها تعريف الاستثمار الأجنبي أما في الفرع الثاني فإننا سنتحدث عن أنواع الاستثمار الأجنبي المقصود في هذه الدراسة.

#### الفرع الأول: تعريف الاستثمار الأجنبي

لقد حاول العديد من فقهاء الاقتصاد والقانون إيجاد تعريفٍ للاستثمار الأجنبي يكون جامعاً مانعاً للمقصود منه موضحاً لكافة جوانبه القانونية والاقتصادية فكان الاهتمام الكبير بإيجاد تعريفٍ لمصطلح الاستثمار الأجنبي من نصيب فقهاء الاقتصاد الذين كانوا سباقين إلى ذلك، بعكس فقهاء القانون الذين جاء اهتمامهم متأخر نوعاً ما بإيجاد تعريفٍ للاستثمار الأجنبي، حيث بدأ الاهتمام بإيجاد التعريف الشامل للاستثمار الأجنبي في الخمسينيات من القرن المنصرم<sup>(1)</sup>.

<sup>1</sup> - لمزيد من التفصيل أنظر، أميرة شريف، تسوية المنازعات الاستثمارية، دراسة تحليلية، دار الجامعة الجديدة، ط 1، 2016، ص 73 وما بعدها.

ولإيفاء هذا الموضوع حقه من البحث أن نشير بدءاً إلى التعريف اللغوي للاستثمار وذلك قبل الخوض في تعريفه الاقتصادي والقانوني، حيث أن الاستثمار من الناحية اللغوية<sup>(2)</sup>، يقصد به الثمر أو ما تحمله الأشجار من ثمار وهو شيء يتولد عن شيء ويقال ثمر أو اثمر الرجل ماله إذا كثر ونما، والاستثمار هو المال المستخدم بقصد توظيفه واستهداف تحقيق ربح من هذه التوظيف في المستقبل البعيد أو القريب ونماء المال هو الكثرة والزيادة.

كما عرفه مجمع اللغة العربية بأنه "استخدام الاموال في الانتاج اما مباشرة بشراء الآلات والمواد الاولية او بطريق غير مباشر ك شراء الاسهم و السندات"<sup>(3)</sup>.

هذا وقد عرفتة الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الاسلامية بأنه "توظيف النقود لأي اجل في اي اصل او اي حق ملكية أو ممتلكات او مشاركات محتفظ بها للمحافظة على المال وتنميته سواء بأرباح دورية او بزيادتها في نهاية المدة او بمنافع غير مادية"<sup>(4)</sup>.

اما بخصوص الفقه الاقتصادي فإننا نجده قد عرف الاستثمار بأنه "عملية من عمليات استغلال رأس المال بهدف تحقيق عائد او فائض مالي"<sup>(5)</sup>، كما عرفه آخر بأنه استعمال احد عوامل الانتاج عبر الحدود الدولية للمساهمة في الاستغلال الاقتصادي بطريقة مباشرة او غير مباشرة بقصد تحقيق الربح"<sup>(6)</sup>.

وهذا وقد عُرّف الاستثمار الاجنبي بأنه "انتقال لرؤوس الأموال بين دولتين بقصد توظيفها في أنشطة اقتصادية ك شراء الاوراق المالية أو الأموال المنقولة التي تدر ربحاً، أو امتلاك عقارات تدر ربحاً أو بقصد توظيفها في عمليات ائتمانية مثمرة كالإقراض او في

<sup>2</sup> - لمزيد من الاطلاع حول التعريف اللغوي للاستثمار انظر، أبو الحسن أحمد بن فارس بن زكريا الرازي، معجم مقاييس اللغة، دار الكتاب العالمية، ج1، ط3، بيروت، 2000، ص198، محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي، مختار الصحاح، دار الكتاب العربي، بيروت، 1993، ط2، ص85.

<sup>3</sup> - المعجم الوحيد، منشورات مجمع اللغة العربية، ط1، 1995، ص78.

<sup>4</sup> - أنظر، السيد الهواري، الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية، ج2، دار الكتاب العربي، ط3،

2011م، ص135

<sup>5</sup> - انظر، منى حمود، الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي، دار النهضة العربية، ط1، 1999، ص9

<sup>6</sup> - انظر، هناء عبد الغفار، الاستثمار الأجنبي، دار الحكمة، ط1، 2002، ص63

عمليات غير مثمرة كحفظ النقود في المصارف تقادياً للأخطار التي تتعرض لها في ظروف التوتر السياسي أو الاقتصادي"<sup>(7)</sup>.

وفي معرض التعليق على جملة التعريفات الاقتصادية لمصطلح الاستثمار الاجنبي، يذهب البعض<sup>(8)</sup> إلى ان ما يلاحظ على هذه التعريفات انها تعطي للاستثمار الاجنبي مفهوماً موسعاً للغاية ليشمل انتقال رؤوس الاموال عبر البلدان المختلفة دون الالتزام بأيّة ضوابط أو اشتراطات لهذا الاستثمار الوافد بما يميزه عن غيره من اوجه استخدام راس المال التي لا تعتبر استثمار بالمعني الفني الدقيق.

اما بخصوص التعريف القانوني الاستثمار الاجنبي في الفقه القانوني فقد ذهب جانب من الفقه<sup>(9)</sup> إلى تعريف مصطلح الاستثمار الاجنبي بأنه "كل استخدام لأصول مالية مهما كانت طبيعتها أو نوعها من قبل شخص طبيعي أو معنوي في نشاط اقتصاديا خارج حدود دولة سواء خوله هذا الاستغلال الاقتصادي سلطة فعلية في توجيه النشاط الاقتصادي او لم يخوله بهدف تحقيق عائد مالي مجز".

هذا وعرفه آخر<sup>(10)</sup> بأنه "تقديم أموالاً مادية ومعنوية من قبل شخص طبيعي أو معنوي لا يحمل جنسية الدولة المستقبلية للمساهمة المباشرة وغير المباشرة في مشروعاً اقتصادياً قائماً أو مزعم إقامته للقيام بنشاط اقتصادي معين خلال مدة زمنية معقولة".

هذا وتجدر الإشارة إلى أن تعريف الاستثمار الأجنبي قد وجد صداه لدى العديد من الاتفاقيات الدولية المعنية بالاستثمار<sup>(11)</sup> حيث عرفته اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار

<sup>7</sup> - انظر، محمد رضا، القواعد الأساسية في الاقتصاد الدولي، دار الكتاب الأول، ط2، 1997، ص63

<sup>8</sup> - انظر، دريد محمود، ضمانات الاستثمار التجاري غير الوطني، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، 2001، ص5، وقارب ذلك، أميرة شريف، مرجع سابق، ص15 وما بعدها.

<sup>9</sup> - انظر، جميل الشراوي، المقاصد الأساسية لقوانين ضمان الاستثمار، ضمن مجموعه من الأبحاث، منشورات معهد البحوث والدراسات العربية، 1998، ص33، وقارب ذلك يوسف خليل، النظام القانوني لعقد نقل التكنولوجيا، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، 2000، ص55.

<sup>10</sup> - انظر، عبدالحكيم مصطفى، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1990، ص40، وقارب ذلك، هناء عبدالغفار، المرجع السابق، ص12.

واستغلال رؤوس الاموال بين الدول العربية المبرمة عام 2000م، بموجب المادة الاولى منها بقولها: "كافة انواع الاصول المستثمرة التي تتعلق بالأنشطة الاقتصادية ويقوم بها مستثمر تابع لأحدى الدول العربية المتعاقدة في اراضي دول متعاقدة اخرى والتي تقام وفقا للقوانين والانظمة الخاصة بالدول التي يقام المشروع على اقليمها ويشمل على وجه الخصوص لا الحصر ما يلي: ... الأموال المنقولة وغير المنقولة... الحقوق العينية الاخرى... الحصص والاسهم والسندات الخاصة بالشركات... المطالبات بأموال... او قيم مالية متعلقة بالاستثمار... حقوق الملكية الفكرية... واي حق من الحقوق يمنح بموجب قانون أو عقد وكذلك اية ترخيصات أو أذونات نافذة وفقا للقانون او الاتفاقيات..."

كما ان اتفقيه المؤسسة العربية للاستثمار<sup>(12)</sup>، والمبرمة في عام 1971، قد عرفت الاستثمار بأنه: "يشمل الاستثمارات المباشرة كالمشروعات وفروعها ووكالاتها وملكية الحصص والعقارات كما يشمل كافة الاستثمارات غير مباشره كالاكتتاب في الاسهم والسندات والقروض التي تجاوز اجلها ثلاث سنوات "

كما ان اتفاقية انشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار<sup>(13)</sup> والمعدة من قبل البنك الدولي المبرمة عام 1985م، في مادتها (12) فقرة (أ) عرفت الاستثمار الاجنبي بقولها: "الاستثمار الدولي يشمل حقوق الملكية والقروض المتوسطة الطويلة الاجل التي يقدمها او يضمناها المشاركون في ملكية المشروع اضافة الى صور الاستثمار المباشر المختلف... "

<sup>11</sup> - لمزيد من التفصيل حول هذه الاتفاقية أنظر، أميرة شريف، المرجع السابق، ص 32 وما بعدها، عمار محمد،

ضمانات الاستثمار الأجنبي، منشورات الحلبي الحقوقية، 2017، ص 132

<sup>12</sup> - لمزيد من التفصيل أنظر، هشام صادق، النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية، منشأة المعارف، ط2، 2003، ص 66 وما بعدها.

<sup>13</sup> - لمزيد من التفصيل أنظر، أميرة شريف، المرجع السابق، ص 30 وما بعدها، علي حسن، دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية في الدول النامية، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1998، ص 59 وما بعدها.

هذا وقد عرفته اتفاقية البنك الدولي<sup>(14)</sup> المنشئة للوكالة الدولية لضمان الاستثمار في مادتها الثالثة فقرة (ب)، بقولها: "الاستثمار الاجنبي هو المساهمة في الاموال سوء كانت المساهمة نقدية او غير نقدية او اعادة الاستثمار والارباح".

وفي معرض التعليق على جملة التعريفات التي أضفيت على الاستثمار الأجنبي يذهب البعض<sup>(15)</sup>، إلى القول بأن التعريفات القانونية لمصطلح الاستثمار الاجنبي جاءت مختلفة عن بعضها مما يجعل من الصعوبة بمكان الاعتماد عليها كلية لإيجاد تعريف شامل لمفهوم الاستثمار الأجنبي المقصود ونرى بأن ذلك راجع إلى ان الاستثمار الأجنبي بطبيعته يعد نظاماً غير محدد المعالم من الناحية القانونية والاقتصادية لأنه لا يرتكز الى مفهوم محدد بدقة بل انه مفهوم متغير ومتطور بحسب الظروف الاقتصادية الدولية السائدة وبحسب ظروف كل دولة من الدول المضيفة للاستثمارات الأجنبية او مدى احتياجها الملح لجذب الاستثمار الاجنبي إليها فمنها من يوسع من مفهوم هذه الاستثمار ببذل المزيد من التحفيز والتشجيع للمستثمر الأجنبي ومنحه حقوقاً وامتيازات كبيرة وبين من يضيق من هذه الحقوق ويحد منها، الامر الذي كان له انعكاساته الإيجابية او السلبية على مفهوم الاستثمار الأجنبي عموماً.

## الفرع الثاني

### أنواع الاستثمارات الأجنبية

تتميز وتنوع الاستثمارات الاجنبية الى عدة انواع وفقاً لما هو مستقر في الفقه القانوني والفقه الاقتصادي فمنهم من قسم هذه الاستثمارات الأجنبية الى استثمارات طويلة الاجل واخرى استثمارات قصيرة الاجل وذلك انطلاقاً من المدة الزمنية التي تستغرقها هذه الاستثمارات الوافدة في الدول المضيفة ومنهم من يقسم الاستثمارات الأجنبية انطلاقاً من طبيعتها ومن حيث مدى خضوعها لسيطرة المستثمر الاجنبي او عدم خضوعها اليه اي من

<sup>14</sup> - لمزيد من التفصيل أنظر، عبدالستار مجيد، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية، دار الجامعة الجديدة، ط1، 2013، ص30 وما بعدها، حازم حسني، القانون الدولي الاقتصادي، دار النهضة العربية، ط1، 1999، ص125 وما بعدها، عمار محمد، مرجع سابق، ص14 وما بعدها.

<sup>15</sup> - أنظر أميرة شريف، المرجع السابق، ص15 وما بعدها.

حيث اسلوب ادارة المشروع الاقتصادي فقسموها الى استثمارات مباشرة واخرى غير مباشرة الا اننا ومن خلال هذه الفرع سنقصر دراستنا على التعريف بالنوع الثاني من الاستثمارات الأجنبية الا وهو الاستثمارات الأجنبية المباشرة (اولا) والاستثمارات الأجنبية غير مباشرة (ثانيا)، وذلك لذيوعها وشيوعها.

#### اولاً: الاستثمار الأجنبي المباشر (FDI)

لقد ذهب جانب من الفقه القانوني<sup>(16)</sup> إلى محاولة تعريف الاستثمار الأجنبي المباشر بانه: "عبارة عن قيام مشروع أجنبي بممارسة نشاطٍ اقتصاديٍّ على اقليم دولة معينة على نحو دائم ومستمر وبشكل يستلزم السيطرة على المشروع وان يكون لهذه المستثمر دور فعال للغاية في ادارة المشروع وتوجيهه وفقا لمصالحه، اي ان الاستثمار المباشر يتطلب وجود نشاط اقتصادي معين يقوم به المستثمر الأجنبي في دولة اخرى وان يكون له السيطرة الفعلية على هذا النشاط او المشروع الاقتصادي من خلال ملكيته الكاملة او الجزئية لرأسمال هذا المشروع".

كما عرفه اخر بانه:<sup>(17)</sup> "الاستثمار الذي يقوم به المستثمر الأجنبي بممارسة النشاط الاقتصادي والتجاري في الدولة المضيفة للاستثمار بحيث يخضع هذا النشاط لسيطرته وتوجيهه سواء أكان ذلك عن طريق ملكية كاملة لرأسماله ام بطريقة مساهمته مع راس المال الوطني بنسبة معينة تكفل له السيطرة على ادارة المشروع الاقتصادي و توجيهه".

كما عُرف<sup>(18)</sup> بانه: "انتقال لرؤوس الاموال الأجنبية المقترنة بعنصري التنظيم والادارة الى الدولة المضيفة بحيث يترتب عليه إقامة مشروعات مملوكة ملكية كاملة لمستثمرون

<sup>16</sup> - انظر، جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص3، وقارب ذلك حسام عيسى، نقل التكنولوجيا، دراسة مقارنة،

دار المستقبل العربي، 1990، إبراهيم شحاته، مرجع سابق، ص190

<sup>17</sup> - انظر، عبدالواحد الفار، أحكام التعاون الدولي في مجال التنمية الاقتصادية، منشورات عالم الكتاب،

1999، ص96-97.

<sup>18</sup> - انظر، عوني محمد، التنظيم القانوني للشركات متعددة الجنسيات، دار الحكمة، ط1، 2008م، ص111

اجانب او ملكية حصص تمكنهم من السيطرة على إدارة هذه المشروعات ورقابتها والاشراف عليها أو على الأقل تعطيهم حق المشاركة في الادارة "

هذا وقد عرفته منظمة التجارة العالمية بانه: "يحصل عندما يقوم مستثمر مستقر في بلد معين -البلد الام- بامتلاك اصل موجود في بلد اخر -البلد المضيف- مع وجود النية لديه في ادارة هذه الاصل".

ويعد الاستثمار الأجنبي المباشر من صيغ الاستثمارات التي تجد قبولاً وإقبالاً متزايد من قبل كل من المستثمرون الأجانب والدول المضيفة لهذه الاستثمارات على حد سواء حيث انه بالنسبة للمستثمر الأجنبي يمكنه من احكام سيطرته على مقاليد المشروع الاقتصادي، بأن يمكنه هذا النوع من الاستثمار من فرض رقابته وادارته واشرافه على كافة مناحي المشروع بل وتوجيهه التوجيه الامثل لإدرار المزيد من الارياح مما يشعره بالثقة والطمأنينة على مستقبل مشروعه التجاري لدى الدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي مما يجعله يحبذ وبلا شك هذا النوع من الاستثمار.

أما بالنسبة للدولة المضيفة فأنها هي الاخرى تحبذ الاستثمار الأجنبي المباشر على اراضيها لأنه يمكنها من الحصول على التقنية المتطورة في وقت وجيز، ناهيك عن كون هذا النوع من الاستثمار الأجنبي يعد من افضل الطرق المتاحة لتسريع وجذب تدفق الاستثمار الأجنبي إليها وما يستتبع ذلك من إقامة التنمية الاقتصادية المنشودة والمأمولة من قبل كافة الدول الجاذبة للاستثمارات الأجنبية، وخصوصاً الدول النامية والأقل نمواً<sup>(19)</sup>.

وفي هذا الصدد يرى البعض<sup>(20)</sup> بأن الاستثمارات الأجنبية المباشرة تعد من أهم وأنجع الاستثمارات الأجنبية نظراً لتمتعها بأهمية بالغة للغاية بالنسبة للدول النامية خصوصاً والبلدان المتقدمة عموماً، وهو ما جعل منظمة الأمم المتحدة توليه عناية خاصة نظراً لمكانته ودوره

19 - انظر، أحمد عبدالحמיד، النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في البلدان العربية، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1998، ص 205 وما بعدها، أميرة شريف، المرجع السابق، ص 40 وما بعدها.

20- انظر، حسن نجم، الاستثمار الأجنبي المباشر، مقال منشور في مجلة الصبا، ع 16، 2000، ص 6، عبدالستار أحمد، المرجع السابق، ص 41، أميرة شريف، المرجع السابق، ص 45 وما بعدها.

المتعاضم في تنمية الاقتصاد العالمي والتجارة الدولية، حيث بلغ حجم الاستثمارات الأجنبية المباشرة في العام 2000م حوالي (440) مليار دولار.

### ثانياً: الاستثمار الأجنبي غير المباشر (IFI)

يشمل الاستثمار الأجنبي غير المباشر على عدة أنماط وصيغ تتم عن طريق قيام المستثمر الأجنبي بتقديم قروض طويلة الاجل للدولة المضيفة لرأسمال الأجنبي أو تقدم إلى أي من المشروعات أو القطاعات الموجودة في هذه الدولة، كما يمكن ان يتخذ الاستثمار الأجنبي غير المباشر صورة الاكتتاب من قبل المستثمر الأجنبي في الاسهم والسندات التي تعلن عنها الدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي<sup>(21)</sup>.

وعادة ما تتم عملية الاكتتاب في الأسهم والسندات التي تصدرها الدولة المضيفة بأن تقوم هذه الاخيرة بإصدار الاسهم أو طرح السندات في الاسواق العالمية في دولة او عدة دول على ان يكون كل سند محدد القيمة المالية وسعر الفائدة والأجل، ومن ثم يُقدم المستثمرون الأجانب على شراء هذه الاسهم او السندات الحكومية.

ويلاحظ على هذا النوع من الاستثمار الأجنبي بالمقارنة بالاستثمار الأجنبي المباشر بأنه لا يمكن للمستثمر الأجنبي من فرض سيطرته الكاملة على المشروع الاقتصادي أو إدارته لأنه لا يمتلك من الاسهم أو السندات ما يعطيه هذا الحق لذا فإن هذه الصيغة من صيغ الاستثمار الأجنبي تتطلب توافر الثقة الكبيرة من قبل المستثمر الأجنبي في الدولة المستضيفة لرأسمال المال الأجنبي أي انه يتطلب توافر الاستقرار السياسي والاقتصادي والتشريعي في هذه الدولة مما يجعل حقيقة المستثمرون الأجانب يتخوفون من هذا النوع من أنواع الاستثمار الأجنبي وخصوصا اذا ما تم داخل أقليم دولة من الدول النامية تفتقد إلى الاستقرار السياسي والتشريعي نظراً لما تعانیه هذه الدول من اضطرابات لا تخفى على هؤلاء المستثمرين

<sup>21</sup> - انظر، إبراهيم شحاته، الحدود السياسية للتمويل الخارجي، بحث منشور في مجلة مصر المعاصرة، المجلد 55، ع33، 1998، ص67 وما بعدها.



الاجانب<sup>(22)</sup>.

وعلى العكس من ذلك تماماً يكون الاستثمار الأجنبي غير المباشر مشجعاً للمستثمرين في الدول المتقدمة والمستقرة سياسياً واقتصادياً وتشريعياً، فيُقدمون على الاستثمار في الاسهم والسندات أو عن طريق تقديم القروض طويلة الاجل دون خوف من مستقبل استثماراتهم غير المباشرة في الدول المضيفة.

ويكون الاقدام على الاستثمار الأجنبي غير المباشر في شكل تقديم القروض المالية أو الاستثمار في حافظة الاوراق المالية طويلة الاجل، والذي هو من اكثر صور الاستثمار الأجنبي غير المباشر في بلدان العالم الثالث نظراً لسهولة هذه النوع من الاستثمار، بالإضافة إلى كونه لا يعطي للمستثمر الأجنبي سلطة التحكم في المشروع الاقتصادي او إدارته أو توجيهه مما يجعله اسلوباً محبباً للدول النامية والأقل نمواً<sup>(23)</sup>.

## المطلب الثاني

### المفاوضات

تعد المفاوضات من أهم الوسائل الودية المعروفة لأشخاص التجارة الدولية، حيث يُعرّف التفاوض بأنه: "حوار بين طرفين أو أكثر حول موضوع معين يوصل إلى اتفاق بما يحقق مصلحة كل منهم"<sup>(24)</sup>، كما عُرّف بانه: "اتصال أولي ومباشر بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار بُغية التوصل الى تسوية الخلاف الناشئ بينهما"<sup>(25)</sup>.

حيث أن المقصود بالمفاوضات في مجال فض نزاعات الاستثمار الأجنبي أن يقوم

---

<sup>22</sup> - انظر، رمزي زكي، أزمة الديون الخارجية، الهيئة العامة للكتاب، ط1، 1999، ص125، أميرة شريف، المرجع السابق، ص44، عبدالواحد الفار، المرجع السابق، ص109 وما بعدها، صفوان أحمد، دور الاستثمار الاجنبي في تطوير احكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، ط1، 2009م، ص49.

<sup>23</sup> - أنظر، إبراهيم شحاته، المرجع السابق، ص163 وما بعدها، أميرة شريف، المرجع السابق، ص44 وما بعدها.

<sup>24</sup> - أنظر، ماهر محمد، المرجع السابق، ص529.

<sup>25</sup> - أنظر، محمد أبو العينين، دور مركز القاهرة الإقليمي في حسم المنازعات التجارية والاستثمارية عن طريق الوساطة والتفاوض، بحث مقدم للمؤتمر الدولي للاستثمار، المنعقد في القاهرة، 2001م، ص4.

طرفي عقد الاستثمار بالجلوس إلى طاولة المفاوضات لمناقشة المشاكل العالقة بينهما، وذلك بتناول أوجه التنازع الحاصل لتسويته ووضع حد له من خلال التفاوض والاتصال المباشر وجه لوجه بين أطراف الخصومة حيث تعد هذه الوسيلة من وسائل التسوية الودية للمنازعات من أقدم وأنجع الوسائل وأكثرها شيوعاً وقبولاً من قبل اطراف عقود التجارة الدولية عموماً وعقود الاستثمار الدولي خصوصاً<sup>(26)</sup>.

كما تعد المفاوضات من أيسر وأسهل الطرق للوصول إلى حل خلافات الاستثمار الأجنبي وأقلها ازدحاماً بالتفاصيل حيث تتسم بالمرونة والسهولة والسرعة في حل هذه الخلافات مما يكون له آثار ايجابية بالغة الأهمية في تقريب وجهات النظر ورأب الصدع بين المستثمر الأجنبي من جهة والدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي من جهة أخرى، لأنها تُمكن الاطراف من المناقشة والتفاوض في جو من الألفة والود والحرص على ديمومة التعامل الحالي والمستقبلي وإيجاد الحلول المناسبة في مناخ يسوده المساواة في المراكز القانونية للطرفين وهو ما يسهل ويسرع من وتيرة التوصل الى حل يرضى عنه الطرفان المتخاصمان<sup>(27)</sup>.

وتعد المفاوضات المرحلة الاولى من مراحل حل الخلاف، الهدف منها التوصل الى حل ودي ومرضي في النزاع القائم، كما تعد مظهراً مرغوباً فيه من جميع الاطراف ولا يتم الاختلاف بشأن اللجوء إليها لأنها تتسم بالسهولة والمرونة ولا تُحمّل أطراف المنازعة أية تبعات مالية باهظة الثمن، هذا اذا ما قورنت بالوسائل القضائية مثلاً، وتكمن الرغبة الحقيقية والملحة للجوء إلى هذه الوسيلة في تجنب كلا الطرفين المتنازعين اتخاذ احدهما لخطوات احادية انتقامية من الطرف الاخر وهو ما نلاحظه في قيام الدول القوية اقتصادياً وسياسياً من اتخاذ خطوات انتقامية احادية الجانب ضد الدول المضيفة للاستثمار الأجنبي الضعيفة اقتصادياً وسياسياً، ومن ثم فإن اللجوء إلى التفاوض إنما يجنب الاطراف اللجوء إلى مثل هذه

<sup>26</sup> - أنظر، هفال إسماعيل، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي، دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، ط1، 2015، ص178 وما بعدها.

<sup>27</sup> - أنظر، دريد محمود، مرجع سابق، ص311 وما بعدها.

الممارسات غير المرغوب بها<sup>(28)</sup>.

وفي هذا الصدد يذهب البعض<sup>(29)</sup> الى القول بأن طبيعة المنازعات الاستثمارية الأجنبية انما تفرض على كلا طرفي النزاع اللجوء إلى المفاوضات لحل الاشكال القائم بينهما، فلا يتم اللجوء الى الوسائل الاخرى القضائية إلا بعد فشل الوسائل الودية في حل الخلاف والتي تتطلب وجود الرغبة الصادقة في التوصل إلى حل مرضٍ من خلال التفاوض الثنائي بين الطرفين كما يوجب توافر الثقة والمساواة في المراكز القانونية لأطراف النزاع بغية تحقيق العدالة بحيث لا تكون نتيجة هذه المفاوضات هي تغليب للطرف القوي على الطرف الأضعف منه، بل يجب أن تكون انعكاساً إيجابياً لرغبة الاطراف الصادقة في حل الخلاف القائم وعدم نشوب أية خلافات مستقبلية بينهما.

هذا وتكمن أهمية المفاوضات كأحد اهم وسائل منع وتسوية المنازعات في كونها تتيح لأطراف النزاع مناقشة تفاصيل النزاع وامكانية العلم بشكل مباشر بطلبات ورغبات الطرف الاخر وهو ما حدى بالكثير من الدول إلى تضمين المفاوضات كأولى وسائل فض المنازعات، بل والازمت الاطراف بضرورة اللجوء اليها لأنها تتلاءم وطبيعة العلاقات التجارية الدولية<sup>(30)</sup>.

الا انه وعلى اعتبار المفاوضات وسيلة مهمة للغاية في مجال منع وفض منازعات الاستثمار الأجنبي فإنها تتطلب من كلا الطرفين المتنازعين ضرورة الاستعداد لخوض غمارها، بحيث يكون الطرفان المتفاوضان على درجة عالية من الخبرة والكفاءة القانونية والفنية لإمكانية التوصل الى حل للخلاف في فترة وجيزة من بدء هذه المفاوضات وذلك بالأعداد الجيد لفرق التفاوض وخصوصا في الدول النامية التي قد تفتقد للكوادر الوطنية المؤهلة والخبيرة بشؤون التفاوض، وايضاً بسبب اختلال التوازن الاقتصادي بين الطرفين، الدولة من جهة والمستثمر الأجنبي من جهة اخرى، والذي بلا شك ينتمى بجنسيته إلى احدى الدول الرأسمالية المتقدمة اقتصادياً والقوية سياسياً وهو ما يؤدي في بعض الاحيان الى اختلال ميزان القوى

28- أنظر، عبدالكريم علوان - الوسيط في القانون الدولي، دار الثقافة للنشر، عمان، ط3، 2015م، ص180

وما بعدها، أحمد أبو الوفاء، الوسيط في القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، ط2، 2004، ص548

29 - أنظر، أحمد عبدالحميد، مرجع سابق، 300 وما بعدها.

30- انظر، أميرة شريف، مرجع سابق، ص151 وما بعدها.

التفاوضية بين الطرفين المتخاصمين<sup>(31)</sup>.

وعلى الصعيد الدولي نجد انه ونظرا لأهمية المفاوضات في مجال فض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي فإن لجنة الأمم المتحدة (اليونسترال)، قد أوصت ضمن قواعدها النموذجية بشأن الصياغة الأولى لعقود الإنشاءات الصناعية إلى عدم النص في عقد الاساس على اللجوء الى وسائل اخرى لفض المنازعات خلال فترة اجراء المفاوضات، كما يجوز الاتفاق على أن يتم التفاوض بين المديرين التنفيذيين لأطراف الخلاف لتبادل الآراء والمقترحات لتسوية الاختلاف باعتبارهم الأكثر كفاءة وخبرة وأعلم بتفاصيل الخلاف الحاصل منذ بدايته، وهم من حيث موقعهم كمدرء أقدر من غيرهم بما يمتلكونه من سلطة وقدرة على اتخاذ المواقف الجريئة لحل الخلاف تفاوضياً من خلال اختيارهم للحلول الأكثر موضوعية والأقرب واقعية وقبولاً من اطراف التنازع<sup>(32)</sup>.

وفي هذا الصدد يؤكد البعض<sup>(33)</sup> على ضرورة تحديد مدة معينة لإنهاء عملية التفاوض بين اطراف عقد الاستثمار الدولي، حيث يرون إنهاء المفاوضات خلال مدة ستة أشهر من بدئها، فإذا توصل الطرفان الى حل لإنهاء الخلاف فيجب اثبات مضمونه في محرر خطي مكتوب وذلك لضمان عدم الاختلاف بشأنه مستقبلاً، بحيث يكون حجة على الأطراف المتنازعة، أما اذا فشلت المفاوضات فإنه يجب اللجوء إلى الوسائل الأخرى الودية كالتوفيق والوساطة أو الوسائل القضائية كالقضاء العادي أو قضاء التحكيم التجاري الدولي.

وبذلك يتضح ان اللجوء إلى التفاوض كوسيلة فعّالة لمنع وفض منازعات الاستثمار الأجنبي انما يُظهر الرغبة الصادقة لأطراف الخلاف في ان يكونا المحور الاساس لحل الخلاف بينهما فيعرضون آرائهم ومقترحاتهم وافكارهم لحل المشاكل العالقة، حيث يعقد الطرفان اجتماعاتهم التفاوضية بشكل دوري حتى انتهاء الخلاف في جو من حسن النية، ومحاولة

<sup>31</sup> - أنظر، ماهر محمد، مرجع سابق، ص529 وما بعدها، محمد أبو العينين، مرجع سابق، ص4 وما بعدها.

<sup>32</sup> - لمزيد من التفصيل انظر، هاشم خالد، عقد ضمان الاستثمار والقانون الواجب التطبيق، دار الفكر الجامعي، 2000، ص40 وما بعدها.

<sup>33</sup> - لمزيد من التفصيل انظر، عمار محمد، مرجع سابق، ص180 وما بعدها، جلال وفاء مجيد، تسوية منازعات التجارة الدولية، سلسلة رسائل البنك الصناعي الكويتي، ع70، 2016، ص45 وما بعدها.

الابتعاد عن المساومات أو الضغوطات أو المراوغات التي تعد مظهراً سلبياً للغاية، من شأنه أن يؤثر في سلامة المفاوضات واستمراريتها<sup>(34)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أنه وفي إطار منازعات الاستثمار الأجنبي يجب اللجوء ابتداءً إلى المفاوضات كوسيلة أولى من وسائل فض المنازعات ودياً وذلك قبل اللجوء إلى الوسائل الودية الأخرى كالوساطة والتوفيق، حيث يلزم الأطراف بضرورة الاستمرار في المفاوضات خلال المدة المحددة لها وعدم جواز انهائها من طرف واحد وهو ما يستتجبه مبدأ حسن النية، الذي لا يجيز إنهاء التفاوض دون مبرر مقبول<sup>(35)</sup>.

وهو ما أكدته قرارات غرفة التجارة الدولية بباريس، والتي قضت في احد احكامها الصادرة في العام 1981م، بأنه "لا يجوز التمسك بعدم جواز التحكيم بحجة ان هذا الشرط لم يصدر به مرسوم حكومي ما دام المفاوضات قد نكل وأخل بواجب إعلام الأطراف الأخرى بهذا الشرط...".

وهو ما أكدته كذلك اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار في مادتها (2) ومن الملحق رقم (2)، وما اشارت إليه الاتفاقية العربية لضمان الاستثمار بموجب مادتها (34) ومادتها (2/35)، بأنه لا يجوز للأطراف أن يلجؤوا الى الوساطة او التوفيق أو التحكيم إلا بعد استنفاد سبل التسوية عن طريق التفاوض<sup>(36)</sup>.

كما ان أغلب عقود الاستثمارات الأجنبية غالباً ما تتضمن شرطاً يعرف بإعادة التفاوض ويقصد به أنه في حالة تغير الظروف التي كانت سائدة أبان إبرام عقد الاستثمار الدولي مما يُحمّل أحد أطراف التعاقد بالتزامات اضافية من شأنها أن تؤثر جوهرياً على احكام العقد، الامر الذي يتطلب ضرورة جلوس أطراف عقد الاستثمار الأجنبي على طاولة

<sup>34</sup> - أنظر، مرتضى جمعه، عقد الاستثمار التكنولوجي، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2012م، ص403 وما بعدها، ناصر محمد، ضمانات الاستثمار الأجنبي في الدول العربية، دار النهضة العربية، ط1، 2013م، ص60 وما بعدها.

<sup>35</sup> - لمزيد من التفصيل انظر، عمار محمد، مرجع سابق، ص183 وما بعدها.

<sup>36</sup> - لمزيد من التفصيل حول هذه الاتفاقيات انظر، محمد حسام لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة المفاوضات، دار النهضة العربية، ط1، 2011م، ص20 وما بعدها، عمار محمد، مرجع سابق، ص190.

المفاوضات لإعادة التفاهم والتشاور والتحاوور بشأن هذه المستجدات الحاصلة، وذلك لإعادة التوازن المالي لعقد الاستثمار الدولي مما يؤكد أهمية المفاوضات كأهم وسائل التسوية الودية لإشكالات عقود الاستثمارات الأجنبية المباشرة منها وغير المباشرة<sup>(37)</sup>.

وهو ما أكده معهد روما لتوحيد قواعد القانون الخاص للعام 1994، حيث أوردت المادة (6/2/ثالثاً) على أنه: "في حالة شرط الصعوبة (تغير الظروف) يكون للطرف المتضرر طلب إعادة فتح باب المفاوضات ويجب ان يقدم طلب دون تأخير وأن يكون مسبباً".

ومن ثم يتضح بأنه يجب ابتداء لإعادة التفاوض أن تستجد ظروف جديدة تطراً لم تكن متوقعة تؤدي إلى اختلال التوازن المالي للعقد مما يتطلب وبشكل ملح إعادة فتح باب التفاوض بين الأطراف لمناقشة المستجدات الطارئة، وإيجاد حلاً لتداعياتها السلبية على صيرورة تنفيذ عقد الاستثمار الأجنبي والوصول من خلال المفاوضات إلى حل لكل هذه الإشكاليات المستجدة مما يعطي عقود الاستثمارات الأجنبية المرنة الكافية للتأقلم مع الظروف الحاصلة، وذلك بواسطة التفاوض<sup>(38)</sup>.

أما بالنسبة لموقف المشرع الليبي من الوسائل الودية لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، وعلى رأسها المفاوضات الثنائية فإنه وبالرجوع إلى قانون تشجيع الاستثمار الليبي رقم (9) لسنة 2010م، فإننا لم نجد فيه ما ينص صراحة على تبني المشرع الليبي للوسائل الودية كأساس لحل المنازعات الاستثمارية الأجنبية التي قد تنشأ خلال تنفيذ عقود الاستثمار الدولي بين الدولة الليبية باعتبارها مضيضة لهذه الاستثمارات الوافدة وبين المستثمر الأجنبي، وهو ما نقرأه في نص المادة (24) من هذا القانون، والتي جاءت معنونة: (بتسوية المنازعات) حيث نصت على أن: "يعرض أي نزاع ينشأ بين المستثمر الأجنبي والدولة، أما بفعل المستثمر أو نتيجة لإجراءات اتخذتها ضده الدولة على المحاكم المختصة في الدولة، إلا إذا كانت هناك اتفاقية ثنائية بين الدولة والدولة التي ينتمي إليها المستثمر أو اتفاقيات متعددة الأطراف تكون

<sup>37</sup> - أنظر، مرتضى جمعه، مرجع سابق، ص 400 وما بعدها، عمار محمد، مرجع سابق، ص 185 وما بعدها.

<sup>38</sup> - أنظر، عمار محمد، مرجع سابق، ص 186، مرتضى جمعه، مرجع سابق، ص 406 - 407.

الدولة التي ينتمي إليها المستثمر طرفاً فيها، تتضمن نصوصاً متعلقة بالصلح أو التحكيم أو اتفاق خاص بين المستثمر والدولة ينص على شرط التحكيم".

وبالتعمن في هذه المادة يتضح للباحث بأن المشرع الليبي لم ينص بشكل صريح على تبني نظام المفاوضات أو غيره من الوسائل الودية كأساس أولي لفض المنازعات الاستثمارية، وإنما أثر المشرع الليبي إعلاء هيبة القضاء الوطني ليناط به حل مشكلات الاستثمار الأجنبي والذي يبدو انه استجابة صادقة منه لمقتضيات السيادة الوطنية كما هو معلوم للجميع.

هذا على الرغم من محاولة المشرع الليبي تهذيب النص ليتماشى مع ما هو سائد في كافة الأوساط القانونية والتشريعية المعمول بها في العديد من الدول، لذا فانه أجاز عدم اللجوء إلى القضاء الوطني متى ما وجدت اتفاقية بينية أو اقليمية أو دولية تجيز اللجوء الى نظام التصالح أو التحكيم التجاري.

بذلك يرى الباحث أن المشرع الليبي لم يحالفه التوفيق المأمول صراحة في صياغته لنص المادة (24)، حيث أنه ومع احترامنا الشديد لاختصاص القضاء الوطني الاصيل والعديد، سواء في ليبيا او غيرها من الدول النامية والأقل نمواً، ألا أننا لا نؤيد مسلك المشرع الليبي لاصطدامه بالناحية الواقعية السائدة والغالبة على مناخ الاستثمار الأجنبي، حيث أن المستثمر الأجنبي لن يقبل بأي حال من الاحوال باختصاص القضاء الوطني للدولة المضيفة ليكون فيصلاً في فض منازعات الاستثمار الدولي، لأنه -وهذا من حقه وفقاً لما يزعم الباحث- يرى في الدولة المضيفة خصماً وحكماً في الوقت ذاته، لذا فإن من حقه أن يركن إلى قضاء مستقل ومحاييد يكون هو الفيصل بينه وبين الدولة المضيفة، وليس أفضل له من اللجوء إلى قضاء التحكيم التجاري الدولي، هذا إن أراد المستثمر أن يسلك الطريق التقليدي لفض منازعاته الاستثمارية، أو أن يكون هذا المستثمر الأجنبي أكثر حكمة -وهو ما يجذبه الباحث- فيختار اللجوء إلى طريق المفاوضات أو التوفيق أو الوساطة.

لذا كان على المشرع الليبي أن يتبنى وبشكل صريح هذا المسلك الحميد الذي يتناسب ومقتضيات التجارة الدولية، فيكون التفاوض والوساطة والتوفيق هي أولى وسائله لفض

المنازعات مع المستثمر الأجنبي بحيث يكون اللجوء إليها إجبارياً ابتداءً قبل اللجوء إلى القضاء العادي الذي لن يقبل به المستثمر الأجنبي أصلاً أو إلى قضاء التحكيم الذي قد لا يكون في مصلحة الدولة المضيفة.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الليبي قد أشار على إستحياء إلى إمكانية اللجوء إلى وسائل أخرى غير القضاء الليبي، وغير قضاء التحكيم، وهو اللجوء إلى نظام الصلح متى ما وجدت اتفاقيات دولية بخصوص الاستثمار الأجنبي تنص على ضرورة ذلك، علماً بأن غالبية الاتفاقيات التجارية وعلى نحو ما أوضحنا من خلال هذه الدراسة إنما تتبنى الوسائل الودية كأداة مثلى وفعالة لفض منازعات الاستثمار الأجنبي، وفي حال فشلها يتم اللجوء إلى قضاء التحكيم التجاري الدولي، وبالتالي كان من الأفضل لو أن المشرع الليبي قد اختصر هذه الطريق بالنص المباشر والصريح على تبنيه للوسائل الودية، نظراً لما تتمتع به من مميزات وأهمية بالغة للغاية على نحو ما أسلفنا.

**أما بخصوص موقف المشرع العماني من تبني الوسائل الودية لتسوية المنازعات الاستثمارية ذات الطابع الأجنبي، فإننا نجد أن قانون استثمار رأس المال الأجنبي العماني لم يتبن هو الآخر الوسائل الودية لفض منازعات الاستثمار الأجنبي، وإنما أجاز اللجوء إلى نظام التحكيم التجاري المحلي أو الدولي بشأن مشروعات الاستثمار الأجنبي داخل سلطنة عمان وهو ما أكدته المادة (14)، من القانون المشار إليه، والتي نقرأ فيها: "يجوز الاتفاق على إحالة أي نزاع ينشأ بين مشروعات الاستثمار الأجنبي والغير إلى هيئة تحكيم محلية أو دولية".**

**يتضح للباحث من خلال نص هذه المادة إلى أن المشرع العماني لم يحالفه التوفيق هو الآخر في صياغة هذه المادة، وإن كان أكثر واقعية من المشرع الليبي وذلك بمعرفته المسبقة بأن المستثمر الأجنبي لن يقبل بحال من الاحوال باختصاص القضاء الوطني العماني، فأجاز لهذا المستثمر أن يلجأ مباشرة إلى قضاء التحكيم التجاري المحلي أو الدولي.**

وهنا يرى الباحث أن المشرع العماني كان من الأجدر به أن يتبنى الوسائل الودية ألا وهي: المفاوضات، التوفيق، الوساطة، باعتبارها من الوسائل الودية الناجعة حقيقة في فض



منازعات الاستثمار الأجنبي ولما تتمتع به من سرعة وسرية ومرونة، وكونها أقل كلفة من غيرها مقارنة بالوسائل القضائية التقليدية لفض المنازعات.

حيث إنه ومع قناعتنا التامة بأن قضاء التحكيم التجاري ورغم مثالبه الكثيرة إلا أنه يعد القضاء الرائد في حل مشكلات التجارة الدولية عموماً وعقود الاستثمار الأجنبي خصوصاً كونه يجد قبولاً كبيراً في أوساط المستثمرين الأجانب بإعتباره يجنبهم الخضوع للقضاء الوطني للدولة المضيفة، إلا أنهم إنما يؤيدون من وجهة نظر الباحث اللجوء إلى الوسائل الودية نظراً لمزاياها التي تفوق ولا شك مزايا نظام التحكيم التجاري من حيث السرعة والمرونة والسرية والكلفة، على نحو ما أوضحنا.

لهذا فإن الباحث كان يتمنى على المشرع الليبي والمشرع العُماني لو أنهما قد تبنيا بشكل واضح وصريح الوسائل الودية المتمثلة في المفاوضات والتوفيق والوساطة، وذلك منعاً للتعنت أو التلكؤ أو المكابرة التي عادة ما تصاحب اللجوء إلى الوسائل القضائية التقليدية.

### المطلب الثالث

#### التوفيق

يعد التوفيق من ثاني الوسائل الودية المعمول بها في اطار فض منازعات الاستثمار الأجنبي نظراً لما تتمتع به من سهولة ويسر وحيادية جعلت منه طريقاً مقبولاً ومرغوباً من كافة اطراف التجارة الدولية عموماً وعقود الاستثمار الدولي خصوصاً لذا فقد انبرى الفقه القانوني بكافة مشاربه لفهم مضمون التوفيق واهميته القانونية في محاولة جادة لوضع تعريفاً منضبطاً لهذا النظام القانوني المتميز.

حيث ذهب البعض<sup>(39)</sup> الى تعريف التوفيق باعتباره احد وسائل منع وفض المنازعات الاستثمارية الأجنبية الى انه "وسيله لتسوية المنازعات الاستثمارية يلجأ بموجبها طرفا النزاع الى هيئة محايدة تتولى تحديد الوقائع واقتراح اسس لتسوية النزاع يمكن ان يرتضيها الطرفان".

<sup>39</sup> - أنظر، دريد محمود، مرجع سابق، ص313، وقارب ذلك، هفال إسماعيل، مرجع سابق، المرجع السابق،

كما عُرف التوفيق<sup>(40)</sup> بأنه "أسلوب أو إجراء يهدف الى التقريب بين وجهات النظر المتعارضة بقصد الوصول الى حل وسط بين الاطراف وذلك عن طريق ثالث يتميز بالحياد والاستقلالية".

وفي ذات الاتجاه ذهب رأي آخر<sup>(41)</sup> من الفقه الى تعريف التوفيق بأنه "طريقة ودية لتسوية المنازعات التي تنشأ بين الاطراف قوامه اختيار الأغيار للقيام بعملية توفيقية (التوفيق) وصولاً الى حل للنزاع عن طريق التقريب بين وجهات النظر المختلفة دون ان يمتد دوره الى اقتراح حل يرتضيانه".

وقد عرفه آخر<sup>(42)</sup> بأنه "اتفاق بين طرفين او اكثر على تفويض شخص واحد او اكثر لحسم النزاع بينهما بطريقة ودية "

هذا وقد عرفت المادة (3/1) من القانون النموذجي<sup>(43)</sup> للجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة (2002) التوفيق التجاري الدولي بأنه "لأغراض هذه القانون يقصد بمصطلح التوفيق اي عملية سواء اشير اليها بتعبير التوفيق او الوساطة او اي تعبيراً اخر ذي مدلول مماثل يطلب منها الطرفان الى شخص اخر او اشخاص اخرين مساعدتها في سعيهما الى التوصل لتسوية ودية لنزاعها الناشئ عن علاقه تعاقدية او علاقة قانونية اخرى ولا يكون للموفق صلاحية فرض حل للنزاع على الطرفين".

ومما تقدم ومن خلال التعريفات المختلفة التي اضيفت على نظام التوفيق يتضح للباحث بأن مجمل هذه التعريفات القانونية انما تقوم على اساس واحد في فهم المقصود بنظام التوفيق مما جعلها شديدة الشبه ببعضها البعض وذلك لان جوهر نظام التوفيق انما يقوم على تخويل شخص او اكثر مهمة حل الخلاف الاستثماري ودياً بين طرفيه الدولة المضيفة

<sup>40</sup> - أنظر، ناصر محمد، مرجع سابق، ص64.

<sup>41</sup> - أنظر، عمار محمد، المرجع السابق، ص192

<sup>42</sup> - أنظر، محمد أبو العينين، المرجع السابق، ص

<sup>43</sup> - لمزيد من التفصيل أنظر، عمار محمد، المرجع السابق، ص315، أحمد أبو الوفاء، مرجع سابق،

ص260، هفال إسماعيل، مرجع سابق، ص180.

والمستثمر الأجنبي بعيدا عن اجواء العناد والمكابرة او التعنت والذي عادة ما ينتج عند اللجوء للوسائل القضائية لحل المنازعات، حيث يتفق طرفا النزاع الاستثماري على احالة نقاط الخلاف العالقة بينهما الى شخص او مجموعة اشخاص يثقون بهم تمام الثقة نظرا لتمتعهم بالسمعة التجارية والأخلاقية المرموقة، ناهيك عن تمتعهم بالخبرات الفنية والقانونية اللازمة لفهم اسس الخلاف الناشب وطرق معالجتها من اساسها بل ومنع تكرار نشوبها مستقبلا في تعاملات الاطراف المتنازعة، وهو ما يميز نظام التوفيق كغيره من الوسائل الودية لتسوية منازعات الاستثمار، وهو ما جعل منه نظاما راقيا وآمنا ومقبولا من كافة اطراف التجارة الدولية لأنه يقدم حولا ومقترحات جدية وحقيقية وواقعية يؤمل الاطراف عليها لحل نزاعهم القائم.

ويرى البعض<sup>(44)</sup>، بأنه يجب ان يمارس الموقِّع او هيئة التوفيق مهامهم بناء على اتفاق مسبق مع اطراف النزاع حيث يتضمن الاتفاق بخصوص اللجوء الى التوفيق كافة طلبات اطراف الخصومة وتحديدًا دقيقاً لموضوع النزاع محل التوفيق وان يتضمن اسماء الموقِّعين، وان يقوم اطراف النزاع بتقديم كافة المستندات والاوراق والبيانات اللازمة لحل الخلاف الى الموقِّع او الهيئة التوفيقية بوقت كاف يمكن الموقِّع من دراستها واقتراح الحلول المناسبة لفض الخلاف ودياً، مما يسهل على الموقِّع القيام بهتمته التوفيقية على أكمل وجه.

هذا وقد جرى العمل على أن يبدأ الموقِّع مهمته التوفيقية الودية بان يعرض على اطراف النزاع الاستثماري افضل الحلول الممكنة التي تقرب بين وجهات النظر وتقديم المقترحات والتوصيات غير الملزمة لحل الخلاف القائم حيث ان الموقِّع لا يملك سلطة الزام الاطراف بقراره التوفيقى والا اصبح محكما لا موقِّعا، وبذلك فإن الموقِّع انما يقدم للأطراف الحلول التي يراها مفيدة وبناءة لحل النزاع دون اي طابع الزامي ووقفا لما يراه مناسباً وعادلاً مسترشداً في ذلك بمبادئ العدالة والانصاف والحيادية<sup>(45)</sup>.

وتجدر الإشارة هنا الى ان هيئة التوفيق ملزمة بتوضيح نقاط الخلاف وإيجازها بشكل

<sup>44</sup> - أنظر، أميرة إسماعيل، المرجع السابق، 152، أحمد عبدالحميد، مرجع سابق، ص113

<sup>45</sup> - أنظر، بشار محمد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، دمشق، ط1،

2011م، ص316، هفال إسماعيل، المرجع السابق، ص182 وما بعدها.

واضح بعد سماعها لكافة اطراف الخصومة الاستثمارية وجمع كافة المعلومات التي تراها اللجنة التوفيقية مهمة وبنّاءة في حلحلة الخلاف ومن ثم عرض التسوية التوفيقية التي ترى اللجنة انها ملائمة وغير مجحفة في حق اي طرف من الاطراف فإذا نجحت الهيئة التوفيقية في تقديم مقترحاً ينتهي النزاع خلال الفترة المحددة، وقبول كافة الاطراف به، تقوم بتوثيق اتفاق التسوية في محضر يوقعه الاطراف والموفق، كما يتم اقتسام الاعباء المالية لعملية التوفيق مناصفة بين الاطراف الاستثمارية المتنازعة<sup>(46)</sup>.

هذا وتوجد صورتان للتوفيق باعتباره وسيلة ودية مرغوبة من اطراف عقد الاستثمار الدولي وهما: **اولا التوفيق الخاص**: وهي عملية يمكن تنظيمها وادارتها وفقاً لما تحدده إرادة اطراف الخصومة الاستثمارية قوامه اتفاق الاطراف بشكل حر للجوء الى موقّ معين يثقان به لحل خلافهم المتعسر، وتعتبر قواعد (اليونسترال)، وهي القواعد النموذجية التي اعدتها لجنة الامم المتحدة للقانون الدولي التجاري في عام 1980 مثالا واقعياً لهذه النوع من التوفيق الخاص او الحر والتي تعد انموذجاً متميزاً لهذه النوع من التوفيق. **اما النوع الثاني** لنظام التوفيق فهو التوفيق المؤسسي، التي تنظمه مؤسسة او مركزاً متخصص في اجراء عمليات التوفيق فلا يكون حراً وانما تخضع للإجراءات القانونية المتبعة في هذا المركز أو المؤسسة التوفيقية، ومثاله قواعد التوفيق المعتمدة لدى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، وكذلك قواعد التوفيق الخاصة بنظام الوساطة والمصالحة والتوفيق المعتمدة لدى مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي، لذا فقد سُمي هذه النوع بالتوفيق المؤسسي نسبة الى انتمائه الى مؤسسة او مركز يمتن العمل التوفيقية<sup>(47)</sup>.

إلا أنه على الرغم مما تقدم فانه يجب الإشارة الى انه لا يجوز أن يعين الموفق كمحكم في ذات النزاع الذي عرض عليه سابقاً وفي ذات القضية التي فشل في تسويتها توفيقياً، وهو ما اكدته في هذا الصدد قواعد التوفيق للجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي (اليونسترال)،

<sup>46</sup> - أنظر، هفال إسماعيل، المرجع السابق، ص182، أحمد أبو الوفاء المرجع السابق، ص262.

<sup>47</sup> - أنظر، هفال إسماعيل، المرجع السابق، ص180، أحمد عبدالحמיד، المرجع السابق، ص130.

المشار إليها آنفاً<sup>(48)</sup>.

كما انه لا يجوز استخدام او الاستفادة من اية مقترحات او آراء او توصيات او عروض كانت قد قدمت مسبقا امام الهيئة التوفيقية متى ما فشلت في تأدية مهمتها وتم عرض الموضوع الخلافى من جديد على قضاء التحكيم او القضاء العادى، وهو ما تبنته وأكدته المادة (35) من اتفاقية المركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار والتي جاء فيها: "مالم يتفق الاطراف على ذلك فإنه لا يجوز لأي من الطرفين بمناسبة اية اجراءات اخرى تتخذ امام هيئة التحكيم او القضاء او بأية صورة اخرى ان يستند الى الآراء التي اعرب عنها او التصريحات او عروض التسوية التي قدمت من جانب الطرف الاخر خلال اجراءات التوفيق الفاشلة خلافا لما ورد في المحضر الرسمى او توصيات اللجنة..."<sup>(49)</sup>.

**ويتضح للباحث من خلال هذه المادة بأنه لا يجوز لأي من اطراف المنازعة الاستثمارية ان يستفيد بأي شكل من الاشكال من اي مقترحات او آراء او عروض كان قد تقدم بها الخصم اثناء نظر المنازعة توفيقيا على الرغم من فشل مساعي التوفيقية التي قادها الموفقون في حال ما تم اعادة طرح النزاع على هيئة اخرى تحكيمية او قضائية.**

**ويرى الباحث ان الحكمة قد تكمن في انه لا يحق لاحد اطراف الخصومة اقامة دفعه او أسانيد القانونية على ما قد كان تم عرضه اثناء مراحل التوفيق الفاشلة لأن هذه الاخيرة ورغم رجاحة وعدالة الحلول المقترحة فإنها لم تلق قبولا من هذه الخصم وبالتالي ليس باستطاعته مستقبلاً الاستفادة من آراء ومقترحات خصمه الايجابية آنذاك لأنها إنما عرضت من قبيل محاولة هذه الخصم التنازل عن بعض مطالبه لغايات الوصول الى حل توفيقى ليس إلا. كما ان الباحث يرى بان الاعتداد بغير ذلك يعنى من الناحية الواقعية ان يكون التوفيق - على إعتباره نظام فريد في حل المنازعات الاستثمارية ودياً- قد أضحى مصيدة للخصم الاخر،**

<sup>48</sup>- لمزيد من التفصيل أنظر، عبدالله عبدالكريم، ضمانات الاستثمار في الدول العربية، دار الثقافة، ط1، 2012م، ص 115 وما بعدها، محمد إبراهيم، التوفيق التجارى الدولى، دار الجامعة الجديدة، ط2، 2010م، ص189 وما بعدها.

<sup>49</sup>- راجع نص المادة (35) من اتفاقية إنشاء المركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار المنشئ بموجب اتفاقية واشنطن، ولمزيد من التفصيل، أنظر، هفال إسماعيل، المرجع السابق، ص181.

-إن جاز لنا التعبير- فنأخذ عليه كل مقترحاته وآراءه وتنازلاته الايجابية كدليل على إقراره لصالح خصمه مما يؤدي عملاً إلى عزوف أطراف الاستثمار الدولي، عن الأخذ بنظام التوفيق كأحد الأنظمة الرائدة في حلحلة منازعات الاستثمار الاجنبي بالطريقة الودية بحجة انه قد يؤخذ مستقبلاً حجة او دليلاً لصالح الخصم الاخر، فيما لو فشلت الجهود التوفيقية الحالية.

**هذا ويرى الباحث بأن نص المادة (35) من اتفاقية المركز الدولي المشار إليها قد جاءت موفقة للغاية من حيث صياغتها و مدلولها ومثلث ترسيخاً قويا لنظام التوفيق التجاري الدولي كما انه ومن منظور اخر فإن أعمال هذه المادة يؤدي عملاً الى تحفيز اطراف عقد الاستثمار الدولي على التسليم والقبول بالحلول والمقترحات التوفيقية المعروضة من قبل الموقنين والتي تعد حلاً عادلة ومحايدة لمنع وتسوية منازعات الاستثمار لحل الخلاف وذلك عندما يعلم الاطراف يقيناً بأنه لا يمكنهم مستقبلاً ان يستفيدوا مطلقاً من اي مقترحات وآراء وعروض او موافقات إيجابية كانت قد عرضت إبان فترة التوفيق الفاشلة مما يؤدي عملاً الى ان يقبل الاطراف بمخرجات العملية التوفيقية دونما عناد او مماطلة او تلكؤ. اما بخصوص الاجراءات المتبعة في عملية التوفيق بموجب اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار فإننا نجد ان عملية التوفيق تتم ابتداءً من خلال تقديم طلب خطي من قبل احد الاطراف المتنازعة الذي يرغب في اللجوء الى التوفيق مبدئياً رغبتة الواضحة والصريحة في اللجوء إلى هذا الطريقة الودية من طرق فض المنازعات الاستثمارية، وهو ما أكدته المادة (28) من الاتفاقية التي اوجبت ان يشتمل الطلب المقدم على كافة البيانات الضرورية واللازمة في عملية التوفيق التي تتعلق بهوية اطراف الخلاف وموضوع النزاع واثبات موافقتهم على اللجوء للتوفيق وفقاً لنظام الاتفاقية حيث يتم تقديم طلب التوفيق الى السكرتير العام للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار المنبثق عن الاتفاقية ويقوم السكرتير بدوره بفحص الطلب فإذا تبين له ان موضوع النزاع داخلاً في اختصاص المركز الدولي فانه يقوم بتسجيل الطلب وارسال نسخة منه الى الطرف الاخر مع البدء في اتخاذ الاجراءات القانونية اللازمة للبدء في عملية التوفيق و تشكيل هيئة التوفيق و تحديد الاجراءات الواجب اتباعها حتى تمام واستكمال عملية التوفيق**

### المطلب الثالث

#### الوساطة

تعد الوساطة هي الاخرى من ضمن الوسائل الودية لتسوية المنازعات الاستثمارية وذلك نظرا لتمييزها وكونها تجد قبولا واسعا في الاوساط التجارية والاستثمارية الدولية، كما انها تعد اكثر سهولة ومرونة ويسر بالمقارنة مع الوسائل القضائية المعرفة لدينا. كما ان الوساطة باعتبارها طريقا وديا لحل منازعات الاستثمار إنما تعكس الصورة الامثل للعدالة الحديثة الفعالة نظرا لما تسفر عنه هذه الوسيلة من حلول مبتكرة تلقى غالبا قبولا من اطراف النزاع لاستنادها على قواعد العدالة والانصاف ولسهولة اجراءاتها وقلة تكلفتها بالنسبة لأطراف الخلاف مما جعل من الوساطة احدى الطرق المميّزة والرائدة في مجال فض المنازعات الاستثمارية الدولية بل اكثر من ذلك حيث تؤدي الى منع نشوب اية خلافات مستقبلية بين هؤلاء الاطراف الاستثمارية .

ومما تقدم حاول العديد من الفقه القانوني تعريف الوساطة حيث عرفها بعضهم<sup>(51)</sup> بأنها: "تدخل طرف ثالث لا علاقة له بالنزاع القائم بين الاطراف بشكل ودي للعمل على تسوية الخلاف مع اشراك هذا الطرف الثالث في مباشرة المفاوضات الدائرة بين الاطراف ويقترح بنفسه حلا للنزاع". هذا وقد عرف آخر<sup>(52)</sup> الوساطة بأنها: "وسيلة اختيارية غير ملزمة تحسم الخلاف يلجأ الاطراف بمقتضاها الى طرف ثالث محايد يقوم بدور الوسيط في محاولة لحسم الخلاف القائم، عن طريق فحص طلبات او ادعاءات الخصوم ومساعدتهم على التفاوض لحسم النزاع". كما تم تعريف<sup>(53)</sup> الوساطة بأنها: "الالتجاء الى طرف آخر لمساعدة الخصوم في حل خلافهم

<sup>50</sup> - لمزيد من التفصيل، أنظر، عبدالله عبدالكريم، مرجع سابق، ص 117 وما بعدها، محمد إبراهيم، مرجع

سابق، ص 18، هفال إسماعيل، مرجع سابق، ص 183.

<sup>51</sup> - أنظر، إبراهيم محمد، مرجع سابق، ص 52.

<sup>52</sup> - أنظر، محمد أبو العينين، المرجع السابق، ص 3.

<sup>53</sup> - أنظر، ماهر محمد، المرجع السابق، ص 53.

والوصول الى اتفاق يجنبهم الكثير من الجهد والوقت والنفقات اذا ما اتجهوا الى التحكيم او القضاء".

وهنا يتضح للباحث جليا من خلال مجموعة التعريفات التي أضفيت على الوساطة كأحد الانظمة الفاعلة في منع وتسوية المنازعات الاستثمارية بأن مجمل ما قيل في تعريف الوساطة انما يصب في اتجاه وحيدا الا وهو ان نظام الوساطة يعد نظاما اتفاقيا يقوم على ارادة اطراف النزاع في قبولهم ابتداء اللجوء الى الوساطة واختيارهم لشخص محدد يتقون في نزاهته وحيادته وکتمانہ، ليقوم بدور الوسيط الذي سيوصلهم الى بر الامان، وهذه هي حقيقة جوهر نظام الوساطة الذي لا يختلف بحال من الاحوال عن نظرائه من الوسائل الودية الاخرى المعمول بها في اطار حل مشكلات ومنازعات الاستثمار الدولي. وتكمن أهمية الوساطة كأحد سبل فض المنازعات الاستثمارية في كونها انما تهدف الى اختصار الوقت والجهد والنفقات على اطراف الخصومة الاستثمارية، حيث انها من الناحية الزمنية لا تستغرق وقتا طويلا بل مجرد اشهر قلائل كما انها توفر على الخصوم الكثير من النفقات المالية الباهظة بل تتطلب القليل من هذه النفقات كما ان الوساطة تعد نظاما آمنا لمنع وفض المنازعات الاستثمارية لاتصافها بالسرية والکتمان والالتزام بالحياد والمساواة بين الاطراف من حيث مراكزهم القانونية، كما ان اللجوء الى الوساطة لا يتطلب شرطا مسبقا للوساطة في صلب العقد الاستثماري، وانما يكفي الاتفاق عليها لاحقا عن طريق مشاركة بين الاطراف<sup>(54)</sup>. وفي هذه الصدد ذهب جانب من الفقه<sup>(55)</sup>، للقول بأنه لإمكانية وجود الوساطة كأحد طرق فض المنازعات الاستثمارية لا بد في وجود شرطين اساسيين: الاول: منها متعلق بكيفية السير في عملية الوساطة ابتداء حيث يجب تحديد موعدا معين لبدئها وتحديد مكانها وتكاليفها وتحديد هوية الشخص القائم بعملية الوساطة، وثانيا: يجب تحديد الاطار القانوني الذي يحكم عملية الوساطة والذي يجب ان يتضمن تحديد القانون الواجب التطبيق، ومدى حرية الوسيط في الاخذ بمبادئ العدالة والانصاف كبديل عنه لحسم النزاع الناشب، وكذلك تحديد ماهية الاجراءات التي سيتم اتباعها في عملية الوساطة منذ البدء فيها حتى انتهائها، إما بالتوصل الى حل او بفشلها.

<sup>54</sup> - أنظر، ماهر محمد، مرجع سابق، ص 530 وما بعدها، عمار محمد، مرجع سابق، ص 190 وما بعدها.

<sup>55</sup> - أنظر، عمار محمد، مرجع سابق، ص 188 وما بعدها.



هذا وتجدر الإشارة الى ان للوساطة عدة صور مختلفة، رأينا ضرورة التعرض لها لإيفاء هذا الموضوع حقه من الشرح والتحليل حيث توجد الوساطة البسيطة: وهي اقرب الى نظام التوفيق المشار اليه آنفاً في فرعنا الثاني، وذلك من حيث تشابه الجانب التنظيمي لكلا النظامين، حيث يقوم الشخص الوسيط بالتقريب بين وجهات نظر الفرقاء الاستثماريون، وهذه هي الصورة البسيطة للوساطة، كما انه يوجد نوع اخر للوساطة يعد اكثر اتساعا من سابقه وهي الوساطة الاستثمارية: التي يطلب فيها احد اطراف الخصومة الرأي الاستشاري من احد الخبراء لإبداء رأيه الفني في موضوع الخلاف مع تدخله كوسيط للتسوية، هذا ويوجد نوع ثالث من الوساطة وهو وساطة التحكيم وذلك عندما يتفق الاطراف على ان يقوم الوسيط نفسه بمهمة التحكيم في الخصومة في حال ما إذا فشلت مساعي الوساطة كما ان الوساطة وباعتبارها وسيلة ودية لفض المنازعات الاستثمارية قد تأخذ شكل اقرب الى التنظيم القضائي عندما تقوم المحكمة وقبل الفصل في موضوع النزاع بعرض اقتراحات على الاطراف او بناء على طلب احد المتخاصمين باللجوء الى الوساطة حيث تقدم المحكمة شرحا وافيا للخصوم حول مجريات الدعوى المنظورة امامها، وما وصلت إليه ويتم الاتفاق معهم على ان تصدر المحكمة حكما في شكل رأي يكون بمثابة الاساس للبدء في عملية الوساطة<sup>(56)</sup>. كما ان هناك من انظمة الوساطة المعروفة والمعمول بها ما يتخذ طرق مختصرة للغاية للوصول الى حل للخلاف القائم وهو ما نجده مثلا صارخاً في الجمعية الامريكية للتحكيم، كما يوجد نظاماً اخر مماثل وقريب الشبهه للغاية بنظام الوساطة وهو نظام استئجار قاض متقاعد تعينه المحكمة بناء على طلب طرفي النزاع يقوم بالسعي لإقناع الاطراف بما يقترحه كحل للخلاف<sup>(57)</sup>.

هذا ويذهب البعض<sup>(58)</sup>، الى القول بضرورة أن يتمتع الوسيط بالحيادية والاستقلالية ويقدر وافر من الكفاءة والخبرة والتمرس في موضوع المنازعات الاستثمارية لحل الخلاف وان تكون لديه الملكات الفنية التي تؤهله للقيام بجمع كافة المعلومات الضرورية واللازمة لحل النزاع

<sup>56</sup> - أنظر، رواء يونس، النظام القانوني للاستثمار الاجنبي، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه جامعة الموصل،

2015م، ص100، عمار محمد، مرجع سابق، ص190 وما بعدها.

<sup>57</sup> - عمار محمد، المرجع السابق، ص190، مرتضى جمعه، مرجع سابق، ص405 وما بعدها.

<sup>58</sup> - أنظر، عمار محمد، المرجع السابق، ص186 وما بعدها.

الناشِب وان يخفف بقدر المستطاع من حدة التوتر والتعنّت التي تعتري اطراف الخصومة اثناء السير في عملية الوساطة وان يقوم بنقل وجهات النظر المختلفة بين الاطراف بكل حيادية وأمانة وصدق ومهنية عالية حتى الوصول بالأطراف الى ارضية مشتركة تكون مرضية لهم، هذا ويجب على الوسيط أن يفتح قنوات مباشرة للحوار والالتقاء بين الاطراف المتخاصمة بشكل مباشر وجها لوجه، وذلك لاختصار الكثير من الوقت والجهد اللازم للوصول للوافق المنشود، كما انه يجب على الوسيط ومن اجل انجاز مهمته بنجاح ان يسعى الى تقليل حدة الخلاف بين الفرقاء عن طريق طرح العديد من المقترحات الايجابية والبدائل المفيدة التي تجد قبولا من كافة الاطراف، وان يبرز باستمرار الجوانب الإيجابية لعملية الوساطة الجارية وان يقلل من أهمية عناصر الاختلاف العالقة بين اطراف النزاع بغرض تجاوزها باعتبارها مسائل جانبية غير اساسية لا تحتاج الى الكثير من التعنّت والمكابرة من قبل احد الاطراف والذي قد يراها اساسية او مهمة للغاية، ومن ثم يستطيع الوسيط المتمرس ان يصل بأطراف الخصومة الاستثمارية الى بر الامان من خلال تقديمه لمشروع تسوية يكون متكاملا وشاملا ينهي النزاع القائم ويمنع نشوب اي نزاعات مستقبلية.

إلا أنه على الرغم من نجاعة الحلول الودية لفض المنازعات الاستثمارية ومنها نظام الوساطة ولا شك، إلا ان ما يؤخذ على هذا النظام الفريد هو افتقاده لعنصر الإلزام، حيث انه لا يلزم الاطراف المتنازعة على قبوله، فالوسيط يقوم بإخطار المؤسسة او المركز الذي يتولى ادارة الوساطة بالوصول إلى حل يرضي كافة الاطراف ليقوم الأطراف بالتوقيع عليه، اما اذا ما رفض أطراف النزاع مخرجات عملية الوساطة، فيجب على الوسيط ان يقوم بإنهاء عملية الوساطة بإخطار المؤسسة التي ترعى الوساطة بفشل مهمته.

## الخاتمة

بهذا نكون قد وصلنا إلى خاتمة هذه الدراسة التي كنا قد تناولنا فيها موضوعاً غاية في الأهمية، ألا وهو الوسائل الودية غير القضائية لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي والتي حددنا من خلالها المفهوم القانوني للاستثمار الأجنبي، سواء المباشر منه أو غير المباشر وذلك من خلال المطلب الأول من هذه الدراسة، كما أننا قد قمنا بشرح وتحليل العديد من النصوص والأحكام القانونية النازمة للوسائل الودية لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، ابتداءً بالمفاوضات الثنائية ومروراً بالتوفيق بين الأطراف المتنازعة عن طريق شخص موفق أو هيئة توفيقية يختارها أطراف الخصومة الاستثمارية، وأخيراً الوساطة باعتبارها ثالث الوسائل غير القضائية لمنع وتسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي هذا بالإضافة إلى تحديد موقف التشريعات الوطنية محل الدراسة من تبني الوسائل الودية لتسوية منازعات الاستثمار، حيث أن كل هذه الموضوعات كانت محور دراستنا في المطلب الثاني من هذه الدراسة من خلال تناولنا لموضوع الوسائل الودية لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي فإننا قد توصلنا للعديد من النتائج القانونية، كما أننا وفي الوقت ذاته قد أوصينا بجملة من التوصيات التي نأمل أن تلقى الاستجابة المطلوبة.

## أولاً: النتائج

1- يعد الاستثمار الأجنبي بنوعيه المعروفين المباشر وغير المباشر من أوجه الشراكة بين القطاعين العام والخاص التي باتت الحاجة إليها ماسة للغاية من قبل كافة بلدان المعمورة المتقدمة منها والنامية، بل والأقل نمواً أيضاً، حيث إن الاستثمار الأجنبي يعد ضرورياً للدولة المضيفة له، فمن خلاله تستطيع أن تحقق التنمية الاقتصادية المستدامة والمأمولة وذلك بإقامة مشروعاتها الأساسية والحيوية والتنمية على حد سواء، الأمر الذي يدعونا إلى دراسة هذا الموضوع البالغ الأهمية بالنسبة لمستقبل دول العالم والذي بات لا غنى عنه في وقتنا المعاصر، مما يتطلب منا الإلمام الكامل بمفهومه وأنواعه ووسائل فض منازعاته، وذلك لاستدامة هذا الاستثمار وتحفيزه وتشجيعه للدخول بشكل آمن للدولة المضيفة.

2- إن استقدام الاستثمار الأجنبي لأي دولة مضيفة له انما يتطلب قدراً كبيراً من الاستقرار السياسي والاقتصادي والتشريعي، فبدون هذا الاستقرار لا يستطيع الاستثمار الأجنبي الدخول بأي حال من الأحوال الى الدولة المضيفة الامر الذي يتطلب بذل الجهود المضنية من قبل هذه الدول لاستتباب الاستقرار المنشود والمأمول، وتوطئة الارضية الاقتصادية والتشريعية الملائمة له، وذلك كله قبل التفكير في تقديم اية حوافز تشجيعية او تنازلات سخية ومغرية لهذا المستثمر الأجنبي الذي اهم ما يبحث عنه هو البيئة الاستثمارية الآمنة التي يستطيع فيها الحصول على حقوقه كاملة، وأن يحتفظ فيها لنفسه بتوازن حقوقه والتزاماته مع الدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي، وهذا لا يتأتى بأي حال من الأحوال مالم تكن هناك وسيلة قانونية فعّالة وعادلة ومحايدة تحفظ له هذه الحقوق إبان نشوب المنازعات مع الدولة المضيفة.

3- تعد الوسائل غير القضائية (الودية) من أهم وأنجع الوسائل القانونية لمعالجة كافة إشكالات الاستثمار الأجنبي المباشر منه وغير المباشر، حيث يعد اللجوء إلى نظام المفاوضات الثنائية أو نظام التوفيق أو نظام الوساطة من المسائل الأساسية جداً والتي بات المستثمر الأجنبي يحن إلى اللجوء إليها في كافة منازعاته الاستثمارية مع الدولة المضيفة وذلك هروباً من التعقيدات التي تصاحب اللجوء إلى القضاء العادي أو قضاء التحكيم التجاري، والتي عادة ما تكلف الكثير من الوقت والجهد والمال.

4- إن الإقبال على الوسائل الودية وهي المفاوضات والتوفيق والوساطة إنما يجد أساسه المتين في تميّز هذه الوسائل الودية عن غيرها من وسائل فض المنازعات التقليدية في كونها تتميز بالسهولة والمرونة في معالجة منازعات الاستثمار الأجنبي، هذا بالإضافة إلى سرعة إجراءاتها وقلة تكلفتها المادية وسريتها مما كان له وقع إيجابي للغاية في نفوس المستثمرين الأجانب فهدروا إلى استخدام الوسائل الودية لفض مختلف منازعاتهم مع الدولة المضيفة للاستثمار، بل والتسليم والقبول بمخرجات هذه الوسائل الودية، مما جعل من هذه الوسائل أهم وأنجع الوسائل القانونية لمنع وفض منازعات الاستثمار الأجنبي دون منازع.

5- إن ما جعل الباحث يؤيد بقوة الاعتماد على الوسائل الودية في حل كافة إشكاليات الاستثمار الأجنبي، بالإضافة إلى مزاياها المشار إليها آنفاً، هو كون هذه الوسائل القانونية

الودية إنما تخدم غرضين في آن واحد، فهي من جهة تؤدي إلى إنهاء النزاع الناشب بين أطراف عقد الاستثمار الدولي في وقت وجيز وبتكلفة أقل وفي سرية وكتمان تام، وفي الوقت ذاته فإنها تؤدي واقعياً إلى منع نشوب أية منازعات جديد في المستقبل بين ذات الأطراف نظراً لاعتماد آلية هذه الوسائل على جمع أطراف الخصومة الاستثمارية على طاولة واحدة ووجهاً لوجه في جو يسوده الود والتقدير والحرص على إنهاء النزاع وهو ما يسهل عملياً الوصول لحل الخلاف القائم في وقت قصير وسرية تامة وكلفة أقل، وهو ما يمنع نشوب أية خلافات مستقبلية بين الأطراف.

6- لم يتبنى المشرع الليبي والمشرع العماني أيّاً منهما اللجوء إلى الوسائل الودية لمنع وفض منازعات الاستثمار الأجنبي، حيث اعتمدت الصياغة في كلا القانونين على تبني نظام التحكيم التجاري الدولي كفيصل في حل المنازعات الاستثمارية، وإن كان المشرع الليبي كان أقرب إلى التوفيق من نظيره المشرع العماني، وذلك بتبنيه لنظام الصلح كأحد وسائل فض المنازعات الاستثمارية الأجنبية، بالإضافة إلى نظام التحكيم التجاري، وذلك كله شريطة النص عليهما في إحدى الاتفاقيات الثنائية أو الإقليمية أو متعددة الأطراف، وإلا كان الاختصاص الأصيل في حل منازعات عقود الاستثمار الدولي معقود للقضاء الوطني الليبي، وذلك بعكس المشرع العماني الذي أجاز بشكل صريح كون التحكيم التجاري المحلي أو الدولي هو الفيصل في حل هذا النوع من المنازعات الاستثمارية ذات الطابع الدولي.

7- على الرغم من فاعلية الوسائل الودية في منع وفض منازعات الاستثمار الأجنبي المباشر وغير المباشر إلا أن هذه الوسائل الرائدة في حل المنازعات إنما تصطدم بعقبة كؤود تتمثل في افتقارها لعنصر الإلزام، حيث أن الوسائل الودية إنما تعتمد على رضا الأطراف المتنازعة في اللجوء إليها ابتداء وفي القبول بمخرجاتها انتهاءً، حتى تتمتع بطابع الإلزام ولكن المشكلة تنثور عندما تغفل مساعي التسوية الودية بين أطراف عقد الاستثمار الدولي، فيكون من حق أي طرف من هذه الأطراف اللجوء إلى الوسائل القضائية المتاحة أمامه، كالقضاء والتحكيم، وبالتالي فإن ما يميّز الوسائل الودية لحل منازعات الاستثمار -كونها قليلة الكلفة وسريعة الاجراءات وسرية للغاية- إنما تصبح لا قيمة لها من الناحية الواقعية لأن الأطراف وبعد فترة لا

بأس بها من مساعي التسوية قد رفضوا المخرجات الودية لهذه المساعي واتجهوا إلى القضاء أو التحكيم، مما يعني إهدار كافة المميزات التي تتمتع بها الوسائل الودية للتسوية.

### ثانياً: التوصيات

1- يؤكد الباحث من خلال هذه الدراسة التحليلية على ضرورة اعتماد الوسائل الودية المتمثلة في المفاوضات والتوفيق والوساطة كطريق أساسي وابتدائي لمنع وفض منازعات الاستثمار الأجنبي، نظراً لم تتمتع به هذه الوسائل الحديثة من مميزات تجعلها تتصدر كافة الوسائل القضائية المعروفة لدينا جميعاً والمتمثلة في القضاء العادي وقضاء التحكيم، ذلك لتمتع هذه الوسائل الودية بالمرونة واليسر من حيث إجراءاتها هذا بالإضافة إلى سرعة التوصل لحل الخلاف الناشب بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة له، وقلّة تكلفة هذه الوسائل غير القضائية وسريتها التامة.

2- إن تأييد الباحث اللجوء إلى الوسائل غير القضائية الودية كقضاء حديث بديل لفض منازعات الاستثمار الأجنبي لا يقلل بأي حال من الأحوال من أهمية وفعالية الوسائل القضائية المعروفة لفض المنازعات كالقضاء العادي، وقضاء التحكيم، وإنما يظل الفارق جوهرياً بين هذه الوسائل جميعاً، لأننا ومن الناحية الواقعية لا نجد مستثمر أجنبي يقبل باللجوء إلى القضاء الوطني للدولة المضيفة لعدم ثقته فيه، كما أن الدولة المضيفة في هذه الحالة إنما تكون الخصم والحكم في الوقت ذاته، هذا من جهة، ومن جهة أخرى تعد الوسائل الودية وعلى نحو ما أسلفنا ذات فعالية وسرعة في التوصل إلى فض الإشكال القائم بأقل كلفة وبسرية تامة، والأهم من هذا كله بأنه تمنع نشوب أي خلافات مستقبلية بين نفس أطراف النزاع، نظراً لاعتمادها على المرونة من حيث آلية عمل هذه الوسائل التي تجمع أطراف النزاع وجهاً لوجه في جو يسوده التقدير والاحترام وتبادل الآراء عن قرب بكل صراحة، مما يؤدي عمل إلى تفهم كل طرف لطلبات الطرف الآخر وفهم طريقة تفكيره وهذا ما يمنع نشوب أي خلافات مستقبلية، كما أن آلية عمل الوسائل الودية كالمفاوضات والتوفيق والوساطة إنما تقلل من المنازعات الكيدية بين الخصوم وتزيل من النفوس التعنت والمكابرة والتلكؤ في تنفيذ الالتزامات، نظراً لقيامها على الودية والندية والحيادية واعتمادها على تبادل الآراء وتوازن المراكز القانونية

للأطراف، وحرص الأطراف على عدم اللجوء إلى الوسائل القضائية التقليدية التي يعلمون مسبقاً بأنها تأخذ وقتاً وجهداً وكلفة كبيرة، وقد يتم إفشاء الأسرار أو الإساءة إلى السمعة التجارية وخصوصاً عند اللجوء إلى القضاء العادي الذي يعرف بعننية جلساته ومرافعته.

3- يوصي الباحث كل من المشرع الليبي والمشرع العماني إلى ضرورة تبني الوسائل الودية لفض المنازعات بشكل صريح ضمن قانون الاستثمار الأجنبي في كلا البلدين وعدم الاكتفاء بالصياغة القانونية الخجولة -إن جاز لنا التعبير- بحيث يلزم الأطراف باللجوء أما إلى المفاوضات الثنائية أو التوفيق أو الوساطة ابتداءً، ومن ثم وفي حال فشل هذه الوسائل يتم اللجوء إلى الوسائل القضائية المعروفة، حيث أن اللجوء إلى الوسائل الودية ابتداءً سيوفر وبلا شك على المستثمر الأجنبي وعلى الدولة المضيفة في آن واحد الكثير والكثير من الجهد والوقت والمال، ويحتفظ لكليهما بعلاقات تعاقدية دائمة في ظل الاحترام المتبادل ولا شك بعيداً عن سلبيات وتعقيدات ومعوقات الوسائل القضائية والتي وإن كانت تنهي النزاع إلا أنها قد تخلف وراءها العديد من السلبيات غير المرغوب بها، كالشعور بالهزيمة أمام الخصم، وما يستتبعه ذلك من قطع للعلاقات المستقبلية بين الطرفين ناهيك عن التلكر أو الإستشكال في تنفيذ المخرجات السلبية للقضاء العادي أو التحكيم، مما يهدد بعدم ديمومة الاستثمار الأجنبي على أراضي الدولة المضيفة ومن ثم يهدد مستقبل التنمية الاقتصادية المستدامة في هذا البلد المضيف وخصوصاً في الدول النامية والأقل نمواً والتي تعد بحاجة ماسة لوجود هذا الاستثمار الأجنبي على أراضيها.

4- كما أن الباحث يوصي بضرورة تضمين قوانين الاستثمار محل الدراسة مجموعة من النصوص والاحكام القانونية الرصينة التي من شأنها أن تضفي شيئاً من القوة القانونية علي هذه الوسائل الودية، وذلك بالنص على عدم جواز ان يستفيد اي خصم من الخصوم من المقترحات أو الآراء أو المبادرات التي كانت قد عرضت من قبل أطراف الخصومة أثناء عملية التسوية الودية الفاشلة، وذلك متى تم لجوء أحد الأطراف إلى الوسائل القضائية العادية، لأن من شأن ذلك اعطاء هذه الوسائل الودية شيئاً من القوة والقبول من قبل كافة أطراف التجارة الدولية، حيث أن الخصم سيعلم مسبقاً بأنه لا يضار بأي حال من الأحوال بما كان قد أبداه أو

قدمه من تنازلات أو مقترحات أو مبادرات إيجابية من طرفه، كمحاولة منه لحل الإشكال القائم والذي فشل في التوصل إلى حل، كما أنه وبالمقابل فإن الخصم الآخر الذي يود الاستفادة من هذه التنازلات أو المبادرات في دعواه أمام القضاء أو التحكيم سعياً منه لدعم موقفه في الدعوى، سيعلم مسبقاً بأن القانون لا يجيز له الاستفادة مما تم تقديمه من مقترحات أو آراء أو مبادرات إيجابية أمام أي جهة قضائية، مما يؤدي عملاً وواقعاً إلى قبول الخصم لمخرجات عملية المفاوضة أو التوفيق أو الوساطة دون أي ماطلة ودون أي مطمح مستقبلي للاستفادة منها أمام أي جهة قضائية كانت، لأن القول بغير ذلك يعني عزوف أطراف الخصومة الاستثمارية عن اللجوء إلى الوسائل الودية، خوفاً من أن تستخدم مبادراتهم أو تنازلاتهم أو مقترحاتهم الإيجابية التي كانت قد قدمت أثناء فترة التسوية الفاشلة كسلاح ضدهم فيما لو عرض النزاع مرة أخرى على القضاء أو التحكيم.

5- يوصي الباحث بضرورة تضمين الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية محل هذه الدراسة بأحكام قانونية تغطي عنصر الإلزام على مخرجات الوسائل الودية لتسوية منازعات الاستثمار منعاً لهدر الوقت والجهد والمال، ثم نفاجاً بعدم قبول أحد أطراف النزاع لمخرجات التسوية الودية واللجوء من جديد إلى الوسائل القضائية المعروفة مما يهدر القيمة القانونية لهذه الوسائل الودية، بعد إن كان يعول عليها أطراف الخصومة أو على الأقل أحد أطراف الخصومة في إنهاء النزاع الاستثماري القائم، فتذهب كل هذه الجهود أدرج الرياح الأمر الذي يتطلب وبشكل ملح تمتع هذه الوسائل الودية بقدر كاف من الإلزام يكون مستمداً أساساً من اتفاق الأطراف ورضائهم المسبق بلجوئهم إليها، مما يعني رضائهم وتسليمهم المسبق بما يصدر عن هذه المساعي الودية من صيغ تفاهم يتم التوصل إليها بعد حوارات وتفاعلات ونقاشات بناءة وإيجابية بين أطراف الخصومة، مصحوبين باعتماد الموفق أو الوسيط الذي أوصلهم إلى الاتفاق حول الخلافات الاستثمارية القائمة بينهم.

تم بحمد الله



## قائمة المراجع

### أولاً: المصادر والمراجع

- 1- أبو الحسن أحمد بن فارس بن زكريا الرازي، معجم مقاييس اللغة، دار الكتاب العالمية، ج1، ط3، بيروت، 2000م.
- 2- محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي، مختار الصحاح، دار الكتاب العربي، بيروت، 1993، ط2
- 3- إبراهيم شحاته، الحدود السياسية للتمويل الخارجي، بحث منشور في مجلة مصر المعاصرة، المجلد 55، ع33، 1998
- 4- أحمد أبو الوفاء، الوسيط في القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، ط2، 2004م.
- 5- أحمد عبدالحميد، النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في البلدان العربية، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1998
- 6- السيد الهوارى، الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية، دار الكتاب العربي، ط3، ج2، 2011م.
- 7- أميرة شريف، تسوية المنازعات الاستثمارية، دراسة تحليلية، دار الجامعة الجديدة، ط1، 2016م.
- 8- بشار محمد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، دمشق، ط1، 2011م
- 9- جلال وفاء محبين، تسوية منازعات التجارة الدولية، سلسلة رسائل البنك الصناعي الكويتي، ع70، 2016م.
- 10- جميل الشراوي، المقاصد الأساسية لقوانين ضمان الاستثمار، ضمن مجموعه من الأبحاث، منشورات معهد البحوث والدراسات العربية، 1990م.
- 11- حازم حسني، القانون الدولي الاقتصادي، دار النهضة العربية، ط1، 1999
- 12- حسام عيسى، نقل التكنولوجيا، دراسة مقارنة، دار المستقبل العربي، 1987

- 13- حسن نجم، الاستثمار الأجنبي المباشر، مقال منشور في مجلة الصبا، ع16، 2000م.
- 14- دريد محمود، ضمانات الاستثمار التجاري غير الوطني، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، 2001
- 15- رمزي زكي، أزمة الديون الخارجية، الهيئة العامة للكتاب، 1999
- 16- رواء يونس، النظام القانوني للاستثمار الاجنبي، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه جامعة الموصل، 2015م
- 17- صفوان أحمد، دور الاستثمار الاجنبي في تطوير احكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، ط1، 2009م
- 18- عبدالحكيم مصطفى، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1990
- 19- عبدالستار مجيد، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية، دار الجامعة الجديدة، ط1، 2013
- 20- عبدالله عبدالكريم، ضمانات الاستثمار في الدول العربية، دار الثقافة، ط1، 2012م
- 21- عبدالكريم علوان - الوسيط في القانون الدولي ، دار الثقافة للنشر، عمان، ط3، 2015م.
- 22- عبدالواحد الفار، أحكام التعاون الدولي في مجال التنمية الاقتصادية، منشورات عالم الكتاب، 1999
- 23- علي حسن، دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية في الدول النامية، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1998
- 24- عمار محمد، ضمانات الاستثمار الأجنبي، منشورات الحلبي الحقوقية، 2017
- 25- عوني محمد، التنظيم القانوني للشركات متعددة الجنسيات، دار الحكمة، ط1، 2008م.
- 26- ماهر محمد، وسائل تسوية المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار، بحث منشور بمجلة مصر المعاصرة، ع483، 2006

- 27- مرتضى جمعه، عقد الاستثمار التكنولوجي، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2012م.
- 28- محمد إبراهيم، التوفيق التجاري الدولي، دار الجامعة الجديدة، ط2، 2010م
- 29- محمد أبو العينين، دور مركز القاهرة الإقليمي في حسم المنازعات التجارية والاستثمارية عن طريق الوساطة والتفاوض، بحث مقدم للمؤتمر الدولي للاستثمار، المنعقد في القاهرة، 2001م
- 30- محمد حسام لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، دار النهضة العربية، ط1، 2011م.
- 31- محمد رضا، القواعد الأساسية في الاقتصاد الدولي، دار الكتاب الأول، ط2، 1997
- 32- منى حمود، الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي، دار النهضة العربية، ط1
- 33- ناصر محمد، ضمانات الاستثمار الاجنبي في الدول العربية، دار النهضة العربية، ط1، 2013م.
- 34- هاشم خالد، عقد ضمان الاستثمار والقانون الواجب التطبيق، دار الفكر الجامعي، 2000
- 35- هشام صادق، النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية، منشأة المعارف، ط2، 2003
- 36- هفال إسماعيل، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي، دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، ط1، 2015
- 37- هناء عبد الغفار، الاستثمار الأجنبي، دار الحكمة، ط1، 2002
- 38- يوسف خليل، النظام القانوني لعقد نقل التكنولوجيا، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، 2000

#### ثانياً: القوانين والاتفاقيات

- 1- قانون تشجيع الاستثمار الليبي رقم 9 لسنة 2010
- 2- قانون استثمار رأس المال الاجنبي العماني رقم 102 لسنة 1994.

- 3- اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار واستغلال رؤوس الاموال بين الدول العربية المبرمة عام 2000م.
- 4- اتفاقية المؤسسة العربية للاستثمار المبرمة في العام 1971.
- 5- اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار المبرمة في العام 1985م.
- 6- النظام الأساسي لمعهد روما لتوحيد قواعد القانون الخاص لعام 1994م.
- 7- قواعد اليونسترال لعام 1990م.
- 8- القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي الصادر في العام 2002م.
- 9- قواعد التوفيق الخاصة بنظام الوساطة والمصالحة والتوفيق المعتمدة لدى مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي.

نطاق تطبيق مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية في القانون الليبي

د. نعيمة عمر الغزير

أستاذ القانون العام المساعد بالجامعة المفتوحة

المقدمة

ما من خلاف أن يقع على عاتق الدولة تبعات المسؤولية عن أعمال الإدارة غير المشروعة عموماً بما فيها الموظفون العاملون بمرفق القضاء غير أن مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية في ليبيا لا زالت بعيدة عن قاعدة المسؤولية لاعتبارات تتمحور في جملة من المبررات هي محلّ جدل فقهيّ كبير حتى في القانون المقارن، وإن كان لهذا الجدل سنده من الواقع والقانون.

وتبدو أهمية هذه الدراسة ليس لأنها تتعلق بمرفق القضاء فقط إنما في مدى تأثير هذا المبدأ على حقّ الإنسان في محاكمة عادلة وكذلك حقّ المساواة أمام القانون وكليهما تستمد من حق التقاضي. وإن كان دافعنا الأهم من وراء هذه الدراسة التقصي عن الضمانات التشريعية والقضائية التي يتحقق في إطارها هذا المبدأ.

أما الإشكالية التي تعالجها هذه الدراسة تجد أساسها في فكرة أن وقوع القاضي أو عضو النيابة العامة في الخطأ ليس بالأمر الغريب في العمل القضائي؛ فالخطأ القضائي الذي يرتب مسؤولية الدولة عنه لا يتعلق فقط بمرفق القضاء، وإنما أيضاً يرجع لاحتمالية أن يكون مرده الخطأ الشخصي، ولعل ذلك ما جعلنا نثير التساؤل التالي: الخطأ المرفقي والخطأ الشخصي أيهما جعله القانون الليبي بمنأى عن مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية.

كما أن دافعنا من وراء هذه الدراسة نتوخى به الوصول إلى نظرية متكاملة في شأن مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية ونطاق تطبيقه في ليبيا، وإيفاءً بحاجة البحث القانوني في بلادنا لهذه الدراسة نظراً لقلّة المراجع بشأن هذا الموضوع، بالإضافة ما لهذا المبدأ من تأثير مباشر على حقوق الأفراد وحرّياتهم؛ ولذلك رأينا أن تكون خطة هذا البحث في مبحثين

يثور النقاش من خلالهما في إطار المنهج الوصفي وكذلك المنهج التحليلي حتى يسهل على القارئ الكريم استيعاب جوانب هذا الموضوع في ضوء ما يدفع به القضاء والفقهاء من أسانيد قانونية في صدده؛ فقد ناقشنا في **المبحث الأول**: مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية من حيث المضمون أولاً والمبررات ثانياً في حين يناقش **المبحث الثاني**: حدود مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية من خلال مناقشة الأعمال القضائية التي تخضع لهذا المبدأ أولاً، ثم نعرض دعوى المخاصمة استثناء عن هذا المبدأ في أحكام التشريع الليبي ثانياً، وأخيراً نخلص في الخاتمة بعدة نتائج مرفقة ببعض التوصيات.

## **المبحث الأول**

### **مضمون مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية ومبرراته**

سنعرض لمضمون هذا المبدأ كمطلب أول ثم نتعدى ذلك إلى بيان مبرراته في **المطلب الثاني**.

## **المطلب الأول**

### **مضمون مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية**

يقصد باصطلاح المسؤولية عن خطأ الإدارة بأنه نقل عبء الضرر الذي وقع على شخص مباشرة إلى شخص آخر ينظر إليه بأنه هو الشخص الذي يجب أن يتحمل عبء الضرر<sup>1</sup>؛ بمعنى أنها الحالة القانونية التي تلتزم فيها الدولة ومؤسساتها والهيئات العامة والإدارية نهائياً بدفع تعويض عن الضرر أو الأضرار التي تسببت فيها للغير بفعل أعمالها الإدارية

---

1 هشام عبد المنعم عكاشة، مسؤولية الإدارة عن أعمال الضرورة (دكتوراه، كلية الحقوق: جامعة القاهرة، 1998) - ص 151.. كذلك: عمار عوايدي، نظرية المسؤولية الإدارية - الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية - ص 24. وأيضاً إبراهيم محمد علي، الاتجاهات الحديثة في مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية - القاهرة: دار النهضة العربية، 2001 - ص 4.

## نطاق تطبيق مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية في القانون الليبي

الضارة سواء كانت هذه الأعمال مشروعة أم غير مشروعة وذلك على أساس الخطأ الوظيفي، ولم يُعرف المشرع الليبي الخطأ الوظيفي نظراً لتعددده ولاتساع معناه واختلاف وخصوصية طبيعة كل وظيفة عن أخرى، إذ أكتفى بذكر الواجبات والمحظورات وألزم الموظف العام القياس عليهما<sup>2</sup>.

وعلى هذا الأساس فقد يصدر عن عضو النيابة العامة أو القاضي قرارات أو أوامر تسببت في ضرر أدى إلى إهدار حق التقاضي، ومن أمثلتها: الحكم الذي يصدر عن القاضي بإدانة شخص ما ثم تتضح براءته؛ وأحياناً أيضاً قد يكون حكم القاضي نهائياً أو باتاً ويحوز على حجية الأمر المقضى به ثم يظهر أن هذا الحكم مشوب بالبطلان لخطأ من القاضي أو سوء تصرف من عضو النيابة العامة، وفي حالات أخرى صدور حكماً بالإعدام والمتهم بريء مما نسب إليه في الواقعة المحكوم بها، وأيضاً قد تجري النيابة العامة تصرفاتها في شأن التحقيق وحفظ الأوراق والأمر بالحبس الاحتياطي للمتهم والإحالة إلى المحاكمة الجنائية؛ ثم تأتي نتائج الحكم بما ينقض هذه الإجراءات كالحكم بالبراءة أو الأمر بالأوجه لإقامة الدعوى لانعدام الدليل أو عدم كفاية الأدلة، وبذلك هذه النتائج المترتبة على هكذا أعمال قضائية \_ والتي يتعذر تداركها في أغلب الأحيان\_ تكون بذاتها بالغة الأذى لكونها تُوصم الشخص الذي نالت منه بسمعة تحط من أخلاقياته في نظر غيره من أفراد المجتمع مما يؤثر على سير حياته بشكل طبيعي<sup>3</sup>.

كل ذلك يدفعنا لإثارة جملة من التساؤلات منها؛ هل يقَر القانون الليبي على الدولة تحمل تبعات هكذا أخطاء من السلطة القضائية؟، ومن جهة أخرى هل يمكن للمتقاضى أن يرفع دعواه أمام القضاء مخاصماً فيها الدولة طالبا تعويضه عما وقع في حقه من ضرر نتيجة تصرفات هذه السلطة؟، وفي هكذا حالة ما العلاقة بين عضو السلطة القضائية والدولة؟، وهل يعدُّ تصرف القاضي أو عضو النيابة العامة خطأً شخصياً أم أن الدولة مسؤوليتها عن هكذا أخطاء تأتي على أساس مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه.

<sup>2</sup> نص المادة 11 وكذلك نص المادة 12 من القانون رقم 12 لسنة 2010 بشأن علاقات العمل

3 د. عبدالفتاح بيومي، سلطة النيابة العامة في حفظ الأوراق والأمر بالأوجه لإقامة الدعوى الجنائية- ص5

وما بعدها.

## نطاق تطبيق مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية في القانون الليبي

للإجابة عن هذه التساؤلات نرى تتبع أسس مسؤولية الدولة عن أعمال الإدارة في القانون الليبي بما فيها أعمال السلطة القضائية<sup>4</sup>؛ حيث إنه طبقاً للأصل العام فإن أساس مسؤولية الدولة عن أعمال الإدارة بما فيها أعمالها عن السلطة القضائية ينهض بقواعد تظهر في نظرية الخطأ<sup>5</sup> وكذلك في نظرية التبعية؛ أما الأولى فننتبينها في القاعدة العامة التي وردت في نص المادة 166 من القانون المدني الليبي بأن "كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض"؛ في حين تقرر نظرية التبعية قواعد مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية فيما يعرف بالخطأ المرفقي أو المصلحي؛ والمقصود به هو ذلك الخطأ "الذي ينسب إلى المرفق، حتى ولو كان الذي قام به مادياً أحد العاملين بالمرفق، ويقوم الخطأ على أساس أن المرفق ذاته هو الذي تسبب في الضرر"<sup>6</sup> والتفرقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي أو المصلحي<sup>7</sup> تتحدد في أن الخطأ الشخصي هو الذي يرتب مسؤولية الموظف من ماله الخاص، والخطأ المرفقي تسأل عنه الإدارة ويدفع من خزينة الدولة، وأساس ذلك أن الخطأ يعدُّ شخصياً إذا كان العمل الضار مصطنعاً بطابع شخصي يكشف عن الإنسان بصفته وشهوته وعدم تبصره، أما إذا كان العمل الضار غير مصطنع بطابع شخصي وينم عن موظف معرض للخطأ والصواب فإن الخطأ يكون مصلحياً، فالعبرة بالقصد الذي ينطوي عليه الموظف وهو يؤدي واجبات وظيفته فكلما قصد النكاية والإضرار أو ابتغى منفعته الذاتية كان خطؤه شخصياً يتحمل هو نتائجه، ومن ذلك تمييز أحدهما عن الآخر يكون بالبحث وراء نية الموظف<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> راجع: د. محمود عمر معتوق، المسؤولية الإدارية عن الخطأ المرفقي في القانون الليبي (دراسة تطبيقية مقارنة) الطبعة الأولى: 2005 - ص32

<sup>5</sup> د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني. القاهرة: دار النهضة العربية، 1981، ط3- ص206.

<sup>6</sup> محكمة النقض المصرية في الطعن المدني 2753 لسنة 58 ق الصادر بتاريخ 5 مايو 1990.

<sup>7</sup> يتحدث د. محمود معتوق في مؤلفه المسؤولية الإدارية عن الخطأ المرفقي في القانون الليبي (المرجع السابق ذكره) - ص80. بأنه "من خلال الأحكام التي وقعت بين أيدينا لم نعر على تبني هذا الاتجاه في ليبيا بعد سواء القضاء الأدنى أو الأعلى؛ بينما المشرع الليبي يسلك مسلك القضاء المصري في التفرقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي أو المصلحي". كذلك راجع حسين حمودة المهدي، شرح أحكام الوظيفة العامة. مصراته: الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان، 2002، ط2- ص260.

<sup>8</sup> راجع حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر بتاريخ 6 يونيو 1959. مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة الرابعة - ص1435.



## نطاق تطبيق مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية في القانون الليبي

ولأنّ مرفق القضاء شأنه كشأن مرافق الدولة الأخرى وأعضاء الهيئات القضائية هم موظفون في الدولة أي يحمل كل منهم صفة الموظف العام، ولما كانت علاقة الموظف بالدولة تتشابه مع علاقة المتبوع بتابعه المعروفة في القانون المدني، فإنه من المتصور أن تكون علاقة الموظف بالدولة في مجال المسؤولية على ذات القواعد في حالة الخطأ الشخصي التي تقوم عليها علاقة التابع بالمتبوع<sup>9</sup>، باعتبار أن ما يصدر عنهم من أخطاء عند مباشرة اختصاصاتهم لها تبعاتها على الأفراد بالإضافة إلى تأثيرها على مفهوم العدالة القانونية.

ولهذه المفاهيم معالمها وجذورها في القانون الدولي بالنظر لما توليه المواثيق الدولية من احترام لحقوق الإنسان وحرياته في هذا الإطار؛ ومن بينها نص المادة الثالثة عشرة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان بأن ( لكل شخص تنتهك حقوقه وحرياته التي تكفلها هذه الاتفاقية الحق في مراجعة مجدية أمام محكمة وطنية حتى ولو كان هذا الانتهاك قد حصل عبر هيئة أثناء ممارستها وظيفتها الرسمية). كما نصّت الفقرة د من المادة السابعة من الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان بأن حق التقاضي مكفول للجميع ويشمل هذا الحق ... حق محاكمته خلال فترة معقولة وبواسطة محكمة محايدة.

ولكل هذا ظلّاله في أحكام القانون الليبي فيما أورده من استثناء على هذا المبدأ، فإن كان القضاء الليبي سواء الإداري أو العادي أسوة بالقضاء المصري يتبنى مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية كأصل عام إلا أنه يخرج عن هذا الأصل فيما نص عليه القانون استثناءً.

ويُقصد بهذا المبدأ أن الدولة لا تلتزم بجبر الضرر الناتج عن أعمال السلطة القضائية؛ بمعنى أنّ الدولة غير مسؤولة عن الأخطاء التي تصدر عن هذه السلطة، ومرد هذا المبدأ يرجع إلى جذور تاريخية لبعض الأسس الدستورية التي لها علاقة بالجدل الدائر حول مدى مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية من جهة أن هذه المسؤولية تعتبر مساساً بفكرة سيادة الدولة،

<sup>9</sup> محمد رضا النمر، مسؤولية الدولة عن التعويض عن أخطاء القضاء (دراسة مقارنة). القاهرة: دار الفكر

## نطاق تطبيق مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية في القانون الليبي

كما أن الحاكم ليس مسؤولاً عن تصرفاته<sup>10</sup>؛ وبأن الملك لا يخطئ لأنه مصدر السلطات؛ ويفسر كل ذلك على أنه اندماج شخصية الحاكم في الدولة، وبما أن الموظف مكلف من الحاكم فهو لا يجوز محاسبته على تصرفاته.

إلا أن القيود التي وردت على مبدأ سيادة الدولة، ووفقاً لما طرأ على هذا المبدأ من تعديلات جعلت الدولة طرفاً في منازعات إما مدعي أو مدعى عليها بالنظر لما تقوم به من تصرفات تمسّ حقوق وحريات الأفراد، ولهذا مسؤولية الدولة عن ما يرتكبه القضاة وأعضاء النيابة العامة من أخطاء عند ممارسة وظيفتهم القضائية هو نظام أقرت به نظم قانونية متعددة<sup>11</sup> من أهمها التشريع الإسلامي<sup>12</sup>، وكذلك القانون الفرنسي الذي نصّ صراحة في المادة 11 من قانون المرافعات بموجب التعديل رقم 626 لسنة 1972 الصادر بتاريخ 5 يوليو 1972<sup>13</sup> على أن مسؤولية الدولة عن الأضرار الصادرة عن مرفق القضاء تكون في حالة الخطأ الجسيم وإنكار العدالة؛ وهذا ما جعلنا نتساءل عما يقرره النظام القانوني الليبي في شأن مدى مسؤولية الدولة عن الأضرار التي تنتج عن أخطاء السلطة القضائية؟.

أما مفهوم عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية في التشريع الليبي فقد انحصر بنصوص قانونية رتبت على الدولة مسؤوليتها عن أعمال هذه السلطة ولو أنها ليست على نحو عامّ وشامل.

كما استقر القضاء الليبي على أن أساس مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية ينهض بما يعرف بالخطأ الشخصي لأعضاء السلطة القضائية وليس لقواعد المسؤولية التقصيرية التي

---

10 إبراهيم محمد علي، الاتجاهات الحديثة في مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية- القاهرة: دار النهضة العربية، 2001- ص5

11 للمزيد راجع د. علي محمد عنيبة، المسؤولية عن الحبس الاحتياطي (دراسة مقارنة) مجلة السائل، السنة الثانية: العدد الرابع- ص174.

12 إبراهيم محمد علي، الاتجاهات الحديثة في مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية (المرجع السابق ذكره)- ص4.

13 رمزي الشاعر، المسؤولية عن أعمال السلطة القضائية، القاهرة: دار النهضة العربية، 1983 ، ط2- ص223.

## نطاق تطبيق مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية في القانون الليبي

استُبعدت؛ لأنّ من شأن تطبيقها أن يسأل القاضي عن أي خطأ أو إهمال يقع فيه، وهو ما يعني لا يمكن تطبيقها في هذه الحالة<sup>14</sup>، كما أن فكرة الخطأ المرفقي الذي هو أساس المسؤولية الإدارية لا مجال لتطبيقها بشأن مرفق القضاء تبعاً لاختلاف دور القاضي أو عضو النيابة العامة عن دور الموظف الإداري<sup>15</sup> باعتبار أن هذا الأخير يتدخل في سير المرفق العام في حين أن موقف عضو السلطة القضائية في فض الخصومة هو موقف سلبي لا يظهر فيه رأي شخصي أو تصرفات ذاتية - لعضو السلطة القضائية- إنما الخصوم هم من يتولى تسيير الدعوى<sup>16</sup>. ونلتمس هذا الرأي من خلال ما جاء عن الإدارة العامة للقانون في ليبيا بأن " القاعدة التقليدية في مجال قيام مسؤولية الإدارة على أساس ركن الخطأ قد حرصت على التمييز بين الخطأ المصلحي أو المرفقي الذي ينسب فيه الإهمال إلى المرفق العام ذاته وبين الخطأ الشخصي الذي ينسب إلى الموظف..."<sup>17</sup>

استناداً لذلك لوجود لقواعد المسؤولية التقصيرية في حالة المسؤولية عن أعمال السلطة القضائية. والقول<sup>18</sup> بأن أساس المسؤولية في دعوى مخاصمة القضاة وأعضاء النيابة العامة هو ذات الأساس القانوني في دعوى المسؤولية ضد أي موظف عام هو قول مرفوض جملة وتفصيلاً باعتبار أن أساس المسؤولية في دعوى مخاصمة القضاة وأعضاء النيابة العامة يرجع إلى فكرة الخطأ الشخصي، والدليل على ذلك يظهر في مضمون أسباب المخاصمة التي يسأل عنها مدنياً كلّ منهم كونها تأتي جميعها في إطار الأخطاء الشخصية.

وهكذا رغم التطور الذي شهدته نظرية مسؤولية الدولة عن أعمال الإدارة بالإضافة إلى ما تقره التشريعات الدولية في شأن فكرة العدالة التي تمثل جوهر حقوق الإنسان. إلا أن

---

14 عبدالرؤوف هاشم بسيوني، قرينة الخطأ في المسؤولية الإدارية- الإسكندرية: دار الفكر العربي، 2007- ص151 وما بعدها.

15 للمزيد راجع د. مصطفى كيرة، حقوق القاضي وواجباته. مجلة الأمن والقانون تصدر عن كلية الشرطة دبي، العدد الأول، يناير 1993- ص123

16 مصطفى كامل كيرة، حقوق القاضي وواجباته (المرجع السابق ذكره)- ص123.

17 الفتوى رقم 128/3/19 الصادرة بتاريخ 17 مارس 1976. مجموعة المبادئ القانونية لفتاوي الإدارة العامة للقانون لسنة 1975/1976م- ص130، بند 254.

18 فتحي والي، الوسيط في القانون المدني (المرجع السابق ذكره)- ص206.

## نطاق تطبيق مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية في القانون الليبي

مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية لا زالت قاصرة ومحدودة في القضاء الليبي<sup>19</sup> لكونها تنحصر في أسباب مخاصمة القضاة وأعضاء النيابة العامة دون أن تتعداها إلى الاعتراف بالمسؤولية عن أضرار أخرى، وبهذا مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية هو مبدأ قائم ومستمر في أحكام القانون الليبي ولعلنا نلتمس العذر في ذلك للمشرع الليبي بالرجوع لخلفيات مهمة تنهض بتصرفات قضاؤنا ويحتكم في ظلها قضائنا منها: تحريم الظلم وهو منهج القاضي المسلم وتوعده بالعقوبة لصاحبه كما في قوله تعالى "لا ظلم اليوم إن الله سريع الحساب"<sup>20</sup>، وكذلك ما عليه المحاكم الليبية من تدرج وفقاً لنص المادة الحادية عشرة من قانون نظام القضاء رقم 6 لسنة 2006 وتعديلاته والتي تدلُّ دلالة واضحة برقابة كل محكمة على ما دونها مما يضيق من فكرة تضرر المتقاضى بخطأ قضائي حتى يرتب المسؤولية عنه؛ حيث منح المشرع الليبي الحق للمتقاضى بأن يطالب بتصحيح الأحكام الصادرة في مواجهتهم بالطرق العادية وغير العادية، وذلك لتدارك ما يتحقق من ضرر بسوء تطبيق النصوص القانونية. ومن جهة أخرى خضوع نظام القانون الليبي لمبدأ دستوري ورد في دساتير ليبيا المتعاقبة ينص على استقلال القضاء مما يمنح القاضي حرية واسعة في تقصي الحقائق أياً كان مصدرها حيث لا سبيل للقول بإعاقه البحث عنها.

**نخلص من كل ما تقدم إلى أنه؛ تتحمل الدولة عبء التعويض عن أخطاء مرفق القضاء في الحالات الواردة لقبول دعوى المخاصمة وهي إجمالاً يُسأل عنها القضاة وأعضاء النيابة العامة متى صدرت منهم دون غيرهم من أعضاء الهيئات القضائية، وهو ما درج عليه المشرع والقضاء المصري فقد جاء عن محكمة النقض المصرية بأنه " لا يجوز مقاضاة القاضي أو عضو النيابة العامة بالتضمينات التي تصدر أثناء عمله في الأحوال المشار إليها ولا سبيل إلى هذه المقاضاة غير دعوى المخاصمة"<sup>21</sup>**

<sup>19</sup> محمود عمر معتوق، المسؤولية الإدارية عن الخطأ المرفقي في القانون الليبي (المرجع السابق ذكره)- ص49.

<sup>20</sup> الآية 17: سورة غافر

<sup>21</sup> بند 56، نقض مدني رقم 407/26 الصادر بتاريخ 29 مارس 1962. مجموعة أحكام محكمة النقض،

السنة الثالثة عشر: العدد الأول- ص360

## نطاق تطبيق مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية في القانون الليبي

وبما أن أساس دعوى المخاصمة هي الأخطاء الشخصية فإن ذلك يفسر مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية. لكون دعوى المخاصمة ... شرعت لمواجهة خروج القاضي أو عضو النيابة العامة عن مقتضيات العمل القضائي وآدابه، وقد يحكم عليه بالتضمينات أو التعويض التي تتحمل الدولة سدادها، وبالتالي مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية تتحقق بتوافر الشروط التالية<sup>22</sup>:

- وجود خطأ شخصي من القاضي أو عضو النيابة العامة في حالة لم يؤول العمل القضائي الحرص والاهتمام فهذا تتوافر في حقه حالta الغش والخطأ المهني الجسيم.
- تحقق الضرر للمتقاضين الناتج عن خطأ القاضي أو عضو النيابة العامة وهو جوهر التعويض عن المسؤولية ( ... كل ذلك قد وجه لأشخاص المخاصمين في ذواتهم دون مقتضى وبمناسبة حكم بعدم الاختصاص لا يُهدر حقاً ولا يثير حفيظة )
- علاقة السببية بين الخطأ والضرر إذ لا يكفي مجرد الخطأ بحيث لا يقبل أن تبني المسؤولية عن الخطأ القضائي على مجرد بيان لأخطاء وقع فيها المخاصم، ما لم تؤد هذه الأخطاء إلى الحد الذي يفسد عمل القضاء ويفوت عمل المشرع من إنشائه.

### المطلب الثاني

#### المبررات الواردة على قاعدة عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة

#### القضائية

المبررات التي يتخذها الفقه لمبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية تتحدد في استبعاد المسؤولية الإدارية عن أعمال السلطة القضائية<sup>23</sup> بالنظر إلى اعتبارات عديدة تتمثل

---

22 راجع حكم المحكمة العليا (الدائرة المدنية) رقم 1174 لسنة 54 ق / مخاصمة الصادر بتاريخ 2009/3/28م (غير منشور).

<sup>23</sup> راجع د. محمود عمر معتوق، المسؤولية الإدارية عن الخطأ المرفقي في القانون الليبي (المرجع السابق ذكره) - ص48.

## نطاق تطبيق مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية في القانون الليبي

في استقلال حرية القاضي، وعدم عرقلة سير العدالة، ويضاف إلى كل ذلك مبدأ حجية الأمر المقضي به، وكذلك صعوبة ودقة العمل القضائي؛ والتي انفصل كلاً منها على النحو التالي:

### 1/ استقلال القضاء

القضاء مستقل بكافة هيئاته<sup>24</sup>، وبالتالي كل محكمة لها القدر الكافي من الاستقلال إزاء غيرها من المحاكم. ليس ذلك فحسب إنما الجهاز القضائي بعيد عن تدخل أية سلطة من سلطات الدولة الأخرى.

ويتبنى القاضي الليبي بصفة عامة هذا الموقف منذ بداية نشأة المحكمة العليا إعمالاً لنصوص دستورية وردت في دساتير ليبيا المتعاقبة؛ فقد جاء في الدستور الملكي الصادر عام 1951 بنص المادة 145 (القضاة مستقلون ولا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون وهم غير قابلين للعزل) وجاء بنص المادة 28 من الإعلان الدستوري الصادر في 1969 بأن (القضاة مستقلون لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون والضمير) أما نص المادة (32) من الاعلان الدستوري الصادر في 2011 يبدو أنها متأثرة بالصياغات السابقة عندما قررت بأن "السلطة القضائية مُستقلة، وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها، وتصدر أحكامها وفقاً للقانون، والقضاة مُستقلون لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون والضمير".

كل ذلك يجعلنا نؤيد القول بأن مبدأ استقلال القضاء هو ضمانة حقيقية لحماية حقوق المتقاضين لوجود القاضي العادل الذي يختصمون أمامه<sup>25</sup>.

وبناءً على هذا الاستقلال الذي تتمتع به السلطة القضائية يترتب عدم جواز تقرير مسؤولية الدولة عن أعمال هذه السلطة؛ مع مراعاة حقيقة مهمة تتمثل في أن مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية مبدأ يسري في شأن أعمال موظفي هذه السلطة باعتبارهم خاضعين لأحكام القانون الإداري بما فيها الأعمال الإدارية التي تصدر عن القضاة وأعضاء النيابة العامة لما لهم من حق الإشراف والرقابة على ما يقوموا به في شأن الموظفين التابعين لإداراتهم؛ في

24 د. فاروق الكيلاني، استقلال القضاء. المركز العربي للمطبوعات، 1999، الطبعة الثانية-ص25.

25 محمد فتحي، الحماية الدستورية للموظف العام. رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1997.

## نطاق تطبيق مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية في القانون الليبي

حين لا مجال للرقابة القضائية عن أعمال القضاة وأعضاء النيابة العامة فيما يختص به من الشؤون الوظيفية أو القضائية حيث لا سلطان عليهم في هذا الخصوص إلا سلطان القانون والضمير؛ وبالتالي لا محل لمسؤولية الدولة عن ما يصدر عنهم من أعمال في هذا الصدد إذ إن " المنازعة في القرارات التي تنظرها النيابة العامة بوصفها الأمانة على الدعوى العمومية تكون بالتظلم أو بالطعن بالأوضاع التي رسمها قانون الإجراءات أما ما تصدره من قرارات إدارية خارج هذا النطاق فيسري عليه ما يسري على القرارات الإدارية من طرق التظلم والطعن ولا سبيل إلى طرح مثل هذه النزاعات على المحاكم المدنية"<sup>26</sup>

وقاعدة استقلال القضاء يرسخها المشرع الليبي في عدة نصوص قانونية كتلك الواردة عليه في نص المادة 237 من قانون العقوبات الليبي بأن تضاعف العقوبة على القاضي أو عضو النيابة العامة في حالة ما كان مهملًا أو معطلاً أو ممتنعاً عن أداء عمل من أعمال وظيفته دون وجه حق، وكذلك ما نص عليه قانون نظام القضاء (المشار إليه) بشأن المسؤولية الجنائية للقاضي وأعضاء النيابة العامة، مما يعني أن استقلال القضاء في القانون الليبي مبدأ تؤكد إجراءات خاصة في حالة الاتهام والتحقيق عند إدانة القاضي أو عضو النيابة العامة، وهي إجراءات تختلف عن من سواهم من الموظفين العموميين<sup>27</sup> كل ذلك حفظاً لسمعتهم وكرامتهم من جهة ولسمو ورفعة ما يقوموا به من عمل من جهة أخرى.

وبمقتضى هذه المبادئ تحرك الدعوى الجنائية في مواجهتهم تطبيقاً لنص المادة 96 من نظام القضاء، حيث يحاكمون أمام جهة قضائية خاصة تحددها لجنة مشكلة من أحد مستشاري المحكمة العليا تختاره الجمعية العمومية وعضوية اثنين من رؤساء محاكم الاستئناف يختارهما المجلس الأعلى للقضاء على ألا يكون أيٌّ منهما عضواً في المجلس، وبهذه الإجراءات يتأكد حياد المحكمة التي تنظر قضاياهم؛ وهو ما يدفعنا إلى القول بأن اتهام ومحاكمة القاضي وعضو النيابة العامة وفق القواعد الواردة بنصوص قانون نظام القضاء أكثر حفظاً لهيئة كلاهما. والدلالة على ذلك تظهر عندما يعلم جمهور المتقاضين أن القضاة وأعضاء النيابة العامة

26 طعن مدني 43/418ق الصادر بتاريخ 2002/2/2. المنظومة الالكترونية، وزارة العدل، 2004 .

27 نص المادة 96 إلى 98 من القانون رقم 6 لسنة 2006 بشأن نظام القضاء .

## نطاق تطبيق مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية في القانون الليبي

يعاملون بحزم عند النظر في أخطائهم فتكبر هيبة كلا منهم مما يؤثر في اطمئنان الناس إلى الأحكام والأوامر الصادرة عنهم.

إضافة إلى ما تقدم هذه الحصانة الجنائية للقضاة وأعضاء النيابة العامة بالقانون الليبي أسوة بما عليه الحال في التشريع المقارن<sup>28</sup> لا تمس إلا الجنايات والجنح أي لا تشمل المخالفات لبساطتها وعدم مساسها بشخص القاضي وينتهي فيها التسرع والكيد

وإعمالاً لكل هذه المبادئ استقرت المحكمة العليا الليبية على أن المشرع عندما نص في " قانون نظام القضاء على وجوب اتباع إجراءات خاصة بالقبض على رجل القضاء أو النيابة العامة وحبسه ومحاكمته في الجنح أو الجنايات التي تقع منه فإن الغرض من ذلك ليس تقرير امتياز لأشخاص القضاة أو أعضاء النيابة العامة وإنما إحاطتهم بضمانات تكفل استقلالهم وتحميهم من تدخل السلطات الأخرى مراعاة لأهمية الدور المنوط بهم وهو تحقيق العدل بين الناس والفصل فيما ينشأ بينهم من خصومات...."<sup>29</sup>

وبالرغم من كل ذلك فإنّ البعض يرى في مبدأ استقلال القضاء بأنه لم يعد حجة منطقية تبرر عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية دفعا بما لفكرة استقلال القضاء من مفهوم تتأى به عن التعارض مع أركان المسؤولية التقصيرية وما يترتب عنها من تعويض للمتضرر؛ باعتبار أن نظام مسؤولية الدولة عن أعمالها وتصرفاتها التي تصدر عن موظفيها عند ممارسة أوجه نشاطها بما فيها مسؤوليتها عن أعمال السلطة القضائية تحقق جوانب ايجابية عديدة في أعمال القاضي مما يبعدهم عن الخطأ الجسيم والغش والجنوح للهوى، وما إلى ذلك من تصرفات غير مشروعة قد تشوب تصرفاتهم، ناهيك عن أن نظام القضاء ينهض بمعايير قوية على ضوءها يتم اختيار القضاة وأعضاء النيابة العامة مما تجعل منهم شخصيات مميزة نتوسم في

28 عبدالعظيم الوزير، المسؤولية الجنائية للقضاة. بحث منشور بالمجلة الجنائية القومية، المجلد 38: العدد 1، 2، 3، مارس/ يونيو 1995 - ص 546. أيضًا: عبدالناصر عثمان حسين، استقلال القضاء. القاهرة: دار النهضة العربية، 2008.

<sup>29</sup> طعن مدني 43/113 الصادر بتاريخ 2000/4/17. المنظومة الالكترونية، وزارة العدل، 2004.



## نطاق تطبيق مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية في القانون الليبي

تصرفاتهم الموضوعية والالتزان بحيث تنأى به عن الخطأ العمدي أو حتى الخطأ المهني الجسيم التي قد يكون سببها عدم الحيادة والاحتكام للهوى.

ومن جهة أخرى هذه الحجة كمبرر لعدم مسؤولية الدولة أعمال السلطة القضائية محل خلاف ومن ثم لا مجال للقول بأن تخوف القاضي أو عضو النيابة العامة من الحكم عليه بالتعويض هو أمر يؤثر على أداء وظيفته، ويثبت هذا الرأي ما قضت به المحكمة العليا الليبية بأنه: "لا يسوغ القول بأن من ينسب للقاضي خطأ مهنيًا جسيمًا إنما يمس كرامته وشعوره ويطعن في حياده، لأننا لو سلمنا بذلك لوجبنا مؤاخذة غالبية المستأنفين أو الطاعنين في الأحكام بسبب ما تحفل به صحائف الاستئناف وصحف الطعون من عبارات تقول إن الحكم المطعون فيه جانبه الصواب وخرج على المبادئ الأساسية في القانون ... والمعروف أن الحكم يصدره القاضي وبالتالي فإن المطاعن الموجهة للحكم هي في حقيقتها موجهة للقاضي الذي أصدره، ولم يقل أحد إن مثل هذه العبارات تقع تحت طائلة العقاب أو التعويض أو أنها تمس حياد القاضي، استعمال المخاصم لحقه في رفع دعوى المخاصمة لا يشكل دائماً إضراراً بالقاضي المخاصم ما لم تثبت إساءة استعماله لهذا الحق المخول له قانوناً"<sup>30</sup>.

ومن جهة أخرى لوجود لأية رابطة تؤكد تبعية القضاء للسلطة التنفيذية أو للسلطة التشريعية حتى نقول هذه الرابطة تمس مبدأ استقلال القضاء؛ فإن كانت السلطة التشريعية تمارس مهامها استقلالاً<sup>31</sup> فإن السلطة القضائية لا تخرج عن هذه القاعدة أيضاً، وبالتالي يتمتع كليهما بالحرية الكاملة في أداء مهامهما مما يترتب القول بأنه لا رقابة للقضاء الإداري على شؤون كلٍّ منهما الوظيفية. كما إن القول بتبعية السلطة القضائية للسلطة التنفيذية في الأعمال القضائية هو أمر يخالف الواقع والقانون من حيث إن أعمال السلطة القضائية تظهر من مظاهر نشاط الدولة وبما أن الدولة تسأل عن أعمال الإدارة فإنها مسؤولة عن مرفق القضاء، وبالتالي

<sup>30</sup> دعوى رقم 54/42 ق مخاصمة، الدائرة المدنية الأولى، جلسة 26 فبراير 2007 (حكم غير منشور)  
<sup>31</sup> مصطفى محمود عفيفي، الرقابة على أعمال الإدارة والمنازعات الإدارية في مصر والدول الأجنبية (الجزء الثاني) - مطبعة جامعة طنطا - ص 247 وما بعدها.

## نطاق تطبيق مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية في القانون الليبي

المسؤولية هنا تقع على عاتق الدولة وليس الحكومة<sup>32</sup> أو ما يعرف بالسلطة التنفيذية هذا من حيث الواقع، أما من حيث القانون فإنه ليس ثمة رابطة تفيد تبعية مرفق القضاء للسلطة التنفيذية من جهة الاختصاص الوظيفي؛ فقد حسمت المحكمة العليا الليبية هذه المسألة منذ بداياتها بقولها: " وإذا لم يكن الدستور قد سمى النيابة العمومية في نصوصه أو خصها بالذكر فلأنها الهيئة المتممة للمحاكم وهي جزء متعارف على الإشارة إليه في كتب الفقه بالقضاء الواقف فلما صدر قانون القضاء مفصلاً لهذا المعنى كان من أبرز ما فيه أنه عندما عرف رجال القضاء شمل جهاز النيابة بهذا التعريف ابتداءً بالنائب العام"<sup>33</sup>.

كما أن المشرع الليبي في القانون رقم 6 لسنة 2006 بموجب التعديل رقم 6 لسنة 2015 نص على أن المجلس الأعلى للقضاء يرأسه رئيس المحكمة العليا، وما جاء أيضاً في نص المادة 39 من قانون نظام القضاء (المشار إليه) والتي تقر بأن تعيين أعضاء النيابة العامة من غير النيابة الابتدائية يكون من اختصاص رئيس المجلس وهو رئيس المحكمة العليا؛ كل ذلك يعني أن السلطة الرئاسية للقضاة وأعضاء النيابة العامة تتولاها سلطة قضائية.

وخلاصة القول إن كل هذه الدلائل تؤكد أن استقلال القضاء حجة لم تعد تؤتي ثمارها في مواجهة مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية ولا يمكن أن تُحمل هذه المسؤولية على فكرة مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، وإن كان يمكن قبول ذلك وفقاً لقواعد خاصة في القانون المدني في شأن المسؤولية التي تتطلب ثبوت الخطأ على الموظف وهو التابع؛ أما في نطاق القانون العام فإن المسؤولية تقوم على أساس آخر هو الخطأ المرفقي، والتي تنتسج إلى أن تصل لفكرة المساواة في تحمل تكاليف الأعباء العامة.

### 2/ ضمان حرية القاضي وعدم عرقلة سير العدالة

القاعدة أن للقاضي الحرية التامة في ممارسة اختصاصاته؛ وهو ما لا يتحقق إذا ما قامت المحاكم بمراقبة أعماله لتقرر المسؤولين عنها. بمعنى قد يتأثر القاضي إذا ما تعرضت

32 جابر جاد نصار، مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية، القاهرة: دار النهضة العربية، 1995-ص68.

33 طعن رقم 2/49ق، جلسة 1955/12/7. مجلة المحكمة العليا ج1، ج-ص186

## نطاق تطبيق مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية في القانون الليبي

أعماله للرقابة وإعادة الفحص لتحديد المسؤولية وتقرير التعويض عنها؛ حيث أن هذا الأمر يجعله يحجم عن القيام بوظيفته على خير وجه عند النظر في المنازعات المعروضة أمامه خوفاً من شبح المسؤولية مما يعيق سير العدالة<sup>34</sup>.

والدلالة على ذلك نتبينها في رفض المحكمة العليا الليبية المساس بهيبة القاضي إذا ما تم التشكيك في جدية اجتهادهم، والطعن في ما يصدرونه من أحكام مساساً بمهنية أيا منهم حتى في حالة مخاصمة أحدهم، وأرست مبدأها في هذا الاتجاه فقالت: (وحيث إن ما تضمنه تقرير المخاصمة على نحو ما تقدم من عبارات كأن المخاصمة ما رفعت إلا من أجل اطلاقها استخفاً بالهيئة المرفوعة عليها وإظهارها بمظهر المهيمن دون حق، والزور دون وازع والمحتكم إلى علمه الشخصي دون ما يطرح عليه من وقائع وأدلة والجاهل بأدنى ما يجب أن يعلمه حتى أطبق عليه جهله فلا يعي ولا يدرك ويستعين بغيره في كتابة وقائع أحكامه، ولم يفلح في أن يكون عادلاً ولا نزيهاً بل كاد للمخاصمين وتعمد تغيير الحقيقة من أجل الإضرار بهم مما لآلة لخصومهم وكأن فيوض اللغة العربية قد ضاقت على اتساعها وغناها عن أن تمد رافعي المخاصمة بما يقتضيه إثبات حالتها المرفوعة بهما الدعوى من عبارات لا تتضمن تجريحاً ولا استخفاً ولا تقييماً ولا تخرج عما درج عليه التعامل والتخاطب في محراب القضاء من لياقة وأدب واحترام).

وعلى هذا الأساس قضت المحكمة بأن كل ذلك (خارج ما يخوله حق الدفاع في الدعوى وقد وجه إليهم قصد الإساءة لهم والتقليل من شأنهم في محيطهم مما انعكس عليهم هما وكدرا وضيقاً وألحق بهم بالغ الأثر في نفوسهم وهم يؤدون رسالة تعف عن مجارة خصومهم فيما يتردون فيه وهو ما يمثل ضرراً أدبياً يتعين على رافعي المخاصمة بالتضمينات....)<sup>35</sup>.

وإن كنا نؤيد سلامة موقف محكمتنا العليا الليبية لما توصلت إليه في هذا الصدد وجب الإشارة إلى أن احتمال تقرير المسؤولية التقصيرية عن أعمال القضاة وأعضاء النيابة العامة، وحتى غيرهم ممن يقومون بوظائف قضائية كمأموري الضبط القضائي قد يؤدي إلى تقاعسهم في

34 د. جابر نصار، مسؤولية الدولة عن أعمالها التعاقدية (المرجع السابق ذكره) - ص 73

35 طعن مدني رقم 54/1174 ق، 2009/3/28. غير منشور

## نطاق تطبيق مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية في القانون الليبي

أداء واجباتهم مما يساعد على انتشار الجريمة والاستهانة بأحكام القانون، ولا شك أن ذلك يلحق ضرراً بالمصلحة العامة والمجتمع عموماً.

كما يرى آخرون<sup>36</sup> بأن ترتيب المسؤولية عن أعمال السلطة القضائية يعوق سير العدالة بالنظر لما يتطلبه العمل القضائي من السرعة وعدم التردد بالبت في المنازعات، بالإضافة إلى ما قد يخلفه بطء الاجراءات القضائية من إهدار وضياع للحقوق؛ بمعنى تقرير المسؤولية عن أخطاء القضاة وأعضاء النيابة العامة يرتب عدم تمكين هؤلاء من أداء وظيفتهم على النحو الأمثل خوفاً من شبح المسؤولية وما يترتب عنها من تعويض، وهو ما يعد عرقلة لسير العدالة.

غير أن كل هذه الأسانيد كمبرر لعرقلة سير العدالة لا يمكن الأخذ بها على نحو مطرد؛ فالمنطق القانوني يعترف بأن أعمال السلطة القضائية ليست بمنأى عن الرقابة، والقول بأن القاضي أو عضو النيابة العامة يتأثر أداء أياً منهما لما يعتريه من إرهاق نتيجة تعرض أعماله للفحص من زميلٍ آخر ليقدر التعويض عنها من عدمه هو قول مردود؛ باعتبار أن تعدد درجات التقاضي تعني رقابة المحكمة الأعلى على ما دونها من محاكم عند الطعن فيما صدر عنها من أحكام. وبالتالي يمكن رفع الطعون بشأن هذه الأحكام أمام محاكم أعلى من تلك التي أصدرتها و يُقَضُّ في شأنها بالنقض تحريماً للعدالة القانونية وليس مساساً بمهنية القاضي وكيفية أدائه لوظيفته، كما أنه لا يمكننا التسليم بالقول إن المراجعة القضائية لأعمال القاضي أو عضو النيابة العامة في حالة الطعن في الحكم المترتب عن هذه الأعمال هو سبب يعرض أيّ منهما لأذى نفسي في حالة ما كان هذا الحكم الصادر محلاً للطعن.

أخيراً إذا تمعنا النظر نجد أن أخطاء القاضي التي قد تقوم بمسؤوليتها الدولة ترجع في حقيقة الأمر إلى أمور عدة منها: كذب الشهود، عدم عدالة الجزاء، تضليل الخصوم، وعدم دقة حفظ الأوراق بملف الدعوى<sup>37</sup>.

36 رمزي الشاعر، مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية (المرجع السابق ذكره) - ص 125.

<sup>37</sup> تقول المحكمة العليا الليبية في أحد أحكامها اعترافاً بخطأها بأنه: (من حيث انه سبق لهذه المحكمة وأن قضت بجلسة 2006/4/4 بعدم قبول طعن المدعين بالحقوق المدنية شكلاً لعدم تسديد الكفالة التي يتطلب القانون تقديمها في مثل هذه الحالة لقبول الطعن ، غير أنه تبين بعد ذلك من مراجعة الأوراق اكثر من مرة ومن

## نطاق تطبيق مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية في القانون الليبي

وبذلك عند التدقيق في كل هذه الاعتبارات التي تستند عليها هذه الحجة كمبرر لعدم مسؤولية الدولة عن العمل القضائي تجعلها محل نظر من جهة أن ما يتقرر من تعويض في شأن مسؤولية القاضي وأعضاء النيابة العامة عن أخطائهم الوظيفية، والمسؤولية عن نشاط العمل القضائي عموماً بما فيه ما يقوم به مأمور الضبط القضائي لا يدفعه أيّاً منهم من أمواله الخاصة بل ما يدفع من تعويضات في هذا الشأن تؤديها الدولة من الخزنة العامة<sup>38</sup>، ومن ثم لا مجال للقول بأن كلّ منهم قد يتردد في القيام بمهام وظيفته خوفاً مما ترتبه المسؤولية عن أعمالهم القضائية.

### 3/ حجية الشيء المقضي به

ترسخت النظم القانونية المعاصرة ومن بينها النظام القانوني الليبي على عدة مبادئ أهمها مبدأ حجية الشيء المقضي به؛ والذي مفاده أن الحكم الصادر عن القضاء وضع الحقيقة موضع ملموس لا يمكن تجاوزها بأي حال من الأحوال حتى أنه لا يمكن الطعن مرة أخرى من ذات الخصوم وذلك حتى تضع حداً للمنازعات<sup>39</sup>. وبالتالي لهذه الحجة دور هام في تبرير مبدأ

الوقوف على دفتر الايصالات التي تعطي أصولها على ماجرت به العادة لذوي الشأن أن الطاعنين ( المدعين بالحقوق المدنية ) كانوا قد سدّدوا فعلاً الكفالات المقررة غير أن الأختام الدالة على تمام التسديد لم تكن مدرجة بملف الطعن الذي يقوم بإعداده قلم التسجيل بهذه المحكمة على نحو ما يجري العمل به في طريقة تسجيل الطعون وعرضها على دوائره ، وإنما كانت مثبتة في ملف آخر لا يتوقع عادة ان تكون فيه. وحيث أنه وان كان الأصل في نظام التقاضي أنه بمجرد صدور الحكم تستنفذ المحكمة ولايتها بنظر الدعوى إزاء هذه النقطة التي فصلت فيها فلا تملك الرجوع في الحكم أو تعديله، إلا أنه وخروجاً على هذا الأصل فإن المحكمة اذا تعلق الأمر بشكل الطعن أن تعدل عن حكمها في هذه الخصوصية دون غيرها اذا ما رأت ان العدالة تقتضي منها ذلك حتى لا يضار الطاعن بسبب لا دخل لإرادته فيه ، أي انه يشترط كي تعدل المحكمة عن حكم أصدرته ان يكون الحكم فيما قضى به قد بني على عدم استيفاء إجراءات الطعن التي اوجب القانون ضرورة استيفائها ، ثم يثبت بعد ذلك ان تلك الإجراءات جميعها كانت قد استوفيت ولكنها لم تعرض كاملة على المحكمة اثناء نظرها للطعن وذلك لأسباب لا يد للطاعن فيها وهذا الاستثناء الخارج عن الأصل يجب قصره في نطاق ما ذكر وألا يتوسع فيه) طعن رقم 51/1296 ق الصادر بتاريخ 2007/5/1. (حكم غير منشور)

38 أنور رسلان، مسؤولية الدولة غير التعاقدية. القاهرة: دار النهضة العربية، 1982، ط2- ص95. كذلك سليمان الطماوي، القضاء الإداري (الكتاب الثاني)- القاهرة: دار الفكر العربي، 2003- ص49  
39 إبراهيم محمد علي، الاتجاهات الحديثة في مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية (المرجع السابق ذكره)- ص6.

## نطاق تطبيق مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية في القانون الليبي

عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية استناداً إلى ما تقرره المحكمة العليا الليبية في شأن حجية الأمر المقضي به كما في قولها بأنه (متى صدر الحكم وصار نهائياً فإنه تقوم قرينة قانونية قاطعة على اعتبار هذا الحكم عنوان الحقيقة ولا يجوز قبول أي دليل لنقض هذه القرينة واهدار حجيته)<sup>40</sup>.

وبناءً عليه فإن تقرير مبدأ مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية سوف يؤدي إلى إهدار هذه الحجية بما يمس استقرار الأوضاع القانونية التي قررها الحكم النهائي؛ بمعنى أن السماح للأفراد بالمطالبة بالتعويض عن الحكم النهائي بحجة أن المحكمة أخطأت هو بمثابة إثارة النزاع من جديد، وهو أمر يتعارض مع مقتضيات مبدأ حجية الشيء المقضي به؛ فعلى سبيل المثال لو منحت الحق لمن حُكم عليه بعقوبة جنائية أن يرفع دعوى تعويض بحجة أن الحكم الصادر ضده كان خاطئاً وأنه برئ مما نسب إليه؛ وكذلك الحال إذا ما أجاز لمن خسر دعوى مدنية أن يطالب الدولة بالتعويض على أساس عدم صحة الحكم؛ فإن كل ذلك يعني إثارة النزاع من جديد.

وبالرغم مما ذكر فإن حجية الشيء المقضي به مبرراً لمبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية لا يمكن قبوله على نحو مطلق لكونه محل نظر من عدة جوانب منها:

أ/ لا يمكن أن يكون مبدأ حجية الشيء المقضي مبرراً لعدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية بكل صورته؛ فالحجية لا تكون إلا للأحكام النهائية الفاصلة في نزاع قانوني، وبذلك لا تحوز أي حجية أعمال القضاء الأخرى كالأعمال التحضيرية أو التمهيدية مثل تعيين الخبراء والحراسة القضائية وكذلك أوامر الحجز والأوامر التي تقتضيها المسائل المستعجلة<sup>41</sup>.

---

40 طعن مدني رقم 14/17 ق الصادر بتاريخ 13/1/1968. مجلة المحكمة العليا السنة الرابعة: العدد الثالث - 14.

41 أنور أحمد رسلان، مسؤولية الدولة غير التعاقدية (المرجع السابق ذكره) - ص 97 وما بعدها. أيضاً ياسين بن بريح، أحكام المسؤولية الإدارية على أساس الخطأ. الأسكندرية: مكتبة الوفاء القانونية، 2014، الطبعة الأولى - ص 594. كذلك د. أحمد ماهر زغلول، أعمال القاضي التي تحوز حجية الأمر المقضي وضوابط حجيتها. القاهرة: دار النهضة العربية، 1995 - ص 69.

## نطاق تطبيق مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية في القانون الليبي

ب/ مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية يمثل إهدارا لفكرة حجية الشئ المقضي به لكونه يعيد ذات النزاع مرة أخرى إلى القضاء هو أمراً لا يمكن التسليم به؛ لأنه لكي يتحقق إعادة النزاع من جديد للقضاء لابد أن تتوافر ثلاثة شروط تتمثل في: وحدة الموضوع، ووحدة الأشخاص، ووحدة السبب؛ وهي شروط لا تتوافر كلها أو بعضها في حالة المطالبة بالتعويض عن أعمال القضاء<sup>42</sup>؛ إذ أن المضرور يخاصم الدولة مطالباً إياها بالتعويض عن خطأ ارتكبه أحد موظفيها بمرفق القضاء، وهو إذ يقوم بذلك فإنه لا يعيد ذات النزاع الذي سبق للقضاء أن فصل فيه إلى المحاكم مرة أخرى.

ج/ أن يطلب المتقاضي المتضرر التعويض عن ما أصابه من ضرر لا يصطدم بأي حال من الأحوال بمبدأ حجية الشئ المقضي به؛ بدلالة أنّ دعوى التعويض التي يرفعها المضرور عن المدة التي قضاها في الحبس الاحتياطي بعد صدور الحكم بالبراءة مما نسب إليه لا يقصد منها المطالبة بالتعويض عن الحكم بالبراءة؛ إنما طلبه بالتعويض يكون عن الإجراءات التي اتخذت في مرحلة التحقيق أو الاتهام السابقة على هذا الحكم وهو أمر ما من حجية له<sup>43</sup>.

أخيراً لا يمكن أن تكون القاعدة القانونية حجية الشئ المقضي به عائقاً في وجه تقرير مسؤولية القاضي أو عضو النيابة العامة عن تصرفاته باعتبار أن النظام القانوني الليبي يُقر بأن الطعن في هذا الشأن يكون أمام درجات قضائية أعلى من تلك التي صدرت عنها.

### 4/ دقة وصعوبة العمل القضائي

المحافظة على حقوق الناس ومصالحهم في الدعوى تتطلب من القاضي وحتى عضو النيابة العامة في إطار وظيفة كلٍّ منهما تحمل الكثير من الأعباء ناهيك عن العناء والمشقة التي

---

42 محمود محمود مصطفى، مسؤولية الدولة عن عمل السلطة القضائية. رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1938 - ص33.

43 مصطفى محمود عفيفي، الرقابة على أعمال الإدارة والمنازعات الإدارية في مصر والدول الأجنبية (المرجع السابق ذكره) - 243. كذلك: وحيد رأفت، رقابة القضاء لأعمال الإدارة (رقابة التضمين). بدون ذكر مكان النشر، 1942. أيضاً: رمزي الشاعر، مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية (المرجع السابق ذكره) - ص232.

## نطاق تطبيق مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية في القانون الليبي

يلاقيا كلاهما في القيام بمهام عمله بالنظر لدقة هذا العمل؛ أخذاً في الاعتبار أن كل طرف في الدعوى يحاول بشتى الطرق المشروعة وغير المشروعة أحياناً لكي يصدر الحكم لصالحه. وهو مما لا شك فيه يعكس صعوبة العمل القضائي، وبالتالي يفسر ما للقاضي وعضو النيابة العامة من حصانة تمنع من تتبع أعمال أي منهما الوظيفية.

وبتتبع ما استندت إليه هذه الحجة نتبين أن هذا الأمر إن كان له ما له فإن عليه ما عليه من جهة وجود بعض الأعمال التي يختص بها كثير من موظفي الدولة في عدة قطاعات مثل قطاع الأمن والشرطة وموظفي مصلحة الضرائب والجمارك فكل وظيفة من هذه الوظائف تتميز بحساسيتها ودقة متطلباتها ويواجه القائمون بها كثير من التعقيدات لما لها من أثر على حقوق الأفراد مما يعني أن المخاطر لا تكتنف العمل القضائي فقط، ومع ذلك الدولة مسؤولة عما يصدر من أخطاء عن هؤلاء الموظفين العاملين بتلك القطاعات.

وحتى الحصانة القضائية التي يتحجج بها أصحاب هذا الرأي لا يقصد بها ألا تسري النصوص القانونية على من يحظى بهذه الحصانة، إنما الحصانة القضائية تعني لكي ينفذ القانون في مواجهة من مُنحت له الحصانة يجب التقيد والالتزام بإجراءات معينة ضمن نظام قانوني يكفل سلامة العمل القضائي.

نضيف إلى ما سبق أن القاضي كموظف عام يترتب عليه حقوق وواجبات يقرها قانون علاقات العمل رقم 12 لسنة 2010 بشكل عام، ويبين الالتزام بها القانون رقم 6 لسنة 2006 بشأن نظام القضاء، وتؤكد مدونة السلوك للهيئات القضائية في نص المادة الأولى التي تُقرر أن الالتزام بمهام الوظيفة القضائية تتحقق ضمانات استقلال القضاء، وبالتالي إذا ما انحرف القاضي أو عضو النيابة العامة عن هذه المهام يتوجب تطبيق القانون في مواجهته كما هو حال غيره من الموظفين إعمالاً لمبدأ المساواة أمام القاعدة القانونية.

جاء عن محكمتنا العليا الليبية بأنه<sup>44</sup> (رغم ما يتمتع به القضاء في الولايات الثلاث من استقلال وما يحيطه من ضمانات . متى كان ذلك وكانت الإجراءات النيابة أشد خطراً وأعنف

---

44 طعن رقم 2/49ق، جلسة 1955/12/7. مجلة المحكمة العليا ج1، ج (سبق الإشارة إليه)-ص186



## نطاق تطبيق مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية في القانون الليبي

أثراً على المصالح العامة والخاصة من أخطاء القضاء خصوصاً عندما تباشر ولايتها بقرارات غير مسببة فإن الحاجة تبدو أشد إلى إخضاعها للتصويب والرقابة الفعالة إذ لا يسوغ عقلاً أن يكون الدستور الذي أقام الرقابة على محاكم الولايات قد قصد إلى إعفاء تصرفات النيابة من ذلك).

كما أن حياد القاضي لا يُقصد به عدم التحيز لأيٍّ من أطراف الدعوى فقط إنما يعني أن دوره ينحصر في الموازنة بين الأدلة التي يقدمها أصحاب الشأن في الدعوى لما له من سلطة في توجيه الخصومة وتحري الأدلة والأسباب ناهيك عما يعتمد منه من طرق الأثبات كالخبرة والمعينة فيما يقدمه أطراف النزاع من مستندات، ويتم كل ذلك في حضور طرفي الخصومة وتتاح لهم فرصة مناقشة الأدلة وتقديم ما يدحضها.

ونحتج أيضاً على القائلين بصعوبة ودقة العمل القضائي كمبرر لعدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية بأسانيد أخرى تتعلق بنظام إجراءات العمل القضائي والتي منها؛ صدور الحكم من هيئة وليس فرد بالإضافة إلى علانية جلسات المحاكمة<sup>45</sup>، وشفوية المرافعة<sup>46</sup>، وكتابة محضر الجلسات، وكذلك محضر الحكم وأسبابه<sup>47</sup> كل ذلك يقلل من نسبة الوقوع في الخطأ إن لم تكن نادرة؛ غير أنه من الصعوبة بمكان تبني فكرة انعدام الخطأ ليقيننا بأنه ما من عمل بشري منزّه عن الخطأ، ولعل ذلك هو السبب الذي دفع محكمتنا العليا الليبية إلى الرجوع عن الحكم الصادر منها لسبب شكلي إذا ما تبين لها لايد للطاعن فيه (الطعن رقم 52/850 بتاريخ 2007/12/4)<sup>48</sup> ففي هذا الطعن أصدرت حكماً يقضى بسقوط الطعن لعدم تقدم الطاعن للتنفيذ ثم تبين لها أن الطاعن كان قد نفذ العقوبة قبل نظر الطعن، وقد كان موجوداً بالسجن إلا أن الأوراق قد خلت مما يفيد التنفيذ، ولأنه قدم ما يفيد ذلك لاحقاً اعادت المحكمة نظر الطعن رغم صدور حكم سابق منها بسقوط الطعن.

<sup>45</sup> المادة 25 من نظام القضاء رقم 6 لسنة 2006

<sup>46</sup> للمزيد راجع أحمد أبو زقية، قانون المرافعات، الجزء الأول، بنغازي: جامعة قاريونس، 2003، ط1- ص38

<sup>47</sup> الكوني علي اعبودة، النظام القضائي الليبي. طرابلس: المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية- ص91.

<sup>48</sup> حكم غير منشور. ولذات المحكمة حكم سابق في هذا الاتجاه سبق الإشارة إليه (راجع هامش الصفحة 11

من هذا البحث)

على أية حال بالرغم من كل هذه المبررات فإن نصوص التنظيم القضائي في ليبيا وضعت استثناءً عن مبدأ مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية، وهو ما سنبحثه في المبحث الثاني.

## **المبحث الثاني**

### **حدود مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية<sup>49</sup>**

دولة القانون تعني أن كل أعمال الوظيفة العامة تخضع لحكم قاعدة قانونية ما دون استثناء بما فيهم أعمال السلطة القضائية. وعلى هذا الأساس يتقرر حدود ونطاق مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية في تحديد الأعمال القضائية التي تخضع لهذا المبدأ أولاً، وكذلك فيما يقرره المشرع الليبي من استثناء عن هذا المبدأ ثانياً.

## **المطلب الأول**

### **أعمال السلطة القضائية التي تخضع لمبدأ عدم المسؤولية<sup>50</sup>**

أعضاء الهيئات القضائية الواردة في نص المادة الأولى من القانون رقم 6 لسنة 2006 بشأن نظام القضاء المعدل بالقانون رقم 4 لسنة 2011 هم المعنيون باختصاصات السلطة القضائية وما يترتب عن تصرفاتهم من مسؤولية تتحمل الدولة تبعاتها؛ غير أن بعض هذه الأعمال أو التصرفات الصادرة عن هذه الهيئات تستثنى وتخضع لمبدأ عدم مسؤولية الدولة عنها.

<sup>49</sup> جاء في المعاني الجامع بأن "نطاق القانون: حدود القانون/ "وحد الشيء: تعريفه الجامع لكل أفراد، المانع لكل ماليس فيه". [www.almaany.com](http://www.almaany.com)

<sup>50</sup> انقسم الفقه بشأن تحديد المقصود بالأعمال القضائية وفق ثلاثة مذاهب: المذهب الشكلي (العضوي)، المذهب المادي (الموضوعي) والمذهب المختلط بين الشكلي والموضوعي. للمزيد راجع: د. ياسين بن ربح، أحكام المسؤولية الإدارية على أساس الخطأ. الإسكندرية: مكتبة الوفاء القانونية، 2014، ط1- ص601

## نطاق تطبيق مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية في القانون الليبي

ومن المعروف عن القضاء الليبي إخلاصه للنصوص؛ فمن خلال دراسة الأحكام الصادرة عن المحاكم الليبية بمختلف درجاتها تبين أن القاضي الليبي توسع في تحديد أعمال السلطة القضائية الصادرة عن القضاة وأعضاء النيابة العامة التي كثيراً ما تجاوزها إلى أعمال أخرى صادرة عنها دون أن توصف بالقضائية وفقاً للمعيار الموضوعي، غير أنه يعترف بأعمال مأموري الضبط القضائي والكتابة من ضمن الأعمال القضائية كما هو الحال في القانون المقارن.

وبالتالي من أعمال السلطة القضائية التي تخضع لمبدأ عدم مسؤولية الدولة عن

الأضرار الناتجة عنها هي:

### أولاً/ أعمال القضاة

من أعمال القضاة التي تسري في شأنها قاعدة عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية الأحكام الصادرة عن المحاكم في النظام القانوني الليبي أياً كان مسماها<sup>51</sup> باختلاف

51 نص قانون نظام القضاء رقم 6 لسنة 2006 في مادته 13 بأن المحاكم في النظام القانوني الليبي هي: المحكمة العليا، ومحاكم الاستئناف، والمحاكم الابتدائية، والمحاكم الجزئية، ثم جاء في هذا القانون بنص المادة 19 منه على جواز إنشاء محاكم تخصصية تكون إما محاكم استئناف أو محاكم ابتدائية أو جزئية تختص بنظر نوع معين من القضايا.

وفي الواقع عرف القضاء الليبي منذ وقتٍ طويل بعض أنواع التخصص القضائي، فقد تخصص في بدايته بين القضاء المدني والقضاء الشرعي؛ حيث أن هذا الأخير أنشئت في شأنه محاكم شرعية ذات اختصاص بالأحوال الشخصية منفصلة تماماً عن القضاء المدني. غير أنه في أوائل السبعينيات من القرن الماضي تم توحيد النظام القضائي الليبي بوجود محاكم تتخصص وفق نظام الدوائر، ولاشك أنه تخصص محدود؛ من جهة أن دوائر المحكمة الواحدة بعضها تخصص بالنظر في الدعاوى المدنية، وأخرى في الأحوال الشخصية وغيرها تنظر في الدعاوى الجنائية وتشكلت دوائر أخرى كل منها يختص بنوع معين من المنازعات كما هو الحال في الدعاوى التجارية أو العمالية أو الطعون العقارية... إلخ فضلاً عن كل ذلك جاء التخصص الولائي للقضاء الإداري ضمن دوائر بمحاكم الاستئناف. بالإضافة إلى ما ذكر ظهرت في القانون الليبي محاكم متخصصة بشكل كامل مثل محاكم الأحداث ومحاكم المرور.

كما توسع المشرع الليبي في إنشاء المحاكم المتخصصة مع نهاية القرن الماضي، فقد أنشئ محاكم جزئية للنظر في الجرائم الزراعية والاقتصادية والمرافق العامة، فضلاً عن استحداث محاكم ابتدائية واستئنافية اختصت بالنظر في بعض الجرائم مثل جرائم المخدرات والزنا والخمور والتعدي علي المال العام... الخ ولعل الهدف من هذه المحاكم يتمثل في الحد من انتشار هذا النوع من الجرائم لما فيه مساس بقيم المجتمع وتعاليم الدين الإسلامي وبذلك ابتغى المشرع الليبي سرعة البث في هذا النوع من القضايا والحكم بالعقوبات الزاجرة لمقتربها.

## نطاق تطبيق مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية في القانون الليبي

درجاتها ودوائرها المختلفة سواء كانت إدارية أم جنائية أم مدنية، وسواء كانت محاكم عادية أو تخصصية، وبالتالي الأحكام القضائية كافة سواء كانت هذه الأحكام نهائية ولها حجية أم كانت غير ذلك تخضع لهذا المبدأ. ويمتد هذا المبدأ أيضاً ليكون في نطاقه الأعمال التي تختص بها دائرة فحص الطعون بالمحكمة العليا وما تقرره في شأن الطعن المقدم للمحكمة العليا من حيث إحالة هذا الطعن للدائرة المختصة بالمحكمة أو عدم إحالته مما يضحى الحكم المطعون فيه بقرار عدم الإحالة باتاً<sup>52</sup>.

وكذلك نص المشرع الليبي على تشكيل لجان إدارية ذات اختصاص قضائي، وهي لجان فنية تشكل من أهل الخبرة وبرئاسة بعض قضاة المحاكم الابتدائية؛ واختصت هذه اللجان بالفصل وجوبا في بعض المنازعات منها؛ المنازعات الضمانية والمنازعات الضريبية، وكذلك الحال في المنازعات الناشئة عن تخصيصات الدولة لبعض الأراضي والمباني العقارية، إلى جانب الطعون عن تسوية بعض التعويضات المتعلقة بتأميم العقارات والمنشآت والأنشطة الاقتصادية. وقد منح المشرع الليبي للمتضرر حق الطعن في القرارات الصادرة عن تلك اللجان أمام دوائر القضاء الإداري بمحاكم الاستئناف، ويطعن في أحكام هذه الدوائر بالنقض أمام المحكمة العليا دائرة القضاء الإداري.

وأخيراً ما يفهم من منح المشرع الليبي الحق للمجلس الأعلى للقضاء بإنشاء محاكم استئناف ومحاكم ابتدائية وجزئية تختص بنظر نوع معين من القضايا، أن هذه المحاكم يقصد من إنشائها مراعاة ظروف الدعاوى التي تنظرها، مما يرتب سرعة البت فيها بالنظر إلى عدة اعتبارات منها؛ قد يكون لتأثيرها على الرأي العام، أو لإزالة الاحتقان والتوتر القبلي بإبعاد المتهم عن مكان ارتكاب الجريمة، مما يحقق الحفاظ على أصول وإجراءات المحاكمة وضماناتها.

كما لا يفوتنا الإشارة إلى أن بعض أنظمتنا العربية ومن بينها ليبيا عرفت محاكم وصفت بالخاصة والاستثنائية تحت مسميات مختلفة مثل محكمة الشعب (ألغيت بموجب القانون رقم 7 لسنة 1373) وما إلى ذلك من هكذا تسميات؛ تختص هذه المحاكم بأنواع محددة من المنازعات والدعاوى وتتبع إجراءات قانونية كثيرا ما تكون بعيدة عن تلك التي تمنح للمتقاضين أمام القاضي الطبيعي حيث أن الغاية المتوخاة من هذا النوع من المحاكم لا شك أنها تمس مبدأ العدالة المنوط بها مرفق القضاء، ولعل ذلك ما دفع الإعلان الدستوري الليبي الصادر في أغسطس 2011 على حظر إنشاء محاكم استثنائية بنص المادة 32 منه.

راجع: أ. فرج أحمد معروف، المحاكم المتخصصة كوسيلة للارتقاء بالعدالة (ورقة مقدمة إلى المؤتمر الرابع لرؤساء المحاكم العليا في الدول العربية "الدوحة" 26/24 . سبتمبر . 2013 م). أيضاً: د. الهادي على بوحمره، نيابة ومحكمة امن الدولة في ليبيا- مجلة إدارة القضايا، العدد الثالث عشر: السنة السابعة.

[http://archive.libya-al-mostakbal.org/Articles0509/dr\\_alhadi\\_buhamra\\_260509.html](http://archive.libya-al-mostakbal.org/Articles0509/dr_alhadi_buhamra_260509.html)

<sup>52</sup> المادة 27 مكرر من القانون رقم 6 لسنة 1982 بشأن إعادة تنظيم المحكمة العليا الصادرة بموجب التعديل

رقم 33 لسنة 2012

## نطاق تطبيق مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية في القانون الليبي

وتتسع هذه القاعدة لتشمل ما يصدر عن القضاة من أعمال ولائية كالأوامر على العرائض، والأعمال التحضيرية وهي ما تعرف بالتمهيدية كتلك القرارات الصادرة في شأن تعيين الخبراء والإعفاء من الرسوم القضائية، وكذلك الأعمال المتعلقة بتنفيذ الأحكام كالقرارات الصادرة بخصوص التصديق على الأحكام والغرامات والمصادرة.

كما ترد هذه القاعدة على الأوامر الصادرة من قاضي التحقيق وغرفة الاتهام لكونها صادرة من سلطات تحقيق وإن كانت أوامر تحقيق محضة<sup>53</sup>.

وبهذا لا يعدّ من أعمال السلطة القضائية القرارات الصادرة في الشؤون الوظيفية للقضاة وجميع الهيئات القضائية الأخرى حيث يختص بها المجلس الأعلى للقضاء بنص المادة السادسة من القانون رقم 6 لسنة 2006 بشأن نظام القضاء المعدلة بالقانون رقم 4 لسنة 2011<sup>54</sup>. كما أنه ليس من أعمال السلطة القضائية القرارات الصادرة عن القضاة في شؤون الموظفين الخاضعين لإدارتهم كما في قرارات الترقية أو التأديب؛ حيث يعقد الاختصاص في شأن هذه القرارات إلغاءً وتعويضاً لدوائر القضاء الإداري بمحاكم الاستئناف والمحكمة العليا. وبالتالي كل هذه القرارات لا يسري في مواجهتها مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية، والدلالة على ذلك تظهر في قضاء المحكمة العليا الليبية عندما قالت بأن "القرارات التي يصدرها القاضي يجب النظر إليها من حيث طبيعتها وموضوعها، فإذا كانت القرارات قد صدرت في شكل أحكام في خصومة قضائية، أو في شكل أوامر بما له من سلطة قضائية كالأمر على عريضة فهي بلا شك تخرج عن اختصاص القضاء الإداري، ولا يقبل الطعن عليها بالإلغاء، ولدوي الشأن سلوك الطريق القانوني للاعتراض عليها، أو الطعن فيها، وتبقى بعد ذلك القرارات

---

53 طعن جنائي رقم 21/90، جلسة 1975/5/25. مجلة المحكمة العليا، السنة 11: العدد 4- ص134.  
54 يختص المجلس دون غيره بالفصل في الطلبات التي يقدمها أعضاء الهيئات القضائية المتعلقة بالمسائل الاتية:

إلغاء القرارات الإدارية النهائية المتعلقة بأي شأن من الشؤون الوظيفية لأعضاء الهيئات القضائية مما يدخل أصلاً في اختصاص القضاء الإداري، وطلبات التعويض المترتبة عليها.  
المنازعات الخاصة بالمرتبات والمعاشات والمكافآت المستحقة لأعضاء الهيئات القضائية أو لورثتهم. وتكون قرارات المجلس في هذه الشؤون نهائية

## نطاق تطبيق مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية في القانون الليبي

والأوامر التي يصدرها القاضي أو رئيس المحكمة ليس بما له من سلطة ولائية، وإنما بما له من سلطة إدارية يستلزمها واقع العمل كقرارات توزيع العمل بين الموظفين، أو قرارات متابعة العمل اليومي من حيث الحصر والغياب، وقرارات الخصم، فهذه القرارات لا يمكن وصفها بأنها قرارات قضائية، وإنما يجب النظر إليها على أنها قرارات إدارية شأنها شأن أي قرار إداري يصدر عن جهة إدارية أخرى، وينظر إليه من حيث مدى اعتباره قراراً إدارياً نهائياً يقبل الطعن عليه من عدمه<sup>55</sup>

أما في شأن طبيعة قرارات النيابة العامة قضت محكمتنا العليا بأن "المنازعة في القرارات التي تصدرها النيابة العامة بوصفها الأمانة على الدعوى العمومية تكون بالتظلم أو الطعن بالطرق والأوضاع التي رسمها قانون الإجراءات الجنائية أما ما تصدره من قرارات إدارية خارج هذا النطاق فيسري عليه ما يسري على القرارات الإدارية من طرق التظلم والطعن ولا سبيل إلى طرح مثل هذه النزاعات على المحاكم المدنية"<sup>56</sup>

### ثانياً/ أعمال النيابة العامة

من المسلم به أن دور النيابة العامة يقف عند التحقيق في الواقعة إذا ما كانت تشكل جرمًا جنائيًا، وما ينتج عنه من اتهام للشخص يترتب إحالة الدعوى إلى المحكمة "ولا يمتد اختصاصها إلى أبعد من ذلك"<sup>57</sup>، ولأن وظيفتها هذه ذات طبيعة قضائية فهي لا تُسأل في إطار المسؤولية المدنية عن تصرفاتها التي تقوم بها في شأن التحقيق والاتهام؛ وما يترتب عليه من نتائج كالقبض والتفتيش ومصادرة أدوات الجريمة، وتوجيه الاتهام، وأوامر الحبس الاحتياطي، وحفظ أوراق الدعوى، والأمر بالألا وجه لإقامة الدعوى أو الإحالة للمحاكمة.

وعلى الرغم من كل ذلك لا يجوز للمتهم إذا ما قُضي ببراءته الرجوع عليها بالتعويض أو حتى مصاريف الدعوى، والسند في هذا يرجع إلى أمرين: الأول قانوني؛ كونها تأتي سلطة

<sup>55</sup> طعن إداري رقم 47/87ق، جلسة 2004/2/8. مجموعة أحكام لمحكمة العليا ص 47 وما بعدها

<sup>56</sup> طعن مدني رقم 43 / 418 ق بتاريخ 2002/2/12 . المنظومة الالكترونية، وزارة العدل، 2004.

<sup>57</sup> طعن إداري 52/56، جلسة 2007/1/31. مجلة المحكمة العليا ، العدد الاول، السنة 44.

## نطاق تطبيق مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية في القانون الليبي

مخولة بها وفق نصوص قانونية في شأن ما قامت به من إجراءات. أما الأمر الثاني: فإن النيابة العامة تُعد مجرد خصم شكلي باعتبارها تقوم على حماية الصالح العام.

وإن كان هذا الاستحقاق للنيابة العامة ليس مطلقاً؛ إذ أجاز المشرع الليبي مساءلة عضو النيابة العامة جنائياً فيما يعتبره القانون جريمة، وكذلك يُسأل مدنياً وفق قواعد خاصة فيما يعرف بدعوى المخاصمة إذا ما وقع منه في تصرفه غش أو تدليس أو غدر أو خطأ مهني جسيم، وحتى لا يقع خطأً منهم دون علمهم اشترطت المادة 38 من قانون نظام القضاء الليبي فيمن يقوم بوظيفة النائب العام أن تتوافر فيه ذات الشروط فيمن يعين مستشاراً بالمحكمة العليا، ومن بينها تلك الواردة بنص الفقرة 7 من المادة الخامسة<sup>58</sup> من القانون رقم 6 لسنة 1982 بشأن إعادة تنظيم المحكمة العليا.

في حين تسري على ما تقوم به من أعمال إدارية بوصفها سلطة تنفيذية رقابة المشروعية التي تباشرها دوائر القضاء الإداري في محاكم الاستئناف والمحكمة العليا إلغاءً وتعويضاً وفقاً للتنظيم القضائي في ليبيا.

وقد كانت محكمتنا العليا دقيقة في تحديد هذه الأعمال ومن قضائها في هذا الشأن: (قرار الإخلاء المطعون فيه الصادر عن رئيس نيابة المرج، وكما يتبين من الأوراق لا يتعلق بالتحقيق أو التصرف في جريمة جنائية ولا يدخل في نطاق الوظيفة القضائية لرئيس النيابة فلا يصح وصفه بالقرار القضائي لمجرد كون مصدره من رجال القضاء فما دام موضوع القرار إدارياً يكون القرار إدارياً بحكم اللزوم ولا تنتفي عنه هذه الصفة لكون مصدره من رجال القضاء)<sup>59</sup>.

وهذا ما يستنتج أيضاً من حكمها بأن "الثابت من الحكم المطعون فيه أن ما صدر عن النيابة العامة بخصوص شكوى المطعون ضده المتعلقة بالمخالصة المدعي تزويرها إنما هو قرار إداري بحفظ الأوراق ولم يقدم الطاعن الدليل أن ما صدر عن النيابة هو قرار قضائي..."<sup>60</sup>

<sup>58</sup> ألا تقل درجته القضائية عن درجة مستشار المحكمة العليا.

<sup>59</sup> طعن رقم 84 / 52، جلسة 2007/2/4. مجلة المحكمة العليا، السنة 44 - ص 139

60 الطعن رقم 1 / 28، جلسة 1983/11/14. مجلة المحكمة العليا، العدد الأول: السنة 21 - ص 63.

## نطاق تطبيق مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية في القانون الليبي

ويقوم الجدل بشأن تبعية النيابة العامة للسلطة التنفيذية<sup>61</sup> بناءً على اعتبارات هامة من حيث إنها تباشر الدعوى العمومية نيابة عن هذه السلطة، كما أن أعضاء النيابة العامة تابعون للنائب العام<sup>62</sup> وهذا بدوره يخضع لأشراف وزير العدل الذي يعد جهاز من أجهزة السلطة التنفيذية<sup>63</sup>. غير أن هذا الجدل لا مكان له وفقاً لما استقر عليه المشرع والقضاء الليبي من زمنٍ طويل بأن النيابة العامة جزء من السلطة القضائية لا التنفيذية وهي مستقلة في مباشرة اختصاصاتها التي نص عليها القانون، وهي بذلك بعيدة عن السلطة التنفيذية، والدلالة على ذلك ما منحه المشرع الليبي لأعضاء النيابة العامة من ضمانات في شأن مسؤوليتهم عن أعمالهم القضائية هي ذات الضمانات التي يتمتع بها القضاة كما في نص المادة 38 من قانون نظام القضاء الليبي (المشار إليه) بأن تكون للنائب العام كافة الضمانات المقررة لمستشاري المحكمة العليا، ونص المادة 720 من قانون المرافعات الليبي، وما استقرت عليه المحكمة العليا الليبية في شأن خصوصية المساءلة الجنائية لهم عندما قالت بأن: (الغرض من ذلك ليس تقرير امتياز لأشخاص القضاة وأعضاء النيابة العامة لأشخاص القضاة أو أعضاء النيابة العامة وإنما إحاطتهم بضمانات تكفل استقلالهم وتحميهم من تدخل السلطات الأخرى مراعاة لأهمية الدور المنوط بهم وهو تحقيق العدل بين الناس والفصل فيما ينشأ بينهم من خصومات)<sup>64</sup>.

61 عبد المنعم عبدالعظيم جيرة، التنظيم القضائي في ليبيا- بنغازي: جامعة قاريونس، 1987، الطبعة الثالثة.  
62 هذا الجدل كان يمكن أن يكون له أهمية وفقاً لما ورد بنصوص سابقة في أحكام القانون الليبي، ومن أمثلتها: نص المادة 5 من القانون رقم 65 لسنة 1429م بشأن تنظيم الجهاز الإداري للجنة الشعبية العامة للعدل والأمن العام (وزارة العدل) بأن " يتولى النائب العام الأشراف على أعمال النيابة العامة وتنفيذ أحكام قانوني العقوبات والإجراءات الجنائية، وغيرهما من القوانين المنظمة لاختصاصات النيابة العامة". أيضاً البند ثالثاً من نص المادة السابعة بأن "يتبع اللجنة الشعبية العامة للعدل والأمن العام (وزارة العدل). 1- الهيئات القضائية وإدارتها وهي: المحاكم والنيابات، مكتب النائب العام، إدارة التفتيش على الهيئات القضائية، إدارة القضايا، إدارة المحاماة العامة، إدارة القانون"

63 يعين النائب العام بقرار من السلطة التشريعية بعد موافقة المجلس الأعلى للقضاء وبالتالي تعيين النائب العام مسألة فنية بحثة يقوم بها المجلس الأعلى للقضاء وإحالة قراره للسلطة التشريعية، وهو ليس بالأمر الغريب في النظام القانوني الليبي باعتبار أن تعيين رئيس المحكمة العليا ومستشاريها بقرار من السلطة التشريعية وفقاً لنص المادة 6 من القانون رقم 6 لسنة 1982 بشأن إعادة تنظيم المحكمة العليا.

64 طعن مدني 43/113 الصادر بتاريخ 2000/4/17 (سبق الإشارة إليه)



## نطاق تطبيق مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية في القانون الليبي

وبذلك النيابة العامة جزء من الهيئة القضائية ولها استقلال تام عند مباشرتها لاختصاصاتها عن السلطة التنفيذية، وحتى كونها جزء من الهيئة القضائية لا يُقصد به خضوعها للقاضي بل هي مستقلة في مواجهته؛ إذ لها تحريك الدعوى العمومية ورفضها ومباشرتها أمام القضاء<sup>65</sup>.

### ثالثاً/ أعمال نيابة النقض

استناداً للقانون رقم 6 لسنة 1982 بشأن تنظيم المحكمة العليا الذي نص في مادته الخامسة عشرة على أن تلحق نيابة النقض بالمحكمة العليا، وبموجب نص المادة السادسة عشرة من ذات القانون، ووفقاً لما نصت عليه المادة الأولى من قرار اللجنة الشعبية العامة (مجلس الوزراء) رقم 708 لسنة 1982 بتنظيم نيابة النقض فإن جميع أعضاء نيابة النقض يعتبرون من رجال القضاء، وتتولى هذه النيابة إبداء الرأي القانوني في الطعون المرفوعة إلى المحكمة العليا، وتقدم مذكرة بالخصوص في كل طعن لرئيس الدائرة، بالإضافة لحضور جلسات المحكمة والجمعية العمومية ويجوز لها أيضاً حضور جلسات المداولة دون أن يكون لها صوت محدود.

وبذلك تعتبر المهام التي تختص بها نيابة النقض من الأعمال القضائية، وبالتالي يسري في مواجهتها مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمالها أسوة بما هو معمول به بالنسبة لأعمال القضاء.

وبتتبع هذه المهام نصل للقول إنه ما من مجال للتفرقة بين أعمالها كما لاحظنا في أعمال النيابة العامة التي سبق مناقشتها باعتبار عدم وجود الأعمال ذات الطابع الإداري بين اختصاصات نيابة النقض.

### خامساً/ أعمال الضبط القضائي

يمارس مأمورو الضبط القضائي وظيفة الضبط القضائي تحت إشراف ورقابة النيابة

---

65 د. أحمد فتحي سرور، المركز القانوني للنيابة العامة - ص 79 وما بعدها. أيضاً: د. مأمون سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي. طرابلس: منشورات الجامعة المفتوحة.

## نطاق تطبيق مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية في القانون الليبي

العامة وفقا لما نصت عليه المادة 41 من القانون رقم 6 بشأن نظام القضاء (المشار إليه)؛ وهذا ما يوصلنا إلى القول إنَّ تبعية مأمور الضبط القضائي للنيابة العامة ليست تبعية إدارية إنما هي تبعية وظيفية بحثة؛ لأن وظيفة الضبط القضائي تختص بجمع الاستدلالات، وبطبيعة الحال الاستدلال ليس مرحلة من مراحل الدعوى الجنائية في حين التحقيق هو ما يرتب نتائج الدعوى من جهة أن القاضي لا يستنتج حكمه من الاستدلالات وإلا كان قرارا معيبا باعتبار أن الأدلة القانونية تستند إلى التحقيقات وليس للاستدلالات؛ وفي ذلك تقول المحكمة العليا الليبية: " بأن ما يجريه مأمور الضبط القضائي ليس من قبيل التحقيقات بل هو جمع للاستدلال في مراحل الأولوية لضبط وقائع الجرائم التي ترتكب وتقديم البيانات الأولية إلى سلطات التحقيق"<sup>66</sup> ، أما التبعية الإدارية تعني أنهم يخضعون لرؤسائهم الإداريين.

وعلى هذا الأساس تمارس النيابة العامة سلطتها على أعضاء الضبط القضائي بالتعليمات والأوامر في إطار جمع الاستدلالات، ويقع على عضو النيابة العامة تقرير مدى كفاية هذه الاستدلالات وبالتالي واجب النيابة العامة في هذا الصدد مراقبة أعضاء الضبط القضائي من جهة مدى التزامهم بالقانون، وكل أعمالهم لصالح النيابة العامة لأنه بمجرد إبلاغهم بجريمة يقع على عاتقهم إبلاغ النيابة العامة فورا، ولهذا عليهم الالتزام بما تكلفهم به النيابة العامة في أعمال الاستدلال والتحقيق. ونستدل على ذلك بقضاء المحكمة العليا الليبية (الدائرة الجنائية) عندما قالت بأن: (بطلان إجراءات التحقيق الذي قام به البوليس لا يصح أن يكون سببا للطعن على الحكم إذ العبرة في الأحكام هي بإجراءات المحاكم والتحقيقات التي تحصل أمام المحكمة)<sup>67</sup>.

وإن الرأي الفقهي يتجه إلى اعتبار أن دعوى المخاصمة تختص بالشؤون الوظيفية في أعمال رجال القضاء وأعضاء النيابة العامة فإن مأموري الضبط القضائي ممن تسري في

66 طعن جنائي 16/27 ق الصادر بتاريخ 1970/6/2، مجلة المحكمة العليا السنة 7: العدد 1 - ص 175.

67 طعن جنائي رقم 13/30 ق، جلسة 1966/6/25. مجلة المحكمة العليا السنة 3: العدد 1 - ص 41.

## نطاق تطبيق مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية في القانون الليبي

مواجهتهم دعوى المخاصمة بلا جدال<sup>68</sup>. إلا أنه ما من دلالة على هذا الرأي في التشريع والقضاء الليبي<sup>69</sup>.

الخلاصة، المشرع الليبي وقضاؤه لم يسند مفهوم الاعمال القضائية لمهام الضبط القضائي أسوة بما يجري عليه الحال في مصر<sup>70</sup>؛ غير أننا نرى بأن أعمال الضبط القضائي التي تصدر عن مأمور الضبط القضائي ذات الاختصاص القضائي في نطاق ما خوله به التشريع تعد من قبيل الأعمال القضائية، وبالتالي تخضع لمبدأ عدم مسؤولية الدولة عن هذه الأعمال. أما ما يصدر عنهم في نطاق وظائفهم من أوامر وقرارات إدارية فهي أعمالاً إدارية تختص بها دوائر القضاء الإداري بمحاكم الاستئناف والمحكمة العليا إلغاءً وتعويضاً.

### سادساً/ أعمال الكتبة والمحضرين

استقر الوضع في بعض النظم المقارنة كالقانون الفرنسي على مخاصمة كتبة المحاكم والمحضرين إذا ما تسبب أي منهم في ضرر نتيجة قيامه بعمل معين بتقويض من القاضي أو في حالة ما نص المشرع صراحة على وجوب مساءلتهم عن طريق اتباع دعوى المخاصمة.

غير أن الأمر نقيض ذلك وفق التشريع الليبي إذ لا يسري على أعمال الكتبة والمحضرين قاعدة عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية باعتبار أن الكتبة واجباتهم الوظيفية ليست ذات مهام قضائية<sup>71</sup>، وإن كانت متعلقة إلى حد كبير بمرفق القضاء وتنهض بتسهيل مهامه؛ والدلالة على سلامة هذا الاستنتاج نستنبطه من نص المادة 671 وكذلك نص

68 للمزيد راجع مؤلف ياسين بريح، أحكام المسؤولية الإدارية (المرجع السابق ذكره) - ص 607.

69 للمزيد راجع د. محمود عمر معتوق، المسؤولية الإدارية عن الخطأ المرفقي في القانون الليبي (المرجع السابق ذكره) - ص 55. كذلك علي محمد عنيبة، المسؤولية عن الحبس الاحتياطي (المرجع السابق ذكره) - ص 171.

70 راجع في ذلك: د. أنور رسلان، مسؤولية الدولة غير التعاقدية (المرجع السابق ذكره) - ص 110. أيضاً د. سليمان الطماوي، القضاء الإداري (الكتاب الثاني) (المرجع السابق ذكره) - ص 64. وكذلك د. رمزي الشاعر، المسؤولية عن أعمال السلطة القضائية (المرجع السابق ذكره) - ص 217.

71 د. حلمي مجيد الحمدي، قواعد المرافعات الليبية. طرابلس: الجامعة المفتوحة، 1993 - ص 182.

## نطاق تطبيق مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية في القانون الليبي

المادة 672 من قانون المرافعات الليبي<sup>72</sup> التي يتقرر بموجبها أن الكتبة مسؤولون شخصياً بالتعويض عن أعمالهم الوظيفية مما يعني لا مسؤولية للدولة عن هذه الأعمال.

أما المحضرين فقد جاء صراحة بنص المادة السابعة من القانون رقم 25 لسنة 1369 و.ر بشأن تعديل بعض أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية بأن " لا يسأل المحضرون أو القائمون بالإعلان إلا عن خطئهم في القيام بأعمالهم.

أخيراً نتساءل عن أعمال أعضاء إدارة القضايا وكذلك إدارة المحاماة العامة فيما إذا كانت تنطوي في نطاق مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية، وفيما إذا كانت تسري في مواجهتهم أيضاً دعوى المخاصمة.

لا يمكن أن ننكر أن أعضاء إدارتي المحاماة العامة والقضايا من ضمن الهيئات القضائية التي تنطبق في شأنهم ذات الشروط في تولي الوظائف بمرافق القضاء حسب ما نصت عليه المادة 43 شأنهم شأن بقية أعضاء الهيئات القضائية بما فيهم القضاة وأعضاء النيابة العامة.

ومع ذلك التشريع والقضاء الليبي لم يجعل أعمال إدارة المحاماة العامة وإدارة القضايا من الأعمال القضائية التي تخضع لمبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية، ولعل تفسير ذلك يظهر في صراحة نص المادة 720 من قانون المرافعات الليبي، والتي يجب أن تظل في حدود الاعتبارات التي توخاها المشرع من هذا النص دونما توسع في تفسيره أو القياس عليه<sup>73</sup> هذا أولاً، أما ثانياً نظراً لتمييز طبيعة الوظيفة القضائية التي يقوم بها كل من القضاة وأعضاء النيابة العامة واختلافها عن طبيعة الأعمال التي يقوم بها غيرهم من أعضاء الهيئات

---

72 مادة 671 "طلب إبطال الإجراءات بعد الصرف- بعد تسليم أوامر الصرف لمستحقيها لا يكون لمن لم يعلن أو لم يختصم حق إبطال إجراءات التقسيم وإنما يكون له الرجوع على كاتب المحكمة المتسبب بالتضمينات إن كان لها وجه". أما نص المادة 672 بشأن "بطلان الإجراءات لإهمال كاتب المحكمة- إذا أبطلت إجراءات التقسيم بسبب إهمال كاتب المحكمة ألزم بمصاريف إعادتها وبالتضمينات إن كان لها وجه"

<sup>73</sup> طعن مدني 43/113 الصادر بتاريخ 2000/4/17م (السابق الإشارة إليه)

## نطاق تطبيق مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية في القانون الليبي

القضائية الأخرى<sup>74</sup> هي ما جعلت المشرع الليبي يحيطهم بضمانات دعوى المخاصمة التي تهدف كما تقول المحكمة العليا الليبية إلى: "حماية القاضي من أي تقول من ذوي الأحن والأهواء يكون دافعه التشكيك في ثقة الناس فيه والتعريض بعمل يفترض أن يكرس لحفظ الحقوق ورد المظالم وصون الحرمات في سياق قوامه العفة والحيدة والنزاهة... وتتنزيهاً لساحة القضاء من أن تكون هدفاً للإساءة وميداناً للمهاترات التي تعصف بكيانها وتقوض أمل المجتمع في أن تستمر هذه الساحة صافية نقية شفافة"<sup>75</sup>. وبالتالي المشرع الليبي عندما نص على أن يسري قانون نظام القضاء فيما لا نص فيه بقانون المحاماة العامة أو قانون إدارة القضايا فإنه قصد من

74 وحيث أن يبين من الرجوع إلى القانون رقم 4 لسنة 1981م بشأن إنشاء المحاماة العامة أنه بعد أن نص في المادة .... ثم تكفلت بقية مواد هذا الباب ببيان القواعد الأخرى التي تسري على أعضاء تلك الإدارة ولا نصا عاما بأن تسري عليهم الأحكام الواردة في قانون نظام القضاء فيما لم يرد بشأنه نص خاص في قانون إنشاء إدارة المحاماة العامة وذلك مراعاة من المشرع أن التسوية بينهم وبين القضاة وأعضاء النيابة العامة في المعاملة الوظيفية لا تقتضي بالضرورة أن تمتد هذه التسوية إلى غير ذلك من الضوابط والقيود الخاصة بالقضاة وأعضاء النيابة العامة ، بالنظر إلى الاختلاف الجوهرى في طبيعة العمل الذي يوديه أعضاء كل هيئة من الهيئات القضائية في الدولة

ولا يغير من ذلك ما أورده قانون إدارة المحاماة العامة في المادة 35 التي تنص على أن تطبق القواعد الواردة بقانون نظام القضاء فيما لم يرد به نص بهذا القانون. ذلك أن هذه المادة وردت في الباب الخاص بالأحكام العامة والانتقالية من القانون ولا مجال لتطبيقها خارج هذا النطاق إذ أن المسائل التي تخص أعضاء إدارة المحاماة العامة تولي القانون تنظيمها في باب مستقل أما بوضع نصوص خاصة بها أو بالإحالة الصريحة على قانون نظام القضاء، بما لا يدع مجالاً لأية إحالة ضمنية بشأنها.

لما كان ذلك وكان الواقع في دعوى المخاصمة محل الطعن أن الطاعن - وهو عضو بإدارة المحاماة العامة - أقامها على سند من أن عضو النيابة المخاصم لم يراع فيما اتخذه من اجراءات ضده صفته كرجل قضاء بالمخالفة لأحكام المادة 1/117 من قانون نظام القضاء، وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى عدم قبول دعوى المخاصمة تأسيساً على أن أعضاء إدارة المحاماة العامة لا يتمتعون بالحصانة الجنائية الخاصة برجال القضاء الجالس والواقف مما قصده المادة 1/117 من قانون نظام القضاء وأن المشرع لو أراد مساواتهم برجال القضاء والنيابة في المسائل والحصانات الجنائية لنص على ذلك صراحة، فإنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ في تطبيقه بما يوجب رفض الطعن. دعوى (الدائرة المدنية) رقم 43/113 ق (مخاصمة عضو النيابة العامة). جلسة 2000/4/17. مجلة المحكمة العليا، السنة 28 - ص 111.

75 طعن رقم 54/1147 ق (السابق الإشارة إليه).

## نطاق تطبيق مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية في القانون الليبي

" تلك التسوية بين الفريقين في المعاملة الوظيفية لا في طبيعة العمل وضوابطه وقيوده التي تختلف اختلافاً جوهرياً"<sup>76</sup>

بالإضافة إلى ما تقدم استقرت محكمتنا العليا في شأن أعضاء إدارة المحاماة العامة على أن " المشرع لو أراد مساواتهم برجال القضاء والنيابة في المسائل والحصانات الجنائية لنص على ذلك صراحة"<sup>77</sup>

وهكذا يتضح من موقف المشرع والقضاء الليبي أن القضاة وأعضاء النيابة العامة ونيابة النقض هم من تخضع أعمال كلاً منهم لمبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية.

### المطلب الثاني

#### دعوى المخاصمة استثناء عن مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة

#### القضائية

الأصل عدم مسؤولية الدولة عن أعمال القاضي وعضو النيابة العامة؛ لأنّ كليهما يستعمل حقه الذي خوله له القانون في أداء وظيفته وترك له سلطة التقدير فيه؛ غير أن المشرع الليبي لم يقف عند هذا الرأي مما يؤكد على أن لكل قاعدة استثناء عندما جعل دعوى المخاصمة السبيل الوحيد لتقرير مسؤولية القضاة وأعضاء النيابة العامة، لذلك علينا أن نتتبع هذه الدعوى بالتفصيل بالنظر إلى التنظيم القضائي في ليبيا الذي ينظمه قانون رقم 6 لسنة 2006 بشأن نظام القضاء، واستناداً بما جاء في قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي، ووفقاً لما ورد في الأحكام الصادرة عن القضاء الليبي في هذا الشأن لكي نتبين مدى مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية، وذلك على النحو التالي:

<sup>76</sup> مذكرة نيابة النقض في الطعن رقم 21 لسنة 40 ق الصادر بتاريخ 17 إبريل 1995 (مشار إليه في بحث د. محمد الكبتي، مسؤولية الدولة عن مخاصمة القضاء. مجلة الساتل، السنة الثانية: العدد الرابع، أبريل 2008-ص151.

<sup>77</sup> طعن مدني 43/113 ق الصادر بتاريخ 17/4/2000م (السابق الإشارة إليه).

### أولاً / مفهوم دعوى المخاصمة ونطاقها

دعوى المخاصمة هي تلك الدعوى التي ترفع من أحد الخصوم على أعمال القاضي أو عضو النيابة العامة وفقاً لما بينه القانون من أسباب، وقد نظم المشرع الليبي أحكام هذه الدعوى في قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي في نصوص المواد من 720 إلى 730، والأعمال التي تصدر عن القضاة وأعضاء النيابة العامة والتي يسأل عنها كل منهم في دعوى المخاصمة هي أعمال مهنية أي قضائية تتحدد في أحكام المحاكم أو أي إجراءات قضائية أو أوامر ولائحة ترد على الخصوم في المنازعة المطروحة أو على سواهم طالما هي من مهام وظيفة القاضي أو عضو النيابة العامة هذا من جهة، ومن جهة أخرى يسأل كل منهما عن الأخطاء الصادرة منهم وفقاً لما ورد من أسباب على سبيل الحصر في النصوص المشار إليها. أما ما عدا ذلك فإنه من المنطقي أن يسأل القضاة وأعضاء النيابة العامة عن تصرفاتهم في نطاق المسؤولية المدنية.

بناءً على ما تقدم تطبق قواعد دعوى المخاصمة على جميع قضاة المحاكم جزئي وابتدائي واستئناف وعليا منفردين أو دوائر قضائية، وكذلك أعضاء النيابة العامة؛ بمعنى تسري دعوى المخاصمة في مواجهة القضاة وأعضاء النيابة العامة مهما كانت درجته والدائرة التي نظرت الدعوى بأكملها ولو كانت بالمحكمة العليا، ولا يستثنى من ذلك إلا دائرة الهيئة مجتمعة بالمحكمة العليا؛ فالقول بمخاصمة هذه الدائرة هو أمر استحالة تنفيذه باعتبار عدم وجود دائرة محكمة تنظرها<sup>78</sup>.

### ثانياً/ الطبيعة القانونية لدعوى المخاصمة

يثار الجدل حول الطبيعة القانونية لدعوى المخاصمة من جهة ما يقره البعض بأنها دعوى تعويض عادية أي دعوى مسؤولية مدنية ولو كانت تتطلب قواعد خاصة؛ حيث أساس المسؤولية في دعوى المخاصمة ينهض بالخطأ الشخصي<sup>79</sup> وهو ما رتب عليه المشرع حق المضرور في التعويض من تصرف خطأ صدر عن القاضي أو

78 فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني - القاهرة: دار النهضة العربية، 1981، ط3.

79 د. محمد رضا النمر، مسؤولية الدولة عن التعويض عن أخطاء القضاء (المرجع السابق ذكره) - ص87.

عضو النيابة العامة المخاصم، وحتى القول بأن القضاء بصحة المخاصمة يعني بطلان التصرف أو الحكم الصادر من القاضي أو عضو النيابة المخاصم فإن ذلك يدخل كعنصر في تقدير التعويض المتمثل في التضمينات.

وأيضاً ما يراه البعض بأنها من طرق الطعن غير العادية كالتماس إعادة النظر<sup>80</sup> في الوقت الذي ذهب فيه آخرون<sup>81</sup> إلى القول بأنها ليست دعوى عادية مع أنها أيضاً ليست من طرق الطعن غير العادية؛ بل هي دعوى ذات طابع خاص وحجتهم في ذلك ترجع إلى ما أحاط به المشرع هذه الدعوى من إجراءات خاصة تخالف إجراءات الدعاوى الأخرى عند الفصل فيها. باعتبار أنها ليست طعناً على حكم إنما هي طعن موجه لخطأ وقع فيه القاضي أو عضو النيابة العامة، بالإضافة إلى أنها ليست دعوى توجه ضد القاضي في حالة ما صدر عنه من حكم فقط إنما أيضاً توجه له في حالة امتناعه عن الفصل في منازعة ما.

ناهيك أن أثر هذه الدعوى هو صدور حكم بالتعويض على القاضي المدان أو عضو النيابة العامة وما يستتبع هذا الحكم من إلغاء للحكم الذي صدر عن هذا القاضي المخاصم، وبالتالي هذا كله ما لا يتوافر في طرق الطعن غير العادية.

وهذا الرأي هو ما تتبناه محكمتنا العليا الليبية فتقول: "ولما كان دعوى المخاصمة هو مساءلة القاضي عن خطئه في حالات معينة وبشروط خاصة وفقاً لما نصت عليه المواد 720 إلى 730 من قانون المرافعات ولهدف الحصول على حكم بالإلزام المخاصم بالتعويضات وإلغاء الحكم أو التصرف... ولا يغير من ذلك كون دعوى المخاصمة ليست دعوى تعويض عادية وأنها

---

80 وردت دعوى المخاصمة في مجموعة المرافعات الفرنسية ضمن تنظيم طرق الطعن غير العادي في المواد 505 و516، وهو ما جعل الفقه الفرنسي يكيف هذه الدعوى على أنها أحد طرق الطعن غير العادية- للمزيد راجع د. محمد رضا النمر، مسؤولية الدولة عن التعويض عن أخطاء القضاء (المرجع السابق ذكره)-86.

81 عطية مهنا، ضمانات المسؤولية المدنية للقضاة. المجلة الجنائية القومية، المجلد 38: العدد 1، 2، 3، 1 (مارس/يونيو 1995)- ص 495. كذلك أنظر مؤلف محمد ماهر أبو العينين، إجراءات الدعوى أمام محاكم مجلس الدولة (الجزء الأول). القاهرة: دار أبوالمجد، 2005- ص 925.



دعوى ذات طابع خاص أحاطها المشرع بقيود شديدة وتعرض على القضاء بإجراءات تخالف الأوضاع العادية في نظر الدعاوى والفصل فيها<sup>82</sup>

### ثالثاً/ حالات رفع دعوى المخاصمة

حتى لا يكون القضاء وأعضاء النيابة العامة عرضة لأي اتهام دون ضوابط فقد سعى المشرع الليبي إلى التضييق من الأخطاء التي يسأل عنها هؤلاء إذ نص على الأسباب التي تتيح للخصوم رفع دعوى المخاصمة على سبيل الحصر، وبالتالي لا يجوز التوسع فيها أو القياس عليها مهما كانت الأسباب حيث ما من سبيل لمقاضاة القاضي وعضو النيابة العامة والحكم عليهما بالتضمنات خارج هذه الحالات؛ المتمثلة في:<sup>83</sup>

1/ إذا وقع من القاضي أو عضو النيابة العامة في عمله غش أو تدليس أو غدر أو خطأ مهني جسيم:

الغش و التدليس و الغدر مفاهيم تنطوي تحت فكرة سوء النية من حيث إن تصرف القاضي أو عضو النيابة العامة أدى إلى صرف الدعوى عن مسارها الصحيح، مما ترتب عن هذه الدعوى نتيجة مغايرة عن النتيجة التي كان من الممكن الوصول إليها لو لم يقع فيها هذا الغش أو التدليس أو الغدر<sup>84</sup>. ومما يعد من القاضي أو عضو النيابة العامة غشاً تغيير مسودة الحكم أو إخفاء مستندات من ملف الدعوى أو الزعم بعدم تقديمها أو الادعاء بضياح أياً من هذه المستندات أو إجبار المتهم بالتوقيع على أمور لم يصرح بها، ويكون الغش أيضاً في حالة تحريف قول الشاهد عمداً، أما الحالات التي تأتي في إطار التدليس؛ الإيحاء لخبير الدعوى أن يضمن فكرة معينة في تقريره متأثراً برشوة أو مدفوعاً بمصلحة بعيداً عن مصلحة العدالة في أداء وظيفته كان من المتوقع عليه ألا يرتكبها، بينما يتحقق الغدر في حالة استغلال كل من القاضي أو عضو النيابة العامة مركزه الوظيفي كأن يأخذ أو يطلب غرامات أو رسوم غير

<sup>82</sup> طعن رقم 43/117 الصادر بتاريخ 2004/6/21. منشور بالمنظمة الالكترونية

<sup>83</sup> للمزيد راجع د. محمد الكبتي، مسؤولية الدولة عن مخاصمة القضاء. مجلة الساتل، السنة الثانية: العدد الرابع، أبريل 2008.

84 حلمي مجيد الحمدي، قواعد المرافعات الليبية (المرجع السابق ذكره) - ص 332

## نطاق تطبيق مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية في القانون الليبي

مستحقة أو قد تزيد عن المستحق رغما عن من يتوجب عليه دفعها كتلك الواردة في الفصل الثاني من قانون المرافعات الليبي.

الخطأ المهني الجسيم لم يظهر له تعريف في نص المادة 720 من قانون المرافعات الليبي، غير أنه عرف في أحكام المحكمة العليا الليبية بأنه "الخطأ الذي يرتكبه القاضي نتيجة وقوعه في غلط فاحش ما كان ليقع فيه لو أولى الواقعة المطروحة عليه قدرا كافيا من الاهتمام أو لإهماله في عمله إهمالاً بيناً ما كان ينبغي أن يقع فيه..."<sup>85</sup>، وبذلك الخطأ المهني الجسيم الذي يرتكبه القاضي أو عضو النيابة العامة هو نتيجة إهمال أيٍّ منهما في أداء واجباته إهمالاً مفرطاً مما يعني وقوعه في غلط فاحش ولو بغير سوء نية<sup>86</sup>، ومن أمثله الجهل الفاضح بمبادئ القانون أو الجهل الذي لا يغتفر بالوقائع الثابتة في أوراق الدعوى أو قيام القاضي بتطبيق قانون تم إلغاؤه في حكم غير قابل للطعن فيه. غير أنه لا يدخل في نطاق هذا العيب الخطأ في التقدير أو تفسير القانون ولا الخطأ في استنباط الوقائع أو قصور الأسباب طالما أن القاضي حسن النية في سلوكه هذا، كما أنه لا يعد خطأً مهنيًا جسيمًا فهم القاضي للنص القانوني على وجه معين ولو خالف إجماع الفقه أو تحقق الشك في سلامة استدلالاته؛ إذ إن اجتهاد القاضي لا يمكن أن يكون خطأً مهنيًا جسيمًا، ويتأكد ذلك بما جاء عن المحكمة العليا الليبية بأنه: "حتى لو انطوى هذا الاجتهاد على خطأ في التقدير أو تبنى رأي تناهضه غالبية الفقه وأحكام المحاكم طالما كان ذلك حسن النية في استنباط الحلول القانونية للمسألة المطروحة بما لا يسوغ معه اتخاذ ذلك سبب لمخاصمة القاضي"<sup>87</sup>.

---

85 طعن مدني رقم 21 لسنة 40 الصادر بتاريخ 17/4/1995. مجلة المحكمة العليا، السنة 30: العدد 3/2- ص 202. الدعوى رقم 54/42 ق مخاصمة (إحدى الدوائر المدنية بالمحكمة العليا) ، جلسة 26/2/2007 (غير منشور)

86 مصطفى كيرة، حقوق القاضي وواجباته (المرجع السابق ذكره) - ص 125.

87 تطبيقاً لذلك قضت بأن "لما كان ذلك وكان قضاء الهيئة المخاصمة بعدم قبول الطعن لعدم اختصاص جميع من كانوا خصوما في مرحلتي التقاضي بداية واستئنافا استنادا إلى نص المادة 305 من قانون المرافعات لا يعود كونه أخذاً باجتهاد قضائي في تفسير هذه المادة أقرته وأخذت به بعض الدوائر المدنية في المحكمة العليا على مدى عشرات السنين الماضية في أحكامها في طعون عديدة متشابهة .... بينما اصدرت أحكام في طعون أخرى على خلاف ذلك حيث قررت أنه لا يوجد في القانون ما يوجب اختصاص جميع المحكوم عليهم ... بناء على ما

وهكذا نستنتج من نص الفقرة الأولى من المادة 720 أن الخطأ المهني البسيط لا يسأل عنه القاضي أو عضو النيابة العامة، ولعل ذلك تسليم من المشرع الليبي بأن الخطأ المهني البسيط لا يسلم منه أي عمل بشري لكونه سنة الله في خلقه، وبالتالي لا يستوجب في شأنه المسؤولية لكونه يقترن بسلامة النوايا.

## **(2) حالة إنكار العدالة**

من أوجه إنكار العدالة في القانون الليبي رفض القاضي الإجابة على طلب أو عريضة قدمت إليه بامتناعه عن اتخاذ أي أمر ولائي في شأن أي منهما بالقبول أو الرفض، والعريضة هي أوامر يصدرها قاضي الأمور الوقتية بمقتضى سلطته الولائية<sup>88</sup>، وبذلك لا يمكن للقاضي أن يتحجج بعدم وجود نص قانوني يفصل به في المنازعة المطروحة أمامه إنما عليه الفصل فيها باجتهاده ويجد الحل القانوني في شأنها مستند إلى أحد مصادر القانون الواردة في نص المادة الأولى من القانون المدني الليبي.

أما امتناع القاضي عن الفصل في قضية صالحة للحكم فيها ومنظورة أمامه هي حالة تتحقق برفض القاضي الفصل في دعوى مطروحة أمامه أو تأخر دون سبب مقبول في إصدار حكمه بشأن هذه الدعوى رغم أنها صالحة للفصل فيها؛ والسند في ذلك نجده في نص المادة 66 من قانون نظام القضاء الليبي من القانون رقم 6 لسنة 2006 بأنه " لا يجوز للقاضي في غير الأحوال المنصوص عليها قانوناً أن يمتنع عن الفصل في المنازعات التي تعرض عليه...."

نضيف إلى ما تقدم إن إجراءات إثبات حالة إنكار العدالة كأحد الأسباب التي ترفع في نطاقها دعوى المخاصمة لم يتركها المشرع الليبي للقواعد العامة للإثبات إنما نص عليها بشكل

---

تقدم فإن الحكم الصادر عن الدائرة المخاصمة بعدم قبول الطعن المقدم من المخاصم لعدم اختصاصه جميع من كانوا خصوماً في الدعوى لا يعدو كونه اجتهاداً في تفسير وتأويل نص المادة 503 من قانون المرافعات وأخذاً بمبدأ قررته أحكام سابقة وهو ما ينتهي معه وقوع الإهمال أو توافر الخطأ المهني الجسيم بما يتعين معه رفض السبب" الدعوى رقم 54/42 ق مخاصمة (إحدى الدوائر المدنية بالمحكمة العليا) ، جلسة 2007/2/26 (السابق الإشارة إليه).

## نطاق تطبيق مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية في القانون الليبي

صريح في نص الفقرة الثانية من المادة 720 (المشار إليها)، والتي ورد فيها بأنه يتوجب على المتضرر أن يودع قلم كتاب المحكمة عريضة يوجهها إلى القاضي تتضمن طلب الإجابة أو الفصل في الدعوى بحيث لا تتحقق دعوى المخاصمة في هذه الحالة إلا بعد فوات عشرين يومًا بعد الإيداع دون نتيجة، وهذه النتيجة لا تكون إلا بإجابة القاضي عن هذه العريضة.

وبهذا حالة إنكار العدالة لا ترتب المسؤولية المدنية فقط إنما ترتب أيضًا المسؤولية الجنائية، لما في ذلك من مساس بالمصلحة العامة فهي ظرف مشدد للعقوبة في حالة ما إذا كان الممتنع عن العمل قاضي أو عضو نيابة إذ تضاعف عقوبته إلى ضعف العقوبة المقررة لما سواهم من الموظفين العامين وفقا لما جاء بنص المادة 237 من قانون العقوبات الليبي، والتي جاء فيها بأنه " يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة أو بغرامة لا تجاوز مائتي جنيه ليبي كل موظف عمومي يمتنع بدون وجه حق عن أداء عمل من أعمال وظيفته أو يهمله أو يعطله وإذا كان الموظف العمومي قاضيًا أو عضوًا بالنيابة العامة اعتبر ممتنعًا أو مهملاً أو معطلًا إذا توافرت الشروط القانونية اللازمة لمخاصمته وتضاعف العقوبة في شأنه".

3/ الأحوال الأخرى التي ينص فيها القانون صراحة على مسؤولية القاضي المدنية والتزامه بالتعويض والأحوال التي نص عليها القانون الليبي على مسؤولية القاضي المدنية والتزامه بالتعويض (الفقرة الثالثة/ المادة 720):

يبتغي المشرع الليبي بهذا النص جمع كل الحالات التي ينص عليها القانون بمسؤولية القاضي وعضو النيابة العامة في أي موضعٍ منه، غير أن التشريع الليبي يخلو من أي قاعدة قانونية تضع هذا النص موضع التطبيق، وبالتالي نتفق مع القائلين<sup>89</sup> أن هذا النص من الناحية العملية لا قيمة له، وأن أسباب المخاصمة في التشريع الليبي تتمثل فيما ورد بنص الفقرة الأولى والثانية من المادة 720 من قانون المرافعات المشار إليه.

<sup>89</sup> د. محمد الكبتي، مسؤولية الدولة عن مخاصمة القضاء (المرجع السابق ذكره).

رابعاً/ إجراءات دعوى المخاصمة والحكم فيها:<sup>90</sup> تأخذ إجراءات هذه الدعوى مجراها على مرحلتين: الأولى منها النظر في جواز قبول دعوى المخاصمة، أما الثانية الفصل في دعوى المخاصمة ولكل مرحلة منهما قواعد وضوابط تختلف عن الأخرى، وكلّ منهما على التفصيل التالي:

### المرحلة الأولى: النظر في جواز قبول دعوى المخاصمة

يحدد قانون المرافعات المحكمة المختصة بالنظر في جواز قبول دعوى المخاصمة فتكون أمام إحدى دوائر الاستئناف أو دائرة من دوائر المحكمة العليا - حسب الأحوال - بمعنى إذا كان المخاصم من دون مستشاري المحكمة العليا فإن تقرير دعوى المخاصمة يودعه الطالب أو وكيله قلم كتاب محكمة الاستئناف التي يتبعها القاضي أو عضو النيابة العامة؛ في حين يودع التقرير قلم كتاب المحكمة العليا إذا ما كان المخاصم أحد مستشاري المحكمة العليا أو دائرة من دوائرها، ويُفهم من نص المادة 721 وكذلك نص المادة 725 أنه إذا رفعت هذه الدعوى أمام محكمة أخرى فأنها غير مقبولة، ويتأيد ذلك بما جاء عن المحكمة العليا الليبية بأن

---

90 قانون المرافعات نظم دعوى المخاصمة والحكم فيها على مرحلتين متعاقبتين من دائرتين مختلفتين حيث يتم في المرحلة الأولى طبقاً لنص م 722 منه عرض الدعوى على أحد دوائر الاستئناف لنظرها في غرفة المشورة ويقتصر دور المحكمة في هذه المرحلة على مجرد النظر في مدى تعلق أوجه المخاصمة بالدعوى وجواز قبولها وذلك عملاً بالمادة 723 مرافعات فإذا قضي بجواز قبول المخاصمة انتقلت الدعوى إلى مرحلتها الثانية لنظر موضوعها أمام دائرة من دوائر محكمة الاستئناف وفي جلسة علنية حيث تقوم المحكمة بالتحقق من صحة أوجه المخاصمة ثم تفصل فيها وفقاً لنص المادة 724 مرافعات ولا يجوز للمحكمة في مرحلتها الأولى أن تحكم في موضوع القضية وإنما تقتصر مهمتها على بحث مدى تعلق أوجه المخاصمة بالدعوى واحتمال قبولها ذلك أن دعوى المخاصمة لا يكون إلا في الأحوال التي نص عليها المشرع في المادة 720 مرافعات على سبيل الحصر بحيث لا يجوز بأي حال من الأحوال رفع دعوى المخاصمة في غيرها فإذا تصدت المحكمة في مرحلتها الأولى ونظرت موضوع المخاصمة بأن بحثت صحة أوجه المخاصمة تكون قد تجاوزت مهمتها ويكون ما تقضي به في هذا الشأن خارجاً عن اختصاصها وغير ملزم للمحكمة التي تتعقد لنظر الدعوى في مرحلتها الثانية كما أن الفصل في التضمينات لا يكون إلا بعد ثبوت صحة المخاصمة وهو لا يثبت إلا بعد نظر موضوع الدعوى في المرحلة الثانية". طعن مدني رقم 40/86ق الصادر بتاريخ 1997/3/29. المنظومة الالكترونية ، وزارة العدل، 2004.

## نطاق تطبيق مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية في القانون الليبي

" لهذه الدعوى طابعا خاصا وإجراءات خاصة كما تعرض على المحكمة على وضع يخالف الأوضاع العادية للفصل في القضايا حتى من حيث تكوين المحكمة ومرتبها"<sup>91</sup>.

وبهذا تتشكل محكمة جواز قبول دعوى المخاصمة بأمر من رئيس محكمة الاستئناف بأن تعرض أمام إحدى دوائر الاستئناف وبأمر من رئيس المحكمة العليا تعرض أمام دائرة من دوائر المحكمة العليا - حسب الاحوال كما أسلفنا).

وتعقد أول جلسة للنظر في قبول دعوى المخاصمة بعد ثمانية أيام من تبليغ المخاصم بصورة من تقرير الدعوى من قبل قلم الكتاب بالمحكمة، والجدير بالملاحظة في هذا الصدد أن المشرع الليبي لم يحدد في نص المادة 722 طريقة التبليغ أو ميعاده، ولكن ما من شك أن الأمر في ذلك يرجع إلى ما نصت عليه القواعد العامة في إعلان الأوراق القضائية؛ أو أية وسيلة كانت ومن أمثلتها الوسائل الواردة في نص المادة 87 من قانون نظام القضاء رقم 6 لسنة 2006 بإعلان المخاصم شخصياً أو عن طريق رئيس الهيئة القضائية، ومما يجعلنا نستنتج أن التبليغ لا بد له أن يكون في أسرع وقت ما جاء بنص المادة 723 من قانون المرافعات الليبي بأن على المحكمة المختصة بنظر دعوى جواز قبول المخاصمة أن تحكم على وجه السرعة فيما يتعلق بأوجه المخاصمة، ولعل الغاية التي يتوخاها المشرع من ذلك الحفاظ على هيبة أعضاء السلطة القضائية وأبعادهم عن مضنة الشبهات.

ومما يتعين الإشارة إليه في هذا الصدد أن التقرير الموقع من طالب المخاصمة أو وكيله لا بد أن يتضمن بيان أوجه المخاصمة وأدلتها مرفقة بالمستندات المؤيدة لها حتى يتضح للمحكمة المختصة بنظر جواز دعوى المخاصمة جدية هذه الدعوى.

وتبين المحكمة العليا الليبية الفصل في دعوى المخاصمة وهي في مرحلتها الأولى - مرحلة الفصل في تعلق أوجه المخاصمة بالدعوى وجواز قبولها - بأنه " لا يكون إلا على أساس ما يرد في تقرير المخاصمة والأوراق المودعة معه، وعلى أنه لا يجوز في هذه المرحلة تقديم أو قبول أوراق أو مستندات غير التي أودعت مع التقرير ولا يجوز لرافع الدعوى أن يستكمل النقص

---

91 طعن مدني رقم 39/1 ق، جلسة 1994/1/24. مجلة المحكمة العليا، السنة 30: العدد الأول - ص 135.

## نطاق تطبيق مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية في القانون الليبي

في مخاصمته ومستنداته مما قد تسفر عنه إجراءات السير في الدعوى ولا أن يتخذ من أقوال القاضي أو عضو النيابة المخاصم التي يدلي بها أمام المحكمة وفقا للمادة المشار إليها وسيلة لأثبات دعواه تعفيه من الالتزام المفروض عليه قانوناً بإيداع الأوراق المؤيدة لدعواه عند إيداع تقرير المخاصمة لأن ذلك يخل بما أوجبه المشرع من ضرورة أن تكون الدعوى جاهزة بأدلتها وبالأوراق المؤيدة لها عند تقديمها لقلم كتاب محكمة الاستئناف التابع لها القاضي أو عضو النيابة العامة نظراً لأنّ لهذه الدعوى طابعاً خاصاً وإجراءات خاصة كما تعرض على المحكمة على وضع يخالف الأوضاع العادية للفصل في القضايا حتى من حيث تكوين المحكمة ومرتبها<sup>92</sup>

كما تتشدد هذه المحكمة في شأن التمحيص والتدقيق في الأدلة التي قال بها تقرير المخاصمة وما يدعمه من مستندات تؤكد الضرر الذي أصاب المختصم، وترسي قاعدة هامة في هذا الصدد بقولها أنه: "لا يقبل أن تبني (دعوى المخاصمة) على مجرد بيان لأخطاء وقع فيها المخاصم ما لم تؤد هذه الأخطاء إلى الحد الذي يفسد عمل القضاء ويفوت غرض المشرع من إنشائه"<sup>93</sup>

وطبقاً لنص المادة 723 وكذلك نص المادة 725 (مرافعات) تنظر المحكمة جواز قبول المخاصمة في غرفة المشورة بمحكمة الاستئناف إذا كان المخاصم يتبعها أو غرفة مشورة المحكمة العليا إذا كان المخاصم يتبع المحكمة العليا - حسب الاحوال-، وبعد سماع دوافع طالب المخاصمة أو وكيله وكذلك لأقوال القاضي أو عضو النيابة المخاصم، بالإضافة إلى سماع أقوال النيابة العامة إذا تدخلت في الدعوى تقضي المحكمة بجواز قبول المخاصمة من عدمه، وبذلك سلطة المحكمة في هذه المرحلة لا تتعدى التأكد من مدى توافر الشروط التي يتطلبها القانون لقبول رفع هذه الدعوى، وكذلك عليها التحقق من الأسباب التي يدعيها طالب المخاصمة بالنظر إلى المستندات المقدمة منه؛ حيث وإن كانت هذه المحكمة مختصة بالتأكد

---

92 طعن مدني رقم 39/1، جلسة 1994/1/24. مجلة المحكمة العليا، السنة 30: العدد الأول-ص135.

93 طعن رقم 54/1147ق (مخاصمة الدائرة الإدارية بالمحكمة العليا). جلسة 2009/3/28م.

## نطاق تطبيق مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية في القانون الليبي

من سلامة إجراءات رفع الدعوى والفصل في أوجه دعوى المخاصمة إلا أن ذلك لا يمنعها من تمحيص الأدلة والأسباب التي يدفع بها الخصوم لتبين مدى حجيتها وفيما إذا كانت منتجة أم لا في طلب المخاصمة حتى تتمكن من الحكم بجواز قبول المخاصمة من عدمه مع مراعاة ألا تتصدى لموضوعها في هذه المرحلة إذ إنَّ هذا الأمر متروك لمحكمة أخرى حسب ما قرره المشرع الليبي بنص المادة 724 و 725 مرافعات .

وعلى هذا الأساس ليس للمحكمة إلا أن تقضي بأحد أمرين: إما قبول دعوى المخاصمة أو رفضها. ويترتب على قبول دعوى المخاصمة بأن القاضي المخاصم بنص القانون<sup>94</sup> لم يعد صالحا لنظر الدعوى المخاصم بسببها من تاريخ الحكم بجواز قبول المخاصمة لكونه سبب من أسباب عدم الصلاحية، وهكذا يبطل أي إجراء يقوم به القاضي أو عضو النيابة العامة المخاصم بعد هذا التاريخ.

أما إذا قضت المحكمة برفض دعوى المخاصمة بمعنى عدم جواز رفعها فإن للمحكمة أن تقضي بغرامة على طالب المخاصمة لا تقل عن خمسة وعشرين دينارا ولا تزيد عن مائة دينار ، كما أنها بناءً على طلب القاضي أو عضو النيابة المخاصم أن تقضي مع هذه الغرامة بالتضمينات (التعويض) عن الضرر الأدبي والمعنوي الذي أصابه من رفع هذه الدعوى إن كان لها وجه<sup>95</sup>.

---

94 طبقا لما جاء في نص المادة 730 من قانون المرافعات الليبي بأنه " يكون القاضي غير صالح لنظر الدعوى من تاريخ الحكم بجواز قبول المخاصمة.

95 ولما كان الثابت أن المخاصم في الدعوى الماثلة قد استعمل حقه المشروع عندما رفع دعوى المخاصمة استنادا إلى أن هناك من أحكام المحكمة ما يساند وجهة نظره، وهو نفس الأساس الذي عززت به الدائرة وجهة نظرها، الأمر الذي ترى معه المحكمة أنه لاوجه لطلب التضمينات ويتعين لذلك رفضه" دعوى رقم 54/42 ق مخاصمة، الدائرة المدنية الأولى، جلسة 26 فبراير 2007 (حكم غير منشور)



## نطاق تطبيق مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية في القانون الليبي

وتجدر الإشارة إلى جواز الطعن بالنقض في الحكم الصادر في المرحلة الأولى بعدم جواز المخاصمة لكونه حكم فاصل في الدعوى برمتها ومنه لها لأنه لا يعقبها حكم في الموضوع<sup>96</sup>.

غير أنه لا يقبل في هذه الدعوى الطعن بالنقض إذا كان الحكم يقضي بجواز قبول دعوى المخاصمة باعتبار "أن الحكم الصادر في المرحلة الأولى، فإن كان قد صدر بجواز قبول المخاصمة فإنه لا يكون منهيًا للخصومة وإنما هو منه لجزء منها فقط، لأن الحكم الفاصل في الخصومة هو ذلك الذي يحسم النزاع في كل الطلبات لا في جزء منها، ومن ثم لا يجوز الطعن في هذا الحكم بالنقض"<sup>97</sup>.

أخيراً مما يجدر ملاحظته في هذا الصدد أن المشرع الليبي خالف القواعد العامة عندما قرر بأن تُرفع هذه الدعوى أمام محكمة الاستئناف أو المحكمة العليا - حسب الأحوال - مهما كانت قيمة هذه الدعوى ولعله قصد في ذلك بالأصل فصل في الدعوى قاضي أقل مرتبة من القاضي المخاصم.

### المرحلة الثانية/ الفصل في دعوى المخاصمة

على المحكمة التي قضت بقبول دعوى المخاصمة أن تحيل الدعوى إلى محكمة أخرى خلاف المحكمة التي فصلت في جواز قبول المخاصمة ضماناً لمبدأ الحيادة، وهذا ما تؤكدته محكمتنا العليا بقولها بأنه: "إذا رأت المحكمة قبولها (دعوى المخاصمة) كانت ملزمة قانوناً بإحالتها إلى المحكمة المختصة بنظر الموضوع وهي محكمة يختلف تشكيلها تبعاً لصفة المخاصم"<sup>98</sup>.

وهكذا بتطبيق نص المادة 724 يكون تشكيل محكمة موضوع المخاصمة على النحو التالي؛ إذا ما كان المخاصم أحد قضاة المحكمة الابتدائية أو أحد أعضاء النيابة العامة لديها

<sup>96</sup> طعن مدني 49/117 الصادر في 21/6/2004 (سبق الإشارة إليه)

<sup>97</sup> طعن رقم 49/117 الصادر 21/4/2004 (سبق الإشارة إليه)

<sup>98</sup> طعن رقم 49/117 الصادر 21/4/2004 (سبق الإشارة إليه)

## نطاق تطبيق مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية في القانون الليبي

حدد الحكم جلسة علنية أمام دائرة أخرى من دوائر محكمة الاستئناف. وتكون هذه الدائرة الجديدة هي المختصة بنظر موضوع المخاصمة وتقضي فيه بعد سماع الطالب أو عضو النيابة العامة المخاصم وأقوال النيابة العامة إذا تدخلت في الدعوى.

وبذلك اشترط المشرع الليبي بموجب هذا النص<sup>99</sup> ألا تكون الدائرة التي فصلت في جواز قبول دعوى المخاصمة هي التي تنظر الجانب الموضوعي في هذه الدعوى.

بينما تكون الإحالة إلى دائرة خاصة مشكلة من خمسة مستشارين بحسب ترتيب أقدميتهم إذا ما كان المخاصم مستشاراً بإحدى محاكم الاستئناف أو النائب العام، ومن المنطقي ألا يكون في تشكيل هذه المحكمة أي عضو من الدائرة التي فصلت في جواز قبول دعوى المخاصمة هذا أولاً أما ثانياً فإنه لا بد أن يكون درجة المستشارين في هذه المحكمة أقدم من درجة المستشار المخاصم، ولا شك أن هذا النظر يتلائم مع ما ورد في نص المادة 724 من قانون المرافعات الليبي بأنه "أما إذا كان المخاصم مستشاراً في إحدى محاكم الاستئناف أو النائب العام فتكون الإحالة على دائرة خاصة مؤلفة من خمسة من المستشارين بحسب ترتيب أقدميتهم"، كما يتفق مع ما قرره عدة نصوص في القانون رقم 6 لسنة 2006 بشأن نظام القضاء؛ كنص المادة 84 بأن "يحال كل من أخل بواجبات وظيفته من أعضاء الهيئات القضائية الي مجلس بصفته مجلساً للتأديب، ولا يكون من بين أعضائه من أقام الدعوى التأديبية"، وكذلك يوافق الضمانات التي أشار إليها نص المادة 85 بأن "لا تقام الدعوى التأديبية إلا بناء على تحقيق إداري يتولاه أحد رؤساء محاكم الاستئناف بالنسبة الي شاغلي درجة مستشار فما فوقها أو ما يعادلها أو عضو من إدارة التفتيش على الهيئات القضائية بالنسبة الي غيرهم بشرط أن يكون درجته أعلى من درجة المحقق معه". وأيضاً يتفق مع ما ورد في نص المادة 96 تشكل لجنة برئاسة أحد

---

99 جاء بنص المادة 724 من قانون المرافعات الليبي التي أفرت بأنه "إذا حكم بجواز قبول المخاصمة وكان المختصم أحد قضاة المحكمة الابتدائية أو أحد أعضاء النيابة لديها حدد الحكم جلسة لنظر موضوع المخاصمة في جلسة علنية أمام دائرة أخرى من دوائر محكمة الاستئناف ويحكم فيها بعد سماع الطالب والقاضي أو عضو النيابة المخاصم وأقوال النيابة العامة إذا دخلت في الدعوى"

## نطاق تطبيق مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية في القانون الليبي

مستشاري المحكمة العليا تختاره جمعيتها العمومية وعضوية اثنين من رؤساء محاكم الاستئناف يختارهما المجلس على ألا يكون أي من أعضاء اللجنة عضواً في المجلس<sup>100</sup>.

في حين تحال الدعوى إلى دوائر المحكمة مجتمعة إذا ما كان المخاصم مستشاراً بالمحكمة العليا، ولا شك أنه من المنطقي ألا تكون من بين محكمة الدوائر مجتمعة الدائرة التي فصلت في جواز قبول دعوى المخاصمة إعمالاً للغاية التي توخاها المشرع من أن تكون المحكمة التي فصلت في قبول دعوى المخاصمة غير تلك التي تقضي في موضوع هذه الدعوى.

أما النظر في موضوع دعوى المخاصمة يكون في جلسة علنية كما ذكرنا أعلاه، ويصدر الحكم فيها بعد سماع طالب المخاصمة والقاضي أو عضو النيابة المخاصم، ومما يلاحظ في هذا الصدد أنه ما من قيد تضعه نتائج المرحلة الأولى من إجراءات جواز دعوى المخاصمة من عدمه على مرحلة النظر في موضوع المخاصمة (المرحلة الثانية)، وبالتالي لمحكمة الموضوع أن تصدر حكمها إما بصحة المخاصمة أو برفضها، ولكل حالة منهما أثرها ففي الأولى يترتب على الحكم بصحة المخاصمة عدة أمور تظهر في:

**الأول:** بطلان التصرف وهذا يعني؛ تصرف القاضي أو عضو النيابة العامة المخاصم باطلاً بطلاناً مطلقاً إذ ثبت أن تصرفه يشوبه خطأ مهني جسيم أو كان صادراً عن غش أو تدليس أو غدر سواء كان هذا التصرف حكماً من القاضي أو أمراً من القاضي أو عضو النيابة العامة.

**الثاني:** إن كان لمحكمة موضوع دعوى المخاصمة الحق في القضاء ببطلان التصرف أو الحكم الصادر عن القاضي المخاصم؛ فإنه إذا كان البطلان تعلق بحكم صادر لصالح غير المدعي في دعوى المخاصمة فإنه ليس لهذه المحكمة أن تقضي ببطلان ذلك الحكم إلا بعد إعلان من كان هذا الحكم قد صدر لمصلحته لإبداء أقواله وفقاً لنص المادة 727 من قانون

---

100 تختص : " 1) منح الإذن بالقبض علي أعضاء الهيئات القضائية أو حبسهم أو التحقيق معهم أو رفع الدعوى جنائية ضدهم .

2) تعيين المحكمة التي يكون لها الفصل في الجنايات والجرح التي تقع من أعضاء الهيئات القضائية ولو كانت غير متعلقة بوظائفهم، دون التقييد بأحكام الاختصاص العام بالنسبة للمكان".

## نطاق تطبيق مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية في القانون الليبي

المرافعات المدنية والتجارية الليبي<sup>101</sup> ، وبهذا النص يتيح المشرع الليبي الفرصة أمام كل طرف في الدعوى الأصلية للدفاع عن مصلحته وحتى لا يؤخذ بحكم في خصومة لم يكن طرفاً فيها. كما يتوجب علينا مراعاة أنه إذا قضت المحكمة ببطلان الحكم الصادر لمصلحة غير المدعي في دعوى المخاصمة فإنه ليس لها نظر الدعوى الأصلية التي فصل فيها هذا الحكم، بمعنى بطلان الحكم يترتب إعادة الحال لما كان عليه قبل بدء الخصومة، ولذوي الشأن رفع الدعوى من جديد.

**الثالث:** بما أن حالة الدعوى الأصلية تعود إلى ما كانت عليه فإن المشرع بنص المادة 728 من قانون المرافعات (المشار إليه)<sup>102</sup> يمنح الحق لمحكمة موضوع المخاصمة (استثناءً من الحالة السابقة الواردة في نص المادة 727 ) بأن تقضي في هذه الدعوى إذا رأت أنها صالحة للحكم بعد سماع أقوال الخصوم.

أما أثر الحكم برفض دعوى المخاصمة لا يتعدى أن يقضي قاضي موضوع المخاصمة بالتضمينات على طالب المخاصمة إذا كان لها وجه. وعبارة إن (كان لها وجه ) ذات مغزى في أحكام قضائنا الليبي من حيث إنه يمكن للمحكمة أن تقضي بالتضمينات أو التعويض للمخاصم كما يمكن لها أن ترفض ذلك إذا ما رأت أنه ما من ضرر وقع على المخاصم، وترسي المحكمة العليا الليبية مبدأً في هذا الاتجاه بقولها بأن<sup>103</sup>: " استعمال المخاصم لحقه في رفع دعوى المخاصمة لا يشكل دائماً إضراراً بالقاضي المخاصم ما لم تثبت إساءة استعماله لهذا الحق المخول له قانوناً، وهو ما يقتضى توافر أركان المسؤولية التقصيرية من خطأ وضرر وعلاقة سببية في حق المخاصم ويؤيد ذلك نص المادة 726 من قانون المرافعات التي أجازت الحكم بالتضمينات إن كان لها وجه".

---

101 بأن " ... ومع ذلك لا تحكم ببطلان الحكم الصادر لمصلحة خصم آخر إلا بعد إعلانه لإبداء أقواله"  
102 " يجوز للمحكمة التي قضت ببطلان الحكم في الحالة المذكورة في المادة السابقة أن تحكم في الدعوى الأصلية إذا رأت أنها صالحة للحكم وبعد سماع أقوال الخصوم"  
103 دعوى رقم 54/42 ق مخاصمة، الدائرة المدنية الأولى، جلسة 26 فبراير 2007 (حكم غير منشور)

يضاف إلى خصوصية هذه الدعوى أنه لا ينصرف الطعن في الأحكام الصادرة بموجبها إلا إلى تلك الصادرة من محكمة الاستئناف سواء بعدم جواز الدعوى أو قبولها أو الإلزام بالغرامة أو الحكم بالتضمينات؛ كل ذلك لا يجوز الطعن فيه إلا بالنقض إذا كان الحكم صادرا عن محكمة الاستئناف في حين لا يقبل الطعن بهذا الخصوص في الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا فهو لا يقبل إعادة التماس النظر لأنه ليس من بين أسبابها<sup>104</sup>.

أخيراً؛ بما أنه جاء عن المحكمة العليا الليبية بأن " موضوع دعوى المخاصمة هو مساءلة القاضي عن خطئه في حالات معينة وبشروط خاصة وفق نص المواد 720 إلى 730 من قانون المرافعات وبهدف الحصول على حكم بإلغاء الحكم أو التصرف الصادر في الدعوى مع إلزام القاضي المخاصم بالتعويض" فإننا هنا نتساءل هل الدولة مسؤولة عما قضت به محكمة موضوع المخاصمة من تعويضات وتضمينات على القاضي أو عضو النيابة المخاصم؟

عمليا لم نجد أي حكم في القضاء الليبي يقضي بقبول موضوع المخاصمة ويلزم المخاصم سواء القاضي أو عضو النيابة العامة بالتعويض، غير أننا نتبين الإجابة عن هذا السؤال بما ورد في نص المادة 720 من قانون المرافعات الليبي بأن " الدولة مسؤولة عما يحكم به من التضمينات على القاضي أو عضو النيابة العامة بسبب هذه الأفعال ولها حق الرجوع عليه"، وتفسر عبارة حق الرجوع عليه من جهة عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية، ولكن في حالة إعسار المخاصم فإنه على الدولة الالتزام بما قُضي به من تضمينات؛ مما يعني أن الدولة مسؤولة عنه لا مسؤولة معه.

**الدلالة على ما سبق تظهر في قولنا بأن دعوى المخاصمة استثناءً عن مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية، وذلك بناءً على حقيقتين:**

**الأولى:** أن دعوى المخاصمة في الأساس دعوى تعويض ولو كانت غير عادية لكونها تنص في ذات الوقت على بطلان التصرف أو الحكم الصادر من المخاصم سواء كان القاضي أو عضو النيابة العامة؛ بمعنى أنه إذا ما قُضي بصحة المخاصمة فإن أول إجراء مترتب على

104 د. حلمي مجيد، قواعد المرافعات الليبية. طرابلس: الجامعة المفتوحة، 1993.

## نطاق تطبيق مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية في القانون الليبي

هذا الحكم بطلان ذلك التصرف أو الحكم، وأن تفصل في الدعوى الأصلية إذا كانت صالحة بعد سماع أقوال الخصوم، ولا شك أن ذلك يعتبر التعويض الحقيقي للخصم المضروب من هذا التصرف أو الحكم.

**الحقيقة الثانية:** وفقاً للقاعدة الواردة في نص المادة 727 من قانون المرافعات الليبي (المشار إليه) فإنه يجوز اختصاص الدولة في دعوى المخاصمة مع المخاصم لكونها مسؤولة عن ما يقضي به في هذه الدعوى من تضمينات على القاضي أو عضو النيابة العامة المخاصم باعتباره موظف عام تابع للدولة وإن كان لها حق الرجوع عليه فيما يُقضى به من تضمينات<sup>105</sup> لكونها لا تسأل معه.

---

105 المستشار مصطفى مجدي هرجة، رد ومخاصمة القضاء في ضوء الفقه وأحكام القضاء. القاهرة: المكتبة القانونية، 1995- ص101.

## الخاتمة

يتضح من هذه الدراسة أن القاعدة المقررة بموجب أحكام القانون الليبي في نظرية مسؤولية الدولة عن التصرفات الخاطئة الصادرة عن موظفيها هي عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية إلا إذا نص المشرع صراحة على خلاف ذلك، ومن هذه النصوص ما جاء في شأن دعوى مخاصمة القضاة وأعضاء النيابة العامة مما يعني أن هذه الدعوى استثناء عن مبدأ مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية. وبذلك ننتهي إلى جملة من النتائج والتوصيات نوجزها فيما يلي:

### أولاً/ النتائج

- لا مجال لإقرار مسؤولية الدولة عن أخطاء السلطة القضائية باعتباره خطأً مرفقياً نظراً لما يثيره هذا الرأي من جدل واسع يتعلق بخصوصية مرفق القضاء وطبيعة أعمال القاضي وعضو النيابة العامة المتميزة بالاستقلالية عن أية سلطة رئاسية، باعتبار أن جوهر القضاء في القانون الليبي يقوم على استقلال السلطة القضائية عن غيرها من سلطات الدولة التي إن كان عليها الالتزام بمقتضيات القانون فإنه لا سلطان على العمل القضائي إلا سلطة الله والضمير، وهي صفة تميز القضاة وأعضاء النيابة العامة عن من سواهم من موظفي الدولة الذين يخضعون في أداء واجباتهم لسلطة رؤسائهم بموجب القانون.

- استقلال القضاء حجة لم تعد توتي ثمارها بالنظر إلى تطور فكرة حق الدولة على الأفراد، لذلك ما من خطر على هذه الاستقلالية إذا ما تمعنا في الرأي القائل بأن المسؤولية عن أعمال السلطة القضائية تقع على عاتق الدولة وليست على الحكومة باعتبار أن مرفق القضاء أحد أجهزتها وأن العاملين فيه موظفون يخضعون في تعيينهم وترقيتهم وتحديد اختصاصاتهم لقانون الدولة والنشاط الذي يقوم به هذا المرفق هو مظهر من مظاهر نشاط الدولة.

- الضمانات التي تحققها نظرية مسؤولية الدولة عن أعمالها غير المشروعة كقيلة بأن تضع حداً لمخاوف القائلين بأن ترتيب المسؤولية عن أعمال السلطة القضائية سيؤدي إلى احجام هذه السلطة عن القيام بما عليهم استهدافاً للعدالة اتجاه الدولة.

## نطاق تطبيق مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية في القانون الليبي

- دعوى المخاصمة شرعت لمواجهة خروج القاضي وعضو النيابة العامة عن مقتضيات العمل الوظيفي، كل ذلك من أجل إثبات الضرر الذي وقع على طالب المخاصمة. وبالتالي مناقشة أسبابها بالقدر اللازم للتحقق من مدى تعلقها بالدعوى يمثل حماية حقيقية لمهنية القاضي وعضو النيابة العامة.

### ثانياً/ التوصيات

- اشتراط المشرع الليبي في قواعد المخاصمة أن يرتكب القاضي أو عضو النيابة العامة خطأً مهنيًا جسيمًا أثناء ممارسة أي منهما لوظيفته حتى تترتب المسؤولية عن تصرفاتهما يجعل من دعوى المخاصمة غير مجدية من الناحية العملية والدلالة على ذلك أننا لم نجد أي حكم للقضاء الليبي يقضي بصحة مخاصمة القاضي أو عضو النيابة العامة ويرتب على هذا الخطأ مسؤولية الدولة رغم دعاوى المتكررة في شأن مخاصمة هذه الفئة، لذا من المفترض على المشرع الليبي أن ينص على تحقق مسؤولية أعضاء السلطة القضائية في حالة وجود خطأ دون الاعتداد بجسامته وبساطته نظراً لصعوبة التمييز بينهما.

- هذا المبدأ لا يتفق مع مقتضيات العدالة من جهة أن القاضي الليبي يقضي بالتعويض عن أعمال الضبط الإداري؛ فمن باب أولى أن يرتب التعويض عن الخطأ المتسبب في الضرر من أعمال مأموري الضبط القضائي لما في إجراءاته من مساس بحرية الأفراد كالحرية الشخصية.

- التطور القانوني في التشريع المقارن يتجه إلى تقرير المسؤولية في حالة الحبس الاحتياطي<sup>106</sup>، وفي حالة الحكم بالبراءة بموجب التماس إعادة النظر، وفي حالة تأخر صدور الأحكام؛ وبالتالي أن الآوان للمشرع الليبي أن يدفع برقابته في هذا الاتجاه ويحذو حذو هذه التشريعات ومن جهة أخرى بعض الأعمال القضائية ترتب ضرراً على المتقاضى من مرفق القضاء حتى من دون خطأ كالتأخر عن إصدار الحكم في الدعوى.

- أيضاً أن الآوان أن تستبعد فكرة الخطأ الجسيم كعنصر وحيد يرتب التعويض عن أعمال السلطة القضائية، وبالتالي يعتبر الأساس القانوني الذي تستند إليه مسؤولية الدولة عن أعمال

<sup>106</sup> راجع د. علي محمد عنيبة، المسؤولية عن الحبس الاحتياطي (المرجع السابق ذكره).



## نطاق تطبيق مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية في القانون الليبي

السلطة القضائية بأن يكتفى بتحقيق الضرر من مرفق القضاء، ولا شك أن في ذلك إقرار للمسؤولية من دون خطأ مما يعد نقلة هامة في نظرية مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية التي يقع على عاتق قضاؤنا تطويرها وتوسيع مجال تطبيقها.

- أخيراً نأمل من المشرع الدستوري (لجنة صياغة الدستور) أن ينص على هذه المسؤولية ولو في حالات محددة أسوة بالدستور المغربي الصادر 2011 في الفصل 122 منه تحت عنوان حقوق المتقاضين لقواعد سير العدالة جاء فيه " حق كل متضرر من خطأ قضائي الحصول على تعويض تمنحه الدولة"، كما يتوجب عليها أيضاً أخذاً بما قرره المشرع الفرنسي أن تضع أضرار الحبس الاحتياطي وكذلك براءة المحكوم في حالة التماس إعادة النظر، وأيضاً الأضرار الناتجة عن تأخر صدور الحكم القضائي خلال مدة معقولة من بين الحالات التي تتحقق بها مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية.

- في الختام لا يسعنا إلا التمسك بما توصلنا إليه في هذه الدراسة باعتبار أن إقرار مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية، ومنح المتضرر عن الخطأ القضائي التعويض المناسب عما لحق به من ضرر مادي أو معنوي حتى في حالة المسؤولية من دون خطأ يُعدّ وجهاً من وجوه العدالة، ولا يُخفى عن أحد ما لذلك من أثر طيب في نفوس المتقاضين ناهيك عن إشاعة الطمأنينة والثقة بين الأفراد بجهازنا القضائي.

المصادر والمراجع:

أولاً/ الكتب

إبراهيم محمد علي، الاتجاهات الحديثة في مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية- القاهرة: دار النهضة العربية، 2001.

إبراهيم محمد علي، الاتجاهات الحديثة في مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية- القاهرة: دار النهضة العربية، 2001.

أحمد ماهر زغلول، أعمال القاضي التي تحوز حجية الأمر المقضي وضوابط حجيتها. القاهرة: دار النهضة العربية، 1995.

أنور رسلان، مسؤولية الدولة غير التعاقدية. القاهرة: دار النهضة العربية، 1982، ط2.

جابر جاد نصار، مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية، القاهرة: دار النهضة العربية، 1995.

حسين حمودة المهدي، شرح أحكام الوظيفة العامة. مصراته: الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان، 2002، ط2.

د. أحمد فتحي سرور، المركز القانوني للنيابة العامة- القاهرة

د. حلمي مجيد الحمدي، قواعد المرافعات الليبية. طرابلس: الجامعة المفتوحة، 1993.

د. حلمي مجيد، قواعد المرافعات الليبية. طرابلس: الجامعة المفتوحة، 1993.

د. عبدالفتاح بيومي، سلطة النيابة العامة في حفظ الأوراق والأمر بالأوجه لإقامة الدعوى الجنائية

د. فاروق الكيلاني، استقلال القضاء. المركز العربي للمطبوعات ، 1999، الطبعة الثانية.

## نطاق تطبيق مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية في القانون الليبي

- د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني. القاهرة: دار النهضة العربية، 1981، ط3.
- د. مأمون سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي. طرابلس: منشورات الجامعة المفتوحة.
- د. محمود عمر معتوق، المسؤولية الإدارية عن الخطأ المرفقي في القانون الليبي ( دراسة تطبيقية مقارنة) الطبعة الأولى: 2005.
- د. ياسين بن ربح، أحكام المسؤولية الإدارية على أساس الخطأ. الاسكندرية: مكتبة الوفاء القانونية، 2014، ط1.
- رمزي الشاعر، المسؤولية عن أعمال السلطة القضائية، القاهرة: دار النهضة العربية، 1983 ، ط2.
- سليمان الطماوي، القضاء الإداري (الكتاب الثاني)- القاهرة: دار الفكر العربي، 2003.
- عبدالرؤوف هاشم بسيوني، قرينة الخطأ في المسؤولية الإدارية- الأسكندرية: دار الفكر العربي، 2007.
- عبدالمنعم عبدالعظيم جيرة، التنظيم القضائي في ليبيا- بنغازي: جامعة قاريونس، 1987، الطبعة الثالثة.
- عبدالناصر عثمان حسين، استقلال القضاء. القاهرة: دار النهضة العربية، 2008.
- عمار عوايدي، نظرية المسؤولية الإدارية- الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية
- الكوني علي اعبودة، النظام القضائي الليبي. طرابلس: المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية.
- للمزيد راجع أحمد أبو زقية، قانون المرافعات، الجزء الأول، بنغازي: جامعة قاريونس، 2003، ط1.

## نطاق تطبيق مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية في القانون الليبي

محمد رضا النمر، مسؤولية الدولة عن التعويض عن أخطاء القضاء (دراسة مقارنة). القاهرة: دار الفكر الجامعي، 2011.

محمد فتحي، الحماية الدستورية للموظف العام. رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1997.

محمد ماهر أبو العينين، إجراءات الدعوى أمام محاكم مجلس الدولة (الجزء الأول). القاهرة: دار أبوالمجد، 2005

محمود محمود مصطفى، مسؤولية الدولة عن عمل السلطة القضائية. رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1938.

مصطفى مجدي هرجة، رد ومخاصمة القضاء في ضوء الفقه وأحكام القضاء. القاهرة: المكتبة القانونية، 1995.

مصطفى محمود عفيفي، الرقابة على أعمال الإدارة والمنازعات الإدارية في مصر والدول الأجنبية (الجزء الثاني) مطبعة جامعة طنطا.

هشام عبد المنعم عكاشة، مسؤولية الإدارة عن أعمال الضرورة (دكتوراه، كلية الحقوق: جامعة القاهرة، 1998).

### ثانياً/ المقالات والأبحاث

الهادي على بوحمره، نيابة ومحكمة امن الدولة في ليبيا- مجلة إدارة القضايا، العدد الثالث عشر: السنة السابعة.

عبدالعظيم الوزير، المسؤولية الجنائية للقضاة. بحث منشور بالمجلة الجنائية القومية، المجلد 38: العدد 3، 2، 1، مارس/ يونيو 1995.

عطية مهنا، ضمانات المسؤولية المدنية للقضاة. المجلة الجنائية القومية، المجلد 38: العدد 3، 2، 1 (مارس/يونيو 1995).

## نطاق تطبيق مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية في القانون الليبي

علي محمد عنيبة، المسؤولية عن الحبس الاحتياطي (دراسة مقارنة) ز مجلة الساتل، السنة الثانية: العدد الرابع.

فرج أحمد معروف، المحاكم المتخصصة كوسيلة للارتقاء بالعدالة (ورقة مقدمة إلى المؤتمر الرابع لرؤساء المحاكم العليا في الدول العربية "الدوحة" 26/24 سبتمبر 2013) .

محمد الكبتي، مسؤولية الدولة عن مخاصمة القضاء . مجلة الساتل، السنة الثانية: العدد الرابع، أبريل 2008.

مصطفى كيرة، حقوق القاضي وواجباته. مجلة الأمن والقانون تصدر عن كلية الشرطة دبي، العدد الأول، يناير 1993.

### ثالثاً/ الأحكام القضائية

مجلة المحكمة العليا الليبية، أعداد مختلفة

مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة الرابعة.

مجموعة أحكام محكمة النقض، السنة الثالثة عشر: العدد الأول

المنظومة الالكترونية ، وزارة العدل/ ليبيا، 2004.

### رابعاً/ الفتاوي

مجموعة المبادئ القانونية لفتاوي الإدارة العامة للقانون لسنتي 1975 / 1976م - ص130، بند 254.

### خامساً/ مواقع الانترنت

[http://archive.libya-mostakbal.org/Articles0509/dr\\_alhadi\\_buhamra\\_260509.html](http://archive.libya-mostakbal.org/Articles0509/dr_alhadi_buhamra_260509.html)

نطاق تطبيق مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية في القانون الليبي

قاموس المعاني: [www.almaany.com](http://www.almaany.com)

## نطاق تطبيق الوساطة الجنائية في التشريعات المقارنة

الباحثة: بشرى سعيد سليمان سيف الكعبي

كلية القانون/ جامعة الشارقة

الرقم الجامعي: U15100643

إشراف الأستاذ الدكتور محمد نورالدين سيد

### المقدمة

تسعى الدولة الى حماية مواطنيها ومجتمعها من الجريمة بوسائل متعددة، وتهتم بتنفيذ القانون والعدالة الجنائية، وذلك عبر سياسة جنائية تهدف الى ردع التصرفات المضادة للنظام الاجتماعي، وقد عرفت النظم الجنائية بالعالم اختلافاً في سياستها الجنائية نتيجة للخلل الموجود في بعض أمور عدالتها الجنائية، وفشل النظم التقليدية في حل هذه المعضلة، حيث اختلفت هذه السياسات عن المفاهيم القديمة التي كانت تعتمد على السياسات العقابية بالدرجة الأولى، مما أظهر سلبياتها في بعض الجرائم البسيطة، والتي يمكن حلها دون تدخل القضاء فيها مما أدى الى ظهور أفكار جديدة مستمدة من القيم المجتمعية، تعتمد على ارادة الأطراف في حل النزاع، وإنهائه خارج دائرة القضاء، كالوساطة الجنائية وغيرها. ولرصد تطور المسائل التصالحية في النظم القانونية لابد من الوقوف على أسباب بعض النظم الجنائية في تبني هذه المسائل، والتي من أهم أسبابها عجز الأجهزة القضائية عن القيام بدورها في تحقيق العدالة الجنائية، المرجع الذي جعل الفقهاء ودفعهم الى القول بأن العدالة الجنائية التي تتصف الآخرين، أضحت في حاجة لمن ينصفها<sup>(1)</sup>.

1 عمر سالم: نحو تيسير الإجراءات الجنائية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 1997، ص29.

تحتل الوساطة الجنائية إلى جانب أنظمة التصالح والمفاوضة على الاعتراف، والتسوية الجنائية، والأمر الجنائي؛ مكانة مهمة، وتلعب دوراً متميزاً، تزداد أهميته في جميع الأنظمة القانونية المقارنة، وتتبع أهميتها من كونها تسعى إلى تنمية، وتعزيز ما يطلق عليه العدالة التصالحية أو التفاوضية، يضاف إلى ذلك سعيها إلى تفعيل ما يسمى بالطرق البديلة لحل المنازعات، أو الوسائل المستحدثة لإدارة العدالة الجنائية<sup>(2)</sup>.

كما تشهد السياسة الجنائية المعاصرة محاور جديدة للاهتمام بالمجنى عليهم، والأخذ بسياسة الحد من التجريم، والحد من العقاب، والمعالجة غير القضائية للمنازعات الجنائية، وقد أصبحت الوساطة الجنائية - بما تقوم عليه من تعويض للمجنى عليه وتأهيل الجناة - من أهم بدائل الملاحقة القضائية في التشريعات المقارنة<sup>(3)</sup>.

وتتجلى أزمة العدالة الجنائية في العديد من النواحي من بينها الزيادة في حجم الجرائم، والتضخم التشريعي، وفشل السجن في القيام بدوره الإصلاحى، وإرتفاع مؤشر الجريمة، واكتظاظ المؤسسات العقابية بالسجناء، وغير ذلك من تجليات الأزمة، ونتيجة لذلك سعت مختلف التشريعات إلى القيام بالعديد من الحلول لمساعدة نظام العدالة الجنائية على تحقيق العديد من الأهداف المنشودة من ورائه، ومنها الأساس في تخفيض معدلات الجريمة، وكذلك معدلات العود.

كما نجد أن الوساطة الجنائية هي أهم ظاهرة من ظواهر الانفتاح على الوسائل البديلة لحل النزاعات وذلك ليتم تقادي التعقيدات الموجودة في القضاء، كما تم تبني نظام الوساطة الجنائية في فروع القانون المختلفة منها القانون الجنائي، كما تبنت مجموعة من التشريعات الوساطة الجنائية ضمن منطوقها القانوني.

---

2 أحمد بلال: التطبيقات المعاصرة للنظام الاتهامي في القانون الأنجلو الأمريكي، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 1992، ص 359.

3 رامي متولي القاضي: الوساطة الجنائية في القانون الجنائي الإجرائي المقارن، مكتبة كلباء، جامعة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، 2010، ص 7.



فيجوز للنيابة العامة حال نظرها القضايا الجنائية البسيطة، والتي تتسم بوجود روابط دائمة بين أطرافها؛ وقبل اتخاذ قرارها بشأن الدعوى الجنائية؛ أن تحيل القضية إلى وسيط، حيث يتم الحصول على موافقة الأطراف، بدلاً عن إصدار أمر بحفظ الأوراق بالشكل الذي يؤدي على حل الخصومة، أو تحريك الدعاوى في قضايا لا يفضل أن تشغل بها المحاكم. وبذلك يمكن اعتبار الوساطة الجنائية أحد الوسائل لإنهاء الدعاوى الجنائية قبل تحريكها بمعرفة النيابة العامة؛ أي من بدائل رفع الدعوى الجنائية<sup>(4)</sup>.

ومن هنا تبرز أهمية البحث في بدائل إدارة العدالة الجنائية بصفة عامة، وفي موضوع الوساطة الجنائية على وجه الخصوص، حيث تمثل واحدة من أهم آليات العدالة التفاوضية التي زاد اعتناق التشريعات الجنائية لها، استجابة للتوجهات الحديثة في إدارة حق الدولة في العقاب، وكرد فعل مباشر لأزمة عالمية للعدالة الجنائية رصدتها الإحصائيات، والتقارير عن أعداد المنازعات القضائية، وعن متوسط مدة نظر تلك المنازعات أمام جهات التقاضي<sup>(5)</sup>.

### أهمية البحث

### الأهمية العلمية

تتضح أهمية هذه الدراسة العلمية من خلال تتبع موضوع الوساطة الجنائية الدراسات المقارنة في النظم القانونية المعاصرة، وفي الدول العربية في النظم القانونية المعاصرة، كما تسعى الدراسة إلى التعمق في الفلسفة التي تقوم عليها فكرة العدالة التفاوضية والتصالحية، وتبرز مدى توافق تلك الفلسفة مع العدالة الجنائية، وتقارب بين الوساطة الجنائية، وما يدنو منها، أو يشتبه بها من الوسائل.

4 CARIO (R): La mediation penale entre repression et reparation, L, Harmattan, 1997, P.7. On <https://www.abebooks.fr/servlet/BookDetails>

5 Orientation donnees aux affaires penales en 2006: Annuaire statistique de la Justice , Ministere de la Justice , Editions 2008, p. 107. On <http://www.justice.gouv.fr>

### الأهمية التطبيقية

سوف تقوم الباحثة بتحليل مضمون تطبيقات الوساطة الجنائية بعض التشريعات الوضعية المقارنة في النظم القانونية المعاصرة و دول مجلس التعاون الخليجي، هذا إلى جانب تقديم مقترح قانوني من أجل تفعيل نظام الوساطة الجنائية في الإجراءات الجنائية في النظام القانوني الإماراتي، ولا تغف الباحثة عند مجرد سرد النصوص القانونية، والتعليق عليها، وإنما تمتد لتشمل واقع الممارسة العملية للوساطة الجنائية تسعى إلى تسهيل مهمة التطبيق عن طريق المقارنة بين متطلبات نجاح تطبيقها في الأنظمة القانونية الأخرى، ومتطلبات المشرع الإماراتي لتطبيقها في النظام القانوني الإماراتي.

### إشكالية البحث

يتضح من العرض السابق بجلاء تساؤل هام حول الجدوى من وراء النظام الجنائي الحالي؟. فالجرائم بمختلف أنواعها من سرقة و اغتصاب و قتل الخ، لم تعد استثنائية بل أصبحت عادية نتيجة للدرجة الكبيرة، والمرتفعة التي تمارس بها، فالتطور الذي عرفته المجتمعات البشرية صاحبه تطور للجريمة؛ حيث انتقلت من العفوية، والبساطة الى التنظيم الذي يتصف بالدقة والتخطيط والإعداد، مما أدى ظهور جرائم جديدة متطورة. ونتيجة لعدم قدرة آليات العدالة الجنائية على محاربة الجريمة، أو الوقاية منها من جهة، وعجزها عن مسايرة هذا المد الإجرامي من جهة ثانية، بسبب غياب سياسة عقابية دقيقة، ومنهجية تتناسب مع هذا الواقع الجديد للجريمة، ونهج سياسات كلاسيكية قديمة، ومنها تكثيف معدل الاعتقالات لردع المجرمين، والحيلولة دون اقترافهم لجرائم مستقبلية؛ مما كان له تأثير واضح على واقع السجون، وزاد من تأزم السياسة، والعدالة الجنائية<sup>(6)</sup>. وانطلاقاً من هذ الواقع المأزوم لم يعد من مناص من التفكير في نظام جديد لمعالجة أزمة العدالة، والسياسة الجنائية والعقابية، والانفتاح على الوسائل البديلة

6 يوسف بن ناصر: أزمة السياسة الجنائية بالمغرب، الموسوعة القانونية للقاضي يوسف بن ناصر، الواحة القانونية، المغرب، 2004، ص28.

## نطاق تطبيق الوساطة الجنائية في التشريعات المقارنة

لحل النزاعات، وتفاديًا لتعقيدات القضاء، وكثرة شكلياته، والعواقب التي تنجم عنها، لذلك قامت مجموعة من النظم القانونية في تبني نظام الوساطة الجنائية في فروع القانون المختلفة، في المواد القانونية المدنية، والإدارية، والعائلية، والجنائية.

كما نجد أن لأزمة العدالة الجنائية نتائج كبيرة ومؤثرة على المجتمع، أو على حقوق المتهمين، أو المجني عليهم، ما يعني عدم إشباع غريزة العدالة في نفوس المتقاضين، وتتنحصر آثار هذه الأزمة في عبء العمل الملقى على عاتق سلطات تنفيذ القانون في الإجراءات الجنائية، والإخلال بمبدأ المساواة، وقدرة الجهاز القضائي.. الخ<sup>(7)</sup> لذلك فإن السياسة الجنائية الحديثة المعاصرة مطالبة، وعلى وجه السرعة ليس فقط بتيسير الإجراءات الجنائية، بل والأخذ بوسائل أكثر مرونة وقابلية للتطور في حل المنازعات الجزائية، يكون من شأنها أن تسهم كثيرًا في علاج تلك الازمة. ولمجابهة تلك النتائج كان لابد من البحث عن البدائل، وانطلقت كافة الأفكار في هذا الشأن من فكرة مؤداها أن العدالة الجنائية تعد مشكلة الجميع؛ مشكلة الدولة بكافة قطاعاتها وأفرادها؛ فيجب على كل فرد المساهمة في إيجاد حل لها، وهذا ما أوصى به المجلس الأوروبي<sup>(8)</sup> في 23 يونيو لعام 1983م في توصيته المتعلقة بمساهمة الأفراد في السياسة الجنائية، والتي تؤكد على أهمية تكاتف كل القوى في المجتمع في إعداد وتنفيذ التوجهات الجديدة للسياسة الجنائية، وجاء نصها على أن: "المجلس يوصي حكومات الدول الأعضاء بتشجيع مساهمة العامة في تحضير، وتطبيق سياسة جنائية متجهة إلى منع الإجرام، واللجوء إلى بدائل العقوبات السالبة للحرية، وضمان مساعدة الضحية"<sup>(9)</sup>.

ولكل هذه المطالب وغيرها من مفاصد السجون بدأت الدول تجار بالشكوى في المؤتمرات، والمحافل الدولية المهتمة بمنع الجريمة، ومعاملة المذنبين التي تعقد كل خمس سنوات

---

7 أحمد براك: العقوبات الرضائية في الشريعة الإسلامية والأنظمة الجنائية المعاصرة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه منشورة، دار النهضة العربية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2010، ص43.

8 المجلس الأوروبي هو: اجتماع لرؤساء الدول والحكومات في الدول الأعضاء بالاتحاد الأوروبي بالإضافة إلى رئيس المفوضية الأوروبية ويعقد الاجتماع من 2-3 مرات في العام لاتخاذ القرارات السياسية والاقتصادية الهامة، ورسم سياسة الاتحاد ويرأسه عادة الدولة التي تترأس مجلس الاتحاد الأوروبي، ويتم اتخاذ القرارات فيه بالإجماع، ولا يعتبر المجلس من الأجهزة الإدارية للاتحاد.

9 عمر سالم: مرجع سابق، ص13.

## نطاق تطبيق الوساطة الجنائية في التشريعات المقارنة

في كنف منظمة الأمم المتحدة، مما حدا بهذه المؤتمرات للمناداة بعدم اللجوء إلى العقوبات السالبة للحرية إلا كمالأخيراً<sup>(10)</sup>، وبناء على هذه التوصيات ظهرت اتجاهات حديثة تنادي بإيجاد بدائل للدعوى الجنائية تتميز بسرعة الفصل في الخصومة، وتحقق العدالة الاجتماعية وتعيد الحق لأصحابه، وتكون للعقوبة فيها دور مهم في إصلاح الفرد، وتتلافى ما يترتب عليها من سلبيات اجتماعية ومن هذه البدائل الصلح الجنائي، والأمر الجنائي، والتسوية الجنائية، والوساطة الجنائية.

وهنا تتضح الإشكالية العامة لموضوع الدراسة الراهنة، والتي تحدها الباحثة من خلال التساؤل التالي:

ما هو نطاق تطبيق نظام الوساطة الجنائية في التشريعات المقارنة

ويتفرع عن هذا تساؤلات فرعية تمثل محور البحث في الإجابة عليها ومنها:

- 1- ما هو تعريف الوساطة الجنائية، وطبيعتها القانونية؟
- 2- ما هو نظام الوساطة الجنائية من حيث نوع الجرائم التي يمكن اللجوء إلى الوساطة الجنائية لإنهاء الدعوى بشأنها؟
- 3- وما هو نطاق الوساطة الجنائية من حيث الأطراف الذين يحق لهم التدخل فيها؟

### أهداف البحث

وفي ضوء ما سبق من عرض لإشكالية البحث، وفي سياق التساؤل العام يمكن للباحثة في هذا الجزء أن تقوم بعرض الأهداف، وذلك على النحو التالي:

- التعرف على ماهية الوساطة الجنائية، والطبيعة القانونية لها.
- التعرف على نطاق تطبيق الوساطة الجنائية، والإمام بأحكامها، وشروط تطبيقها، وإجراءات مباشرتها في الأنظمة الإجرائية المقارنة.
- تقديم تصور مقترح من أجل تفعيل نظام الوساطة الجنائية في النظام القانوني الإماراتي.

10 ياسر بن محمد سعيد: الوساطة الجنائية في النظم المعاصرة، دراسة تحليلية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2011، ص 3.

## مناهج البحث

تقوم الدراسة على منهج يجمع بين المنهج الاستقرائي، والمنهج الاستنتاجي التحليلي، لكونه أفضل الوسائل والسبل للبحث عن الحقائق، واستكشاف معلومات جديدة، وتسمى بالطريقة الاستقرائية الاستنتاجية<sup>(11)</sup>، كما تعتمد الدراسة على استخدام المنهج المقارن بين القوانين، والتشريعات، والاتفاقيات الدولية، والوطنية

## خطة البحث

### المقدمة

**المبحث التمهيدي: تعريف الوساطة الجنائية وطبيعتها القانونية**

المطلب الأول: تعريف الوساطة الجنائية

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للوساطة الجنائية

**المبحث الأول: نطاق الوساطة الجنائية من حيث الجرائم.**

المطلب الأول: الموقف التشريعي من تحديد الجرائم محل الوساطة الجنائية.

المطلب الثاني: نوع الجرائم التي يمكن تطبيق الوساطة الجنائية فيها.

**المبحث الثاني: نطاق الوساطة الجنائية من حيث الأطراف.**

المطلب الأول: النيابة العامة.

المطلب الثاني: الوسيط الجنائي.

المطلب الثالث: المتهم والمجني عليه.

**الخاتمة: النتائج والتوصيات**

11 عبد الوهاب أبو سليمان ابراهيم: كتابة البحث العلمي صياغة جديدة، مكتبة الرشد، الطبعة التاسعة، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2005، ص 64.

المبحث التمهيدي

تعريف الوساطة الجنائية وطبيعتها القانونية

تمهيد وتقسيم:

اعتمدت القوانين المقارنة والتشريعات على الوساطة الجنائية، وذلك باعتبارها من أهم الوسائل القانونية الحديثة التي تهدف إلى إيجاد الحلول العلمية، والعملية للمشكلات التي تواجه أنظمه العدالة الجنائية، وذلك في إطار الإجراءات الجنائية التي تتم بعد وقوع الجرائم المختلفة، والتي يتبعها العديد من الآثار السلبية، والتي لا يمكن التغلب عليها إلا من خلال تدخل الوسيط بهدف إصلاح العلاقة الاجتماعية<sup>(12)</sup>. وعلى هذا الأساس وفي إطار الفصل الراهن تقوم الباحثة بالتعرف على أهم المفاهيم الإصلاحية والقانونية لمفهوم الوساطة الجنائية، وذلك من خلال المبحث والمطالب التي يتم عرضها على النحو التالي:

المطلب الأول: تعريف الوساطة الجنائية.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للوساطة الجنائية والسمات المميزة لها.

المطلب الأول

تعريف الوساطة الجنائية

لابد من الوقوف على أهم المفاهيم النظرية والقانونية للوساطة الجنائية، وذلك من خلال تناول التعريف اللغوي، والتشريعي في إطار القوانين المقارنة للوساطة الجنائية، وكذلك من خلال الفقه الجنائي. ويتم تقسيم هذا المطلب إلى:-

12 أكرم نشأت إبراهيم: السياسة الجنائية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، عمان، 2008، ص

## الفرع الأول

### تعريف الوساطة لغة

الوساطة: هي اسم للفعل (وسط) ووسط الشيء: صار في وسطه وهو واسط، ووسط القوم، والوساطة هي التوسط بين أمرين أو شخصين من أجل فض النزاع القائم بينهم من خلال التفاوض، والوسيط هو المتوسط بين المتخاصمين<sup>(13)</sup>.

وحول مفهوم الوساطة الجنائية في إطار معاجم اللغة الفرنسية: تُعرف الوساطة الجنائية على أنها أحد أنواع الإجراءات غير القضائية التي تقرها النيابة العامة، وذلك قبل تحريك الدعوى الجنائية، وذلك من أجل تعويض المجني عليه عن المتاعب التي نتجت عن الجريمة<sup>(14)</sup>.

كما يمكن النظر إليها بأنها الأسلوب غير القضائي الذي يعتمد على اقتراح تقدمه النيابة العامة في إطار الصلح الذي يتم بين الجاني والمجني عليه، وذلك بهدف تقديم التعويض للمجني عليه نتيجة للآثار التي أدت إليها الجريمة.

## الفرع الثاني

### تعريف الوساطة الجنائية في القوانين المقارنة والتشريعات العربية

بدايةً يمكن القول أن القوانين والتشريعات المقارنة لم تقوم بتحديد مفهوم معين وموحد لمفهوم الوساطة الجنائية، كما أن الدور الذي يقوم به المشرع الجنائي هو توضيح الغموض الذي يحيط بأي مصطلح من المصطلحات القانونية، وكذلك تحديد ماهيته في الواقع العملي<sup>(15)</sup>، وعلى

13 محمد بن أبي بكر الرازي: مختار الصحاح، مكتبة لبنان، 1993، ص 300.

14- Lexique, Terms Juridiques, II ed, D, 1998, P. 344 .On

<https://www.amazon.com/Lexique>.

15 Lagadec (J): Le nouveau Guide Partique du driot, France, Loisure, 1996, P. 393.

On <https://www.abebooks.fr/Nouveau-guide-pratique>

هذا الأساس تتناول الباحثة بالدراسة والشرح مجموعة من الآراء القانونية حول تعريف الوساطة الجنائية من خلال ما يلي:

### أولاً: مفهوم الوساطة الجنائية في التشريع البلجيكي

وفي هذا الصدد يمكن القول أن القانون البلجيكي الذي صدر بتاريخ 22 يونيو 2005 قد أقر مفهوم الوساطة الجنائية، وذلك باعتبارها العملية التي يتم السماح من خلالها تدخل أطراف من أجل حل النزاعات القائمة بالفعل، وتتم عملية التدخل هذه من خلال الشكل السري، وذلك بهدف الوصول إلى مجموعة من الحلول لتلك الصعوبات الناجمة عن جريمة معينة، وتتم عملية التدخل كذلك من خلال أساس منهجي معين، وذلك بشكل يسمح بسهولة التواصل، ومساعدة الأطراف المتنازعة على الوصول إلى اتفاق حول الشروط والأحكام التي تسمح بحل تلك المشكلات<sup>(16)</sup>.

### ثانياً: مفهوم الوساطة الجنائية في التشريع البرتغالي

يمكن للباحثة في هذا الصدد التأكيد على تعريف الوساطة الجنائية في التشريع البرتغالي، والذي نصت الفقرة رقم 1 من المادة رقم 4 من هذا القانون لسنة 2007 على تعريف الوساطة الجنائية بأنها: "العملية غير الرسمية المرنة التي تتم من خلال تدخل الطرف الثالث المحايد الذي يعتبر بمثابة الوسيط الذي يقوم بحل المنازعات القائمة بين طرفي النزاع، وذلك من أجل التوصل إلى اتفاق فعال من شأنه أن يؤدي إلى إصلاح الأضرار الناتجة عن الجرائم البسيطة المخالفة للقانون، ومن ثم إمكانية إعادة الصلح الاجتماعي".

ومن أهم التعريفات الخاصة بالوساطة الجنائية نجد ما جاء في توصيات المجلس الأوروبي؛ حيث أكدت تلك التوصيات على ضرورة الوقوف على تعريف محدد للوساطة الجنائية، وعلى هذا الأساس فقد جاء في المذكرة التوضيحية الخاصة بالتوصية رقم 99 بتاريخ 15

---

16 رامي متولي القاضي: الوساطة الجنائية في القانون الجنائي المقارن، مرجع سابق، ص 36 .  
16 أسامة حسنين عبيد: ورقة عمل حول الوساطة الجنائية مقدمة إلى ندوة: دور المجتمع المدني في منع الجريمة، أكاديمية الشرطة، القاهرة، 12 يناير 2005، ص 2.



## نطاق تطبيق الوساطة الجنائية في التشريعات المقارنة

سبتمبر 1999 أن الوساطة الجنائية هي: "العملية التي يمكن من خلالها أن يتاح التفاوض بين أطراف النزاع من خلال تدخل طرف آخر محايد يطلق عليه اسم الوسيط"<sup>(17)</sup>.

### رابعاً: المفهوم القانوني للوساطة الجنائية في إطار التشريعات العربية

هناك بعض المحاولات في نطاق التشريع المصري حول إيجاد مفهوم محدد للوساطة الجنائية، ومن هذه المحاولات نجد التعريف الذي يؤكد على أن الوساطة الجنائية بمثابة: "الإجراء الذي يهدف إلى التقريب بين طرفي النزاع، أو الخصوم الجنائية، وذلك بهدف التغلب على النتائج السلبية للجريمة، ومن ثم القدرة على إنهاء هذا الخلاف"<sup>(18)</sup>.

كما ينبغي للباحثة في هذا الصدد التأكيد على رأي الدكتور رامي متولي القاضي الذي يرى أن الوساطة الجنائية هي بمثابة: "الإجراء الذي يتم قبل تحريك الدعوى الجنائية، وذلك من خلال الشكل القانوني الذي تعتمده النيابة العامة، وذلك من خلال التفويض إلى أحد الأشخاص الذي تتوفر فيه مجموعة من المقومات، والشروط الخاصة، والتي تمكنه من تسوية النزاعات القائمة بين الأطراف، هذا ويترتب على نتائج الوساطة الجنائية تحقيق الأهداف التي نص عليها القانون، ومن ثم النجاح في عدم تحريك الدعوى الجنائية"<sup>(19)</sup>.

كما أن نظام الوساطة الجنائية نظام حديث غير معروف في القانون الليبي بمعنى أنه لم يأخذ قالباً تشريعياً، على الرغم أن المشرع الليبي أخذ بنظام الصلح الجنائي في المواد (100-110) من قانون العقوبات الليبي، حيث اتسم موقف المشرع الليبي بالتردد والاضطراب، وفي الوقت نفسه لا يأخذ بنظام الوساطة<sup>(20)</sup>.

---

17 رامي متولي القاضي: الوساطة الجنائية في القانون الجنائي الاجرائي المقارن ، مرجع سابق، ص 36 .  
18 أسامة حسنين عبيد: ورقة عمل حول الوساطة الجنائية مقدمة إلى ندوة: دور المجتمع المدني في منع الجريمة، أكاديمية الشرطة، القاهرة، 12 يناير 2005، ص 2.  
19 رامي متولي القاضي: الوساطة الجنائية في القانون الجنائي الاجرائي المقارن، مرجع سابق، ص 44.  
20 ثروت عبدالصمد محمود عطيه: الصلح كسبب لإنقضاء الدعوى الجنائية ، دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، مصر 2009، ص 178.

وقد سار القضاء المغربي على نفس النهج في اعتماد الصلح في حل القضايا والنزاعات، وبما أن المسطرة في التقاضي التقاضي كانت بسيطة وغير معقدة ، فإن القاضي حينها كان لا يأمر برفع المقال وبداية المرافعات تمهيدا لإصدار حكمه؛ إلا بعد أن يحاول نذب المتخاصمين للصلح وبعد أن يتبين له استحالة هذا الأمر لتباعد وجهات نظرهم<sup>(21)</sup>.

كما ترى الباحثة أن الوساطة الجنائية تعتبر بمثابة أحد البدائل القضائية التي تتم من خلال النيابة العامة، وفي إطار القانون من خلال تدخل الأشخاص الوسطاء المحايدون الذين يقومون بعملية التوفيق، وتحقيق الأهداف المحددة التي نص عليها القانون.

### الفرع الثالث

#### تعريف الوساطة الجنائية بالنظر إلى موضوعها وأهدافها

ومن خلال هذا الجزء تقوم الباحثة بعرض موجز لأهم تعريفات الوساطة الجنائية من حيث الموضوع، وكذلك من حيث الأهداف، ويأتي هذا العرض على النحو التالي:

#### أولاً: مفهوم الوساطة الجنائية بالنظر إلى موضوعها

لقد أقر التشريع الفرنسي تعريف الوساطة الجنائية من خلال موضوعها، وذلك باعتبارها النظام القانوني الذي يهدف إلى الوصول إلى الاتفاق الودي، أو المصالح، أو المحاولات التقريبية بين أطراف النزاع. وفي إطار التشريع الفرنسي أيضاً تؤكد الباحثة على تعريف آخر للوساطة الجنائية بأنها: "الطرق غير التقليدية التي تهدف إلى تسوية المنازعات من خلال تدخل الطرف الثالث المحايد". وهذا رأي آخر ضمن التشريع الفرنسي يؤكد على أن الوساطة الجنائية بمثابة: "حالة البحث عن تسوية النزاع القائم بين الأطراف من خلال التواصل إلى الحلول التفاوضية"<sup>(22)</sup>.

21 محمد سلام: أهمية الصلح في النظام القضائي المغربي المقارن، مجلة القصر، العدد 4 ، يناير، 2003، ص 48.

22 –Consul of the European Union from work of 15 March 2001 p 1 article 1. On <http://eur-lex.europa.eu/legal-content>.

وفي إطار تلك التعريفات يمكن للباحثة أن تحدد سمات الجرائم التي يمكن للوساطة الجنائية الفصل فيها، وعلى هذا الأساس تتمثل تلك الجرائم في النزاعات التي تقوم دائماً في إطار العلاقات الإنسانية غير المستقرة، والتي تحتاج دائماً إلى محاولة التوفيق بين الأطراف من خلال الوسيط.

### ثانياً: مفهوم الوساطة الجنائية بالنظر إلى أهدافها

وهنا يمكن النظر إلى تلك الأهداف على أنها الأمور التي يحددها المشرع، أو الفائدة القانونية التي تعود على الأطراف المتنازعة من خلال الشكل القانوني. ولقد حاول المشرع الفرنسي النظر إلى تلك الأهداف على أنها مجموعة من الإجراءات التي يحاول الشخص الوسيط خلالها محاولة التوصل إلى الاتفاق بين الأطراف المتنازعة، ومن ثم القدرة على التغلب على أنواع الاضطرابات التي تحدثها الجريمة، ويأتي ذلك في إطار التعويض الذي يمكن للمجني عليه الاستعادة منه نتيجة الضرر الواقع، وكذلك محاولة إعادة التأهيل بالنسبة للجاني<sup>(23)</sup>.

كما نص الفصل 335 مكرر من مجلة الإجراءات الجزائية التونسية على أنه "يهدف الصلح بالوساطة في المادة الجزائية الى ضمان جبر الأضرار الحاصلة للمتضرر من الأفعال المنسوبة للمشتكي به مع إنكفاء الشعور لديه بالمسؤولية والحفاظ على إدماجه في الحياة الإجتماعية"<sup>(24)</sup> فمن منظور هذا الفصل نستنتج أن الصلح بالوساطة في المادة الجزائية يقوم على ازدواجية الهدف المتمثل في حصول جبر الضرر للضحية، والحفاظ على إدماج الجاني في المجتمع، وبالتالي نجد أن الصلح بالوساطة الجنائية في التشريع التونسي يقتضي توفر مجموعة من الشروط متمثلة في: ضرورة وجود جريمة ونسبتها لشخص معين ووجود ضرر حاصل لشخص معين، أي شروط مرتبطة بوجود جريمة معينة وأخرى بأطراف النزاع.<sup>(25)</sup>

<sup>23</sup> رامي متولي القاضي: الوساطة الجنائية في القانون الجنائي المقارن، مرجع سابق، ص 48.

www.wrcati.cawtar.org 24

25 الميلودي العابد العمراني: الوساطة الجنائية التشريع الفرنسي والتونسي نموذجاً، منشور في المجلة المغربية للوساطة والتحكيم، المركز الدولي للوساطة والتحكيم، المغرب، العدد السادس، 2012، ص 50. رابط

<https://search.mandumah.com/Record/518038>

## المطلب الثاني

### الطبيعة القانونية للوساطة الجنائية

اختلف الفقهاء والباحثين فيما بينهم في تحديد الطبيعة القانونية للوساطة الجنائية، وعلى هذا الأساس فقد اختلفت الاتجاهات المتعددة لهذا الأمر، ويرجع هذا الاختلاف إلى تباين النظرة للوساطة الجنائية، فهناك من نظر إليها على أنها ذات طبيعة اجتماعية لأنها تقوم على التصالح بين طرفي النزاع، وهناك من نظر إليها على أنها تتبع الإشراف الكامل لسلطة النيابة العامة وتقديرها<sup>(26)</sup>. ومن خلال هذا الجزء يتسنى للباحثة أن تعرض لأهم تلك الآراء على النحو التالي:

## الفرع الأول

### الطبيعة الاجتماعية للوساطة الجنائية

يؤكد أن الوساطة الجنائية ذات طبيعة اجتماعية، وذلك لأنها تهدف إلى تحقيق السلام والصلح الاجتماعي، وإعادة التوازن بين طرفي النزاع، وكذلك تسوية المنازعات من خلال الشكل الودي. وفي هذا الصدد فقد أكد التشريع الفرنسي على أن الوساطة الجنائية هي بمثابة العدالة الناعمة التي تقوم على حل المنازعات في نطاق الأحياء، وذلك من خلال مراكز العدالة التي تقوم بدعوة الأطراف المتخاصمة إلى الصلح قبل البدء في سلسلة الإجراءات القانونية، ويتم هذا الأمر بهدف تحقيق العدالة الاجتماعية، ومساعدة المجتمع. ومن الآراء التي نظرت إلى الوساطة الجنائية من خلال البعد الاجتماعي نجد الرأي الذي يؤكد على أنها بمثابة التنظيم الاجتماعي المستحدث الذي يهدف إلى الصلح بين الأطراف بشكل ودي، ولكن في إطار قانوني. كما ينظر البعض إلى الوساطة الجنائية على أنها الفن الاجتماعي الذي يمتزج بالقانون من خلال الشكل الاجتماعي، والثقافي، والجنائي.

ومن أهم الأمثلة على الوساطة الجنائية نجد نموذج وساطة الأحياء، ونموذج المكاتب القانونية التي يتم تطبيقها في فرنسا، وكذلك مراكز عدالة الجوار في الولايات المتحدة الأمريكية،

<sup>26</sup> رامي متولى القاضي: مرجع سابق، ص 65.

هذا وتتميز تلك النماذج بالسعي إلى تحقيق الصلح والسلام الاجتماعي من خلال الأشخاص ذوي المكانة الاجتماعية في إطار هذه الأحياء<sup>(27)</sup>. وهنا ترى الباحثة أن الوساطة الجنائية هي بمثابة الإجراء الجنائي الإنساني الذي يعتمد على تدخل الطرف المحايد الوسيط من خلال الشكل الودي، ومن ثم فإن الوساطة الجنائية تجعل الإجراءات الجنائية أكثر إنسانية.

### الفرع الثاني

#### الطبيعة العقدية للوساطة الجنائية

يؤكد أن الوساطة الجنائية ذات طبيعة اتفاقية عقدية تعتمد على الإتفاق والتفاوض بين طرفي النزاع من أجل الوصول إلى الحل الودي، والصلح، ومن ثم فإن هذا الاتجاه يؤكد على أن عملية الوساطة الجنائية تتمثل في ثلاثة أطراف هي الجاني، والمجني عليه، والوسيط، كما أنها تهدف إلى التخفيف من شدة الإجراءات الجنائية؛ لأنها تعتمد على إتمام الصلح قبل الشروع في إجراءات الدعوى الجنائية. ويعتبر هذا التفاوض أو الإتفاق بمثابة تصرف قانوني يهدف إلى الصلح شأنه شأن الصلح المدني الذي يتم في إطار المحاكم والقانون، وذلك لأن هذين الأمرين وهم الإتفاق الودي، والصلح المدني؛ إنما يؤديان إلى نفس الهدف، وهذا ما أكدت عليه المادة القانونية رقم 2046 من القانون المدني الفرنسي، كما أنهم أيضًا لا يؤثران على سير الدعوى الجنائية. هذا وقد أكدت المادة 335 من القانون الفرنسي على عدم جواز الرجوع في الصلح من خلال الوساطة الجنائية باتفاق الطرفين، كما أكد القانون الفرنسي المدني في المادة رقم 2044 على أن عقد التصالح بين طرفي النزاع لا بد أن يقوم هذين الطرفين بالتوقيع عليه، كما أكد القانون المصري أن عقد التصالح من خلال الوساطة الجنائية يؤكد أن الإتفاق بين طرفي النزاع يعتبر صلحًا، وكذلك يعتبر بمثابة العقد الحقيقي الذي يتم في إطار الصلح المدني<sup>(28)</sup>.

<sup>27</sup> محمد عوض عوض: المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص 287.

<sup>28</sup> Mireille Delmas Marty: les grands systèmes de politique criminelle, puf, coll, Themis, Paris, 1992. On <http://gallica.bnf.fr/ark>

## الفرع الثالث

### الطبيعة المختلفة للوساطة الجنائية

يؤكد أن الوساطة الجنائية ذات طبيعة مختلطة من خلال الناحية العقدية، والجنائية؛ حيث تظهر هذه العلاقة بين فرد النيابة العامة، وبين طرفي الوساطة، وذلك من خلال تنازل عضو النيابة عن الحق في تحريك الدعوى بصورة مؤقتة مقابل أن يتنازل الجاني عن حقه القانوني، وذلك بعد إتمام عملية الوساطة الجنائية، ومن الممكن أن يتراجع أحد أطراف النزاع عن الوساطة، وذلك إذا ظهرت أحداث جديدة تجعل الصلح غير جائزاً فيها. كما تتضح الطبيعة الجنائية لعملية الوساطة، وذلك من خلال الآثار القانونية المترتبة على إتمام عملية الوساطة، والتي تهدف إلى تدعيم شعور الجاني بالمسؤولية، وكذلك إعادة دمجه في الحياة الاجتماعية. كما ينظر هذا الاتجاه إلى الوساطة الجنائية بأنها أحد الإجراءات التي تكمل عملية الصلح الجنائي بين طرفي النزاع، وهذا ما أكد عليه القانون البلجيكي الذي نظر إلى الوساطة الجنائية على أساس أنها مركب قانوني يقوم على الصلح والتسوية مثلما يحدث في عملية الصلح الجنائي<sup>(29)</sup>. ولقد أكد التشريع المصري على عملية الوساطة الجنائية تحت مسمى مجلس الصلح الذي يهدف إلى الوصول إلى اتفاق، وتسوية للخصومة، ومن ثم فإن عملية الوساطة الجنائية تدخل في إطار مفهوم الصلح بالمعنى الواسع<sup>(30)</sup>.

وفي ضوء ما سبق ترى الباحثة أن الاتجاه الاتفاقي للوساطة الجنائية؛ إنما يقوم على إتمام عملية إصلاح والتسوية بين طرفي النزاع مع التأكيد على دور النيابة العامة التي تعتبر صاحبة القرار في إحالة أمر النزاع إلى الوساطة الجنائية.

**وهناك من يرى** أن الوساطة الجنائية ذات طبيعة إدارية، وذلك في إطار سلطة النيابة العامة التي تقوم بتحريك الدعوى من الناحية الجنائية، وكذلك سلطة النيابة في الحفظ الإداري للقضية، وذلك كما أكد عليه القانون الفرنسي من خلال المادة رقم 40 من قانون الإجراءات

<sup>29</sup> محمد حكيم حسين: النظرية العامة للصلح وتطبيقاتها في المواد الجنائية، دراسة مقارنة، دراسة دكتوراه منشورة، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2005، ص 133.

<sup>30</sup> محمد حكيم حسين: المرجع السابق: ص 135.

## نطاق تطبيق الوساطة الجنائية في التشريعات المقارنة

الجنائية. كما تتحدد الطبيعة الإدارية للوساطة الجنائية من خلال وقف تحريك الدعوى الجنائية بصورة مؤقتة، أو من خلال شرط، وعلى هذا الأساس تعتبر الوساطة الجنائية بمثابة الشكل القانوني الذي يسمح بتعديل العقوبة خارج إطار المبادئ القانونية، وذلك على أساس أن الأمر بالحفظ تحت شرط يكون من سلطة النيابة ذات الطبيعة الإدارية<sup>(31)</sup>.

وفي ضوء ما سبق يتضح أن الوساطة الجنائية ليست العقد المدني، كما أنها ليست إجراءً جنائياً، وإنما يمكن النظر إليها على اعتبار أنها الإجراء الإداري الذي تصدره النيابة العامة في إطار السلطة المخولة لها، وهذا ما أكدت عليه المادة رقم 40 من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي<sup>(32)</sup>.

وهنا ترى الباحثة أن الوساطة الجنائية تعتبر أحد أساليب التخفيف عن كاهل الجهات القضائية، وذلك في إطار دور الوساطة في حل الخصومات، والمنازعات الجنائية البسيطة.

**وهناك من يؤكد أن الوساطة الجنائية تعتبر أحد البدائل التي تقوم برفع الدعوى الجنائية،** كما أنها تعتبر بمثابة إحدى الطرق القانونية التي تهدف إلى استبعاد الإجراءات الجنائية، وهنا يمكن التأكيد على أن أنصار هذا الاتجاه يؤكدون على هدف الوساطة الجنائية في تعويض المجني عليه، وهذا يقتصر الاختلاف بين نظام الوساطة الجنائية، وبين الصلح الجنائي من حيث نطاق التطبيق، والأثر؛ فبالنسبة للتطبيق نجد أن الصلح الجنائي يحدد مجموعة من الجرائم المعينة التي يتم التدخل في إطارها، وهذا الأمر يختلف عن الوساطة التي لم تحدد الجرائم محل التطبيق، ومن ناحية الأثر نجد أن نجاح عملية الوساطة الجنائية لا يترتب عليه أي أثر قانوني، كما يكون للنيابة العامة حرية التصرف في الدعوى، وبالنسبة للصلح الجنائي فإنه يترتب عليه إنقضاء الدعوى الجنائية دون وجود أي سلطة للنيابة العامة. وعلى الرغم من هذا الاختلاف إلا

<sup>31</sup> محمد نجيب معاوية: المفهوم القانوني للصلح بالوساطة في المادة الجزائية وآلياته، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر مناقشة نظام الصلح بالوساطة في المادة الجزائية، المعهد الأعلى للقضاء في تونس، 13 مارس 2003، ص 4.

<sup>32</sup> Guilbot. M. et Rojare. S.: la participation du ministre public a La mediation archives de politique criminelle, 1992, N. 14. On Contrat et juridiction pénale – 1999. <http://droit.wester.ouisse.free.fr>

أن الوساطة الجنائية، والصلح الجنائي إنما ينتميان إلى نظام قانوني واحد، وهو يعتبر جزء من قانون الإجراءات الجنائية<sup>(33)</sup>.

## المبحث الأول

### نطاق الوساطة الجنائية من حيث الجرائم

تمهيد وتقسيم:

تتناول الباحثة من خلال هذا المبحث التعرف على نطاق الوساطة الجنائية من حيث الجرائم، ويأتي عرض هذا المبحث من خلال المطلبين التاليين:  
المطلب الأول: الموقف التشريعي من تحديد الجرائم محل الوساطة الجنائية  
المطلب الثاني: الجرائم التي يتم تطبيق نظام الوساطة الجنائية فيها.

## المطلب الأول

### الموقف التشريعي من تحديد محل تطبيق الوساطة الجنائية

وفي هذا الصدد يمكن القول أن هناك طريقتان من أجل تحديد منهج المشرع في تحديد نطاق تطبيق لأي نظام جنائي، وأول هذه الطرق هي نظام التعداد الحصري، والطريقة الثانية هي وضع القاعدة العامة:

## الفرع الأول

### نظام التعداد الحصري

وهو النظام القانوني الذي يقوم من خلاله المشرع بتحديد أنواع الجرائم التي يمكن تطبيق النظام الجنائي عليها، والتي من الممكن أن تتمثل في جرائم الشكوى والصلح وفقاً للقانون المصري، ونفس الأمر بالنسبة للقانون التونسي الذي يُحدد تطبيق الوساطة الجنائية في جرائم

<sup>33</sup> محمد نجيب معاوية: مرجع سابق، ص 4.



الصلح، وذلك وفقاً للمادة رقم 335 من قانون الإجراءات الجزائية التونسي، كما يمكن النظر إلى الحكمة من تحديد هذه الجرائم في أنها تمثل استثناء على القاعدة العامة التي يحددها النظام القانوني، ومن ثم يجب أن تكون تلك الجرائم محددة مع مراعاة عدم التوسع في نظام تطبيقها<sup>(34)</sup>.

### الفرع الثاني

#### نظام القاعدة العامة

ومن خلال هذا النظام يقوم القانون الجنائي بوضع مجموعة من القواعد العامة التي تمثل المعايير التي تحدد الجرائم الخاضعة لأحد الأنظمة القانونية، ومن أهم التشريعات التي حددت نطاق الوساطة الجنائية في إطار القاعدة العامة نجد القانون البرتغالي في المادة رقم 2 من قانون سنة 2007، وكذلك القانون البلجيكي، فمن خلال القانون البرتغالي يتضح الدور البارز للمشرع في تحديد نطاق تطبيق الوساطة الجنائية في جرائم الشكوى، والتي تتمثل في الاعتداء على الأموال، والأشخاص، وهنا نجد دور المشرع في تحديد بعض الاستثناءات على تلك القاعدة العامة، والتي تتمثل في المدة الزمنية للعقوبة، وكذلك نوع الجريمة، والمرحلة العمرية للمجني عليه، هذا إلى جانب طبيعة الإجراءات، ومن خلال التشريع البلجيكي فإن نطاق تطبيق الوساطة الجنائية يكون وفقاً لحجم العقوبة، وهذا ما أكدت عليه المادة رقم 216 من قانون تحقيق الجنايات سنة 1994، والتي قررت تطبيق نظام الوساطة الجنائية على الجرائم التي لا تزيد مدة العقوبة فيها عن الحبس لمدة عامين<sup>(35)</sup>.

<sup>34</sup> محمود محمود مصطفى: تطور قانون الإجراءات الجنائية في مصر وغيرها من الدول العربية، مطبعة جامعة القاهرة، 1985، ص 290.

<sup>35</sup> رامي متولي القاضي: الوساطة الجنائية في القانون الجنائي الإجرائي المقارن، مرجع سابق، ص 162.

## المطلب الثاني

### نوع الجرائم التي يتم تطبيق نظام الوساطة الجنائية عليها

وهنا يمكن التأكيد على أن تطبيق الوساطة الجنائية يختلف من موضع إلى آخر، وذلك على حسب نوع الجرائم، كما يمكن القول أن الوساطة الجنائية لا يتم تطبيقها على كافة الجرائم، كما لا بد أن يكون لهذه الجرائم خصائص معينة، في حين نجد التشريع الفرنسي لم يهتم بتحديد محل تطبيق الوساطة الجنائية؛ حيث تعرض التشريع الفرنسي للكثير من أوجه الانتقادات، وعلى الرغم من ذلك إلا أن جانبا من الفقه الفرنسي أكد على أن تطبيق الوساطة الجنائية يكون من خلال الجرائم التي يتم فيها الاعتداء على الأشخاص، والأموال، وكذلك الجرائم التي تمس الأسرة، واستدل هذا الرأي على التطبيق العملي لمحل تطبيق نظام الوساطة الجنائية. ومن الأمور التي يستدل بها هذا الرأي أيضا نجد تصريحات وزير العدل الفرنسي أمام الجمعية الوطنية عند مناقشة قانون تطبيق الوساطة الجنائية، والذي أكد على أن هذا القانون يتعلق بالجرائم ذات الخطورة البسيطة<sup>(36)</sup>.

كما ينبغي للباحثة في هذا الصدد التأكيد على أهم ما جاء في ندوة طوكيو بخصوص تطبيق الوساطة الجنائية؛ حيث حددت تلك الندوة تطبيق نظام الوساطة الجنائية بين طرفي النزاع الذين تربط بينهم علاقات، وروابط مثل أفراد الأسرة الواحدة، أو زملاء العمل، وغيرها. ونفس الرأي تقريبا بالنسبة لتشريع الولايات المتحدة الأمريكية؛ حيث اقتصر تطبيق نظام الوساطة الجنائية على الجرائم البسيطة مثل السرقات، والاعتداء على الممتلكات، وغيرها من الجرائم مثل إساءة استعمال الهاتف، وكذلك الجرائم التي تقع بين الأفراد ذوي العلاقات القريبة. ومن خلال ما سبق ترى الباحثة أن القاعدة العامة حول مجال تطبيق نظام الوساطة الجنائية هي الجرائم ذات الخطورة البسيطة؛ مثل جرائم العنف البسيط، والجرائم التي تتم بين الجيران، والخلافات العائلية، وغيرها من الجرائم التي تتطلب تدخل الوسيط من أجل الإصلاح الاجتماعي<sup>(37)</sup>. وفي هذا

<sup>36</sup> رامي متولي القاضي: المرجع السابق: ص 164.

<sup>37</sup> أنور محمد صدقي، وبشير سعد زغول: الوساطة في إنهاء الخصومة الجنائية - دراسة تحليلية مقارنة، مجلة الشريعة والقانون، العدد 40، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، أكتوبر 2009، ص 339.

الصدد يمكن الإشارة إلى أهم أنواع الجرائم التي تتدخل الوساطة الجنائية في الفصل فيها، ومن أهمها نجد:

## الفرع الأول

### جرائم الاعتداء على الأشخاص

والتي تمثل مجالاً واسعاً من مجالات تطبيق الوساطة الجنائية في التشريع الفرنسي، وغيره من التشريعات الجنائية المقارنة، وهنا يتضح دور الوساطة الجنائية في تسوية النزاعات التي تقوم بين الأسر، والأحياء، ويكون الهدف العام من الوساطة الجنائية هنا هو الحفاظ على سلامة الأفراد، وكذلك حماية الحق في الحياة، والوقاية من الخلافات الأسرية، وخلافات الجيرة، وغيرها من الجرائم التي تخضع لنظام الصلح<sup>(38)</sup>.

كما نجد أن بعض التشريعات، قد استعان المشرع فيها بوضع قواعد عامة، والبعض الآخر قد وردت الجرائم على سبيل الحصر، وعدم تحديد الجرائم محل نظام الوساطة الجنائي من حيث يرى البعض أن مجال الوساطة الجنائية هو في العادة الجرائم متوسطة الخطورة، مما يعني استبعاد الجرائم الخطرة (الجنایات) من الخضوع لهذا الإجراء<sup>(39)</sup>.

## الفرع الثاني

### جرائم الاعتداء على الأموال

يقصد بهذه الطائفة من الجرائم تلك التي تكون المصلحة المحمية فيها هي الملكية كجرائم السرقة وخيانة الأمانة وتقسم هذه الطائفة إلى قسمين:

الأول هو جرائم الإثراء، مثل جريمة السرقة والجرائم الملحقة بها. والثاني هو جرائم الإضرار، مثل جريمة الإتلاف. وتقف العوامل الاقتصادية كقاعدة خلف مرتكبي تلك الجرائم

<sup>38</sup> أنور محمد صدقي: المرجع السابق، ص 340.

<sup>39</sup> أحمد محمد براك، مرجع سابق، ص 512.

## نطاق تطبيق الوساطة الجنائية في التشريعات المقارنة

تحقيقاً لنفع معين، أو إلى الرغبة في الإنتقام<sup>(40)</sup>. وتمثل هذه الجرائم نسبة 41.5 % من مجموع القضايا التي تعالج عن طريق الوساطة في جرينوبل في فرنسا، تحتل منهم جرائم الإلتلاف والتخريب نسبة 25.8 % وعلى جانب آخر، تنخفض نسبة جرائم الاعتداء على الأموال في ولاية بوسطن الأمريكية إلى 19.7%<sup>(41)</sup>، بينما ترتفع نسبة هذه الجرائم في ولاية مينسوتا إلى 75% من مجموع الجرائم التي تعالج عن طريق الوساطة<sup>(42)</sup>

### مدى جواز الوساطة في حد السرقة في حال ثبوته في التشريع الإسلامي

يذهب جانب كبير من أنصار هذا الرأي إلى القول بعدم جواز العفو أو الصلح أو الشفاعة لدى المجني عليه طالما ثبت الحد على الجاني، فلا أثر لعفو أو تنازل المسروق منه بعد ثبوت حد السرقة .

فبعد الثبوت يزول حق العبد في الحد ، ويصبح الحق خالصاً لله تعالى، فلا يملك أحد إسقاطه<sup>(43)</sup> فقد روي الزهري عن أبي صفوان عن أبيه أنه نام في المسجد وتوسد رداءه، فأخذ من

<sup>40</sup> أسامة حسانين عبيد: الصلح في قانون الإجراءات الجنائية والنظم المرتبطة به، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، 2004، ص 402

<sup>41</sup> Bonafe Schmitt J.P.: La médiation pénale en France et aux États-Unis, L.G .J, 1998, P. 174.

مشار إليه في رامي متولي القاضي: الوساطة الجنائية في القانون الجنائي الاجرائي المقارن، مرجع سابق، ص164 \_

<sup>42</sup> Bonafe Schmitt J.P.: La médiation pénale en France et aux États-Unis, L.G .J, 1998, P. 172.

مشار إليه في رامي متولي القاضي: الوساطة الجنائية في القانون الجنائي الاجرائي المقارن، مرجع سابق، ص164

<sup>43</sup> المغربي: مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، مطبعة السعادة، مصر، 1329هـ، ج 6، ص 320، مشار إليه في، أشرف رمضان عبد الحميد: الوساطة الجنائية ودورها في إنهاء الدعوى العمومية، دار الفكر العربي للطباعة والنشر، القاهرة، 2004، ص 133.

## نطاق تطبيق الوساطة الجنائية في التشريعات المقارنة

تحت رأسه، ف جاء بسارقه إلى النبي ﷺ فأمر أن يقطع. فقال يا رسول الله لم أرد هذا، ردائي عليه صدقة، فقال رسول الله ﷺ: " فهلا قبل أن تأتيني" (44)

وذهب رأي آخر، إلى جواز العفو وإسقاط حد السرقة حتى بعد ثبوته، إستناداً إلى أن تملك المال المسروق يسقط الحد. فإذا ملك السارق العين المسروقة بهبة أو بيع أو غيرها من أسباب الملك قبل رفع الحد إلى القضاء لم يجب القطع، لأن من شروطه المطالبة بالمسروق، وبعد إنتقال ملكه للسارق لا تصلح المطالبة.

ويسقط الحد كذلك إذا ملكها بعد الثبوت لأنها صارت ملكه، ولا يقطع في عين هي ملكه، كما لو ملكها قبل المطالبة بها. فالمطالبة شرط للترافع والترافع كما هو شرط للابتداء، فهو شرط بقاء، والتملك يمنع من المطالبة (45)

وذهب رأي ثالث، إلى أبعد من ذلك حيث أجاز العفو والصلح في السرقة في أي مرحلة من مراحل الدعوى حتى تمام تنفيذ العقوبة، استناداً إلى أن تملك المال المسروق بموجب الصلح يثير شبهة الملك بعد قيام أركان الجريمة، وتوافر شرائط تنفيذ عقوبتها، ومن واجب القضاء درء مثل هذه العقوبات (46).

وعلى ذلك، فإن الوساطة بين المجني عليه في حد السرقة وبين الجاني تكون جائزة طالما لم يثبت الحد أمام القضاء، فإذا ثبت وجب على القاضي أن يقيمه ولا يقبل شفاعته أو عفو المجني عليه، عملاً بقول الله تعالى "تلك حدود الله فلا تعتدوها" سورة البقرة الآية 229 وقوله

<sup>44</sup> الشوكاني: نيل الأوطار، شرح منتهى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، كتاب الأقضية والأحكام، ج7، مطبعة الحلبي، مصر، 1953، ص107، مشار إليه في، أشرف رمضان عبد الحميد: الوساطة الجنائية ودورها في إنهاء الدعوى العمومية، مرجع سابق، ص 134

<sup>45</sup> الكاساني: بدائع الصانع، ج7، ص 55

<sup>46</sup> نبيل عبد الصبور النبروي: سقوط العقوبة بين الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي، رسالة دكتوراة، جامعة عين

شمس، 1995، ص 157

## نطاق تطبيق الوساطة الجنائية في التشريعات المقارنة

﴿تعاؤا الءءوء ففما بفنكم؁ فما بلغنى من ءء فءء وءب﴾<sup>(47)</sup>؁ وفعنى بءلك أن الءء إذا ءوافرت موءبائه لءى الفاضى فءء وءب إقامءه.

وفى ضوء ما سبق فءضء للباءءة أن محل ءطبفء نظام الوساطة الجنائفة فءءلف وفعاً للأءءاف العامة الءى ءسعى إليها الوساطة؁ هذا إلى جانب أنواع الجرائم البسفة الءى فمكن الءلءب علفها؁ والءى ءءوافق مع المعاففر؁ والإءراءاء القانونفة المءءءة لنظام الوساطة الجنائفة؁ كما فمكن القول أن هناك مجموعة من المعاففر الءى ءءءء محل ءطبفء الوساطة الجنائفة؁ والءى ءءءوق على الطابع الماءى للنزاع القائم بفن الطرففن؁ وهنا ففكون هءف الوساطة الجنائفة هو سرعة إنهاء الءصومة القائمة ءون اللءوء إلى إءراءاء العءالة القضائفة الءقلفءفة؁ ومن ءم القدرة على مواءة أنواع الإءراءاء الءى ءلءق بالنظام العام؁ كما ءءءءء معاففر ءطبفء الوساطة الجنائفة حسب الضرر الءى فءءء عن الجرائم؁ وكذلك طبعءها. وبناء على ءظورة الجرائم ففكون ءور رففس النفاة العامة فى ءءءء مءى ءوافق القضافة؁ أو الجريمة؁ وإءالءها إلى نظام الوساطة الجنائفة مع مراعاة أن ءلك الجرائم لا ءمس النظام العام؁ أو المصلءة العامة<sup>(48)</sup>.

### المبءء الءانى

#### نطاق الوساطة الجنائفة من ءفء الأطراف

ءءناول الباءءة من ءلال هذا المبءء أهم الأطراف الءى ءقوم علفها عملفة الوساطة الجنائفة؁ وفاءى عرض هذا المطلب على النحو الءالى:

المطلب الأول: النفاة العامة والوسفء الجنائفى

المطلب الءانى: المءءم والمءنى علفه

<sup>47</sup> الءبرفزى: مشكاة المصابفء؁ ء. 2؁ ص 265؁ مشار إليه فى؁ أشرف رمضان عبء الءمفء: الوساطة الجنائفة وءورها فى إنهاء الءعوى العمومفة؁ مرجع سابق؁ ص 135.

<sup>48</sup> Bonafe Schmitt J.P.: La médiation pénale en France et aux États-Unis, L.G. J., 1998, P. 174. On <https://www.lgdj.fr/la-mediation-penale>.

## المطلب الأول

### النيابة العامة والوسيط الجنائي

تعتبر النيابة العامة والوسيط الجنائي من أهم الأطراف التي تعتمد عليها الوساطة الجنائية، وذلك على النحو التالي:

## الفرع الأول

### النيابة العامة

تعتبر النيابة العامة والوسيط الجنائي من أهم الأطراف التي تعتمد عليها الوساطة الجنائية، وذلك من خلال:

1. إحالة الدعوى الجنائية إلى نظام الوساطة، هذا إلى جانب الإشراف الكامل عليها، ومتابعة الإجراءات الجنائية اللازمة لإنهاء الخصومة، أو النزاع بين الطرفين.
2. ومن ثم فإن النيابة العامة تقوم بأدوارها من خلال جانبين:  
أولاً: السعي نحو إقامة الدعوى الجنائية إلى القضاء.

ثانياً: يتمثل في النظر في طبيعة القضية المطروحة، أو الجريمة؛ حيث تتضح سلطاتها المخولة في إحالة الجرائم البسيطة إلى نظام الوساطة الجنائية بهدف تخفيف الضغط على كاهل العدالة القضائية، ومن ثم الوصول إلى التسوية الجنائية من خلال الشكل الودي القائم على الصلح، وتعويض المجني عليها عن الأضرار التي أصابته من خلال الجريمة .

3. كما تقوم النيابة العامة بالعديد من الأدوار البارزة، والتي تتمثل في تنظيم عملية الوساطة الجنائية، والرقابة عليها، والإشراف القانوني، وتحديد الظروف التي تهدف إلى حل الخصومة القائمة بين الطرفين؛ وذلك لكونها تتسم بالحياد والاستقلالية فإنها سوف تكون الدافع والمشجع

لنظام الوساطة الجنائية لما لهذا النظام من الفائدة المحققة في خفض الأعباء على كاهل أطراف الجهاز القضائي<sup>(49)</sup>.

4. يتضح دور النيابة العامة في اختيار الفرد الوسيط المحايد الذي يقوم بالتدخل من أجل الصلح بين الطرفين، وتتم عملية الاختيار من خلال مجموعة من الأمور الموضوعية التي تتوافق مع طبيعة الجريمة، وكذلك المدة الزمنية التي تحتاجها من أجل الوصول إلى الصلح<sup>(50)</sup>.

## الفرع الثاني

### الوسيط الجنائي

يعتبر الوسيط الجنائي بمثابة أحد أبرز أطراف عملية الوساطة الجنائية، وذلك لأنه يقوم بإنهاء النزاع بين الطرفين من خلال مجموعة من الخصائص التي يتميز بها، وكذلك في إطار القواعد القانونية المنظمة، والشروط التي يحددها القانون الجنائي.

أولاً: يعرف الوسيط الجنائي بأنه الفرد المحايد الذي يقوم بالتدخل بين طرفي الخصومة، أو النزاع من أجل التوصل إلى الحل؛ حيث يقوم بإقتراح مجموعة من الحلول المناسبة، وذلك في إطار مقابلة كل طرف من أطراف النزاع على حده، ومحاولة التوفيق بينهم في ضوء الأسس المشروعة، ومن خلال إشراف النيابة العامة، وكذلك في إطار التقارير التي يقوم بكتابتها، ورفعها إلى المختصين<sup>(51)</sup>.

ثانياً: كما يقوم الفرد الوسيط بهذا الدور بدلاً عن النيابة العامة، وذلك من أجل تجنب المساس بمبدأ النزاهة، والحياد للنيابة العامة، وهنا يمكن الإشارة إلى أن إقرار المشرع لنظام الوساطة الجنائية في القانون الفرنسي يعتبر اعتراف حقيقي بوجود مهنة الوساطة الجنائية على أرض الواقع.

<sup>49</sup> جميلة مصطفى احمد زيد: بدائل الدعوى الجزائية، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة القدس، فلسطين، 2011، ص 89.

<sup>50</sup> رامي متولي القاضي: الوساطة الجنائية في القانون الجنائي الاجرائي المقارن، مرجع سابق 207 .

<sup>51</sup> رامي متولي القاضي: مرجع سابق، ص 208.



وهنا يمكن للباحثة التأكيد على أهم الفروق بين دور الوسيط، وغيره من الوظائف الأخرى مثل المحكم، وكذلك الموفق؛ فالمحكم يعتبر الفرد الذي يتم اختياره من خلال طرفي النزاع، وذلك من أجل تسوية الخلاف القائم بينهما في إطار الصلح، كما يكون اختصاص الموفق في النزاعات المدنية، ويتولى المنصب من خلال القاضي، أما بالنسبة للوسيط فهو الفرد الذي يتم اختياره، وتكليفه من قبل النيابة العامة للقيام بهذا الدور في النزاعات الجنائية، وتتم عملية اختياره من خلال النيابة العامة<sup>(52)</sup>.

ثالثًا: وعلى هذا الأساس يتضح الدور الذي يقوم به الوسيط الجنائي من حيث أنه طرف محايد يعتبر نائبًا عن النيابة العامة في الفصل بين طرفي النزاع من خلال الشكل الودي القائم على الصلح، والتراضي. ومن الممكن أن يكون الوسيط الجنائي بمثابة فرد طبيعي، أو على هيئة الجمعيات الأهلية التي تساعد المجني عليهم، وهذا ما أكدت عليه المادة رقم 15 من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي، ومن الممكن أن يكون هذا الشخص الوسيط فردًا محترفًا يتقاضى أجرًا عن القيام بدوره في الوساطة الجنائية، ومن الممكن أيضًا أن يكون متبرعًا بهذا الدور<sup>(53)</sup>.

رابعًا: ويعتمد أسلوب عمل الوسيط الجنائي على الشكل المنفرد، أو من خلال الجمعيات التي تساعد المجني عليهم، وهناك نوع آخر من الوسطاء يُطلق عليه اسم وسيط المدعي العام، وهو يتبع النيابة العامة من خلال المحكمة، والدوائر التابعة لها، وذلك في القانون الفرنسي والبلجيكي، ولعل هذا الأمر هو من أهم الأسباب التي أدت إلى وجود مهنة الوسيط الجنائي في القانون الفرنسي، وذلك لأن المشرع الفرنسي قد قام بحصر الذين يمارسون مهنة الوساطة في إطار الوظائف القضائية المختلفة. هذا وتأتي الجمعيات التي تساعد المجني عليهم في القيام بأدوار الوساطة الجنائية، وذلك من خلال اختيار بعض الممثلين من أجل التعامل مع أطراف النزاع بهدف الوصول إلى الحلول المقترحة، ونظرًا لتنوع الوسطاء فقد أكدت التوصية رقم 99 التابعة للمجلس الأوروبي على ضرورة وجود مجموعة من المعايير التي تحدد الجهة التي تقوم بتطبيق

<sup>52</sup> المرجع السابق، ص 207.

<sup>53</sup> Ivo Aertson and Tony Peters: Mediation and Restorative Justice in Belgium, European Journal on Criminal Policy and Research, December 1998, Volume 6, Issue 4, pp 507–525. On <https://link.springer.com/article/>

نظام الوساطة الجنائية، ومن أهم تلك المعايير نجد الاستقلال الذاتي هذا إلى جانب عوامل المهارة، والخبرة، والكفاءة، والاحترام للقواعد القانونية على أن تتم الوساطة الجنائية تحت إشراف النيابة العامة، وفي إطار الإجراءات القانونية المحددة. كما يمكن في هذا السياق الإشارة إلى وسائل التواصل بين الوسيط، وبين طرفي النزاع، وذلك من خلال مجموعة من الأمور لعل أهمها هي تقديم الشكاوي من المجني عليهم إلى الجمعيات التي تقدم المساعدة القانونية، كما تتم عملية الوساطة الجنائية من خلال التعاون القائم بين جمعيات مساعدة المجني عليهم، والنيابة العامة بهدف الوصول إلى التسوية الودية<sup>(54)</sup>.

وفي إطار ما سبق ومن خلال هذا الجزء يتثنى للباحثة أن تقوم بعرض أهم الشروط التي يجب توافرها في الفرد الذي يقوم بدور الوسيط الجنائي، وذلك من خلال شكل موجز على النحو التالي:

1. لابد أن يتمتع الوسيط الجنائي بمجموعة من المقومات، والعناصر الشخصية مثل هدوء الطبع، وكذلك سهولة التعامل مع الآخرين، والمرونة، هذا إلى جانب الخبرة، والكفاءة المهنية، والقدرة على ممارسة أعمال الوساطة الجنائية.
2. يجب أن يكون الوسيط الجنائي من الأفراد الذين يتميزون باكتساب الثقة بين أفراد المجتمع، هذا إلى جانب المكانة الاجتماعية التي يجب أن يحظى بها.
3. لابد أن يكون الوسيط الجنائي من ذوي المهارة، والمعرفة، هذا إلى جانب ضرورة الإلمام بالعلوم الجنائية، والقوانين التي تنظم عمل الوساطة الجنائية.
4. يجب أن يتمتع الوسيط الجنائي بمجموعة من المهارات الشخصية مثل القدرة على إدارة عملية الوساطة الجنائية من خلال الشكل الناجح، بالإضافة إلى ضرورة حصول هذا الوسيط على الدورات التدريبية المتخصصة في ممارسة أعمال الوساطة<sup>(55)</sup>.
5. يجب أن يكون الوسيط الجنائي من الأفراد الذين يتمتعون بالأهلية المدنية، وكذلك الجزائية؛ حيث لم يسبق أن صدر أي حكم قضائي ضده. وتعتبر صحيفة الحالة الجنائية من أهم

<sup>54</sup> أسامة حسنين عبيد: الصلح في قانون الإجراءات الجنائية "ماهيته والنظم المرتبطة به"، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 407.

<sup>55</sup> المرجع السابق، ص 409

- الأوراق التي يتم التركيز عليها عند اعتماد أي شخص من الأشخاص على أساس أنه وسيط جنائي قادر على الصلح بين أطراف النزاع.
6. لقد ركزت معظم القوانين المقارنة على أن يكون الفرد الوسيط متمتع الشروط القانونية المحددة، كما لم تؤكد تلك التشريعات على عامل السن باستثناء القانون البرتغالي الذي حدد سن الوسيط الجنائي على أساس أنه لا يقل عن 25 عام.
7. يجب أن يتمتع الوسيط الجنائي بالاستقلال في ممارسة عمله، وذلك من خلال القواعد، والنصوص القانونية التي تؤكد على هذا الأمر، ويقتصر دور النيابة العامة في مباشرة أعمال الوساطة الجنائية، والرقابة عليها، ومتابعة التقارير التي يتم كتابتها من خلال الوسيط، هذا وتقوم عملية الاستقلال على عدم تحيز الفرد الوسيط لأحد طرفي النزاع، كما لا تربطه أي نوع من الصلة، أو العلاقة الشخصية مع النيابة العامة، كما يقتصر دور الوسيط على تنسيق عملية الوساطة الجنائية في إطار الدور الذي تحدده له النيابة العامة.
8. وتأكيداً لمبدأ الاستقلال، والحياد يجب أن يكون الفرد الوسيط غير عامل في أحد الوظائف القضائية مثل المحاماة، أو القضاء، أو تابعاً لأحد المحاكم الجنائية، أو الإدارية<sup>(56)</sup>.
9. يجب أن يكون الفرد الوسيط قادر على إدارة العملية التفاوضية بين أطراف النزاع، وذلك من أجل القدرة على التوصل إلى الحلول التي ترضي جميع الأطراف. هذا وتتم عملية التفاوض من خلال الأسلوب القائم على الرضا، والحلول الودية بدون أي ضغط، أو سلطة، أو إجبار، أو فرض.

ثانياً: وبعد عرض أهم الشروط الخاصة الواجب توافرها في الوسيط الجنائي، فإنه ينتهي للباحثة في هذا الصدد التعرف على أهم الأدوار التي يؤديها الوسيط من خلال القوانين التي تنظم عملية الوساطة الجنائية، وذلك من خلال ما يلي<sup>(57)</sup>:

1. يقوم الوسيط الجنائي بالدور التوفيقى بين طرفي النزاع، أو الخلاف، وذلك من خلال محاولة تقريب وجهات النظر بينهما، وذلك في إطار إعادة التوازن، والتوافق الاجتماعي، كما يتم هذا الدور من خلال الحصول على الموافقات من طرفي النزاع على إجراء عملية الوساطة الجنائية،

<sup>56</sup> رامي متولى القاضي: الوساطة الجنائية فى القانون الجنائى الإجرائى المقارن، مرجع سابق، ص 172.

<sup>57</sup> رامي متولى القاضي: مرجع سابق، ص 174.

## نطاق تطبيق الوساطة الجنائية في التشريعات المقارنة

ثم يقوم الوسيط بالتعرف على آراء كل طرف على حده، ومن ثم القدرة على الوصول إلى الحلول المقترحة التي تعمل على تسوية هذا النزاع القائم بينهما.

2. يقوم الجو العام لعملية الوساطة الجنائية على عملية التوافق، والتراضي، والشكل الودي بين أطراف النزاع بهدف إصلاح العلاقات الاجتماعية، والقضاء على الإضطرابات من خلال الإستماع إلى كل طرف، والتعرف على الأسباب الحقيقية وراء ارتكاب الجريمة، والمحاولة إلى تهدئة الوضع العام، وتقريب وجهات النظر<sup>(58)</sup>.

لقد أكدت التوصية رقم 99 الصادرة عن المجلس الأوروبي، والتي تحدد دور الوسيط الجنائي في حل النزاع القائم بين طرفي الخصومة من خلال احترام كافة الأطراف، والسعي إلى نجاح عملية الوساطة الجنائية. كما أكدت المادة رقم 41 من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي على أن دور الوسيط الجنائي يمتد ليشمل عملية المتابعة، والمراقبة على تنفيذ الاتفاقيات الخاصة بالصلح بين طرفي النزاع<sup>(59)</sup>.

3. يقوم الوسيط الجنائي بكتابة التقارير التي تتعلق بمبادئ، وقواعد الصلح بين طرفي النزاع، وذلك من خلال متابعة سير عملية الوساطة الجنائية، ومدى تحقيقها للأهداف التي ترجوها، وعلى هذا الأساس تقوم النيابة العامة بتحديد ما إذا كانت القضية المطروحة قد تم تسويتها، ومن ثم تتم عملية الحجز الإداري، أم أن تلك القضية سوف تُرفع أمام المحاكم من خلال الدعوى الجنائية.

لقد اهتم كلاً من التشريع الفرنسي والبلجيكي بتحديد دور آخر للوسيط الجنائي، وهو الدور التنفيذي الذي يقوم من خلاله الوسيط بعمل التحقيقات الشخصية مع الجاني، وذلك في إطار القواعد التي تنظمها النيابة العامة، ونفس الأمر تقريباً بالنسبة لجمعيات مساعدة المجني عليهم؛ حيث أسندت النيابة العامة لتلك الجمعيات الدور التنفيذي في إجراء التحقيق الذي يهدف في نهاية الأمر إلى وضع البرامج الخاصة بعملية الوساطة الجنائية<sup>(60)</sup>.

<sup>58</sup> رامي متولي القاضي: مرجع سابق، ص 175.

<sup>59</sup> المرجع السابق، ص 176.

<sup>60</sup> أشرف رمضان عبد الحميد: الوساطة الجنائية ودورها في إنهاء الدعوى العمومية، مرجع سابق، ص 26.

وقد أكدت التشريعات المختلفة بضرورة الالتزام الوسيط الجنائي بمبدأ السرية، والحفاظ على المعلومات الشخصية التي تتعلق بطرفي النزاع، وكذلك عدم إفشاء الأسرار التي من شأنها أن تحدث أي نوع من أنواع الضرر المادي، أو الأدبي بالنسبة للأطراف المتنازعة، ولعل هذا الأمر ما أكدت عليه التوصية رقم 99 الصادرة عن المجلس الأوروبي؛ حيث أكدت على أن عملية الوساطة الجنائية إنما هي أمر سري لا يجوز استخدام المعلومات الخاصة بها إلا من خلال موافقة الأطراف على هذا الأمر، أو في حالة استخدام تلك المعلومات أمام النيابة العامة، وذلك حسب القرار الصادر عن قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي بتاريخ 18 أكتوبر 1996. ولقد أشارت التوصية رقم 99 الصادر عن المجلس الأوروبي أن عامل السرية لا ينطبق في حالة الجرائم الخطيرة التي تؤدي إلى جرائم مستقبلية، ففي هذه الحالة يجوز الإفصاح عن المعلومات الخاصة، والسرية بطرفي النزاع أمام النيابة العامة<sup>(61)</sup>.

### المطلب الثالث

#### المتهم والمجني عليه

تتناول الباحثة من خلال هذا المطلب التفرقة ما بين المتهم والمجني عليه التي تقوم عليها عملية الوساطة الجنائية، على النحو التالي:

### الفرع الأول

#### المتهم

يعرف بأنه الشخص الذي قام بارتكاب أحد الأفعال المكونة للجريمة، وهو أيضًا الشخص الذي يقوم بارتكاب الجريمة من خلال الفعل الأصلي، أو المشاركة. وعلى هذا الأساس تستطيع الباحثة التفريق بين المتهم، والمشتبه فيه من خلال أن<sup>(62)</sup>:

<sup>61</sup> فايز عايد الظفيري: الوساطة الجزائية بوصفها وسيلة لإنهاء الدعوى الجزائية، العدد الثاني، السنة الثالثة والثلاثون، الكويت، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، 2009، ص 177.

<sup>62</sup> فايز عايد الظفيري: الوساطة الجزائية بوصفها وسيلة لإنهاء الدعوى الجزائية، مرجع سابق، ص 178.

الشخص المتهم هو الذي تتوافر العديد من الأدلة الكافية على قيامه بارتكاب جريمة معينة، ويتضح هذا الأمر من خلال دور النيابة العامة في تحريك الدعوى الجنائية ضده.

ويعرف الشخص المشتبه فيه بأنه الذي يتم تقديم الشكوى أو البلاغ ضده، وكذلك الشخص الذي تقوم في شبهة ارتكابه، كمن يوجد في مسرح الجريمة، ويتطلب الأمر القيام بالتحريات والتحقيقات بهدف الوصول إلى الدلائل التي تؤكد على صلته بالجريمة، ولكن ما يميزه عن التهم أنه لم يوجه إليه الاتهام بارتكاب الجريمة من قبل النيابة العامة.

ولعل هذا التمييز بين المتهم والمشتبه فيه هو من أهم الأمور التي أكد عليها التشريع الأمريكي والفرنسي، وفي ظل موضوع الوساطة الجنائية يمكن القول أن مفهوم فاعل الجريمة، أو الجاني هو الشخص الذي يقوم بارتكاب الجريمة في المرحلة التي تسبق تحريك الدعوى الجنائية. كما أكد العديد من فقهاء القانون أن مصطلح مرتكب الجريمة هو أنسب المصطلحات التي يمكن استخدامها في عملية الوساطة الجنائية، وذلك لأن الهدف الرئيس لعملية الوساطة يقوم على الحل الودي بعيداً عن ساحة المحاكم، ودون اللجوء إلى استخدام الدعوى الجنائية<sup>(63)</sup>.

ويثور تساؤل حول حق المتحفظ عليه من قبل مأمور الضبط القضائي في حالة وجود دلائل على ارتكابه جريمة، هل من حقه أن يكون طرفاً في الوساطة الجنائية بشأن الجريمة التي ارتكبها أو نسب إليه ارتكابها؟

في معرض الإجابة على هذا التساؤل يمكن القول أنه على الرغم من استقرار الفقه على تمتع المتحفظ عليه بالحقوق التي يتمتع بها المتهم، لاسيما حقه في الصمت، والمعاملة الكريمة وغير الحاطة بالكرامة، وعدم إيذاؤه بدنياً أو معنوياً، وحقه في الاتصال بذويه، ومع اختلاف الفقه حول حقه في الاستعانة بمحام أمام مأمور الضبط القضائي<sup>(64)</sup>، على الرغم من كل من تقدم من

<sup>63</sup> عادل على المانع: الوساطة في حل المنازعات الجنائية، العدد الرابع، السنة الثلاثون: الكويت، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، 2006، ص 49.

<sup>64</sup> للمزيد في بيان حقوق المتحفظ عليه راجع: د/ محمد نور الدين سيد، أحكام التحفظ على الأشخاص في جرائم الارهاب دراسة تحليلية نقدية لقانون مكافحة الارهاب، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مقبول للنشر، 2016، ص 32 وما بعدها.

الحقوق التي يتمتع بها المتحفظ عليه يمكن القول أنه لا يتصور أن يكون طرفا في الوساطة الجنائية بشأن الجريمة المتحفظ عليه بشأنها؛ لأن الوساطة تفترض اتصال النيابة العامة بالجريمة محل الوساطة، بحيث تكون طرفا فيها، وأن اتصال النيابة العامة بالجريمة يخلع عن الشخص صفة المتحفظ عليه، ويكتسب صفة المتهم، باتخاذ أي من اجراءات التحقيق في حقه، من ذلك: الأمر بالقبض عليه واستجوابه، والتحقق من مدى كفاية الأدلة القائمة ضده، فإن ثبت لها ذلك، وكان المجال مفتوحا لمباشرة الوساطة الجنائية قبل رفع الدعوى في حقه، وإن ثبت لها عدم كفاية الادلة أو عدم معقولة الواقعة وعدم جدية رواية مأمور الضبط في حق المتحفظ عليه، أو استطاع الأخير أن يأتي بما يبرئ ساحته، في هذه الحالة وجب على النيابة العامة الأمر بإخلاء سبيله، ولم يعد هناك مبررا لمباشرة الوساطة الجنائية في حقه لعدم ثبوت نسبة ارتكاب الجريمة إليه.

وفي هذا الصدد يتثنى للباحثة أن تقوم برصد الآتي :-

أولاً: الشروط التي يتحدد على أساسها المتهم الذي يخضع لعملية الوساطة الجنائية، وذلك بشكل موجز على النحو التالي<sup>(65)</sup>:

1. أن يكون الشخص مرتكب الجريمة شخص طبيعي حي، وذلك لأن الوساطة الجنائية لا يمكن تطبيقها على مرتكب الجريمة الذي تُوفي.
2. ينبغي أن يكون الشخص مرتكب الجريمة محدد، ومعروف حتى ولم يك ذلك من خلال معرفة الإسم الخاص به، وإنما في ظل وجود الدلائل التي تؤكد على إرتكابه لجريمة معينة، ومن ثم يمكن أن تتم عملية الوساطة الجنائية، كما يجب أن يكون مرتكب الجريمة حاضر لجلسات الصلح، ومن الممكن أن يكون حضوره من خلال أحد الوسطاء بشكل غير مباشر<sup>(66)</sup>.

<sup>65</sup> إبراهيم عيد نايل: الوساطة الجنائية طريقة مستحدثة في إدارة الدعوى الجنائية، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2001، ص 11.

<sup>66</sup> إبراهيم عيد نايل: الوساطة الجنائية طريقة مستحدثة في إدارة الدعوى الجنائية، مرجع سابق، ص 12.

3. لا بد أن يتمتع الفرد مرتكب الجريمة بالأهلية المدنية، والجنائية، وذلك من حيث مرحلته العمرية، وكذلك من ناحية سلامة قواه العقلية. وفي حالة عدم بلوغ السن القانوني؛ فإن عملية الوساطة الجنائية يمكن أن تتم من خلال الوصي، أو ولي الأمر.

4. ضرورة أن يقوم الجاني بالإقرار بأنه قد قام بارتكاب الجريمة، أو الوقائع التي تتكون منها، وذلك من خلال العمل الإرادي الذي يقوم على حرية الإرادة، والاختيار دون أي إكراه، أو إجبار. وذلك حتى يمكن لعملية الوساطة الجنائية أن تحقق الأهداف المرجوة منها، والتي تعتمد بشكل كبير على الحلول الودية القائمة على الشكل الإرادي الاختياري<sup>(67)</sup>. وفي هذا الصدد يمكن التأكيد على دور الوسيط الجنائي الذي يقوم بأخذ إقرار من الجاني بحقيقة ارتكاب جريمة معينة، ويعتبر هذا الأمر بمثابة العامل الأساسي في تسوية النزاع من خلال الوساطة الجنائية، كما يكون الإقرار بالحقيقة هو أحد العوامل التي تؤدي إلى تعويض المجني عليه، وذلك بشكل يقوم على الطمأنينة، ومن خلال التراضي بين طرفي النزاع. كما يجب أن يكون الفرد مرتكب الجريمة ليس عائدًا من جريمة أخرى، وذلك لأن نظام الوساطة الجنائية يهدف في المقام الأول إلى التعامل مع الجرائم البسيطة، ومن ثم القدرة على إعادة تأهيل الجاني من الناحية الاجتماعية.

ثانياً: أهم الحقوق التي يتمتع بها المتهم في الوساطة الجنائية

أ. الحق في عدم قبول الوساطة أو رفضها

تعتبر الوساطة الجنائية بمثابة العملية التي تعتمد على الشكل الودي، والأسلوب الرضائي بين طرفي النزاع، وعلى هذا الأساس فإن عملية الوساطة تضمن للجاني العديد من الحقوق مثل الحق في عدم قبول الوساطة، أو رفضها، وكذلك إمكانية الانسحاب منها دون أي قيود، ومن أهم التشريعات التي أكدت على حق الجاني، والمجني عليه عن التراجع عن عملية الوساطة الجنائية نجد التشريع البرتغالي، وذلك من خلال المادة رقم 4 من قانون الوساطة الجنائية. وهنا يقوم الفرد الوسيط بتسجيل هذا الأمر في التقارير الخاصة بعملية الوساطة

<sup>67</sup> المرجع السابق، ص 13.



## نطاق تطبيق الوساطة الجنائية في التشريعات المقارنة

الجنائية، وذلك حتى يتم رفعها إلى النيابة العامة، ومن ثم رفع الدعوى الجنائية، وهذا ما أقرته التوصية رقم 99 الصادره عن المجلس الأوروبي.

### ب. الحق في الاستعانة بمحام

يتضح حق كلاً من طرفي النزاع في الإستعانة بالمحامي ليس من أجل الدفاع، وإنما من أجل تقديم الارشادات، والنصائح القانونية، وذلك في إطار عملية الوساطة الجنائية، ومن أهم التشريعات الجنائية المقارنة التي أكدت على حق اللجوء إلى المحامي خلال عملية الوساطة نجد التشريع البرتغالي من خلال المادة رقم 8 من القانون سنة 2007، وكذلك التشريع البلجيكي في إطار المادة رقم 216 من قانون سنة 1994، وهذا أيضاً قانون التنظيم القضائي في سويسرا من خلال المادة رقم 115، والتي أكدت على إمكانية الاستعانة بالمحامين من أجل حضور جلسات الصلح بين طرفي النزاع خلال عملية الوساطة الجنائية، وهذا أيضاً ما أكدت عليه التوصية رقم 99 الصادرة عن المجلس الأوروبي، والتي تؤكد على حق طرفي النزاع في اللجوء إلى المساعدة القانونية من خلال الوكلاء، والمحامين<sup>(68)</sup>.

### ت. الحق في الالمام بتفاصيل الوساطة

ومن أهم الحقوق التي يتمتع بها الجاني في عملية الوساطة الجنائية نجد ضرورة الإلمام بكافة المعلومات، والتفاصيل الخاصة بنظام الوساطة، وكذلك التعرف على أهم النتائج الإيجابية التي يهدف لها هذا النظام من أجل الوصول إلى الصلح في إطار الشكل الودي بين طرفي النزاع، هذا إلى جانب دور النيابة العامة في توضيح عاقبة الامتناع عن الوساطة الجنائية من خلال تحريك الدعوى ضد الجاني.

### ث. الحق في الحصول على نسخة من تقرير الوسيط

من حق طرفي النزاع الحصول على نسخة من التقارير التي قام الوسيط بتقديمها إلى النيابة العامة، وذلك من أجل الاطلاع عليها، والتعرف على الموقف القانوني لكل طرف من الأطراف على حده.

<sup>68</sup> رامي متولى القاضي: الوساطة الجنائية في القانون الجنائي المقارن، مرجع سابق، ص 186.

## الفرع الثاني

### المجني عليه

وفي هذا الصدد يمكن التأكيد على دور عملية الوساطة الجنائية في تعويض المجني عليه، وحصوله على حقوقه في إطار الجريمة التي قام بها الجاني، وعلى هذا الأساس يعتبر المجني عليه من أهم الأركان الأساسية التي تقوم عليها عملية الوساطة الجنائية.

أولاً: هنا يمكن القول أنه لا يوجد تعريف محدد للمجني عليه في إطار التشريعات الجنائية المقارنة المختلفة، وعلى الرغم من ذلك إلا أنه قد أشار العديد من الفقهاء أن المجني عليه هو ذلك الفرد الذي قد وقع عليه اعتداء بشكل شخصي، أو من خلال الضرر الذي يقع على أحد مصالحه، وممتلكاته. كما أكد فريق آخر من الفقهاء على أن المجني عليه هو الشخص الطبيعي، أو المعنوي الذي تعرضت مصالحه المحمية إلى أي شكل من أشكال الاعتداءات التي يحرمها قانون العقوبات<sup>(69)</sup>.

وحول دور المجني عليه في عملية الوساطة الجنائية يمكن القول أنه أحد الأطراف الهامة التي يجب أن تصل إلى الرضا من خلال عملية الوساطة، وذلك في إطار دور الوسيط في الحصول على موافقة المجني عليه، وقبوله لنظام الوساطة من خلال الشكل الودي. هذا ويقوم المجني عليه بالعديد من الأدوار في إطار عملية الوساطة الجنائية من خلال اللقاءات، والمناقشات التي تتم بينه، وبين الوسيط، وذلك من أجل الوصول إلى اتفاق للصلح، هذا إلى جانب التعرف على أنواع الضرر التي أصابته، ومن ثم إمكانية المشاركة الفعالة والإيجابية في عملية الوساطة، والوصول إلى حل النزاع. كما يمكن التأكيد على أن نظام الوساطة الجنائية يعتبر من أهم الحقوق المشروعة للمجني عليه، وذلك من أجل التوصل إلى الترضية المناسبة، وكذلك الحصول على الاعتذار، أو التعويض من الجاني في إطار الجريمة التي ارتكبها، وهذا ما أكدت عليه التوصية رقم 99 الصادر عن المجلس الأوروبي في سبتمبر 1999، والتي تؤكد

<sup>69</sup> المرجع السابق ص 187.

## نطاق تطبيق الوساطة الجنائية في التشريعات المقارنة

على إمكانية التواصل بين الجاني، والمجني عليه من أجل الوصول إلى تسوية النزاع، أو الخلاف القائم بينهما<sup>(70)</sup>.

ثانياً: ومن خلال هذا الجزء يمكن تناول أهم الحقوق الخاصة بالمجني عليه، والتي يمكن له الحصول عليها في إطار عملية الوساطة الجنائية، والتي يأتي تناولها على النحو التالي<sup>(71)</sup>:

1. للمجني عليه الحق في الاحترام، وحسن الاستقبال، والاستماع، والتعرف على كافة التفاصيل الخاصة بأسباب المشكلة، هذا إلى جانب الاستماع إلى المقترحات التي من خلالها يمكن التغلب على تلك المشكلة، وتسوية النزاع في إطار تدعيم العلاقات الاجتماعية، وحفظ التوازن الاجتماعي بين الأفراد داخل المجتمع، ولعل هذا الهدف من أهم الأهداف الأساسية التي تقوم عليها عملية الوساطة الجنائية.

2. حقه في عمل اللقاءات، والمشاورات مع الوسيط من أجل التوصل إلى الاتفاق الذي يرضيه من خلال الشكل الودي دون التعرض إلى أي نوع من أنواع الضغوط.

3. يعتبر رد اعتبار المجني عليه من أهم الحقوق المشروعة التي تضمنها عملية الوساطة الجنائية، ويأتي ذلك في إطار الحصول على التعويض المناسب العادل سواء من خلال الناحية النفسية، أو المادية.

وفي إطار ما سبق يمكن للباحثة أن تؤكد على أهمية عملية الوساطة الجنائية في تحقيق العدالة من خلال التعرف على حقيقة الجرائم في ضوء اعتراف الجاني بالجريمة التي قام بارتكابها، وكذلك حصول المجني عليه على الترضية المناسبة، وكذلك التعويض العادل من خلال الشكل الودي الذي يعمل على إنهاء الخلاف، أو النزاع بين الطرفين.

<sup>70</sup> أسامة حسنين عبيد: القانون العام من التشريع العقابي المصري، مرجع سابق، ص 160.

<sup>71</sup> رامي متولى القاضي: مرجع سابق، ص 186.

## الخاتمة

لقد اتضح من خلال البحث في بعض التشريعات المقارنة وخاصة الأوروبية، مدى ادراجها لعدة وسائل بديلة وذلك بسبب الأزمة التي عرفها جهاز القضاء والمحاكم والتي ترتبت عنها طول الاجراءات الجنائية وكثرة القضايا المعروضة، حيث تم ادراجها لوسائل دعوى بديله وذلك من اجل التخفيف العبء عن القضاء، واعادة دمج الجاني داخل النسيج الاجتماعي، والاهتمام بالضحية وجبره عن الضرر الذي لحقه، حيث كان من ضمن الحلول هو أن يوجد نظام الوساطة الجنائية الذي أثبت نجاعته في التشريعات الأوروبية، في حين ظل نظام تطبيق الوساطة الجنائية في الدول العربية في بداياته

ومن خلال ذلك توصلت الباحثة الى النتائج والتوصيات المبينة أدناه:-

## نتائج البحث

- 1- أكد التشريع الفرنسي على الدور الذي تلعبه النيابة العامة في مباشرة السلطة القانونية في إطار تقدير مدى إمكانية تحريك الدعوى أمام القضاء، أو حفظها، وذلك من خلال اقتراح تطبيق نظام الوساطة الجنائية على الأطراف المتنازعة.
- 2- تطبق الوساطة الجنائية في القانون الفرنسي في الجرائم التي يتم فيها الاعتداء على الأشخاص، والأموال، وكذلك الجرائم التي تمس الأسرة، واستدل هذا الرأي على التطبيق العملي لمحل تطبيق نظام الوساطة الجنائية.
- 3- يعتمد نظام الوساطة الجنائية على الوسيط الجنائي الذي يعتبر بمثابة أحد العناصر الأساسية التي يقوم عليها نظام الوساطة في التسوية الودية بين أطراف الخصومة، أو النزاع.
- 4- يمكن القول أن اللجوء إلى تطبيق نظام الوساطة الجنائية؛ إنما يهدف إلى تحقيق العديد من المزايا الإيجابية التي لا يمكن الوصول إليها من خلال الإجراءات القانونية التقليدية، وذلك في إطار مراعاة الجوانب الاجتماعية، والنفسية للأطراف.
- 5- يعتبر نظام الوساطة الجنائية أحد الأنظمة الإنسانية التي تراعي الحفاظ على المجني عليهم، وتعويض الأضرار التي حلت بهم من خلال الترضية في إطار التعويض المادي، أو

- الرمزي، أو المعنوي الذي يؤدي في نهاية الأمر إلى إعادة التأهيل الاجتماعي للجاني، ومن ثم القدرة على إصلاح الإضطراب الناجم عن الجرائم المتنوعة.
- 6- أوضحت الدراسة الراهنة أن نظام الوساطة الجنائية يعتبر أحد أهم الآليات ذات الصلة بالعدالة التفاوضية التي اهتمت بها التشريعات الجنائية المختلفة، وذلك في إطار التوجهات الحديثة نحو تطوير مفهوم العقاب، وسرعة الفصل في النزاعات القائمة بين الأطراف من خلال تقليل أعداد المنازعات القضائية.
- 7- تعتبر الوساطة الجنائية وسيلة لحل المنازعات ذات الطبيعة الجنائية، التي تؤسس على فكرة التفاوض بين الجاني، والمجني عليه على الآثار المترتبة على وقوع الجريمة عن طريق تدخل عضو النيابة العامة، أو من يفوضه في ذلك سواء أكان شخصاً طبيعياً، أم شخصاً معنوياً، وهي نظام يستهدف الوصول إلى اتفاق، أو مصالحة، أو توفيق بين أشخاص، أو أطراف، ويستلزم تدخل شخص، أو أكثر لحل المنازعات بالطرق الودية.
- 8- تأخذ الوساطة الجنائية المساحة الأكبر على المستوى الاجتماعي من خلال فض النزاعات القائمة بين الأطراف بعيداً عن سلطة القضاء؛ حيث يتضح الدور الذي يقوم به الوسيط من خلال التوفيق بين أطراف النزاع، ويكون هذا الوسيط ليس من أفراد الجهاز القضائي، وإنما يكون من الأفراد العاديين الذين تخولهم النيابة العامة.
- 9- تتم الوساطة الجنائية تحت الإشراف القضائي، وكذلك تحت سلطة ورقابة النيابة العامة التي تباشر العمل، وتتابع الإجراءات، وتحدد الدور الذي يمكن أن يقوم به الوسيط.
- 10- عملية الوساطة عملية اختيارية تتم بشكل اتفاقي بين الأطراف المتنازعة، وذلك في إطار مجموعة من الإجراءات، وتحت مباشرة من الوسيط، وترجع في نهاية الأمر إلى الإشراف الكامل للنيابة العامة.
- 11- تقوم النيابة العامة بالعديد من الأدوار البارزة، والتي تتمثل في تنظيم عملية الوساطة الجنائية، والرقابة عليها، والإشراف القانوني، وتحديد الظروف التي تهدف إلى حل الخصومة القائمة بين الطرفين، كما يتضح دور النيابة العامة في اختيار الفرد الوسيط المحايد الذي يقوم بالتدخل من أجل الصلح بين الطرفين.

12- يعتبر نظام الوساطة الجنائية بمثابة الإجراءات التمهيدية التي تسبق إجراءات المحاكمة، والذي تشرف عليه النيابة العامة، وذلك من أجل تخفيف الأعباء عن العدالة القضائية، وذلك فيما يتعلق بالجرائم البسيطة.

13- الوساطة الجنائية تضمن حماية هذا المجتمع من خلال المحافظة على العلاقات بين افراد المجتمع التي تربطهم علاقات اجتماعية كما انه يضمن حق المجني عليه من خلال جبر ضرر بالتعويض.

### توصيات البحث

1. توصي الباحثة بضرورة أن يقوم المشرع الإماراتي بالنظر في تطبيق نظام الوساطة الجنائية باعتباره أحد البدائل عن الدعوى الجنائية؛ حيث أن تطبيق هذا النظام؛ إنما يؤدي إلى تخفيف العبء عن كاهل النيابة العامة، وأجهزة العدالة القضائية.

2. كما توصي الباحثة بضرورة تعديل قانون الاجراءات الجزائية الاماراتي بوضع نصوص خاصة لتنظيم الوساطة الجنائية أو اصدار قانون خاص بالوساطة الجنائية لبيان شروطها واجراءاتها وأثرها في إنهاء الدعوى الجزائية .

3. تقترح الباحثة بتبني نظام الوساطة الجنائية في الدول العربية مقارنة بالدول الأوروبية ، حيث أنه لا يتعارض مع تقاليدنا، أو يخرج عن مبادئ شريعتنا.

مراجع البحث

أولاً: مراجع باللغة العربية

المراجع العامة

1. محمد بن أبي بكر الرازي: مختار الصحاح، مكتبة لبنان، 1993.
2. المغربي: مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، مطبعة السعادة، مصر، 1329 هـ، ج 6
3. الشوكاني: نيل الأوطار، شرح منتهى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، كتاب الأفضية والأحكام، ج 7، مطبعة الحلبي، مصر، 1953

المراجع القانونية

- 1- إبراهيم عيد نايل: الوساطة الجنائية طريقة مستحدثة في إدارة الدعوى الجنائية، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2001.
- 2- أحمد براك: العقوبات الرضائية في الشريعة الاسلامية والأنظمة الجنائية المعاصرة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، 2010.
- 3- أحمد بلال: التطبيقات المعاصرة للنظام الاتهامي في القانون الأنجلو الأمريكي، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 1992.
- 4- أسامة حسنين عبيد: الصلح في قانون الإجراءات الجنائية "ماهيته والنظم المرتبطة به"، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
- 5- أشرف رمضان عبد الحميد: الوساطة الجنائية ودورها في إنهاء الدعوى العمومية، دار الفكر العربي للطباعة والنشر، القاهرة، 2004.
- 6- أكرم نشأت إبراهيم: السياسة الجنائية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، عمان، 2008.
- 7- رامي متولي القاضي: الوساطة الجنائية في القانون الجنائي الإجرائي المقارن، مكتبة كلباء، جامعة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، 2010.

- 8- عبد الوهاب أبو سليمان ابراهيم: كتابة البحث العلمي صياغة جديدة، مكتبة الرشد، الطبعة التاسعة، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2005.
- 9- عمر سالم: نحو تيسير الإجراءات الجنائية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 1997.
- 10- محمد حكيم حسين: النظرية العامة للصلح وتطبيقاتها في المواد الجنائية، دراسة مقارنة، دراسة دكتوراه منشورة، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2005.
- 11- محمد عوض عوض: المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002.
- 12- محمود محمود مصطفى: تطور قانون الإجراءات الجنائية في مصر وغيرها من الدول العربية، مطبعة جامعة القاهرة، 1985.
- 13- ياسر بن محمد سعيد: الوساطة الجنائية في النظم المعاصرة، دراسة تحليلية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2011.
- 14- يوسف بن ناصر: أزمة السياسة الجنائية بالمغرب، الموسوعة القانونية للقاضي يوسف بن ناصر، الواحة القانونية، المغرب، 2004.

#### الرسائل العلمية

1. ثروت عبدالصمد محمود عطيه، الصلح كسبب لإنقضاء الدعوى الجنائية، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، مصر 2009، ص 178.
2. جميلة مصطفى احمد زيد، بدائل الدعوى الجزائية، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة القدس، فلسطين، 2011
3. أسامة حسانين عبيد، الصلح في قانون الإجراءات الجنائية والنظم المرتبطة به، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، 2004
4. نبيل عبد الصبور النبرواي: سقوط العقوبة بين الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1995



المؤتمرات والندوات العلمية

- 1- محمد نجيب معاوية: المفهوم القانوني للصلح بالوساطة في المادة الجزائية وآلياته، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر مناقشة نظام الصلح بالوساطة في المادة الجزائية، المعهد الأعلى للقضاء في تونس، 13 مارس 2003.

البحوث والمقالات

- 1- أنور محمد صدقي، وبشير سعد زغلول: الوساطة في إنهاء الخصومة الجنائية - دراسة تحليلية مقارنة، مجلة الشريعة والقانون، العدد 40، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، أكتوبر 2009.

- 2- الميلودي العابد العمراني: الوساطة الجنائية التشريع الفرنسي والتونسي نموذجا، منشور في المجلة المغربية للوساطة والتحكيم، المركز الدولي للوساطة والتحكيم، المغرب، العدد السادس، 2012، ص 50.

رابط <https://search.mandumah.com/Record/518038>

- 3- عادل على المانع: الوساطة في حل المنازعات الجنائية، العدد الرابع، السنة الثلاثون: الكويت، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، 2006.
- 4- فايز عايد الظفيري: الوساطة الجزائية بوصفها وسيلة لإنهاء الدعوى الجزائية، العدد الثاني، السنة الثالثة والثلاثون، الكويت، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، 2009.
- 5- محمد سلام: أهمية الصلح في النظام القضائي المغربي المقارن، مجلة القصر، العدد 4، يناير، 2003.

ثانيا: مراجع باللغة الأجنبية

1. Bonafe Schmitt J.P.: La médiation pénale en France et aux États-Unis, L.G .J, 1998, P. 174. On <https://www.lgdj.fr/la-meditation-penale>.

2. CARIO (R): La médiation pénale entre répression et réparation, L, Harmattan, 1997, P.7. On <https://www.abebooks.fr/servlet/BookDetails>
3. Consul of the European Union from work of 15 March 2001 p 1 article 1. On <http://eur-lex.europa.eu/legal-content>.
4. COUNCIL OF EUROPE, COMMITTEE OF MINISTERS, Recommendation No. R (99) 19 of the Committee of Ministers to member States concerning mediation in penal matters (Adopted by the Committee of Ministers on 15 September 1999 at the 679th meeting of the Ministers' Deputies) On <https://www.google.ae/search>.
5. –Guilbot. M. et Rojare. S.: la participation du ministre public a La médiation archives de politique criminelle, 1992, N. 14. On Contrat et juridiction pénale – 1999. <http://droit.wester.ouisse.free.fr>
6. 3– Ivo Aertson and Tony Peters: Mediation and Restorative Justice in Belgium, European Journal on Criminal Policy and Research, December 1998, Volume 6, Issue 4, pp 507–525. On <https://link.springer.com/article/>
7. Lexique, Terms Juridiques, II ed, D, 1998, P. 344 .On <https://www.amazon.com/Lexique>.
8. Mireille Delmas Marty: les grands systèmes de politique criminelle, puf, coll, Themis, Paris, 1992. On <http://gallica.bnf.fr/ark>

9. 1- Orientation donnees aux affaires penales en 2006: Annuaire statistique de la Justice , Ministere de la Justice , Editions 2008, p. 107. On <http://www.justice.gouv.fr>

ثالثا: مراجع الكترونية

1-www.wrcati.cawtar.org.

البصمة الوراثية كدليل إثبات في مرحلة المحاكمة في القانون الاماراتي

الباحثة: هنادي شريف مراد محمد

كلية القانون/ جامعة الشارقة

الرقم الجامعي: U15100633

إشراف الأستاذ الدكتور: محمد نورالدين سيد

المقدمة

إن المتتبع لأحوال الجريمة وطرق ارتكابها يرى أنها تسير جنباً إلى جنب مع تطور الحضارة الانسانية وارتقائها، ففي المجتمعات المتخلفة نرى بأن طرق ارتكاب الجريمة تختلف عن طرق ارتكابها في المجتمعات المتحضرة وعندما كان المجرمون يرتكبون جرائمهم بطرق بدائية بسيطة كان يكفي لاكتشافها وإثباتها اعتماد المحقق أو الباحث الجنائي على الأدلة المعنوية كالاستجواب وشهادة الشهود والاعتراف، وإذا استعصى عليه الحصول على الدليل بهذه الوسائل فإنه غالباً ما كان يلجأ إلى أساليب العنف كالضرب والتعذيب للحصول على اعتراف المتهمين، وكان التعذيب آنذاك وسيلة وإجراء قانوني سليم ومعتبراً من الاجراءات القانونية، كما حدث في فرنسا في عهد لويس الرابع عشر عندما أصدر قانون الاجراءات الجنائية عام 1670 ونص فيه صراحة على وجوب سؤال المحقق للمتهم ثلاث مرات للحصول على اعترافه، مرة قبل تعذيبه ومرة اثناؤه ومرة بعده<sup>(1)</sup>.

وكانت أنواع وصور التعذيب مقررة ومعروفة، فالشد إلى العجلات والصلب على حامل من الخشب واستخدام المعادن المنصهرة، كلها كانت وسائل مقررة للحصول على اعتراف المتهمين، وبارتقاء الحضارة الانسانية تغيرت النظرة إلى هذه الوسائل وأصبح المجتمع ينظر إليها على أنها أعمال تتنافى مع العدالة وتتطوي على إهدار الأدمية.

(1) د. محمد أحمد غانم، الجوانب القانونية والشرعية للإثبات الجنائي بالشفرة الوراثية DNA، دار الجامعة الجديدة،

وللعلوم الجنائية مكانة عظيمة وبارزة في مكافحة الجريمة، وقد ازدادت أهميتها في العصر الحديث نتيجة التطور العلمي والتقني، ومن الحقائق التي لا جدال فيها أن هناك تلازماً بين التقدم العلمي وتطور أسلوب ارتكاب الجريمة، وفي هذا العصر تطور الأسلوب الاجرامي باستخدام الوسائل الفنية الحديثة، مما دفع العلماء والباحثين في هذا المجال إلى بذل المزيد من الجهد والدراسة والتعمق لاكتشاف ما هو باطن من علم ومعرفة، بما يحقق التفوق والسيطرة على المجرم مهما كانت درجة خطورته ليسود الأمن والأمان، وتعتبر البصمة الوراثية من أحدث التقنيات العلمية الحديثة في العالم للكشف عن جرائم لم يكن يمكن التوصل إلى مرتكبيها بدون استخدام هذه البصمة<sup>(2)</sup>.

ويعتبر هذا الاكتشاف من أقوى الطرق العلمية لمعرفة هوية الأشخاص من خلال خصائصهم الوراثية، ويؤخذ كقرينة قوية للحكم في القضايا الجنائية، وذلك بفحص الآثار البيولوجية المختلفة في مكان الحادث، أو القضايا ذات النزاع المدني كقضايا إثبات البنوة وتحديد النسب، وقضايا الهجرة وقضايا المفقودين، وغيرها من القضايا الأخرى. حيث ظل البحث الجنائي لسنوات طويلة يعتمد على الطرق التقليدية والأدلة الجنائية المتداولة في التحقيقات للكشف عن غموض الجرائم والحوادث والأعمال الإرهابية التي قد يتأذى من نتائجها أناس ليس لهم علاقة بالموضوع إلى جانب الأشخاص المستهدفين، ومن أبرز الأدلة بصمات الأصابع التي ظلت حتى عهد قريب أكثر الأدلة الجنائية مساهمة ودقة في كشف وتحديد شخصيات مرتكبي الأعمال الإجرامية والضحايا في حالات التشوه الشديد ثم تأتي بعد ذلك زمرة الدم وتركيبه الكيميائي والشعر والجلد والخلايا والبقايا التي يخلفها الفاعل على مسرح الجريمة أو على جسد الضحية وآثار الأسلحة وأدوات الجريمة المستخدمة وبقاياها مثل الطلقات والظروف الفارغة وغيرها، وعلى الرغم من أن الطب الشرعي والأدلة الجنائية التقليدية توصلت إلى اكتشاف مرتكبي جرائم كبرى وغامضة في بعض الأحيان وفككت عصابات مارست كل أشكال الجريمة والتخريب التي تهدف إلى تدمير المجتمع وسجلت بذلك انتصارات هامة وكبيرة في عالم الجريمة وأدلة اثباتها، إلا أن الثورة التي حصلت في عالم الجينات بشكل عام وتقنية الحمض النووي

(2) د. سالم خميس علي الظنحاني، حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط1، 2014، ص11.

بشكل خاص، ودخولها في مجال الاثبات الجنائي في الوقت الحاضر يعد تحولاً هاماً في مجال الأدلة الجنائية وكشف الجرائم<sup>(3)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن الدول المتقدمة بدأت تعطي اهتماماً كاملاً للبصمة الوراثية، وذلك عن طريق تنظيم سجل قومي لبصمة الافراد وللاثار المجهولة بغية الاستفاد منها ، ففي الولايات المتحدة الامريكية مثلاً بدأت اختبارات الاستفاد من بصمة الحمض النووي الوراثي عام 1988م في اكتشاف الجرائم على المستوى المحلي والإقليمي، وفي عام 1990م قام مكتب التحقيقات الفيدرالي بإنشاء سجل قومي لعينات البصمة الوراثية، كذلك كانت دولة الامارات العربية المتحدة هي الأخرى سباقة في هذا المجال، فقد أنشأت قاعدتي بيانات للبصمة الوراثية عام 2008 م، الاولى متعلقة بالسجل المدني، والثانية متعلقة بالسجل الجنائي<sup>(4)</sup>.

فدري بأن الاعتماد على الادلة العلمية الحديثة جاء لتحديد الصلة بين الجريمة والجاني، وهذه الادلة تعد ثمرة الادلة الناتجة من الوسائل العلمية الحديثة المستخدمة من أجل مكافحة الجريمة في صورتها الحديثة، وعليه فإن لعلم البيولوجيا عموماً، والبصمة الوراثية خصوصاً دوراً بارزاً في مجال الاثبات الجنائي، يتمثل في إقامة الصلة بين الجريمة والمجرم الذي ارتكبها<sup>(5)</sup>.

ولقد حفل القرن العشرين بتطور تكنولوجي هائل في العلوم الأساسية والذي انعكس بدوره على المجالات التطبيقية، وكان للطب حظاً وافراً منها، ولعلنا لا نكون مبالغين إذا ذكرنا بأن ما شهدته الخمسون عاماً الماضية من تطور وتقدم يعتبر أكثر بكثير مما أحرزته البشرية في تاريخها الطويل كله، ومن بين ما أنتجته وأفرزته العلوم البيولوجية (الهندسة الوراثية)، التي أصبحت حديث الساعة، وتطالعنا الأنباء بتقدم كبير يوماً بعد يوم ، بل ساعة بعد ساعة فقد استطاعت هذه التقنية الجديدة في علم الوراثة أن تشرح الكثير مما غمض أو غمَّ على العلماء

(3) د.محمد حسين الحمداني، البصمة الوراثية ودورها في الاثبات الجنائي، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، ع49، 2011، ص338.

(4) المرجع السابق، ص12.

(5) د. صفاء عادل سامي، حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجزائي، منشورات زين الحقوقية، ط1، 2013،

من قبل، بل هي الآن في مرحلة متقدمة سيشهدها هذا القرن الذي نعيش فيه بتطبيقات كبيرة في علاج الأمراض المستعصية، ويبدو بأن الجينوم البشري وهو مجموع المادة الوراثية التي تحتويها الخلية، وهي تتضمن كل المورثات، (ويحتوي الجينوم البشري على ما يقارب 30 إلى 40 ألف مورثة)، أو الخارطة الوراثية للبشر، والتي كانت إحدى نتائجها أو مفرزاتها البصمة الوراثية، ستكون بمنزلة صندوق أسرار له شأن خطير في خصوصية حياة الانسان وعمله وعلاقاته وموته أيضاً<sup>(6)</sup>.

هذا وقد درجت البشرية على تسمية كل عصر بما يتميز به من انجازات علمية، فكان هناك ما يسمى بعصر البخار والكهرباء، وعصر الصناعة، وعصر الانفجار العلمي وما تلاه من اكتشافات تقنية وتكنولوجية كان من أهمها الحاسبات الالكترونية والنظم المعلوماتية، وإذا كان لا بد من إبراز ما سيكون عليه القرن الحالي، فإن الهندسة الوراثية أو البيولوجية الجزيئية ستكون في طليعة إنجازاته العلمية، والتي كان من أهم نتائجها البصمات الوراثية، لذا فقد سمي البعض هذا العصر الذي تعيشه البشرية بالعصر الجينومي، لأن اكتشاف الانسان لأحرف الجينوم سيتترك بصمات واضحة على مستقبل الانسانية، وقد بلغ الأمر ببعض المفكرين أن يشبهوا الخطورة التي تنجم عن اكتشاف الانسان لأحرف الجينوم بالقنبلة الجينومية، ويعتقد بعضهم إلى أن معرفة اللغة الجينومية هي خطورة أولى في الطريق الذي سيمكن الانسان من التحكم في جيناته، وعندما يصل الانسان إلى هذه الدرجة الرفيعة من العلم سيكون قد حاز قدراً من الحكمة التي اذا قرر استخدامها، فإنه سيغير العالم الذي نعرفه اليوم، وقد يكون أول ضحايا هذا التغيير هو الانسان ذاته<sup>(7)</sup>.

ويرجع اكتشاف البصمة الوراثية DNA إلى البروفيسور (إليك جيفري) من جامعة ليستر بانجلترا سنة 1985م، حيث ينسب إليه أنه أول من أطلق مصطلح "البصمة الوراثية"، كما يطلق على "إريك لاندر" أول من أطلق مصطلح محقق الهوية الأخير، إمعاناً في مدى دقة تلك التقنية،

(6) د.حسني محمود عبدالدايم عبدالصمد، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، دار الفكر الجامعي،

2011، ص 8 .

(7) المرجع السابق، ص 9-10 .

الأمر الذي حدا بالدول الاسلامية والعربية من الأخذ بها خاصة في إثبات النسب، وكشف هوية الجناة كما حدث في مصر في التعرف على أشلاء منفذي تفجيرات شرم الشيخ في السابع من أكتوبر عام 2005 م، وحادث التحرير عام 2012 م، وهو ما يعني الاعتماد التقني على هذا الكشف العلمي الهام بعد أن سبقتنا الدول الأوروبية في الاعتماد عليها من قب(8).

ومنذ أن قدم إليك جيفري عرض الحمض النووي لم يعد بإمكاننا أن نتصور العالم بدون الحمض النووي، ونرى بأن ذلك أفاد العديد من المحققون الشرعيون، حيث أنه أضاف إليهم الكثير، وذلك بمساعدتهم للحصول على المجرمين بطريقة سهلة جداً(9).

ونرى بأن البصمة الوراثية أحدثت ضجة كبيرة بين وسائل الاعلام على مستوى العالم، حيث غير هذا الاكتشاف العظيم بعضاً من مجريات أنظمة القضاء في الدول العربية الأمر الذي تسارعت من أجله الندوات والمؤتمرات العلمية لدراسة هذه النازلة العصرية الحديثة، فبعد أن كان العالم بأكمله يخضع لطريقة واحدة للدلالات الوراثية في مجال البحث الجنائي وذلك في أواخر الستينات وهي الطريقة التي تعرف بخلايا الدم الحمراء لنظام (A-B-O) فقد تلا هذا الاكتشاف تحليل الحامض النووي، ومنذ أن تم اكتشاف البصمة الوراثية تلقى قبولاً عند البعض، وتلقى رفضاً عند البعض الآخر، لأنها وسيلة دقيقة من وسائل التعرف على أي شخص يراد معرفة هويته عن طريق مقارنة الحمض النووي (DNA)(10).

ولا شك كما ذكرنا سلفاً بأن البصمة الوراثية تعد من أهم المستجدات العصرية في علم الأحياء الحديث، والتي أحدثت ضجة كبرى في اكتشافها، ثم في تطور وسائل تطبيقها، ثم في المجالات التي يمكن الاستفادة منها، أصبحت من الحقائق المهمة في هذا العصر في مجال الطب الشرعي وفي مجال اثبات ونفي النسب ، فقد اهتمت الأوساط العلمية في عالمنا العربي

(8) د.محمد فريد الشافعي، البصمة الوراثية ودورها في الاثبات، دار البيان، 2006، ص13 .

(9) Dr.van wamelen , Bayesian networks in forensic dna analysis , master thesis , Universities Leiden, Without publication year, page 7 .

(10) د. أنس حسن محمد ناجي، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في إثبات ونفي النسب، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2010، ص10.



والإسلامي بهذا الحدث، ولكن معظم اهتمامها منبعث من كيفية اللحاق بهذه التقنية، وامتلاك أسبابها، والاستفادة من تطبيقاتها وانجازاتها العلمية، والقليل منها فقط هو الذي يحاول البحث في آثارها الاجتماعية والثقافية، ويسعى لوضع إطار أخلاقي وقانوني يضبطها، بل مع الأسف الشديد نجد أن عالما العربي والإسلامي يعيش حالة من الجمود التشريعي في مواجهة تطور هائل ومستمر للعلوم البيولوجية وآثارها في جوانب مختلفة، بينما المفترض أن يستأثر بجهود تشترك فيها جميع التخصصات العلمية والفقهية والاجتماعية<sup>(11)</sup>.

فالبصمة الوراثية تعد وسيلة تقنية حديثة أخذت تلجأ إليها الدول للكشف عن الجناة وتحديد هوية الجاني والتفريق بين الأشخاص من خلال تحليل الحامض النووي للعينة التي تم العثور عليها في مسرح الجريمة، ومقارنتها مع العينة التي تؤخذ من جسد المشتبه فيه، أو المخزنة في بنوك المعلومات، ويأتي استخدام البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي في ضوء ضرورة الاستفادة من معطيات العلوم الحديثة ولمواجهة الأساليب المتطورة للمجرمين في ارتكاب جرائمهم<sup>(12)</sup>.

ويعتبر استخدام البصمة الوراثية الموجودة في مسرح الجريمة أداة هامة في نظام العدالة الجنائية، حيث يمكن استخدامها لإدانة المذنبين وربط الجاني بمسرح الجريمة وكذلك لتبرئة العديد من الأبرياء الذين أدينوا ظلماً بجريمة لم يرتكبوها، بالإضافة إلى ذلك فقد عززت بقوة مبادئ مطابقة الحقيقة الواقعية مع الحقيقة القضائية وبناء الأحكام على الجزم واليقين لا على الظن والاحتمال، وقد تبنتها الكثير من الدول في العالم كما ذكرنا سلفاً كدليل إثبات في مختلف القضايا لا سيما في الكشف عن الجريمة والمجرمين من جهة، والتحقق من الوالدية وإثبات النسب من جهة أخرى، والسبب في ذلك يعود إلى أن نتائجها تكون قطعية في الإثبات، فهي نوع من العلم الجنائي الذي أصبح أكثر استخداماً في مجال تحقيق العدالة الجنائية فالبصمة الوراثية موجودة في كل خلية من خلايا الجسم بها نواة ولا تتغير مدى الحياة، ومن الناحية العلمية تعتبر

(11) المرجع السابق، ص 11 .

(12) د. محمد عباس حمودي، استخدام البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي، بحث منشور في مجلة الرافيدين

للحقوق، ع41، 2009، ص281 .

البصمة الوراثية دليل نفي أو إثبات تكاد تكون قاطعة، وليس هنالك أي سلبيات أو قيود بشرط أن يتم التحليل بطريقة سليمة<sup>(13)</sup>.

وتعرف البصمة الوراثية في اللغة بأنها: "مشتقة من البصم، وهو: فوت ما بين طرف الخنصر إلى طرف البنصر، يقال ما فارتك شبراً، ولا فترأ، ولا عتياً، ولا رتباً، ولا بصماً، ورجل ذو بصم، أي غليظ البصم، وبصم بصماً، أي ختم بطرف إصبعه، والبصمة أثر الختم بالإصبع"<sup>(14)</sup>.

وتعرف في الاصطلاح بأنها: "تعيين هوية الإنسان عن طريق تحليل جزء أو أجزاء من حمض DNA المتمركز في نواة أي خلية من خلايا جسمه ويظهر هذا التحليل في صورة شريط من سلسلتين، كل سلسلة بها تدرج على شكل خطوط عرضية مسلسلة وفقاً لتسلسل القواعد الأمينية على حمض DNA، وهي خاصة لكل إنسان تميزه عن الآخر في الترتيب وفي المسافة ما بين الخطوط العرضية، تمثل إحدى السلسلتين الصفات الوراثية من الأب، وتمثل السلسلة الأخرى الصفات الوراثية من الأم"<sup>(15)</sup>.

ويثير استخدام البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي تساؤلاً عن مدى مشروعية هذا الإجراء وذلك لما يفرزه هذا الاستخدام من معلومات تعد انتهاكاً لخصوصية الفرد، ومافيه من اعتداء على السلامة الجسدية من خلال الوسيلة المستخدمة في الحصول على البصمة الوراثية، وبعبارة أخرى هل أن هذا الإجراء يتعارض مع المبادئ العامة للإجراءات الجنائية والحقوق المقررة للمتهم كعدم جواز المساس بسلامة جسده وخصوصياته والحق في التزام الصمت، وعدم إجباره على تقديم دليل ضد نفسه، ويرى جانب من الفقه عدم مشروعية مثل هذا الإجراء؛ معللين ذلك بأن الفحص الطبي على المتهم وأخذ عينات منه يتطلب اقتطاع جزء من خلايا جسمه، ولا

(13) نسرین عبدالسلام عثمان إدريس، الأهمية الجنائية للبصمة الوراثية في مسرح الجريمة، رسالة ماجستير، جامعة الرباط الوطني، 2015، ص 18.

(14) المعجم الوسيط، منشور على الموقع الإلكتروني، <https://www.almaany.com/ar/dict/ar->، تاريخ تصفح الموقع 2017/10/13.

(15) أنس حسن محمد ناجي، مرجع سابق، ص 20.

بد من موافقة المتهم على ذلك؛ لأن هذا الإجراء يشكل اعتداء على سلامة الجسم ويسبب نوعاً من الألم، كما أنه إجراء مخالف لقاعدة عدم إجبار المتهم أن يقدم دليلاً ضد نفسه<sup>(16)</sup>.

ويميل الفقهاء المحدثين إلى صحة الاعتماد على البصمة الوراثية في التحقيق الجنائي وإثبات النسب والجرائم التي ليس فيها حد شرعي ولا قصاص، باعتبارها من القرائن القطعية، فقد جاء في توصيات الندوة الفقهية الطبية الحادية عشرة للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية أن: "الندوة تدارست موضوع البصمة الوراثية وهي من الناحية العلمية وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية والتحقق من الشخصية، ولا سيما في مجال الطب الشرعي"<sup>(17)</sup>.

### مشكلة البحث

تكمن مشكلة الدراسة في مدى حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي، وهل يعد اللجوء إلى البصمة الوراثية اعتداء على السلامة الجسدية للمتهم، أو تعدي على حرمة الحياة الخاصة للمتهم أم لا؟

هذا بالإضافة إلى الإشكالية التي تكمن في مدى الحاجة إلى نص خاص يسمح بإجبار المتهم على سحب عينة من الحمض النووي الخاص به، ومدى تعارض ذلك مع مبدأ صيانة الجسد البشري وعدم المساس به دون رضا الشخص.

### تساؤلات البحث

من المتوقع أن تجاوب هذه الدراسة على عدد من التساؤلات، لعل من أهمها ما يلي:-

1 - كيف عالج المشرع الإماراتي البصمة الوراثية كدليل في مرحلة المحاكمة؟

(16) د. عباس فاضل سعيد، استخدام البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي، بحث منشور في مجلة الرافدين، ع41، 2009، ص292.

(17) د. عبدالرحمن أحمد الرفاعي، البصمة الوراثية وأحكامها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2013، ص220.

2 - مدى توافق الأخذ بالبصمة الوراثية مع مبدأ صيانة الجسد البشري للمتهم وحرمة الحياة الخاصة؟

### أهداف البحث

1. بيان الطبيعة القانونية للبصمة الوراثية كدليل في مرحلة المحاكمة.
2. موقف المشرع الاماراتي من البصمة الوراثية وحجيتها في الإثبات.

### أهمية البحث

تتبع أهمية هذا البحث من أهمية البصمة الوراثية موضوع البحث ذاته، إذ تعد هذه الوسيلة من الوسائل العلمية المستحدثة التي لها قيمة برهانية في الاثبات، وذلك طبقاً لمجال استخدامها وطبيعته، وطبقاً للظروف والملابسات المحيطة بالجريمة، وخاصة أن الادلة القولية المستمدة من شهادة الشهود واعتراف المتهم، وكذا البصمات التقليدية، لم تعد كافية بمفردها لاطمئنان القاضي واقتناعه بارتكاب شخص ما جريمة معينة، لا سيما في الجرائم التي يتعذر وجود شاهد فيها مثل جرائم العرض والاعتصاب.

كما أن استخدام البصمة الوراثية محل الدراسة في الاثبات الجنائي أصبح أمراً ضرورياً نتيجة تطور الجريمة واستعانة مرتكبيها بأحدث وسائل العصر لتنفيذها، دون ترك أي أثر أو دليل واضح يرشد إليهم، فهي وسيلة تعين في البحث عن الحقيقة، بالإضافة إلى أهميتها في تقادي الاخطاء القضائية التي يتكرر حدوثها ومما لا شك فيه أنه كلما زاد الاعتماد على الدليل العلمي، كلما أمكن الوصول إلى الحقيقة وتقادي مخاطر الخطأ بصورة أكبر.

### منهج البحث

هذا البحث بشكل أساسي على المنهج الوصفي التحليلي، وذلك من خلال استخلاص الافكار النظرية من المراجع القانونية المختلفة، ومن الابحاث والرسائل العلمية المتعلقة بالموضوع وتطوراتها التاريخية، وتحليلها، وأيضاً مقارنتها مع التشريعات والدراسات الأخرى.

## خطة البحث

### المقدمة

المبحث الأول: البصمة الوراثية ومبدأ حرية القاضي في تكوين عقيدته.

المطلب الأول: مفهوم مبدأ حرية القاضي في تكوين عقيدته.

المطلب الثاني: البصمة الوراثية ومدى توافقها مع مبدأ حرية القاضي في تكوين عقيدته.

المبحث الثاني: الاثبات بالبصمة الوراثية وضمانات المتهم.

المطلب الأول: الاثبات بالبصمة الوراثية وحق المتهم في السلامة الجسدية.

المطلب الثاني: الاثبات بالبصمة الوراثية وحق المتهم في حرمة الحياة الخاصة.

### الخاتمة

قائمة المصادر والمراجع

## المبحث الأول

### البصمة الوراثية ومبدأ حرية القاضي في تكوين عقيدته

سوف نقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين وذلك على النحو الآتي:

## المطلب الأول

### مفهوم مبدأ حرية القاضي في تكوين عقيدته

يعرف مبدأ حرية القاضي في تكوين عقيدته بأنه: "تلك الحالة الذهنية أو النفسية أو ذلك

المظهر الذي يوضح وصول القاضي إلى درجة اليقين الحقيقي بحقيقة اقتراح متعلق بوجود واقعة

لم تحدث تحت بصره"<sup>(18)</sup>.

(18) السيد وديع الفاخوري، حرية القاضي في تكوين عقيدته، مقالة منشورة في مجلة القصر، ع15، 2006،

الملاحظ أن هذا التعريف ركز على الحالة الذهنية أو النفسية التي من خلالها يصل القاضي إلى الجرم بوجود الواقعة التي لم تحدث تحت بصره، لكن سلطة القاضي في هذا الإطار لا تقتصر فقط على الجرم بحدوث الواقعة، بل تمتد إلى اقتناعه بالعقوبة أو تدبير الأمن المناسب، وقبل هذا تكييف هذه الواقعة التكييف القانوني الصحيح، هذا وقد عرفه البعض الآخر بأنه: "حالة ذهنية ذاتية تستنتج من الوقائع المعروضة على بساط البحث احتمالات ذات درجة عالية من التأكيد، الذي نصل إليه نتيجة لاستبعاد أسباب الشك بطريقة جازمة وقاطعة"<sup>(19)</sup>.

كما يعرف بأنه: "حالة ذهنية وجدانية، وهي محصلة عملية علمية منطقية تستثيرها وقائع (القضية الجنائية) في نفس القاضي، فتتشط ذاكرته لتستدعي القواعد القانونية (ذات الوقائع النموذجية)، (المرشحة للتطابق مع وقائع القضية)، وتتوقف طبيعة هذه الحالة على نتيجة عملية المطابقة بين الواقعتين، فقد تكون ارتياح ضمير القاضي وإذعانه أو تسليمه بدون أدنى شك بثبوت الوقائع في جانب المتهم، وثبوت مسؤوليته عنها، وقد تكون الشك في ذلك، وأخيراً قد تكون ارتياح ضميره وإذعانه وتسلمه بعد حدوثها أو عدم مسؤولية المتهم عنها مطلقاً"<sup>(20)</sup>.

حيث نستنتج من ذلك كله بأن الاقتناع لا ينطبق تماماً مع اليقين أو التأكيد، لأن الاقتناع يعد حالة ذهنية تمتاز بكونها ذات خاصية ذاتية، نتيجة لتفاعل ضمير القاضي عند تقديره للأمر، وبالتالي يكون متأثراً بمدى قابلية الشخص للتأثر والاستجابة للدوافع المختلفة، لذا فإن اقتناع القاضي بثبوت الوقائع ونسبتها إلى المتهم ما هو إلا أسلوب علمي يبتكره العقل ويبدل القاضي جهده في مطابقتها للحقيقة التي توجد بين وقائع الجريمة والقانون، والاقتناع الذاتي للقاضي بالحقيقة العينية لا يمكن إلا أن يكون تقريبياً وأكثر احتمالاً للصدق، وهذا هو الفارق الجوهرى بين الاقتناع الذاتي بالواقع، واليقين العقلي بالنتائج اليقينية المستنبطة منطقياً من مقدمات يقينية، فاقتناع القاضي الذاتي بالحقائق العينية ليست نسخة طبق الأصل من هذه الحقائق وإنما أشبه بأن تكون صورة لجسم ذي أبعاد ثلاثة، وقد تكون هذه الصورة غاية في

(19) الموضوع السابق، ص 77 .

(20) كريم بن عيادة بن غطاي العنزي، الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2003، ص 39.

الجودة، ولكنها لا تطابق الجسم تماماً، لأنها ستظل ذات بعدين لا ثلاثة، فالفارق بين الاقتناع الذاتي والواقع الحقيقي هو الاختلاف بين الصورة والنموذج الذي يعبر عنه<sup>(21)</sup>.

## المطلب الثاني

### البصمة الوراثية ومدى توافقها مع مبدأ حرية القاضي في تكوين عقيدته

هناك إجماع فقهي على أن لسلطة التحقيق دور في تقدير الأدلة، لأن مبدأ القناعة الوجدانية للقاضي يشمل كافة القضاة دون استثناء وفي كافة مراحل الدعوى الجنائية سواء كان ذلك في مرحلة التحقيق أو المحاكمة، وعدم اقتصار دور سلطة التحقيق على البحث عن الأدلة وجمعها وتقديمها للمحكمة المختصة، إلا أن التصرف في الأوراق بالإحالة إلى القضاء من عدمه يكون بناء على أن الشك يفسر لمصلحة المتهم أمام سلطة التحقيق، على خلاف الحال أمام المحكمة المختصة، وبناءً على ذلك فإن الاستدلالات أو القرائن أو الأدلة غير القاطعة، والتي تتراوح بين الإدانة والبراءة، تستطيع سلطة التحقيق الاستناد إليها في إصدار قرار بإحالة الأوراق إلى المحكمة، التي تملك تقدير الأدلة والوصول إلى اليقين من خلالها، وإصدار حكم بالإدانة، أو بقاء الشك وتفسيره لمصلحة المتهم وإصدار حكم بالبراءة<sup>(22)</sup>.

وعلى ذلك فإن البصمة الوراثية تكفي وحدها كقرينة لتقديم المتهم إلى المحاكمة على ارتكابه للجريمة التي وجد أثره البيولوجي في مسرحها، متى قدر المحقق رجحان الإدانة، أما إذا رجح جانب البراءة عدم تطابق البصمة الوراثية للمتهم مع الأثر الموجود في مسرح الجريمة، فإنه

(21) المرجع السابق، ص 40.

(22) د. محمد لطفي عبدالفتاح، القانون الجنائي واستخدامات التكنولوجيا الحيوية، دار الفكر والقانون، 2010، ص 205.

يصدر قراراً بالحفظ قبل تحريك الدعوى الجنائية بالتحقيق فيها، أو الأمر بالأمر بوجه لإقامة الدعوى الجنائية بعد التحقيق فيها<sup>(23)</sup>.

حيث تعتبر أدلة الدعوى بشكل عام أدلة اقناعية تخضع لمبدأ حرية القاضي في الاقتناع، وبالتالي فإن الأدلة الناجمة عن استخدام الوسائل العلمية تخضع هي أيضاً في وزن قوتها لمدى اقتناع القاضي بها، والذي يمكن أن يقتنع بها ويستند إليها في الحكم، أو لا يقتنع بها ولا يؤسس عليها حكمه لأسباب تقتضي ذلك ومع ذلك فإنه لا يجوز أن تتجرد بعض الوسائل العلمية المشروعة من جدواها العلمية لعدم قناعة القاضي، بل تبقى ذات جدوى في تضيق نطاق البحث من أجل الكشف عن غموض الجريمة على الأقل، وعلى الرغم من ذلك فهناك بعض النتائج مثل المستمدة من الوسائل العلمية أضفى عليها القضاء الحجية المطلقة كقرائن تفيد في مجال إثبات الجريمة والوصول إلى مرتكبيها، مثل النتائج المستمدة من تطابق البصمات، وأساس الحجية المطلقة للبصمة التي يعثر عليها في مسرح الجريمة في الدلالة القاطعة على أن صاحب البصمة كان موجوداً في المكان الذي رفعت منه، وأن أثر البصمة كان نتيجة ملامسة جزء من جسمه لذلك المكان، ويقع عليه عبء إثبات مشروعية وجوده في المكان الذي وجد فيه أثر البصمة<sup>(24)</sup>.

ولكون الدليل المستمد من البصمة الوراثية يخضع كغيره من الأدلة لمبدأ حرية القاضي الجنائي في الاقتناع، فهو وحده يقدر قيمة الدليل بحسب ما يحدثه في نفسه من أثر وفي وجدانه من ارتياح واطمئنان، والأصل هو اتساع نطاق حرية القاضي الجنائي في الاقتناع بدليل البصمة الوراثية، إلا أن ذلك لا يعني بقاء هذه الحرية مطلقة بلا ضوابط تحكمها أو قيود ترسم معالمها وتحددها، وذلك كالاقتناع العقلي بالدليل المستمد من البصمة الوراثية DNA، حيث انه مما لاشك فيه بأن اقتناع القاضي الجنائي بالدليل المستمد من تحليل البصمة الوراثية هو بالدرجة الأولى اقتناع عقلي أساسه استخلاص النتائج من واقع الاستقراء والاستنباط المتوائم مع مقتضيات العقل والمنطق السليم، كما وينبغي أن يبلغ الاقتناع العقلي المستمد من تحليل البصمة

(23) المرجع السابق، ص 205.

(24) د. سالم خميس علي الظنحاني، مرجع سابق، ص 264.



الوراثية درجة اليقين، حيث أن من القواعد القانونية والفقهية المسلم بها أن اقتناع القاضي بالإدانة يجب أن يكون اقتناعاً يقينياً مبنياً على الجزم واليقين لا على الظن والتخمين والفروض المجردة، واليقين المقصود ليس يقين القاضي الشخصي المجرد بل هو اليقين القضائي المبني على الأدلة التي تتطوي بذاتها على معالم قوية في الاقناع، بحيث يقتنع بدلالاتها كل إنسان يتوافر لديه العقل والمنطق السليم<sup>(25)</sup>.

وقد عرفت نظرية الاثبات نظامين متناقضين، الاول يتجه إلى تقييد القاضي بأدلة معينة والثاني يترك للقاضي حرية اختيار الدليل الذي يبني عليه اقتناعه، ويتميز نظام الاثبات المقيد بأن القاضي يتقيد في حكمه بالإدانة أو البراءة بأنواع معينة من الأدلة حسب ما يرسمه الشارع دون أن يكون لاقتناع القاضي في ذلك تأثير، ودور القاضي في هذا النوع من الاثبات لا يتعدى مراعاة تطبيق القانون من حيث توافر الدليل وشروطه، فالمشرع في هذا النوع من الاثبات هو الذي يقوم بالدور الايجابي في عملية الاثبات، فهو الذي يحدد الدليل والقيمة الاقناعية لهذا الدليل، أما دور القاضي فلا يتعدى أن يكون دوراً آلياً يقتصر على مراعاة توافر الأدلة وشروطها القانونية بحيث إذا لم تتوافر لا يجوز له أن يحكم بالإدانة حتى لو اقتنع بأن المتهم مدان<sup>(26)</sup>.

وعلى العكس من ذلك نظام الاثبات الحر فهو يعطي القاضي حرية مطلقة في تقدير الدليل الذي يطرح عليه ومدى كفايته في الاستناد إليه كدليل إدانة بحيث إذا لم يقتنع القاضي بقيمة الدليل في الإدانة حكم بالبراءة فالدور الايجابي في هذا النظام إنما يكون لاقتناع القاضي لا إلى قوة الدليل، وحرية الاثبات إحدى خصائص نظرية الاثبات في المسائل الجنائية، ورغم أن قاعدة حرية الاثبات في المسائل الجنائية لا تحتاج إلى نص إلا أن بعض القوانين ينص عليها.

ومما يقيد حرية القاضي الجنائي في الاثبات إلى الدليل بطريق غير مشروع أو لم يقره القانون على سبيل اليقين، استعمال العقاقير المخدرة أو جهاز كشف الكذب، وقد مضت الإشارة إلى ذلك كذلك على المحكمة الجنائية أن تراعي قواعد الاثبات المتعلقة بالمسائل غير الجنائية،

(25) المرجع السابق، ص 266، 267.

(26) د. محمد أحمد غانم، مرجع سابق، 161.

كذلك يتقيد القاضي الجنائي في بعض الجرائم بأدلة معينة في الاثبات، من ذلك إثبات جريمة زنا شريك الزوجة<sup>(27)</sup>.

**تطبيقات قضائية عن حجية البصمة الوراثية في الاثبات الجنائي وفقا لمبدأ حرية القاضي في تكوين عقيدته**

تعددت تطبيقات استخدام البصمة الوراثية في مجال الأدلة الجنائية بحسبانها نتائج استخدام التقنية الوراثية في هذا المجال ومن هذه التطبيقات ما يلي:

### في القضاء الأمريكي

في قضية هي واحدة من أشهر القضايا التي ارتبط اسمها بالبصمة الوراثية، وهي قضية "د.سام شبرد" الذي أدين بقتل زوجته ضرباً حتى الموت في عام 1955م، أمام محكمة أوهايو بالولايات المتحدة، وكانت هذه القضية هي فكرة المسلسل المشهور "الهارب" في عام 1984م، ففي فترة وجيزة تحولت القضية إلى قضية رأي عام، وأذيعت المحاكمة عبر الراديو وسمح لمجمع وكالات الأنباء بالحضور، ولم يكن هناك بيت في هذه الولاية إلا ويطلب بالقصاص، ووسط هذا الضغط الإعلامي أغلق ملف كان يذكر باحتمالية وجود شخص ثالث وجدت آثار دمائه على سرير المجني عليها في أثناء مقاومته وقضى "د. سام" في السجن عشر سنوات، ثم أعيدت محاكمته حينما طلب الابن الأوح لـ "د.سام شبرد" بفتح القضية من جديد وتطبيق اختبار البصمة الوراثية، فأمرت المحكمة في عام 1998م، بأخذ عينة من شبرد وأثبت الطب الشرعي أن الدماء التي وجدت على سرير المجني عليها ليست دماء "سام شبرد" بل دماء صديق العائلة وأدانته البصمة الوراثية، وأسدل الستار على واحدة من أطول محاكمات التاريخ في عام 2000م، بعدما قالت البصمة الوراثية كلمتها<sup>(28)</sup>.

<sup>(27)</sup> المرجع السابق، ص 162 .

<sup>(28)</sup> أنظر: حسام الأحمد، البصمة الوراثية حجيتها في الإثبات الجنائي والنسب، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1،

2010، ص 152 .

وفي قضية أخرى استندت محكمة (فرجينيا) على نتائج البصمة الوراثية في قضية (أندرسون)، حيث حكمت عليه هذه المحكمة في عام 1982م بالسجن لمدة خمس عشرة سنة لإدانته في جريمة اغتصاب، وبعد إقرار العمل بالبصمات الوراثية في هذه الولاية، طالب المتهم باستئناف الحكم وتطبيق فحص الحمض النووي DNA، وبعد إعادة المحاكمة واستخدام تحاليل البصمة الوراثية، قضت المحكمة في حكمها الجديد ببراءة المتهم لعدم تطابق البصمة الوراثية له مع بصمة العينات المأخوذة من مكان الحادث<sup>(29)</sup>.

### في القضاء الفرنسي

في قضية تتلخص وقائعها أنه في يوم 22 يونيو 2002م قدمت الزوجة (كريستين X) بلاغاً إلى الشرطة ضد زوجها (تيري X) ذكرت فيه أنها في ليلة 21-22 يونيو 2002م كانت ضحية للعنف والاعتداء الجنسي المتنوع من زوجها الذي قام تحت تأثير السكر بإلقاء نفسه على زوجته وقام بربط المعصمين الكاحلين بشريط لاصق، وعقد رأسها من شعرها، وقام بارتكاب بعض الأفعال الجنسية معها، ثم تمكنت الزوجة من الهرب، وقفزت من الحمام، وقد أجرى الفحص الطبي للزوجة وأثبت وجود آثار العديد من الكدمات والخدوش تؤكد بقوة ما تعرضت له من عنف جسدي، بما في ذلك الأرداف والفخذين، كما وجد بعنق الرحم آثار دموية مع وجود حيوانات منوية، تبين من خلال فحص البصمة الوراثية أنها تخص الزوج، وقد أرجع الطبيب وجود الآثار الدموية إلى إدخال الزوج أشياء صلبة داخل مهبل الزوجة، كما وجد تهيج بالقناة الشرجية مع آثار دموية مخاطية مع وجود سائل منوي يخص الزوج، وقضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 6 أبريل 2004 برفض الطعن المقدم ضد الحكم الصادر من محكمة استئناف RENNES بتاريخ 15 يناير 2004م والذي قضى بإدانة الزوج بتهمة الاغتصاب المشدد بالمخالفة لنصوص المواد (1/222، 26/222، 4/111) من قانون العقوبات الفرنسي<sup>(30)</sup>.

<sup>(29)</sup> أنظر: د. حسني محمود عبد الدايم عبدالصمد، مرجع سابق، ص 564 .

Cass. Crim. 16 Ap. 2004, NO de pourvoi: 04-80580, Non publié au bulletin Rejet,

ww.ledifrance.com<sup>(30)</sup>(publié au:

## في القضاء المصري

قام شخص هندي الجنسية بالإبلاغ عن اكتشافه عند عودته من العمل إلى منزله مقتل زوجته وكريمتيه الطفلتين وبعثرة محتويات الشقة، وبالانتقال والمعينة تبين أن المسكن عبارة عن شقة في الدور الخامس، وتلاحظ عدم وجود عنف في الباب الخارجي ووجدت الجثث في غرفة المعيشة، وتبين وجود ثلاث أكواب من الشاي في الغرفة وطبق به فاكهة البرقوق، وتبين بعثرة محتويات المسكن ووجود آثار دماء بأرضية المطبخ والحمام، وبجميع غرف المسكن وتمتد على سلم المنزل حتى الدور الثالث، ووجدت آثار بصمات مدممة مجهولة في أماكن متفرقة بمسرح الجريمة ، وانتدب الطبيب الشرعي الذي جاء بتقريره أن الطفلة الأولى سبب الوفاة نتيجة جرح ذبجي عميق بالعنق باستعمال آلة حادة صلبة ، والطفلة الثانية سبب الوفاة قطع الأوعية الدموية العنقية والقصبه الهوائية والجروح الطعنية بالرئتين من استعمال آلة حالة صلبة، وقد تم كشف غموض الواقعة حيث أفادت التحريات أن رجلين هنديين يعملان في القاهرة كانا يترددان عليهم وعلى علاقة بالزوج، وقد تركا مسكنهما بدائرة قسم الأزبكية في تاريخ معاصر لإرتكاب الجريمة، وتبين أيضاً إصابة أحدهما بجرح قطعي بالساعد الأيسر والثاني مصاب بجرح قطعي باليد اليمنى، وبمواجهتهما اعترفا بارتكاب بارتكابهما الحادث بقصد السرقة وذلك بالتوجه إلى منزل المجني عليهم حيث استقبلتهما الأم السابق معرفتها لهما، وأعدت لهما أكواب الشاي والفاكهة، إلا أنهما فاجأها بشل حركتها والإجهاز عليها وكريمتها، وقد أصيبا من جراء مقاومتها واستولا على مبالغ نقدية وتم ضبط المسروقات، وقد ورد تقرير المعمل الجنائي يفيد أن فصائل الدم المرفوعة من مكان الحادث تنطبق على فصائل دم المجني عليهن والمتهمان وكذا وجود آثار البصمات مدممة للمتهمين بمسرح الجريمة<sup>(31)</sup>.

## في القضاء الإماراتي

مشار إليه لدى: د/ محمد نور الدين سيد، المسؤولية الجنائية للزوج عن موقعة زوجته بدون رضاها دراسة مقارنة، المجلة القانونية الاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، العدد32، 2012، ص102، 103.

(31) أنظر: د/ طارق ابراهيم الدسوقي عطية، البصمات وأثرها في الإثبات الجنائي، دار الجامعة الجديدة، 2011، ص536، 537.

وفي الامارات العربية المتحدة تقدمت فتاة تبلغ من العمر 18 عاماً إلى أحد مراكز الشرطة، وقدمت أفادت بأنها تعرفت إلى شاب بواسطة الهاتف وكونت علاقة معه ، وقد وعدها بالزواج ، وعلى أثر ذلك خرجت معه، ولكنه اغتصبها، وحملت منه ، لكنها لم تكشف الحمل إلا في الشهر الرابع، وأخبرته بذلك، وقد طلب منها الاجهاض لإسقاط حملها، فلم توافق، وتجاهلها إلى أن أصبحت في الشهر الثامن، وأبلغت ولي أمرها ، وقد أبلغ بدوره الشرطة، وتم استدعاء المتهم ولكنه أنكر التهمة الموجهة إليه، وقد أجريت التحاليل المختبرية في مختبر دبي بفحص الحمض النووي الـ DNA لكل منهما، وكانت النتيجة أن المشتكية هي الأم الحقيقية للطفل، وذلك لاشتراكها في نصف الصفات الوراثية الموجودة لدى الطفل، أما المتهم فلم يشترك مع الطفل في أي صفات، ونستنتج من ذلك أن المتهم هو ليس أباً لذلك الطفل، بل يوجد هناك رجل آخر هو الأب الحقيقي للطفل<sup>(32)</sup>.

#### في القضاء السعودي

حاصل القضية أن امرأة ادعت أن أباهما وقع عليها ونتج عن ذلك حصول حمل وكان احتمال تصديقها ضعيف لأن الأب في الستينات من العمر ولقوة العلاقة التي تجمعها بها فقد تأجل موضوع التحليل حتى وضع الحمل خوفاً من أن يتضرر الجنين، وعندما تم الوضع ومن خلال التحاليل وجد أن الطفل لا علاقة له بالمتهم (الأب)، ولكن الأغرب وجد أن لا علاقة له بالمرأة المدعية، فاتضح أن القضية فيها تلاعب وأن أيدي خفية ورائها، فالنفي عن المتهم لا إشكال فيه، أما النفي عن المرأة الحامل ففيه تصادم مع الواقع، وبالرجوع لأسماء المواليد الذين ولدوا في نفس اليوم بالمستشفى اتضح أنهم بلغوا (30) طفلاً، وعند حصر الصفات المطلوبة انحصرت في (12) طفلاً، وقد تم الاتصال بذويهم واحداً واحداً حتى تم الوصول للطفل المطلوب واتضح أن بصمته الوراثية دلت على ارتباطه بالمتهم (الأب) وأن هناك طفلاً لقيطاً أدخل

(32) أنظر: د. صفاء عادل سامي، مرجع سابق، ص174.

المستشفى في نفس اليوم، وعند التسليم تم التبديل لإخفاء الحقيقة وبذلك كشفت البصمة الوراثية المستور<sup>(33)</sup>.

## المبحث الثاني

### الإثبات بالبصمة الوراثية و ضمانات المتهم

سوف نقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين وذلك على النحو الآتي:

#### المطلب الأول

#### الإثبات بالبصمة الوراثية وحق المتهم في السلامة الجسدية

يقتضي تحليل الاختبارات الجينية (البصمة الوراثية) الحصول على خلية من جسم الانسان، لأنه في ظل الوضع العلمي الحالي لا يمكن إجراء هذه الاختبارات إلا على الدم والحيوانات المنوية والشعر أو أي نسيج خلوي، وعليه فلا بد من اقتطاع جزء من الجسم حتى يمكن إجراء اختبار الحامض النووي DNA، مما يعتبر مساً بالسلامة الجسدية للمتهم، ونرى بأن الشريعة الاسلامية قد حرصت على صون الجسد البشري من أي اعتداء أياً كانت غاية الاعتداء، وذلك استناداً إلى أن الحق في الحياة وسلامة الجسد حق مشترك بين العبد وربّه، وكما أن إسقاط الانسان لحقه فيما اجتمع فيه حقه وحق الله مشروط بعدم إسقاط حق الله؛ لأن الله تعالى تفضل على عباده، فجعل ما هو حق لهم، لا ينتقل الملك فيه إلا برضاهم، ولا يصح الإبراء منه إلا بإسقاطهم، فكل واحد من الحقين موكول لمن هو منسوب إليه ثبوتاً وإسقاطاً، وقد حرم الله تعالى القتل والجرح صوتاً لمهجة العبد وأعضائه ومنافعها عليه، ولو رضى العبد بإسقاط حقه في ذلك لم يعتبر رضاه، ولم ينفذ إسقاطه، ومما تقدم يتضح لنا أن استخدام البصمة الوراثية في المجالات المدنية والجنائية يجب أن ينأى عن المساس بجسد المتهم، إلا أن الأمر يختلف عما إذا كان

(33) أنظر: حسام الأحمد، مرجع سابق، ص 155.

الحال متعلقاً بالبصمة العامة، أو عند تعارض حق المتهم مع حقوق أخرى تتصل بقيم على مستوى عالٍ من الأهمية لا تقل على مبدأ حرمة الجسد، ومن ذلك إثبات النسب فإنها تتعلق به حقوق مشتركة بين الله تعالى وبين الأم، والأب، والولد<sup>(34)</sup>.

وأما موقف القانون الوضعي في مجال حماية الجسد والاثبات، فنرى بأن الحلول التشريعية تختلف بحسب الفلسفة التي ينطلق منها المشرع، وما إذا كانت نزعة فردية، أم جماعية، فمبدأ حرمة الجسد الانساني لا يزال يلقي بظلاله الكثيفة على فروع القانون المتعددة، وفي مجال الاثبات يصعب القول بالمساس بهذا المبدأ حتى ولو كان ذلك بدعوى الوصول إلى الحقيقة بطرق مؤكدة أو شبه مؤكدة، وفيما عدا تدخل المشرع لإقرار هذا التدخل كاستثناء على المبدأ لا يرقى لهدمه أبداً، يقع القضاء في حيرة من أمره، فأمام هذا التقدم العلمي الذي يقدم له، في بعض الفروض، إثباتاً أقرب إلى اليقين، يصطدم القاضي بمبدأ المعصومية في ثوب قدسيته التقليدي، الذي تأكد منذ وقت لم يكن فيه التقدم العلمي قد وصل إلى ما وصل إليه في عصرنا الحديث وعلى القاضي في بحثه عن الحقيقة أن يحدد الأهمية الخاصة بكل مصلحة من المصالح المتعارضة على ضوء المبادئ العامة التي تحكم هذه المصالح والأغراض التي تسعى تلك المصالح إلى تحقيقها، ثم ينتهي إلى إضفاء الحماية القانونية على المصلحة التي تبدو جديرة بها من خصيلة تحليلية<sup>(35)</sup>.

هناك جانب من الفقه ذهب إلى أنه لا يجوز أخذ عينة من جسد المتهم، بهدف إجراء اختبارات البصمة الوراثية عليها، لمساس ذلك بحرمة الجسد وتعارضه مع الحرية الفردية للأشخاص، وللغرد أن يمارس على كافة جسده سيادة تامة، وهي تعد شرطاً لحرية المعنوية، وللشخص وحده الحرية الكاملة في تقديم عينة بيولوجية للاختبارات الجينية أو رفض ذلك، ويتفق هذا الرأي مع ما قرره الاعلان العالمي لحقوق الانسان عام 1948 من حظر الفحص الكامل لشخص المجرم، سواء أكان بالغاً أم قاصراً عن طريق أي وسيلة بيولوجية معروفة في العلم

(34) د. حسني محمود عبد الدايم عبدالصمد، مرجع سابق، ص 872-873.

(35) المرجع السابق، ص 877.

المعاصر في وقت إجراء الفحص<sup>(36)</sup>. إلا أن الفقه الغالب سواء في مصر أو فرنسا يرفض التسليم بحرفية ماجاء بوثيقة حقوق الإنسان، إذ من شأن هذا الاتجاه أن يضع عقبات في طريق التقدم الاجتماعي تعوق تطوره، وبالتالي نرى بأنه في حال عدم الحاجة للتدخل على جسد المتهم، لأن الجاني قد ترك خلفه بعض الآثار التي قد تؤدي للتعرف عليه برفعها وتحليلها، وهنا لا نحتاج إلى موافقة أحد، وإذا كان الأمر يستدعي الحرص والحذر من القائم على هذه العملية، وقد يصبح فحص التلوثات المنوية ذو فائدة أكبر إذا ما تم بالطريقة الحديثة التي تعتمد على فحص الحامض النووي DNA، وقد نحتاج للتدخل على جسد المتهم لانتزاع دليل إدانته أو دليل براءته، لأن التمسك بمبدأ معصومية الجسد يمثل عقبة في إجراءات التحقيق هنا، ولا شك أن التدخل على جسد المتهم لأخذ عينة من دمه أو لعابه أو جلده أو حتى شعرة من فروة رأسه أو جسده، كرهأ عنه، بعد انتهاكاً للمبدأ السابق، وقد ندخل في دائرة حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، ولكن يجب أن لا يغيب عن أذهاننا أن هذا المبدأ والمنصوص عليه في أغلب دساتير وتشريعات الدول ليست له حجية مطلقة بل ويمكن للمشرع أن يتدخل لتحديده أو تقييد إطلاقه في بعض الحالات<sup>(37)</sup>.

## المطلب الثاني

### الإثبات بالبصمة الوراثية وحرمة الحياة الخاصة

إن وضع تعريف دقيق وجلي للحق في الخصوصية يعد أمراً عسيراً وصعباً، وهذا ما يظهر في كثير من التشريعات، رغم الاعتراف بهذا الحق، كما تظهر نفس الصعوبة في تحديد المفهوم في الفقه الوضعي والقضاء، ولكن نرى بأن البعض من الفقهاء حاول جاهداً إلى ذكر تعريف لها، فنرى بأنه اتجه الفقيه الفرنسي "بادنتر" إلى وضع تعريف الحق في الخصوصية من خلال مفهوم حالة العموم أو الحياة العامة، أطلق عليه بالتعريف السلبي، حيث أنه عرف الحق في الخصوصية بأنه: "كل ما ليس له علاقة بالحياة العامة أو هي كل ما لا يعتبر من الحياة

<sup>(36)</sup> د. خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، دار النفائس للنشر والتوزيع، ط1، 2006، ص23.

<sup>(37)</sup> المرجع السابق، ص24.



العامة" (38)، وفي واقع الأمر أن الحياة العامة تخضع لقواعد مختلفة عن الحياة الخاصة، وقد أدى ذلك إلى إضفاء صعوبة جديدة على تعريف الحق في الحياة الخاصة، وهو البحث عن معيار يفصل بين الحياة الخاصة والحياة العامة(39).

وفرت الشريعة الاسلامية الحماية للحياة الخاصة، وتبنت ذلك إعلانات الحقوق والاتفاقيات الدولية والدساتير، وقد كرسّت القوانين العقابية ما جاء في تلك الاعلانات والاتفاقيات والدساتير، فقد نصت الفقرة (27) من المادة (266) من قانون العقوبات الفرنسي على الآتي: "إن إجراء دراسة عن الخصائص الوراثية لشخص ما، لأغراض طبية دون أخذ موافقته مسبقاً وفق الشروط المنصوص عليها في المادة (145-150) من قانون الصحة العامة"(40).

ونرى بأن اللجوء إلى فحص البصمة الوراثية ينبغي أن يكون بعيداً عن التدخل الذي يمس الحياة الخاصة للأفراد أو خصوصياتهم الجينية، وبعبارة أخرى ، يجب أن لا يؤدي هذا الفحص أو التحليل إلى كشف المعلومات المتعلقة بأسرار الأفراد، وهذه الحماية للحياة الخاصة (الخصوصية) للمتهم لم تكن مطلقة، وإنما ترد عليها بعض الاستثناءات، إذ أن المشرع قد وازن بين حق الافراد في الخصوصية الجينية وإضفاء الحماية عليها ، كما وفق بين المصلحة العامة ومصلحة الفرد(41)، فقد أقر كأصل عام للأفراد الحق في الحياة الخاصة (الخصوصية الجينية) وأضفى عليه الحماية الجزائية من ناحيه وأجاز استثناء المساس بالحق في الخصوصية من

(38) سليم جلاّد، الحق في الخصوصية بين الضمانات والضوابط في التشريع الجزائري والفقّه الاسلامي، رسالة ماجستير، جامعة وهران، 2012، ص13.

(39) المرجع السابق، ص 14 .

(40) د. صفاء عادل سامي، مرجع سابق، ص 211 .

(41) يشير البعض إلى أن حماية المجتمع هي من الغايات المثلى لكل تشريع في الدولة، إذ بها تتحقق مصلحة الافراد في الحياة الهادئة والأمن، وبالرغم من أهميته إلا أنه يثير دائماً جدلاً فقهيًا وتردداً قضائياً حول مدى المساس بحقوق الأفراد في سبيل حماية المجتمع، فقد تكون الأخيرة ذريعة أو تكأة للعصف بحقوق الأفراد لاسيما الحق في الحياة الخاصة.

د/ محمد نور الدين سيد، الحماية الجنائية للحق في خصوصية المكالمات الهاتفية، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، المجلد 43، ملحق4، 2016، ص1713.

ناحية أخرى<sup>(42)</sup>. وقد تتوافر بعض شروط الاستثناء المتعلق بالمساس بالحق في الخصوصية، كتوافر الضرورة الطبية والطوارئ، وأيضا في حال صدور أمر بإجراء التحليل من الجهة القضائية المختصة، حيث يشترط في إذن إجراء تحليل البصمة الوراثية، أن يكون الأمر صادراً عن جهة التحقيق إذا كانت الدعوى لم تصل بعد إلى حوزة المحكمة، أو من قبل محكمة الموضوع المختصة، ووفقاً لذلك، فلا يستطيع أي شخص من دون أن تكون هناك دعوى أو إذن صادر عن الجهة المختصة، وعلى الجهة القائمة بأمر التحليل أن تمتنع عن القيام به، قبل استيفاء الشروط كافة التي يتطلبها القانون نظراً إلى خطورة الآثار الناجمة عن مثل هذه الفحوصات في المجالات كافة، الكثير يتساءل حول ما إذا كانت البصمة الوراثية DNA تعتبر تدخلاً في الحياة الخاصة لشخص المتهم أم أنها لا تعتبر تدخلاً في حياته الخاصة، للإجابة على ذلك يجب أن نرى إذا كانت المعلومات تتعدى الغرض المطلوب منها وهو تحديد هوية الشخص (المتهم) وتمتد إلى الحياة الخاصة له وتكشف عن معلومات وراثية قد تكون ذات طابع شخصي جداً، ففي هذه الحالة يعد مساساً في الحياة الخاصة للمتهم لأنها معلومات وراثية خاصة به لا يجوز الاطلاع عليها، أما إذا كانت المعلومات المتحصلة تنحصر ضمن حدود الغرض المنشود منها، فلا يعد مساساً بالحياة الخاصة، لأنها لم تتعدّ الهدف الذي أجري الاختبار من أجله، كما أنها لم تكشف عن معلومات وراثية تخص المتهم<sup>(43)</sup>.

وتوجد هناك العديد من الجوانب التي تتصل بطبيعة الجينات الوراثية ذاتها، وذلك كإساءة تفسير نتائج الفحص الجيني رغم عدم حتمية نتائجه، حيث أنه إذا كانت الجينات الوراثية بمقدورها الكشف عن الكثير من المعلومات عن الشخص، إلا أنها ليست حتمية، وسبب ذلك وجود عوامل أخرى جينية تؤثر على هذه النتائج، والتي قد لا يمكن تقديرها أو حتى اكتشافها، وكما يتسم الحق في حرمة الحياة الخاصة الذي تحميه التشريعات المقارنة بأن الأحاديث أو الصور موضوع الحماية تجري غالباً في أماكن خاصة، ومن ثم فإن الوقوف عليها والتقاطها يعد أمراً ليس يسيراً ويتطلب استخدام أجهزة فنية تتيح ذلك، وعلى العكس من ذلك فإن المادة الجينية

(42) د.صفاء عادل سامي ، مرجع السابق ، ص212.

(43) ماينو جيلاني، الإثبات بالبصمة الوراثية، رسالة دكتوراه، جامعة أبوبكر بلقايد تلمسان، 2015، ص25.

التي تشكل أساس الفحص الجيني يمكن الحصول عليها بسهولة كبيرة ودون عناء كبير بل وبغير علم الشخص في كثير من الأحيان، إذ يمكن الحصول على المادة الجينية من مصادر مختلفة مثل الدم واللعاب والمني والأظافر والبول والأنسجة الجلدية على أعقاب السجائر والشعر وغيرها، ويعني ذلك نتيجة مؤداها سهولة الحصول على المادة الجينية اللازمة للتحليل دون علم الشخص ذاته، ودون أن يتطلب الأمر جهداً من الجاني<sup>(44)</sup>.

كما أن للمعلومات الجينية قيمة كبيرة، وترجع هذه القيمة لما يتوفر لديها من قطعية وثبات، وهو ما يجعلها تختلف عن غيرها من معلومات طبية، وذلك لأن المعلومات الجينية لا تتغير مع مرور الوقت، ومن جهة أخرى فإن البصمة الوراثية تفضل غيرها من وسائل الإثبات المادية، فمن ناحية فإنها تظل فترة طويلة دون تلف، كما أن الجاني ليس بمقدوره التخلص منها في مسرح الجريمة، فإذا كان باستطاعته عدم ترك أثر لبصمة يديه، فإنه ليس بمقدوره غالباً تجنب ترك بصمته الوراثية، ومن ناحية أخرى فإن بعض وسائل الإثبات العادية قد يكون لها قيمة ضئيلة في الإثبات بعكس البصمة الوراثية، ويمكن تأصيل الحالات التي يجوز فيها المساس بالخصوصية الجينية دون رضاء صاحبها بردها إلى ثلاث صور وهي: صدور أمر قضائي، وأغراض البحث العلمي، وصيانة الصحة العامة<sup>(45)</sup>.

ويثور التساؤل حول ما اذا كان للبصمة الوراثية خطورة عند اعتمادها كدليل إدانة أم لا؟ وهل للبراءة أثر على البصمة الوراثية في مرحلة المحاكمة؟، لذا سوف نبين ما إذا كان للبصمة الوراثية خطورة عند اعتمادها كدليل إدانة، وأيضاً سنجاب على التساؤل الآخر الذي يتعلق بأثر البراءة على البصمة الوراثية في مرحلة المحاكمة وذلك على النحو الآتي:

#### أولاً - خطورة اعتماد البصمة الوراثية كدليل إدانة

أكد العلماء على أن الخطورة تكمن في أن اعتماد بصمة الجينات قد خلق جواً من

(44) د. أشرف توفيق شمس الدين، الجينات الوراثية والحماية الجنائية للحق في الخصوصية، بحث نشر في المؤتمر العلمي السنوي العاشر لكلية الحقوق بجامعة المنصورة، رقم المؤتمر 10، 2006، ص12، <https://search.mandumah.com/Record/116380>.

(45) المرجع السابق، ص15 .

التسليم بأن الأدلة المقرونة بالمعلومات العلمية معصومة من الأخطاء، وبالتالي أخذت الأحكام الناجمة عن ذلك صفة القطعية التي لا تأبه بتوسلات المتهمين الذين يصرون على الصراخ الاحتجاجي والشكوى من الظلم، وفي بريطانيا تنبه بعض الحقوقيين لإمكانية أن تكون بعض الأحكام قد صدرت بطريق الخطأ، وأصدر قضاة محكمة الاستئناف مؤخراً حكمه بتبرئة شخص قد أدين عام 1990 بجريمة الاغتصاب، وجاء الحكم بعد دراسة حيثيات القضية الأولى التي تم الحكم فيها اعتماداً على تقارير الطب الشرعي التي أثبتت تطابق البصمة الجينية وفصيلة الدم عند المتهم مع تلك الموجودة في عينات تم انتزاعها من موقع الجريمة، ويستند القضاة عادة في مثل تلك الحالات إلى الدراسات العلمية التي تقول: إن احتمال وجود تشابه بين البصمة الجينية لشخص بريء مع البصمات الجينية المنتزعة من موقع الجريمة هو واحد في كل 300 مليون، وبالنتيجة العلمية، فإن التشابه يعني التجريم، ومن ثم فإن ما ينبغي القيام به من جانب المحلفين هو محاولة تبين ما إذا كان الشخص بريئاً مع الأخذ في الاعتبار التشابه الحاصل في البصمة الجينية ، والذي أثبتته تقارير الطب الشرعي<sup>(46)</sup>.

ونرى بأن مواجهة المتهم بالبصمة الوراثية وفن استجوابه يؤدي في الغالب بالاعتراف بالجريمة، بل الإشارة إلى استعمالها يؤدي إلى الاعتراف، حيث نستدل على ذلك من قضية الرئيس الأمريكي السابق "بيل كلينتون" فقد اتهمته مونیکا لويسكي (25 عاماً) بأنه اغتصبها وأكرهها على ممارسة العمل الجنسي دون رضاها، فأنكر الرئيس التهمة، فقدمت ثياباً ادعت أن عليه بقعة أو آثار منوية من علاقة سابقة مع الرئيس، وقد تم تحويل الثوب إلى المعامل الجنائية بمكتب التحقيقات الفيدرالية لإجراء تحليل الحمض النووي DNA مما أدى إلى اعترافه بالعلاقة، حيث إنه في حالة تطابق بصمة الحمض النووي فإن هذا يؤدي إلى ثبوت التهمة، وكما نرى بأنه في حالة أخرى مسجلة قد أرسل رئيس تحرير إحدى الصحف إلى رجال المباحث خطاب وصل إليه وفيه تهديد بالقتل، وفي المعامل الجنائية تم أخذ مسحة من المكان اللاصق في الخطاب وعزل خلايا اللعاب التي تم لصق الخطاب بها، وبتحليل الحمض النووي DNA لنوايا الخلايا

(46) د. بديعة علي أحمد، البصمة الوراثية وأثرها في إثبات النسب أو نفيه، دار الفكر الجامعي، 2011،

الموجودة باللعب ومقارنته ببصمة الحمض النووي للشخص المشتبه فيه، والذي أشار إليه رئيس التحرير تبين تطابقهما فوجهت إليه تهمة التهديد بالقتل<sup>(47)</sup>.

### ثانياً - أثر البراءة على البصمة الوراثية

إن حكم البراءة تصدره المحكمة الجزائية أو القاضي إذا اقتنع بأن المتهم لم يرتكب الجريمة التي وجهت التهمة عنها إليه، أو أن الفعل الذي ثبت صدوره منه لا يكون الجريمة المنصوص عليها في قانون العقوبات أو القوانين ذات الصلة الجزائية، وعلى هذا فإن حكم البراءة من التهمة لا يصدر إلا في حالتين، وهما: حالة انعدام الأدلة تماماً ضد المتهم، وحالة عدم وجود الجريمة وفقاً للعديد من القوانين، وحكم البراءة لا يصدر إلا بعد تبادل آراء أعضاء هيئة المحكمة فيما يراه كل منهم تطبيقاً سليماً للقانون على وقائع الدعوى، والمداولة لا تكون إلا حينما تكون المحكمة مشكلة من عدة قضاة، كمحكمة الجنايات، ومحكمة التمييز، أما إذا كانت المحكمة مشكلة من قاضٍ واحد كمحكمة الجناح، فإن القاضي يدرس القضية بمفرده ويصدر حكمه فيها من دون مداولة مع أحد، ونشير إلى عدم وجود حالة ثالثة للحكم بالبراءة فمجالات الحكم بها لا تتعدى الصورتين المذكورتين، وبخلاف الأمر لدى جانب من القضاء العربي الذي يرى أنه يكفي في المحاكمة أن تتشكك المحكمة في صحة إسناد التهمة إلى المتهم لكي تقضي بالبراءة ما دامت قد أحاطت بالدعوى عن بصر وبصيرة، وخلا حكمها من عيوب التسبب، إذ مرجع الأمر في ذلك إلى مبلغ اطمئنانها في تقدير الأدلة<sup>(48)</sup>.

ولا يعيب الحكم أن تكون المحكمة قد أغفلت الرد على أدلة الاتهام إذ إنها غير ملزمة في حالة الحكم بالبراءة بالرد على كل دليل من أدلة الثبوت ما دام أنها قد رجحت دفاع المتهم أو داخلتها الريبة والشك في عناصر الإثبات ومنها عنصر أو دليل البصمة الوراثية، ولأن إغفال التحدث عنها ما يفيد ضمناً أنها طرحتها ولم ترى فيها ما تطمئن معه إلى إدانة المطعون ضده، وأخيراً فإن الحكم الجزائي الصادر بالبراءة من المحكمة الجزائية بعد انقضاء مدد الطعن القانونية

<sup>(47)</sup> إبراهيم بن سطم العنزي، البصمة الوراثية ودورها في الإثبات الجنائي بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2004، ص 162 .

<sup>(48)</sup> د. صفاء عادل سامي، مرجع سابق، ص 132، 133 .

أو انقضاء طرق الطعن المحددة قانوناً يكتسب الدرجة الباتة أو القطعية، ويكون ذلك حجة على الكافة بما فيها المحاكم الجزائية والمدنية فيما يتعلق بتعيين الواقعة المكونة للجريمة، ونسبها إلى فاعلها ووصفها القانوني<sup>(49)</sup>.

ونرى بأنه توجد العديد من التطبيقات القضائية للبصمة الوراثية في إثبات جرائم القتل، حيث أصدر القضاء في دول عربية عديدة أحكاماً بالإدانة في الجرائم الجنائية بناءً على تحليل وتطابق البصمات الوراثية، وهذا ما أكدته المحكمة الاتحادية العليا بالحكم المطعون فيه الصادر من محكمة استئناف أبوظبي الشرعية بتاريخ 2005/2/28 في الاستئناف رقم 2004/1131: (وبتحقيقات النيابة العامة اعترفت بمواقعة المدعو... لها جنسياً، وأنها حملت إثر ذلك سفاحاً ولكنها عدلت عن قولها بأنها قتلت الطفل خنقاً وأدعت أنها ولدته ميتاً وتخلصت من جثته برميهِ بصندوق القمامة خوف افتضاح أمرها، كما عول الحكم المطعون فيه على البينة الطبية التي أوردت أن الطفل ولد حياً وهو مكتمل النمو، وأنه توفي نتيجة لإسفكسيا الخنق، كما بين الكشف الطبي على الطاعنة أن بها علامات ولادة حديثة تتزامن مع تاريخ البلوغ، كما أثبت التقرير الطبي أن الطاعنة متكررة الاستعمال منذ زمن طويل وأنه سبق لها الحمل والولادة، وبمطابقة عينة الدم المأخوذة من الملابس التي وجد ملفوفاً بها الطفل والمشيمة اتضح أنها موافقة لفحص عينة دم الطاعنة، وبدراسة التركيب الوراثي للحمض النووي المتخلص من عينة الطفل المتوفى وعينة الطاعنة تبين أنه ليس هناك ما يمنع وراثياً أن تكون الطاعنة أمّاً بيولوجية لذلك الطفل، كما لوحظ أن رقبة الطفل كانت مربوطة بشدة بقطعة قماش، مما يعني أن إدانة الطاعنة بجريمتي الزنا وقتل الوليد قد قامت على بيانات كافية اطمأنت إليها محكمة الموضوع، ولم يرد في الأوراق مما يشير إلى تعرض الطاعنة للإكراه للاعتراف لدى الشرطة بخنق الطفل، ولا باعترافها لدى الشرطة وبتحقيقات النيابة العامة بجريمة الزنا، وبأنها حملت سفاحاً وأنجبت المولود المعني، وإن كانت في اعترافها لدى النيابة العامة قد عدلت عن القول بأنها قتلت الطفل خنقاً وزعمت أنه

(49) د. محمد أحمد غانم، مرجع سابق، ص 134 .

ولد ميتاً، ولكنه عدول تكذبه البينة الطبية التي أكدت أن المولود ولد حياً ومات خنقاً، كما شوهد رباط من القماش ملفوف بشدة على رقبة الطفل<sup>(50)</sup>.

ونرى بأن بعض علماء الشريعة الاسلامية ذكروا بأنه لا يجوز توقيع العقوبة على المتهم في جريمة القتل العمد بناءً على نتيجة البصمة الوراثية، فهذا ما ذهب إليه غالبية الفقهاء المحدثين تخريجاً على قول جمهور الفقهاء بعدم الاعتماد بالقرائن في جرائم القتل، وأن إثبات هذه الجرائم لا يكون إلا بالبينة أي بشهادة شاهدين أو إقرار الجاني، والبعض الآخر قد ذهب إلى جواز إثبات جرائم القتل بالبصمة الوراثية أو الدليل المادي على وجه العموم، وقد استندوا في تأسيس رأيهم على قول لبعض الفقهاء بجواز الأخذ بالقرائن المجردة في جرائم القتل أو القصاص على الشهادة أو الاقرار، وتتفق غالبية التشريعات الوضعية مع ما قرره الاتجاه السابق من الفقه الاسلامي، حيث أجازت صراحة العمل بالبصمات الوراثية في مجال الجرائم الجنائية<sup>(51)</sup>.

ترى الباحثة جواز استخدام البصمة الوراثية في الوصول إلى معرفة الجاني والاستدلال بها كقرينة من القرائن المعينة على تطبيق العقوبات المشروعة عليهم، وهو أمر ظاهر الصحة والجواز لمشروعية استعمال الوسائل المتنوعة لاستخراج الحق ومعرفته، كما أرى قوة هذا الاتجاه وأدلة منطقيته وأنه الأقرب إلى تحقيق العدل بين الناس، وأن تفعيله ضماناً للحد من الجريمة في عصر كثرت فيه الجرائم وتعقدت وتطور أسلوبها وتفنن فيها مرتكبوها، مما يحتم على الأجهزة الأمنية والقضائية الأخذ بالوسائل العلمية الحديثة في كشف الجريمة وملاحقة مرتكبيها لينال كل مجرم جزاء فعلته طبقاً لنص المادة 2 من قانون العقوبات الاتحادي الاماراتي حيث أنه نص على أنه "لايؤخذ انسان بجريمة غيره، والمتهم بريء حتى تثبت إدانته"، ونرى بأن الاعتماد على نتائج البصمة الوراثية في إثبات الجرائم المذكورة، وتوقيع العقوبة على المتهمين بارتكابها بناءً على هذه النتائج متروك لقناعة القاضي الذي يفصل بالقضية، فإن رأى أن نتائج البصمة الوراثية كافية للفصل في القضية المعروضة، واطمأن إلى أن البصمة الوراثية هي وسيلة إثبات

(50) د.سالم خميس على الظنحاني، مرجع سابق، ص133-134 .

(51) المرجع السابق، ص135

في القضية، وأداة اقتناعه اليقيني إلى ذلك كان له أن يحكم في القضية بمقتضى هذه النتائج، لكن إن تطرق الشك إلى عدم صلاحية البصمة الوراثية كوسيلة إثبات في القضية فليس هناك ما يمنع من اعتمادها قرينة أو أمانة تضاف إلى قرائن وأمارات أخرى تمثل في النهاية مجتمعة وسائل الإثبات في القضية فيما يخص الجرائم المذكورة<sup>(52)</sup>.

### الخاتمة

في نهاية بحثي لموضوع البصمة الوراثية كدليل اثبات في مرحلة المحاكمة في القانون الإماراتي توصلت إلى أن البصمة الوراثية قرينة تتميز بالإثبات والنفي في حين أن الأدلة الفنية الأخرى تقتصر قدرتها على النفي فقط، ولقد استعرضت من خلال بحثي حجية البصمة الوراثية كدليل في مرحلة المحاكمة، والإثبات بالبصمة الوراثية والحق في السلامة الجسدية وحرمة الحياة الخاصة، وأخيراً تطرقت إلى الحديث عن التطبيقات القضائية للبصمة الوراثية، فقد توصلت من خلال هذا البحث إلى عدد من النتائج والتوصيات، أوجز أهمها فيما يلي:

#### أولاً - أهم النتائج

1- تعد البصمة الوراثية وسيلة من وسائل التعرف على شخص الجاني أو المجني عليه وذلك بتحليل جزء أو أجزاء من الحامض النووي لآثار البقع الدموية، أو المنى، أو الشعر، أو الأظافر أو غير ذلك مما يوجد في مكان الجريمة، ومقارنتها بنتائج تحليل الحامض النووي للعينة الخاصة بالمتهم أو ذوي المجني عليه.

2- أوضح لنا البحث أن صحة نتيجة تحليل البصمة الوراثية تعتمد وبدرجة أكيدة على عدة شروط أساسية عديدة من أهمها: التأكد من مصداقية نتيجة تحليل البصمة الوراثية، وضرورة الحصول على العينة من المتهم بطريق مشروع، وأن الحق في السلامة الجسدية والخصوصية الجينية (الحياة الخاصة) ليس حقاً مطلقاً وإنما يجوز المساس بهما ولكن بشروط معينة.

(52) المرجع السابق، ص 138



3- اتضح لنا أن الفقه الاسلامي اختلف بشأن استخدام البصمة الوراثية في الاثبات الجنائي، منهم من ذهب إلى جواز استخدامها في الاثبات الجزائي، ومنهم من لم يجز استخدامها والرأي الراجح لدى العلماء المعاصرين هو عدم جواز استخدام البصمة الوراثية في إثبات جرائم الحدود والقصاص، وذلك لأن الحدود تدرأ بالشبهات.

4 - لكل شخص بصمة وراثية تميزه عن غيره، ولا يمكن حصول التشابه بين شخصين، وذلك لأن الحامض النووي الموجود في نواة الخلية يختلف من شخص إلى آخر.

5- البصمة الوراثية دليل علمي يساعد على إثبات اليقين لدى القاضي ويؤكد الواقعة أمام المحكمة تأكيداً لا يتخلله شك، وذلك لأنها تتضمن كافة المعايير المطلوبة في الوسيلة العلمية حتى يمكن استخدامها في حل المنازعات القانونية.

6 - العمل بالبصمات الوراثية في المجال الجنائي هو من باب العمل بالقرائن، وقد أقرت الشريعة العمل بالقرينة في الجملة.

7 - إن الشريعة الغراء والقانون الوضعي يجيزان إثبات هوية المفقود والمجهول بموجب نتائج البصمة الوراثية، حيث أن الشريعة الاسلامية اعتبرت العلامات والأمارات في جسم الإنسان والتي يعرفها الأفراد أو خاصة الشخص وأقرباؤه دليلاً على تحديد هوية الانسان.

8 - يجوز إجبار المتهم وإكراهه على الخضوع لتحليل البصمة الوراثية إذا ما رفض الخضوع اختيارياً، شريطة أن يتم ذلك بمعرفة طبيب مختص، وبناء على قرار بذلك من النيابة العامة، أو من قاضي التحقيق، وأن تتوفر دلائل كافية على ارتكاب المتهم جنائية أو جنحة.

9 - لا يمكن بأي حال من الأحوال عد البصمة الوراثية محل الدراسة بمثابة سيد الأدلة في المواد الجنائية، بل هي دليل مستحدث يضاف إلى ترسانة الأدلة التقليدية في مجال الإثبات الجنائي، دون أن يلغي ذلك دور بقية الأدلة، فالأدلة الجنائية وفقاً لنظام الاثبات الحر متساندة متماسكة يشد بعضها بعضاً ويكمل بعضها بعضاً، ومنها مجتمعة تتكون عقيدة القاضي وقناعته.

## ثانياً - أهم التوصيات

بعد انتهاء الدراسة توصي الباحثة بما يلي

1 - توصي الباحثة بضرورة تدخل المشرع في دولة الامارات العربية المتحدة لسن القوانين اللازمة لتنظيم اللجوء إلى البصمة الوراثية في التحقيق والاثبات الجنائي وأحكامها، وذلك من خلال تقنين خاص بها، أو تعديل خاص بقانون الاجراءات الجنائية، بحيث يمكن الاستعانة بهذه الوسيلة بطريقة قانونية مقننة.

2 - توصي الدراسة أيضاً بضرورة عمل لقاءات دورية للسادة القضاة والسادة وكلاء النيابة العامة وقيادات ضباط الشرطة، لإطلاعهم على أهم القضايا التي استخدمت فيها تقنية البصمة الوراثية، ومدى فاعلية ومصداقية هذا النوع من البصمات، وذلك لتكوين عقيدة واضحة للقضاة ووكلاء النيابة العامة.

تلك هي أهم النتائج والتوصيات التي توصلت إليها من خلال بحثي هذا ، والتي حاولت جاهداً إبرازها والوصول إليها من خلال تناولي لموضوع (البصمة الوراثية كدليل إثبات في مرحلة المحاكمة في القانون الاماراتي)، غير أنه من الجدير بالذكر أن هذا الموضوع بحيويته ومشكلاته وما يثيره من موضوعات أخرى سوف يظل حياً ومتطوراً ما بقي الانسان وما بقيت الحياة.

ولا يسعني في نهاية هذا البحث المتواضع إلا أن أدعو الله العلي القدير أن ينفع بما فيه، وأن يكون سبحانه وتعالى قد ألهمني فيه التوفيق والسداد والرشاد، فإن ظهر خطأ أو تقصير أو غفلة فهو مني، وإن كنت قد أحسنت فهو فضل من ربي، ولا أعدم الأمل في الاستفادة من كل تصحيح أو تصويب أو إرشاد، والله ولي التوفيق.

## قائمة المصادر والمراجع

### أولاً- المراجع الالكترونية

1- المعجم الوسيط، منشور على الموقع الالكتروني،

<https://www.almaany.com/ar/dict/ar>

، تاريخ تصفح [/ar/%D8%A7%D9%84%D8%A8%D8%B5%D9%85%D8%A9](https://www.almaany.com/ar/dict/ar)

الموقع 2017/10/13.

### ثانياً - المراجع القانونية

#### (أ) - المراجع العامة

1 - د.محمد لطفي عبدالفتاح، القانون الجنائي واستخدامات التكنولوجيا الحيوية، دار الفكر والقانون، 2010.

#### (ب) - المراجع الخاصة

1- د. أنس حسن محمد ناجي، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في إثبات ونفي النسب، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2010.

2- د. بديعة علي أحمد، البصمة الوراثية وأثرها في إثبات النسب أو نفيه، دار الفكر الجامعي، 2011.

3- المحامي حسام الأحمد، البصمة الوراثية حجيتها في الإثبات الجنائي والنسب، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2010 .

4- د.حسني محمود عبدالدايم عبدالصمد، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، دار الفكر الجامعي، 2011.

5- د. خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، دار النفائس للنشر والتوزيع، ط1، 2006 .

- 6- د. سالم خميس علي الظنحاني، حجية البصمة الوراثية في الاثبات الجنائي، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط1، 2014.
- 7- د. صفاء عادل سامي، حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجزائي، منشورات زين الحقوقية، ط1، 2013.
- 8- د. طارق ابراهيم الدسوقي عطية، البصمات وأثرها في الاثبات الجنائي، دار الجامعة الجديدة، 2011.
- 9- د. عبدالرحمن أحمد الرفاعي، البصمة الوراثية وأحكامها في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2013.
- 10- د. محمد أحمد غانم، الجوانب القانونية والشرعية للإثبات الجنائي بالشفرة الوراثية DNA، دار الجامعة الجديدة، 2010.
- 11- د. محمد فريد الشافعي، البصمة الوراثية ودورها في الاثبات، دار البيان، 2006.

(ج) - الدوريات العلمية والمقالات

- 1- السيد وديع الفاخوري، حرية القاضي في تكوين عقيدته، مقالة منشورة في مجلة القصر، ع15، 2006، ص77
- 2- د. عباس فاضل سعيد، استخدام البصمة الوراثية في الاثبات الجنائي، بحث منشور في مجلة الرافدين، ع41، 2009.
- 3- د. محمد حسين الحمداني، البصمة الوراثية ودورها في الاثبات الجنائي، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، ع49، 2011.
- 4- د. محمد عباس حمودي، استخدام البصمة الوراثية في الاثبات الجنائي، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، ع41، 2009.
- 5- د. محمد نور الدين سيد، المسؤولية الجنائية للزوج عن واقعة زوجته بدون رضاها دراسة مقارنة، المجلة القانونية الاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، العدد32، 2012.

(د) - الرسائل العلمية

- 1- ابراهيم بن سطم العنزي، البصمة الوراثية ودورها في الاثبات الجنائي بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2004.
- 2 - سليم جلا، الحق في الخصوصية بين الضمانات والضوابط في التشريع الجزائري والفقهاء الاسلامي، رسالة ماجستير، جامعة وهران، 2012.
- 3 - كريم بن عيادة بن غطاي العنزي، الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2003.
- 4- ماينو جيلاني، الاثبات بالبصمة الوراثية، رسالة دكتوراه، جامعة أبوبكر بلقايد تلمسان، 2015.
- 5- نسرين عبدالسلام عثمان إدريس، الأهمية الجنائية للبصمة الوراثية في مسرح الجريمة، رسالة ماجستير، جامعة الرباط الوطني، 2015.

(هـ) - المؤتمرات العلمية

- 1- أشرف توفيق شمس الدين، الجينات الوراثية والحماية الجنائية للحق في الخصوصية، بحث نشر في المؤتمر العلمي السنوي العاشر لكلية الحقوق بجامعة المنصورة، رقم المؤتمر 10، 2006.

<https://search.mandumah.com/Record/116380>

ثانيا- المراجع الأجنبية

- 1- dr.van wamelen, Bayesian networks in forensic dna analysis, master thesis, Universities Leiden, Without publication year

## ضمانات المحكوم عليه في حالة النفاذ المعجل

### وفقاً لأحكام قانون الإجراءات المدنية الإماراتي

الباحثة: دانة محمد سليمان

كلية القانون/ جامعة الشارقة

الرقم الجامعي: U15100612

إشراف: أ. د. سيد أحمد محمود

### المقدمة

إن الأصل في قانون المرافعات أن الأحكام لا تنفذ جبراً إلا إذا كانت نهائية وحائزة لقوة الأمر المقضي بحجة أنها وصلت لمركز من الثبات والاستقرار تطمئن إلى عدم إلغاء ما تم من إجراءات تخص التنفيذ التي تستغرق وقتاً وجهداً ونفقات، بمعنى أنه لو أعيد الحال إلى ما كان عليه سيهدر الإجراء لكن استثناء من هذا الأصل وضع المشرع الإماراتي نظام النفاذ المعجل للأحكام التي لم تستنفد طرق الطعن العادية أي قبل صيرورتها النهائية، وهذا النظام أنشئ بناء على حرص المشرع على بناء مجموعة متداخلة من التوازنات بين المصالح المتعارضة، فمن جانب حرص المشرع على حماية حق المحكوم له الذي قد يتضرر من التأخير في الحصول على الحماية القضائية وحاول المشرع أن يتلافى المحاولات التسوية التي قد تثار من قبل المحكوم عليه لتأخير التنفيذ المشمول بالنفاذ المعجل ليستغل الأثر الموقوف للطعن فأعطى المحكوم له رخصة النفاذ المعجل قبل استقرار حجية الحكم المطعون فيه.<sup>1</sup>

وقام المشرع الإماراتي بالموازنة بين مصلحة المحكوم له والمحكوم عليه فمثل ما منح المحكوم له ميزة النفاذ المعجل لحكمه غير المستنفد طرق الطعن أعطى في ذات الوقت وسائل وقائية للمحكوم عليه وهي بمثابة ضمانات تقي المحكوم عليه من آثار ومخاطر النفاذ المعجل وهذه الضمانات تتمثل في الكفالة ووقف التنفيذ والتظلم من وصف الحكم.

### أولاً - منهج الدراسة

<sup>1</sup> طلعت دويدار، النظرية العامة للتنفيذ القضائي في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، 2015،

## ضمانات المحكوم عليه في حالة النفاذ المعجل وفقاً لأحكام قانون الإجراءات المدنية الإماراتي

إتبعته الباحثة في بحثها المنهج الوصفي وذلك في وصف النفاذ المعجل وبيان ماهيته وطبيعته والمحل الذي يرد عليه بالإضافة إلى بيان الضمانات المقررة للمحكوم عليه واستخدمت الباحثة المنهج المقارن بشكل ضئيل وذلك بالمقارنة بين القانونين الإماراتي والمصري في الموضوع.

### ثانياً - مشكلة البحث

تكمن مشكلة البحث في التساؤل التالي؟

ما مصير المحكوم عليه في النفاذ المعجل؟ هل هناك وسائل حماية للمحكوم عليه في النفاذ المعجل؟

### ثالثاً - أهمية الدراسة

تكمن أهمية الدراسة في بيان معنى النفاذ المعجل وبيان طبيعته وتوضيح الهدف منه والمحل الذي يرد عليه وذلك في المبحث الأول ومن ثم تتجسد الأهمية في بيان الضمانات المقررة للمحكوم عليه في النفاذ المعجل وهذا هو محور البحث.

### رابعاً - خطة البحث

لقد تم تقسيم موضوع ضمانات المحكوم عليه في النفاذ المعجل إلى مبحثين وهما كالتالي:-

مقدمة

المبحث الأول - ماهية النفاذ المعجل.

المطلب الأول - مفهوم النفاذ المعجل وطبيعته.

المطلب الثاني - محل النفاذ المعجل والحكمة منه.

المبحث الثاني - ضمانات المحكوم عليه في النفاذ المعجل.

المطلب الأول - الضمانة الاولى (وقف التنفيذ)

المطلب الثاني - الضمانة الثانية (الكفالة)

المطلب الثالث - الضمانة الثالثة (التظلم من وصف الحكم)

خاتمة

## المبحث الأول

### ماهية النفاذ المعجل

يعتبر النفاذ المعجل ميزه للمحكوم له لتنفيذ حكمه على الرغم من كون الحكم الصادر من أجله حكماً ليس بنهائي وإنما صادر من محكمة أول درجة، فالنفاذ المعجل يعطي فاعلية لبعض الأحكام فالمشرع حاول أن يحمي المحكوم له من تتصل المحكوم عليه ومنحه رخصة لتنفيذ حكمه على الرغم من صدوره من محكمة أول درجة، فالنفاذ المعجل يعطي الحكم قوة تنفيذية رغم المعارضة والاستئناف، لأن الأصل أن الحكم لا ينفذ إلا إذا كان نهائياً أي أنه استنفذ طرق الطعن العادية ألا وهي الاستئناف والمعارضة.

وعند الرجوع لنص المادة 227 من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي نرى أنها تبين أن النفاذ المعجل لا يكون إلا عند النص عليه في القانون أو كان محكوماً به<sup>1</sup>

فنظام النفاذ المعجل يرمي لتفعيل القوة التنفيذية لحكم المحكمة الابتدائية الذي يقبل الاستئناف بشكل يسمح بتنفيذ تلك الأحكام جبراً قبل أن تصبح نهائية، والنفاذ المعجل لا يقتصر على أحكام الالتزام الابتدائية بل هو يعتبر صورة من صور الحماية الوقائية<sup>2</sup>

ومن المهم أن نلقي الضوء عن كثب على ماهية النفاذ المعجل وطبيعته وذلك في المطالب الأول، ومن ثم نتطرق لبيان الهدف من النفاذ المعجل وتسليط الضوء أيضاً على المحل الذي يرد عليه وذلك في المطالب الثاني من هذا المبحث.

## المطلب الأول

### مفهوم النفاذ المعجل وطبيعته

إن مصير النفاذ المعجل للأحكام يتعلق بمصير الحكم المشمول به والذي يتم تنفيذه قبل معرفة مصير الحكم المنفذ به، فإنه إذا ألغي الحكم من محكمة الطعن فالتنفيذ قد يكون زال سنده ويترتب على

<sup>1</sup> المادة 227 من قانون الإجراءات المدنية "لا يجوز تنفيذ الاحكام جبرا مادام الطعن فيها بالإسناد جائزا الا إذا كان النفاذ المعجل منصوصا عليه في القانون او محكوما به ومع ذلك يجوز بمقتضاها اتخاذ اجراءات تحفظية.

<sup>2</sup> نبيل اسماعيل عمر، التنفيذ الجبري للسندات التنفيذية، دار الجامعة الجديدة، 2015، ص 29



ذلك إعادة الحال إلى ما كان عليه وقد يثار في هذه الحالة مسؤولية المحكوم له الذي قام بمبادرة منه بالتنفيذ الجبري قبل أن يعرف مصير الحكم المشمول بالنفاذ المعجل لأنه كان عليه أن ينتظر إلى أن يصبح الحكم نهائياً فكأنه قام بالتنفيذ المبكر وعلى مسؤوليته، فنظام النفاذ المعجل للأحكام نظام قلق لأنه يعلق مصير ذلك الحق بمصير الحكم المشمول به<sup>1</sup>.

فالنفاذ المعجل نفاذ مؤقت، لأنه يعتبر تنفيذاً للحكم قبل أوانه فهو صورة من صور الحماية الوقتية من الخطر المحدق، فالنفاذ المعجل لا يكون إلا للأحكام الابتدائية غير النهائية، لأن الأحكام النهائية تنفذ فوراً بطبيعتها، فالنفاذ المعجل يكون للأحكام الابتدائية القابلة للطعن بطرق الطعن العادية فطريق الطعن فيها مازال مفتوحاً، لكن المشرع أعطى ميزة لبعض الأحكام تتمثل في تنفيذها قبل أوانها ولتلك الميزة أو الرخصة هدف ألا وهو تفعيل بعض الأحكام الابتدائية التي تستدعي النفاذ المعجل معجل وفقاً للقانون أو من القضاء.

فما هو المقصود بالنفاذ المعجل؟ وما هي طبيعته، هذا ما سأتناوله في الفروع التالية:-

## الفرع الأول

### تعريف النفاذ المعجل

أولاً :- النفاذ المعجل لغةً واصطلاحاً

النفاذ في اللغة هو جواز الشيء عن الشيء والخلوص منه والمعجل في اللغة هو على وزن مفعل وهو يعني السرعة<sup>2</sup>.

والنفاذ اصطلاحاً هو تنفيذ للحكم بالرغم من أنه قابل للطعن بالاستئناف وبالرغم من الطعن فيه فلذلك لا يجوز الحكم فيه إلا في الحالات التي حددها القانون<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>نبيل اسماعيل عمر، التنفيذ الجبري للسندات التنفيذية، مرجع سابق، ص29

<sup>2</sup> الفيروز آبادي، القاموس المحيط، الجزء الرابع ص114

<sup>3</sup>عزمي عبدالفتاح عطية، قواعد التنفيذ الجبري في قانون المرافعات الكويتي، مؤسسة دار الكتب، الطبعة الثاني 2013،

ثانياً :- النفاذ المعجل قانونياً

لم يرق المشرع الإماراتي بوضع تعريف محدد للنفاذ المعجل واكتفى ببيان حالات النفاذ المعجل وأنواعه وعند الرجوع لنص المادة 227 من قانون الإجراءات المدنية نلاحظ أن المشرع بين أنه لا يجوز تنفيذ الأحكام جبراً مادام الطعن فيها بالاستئناف جائزاً إلا إذا كان النفاذ المعجل منصوصاً عليه<sup>1</sup>.

وقد اختلفت آراء الفقهاء حول النفاذ المعجل لكن عند استعراض تلك الآراء نلاحظ أنها تنتهي لنفس المعنى فيرى الدكتور أحمد أبو الوفا : أن النفاذ المعجل أو التنفيذ المعجل هو تنفيذ للحكم قبل أوانه العادي أي قبل أن يحوز قوة الشيء المحكوم به، وذهب الدكتور رمزي سيف إلى أن النفاذ المعجل للأحكام هو تنفيذ الحكم رغم قابليته للطعن بطرق الطعن العادية، فيصفون النفاذ المعجل بأنه نوع مميز من التنفيذ كونه تنفيذ مؤقت لأن صحة ذلك النفاذ مرتبطة على نتيجة الطعن في الحكم إما بالاستئناف أو بالمعارضة ويترتب على ذلك أنه إذا تأبد الحكم ثبت ما تم من تنفيذ مؤقت و إذا ألغى فيلغى ما تم بمقتضاه من تنفيذ مؤقت أي نفاذ معجل<sup>2</sup>

وذهب الأستاذان أحمد قمحة والدكتور عبد الفتاح السيد: إلى أن النفاذ المعجل يعطي ترخيص لصاحب الحكم بتنفيذه على الفور كما صدر بغض النظر عن كونه قابلاً للطعن، ويصبح الأمر معلقاً على صيرورة الحكم انتهائياً فإذا بقي الالتزام كله أو بعضه على عاتق المحكوم عليه يبقى التنفيذ صحيحاً أما إذا أزيل فيعد التنفيذ باطلاً استناداً على أن إذا ظلت العلة بطل المعلول فيلزم الدائن بأن يقوم برد ما استوفاه للمدين<sup>3</sup>

وترى الباحثة أن الفقه وفق في بيان النفاذ المعجل حيث إن النفاذ المعجل يعطي للمحكوم له ميزة لتنفيذ حكمه على الرغم من أن ميعاد الطعن مازال مفتوحاً فهو رخصة من المشرع للمحكوم له.

وعلى ما سبق ينبغي ان لا نربط بين النفاذ المعجل و حجية الأمر المقضي؛ لأن الحكم لا يعتبر سناً تنفيذياً بمجرد صدوره حائزاً لحجية الأمر المقضي، ولا يكون كذلك إلا إذا حاز قوة الأمر المقضي، وهذا لا يعني ربط النفاذ المعجل بالحجية، لأن السند التنفيذي قد يكون نفاذاً معجلاً من غير أن تكون

---

<sup>1</sup> المادة 227 من قانون الإجراءات المدنية "لا يجوز تنفيذ الاحكام جبراً ما دام الطعن فيها بالاستئناف جائزاً الا إذا كان النفاذ المعجل منصوصاً عليه في القانون او محكوماً به ومع ذلك يجوز بمقتضاها اتخاذ اجراءات تحفظية"

<sup>2</sup> مصطفى مجدي هرجه، موسوعة القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ، دار محمود، د.ت، المجلد الرابع، ص73

<sup>3</sup> مصطفى مجدي هرجه، المرجع السابق، ص74

للحكم حجية الأمر المقضي، فهناك سندات تنفيذية لا تحوز حجية الأمر المقضي لأنها ليست أحكام قضائية وذلك مثل المحررات الموثقة، فالنفاذ السابق على الحجية يعتبر نفاذاً مؤقتاً لأنه غير نهائي، لأن مصيره متوقف على مصير الحكم أمام محكمة الطعن فإنه إذا تأكد الحكم فسيستقر وينفذ وإذا ألغي أعيد الحال إلى ما كان عليه<sup>1</sup>.

لكن هناك جانب آخر يرى أن مصطلح النفاذ المعجل المؤقت غير دقيق لأن إجراءات التنفيذ لا تختلف باختلاف السند ولا يمكن القول إن القوة التنفيذية الكامنة في الحكم الذي يحتوي على النفاذ المعجل قوة مؤقتة لأن ذلك يعني أن نعطي ذات الوصف للحكم النهائي الذي ينفذ نفاذاً عادياً والمطعون فيه بالنقض فإنه قد يلغى أمام محكمة النقض<sup>2</sup>.

وترى الباحثة أن الاتجاه الثاني قد وفق في رأيه ولذا وازن المشرع بين مصالح المحكوم له والمحكوم عليه، فماهي طبيعة النفاذ المعجل؟ هذا ما سأبينه في الفرع التالي:

## الفرع الثاني

### طبيعة النفاذ المعجل

إن نظام النفاذ المعجل ذو طبيعة وقتية فهو يعتبر شكلاً من أشكال الحماية الوقتية في مسائل التنفيذ الجبري فمثلاً في المسائل المتعلقة بالاستعجال فالنفاذ المعجل يقوم بمعالجة الاستعجال بشكل مبكر دون الانتظار لفوات ميعاد الطعن بالاستئناف، والنفاذ المعجل يقوم على فكرة تفعيل القوة التنفيذية الكامنة في الحكم الابتدائي الذي يقبل الاستئناف بشكل يسمح بالشروع في تنفيذ تلك الأحكام جبراً وقبل صيرورتها النهائية<sup>3</sup>.

والنفاذ المعجل يعتبر حماية وقتية فهو لا يقتصر على أحكام الالتزام وإنما يشمل الأوامر على عرائض أيضاً، لكن حمايته لا تمتد إلى السندات التنفيذية ولا المحررات الموثقة أو محاضر الصلح.

<sup>1</sup> طلعت دويدار، النظرية العامة للتنفيذ القضائي في قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 50-49

<sup>2</sup> طلعت دويدار، النظرية العامة للتنفيذ القضائي في قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 50

<sup>3</sup> نبيل إسماعيل عمر، التنفيذ الجبري للسندات التنفيذية، مرجع السابق، ص 28

فالنفاذ المعجل يحمي مصالح طالب التنفيذ، لكن المشرع وضع قواعداً وضمانات تحمي المنفذ ضده من النفاذ المعجل، فالمشرع عندما منح المحكوم له حماية ألا وهي النفاذ المعجل أعطى في ذات الوقت حماية وضمانات للمحكوم عليه تكفل حمايته من مخاطر النفاذ المعجل.

وترى الباحثة من خلال ما سبق أن طبيعة النفاذ المعجل قلقة، لأن مصير الحكم المشمول بالنفاذ المعجل يكون معلقاً على تنفيذ الحكم المنفذ به فإذا ألغي الحكم فالتنفيذ يزول وعليه يعاد الحال إلى ما كان عليه، فلذلك سمي بالنفاذ المؤقت لأنه غير نهائي.

وبعد استعراضنا لمفهوم النفاذ المعجل وبيان طبيعته سنقوم بتسليط الضوء على المحل الذي يرد عليه النفاذ المعجل والحكمة من وراء النفاذ المعجل وذلك في المطالب التالي.

## **المطلب الثاني**

### **محل النفاذ المعجل والحكمة منه**

ذكرنا في السابق أن النفاذ المعجل لا يكون إلا لأحكام الإلزام وليس للأحكام المقررة أو المنشئة؛ فهل هذا يعني أن الأحكام التي تقرر أو تنشئ المراكز القانونية والحقوق لا تنفذ معجلاً؟

وهل النفاذ المعجل هدفه تنفيذ الأحكام الابتدائية التي لم تنته مدة الطعن فيها وإعطاء ميزة للمحكوم له وحمايته من اتصال المحكوم عليه؟

للإجابة على التساؤلات لا بد من تناول محل النفاذ المعجل والهدف الذي يرمي إليه النفاذ المعجل عن كثب وذلك في الفروع التالية:-

## **الفرع الأول**

### **محل النفاذ المعجل**

إن النفاذ المعجل يكون لأحكام الإلزام على أساس أن الأحكام المنشئة والمقررة تتحقق بصدورها الحماية القضائية كاملة فلا تقبل التنفيذ الجبري بطبيعتها، والنفاذ المعجل يكون قبل تأكد الحق فلا يتصور أن يرتبط بحكم مقرر يحمل تأكيد للحق أو حكم منشئ لا يجب أن ينتج أثره المنشئ إلا بعد التأكيد، لكن الفقيه دونوفريو يرى بضرورة التمييز بين التنفيذ الجبري ونفاذ الحكم بالتنفيذ الجبري لا يكون

إلا لأحكام الإلزام فلا ينفذ جبراً إلا تلك الأحكام سواء بالتنفيذ المعجل أو غيره والحكم سواء كان مقرر أو منشئاً يكون منتجاً لآثار أخرى غير التنفيذ الجبري وعلى ذلك يصح شموله بالنفاذ المعجل، لكن ما يقال بخصوص الحكم المقرر أو المنشئ بأنه يتضمن تأكيداً للحق مما يتعارض مع نفاذه المعجل فيرد على هذا القول بأن حكم الإلزام يتضمن تأكيداً للحق فقابلية الحكم للنفاذ المعجل يعني أن تأكيد الحق كافياً لنفاذه ولو لم يكن هذا التأكيد نهائياً<sup>1</sup>.

لكن هناك تساؤلاً يثور في ذهن ما إذا كان النفاذ المعجل شأنه شأن التنفيذ العادي؟

يرى الدكتور فتحي والي: أن النفاذ المعجل كالتنفيذ العادي أي أنه يقتصر على أحكام الإلزام ولا يشمل الأحكام الأخرى لأن الأحكام المنشئة والتقريرية تحقق الحماية القضائية بمجرد صدورها وليست بحاجة للتنفيذ الجبري سواء كان التنفيذ عادياً أو معجلاً، لكن جاء الدكتور نبيل عمر برأي على غرار الرأي السابق بأنه من الضرورة التمييز بين تنفيذ الحكم ونفاذه فالنفاذ يكون على كافة الأحكام ما ينتج عنها من آثار موضوعية وإجرائية بينما التنفيذ الجبري لا يكون إلا للأحكام الصادرة بالإلزام بحيث إن الحكم لو كان مقررًا أو منشئاً يكون صالحاً لإنتاج آثار تقبل التنفيذ الجبري وتقتضي النفاذ المعجل ومنها على سبيل المثال الأحكام المستعجلة ومنها دعوى طلب الحراسة ودعوى إثبات الحالة<sup>2</sup>.

## الفرع الثاني

### الحكمة من النفاذ المعجل

إن النفاذ المعجل نظام يقوم على تفعيل القوة التنفيذية الكامنة في أحكام الإلزام الابتدائي والتي تقبل الاستئناف بشكل يسمح بتنفيذها جبراً قبل صيرورتها نهائية، فالمشرع عندما أنشأ نظام النفاذ المعجل فإنه يرمي لإعطاء الفاعلية لبعض الأحكام القضائية ودحض المحاولات التسويقية التي قد يقوم بها المحكوم ضده برفع الاستئناف قاصداً إيقاف تنفيذ حكم أول درجة على الرغم من أن الظاهر يدل على

<sup>1</sup> د. فتحي والي، التنفيذ الجبري وفقاً لمجموعة المرافعات المدنية والتجارية وقانون الحجز الإداري، مرجع سابق، ص-59

<sup>2</sup> طلعت دويدار، النظرية العامة للتنفيذ القضائي في قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص51

صحة الحكم ولتقرير حماية عاجلة للمحكوم له ضد تصرفات المدين في أمواله في حالة صدور حكم محكمة أول درجة ضده<sup>1</sup>.

وهناك نوع آخر من النفاذ غير النفاذ المعجل ألا وهو النفاذ العادي للأحكام وهو التنفيذ الطبيعي للحكم، فالنفاذ العادي للحكم يكون بإتباع إجراءات التنفيذ بموجب حكم قضائي نهائي صادر بإلزام، والحكم النهائي هو ذلك الحكم الذي لا يقبل الطعن بالاستئناف، ويرجع السبب وراء تنفيذ الحكم النهائي تنفيذاً عادياً إلى أن هذا الحكم مستقر على خلاف الحكم الابتدائي المعرض للإلغاء لكن المشرع وضع قواعد أيضاً تكفل حماية المحكوم عليه ضد مخاطر النفاذ المعجل وذلك بالنص على إلزام المحكوم له بدفع كفالة وجوباً أو جوازاً وتقرير مسؤولية المحكوم له إذا ألغي النفاذ المعجل والحكم بالتعويض للمدين المحكوم عليه دون حاجة لإثبات خطأ المحكوم له، فالمشرع وازن بين مصالح الطرفين أي وازن بين حق المحكوم له في النفاذ المعجل وبين حماية الطرف الآخر وهو المحكوم عليه جراء النفاذ المعجل ومنحه ضمانات تحميه من ذلك وهذا ما سوف نستعرضه في المبحث الثاني.

## المبحث الثاني

### ضمانات المحكوم عليه في النفاذ المعجل

إن المشرع في المواد 231-233-234 من قانون الإجراءات المدنية بين الضمانات الكفيلة بحماية المحكوم عليه في النفاذ المعجل فوضع ضمانات تخفف من خطورة تنفيذ الحكم قبل أن يصبح الحكم نهائياً وباتاً، وتتمثل الضمانات في ثلاث ألا وهي وقف التنفيذ من محاكم الطعن، والكفالة، والتنظم من وصف الحكم.

فالنفاذ المعجل يرمي لحماية المحكوم له ليقضي حقه قبل تأكيده نهائياً، فالمشرع عليه ألا يتمادى في حماية المحكوم له إلى درجة الإضرار بالمحكوم عليه فلذلك وضع ضمانات هدفها وقاية المنفذ ضده بقدر الإمكان.

فالضمانات التي وضعها المشرع ذات طبيعة وقائية وهي قيام المحكوم عليه برفع استئناف ضد الحكم المشمول بالنفاذ المعجل وله طلب وقف النفاذ المعجل المشمول به حكم أول درجة، فإذا قامت

<sup>1</sup> عزمي عبد الفتاح عطية، قواعد التنفيذ الجبري في قانون المرافعات الكويتي، مرجع سابق، ص 199

## ضمانات المحكوم عليه في حالة النفاذ المعجل وفقاً لأحكام قانون الإجراءات المدنية الإماراتي

محكمة الاستئناف بالاستجابة للطلب وأوقفت القوة التنفيذية للحكم المطعون فيه فيقف التنفيذ، وهناك ضمانات أخرى بمقتضاها يمكن للمحكوم عليه وقف القوة التنفيذية للحكم الابتدائي وهي الاعتراض على وصف الحكم فإذا اعترض المنفذ ضده على وصف الحكم المشمول بالنفاذ المعجل وقامت المحكمة بالاستجابة لطلبه يترتب وقف النفاذ المعجل، وتبقى هناك ضمانات ثلاثة وهي علاجية ألا وهي الكفالة التي قد تكون كفالة وجوبية أو جوازية، فإنه إذا تطلبت محكمة أول درجة الكفالة لتنفيذ الحكم المشمول بالنفاذ المعجل فالمحكوم له ليس بإمكانه تنفيذ الحكم إلا بعد أن ينفذ الكفالة فعند إلغاء الحكم المشمول بالنفاذ المعجل من محكمة الطعن يترتب على ذلك إعادة الحال إلى ما كان عليه وللمحكوم عليه طلب التعويض<sup>1</sup>.

وترى الباحثة أن المشرع حاول أن يوازن ويوقف بين مصالح الطرفين المنفذ والمنفذ ضده فمثل ما أعطى للمنفذ مكنة أن ينفذ حكمه الابتدائي نفاذاً معجلاً بالرغم من أن ميعاد الطعن لا زال مفتوحاً فهو في ذات الوقت منح المحكوم عليه ضمانات كفيلة بحمايته من النفاذ المعجل وآثاره وسوف تقوم الباحثة باستعراض هذه الضمانات وذلك في المطالب التالية حيث يخصص لكل مطلب ضمانات.

### **المطلب الأول**

#### **الضمانة الأولى - وقف التنفيذ**

الضمانة الأولى التي بينها المشرع في قانون الإجراءات المدنية في المادة 234 وهي طلب وقف التنفيذ أو ما يسمى وقف النفاذ المعجل ويقصد بهذه الضمانة وقف النفاذ المعجل من محكمة الطعن أي المحكمة التي تنظر الاستئناف أو المحكمة التي تنظر التظلم من الأمر على عريضة أو امر الأداء، وتكون الآلية برفع المحكوم عليه من محكمة أول درجة استئنافاً أو تقديم تظلم بهدف إلغاء الحكم أو الأمر بوقف النفاذ المعجل<sup>2</sup>

فيستطيع المحكوم ضده من محكمة أول درجة الطعن في الحكم الابتدائي المشمول بالنفاذ المعجل وطلب وقف تنفيذه سواء كان الحكم مشمول بالنفاذ المعجل القانوني أو القضائي وهذا وفق رأي

<sup>1</sup> عزمي عبد الفتاح عطية، قواعد التنفيذ الجبري في قانون المرافعات الكويتي الطبعة الثانية، ص220

<sup>2</sup> المادة 234 من قانون الاجراءات المدنية" يجوز في جميع الأحوال للمحكمة المرفوع إليها الاستئناف أو التظلم أن تأمر بناء على طلب ذي الشأن بوقف النفاذ إذا كان يخشى وقوع ضرر جسيم من التنفيذ ويجوز للمحكمة عندما تأمر بوقف التنفيذ أن توجب تقديم كفالة أو تأمر بما تراه كفيلاً بصيانة حق المحكوم له"

## ضمانات المحكوم عليه في حالة النفاذ المعجل وفقاً لأحكام قانون الإجراءات المدنية الإماراتي

الدكتور عزمي عبد الفتاح، ويرى الدكتور رمزي سيف أنه ينبغي النص على أن المحكمة التي تنظر الاستئناف أو التظلم لا تستطيع وقف التنفيذ إلا عند شمول الحكم أو الأمر بالنفاذ المعجل قضائياً وليس قانونياً<sup>1</sup>.

أن وقف التنفيذ سواء كان التنفيذ معجلاً أم عادياً لا يمكن أن يتم من المحكمة من تلقاء نفسها وإنما يشترط طلبه من المحكوم عليه، وإلا سيكون القاضي قد أدخل بمبدأ حياد القاضي الذي يعني أن القاضي لا يجوز أن يقضي بما لم يطلبه الخصوم أو أكثر ممن طلبوه إلا إذا تعلق الأمر بالنظام العام، فطلب وقف النفاذ المعجل قد يقترب بطلب منع التنفيذ الذي يقدم كتظلم من وصف الحكم ولكنه يختلف عنه في أنه طلب وقتي يتعلق بالقوة التنفيذية ولا دخل له بوصف الحكم ومحكمة الاستئناف عندما تقوم بالفصل في الطلب فهي لا تراقب مخالفة المحكمة للقانون وإنما تقوم بإضفاء حماية وقتية على المحكوم عليه بوقف النفاذ المعجل لحين الفصل في الاستئناف الأصلي في الموضوع فلا يشترط أن يكون هناك خطأ في القانون لكي يأمر بوقف التنفيذ<sup>2</sup>.

أما بالنسبة لشروط وقف التنفيذ فالمشرع اشترط وقوع ضرر جسيم وذلك وفقاً لما جاء في الفقرة الأولى من نص المادة 234 من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي حيث تطلب توافر الضرر لطلب وقف التنفيذ، فالمشرع اشترط وقوع ضرر جسيم لوقف التنفيذ لكنه لم يبين معيار الجسامة الذي يتطلبه لكن الأستاذ فتحي والي قام ببيان الجسامة المتطلبة بالضرر وهي التي تقع على مال ذي قيمة استثنائية مما يؤدي إلى التأثير في الحالة المالية أو الأدبية للمحكوم عليه بدرجة كبيرة، ومسألة الجسامة ليست مسألة موضوعية محضة بل شخصية تتطلب النظر للظروف الخاصة للمحكوم عليه والظروف الاقتصادية أيضاً فالجسامة بالنسبة للضرر تعتبر مسألة نسبية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> عزمي عبد الفتاح عطية، قواعد التنفيذ الجبري في قانون المرافعات الكويتي، مرجع سابق، ص 221

<sup>2</sup> طلعت دويدار، النظرية العامة للتنفيذ القضائي في قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 81

<sup>3</sup> طلعت دويدار، المرجع السابق، ص 82



وقد اكتفى المشرع الإماراتي باشتراط وقوع ضرر جسيم من التنفيذ لكن المشرع المصري اشترط شرطاً آخر وهو رجحان إلغاء الحكم الابتدائي المشمول بالنفاذ المعجل وذلك في المادة 292 من قانون المرافعات المصري<sup>1</sup>.

فهذا الشرط يعبر عن شرط رجحان وجود الحق لأنه يعتبر مظهراً من مظاهر الحماية الوقتية وترجيح إلغاء الحكم يعتبر شرطاً فرضته قواعد المصلحة، لأنه لن يكون لطالب الوقف مصلحة حقيقية مشروعة إلا إذا كانت هناك أسباب جدية لكسب دعوته الموضوعية التي يترتب لصالحه فيها زوال آثار التنفيذ، فإذا لم تتحقق الأسباب فهذا يعني أن طالب وقف التنفيذ يريد تعطيل إجراءات التنفيذ على غير مقتضى فيستوجب ذلك عدم قبول طلبه<sup>2</sup>.

إن الحكمة من وراء هذه الضمانة أن المحكمة قد تأخذ وقتاً طويلاً لكي تصدر الحكم في موضوع الطعن فإذا سمح للمحكوم له من محكمة أول درجة بتنفيذ الحكم أو الأمر ثم صدر الحكم في الطعن لمصلحة الطاعن وكان المطعون ضده نفذ الحكم كلياً أو جزئياً، فإنه يصعب إعادة الأمر إلى ما كان عليه فهذه الضمانة بمثابة وسيلة لحماية المنفذ ضده وهو المحكوم عليه ابتدائياً<sup>3</sup>.

وبالنسبة لطبيعة وقف التنفيذ المعجل من محكمة الطعن فإنه عند إصدار المحكمة الحكم المتعلق بوقف النفاذ المعجل فهذا الحكم يعطل الحماية الوقتية التي منحتها محكمة أول درجة، لأن محكمة الطعن منحت حماية وقتية لاحقة باعتبارها محكمة أعلى درجة، فمحكمة الطعن لا تقوم بالبحث بالظروف التي استدعت محكمة أول درجة لإصدار الحكم أو أمر الأداء لأن محكمة أول درجة تتمتع بسلطة تقديرية كاملة فيما سبق لكن محكمة الطعن تقوم بتقدير الظروف والنتائج التي تترتب على تنفيذ الحكم أو الأمر فإذا تبين لها أن هناك ضرر جسيم فتقوم بوقف التنفيذ<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> المادة 292 من قانون المرافعات المصري " فلا يجوز في جميع الأحوال للمحكمة المرفوع إليها الاستئناف أو التظلم بناء على طلب ذوي الشأن وقف النفاذ المعجل إذا كان يخشى وقوع ضرر جسيم من التنفيذ وكانت اسباب الطعن في الحكم أو الامر يرجح إلغاءه"

<sup>2</sup> طلعت دويدار، النظرية العامة للتنفيذ القضائي في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، ص 83

<sup>3</sup> عزمي عبد الفتاح عطية، قواعد التنفيذ الجبري في قانون المرافعات الكويتي، مرجع سابق، ص 221

<sup>4</sup> المرجع السابق، ص 222

## المطلب الثاني

### الضمانة الثانية - الكفالة

يقصد بالكفالة ما يقدمه طالب تنفيذ الحكم الابتدائي أو الأمر المشمول بالنفاذ المعجل قبل الشروع في التنفيذ الجبري فهي تعتبر ضماناً لإعادة الحال إلى ما كان عليه وتعويض المنفذ ضده في حالة إلغاء الحكم أو الأمر المشمول بالنفاذ المعجل، وذلك للحماية من الإعسار المحتمل للمحكوم، لهذا تطلب المشرع الإماراتي الكفالة وذلك في المادة 231 من قانون الإجراءات المدنية<sup>1</sup>.

فالكفالة عبارة عن مبلغ من النقود أو الأوراق المالية أو تقديم كفيل مقدر يقوم بتقديمه الملتزم بالكفالة كضمان لإعادة الحال إلى ما كان عليه إذا تم التنفيذ الجبري ثم ألغي سنده في الطعن، فالكفالة التي نعنيها هي التي تكون في نطاق الحكم القضائي المعتبر سنداً تنفيذياً عندما يكون الحكم ابتدائياً ومشمولاً بالنفاذ المعجل ويراد تنفيذه قبل أن يصبح نهائياً<sup>2</sup>.

ففي النفاذ المعجل لأحكام الإلزام يدفع المحكوم له الكفالة أو يقوم بتقديمها لمن حكم لصالحه من أول درجة لأن الكفالة ليس لها دور أمام محاكم الاستئناف، فهي لا تطلب أمامها ولا يحكم بها لأن أحكامها نهائية قابلة للتنفيذ ولا يطلب النفاذ المعجل أمامها للحكم المطعون فيه إذا لم يطلب نفاذه المعجل قبل صدوره من أول درجة فلا يجوز طلب ذلك أمام الاستئناف لأول مرة لأنه يعتبر طلباً جديداً، والكفالة قد تكون وجوبية مثل التي تكون للأحكام الصادرة في المسائل التجارية، فالكفالة هنا تكون واجبة بقوة القانون، وطالب التنفيذ هو الذي يختار نوع الكفالة التي يجب إيداعها كشرط واقف للشروع في النفاذ المعجل فهو تنفيذ معلق على شرط واقف وهو تنفيذ الكفالة إذا كانت واجبة قضاء أو قانوناً، فصور الكفالة التي بينها المشرع المحلي تكون إما تقديم كفيل مقدر أو إيداع مبلغ من المال في خزانة المحكمة أو تسليم الشيء لحارس مقدر، وقد تكون الكفالة جوازية أي اختيارية في الأحكام الصادرة في المسائل التجارية فالمشرع الإماراتي لم يشترط الكفالة في تلك المسائل التي تنفذ نفاذاً معجلاً بقوة القانون<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> عزمي عبد الفتاح عطية، قواعد التنفيذ الجبري في قانون المرافعات الكويتي، مرجع سابق، ص 221

المرجع السابق، ص 228

<sup>2</sup> نبيل اسماعيل عمر، التنفيذ الجبري للسندات التنفيذية، ص 59

<sup>3</sup> المرجع السابق، ص 62

**1- تقديم كفيل مقتد**

فيقوم المحكوم له أو ما يسمى بطالب التنفيذ بتقديم شخص آخر يضم ذمته المالية إلى جانب ذمة المحكوم له وقد يكون الشخص طبيعياً أو اعتبارياً مثل البنوك ويجب أن يكون الشخص الآخر قادر على تنفيذ الكفالة وعند المنازعة في اقتدار الكفيل فيترك ذلك لتقدير المحكمة، والكفيل في هذه الحالة هو كفيل شخصي وليس عيني، ويقوم الكفيل بالالتزام بإعادة الحال إلى ما كان عليه إذا تم إلغاء الحكم المنفذ به واستحال على المحكوم عليه إعادة الحال إلى ما كان عليه وكان المنفذ قد أفلس فيحل الكفيل محله ويعيد الحال إلى ما كان عليه وإذا لم يقم الكفيل بذلك فيجبر عليه ذلك دون تطلب رفع دعوى والحصول على حكم ضده ينفذ جبراً والسند التنفيذي في هذه الحالة هو محضر التعهد من الكفيل<sup>1</sup>.

والاقتدار يعني اليسار الذي يمكن المحكوم عليه من الرجوع على الكفيل إذا ألغي الحكم في الاستئناف بعد تنفيذه جبراً ويترك تقدير ذلك في المنازعة للقاضي فلا يلزم قدر معين من الأملاك، وبخصوص المنازعة في الكفالة فللمنفذ ضده أن ينازع في اقتدار الكفيل أو الحارس أو في كفاية ما يودع في خزنة المحكمة ويجب إعلان الصحيفة التي تخص المنازعة خلال ثلاثة أيام من إعلان المنفذ ضده بطريقة تقديم الكفالة وذلك وفقاً لنص المادة 231 من قانون الإجراءات المدنية<sup>2</sup>.

وهذه المنازعة يختص بها قاضي التنفيذ باعتبارها منازعة موضوعية في التنفيذ وترفع المنازعة من المنفذ ضده ضد طالب التنفيذ على أنه يجوز إدخال الحارس والكفيل ولا يجوز للمحكوم له إجراء التنفيذ الجبري إلى أن ينقضي ميعاد المنازعة أو الفصل فيها، وإذا لم تكن هناك منازعة في الكفالة أو تم رفض المنازعة فيها فيأخذ قاضي التنفيذ تعهداً على الكفيل بالكفالة أو على الحارس بقبول الحراسة وهذا وفقاً للفقرة الرابعة من نص المادة 232 من قانون الإجراءات المدنية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> نبيل اسماعيل عمر، التنفيذ الجبري للسندات التنفيذية، مرجع سابق، ص 63

<sup>2</sup> فتحي والي، التنفيذ الجبري وفقاً لمجموعة المرافعات المدنية والتجارية وقانون الحجز الإداري، مرجع سابق، ص 82 المادة 232 من قانون الإجراءات المدنية” ولذي الشأن خلال ثلاثة أيام من إعلان الخيار ان يرفع امام قاضي التنفيذ تظلماً ينازع فيه في اقتدار الكفيل أو أمانة الحارس أو في كفاية ما يودع ويكون الحكم الصادر في التظلم انتهائياً”

<sup>3</sup> فتحي والي، التنفيذ الجبري وفقاً لمجموعة المرافعات المدنية والتجارية وقانون الحجز الإداري، مرجع سابق، ص 83 المادة 232 وإذا لم يرفع التظلم في الميعاد أو رفع ورفض أخذ قاضي التنفيذ تعهداً على الكفيل بالكفالة او على الحارس بقبول الحراسة ويكون المحضر المشتمل على تعهد الكفيل او الحراسة بمثابة سند تنفيذي قبله بالالتزامات المترتبة على تعهد الكفيل او قبول الحارس”

وترى الباحثة أن المشرع قد وفق في المدة اللازمة للتظلم في منازعة الكفالة وإن ميعاد ثلاثة أيام يعتبر ميعاداً ناقصاً على المحكوم عليه أن يتخذ الإجراء خلاله أي برفع الدعوى فيه فإذا انقضى الميعاد دون رفع دعوى فتكون الدعوى غير مقبولة وللمحكوم له اتخاذ الإجراءات<sup>1</sup>.

## 2- إيداع مبلغ في خزنة المحكمة.

يقوم المحكوم له بإيداع مبلغ من النقود أو أوراق مالية مثل الأسهم أو السندات والشيكات والكمبيالات في خزنة المحكمة وبالنسبة لتحديد هذا المبلغ يكون راجع لطالب التنفيذ لأنه هو الذي يختار الكفالة ومن ثم يقوم المنفذ ضده بالمنازعة في هذا الاختيار أو بمقدار الكفالة والمحكمة هي التي تقدر ذلك. وهذا النوع من الكفالة نجده في نص المادة 231 من قانون الإجراءات المدنية التي قامت ببيان طرق تقديم الكفالة متمثلة بتقديم كفيل مقدر أو إيداع خزنة المحكمة مبلغ من النقود أو أوراق مالية بما يكفي ذلك.

## 3- تسليم شيء لحارس مقدر

هذه الطريقة تتمثل بإيداع حصيلة التنفيذ في خزينة المحكمة أو تسليم الشيء المأمور بتسليمه إلى حارس مقدر وهذا النوع من الكفالة يعتبر نوعاً سهلاً لا يكلف طالب التنفيذ أي نفقات فهو يستطيع النفاذ المعجل للحكم الصادر بالإلزام بتسليم شيء ويتم التسليم لشخص ثالث كحارس مقدر أمين، فالتنفيذ يتم دون انتظار فوات ميعاد المنازعة في اقتدار الكفيل ولا توجد غرامة مالية، فالمنفذ لا يودع أوراق مالية أو نقوداً ولا يقدم كفياً فهو كأنه يقوم بتنفيذ الحكم تنفيذاً نظرياً وليس أياً من الطرق السابقة يعتبر إجبارياً بالنسبة لطالب التنفيذ فله الاختيار فهو الذي يلتزم بالاختيار والإيداع<sup>2</sup>. وبالنسبة للحكم الصادر بالنفاذ المعجل والكفالة فهو لا يتضمن أي تحديد لنوع الكفالة إذا أوجبها القانون فهو لا يحدد نوع الكفالة وهذه سياسة اتبعتها المشرع ترمي إلى عدم التضيق على الخصوم وتطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة فإنه إذا اختار طالب التنفيذ الكفالة فعليه إخطار المدين بما اختاره ألا وهو المنفذ ضده ليتمكن الطرف الآخر من المنازعة في اختيار الكفالة ، والمشرع لم يقر بتحديد ميعاد الإخطار لكن مصلحة طالب التنفيذ تقتضي التعجيل بالإعلان لأنه لن يتمكن من الشروع في التنفيذ إلا إذا فات ميعاد الاعتراض على الكفالة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> مصطفى مجدي هرجه، موسوعة القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ، مرجع سابق، ص 99

<sup>2</sup> نبيل اسماعيل عمر، التنفيذ الجبري للسندات التنفيذية، ص 64

<sup>3</sup> المرجع السابق، ص 64

### المطلب الثالث

#### الضمانة الثالثة - التظلم من وصف الحكم

بين المشرع الإماراتي حالة التظلم من وصف الحكم وبين ميعاد التظلم من وصف الحكم وذلك في غضون ثلاثة أيام وبين المشرع أن التظلم يحكم به على استقلال عن الموضوع، وتكمن فكرة هذه الضمانة بأن القانون هياً للمحكوم له بحكم مشمول بالنفاذ المعجل ضمانة وقائية يستطيع فيها طلب وقف النفاذ المعجل وهذه الضمانة ليست مقررة لمصلحة المحكوم عليه بحكم مشمول بالنفاذ المعجل فقط، بل إنها مقرر لمصلحة المحكوم له، فله الاستناد إلى هذه المادة ليطلب صدور الحكم مشمولاً بالنفاذ المعجل وإذا قام القاضي برفضه على الرغم من أنه مقرر قانوناً أو أنه طلب إعفاءه من الكفالة إذا الزمه الحكم بها بالمخالفة للقانون الذي ينص على الإعفاء منها مثل الأحكام المستعجلة<sup>1</sup>.

فإن للمحكوم عليه يعترض على الوصف الابتدائي إذا وصف الحكم خطأ بأنه انتهائي مع أنه ابتدائي فهنا يطعن المحكوم عليه في الوصف لكي لا ينفذ الحكم نفاذاً عادياً خاطئاً ويعترض المحكوم عليه إذا وصف الحكم الابتدائي بالنفاذ المعجل رغم عدم توافر حالة من حالات النفاذ المعجل القانوني أو القضائي<sup>2</sup>.

وإذا احتوى الحكم الإعفاء من الكفالة رغم وجوبها للمحكوم عليه الاعتراض على وصف الحكم، وبالنسبة للمحكوم له فله الاعتراض على الوصف إذا صدر حكم بتقرير كفالة على الرغم من أن القانون قام بالإعفاء منها مثل حالة صدور حكم مستعجل أو حكم نفقة، أو في حالة وصف الحكم بشكل خاطئ أي أنه ابتدائي وهو في الحقيقة نهائي للمحكوم له الاعتراض على وصف الحكم وأيضاً يصح الاعتراض في حالة النفاذ المعجل القانوني وورود عبارة تقضي بعدم جواز النفاذ المعجل<sup>3</sup>.

وفي خصوص مسألة التظلم اختلف الفقه في ذلك فالأستاذ رمزي سيف يرى بعدم جواز استئناف وصف الكفالة في حالة النفاذ المعجل، وذهب الأستاذ محمد عبد الخالق برأي مختلف عن الأول بجواز

<sup>1</sup> عزمي عبد الفتاح عطية، قواعد التنفيذ الجبري في قانون المرافعات الكويتي، الكتاب الاول، ص235 المادة 233 من قانون الإجراءات المدنية" يجوز التظلم أمام محكمة الاستئناف من وصف الحكم وذلك بالإجراءات المعتادة لرفع الاستئناف ويكون ميعاد الحضور ثلاثة أيام ويجوز إبداء التظلم في الجلسة ولو بعد فوات مواعيد الاستئناف أثناء نظر الاستئناف المرفوع عن الحكم ويحكم في التظلم مستقلاً عن الموضوع"

<sup>2</sup> عزمي عبدالفتاح عطية، قواعد التنفيذ الجبري في قانون المرافعات الكويتي، المرجع السابق، ص237

<sup>3</sup> المرجع السابق، ص237

الاعتراض على وصف الحكم ولو كانت الكفالة جوازية، واتخذ الأستاذ فتحي والي اتجاهاً وسط بين الاتجاهين السابقين فقام بالتمييز بين حالات النفاذ المعجل القضائي أو في حالة كان النفاذ مستنداً للفقرة التي تجيز النفاذ المعجل لوجود ضرر جسيم فيجوز استئناف الحكم الذي يتعلق بالكفالة<sup>1</sup>

ويكون الاعتراض على وصف الحكم الابتدائي من حيث النفاذ والكفالة أمام المحكمة الاستئنافية التي تكون مختصة بنظر الاستئناف أو المحكمة التي تكون مختصة بنظر التظلم في الأمر ولكنه إذا كان الاعتراض على الوصف لأن محكمة أول درجة قامت بوصف الحكم بوصف خطأ كأن تصف الحكم بأنه ابتدائي مع أنه نهائي فيرفع الاعتراض أمام المحكمة التي اصدرت الحكم وهي محكمة أول درجة.

والاستئناف الوصفي يرفع بالإجراءات المعتادة لرفع الاستئناف أو التظلم بصحيفة وقد يكون التظلم من وصف الحكم هو الاعتراض على الوقف في أية جلسة من جلسات نظر الاستئناف أو التظلم المرفوع في الميعاد، وميعاد الاعتراض غير محدد في القانون فالقانون بين ميعاد الحضور وهو ثلاثة أيام ولم يتم ببيان ميعاد الاعتراض على وصف الحكم لكن من البديهي أن الاستئناف الوصفي لن يقبل من المحكوم عليه من أول درجة إذا انقضى ميعاد الاستئناف فيجوز تقديم الاعتراض في أي جلسة ولو انقضى ميعاد الاستئناف<sup>2</sup>.

وإن مجرد رفع الاعتراض لا يؤثر على التنفيذ فلا يترتب على رفع الاعتراض أن يصبح الحكم جائز النفاذ إذا كان المعترض هو المحكوم له كما لو وصف الحكم خطأ بأنه ابتدائي وهو نهائي في الحقيقة فيترتب على صدور الحكم في الاعتراض على الوصف إما وقف التنفيذ أو الاستمرار فيه فمن مصلحة صاحب الشأن القيام برفع منازعة وقتية في التنفيذ وينتج عن ذلك وقف التنفيذ لحين الفصل في الاستئناف الوصفي والحكم الصادر في الاعتراض على الوصف يعتبر حكماً وقتياً وليست له حجية لموضوع الطعن فالمحكمة التي تقضي بالاستئناف أو التظلم أن تقضي بخلاف ما قضت به في مسألة الوصف، فعلى ذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه لا يجوز الطعن في الحكم الصادر بالاعتراض على استقلال عن الحكم الصادر في الموضوع لأنه لا يعتبر حكماً منهيماً لكل الخصومة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> المرجع السابق، ص 238

<sup>2</sup> عزمي عبدالفتاح عطية، قواعد التنفيذ الجبري في قانون المرافعات الكويتي، الكتاب الأول، ص 238

<sup>3</sup> المرجع السابق، ص 242

حكم نقض مصري 76-4/4/1963، 14، 475.

## خاتمة

بعد أن قمت باستعراض الضمانات الكفيلة بحماية المحكوم عليه من مخاطر النفاذ المعجل الذي قمنا ببيانه في المبحث الأول توصلت إلى النتائج والتوصيات التالية:-

### النتائج:-

- 1- إن النفاذ المعجل يعني إلزام من صدر عليه الحكم بتنفيذه فور صدوره وقبل تصديقه من محكمة الطعن إذا لم يقتنع به المحكوم عليه.
- 2- إن نظام النفاذ المعجل ذو طبيعة وقتية فهو يعتبر شكلاً من أشكال الحماية الوقتية في مسائل التنفيذ الجبري والهدف من النفاذ المعجل هو تفعيل القوة التنفيذية الكامنة في أحكام الإلزام الابتدائية والتي يقبل الاستئناف بشكل يسمح بتنفيذها جبراً قبل صيرورتها النهائية.
- 3- وضع المشرع ضمانات كفيلة بحماية المحكوم عليه وهي ثلاثة ضمانات الكفالة والتنظم على وصف الحكم ووقف التنفيذ من محكمة الطعن.
- 4- المشرع وازن بين مصلحة الطرفين ألا وهما طالب التنفيذ والمنفذ ضده فكما أقر المشرع النفاذ المعجل للحكم الذي لم يستنفد طرق الطعن أقر ضمانات لها وسائل وقائية للمنفذ ضده.

### التوصيات:-

توصي الباحثة المشرع بوضع مدة يرفع خلالها النظم من وصف الحكم فالمشرع بين ميعاد الحضور في تلك المسألة ولم يبين الميعاد المحدد للنظم لأنه لا يتصور فتح المدة كاملة أمام المنفذ ضده ليتنظم من النفاذ المعجل متى شاء.

## قائمة المراجع

### أولاً - المعاجم اللغوية

مجد الدين الفيروز أبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزء الرابع.

### ثانياً - الكتب

أحمد مليجي، الموسوعة الشاملة في التنفيذ، الناشر المتحدون، 2016

حامد عكاز وعز الدين الدناصوري، القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ، دار الكتب والدراسات العربية، الطبعة التاسعة، الجزء الرابع، 2017

حسين أحمد المشاقي، التنفيذ وإجراءاته في المواد المدنية والتجارية، دار الثقافة، 2012

طلعت دويدار، النظرية العامة للتنفيذ القضائي في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، 2010

عزمي عبد الفتاح عطية، قواعد التنفيذ الجبري في قانون المرافعات الكويتي، مؤسسة دار الكتب، الطبعة الثانية 2013، الكتاب الأول

فتحي والي، التنفيذ الجبري وفقاً لمجموعة المرافعات المدنية والتجارية وقانون الحجز الإداري، رقم الإيداع 81/3112، دون سنة نشر، دون دار نشر.

مصطفى مجدي هرجه، موسوعة القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ، دار محمود، المجلد الرابع، دون سنة نشر.

نبيل إسماعيل عمر، التنفيذ الجبري للسندات التنفيذية، دار الجامعة الجديدة، 2015

### ثالثاً - التشريعات

قانون الإجراءات المدنية الإماراتي رقم 10 سنة 2014

قانون المرافعات المصري 13 سنة 1968



(ملحق خاص)

فهرس القانون رقم 23 لسنة 2010 بشأن النشاط الاقتصادي

أ. الصديق محمود بن سليمان

صدر القانون رقم 23 لسنة 2010 بشأن النشاط التجاري ونشر بمدونة التشريعات في عدد خاص بتاريخ 21 اغسطس 2010 ، وقد احتوى على اثني عشر كتاباً تضمنت العديد من الأبواب والفصول والفروع ، وبلغ عدد مواده في مجملها 1359 مادة ، وهو كأغلب القوانين الليبية لم يحتوي على فهرس أو كشف يسهل الوصول إلى محتوياته ، ومع هذا الفهرس - على ما قد يعتريه من قصور - يأمل أن يكون أداة فعالة تسهل على المستخدمين من هذا القانون الوصول إلى ما يبتغونه من محتوياته بسرعة ويسر.

العنوان	رقم الصفحة
الكتاب الأول في مزاولة الأنشطة الاقتصادية	727
الباب الأول : أحكام عامة	727
مادة (1) نطاق تطبيق هذا القانون	727
مادة (2) مدى تطبيق القانون المدني	727
مادة (3) تطبيق السوابق القضائية ومبادئ العدالة	728
مادة (4) تطبيق العرف	728
الباب الثاني : في الأفراد	728
مادة (5) تعريف مزاولة النشاط التجاري	728
مادة (6) حالة استثنائية	728
مادة (7) السن القانونية لمزاولة النشاط التجاري	728
مادة (8) ممارسة النشاط التجاري لحساب الغير	728
مادة (9) مزاولة النساء للنشاط التجاري	729
مادة (10) صغار التجار	729
مادة (11) المؤسسات والهيئات العامة	730
الباب الثالث : الشركات	730

730	.....	الفصل الأول : أحكام مُشتركة
730	.....	الفرع الأول : أحكام عامّة
730	.....	مادة (12) أنواع الشركات
730	.....	مادة (13) الشركات التجارية
730	.....	مادة (14) عقد الشركة
731	.....	مادة (15) رأس المال
731	.....	مادة (16) بيانات مستندات الشركة
731	.....	مادة (17) الخضوع للقانون الليبي
731	.....	مادة (18) مراجع الحسابات الخارجي
732	.....	مادة (19) حظر فصل الشريك
732	.....	مادة (20) أخطاء الإدارة
732	.....	مادة (21) تقادم دعوى المسؤولية
732	.....	مادة (22) الشركة العامة والمختلطة
732	.....	مادة (23) نماذج العقود والأنظمة الأساسية
732	.....	الفرع الثاني : تسجيل وإشهار الشركات
732	.....	مادة (24) القيد في السجل التجاري
733	.....	مادة (25) الشخصية المعنوية
733	.....	مادة (26) إشهار الشركة
733	.....	مادة (27) وجوب قيد التغيرات
733	.....	مادة (28) بطلان الإجراءات
734	.....	مادة (29) الشركة الفعلية
734	.....	الفرع الثالث : الحلّ والتصفية
734	.....	مادة (30) أنواع الحل
734	.....	مادة (31) نقصان أصول الشركة
734	.....	مادة (32) انتهاء مدة الشركة
735	.....	مادة (33) تحقيق الغرض أو استحالة تحقيقه
735	.....	مادة (34) أيلولة الأسهم أو الحصص إلى شخص واحد
735	.....	مادة (35) الشركة التي لم تمارس نشاطها
735	.....	مادة (36) توافر إحدى حالات حل الشركة
736	.....	مادة (37) القواعد المتبعة في التصفية
736	.....	مادة (38) تعيين المصفين
736	.....	مادة (39) تعدد المصفين

736	..... مادة (40) واجبات أولية على المصفين
737	..... مادة (41) بعض المحظورات على المصفي
737	..... مادة (42) اجتماع الشركاء في بداية التصفية
737	..... مادة (43) تمثيل الشركة تحت التصفية
737	..... مادة (44) مدة التصفية
738	..... مادة (45) استمرار مهام بعض هيئات الشركة
738	..... مادة (46) ديون الشركة تحت التصفية
738	..... مادة (47) سداد الديون
738	..... مادة (48) توزيع ناتج التصفية
738	..... مادة (49) اجتماع الشركاء في نهاية التصفية
739	..... مادة (50) شطب الشركة
739	..... <b>الفصل الثاني : الشركات التجارية</b>
739	..... <b>الفرع الأول : شركات الأشخاص</b>
739	..... <b>أولاً : شركة التضامن</b>
739	..... مادة (51) تعريف
739	..... مادة (52) اسم الشركة
739	..... مادة (53) القواعد الواجب تطبيقها على شركة التضامن
740	..... مادة (54) عقد التأسيس
740	..... مادة (55) قيد الشركة
740	..... مادة (56) تصرفات الشركاء
741	..... مادة (57) تمثيل الشركة
741	..... مادة (58) عزل المدير
741	..... مادة (59) حالات فصل الشريك
741	..... مادة (60) فروع الشركة
742	..... مادة (61) قيد التغيرات
742	..... مادة (62) حظر المنافسة
742	..... مادة (63) دفاتر الشركة
742	..... مادة (64) توزيع الأرباح
743	..... مادة (65) مسؤولية الشريك
743	..... مادة (66) ضمان الشريك
743	..... مادة (67) الدائن الشخصي للشريك
743	..... مادة (68) تخفيض رأس المال

744	.....	مادة (69) مد أجل الشركة
744	.....	مادة (70) حل الشركة
744	.....	مادة (71) وفاة الشريك
745	.....	مادة (72) استمرار الشركة
745	.....	مادة (73) تعيين المصفي
745	.....	مادة (74) التزامات المصفي
745	.....	مادة (75) ميزانية التصفية
746	.....	مادة (76) شطب الشركة
746	.....	<b>ثانياً : شركات التوصية البسيطة</b>
746	.....	مادة (77) تعريف
746	.....	مادة (78) اسم الشركة
747	.....	مادة (79) القواعد الواجب تطبيقها على شركات التوصية البسيطة
747	.....	مادة (80) عقد التأسيس
747	.....	مادة (81) عدم القيد في السجل
747	.....	مادة (82) الشركاء العاملون
747	.....	مادة (83) صحة القرارات
748	.....	مادة (84) تعيين المديرين وإقالتهم
748	.....	مادة (85) الشركاء الموصون
748	.....	مادة (86) الأرباح المقبوضة بحسن نية
748	.....	مادة (87) انتقال حصة الشريك الموصي
748	.....	مادة (88) إفلاس الشريك الموصي
749	.....	مادة (89) أسباب حل الشركة
749	.....	مادة (90) حقوق دائن الشركة بعد التصفية
749	.....	<b>ثالثاً : شركة المحاصة</b>
749	.....	مادة (91) تعريف
749	.....	مادة (92) تعدد المشاركات
749	.....	مادة (93) حقوق الغير والتزاماتهم
750	.....	مادة (94) حقوق صاحب المحاصة الأصلي والشركاء المحاصين
750	.....	مادة (95) تقسيم الأرباح والخسائر
750	.....	مادة (96) الاشتراك في الأرباح والخسائر
750	.....	مادة (97) إثبات الشركة
750	.....	<b>الفرع الثاني : شركات الأموال : الشركة المساهمة</b>

750	..... مادة (98) تعريف
751	..... أولاً: تأسيس الشركة
751	..... أ- الاكتتاب الخاص
751	..... مادة (99) تعريف الاكتتاب الخاص
751	..... مادة (100) اسم الشركة
751	..... مادة (101) عقد الشركة
752	..... مادة (102) المسؤولية عن الأعمال السابقة على القيد
752	..... مادة (103) أنواع المساهمات
752	..... مادة (104) قواعد تقدير الحصة العينية
753	..... مادة (105) عدم دفع قيمة الأسهم
753	..... مادة (106) الدفع الإضافي
754	..... ب- الاكتتاب العام
754	..... مادة (107) تأسيس الشركة عن طريق الاكتتاب العام
754	..... مادة (108) دعوة المكتتبين
755	..... مادة (109) جمعية المكتتبين
755	..... مادة (110) عقد التأسيس
755	..... مادة (111) المؤسسون
755	..... مادة (112) التزامات المؤسسين
756	..... مادة (113) مسؤولية المؤسسين
756	..... مادة (114) نصيب المؤسسين في الأرباح
756	..... ثانياً: الأسهم
756	..... أ- أحكام عامة
756	..... مادة (115) إصدار الأسهم
756	..... مادة (116) البيانات الجوهرية للسهم
757	..... مادة (117) الشهادات المؤقتة
757	..... مادة (118) أصناف الأسهم
757	..... مادة (119) أسهم التمتع
758	..... مادة (120) شراء الشركة لأسهمها
758	..... مادة (121) قيد شراء أسهم الشركات
758	..... مادة (122) منع تبادل الاكتتاب بالأسهم
758	..... مادة (123) المشاركات
759	..... مادة (124) رهن الأسهم

759	..... مادة (125) مساهم واحد
759	..... ب - الأسهم الممتازة
759	..... مادة (126) إصدار أسهم ممتازة
759	..... مادة (127) الأفضلية في توزيع الأرباح
759	..... مادة (128) محدودية حق التصويت
760	..... مادة (129) نسبة الأسهم الممتازة
760	..... مادة (130) تحول الأسهم
760	..... مادة (131) الجمعيات الخاصة
760	..... ج- تداول الأسهم
760	..... مادة (132) حظر تداول الأسهم
760	..... مادة (133) وقف تسجيل انتقال الأسهم
761	..... مادة (134) منع الشركة من منح قروض على أسهمها
761	..... مادة (135) التصرف في الأسهم الأسمية
761	..... مادة (136) المسؤولية عن التصرف في الأسهم التي لم تُدفع قيمتها
761	..... مادة (137) قيود على تداول الأسهم
762	..... مادة (138) موافقة الشركة
762	..... مادة (139) سقوط حظر التداول
762	..... مادة (140) الموافقة على رهن الأسهم
762	..... ثالثاً: تعديل رأس المال
762	..... أ- زيادة رأس المال
762	..... مادة (141) شروط زيادة رأس المال
763	..... مادة (142) طرق زيادة رأس المال
763	..... مادة (143) تغطية قيمة زيادة رأس المال
763	..... مادة (144) توزيع الأسهم الجديدة
764	..... مادة (145) زيادة رأس المال عن طريق الاكتتاب العام
764	..... مادة (146) علاوة الإصدار
764	..... مادة (147) حق أولوية المساهم
765	..... مادة (148) زيادة رأس المال بخص عينية
765	..... مادة (149) بطلان زيادة رأس المال
765	..... مادة (150) قيد زيادة رأس المال
765	..... ب- تخفيض رأس المال
765	..... مادة (151) شروط تخفيض رأس المال

766	..... مادة (152) التخفيض بسبب الخسائر
766	..... رابعاً: هيئات الشركة
766	..... أ - الجمعية العمومية : أحكام عامة
766	..... مادة (153) تكوين الجمعية
767	..... مادة (154) دعوة الجمعية العمومية
767	..... مادة (155) دعوة الجمعية العمومية للانعقاد بطلب من أقلية من المساهمين .....
767	..... مادة (156) حضور الاجتماع
768	..... مادة (157) ترأس الجمعية
768	..... مادة (158) الإنابة في حضور اجتماع الجمعية
768	..... مادة (159) تعارض مصالح المساهم
768	..... مادة (160) قرارات الجمعية
769	..... مادة (161) إجراءات الطعن في قرارات الجمعية
769	..... مادة (162) الدعوى الثانية لاجتماع الجمعية
769	..... 1- الجمعية العمومية العادية
769	..... مادة (163) اختصاصات الجمعية
770	..... مادة (164) نصاب الجمعية العمومية العادية في الاجتماع الأول
770	..... مادة (165) نصاب الجمعية العمومية العادية في الاجتماع الثاني
771	..... مادة (166) محضر قرارات الجمعية
771	..... 2- الجمعية العمومية غير العادية
771	..... مادة (167) اختصاصات الجمعية العمومية غير العادية
771	..... مادة (168) نصاب الجمعية العمومية غير العادية في الاجتماع الأول
771	..... مادة (169) نصاب الجمعية العمومية غير العادية في الاجتماع الثاني
772	..... مادة (170) عدم توفر النصاب
772	..... مادة (171) تحرير محضر الجمعية العمومية غير العادية
772	..... ب- إدارة الشركة
772	..... 1- مجلس الإدارة
772	..... مادة (172) اختصاصات المجلس
772	..... مادة (173) تعيين مجلس الإدارة
773	..... مادة (174) مدة مجلس الإدارة
773	..... مادة (175) تعدد العضوية
773	..... مادة (176) قيد قرار التعيين
773	..... مادة (177) التخلي عن الوظيفة

774	.....	مادة (178) خلو المنصب
774	.....	مادة (179) صحة قرارات المجلس
774	.....	مادة (180) التمثيل القانوني للشركة
774	.....	مادة (181) تعارض المصالح
775	.....	مادة (182) مسؤولية مجلس الإدارة
775	.....	مادة (183) التزامات مجلس الإدارة
776	.....	مادة (184) حق الشركة في دعوى المسؤولية
776	.....	مادة (185) المسؤولية تجاه دائي الشركة
776	.....	مادة (186) الدعوى الشخصية من المساهمين أو الغير
777	.....	<b>2- اللجنة التنفيذية</b>
777	.....	مادة (187) تكوين اللجنة
777	.....	مادة (188) مسؤولية المجلس عن أعمال اللجنة
777	.....	<b>3- المدراء العامون</b>
777	.....	مادة (189) تعيين المديرين العامين
777	.....	مادة (190) السلطة التمثيلية للمدير
777	.....	مادة (191) تعارض المصالح
777	.....	مادة (192) مسؤولية المدير
778	.....	مادة (193) محظورات على المديرين
778	.....	مادة (194) حضور اجتماعات المجلس
778	.....	مادة (195) تحديد المهام والمكافآت
778	.....	<b>ج- الرقابة على الشركة</b>
778	.....	<b>1-هيئة المراقبة</b>
778	.....	مادة (196) تكوين هيئة المراقبة
779	.....	مادة (197) موانع التعيين
779	.....	مادة (198) تعيين المراقبين وانتهاء مهمتهم
779	.....	مادة (199) استبدال المراقبين
780	.....	مادة (200) واجبات المراقبين وسلطاتهم
780	.....	مادة (201) اجتماعات هيئة المراقبة وقراراتها
780	.....	مادة (202) الاشتراك في جلسات مجلس الإدارة والجمعية العمومية
781	.....	مادة (203) واجبات المراقبين عند تقصير مجلس الإدارة
781	.....	مادة (204) مسؤولية المراقبين
781	.....	مادة (205) الشكوى لهيئة المراقبة



782	.....	مادة (206) الالتجاء إلى القضاء
782	.....	مادة (207) تعيين مدير قضائي
782	.....	<b>2- مُراجع الحسابات الخارجي</b>
782	.....	مادة (208) واجبات المراجع الخارجي
783	.....	مادة (209) تقرير المراجع الخارجي
783	.....	مادة (210) ضرورة تقديم البيانات
783	.....	مادة (211) قيد التقارير في السجل التجاري
783	.....	<b>خامساً: سندات القرض</b>
783	.....	مادة (212) شروط إصدار السندات
784	.....	مادة (213) إيداع القرار وقيده
784	.....	مادة (214) تخفيض رأس المال
784	.....	مادة (215) محتويات سندات القرض
784	.....	مادة (216) تحويل السندات إلى أسهم
785	.....	مادة (217) جمعية حملة السندات
785	.....	مادة (218) اجتماعات جمعية حملة السندات
785	.....	مادة (219) الممثل المشترك لحملة السندات
786	.....	مادة (220) واجبات الممثل المشترك وسلطته
786	.....	مادة (221) الاقتراع على رد قيمة السندات
786	.....	مادة (222) الدعاوى الشخصية لحملة السندات
786	.....	<b>سادساً: التنظيم المحاسبي للشركة</b>
786	.....	<b>أ- دفاتر الشركة</b>
786	.....	مادة (223) الدفاتر الواجب إمساكها
787	.....	مادة (224) حق فحص دفاتر الشركة
787	.....	مادة (225) الدفاتر المعلوماتية ( الإلكترونية )
788	.....	<b>ب- الميزانية</b>
788	.....	مادة (226) إعداد الميزانية والقوائم المالية
788	.....	مادة (227) محتويات الميزانية
789	.....	مادة (228) قواعد التقدير
790	.....	مادة (229) القيود المتكررة في عدة دورات
790	.....	مادة (230) القيمة المعنوية للمحل التجاري
790	.....	مادة (231) الرصيد الاحتياطي القانوني
790	.....	مادة (232) زيادة ثمن الأسهم

791	.....	مادة (233) الاشتراك في الأرباح
791	.....	مادة (234) تقارير هيئة المراقبة وإيداع الميزانية
791	.....	مادة (235) توزيع الأرباح على المساهمين
791	.....	مادة (236) أثر المصادقة على الميزانية
792	.....	مادة (237) إيداع الميزانية
792	.....	<b>سابعاً: حلّ الشركة وتصفيته</b>
792	.....	مادة (238) أسباب إضافية
792	.....	مادة (239) حدوث أمر يستوجب الحل
792	.....	مادة (240) تعيين المصفين وفصلهم
793	.....	مادة (241) موافقة الجمعية العمومية
793	.....	مادة (242) طلب الفصل في إجراءات التصفية الإرادية
793	.....	مادة (243) دعوة الجمعية العمومية للانعقاد
793	.....	مادة (244) إيداع ميزانية التصفية
794	.....	مادة (245) إيداع المبالغ غير المقبوضة
794	.....	مادة (246) شطب الشركة
794	.....	مادة (247) إيداع دفاتر الشركة
794	.....	مادة (248) التصفية الإجبارية
795	.....	<b>ثامناً: الشركة القابضة</b>
795	.....	مادة (249) شكل الشركة
795	.....	مادة (250) أغراض الشركة
796	.....	مادة (251) العلاقات المالية للشركة
796	.....	مادة (252) رأس مال الشركة
796	.....	مادة (253) تعيين ممثلها في الشركات التابعة
796	.....	مادة (254) الميزانية والقوائم المالية المجمعة
797	.....	مادة (255) مسؤولية الشركة
797	.....	<b>تاسعاً: الشركات العامة المساهمة</b>
797	.....	مادة (256) تعريف الشركات العامة
797	.....	مادة (257) تأسيس الشركة العامة
797	.....	مادة (258) الجمعية العمومية للشركة
797	.....	مادة (259) مسؤولية أعضاء الجمعية
798	.....	مادة (260) هيئات الشركة الأخرى
798	.....	<b>الفرع الثالث : الشركات ذات الطبيعة المزدوجة</b>

798	.....	أولاً: شركة التوصية بالأسهم
798	.....	مادة (261) تعريف شركة التوصية بالأسهم
798	.....	مادة (262) اسم الشركة
798	.....	مادة (263) القواعد الواجب تطبيقها
799	.....	مادة (264) عقد التأسيس
799	.....	مادة (265) عزل المديرين
799	.....	مادة (266) استبدال المديرين
799	.....	مادة (267) الأثر المترتب على خلو منصب المديرين
799	.....	مادة (268) هيئة المراقبة ودعوى المسؤولية
800	.....	مادة (269) تعديل عقد التأسيس
800	.....	مادة (270) مسؤولية الشركاء العاملين
800	.....	ثانياً: الشركة ذات المسؤولية المحدودة
800	.....	أ- أحكام عامة
800	.....	مادة (271) تعريف الشركة ذات المسؤولية المحدودة
800	.....	مادة (272) اسم الشركة
800	.....	مادة (273) قيود على الشركة
801	.....	مادة (274) حظر الاكتتاب العام على الشركة
801	.....	مادة (275) رأس مال الشركة
801	.....	مادة (276) عقد التأسيس
801	.....	مادة (277) توزيع الحصص
802	.....	مادة (278) انتقال ملكية الحصص
802	.....	مادة (279) شكل التنازل عن الحصص
802	.....	مادة (280) إخطار الشركاء
802	.....	مادة (281) تعدد المطالبين بالاسترداد
802	.....	مادة (282) الانتقال بالميراث
803	.....	مادة (283) التنفيذ على الحصص
803	.....	أ- هيئات الشركة
803	.....	1- الجمعية العمومية
803	.....	مادة (284) دعوة الجمعية العمومية للانعقاد
803	.....	مادة (285) قرارات الجمعية
803	.....	2- إدارة الشركة
803	.....	مادة (286) تعيين المديرين

804	..... مادة (287) الشكوى من قرارات المديرين أو هيئة المراقبة
804	..... مادة (288) تعيين هيئة المراقبة
804	..... <b>3- النظام المحاسبي للشركة</b>
804	..... مادة (289) دفاتر الشركة
804	..... مادة (290) الميزانية
805	..... مادة (291) تعديلات في عقد التأسيس وحل الشركة
805	..... <b>الفرع الرابع : تحول الشركات واندماجها وانقسامها وتجمعها</b>
805	..... <b>أولاً: تحول الشركة</b>
805	..... مادة (292) التحول بين شركة التضامن والتوصية البسيطة
805	..... مادة (293) التحول إلى شركات أخرى
805	..... مادة (294) التحول إلى شركة مساهمة
805	..... مادة (295) الانسحاب من الشركة
806	..... مادة (296) تقدير الموجودات
806	..... مادة (297) ضرورة استيفاء الشروط اللازمة
806	..... مادة (298) استمرارية الشخصية المعنوية
806	..... <b>ثانياً: اندماج الشركات</b>
806	..... مادة (299) أنواع الاندماج
806	..... مادة (300) عقد الاندماج
806	..... مادة (301) إجراءات الاندماج
807	..... مادة (302) إبلاغ الدائنين
807	..... مادة (303) زيادة رأس المال
807	..... مادة (304) الطعن في قرار الاندماج
808	..... مادة (305) مسؤولية هيئات الشركات المندمجة
808	..... مادة (306) قيد قرار الاندماج
808	..... <b>ثالثاً: انقسام الشركات</b>
808	..... مادة (307) تعريف
808	..... مادة (308) قرار الانقسام
809	..... مادة (309) تقييم العناصر وشكل الشركات الناشئة
809	..... مادة (310) عدم تجديد الدين
809	..... مادة (311) الاعتراض على الانقسام
809	..... <b>رابعاً: تجمع الشركات</b>
809	..... مادة (312) تعريف

810	.....	مادة (313) انتفاء الشخصية المعنوية
810	.....	مادة (314) عقد تكوين التجمع
810	.....	مادة (315) العلاقة مع الغير
810	.....	<b>الفصل الثالث : الشركات المدنية</b>
810	.....	<b>الفرع الأول : التشاركيات</b>
810	.....	مادة (316) تعريف
810	.....	مادة (317) شروط التأسيس
811	.....	مادة (318) عقد التأسيس
811	.....	مادة (319) عدم جواز الاستعانة بالغير
811	.....	مادة (320) مسؤولية الشريك
811	.....	مادة (321) مراجع الحسابات الخارجي
811	.....	مادة (322) القواعد الواجبة التطبيق
812	.....	<b>الفرع الثاني: شركة الانتفاع العقاري</b>
812	.....	مادة (323) تعريف
812	.....	مادة (324) دفع رأس المال
812	.....	مادة (325) الحصص
812	.....	مادة (326) مسؤولية الشريك
812	.....	مادة (327) إدارة الشركة
812	.....	مادة (328) سلطات المدير
813	.....	مادة (329) الجمعية العمومية
813	.....	مادة (330) الأحكام الواجبة التطبيق
813	.....	<b>الفرع الثالث: الشركات التعاونية</b>
813	.....	<b>أولاً: أحكام عامة</b>
813	.....	مادة (331) تأسيس الشركة
813	.....	مادة (332) الشركات التعاونية ذات المسؤولية غير المحدودة
814	.....	مادة (333) الشركات التعاونية ذات المسؤولية المحدودة
814	.....	مادة (334) اسم الشركة
814	.....	مادة (335) القواعد الواجب تطبيقها
814	.....	مادة (336) الشركات التعاونية الخاضعة لقوانين خاصة
814	.....	<b>ثانياً: التأسيس</b>
814	.....	مادة (337) عقد التأسيس
815	.....	مادة (338) تغيير الشركاء وتعديل رأس المال

815	.....	ثالثاً: الحصص والأسهم
815	.....	مادة (339) شراء الشركة لحصصها وأسهمها
815	.....	مادة (340) حوالة الحصص والأسهم
816	.....	مادة (341) عدم دفع قيمة الحصص والأسهم
816	.....	مادة (342) قبول شركاء جدد
816	.....	مادة (343) انسحاب الشريك
816	.....	مادة (344) فصل الشريك
817	.....	مادة (345) وفاة الشريك
817	.....	مادة (346) تصفية الحصة و رد قيمة الأسهم
817	.....	مادة (347) مسؤولية الشريك الخارج والورثة
817	.....	مادة (348) الدائن الخاص للشريك
817	.....	رابعاً: هيئات الشركة
817	.....	أ- الجمعية العمومية
817	.....	مادة (349) حق التصويت في الجمعية العمومية
818	.....	مادة (350) الحضور في الجمعية
818	.....	ب - مجلس الإدارة وهيئة المراقبة
818	.....	مادة (351) المديرون والمراقبون
818	.....	مادة (352) توزيع الأرباح
819	.....	خامساً: تغيير عقد التأسيس وانقضاء الشركة
819	.....	مادة (353) تغيير عقد التأسيس
819	.....	مادة (354) حل الشركة
819	.....	مادة (355) العجز عن الدفع
819	.....	مادة (356) مسؤولية الشركاء والتبعية
819	.....	سادساً: المراقبة
819	.....	مادة (357) المراقبة على الشركات التعاونية
820	.....	مادة (358) إدارة الشركة بمفوض السلطة المختصة
820	.....	مادة (359) حل الجمعية بأمر الجهة الإدارية المختصة
820	.....	سابعاً: الشركات التعاونية لإدارة المرافق والمؤسسات ذات النفع العام ....
820	.....	مادة (360) تعريف
820	.....	مادة (361) مسؤولية الشركاء
820	.....	مادة (362) أحكام واجبة التطبيق
821	.....	مادة (363) أغراض الشركة

- 821 ..... مادة (364) اسم الشركة
- 821 ..... مادة (365) عقد التأسيس
- 821 ..... مادة (366) القيد بالسجل التجاري
- 822 ..... مادة (367) رأس المال
- 822 ..... مادة (368) حقوق الورثة
- 822 ..... مادة (369) هيئات الشركة
- 822 ..... مادة (370) تعيين المراقب
- 823 ..... مادة (371) تعيين مراجع حسابات خارجي
- 823 ..... مادة (372) توزيع الأرباح
- 823 ..... مادة (373) الحل والتغيرات التي تطرأ على الشركة
- 823 ..... مادة (374) نماذج العقود والأنظمة الأساسية
- 823 ..... **الفصل الرابع : مساهمة الأجانب وفروع ومكاتب تمثيل الشركات الأجنبية في الجماهيرية**
- 823 ..... مادة (375) المساهمة في الشركات الليبية وفروع ومكاتب التمثيل للشركات الأجنبية
- 824 ..... مادة (376) الميزانية
- 824 ..... مادة (377) صلاحيات مكتب التمثيل
- 824 ..... مادة (378) صلاحيات مدير الفرع
- 824 ..... **الفصل الخامس : صناديق الاستثمار**
- 824 ..... مادة (379) تعريف
- 825 ..... مادة (380) الأهداف
- 825 ..... مادة (381) رأس المال
- 825 ..... مادة (382) إصدار وثائق الاستثمار
- 825 ..... مادة (383) حقوق حملة الوثائق
- 826 ..... مادة (384) الاكتتاب في الوثائق
- 826 ..... مادة (385) عدم الاكتتاب الكلي في الوثائق
- 827 ..... مادة (386) الزيادة في الاكتتاب
- 827 ..... مادة (387) مجلس الإدارة
- 827 ..... مادة (388) مدير الاستثمار
- 828 ..... مادة (389) عقد إدارة الصندوق
- 828 ..... مادة (390) الممارسات المحظورة
- 828 ..... مادة (391) التزامات المدير ومسئوليائه
- 829 ..... مادة (392) مراقبة الحسابات
- 829 ..... مادة (393) انقضاء الصندوق
- 829 ..... مادة (394) الهيئة العامة للرقابة والإشراف على الأسواق والأدوات المالية غير المصرفية

829	.....	مادة (395) اللائحة التنفيذية
830	.....	مادة (396) العقوبات
830	.....	الفصل السادس : العقوبات الخاصة بالشركات
830	.....	الفرع الأول : أحكام عامة
830	.....	مادة (397) البيانات الكاذبة وتوزيع الأرباح الوهمية
831	.....	مادة (398) إفشاء أسرار الشركة
831	.....	مادة (399) مخالفة المديرين لواجباتهم
831	.....	مادة (400) الاقتراض على حساب الشركة وضمائنها
832	.....	مادة (401) إخلال المصنفين بواجباتهم
832	.....	مادة (402) التقصير فيما يجب تبليغه أو إيداعه
832	.....	مادة (403) عدم ذكر البيانات الإلزامية
832	.....	الفرع الثاني: أحكام خاصة بشركات الأموال
832	.....	مادة (404) أفعال تدليسية بشأن أسهم الشركة وسنداتها
833	.....	مادة (405) المبالغة في تقدير المقدمات العينية
833	.....	مادة (406) الإخلال بالواجبات المفروضة على المديرين
834	.....	مادة (407) قبول مكافآت غير مستحقة وتعارض المصالح
834	.....	مادة (408) مخالفة الواجبات المفروضة على هيئة المراقبة ومراجع الحسابات الخارجية
834	.....	الكتاب الثاني : الأنشطة الاقتصادية
834	.....	الباب الاول : في الأعمال التجارية
834	.....	مادة (409) الأعمال التجارية
835	.....	مادة (410) أعمال تجارية أخرى
836	.....	مادة (411) الأعمال المستثناة من الأعمال التجارية
836	.....	مادة (412) اعتبار التأمين عملاً تجارياً بالنسبة للمؤمن
836	.....	الباب الثاني : في الوكلاء التجاريين والمساعدين
836	.....	أولاً: الوكيل التجاري
836	.....	مادة (413) تعريف
836	.....	مادة (414) حدود التوكيل
836	.....	مادة (415) ضمان الوكيل
836	.....	مادة (416) مدى التزام الوكيل بالتعويض
837	.....	مادة (417) إعلان الوكيل عن إنجاز مهمته
837	.....	مادة (418) الاحتجاج بالتوكيل على الغير
837	.....	مادة (419) التزام الموكل



837	.....	مادة (420) مستحقات الوكيل
837	.....	مادة (421) امتياز الوكيل
838	.....	مادة (422) شروط التمسك بحق الامتياز وطرق تنفيذه
838	.....	مادة (423) حكم استثنائي
838	.....	<b>الفصل الثاني : المعتمد التجاري</b>
838	.....	مادة (424) تعريف
838	.....	مادة (425) مسؤولية الموكل
838	.....	مادة (426) شكل عقد الاعتماد وشهره
839	.....	مادة (427) قوة الاحتجاج بالاعتماد الضمني وشهره
839	.....	مادة (428) واجبات المعتمد
839	.....	مادة (429) حظر المنافسة
839	.....	مادة (430) مسؤولية الموكل والمعتمد
839	.....	<b>الفصل الثالث : الوكلاء بالعمولة</b>
839	.....	مادة (431) تعريف
840	.....	مادة (432) عدم تحويل العميل حق منح تأجيل الدفع
840	.....	مادة (433) تقدير العمولة
840	.....	مادة (434) حق الموكل في الرجوع عن توكيله وتقدير العمولة في شأنه
840	.....	مادة (435) إلزام العميل بالوفاء
840	.....	<b>الفصل الرابع : التمثيل التجاري</b>
840	.....	مادة (436) تعريف
841	.....	مادة (437) القيود المفروضة على الممثل التجاري
841	.....	مادة (438) مدى حق الممثل في قبض الديون
841	.....	مادة (439) مدى سلطة الممثل
841	.....	مادة (440) مدى استحقاق العمولة
841	.....	مادة (441) استحالة تنفيذ العمليات
841	.....	مادة (442) التحلل من العقد
842	.....	<b>الفصل الخامس : السمسرة</b>
842	.....	مادة (443) تعريف
842	.....	مادة (444) تقدير العمولة
842	.....	مادة (445) حق السمسار في استرجاع المصاريف
842	.....	مادة (446) حق السمسار في العمولة
842	.....	مادة (447) تعدد السمسرة

- 843 ..... مادة (448) واجبات السمسار المتعلقة ببيانات الصفقة
- 843 ..... مادة (449) واجبات محترفي السمسرة
- 843 ..... مادة (450) تكليف السمسار بتمثيل أحد الأطراف
- 843 ..... مادة (451) إغفال اسم أحد المتعاقدين
- 843 ..... مادة (452) كفالة السمسار
- 844 ..... مادة (453) إخلال السمسار بواجباته
- 844 ..... مادة (454) القوانين الخاصة
- 844 ..... مادة (455) ضرورة القيد في السجل الخاص
- 844 ..... مادة (456) حالات خاصة
- 844 ..... مادة (457) عقوبات
- 844 ..... **الفصل السادس: عمال المتاجر**
- 844 ..... مادة (458) صلاحية العاملين
- 845 ..... مادة (459) اللائحة التنفيذية
- 845 ..... **الباب الثالث : في دفاتر التجار**
- 845 ..... مادة (460) الدفاتر الإلزامية
- 845 ..... مادة (461) حفظ المراسلات والمحركات
- 846 ..... مادة (462) ترقيم الدفاتر وإعطاؤها الصفة الرسمية
- 846 ..... مادة (463) الدفاتر والمستندات الحاسوبية المعلوماتية (الإلكترونية)
- 846 ..... مادة (464) حجية الدفاتر والملفات
- 846 ..... مادة (465) الأحوال التي يجوز فيها الأمر بالإطلاع على الدفاتر التجارية
- 847 ..... مادة (466) قبول الدفاتر والمطالبة بإبرازها
- 847 ..... مادة (467) مدة وجوب الاحتفاظ بالدفاتر والملفات
- 847 ..... **الباب الرابع : في الحبل التجاري ورهنه والاسم التجاري**
- 847 ..... **الفصل الأول: في الحبل التجاري**
- 847 ..... مادة (468) تعريف
- 847 ..... مادة (469) نقل ملكية الحبل التجاري أو حق الانتفاع به
- 847 ..... مادة (470) حظر المنافسة
- 848 ..... مادة (471) العقود السابقة على نقل الملكية
- 848 ..... مادة (472) انتقال الحقوق
- 848 ..... مادة (473) المسؤولية عن الديون
- 849 ..... مادة (474) التزامات المنتفع
- 849 ..... مادة (475) الأحكام التي تطبق على المستأجر

849	.....	<b>الفصل الثاني: رهن المحل التجاري</b>
849	.....	مادة (476) الرهن بورقة رسمية
849	.....	مادة (477) شهر عقد الرهن
849	.....	مادة (478) مسؤولية الراهن
850	.....	مادة (479) الإذن ببيع المحل التجاري بالمزاد العلني
850	.....	مادة (480) انتقال الامتياز
850	.....	مادة (481) امتياز المؤجر
850	.....	<b>الفصل الثالث: الاسم التجاري</b>
850	.....	مادة (482) حق الانفراد بالاسم التجاري وأركانه
851	.....	مادة (483) قيد الاسم التجاري واستعماله
851	.....	مادة (484) نقل الاسم التجاري
851	.....	<b>الباب الخامس : السجل التجاري</b>
851	.....	<b>الفصل الأول : أحكام عامة</b>
851	.....	مادة (485) تنظيم السجل التجاري
852	.....	مادة (486) طرق القيد ورفضه
852	.....	مادة (487) عدم صحة القيد
852	.....	مادة (488) الطعن في قرارات غرفة المشورة
852	.....	مادة (489) حجية القيد
853	.....	مادة (490) عدم القيام بالقيد
853	.....	<b>الفصل الثاني : القيد في السجل التجاري وإجراءاته</b>
853	.....	مادة (491) البيانات المطلوبة للقيد
854	.....	مادة (492) قيد المقار الفرعية
855	.....	مادة (493) القرارات الخاصة بمعدومي الأهلية أو ناقصيها
855	.....	مادة (494) بيان السجل على المحررات الرسمية
855	.....	مادة (495) قيد المنشآت العامة
855	.....	مادة (496) نشرة السجل
855	.....	مادة (497) اللائحة التنفيذية
856	.....	<b>الكتاب الثالث : العقود والالتزامات التجارية</b>
856	.....	<b>الباب الأول : أحكام عامة</b>
856	.....	مادة (498) تضامن المدينين
856	.....	مادة (499) عمل التاجر لحساب الغير
856	.....	مادة (500) المطالبة بالوفاء بالالتزامات التجارية

856	.....	مادة (501) وسائل إعدار المدين أو إخطاره
856	.....	مادة (502) حيازة سند الدين
856	.....	مادة (503) صحة الوفاء
857	.....	مادة (504) إثبات الالتزامات التجارية
857	.....	مادة (505) التقادم التجاري
857	.....	<b>الباب الثاني: بيع المنقولات</b>
857	.....	<b>الفصل الأول: أحكام عامة</b>
857	.....	مادة (506) تسليم المبيع
857	.....	مادة (507) الإعلان عن عيوب المبيع وشوائبه
858	.....	مادة (508) ضمان العيب
858	.....	مادة (509) النزاع حول وصف المبيع وحالته
858	.....	مادة (510) رفض المشتري تسلم المبيع
858	.....	مادة (511) إخلال المشتري بالتزامه
859	.....	مادة (512) بيع الأشياء المثلية
859	.....	مادة (513) فسخ العقد بقوة القانون
860	.....	مادة (514) تقدير التعويض
860	.....	مادة (515) حق البائع في استرداد الشيء المبيع
860	.....	<b>الفصل الثاني : بعض أنواع البيوع</b>
860	.....	<b>الفرع الأول : البيع بشرط الاستحسان أو التجربة أو العينة</b>
860	.....	مادة (516) البيع بشرط الاستحسان
861	.....	مادة (517) البيع بشرط التجربة
861	.....	مادة (518) البيع بالعينة
861	.....	<b>الفرع الثاني : البيع بالتقسيط مع الاحتفاظ بالملكية</b>
861	.....	مادة (519) البيع بالتقسيط
861	.....	مادة (520) إثبات الاحتفاظ بالملكية
861	.....	مادة (521) عدم الوفاء بقسط من الثمن
862	.....	مادة (522) التعويض
862	.....	<b>الفرع الثالث : البيع على أساس السندات</b>
862	.....	مادة (523) تحليل البائع من الالتزام
862	.....	مادة (524) شروط دفع الثمن
862	.....	مادة (525) بيع البضاعة وهي في الطريق
863	.....	مادة (526) الدفع عن طريق المصرف

863	.....	الفرع الرابع : بيع السندات المالية بالأجل
863	.....	مادة (527) ملحقات السندات
863	.....	مادة (528) حق الخيار
863	.....	مادة (529) السندات المقرونة بسحب الجوائز أو الاستهلاك
864	.....	مادة (530) السندات التي لم يتم أداء ثمنها
864	.....	مادة (531) مد أجل تنفيذ العقد
864	.....	مادة (532) عدم الوفاء
864	.....	الفرع الخامس : العقد التخميني
864	.....	مادة (533) تعريف
864	.....	مادة (534) مسؤولية المشتري عن هلاك المبيع
864	.....	مادة (535) التصرف في الأشياء
865	.....	الباب الثالث: التوريد
865	.....	مادة (536) تعريف
865	.....	مادة (537) كميات التوريد
865	.....	مادة (538) تعيين الثمن في التوريد الدوري
865	.....	مادة (539) الوفاء
865	.....	مادة (540) أجل التوريد
866	.....	مادة (541) عدم وفاء أحد الطرفين
866	.....	مادة (542) الإخلال البسيط
866	.....	مادة (543) منح الأفضلية للمورد
866	.....	مادة (544) حق الانفراد بالتوريد
866	.....	مادة (545) حق الانفراد بالبيع
867	.....	مادة (546) عدم تحديد أجل التوريد
867	.....	مادة (547) تطبيق أحكام العقود
867	.....	الباب الرابع: في المقاوله
867	.....	مادة (548) تعريف
867	.....	مادة (549) المقاوله من الباطن
867	.....	مادة (550) تقدير الأجر
867	.....	مادة (551) التزام المقاول بتقديم المواد
868	.....	مادة (552) التغييرات في العمل
868	.....	مادة (553) سلطة القاضي في تعيين التغييرات
868	.....	مادة (554) مدى حق رب العمل في التغييرات

868	.....	مادة (555) حق المراقبة على سير العمل
868	.....	مادة (556) الإنذار بعيوب المواد
869	.....	مادة (557) إعادة النظر في الثمن
869	.....	مادة (558) التثبيت من صحة العمل
869	.....	مادة (559) التثبيت من صحة الأعمال الواجب تنفيذها على دفعات
869	.....	مادة (560) ضمان المقاول للشوائب والعيوب
870	.....	مادة (561) حق المطالبة بإزالة العيوب أو الشوائب
870	.....	مادة (562) مسؤولية المقاول عن انهيار المباني
870	.....	مادة (563) حق الرجوع على المقاولين من الباطن
870	.....	مادة (564) حق رب العمل في التحلل من العقد
871	.....	مادة (565) استحالة إنجاز المقاولة
871	.....	مادة (566) هلاك العمل أو تلفه
871	.....	مادة (567) وفاة المقاول
871	.....	مادة (568) التزامات رب العمل في حالة وفاة المقاول
871	.....	مادة (569) حقوق المستخدمين
871	.....	مادة (570) الأحكام التي تطبق
872	.....	<b>الباب الخامس : النقل</b>
872	.....	<b>الفصل الأول : أحكام عامة</b>
872	.....	مادة (571) تعريف
872	.....	مادة (572) إبرام عقد النقل
872	.....	مادة (573) العقود النموذجية
872	.....	مادة (574) واجبات ملتزم النقل
873	.....	مادة (575) مالا يعد من القوة القاهرة
873	.....	مادة (576) تعطيل النقل أو الانحراف به
873	.....	مادة (577) الأحكام التي تطبق على النقل
873	.....	مادة (578) الغش والخطأ الجسيم
874	.....	مادة (579) مسؤولية الناقل
874	.....	<b>الفصل الثاني : نقل الأشياء</b>
874	.....	مادة (580) بيان الأشياء المراد نقلها
874	.....	مادة (581) شكل وثيقة النقل
875	.....	مادة (582) إيصال الاستلام
875	.....	مادة (583) مكان التسليم

875	..... مادة (584) دفع الأجرة
876	..... مادة (585) تعليمات المرسل
876	..... مادة (586) تصرفات مالك الشيء
876	..... مادة (587) تجاوز التعليمات
876	..... مادة (588) التزامات المرسل إليه
877	..... مادة (589) شحن البضاعة
877	..... مادة (590) طريق النقل
877	..... مادة (591) مسؤولية الناقل عن هلاك الشيء أو التأخر في تسليمه
877	..... مادة (592) نقل الأشياء الثمينة
878	..... مادة (593) استلام الأشياء المنقولة دون تحفظ
878	..... مادة (594) عدم بيان قيمة الشيء
878	..... مادة (595) التلف الجزئي للشيء المنقول
878	..... مادة (596) مواصلة النقل خارج خطوط النقل
879	..... مادة (597) تعهد عدة ناقلين في عقد واحد
879	..... مادة (598) بيان حالة البضائع المراد نقلها
879	..... مادة (599) حقوق الناقلين السابقين
879	..... مادة (600) أسباب انتفاء مسؤولية الناقل
880	..... مادة (601) هلاك الشيء
880	..... مادة (602) عدم الجمع بين التعويضات
880	..... مادة (603) وجود الشيء الضائع
880	..... مادة (604) مدى مسؤولية الناقل
881	..... مادة (605) مسؤولية الناقل في حالة خاصة
881	..... مادة (606) نقص الشيء
881	..... مادة (607) التزام الناقل بالتفريغ
881	..... مادة (608) تعطل النقل أو استحالته
882	..... مادة (609) حقوق المرسل إليه
882	..... مادة (610) انتفاء مسؤولية الناقل بالتسليم
882	..... مادة (611) تسليم الأشياء إلى المرسل إليه
883	..... مادة (612) تعدد الآجال
883	..... مادة (613) استحالة تسليم الأشياء المنقولة
883	..... مادة (614) حالة استثنائية
883	..... مادة (615) تقدير الضرر
883	..... مادة (616) تحقيق الضرر

884	.....	مادة (617) حق الناقل في استيفاء مستحققاته
884	.....	مادة (618) حق الناقل في حبس الشيء
884	.....	مادة (619) تقادم الدعاوى الناشئة عن عقد النقل
884	.....	<b>الفصل الثالث: نقل الأشخاص</b>
884	.....	مادة (620) التزام الراكب
885	.....	مادة (621) عدم مباشرة النقل لأسباب قاهرة
885	.....	مادة (622) العدول عن السفر
885	.....	مادة (623) عدم حضور الراكب في ميعاد النقل
885	.....	مادة (624) تعطل النقل بفعل الناقل أو تابعيه
885	.....	مادة (625) النزول عن بطاقة النقل
886	.....	مادة (626) تغيير درجة النقل
886	.....	مادة (627) حبس أمتعة الراكب
886	.....	مادة (628) التزام الناقل بنقل الراكب وأمتعته
886	.....	مادة (629) ضمان سلامة الراكب
887	.....	مادة (630) مدى مسؤولية الناقل
887	.....	مادة (631) بطلان اشتراط الإعفاء من المسؤولية
887	.....	مادة (632) شروط الإعفاء من المسؤولية
887	.....	مادة (633) حراسة الأمتعة
888	.....	مادة (634) التزامات الناقل في حالة وفاة الراكب
888	.....	مادة (635) حق الورثة في مطالبة الناقل بالتعويض
888	.....	مادة (636) تقادم الدعاوى الناشئة عن عقد نقل الأشخاص
888	.....	<b>الفصل الرابع : الوكالة بالعمولة للنقل</b>
888	.....	مادة (637) تعريف
889	.....	مادة (638) التزامات الوكيل
889	.....	مادة (639) إلغاء الوكالة
889	.....	مادة (640) مسؤولية الوكيل بالعمولة للنقل
889	.....	مادة (641) الإعفاء من المسؤولية
890	.....	مادة (642) الحق في الرجوع
890	.....	مادة (643) ضمان الوكيل الأصلي
890	.....	مادة (644) حلول الوكيل بالعمولة محل الناقل
890	.....	مادة (645) تقادم الدعاوى الناشئة عن الوكالة
890	.....	مادة (646) سريان عقد الوكالة



891	.....	الفصل الخامس : أحكام خاصة بالنقل الجوي
891	.....	مادة (647) تعريف
891	.....	مادة (648) سريان أحكام عقد النقل
891	.....	مادة (649) المسؤولية المحدودة
891	.....	مادة (650) مسؤولية الناقل عن الأضرار التي تصيب الراكب
892	.....	مادة (651) مسؤولية الناقل عن الأضرار التي تلحق البضائع
892	.....	مادة (652) المسؤولية عن التأخير
892	.....	مادة (653) نفي الناقل لمسئولته
893	.....	مادة (654) تحديد المسؤولية
893	.....	مادة (655) عدم جواز التمسك بتحديد المسؤولية
893	.....	مادة (656) حق التابع في التمسك بتحديد المسؤولية
894	.....	مادة (657) بطلان شرط الإعفاء من المسؤولية
894	.....	مادة (658) حق التحفظ
894	.....	مادة (659) الاحتجاج
895	.....	مادة (660) تقادم الدعاوى الناشئة عن عقد النقل الجوي
895	.....	مادة (661) النقل المجاني
895	.....	مادة (662) حدود مسؤولية الناقل الجوي
895	.....	مادة (663) سلطة قائد الطائرة
896	.....	الباب السادس : الرهن التجاري
896	.....	مادة (664) ضمان الدين التجاري
896	.....	مادة (665) نفاذ الرهن في حق الغير
896	.....	مادة (666) رهن الحقوق
897	.....	مادة (667) إثبات الرهن
897	.....	مادة (668) رهن المال المثلي وغير المثلي
897	.....	مادة (669) بيان الرهون
897	.....	مادة (670) المحافظة على المال المرهون
898	.....	مادة (671) استعمال حقوق الرهن
898	.....	مادة (672) الإنذار بالدفع
898	.....	مادة (673) الأمر بالبيع
898	.....	مادة (674) بيع المال المرهون
899	.....	مادة (675) تعرض الشيء المرهون للهلاك
899	.....	مادة (676) نقص سعر المال المرهون
899	.....	مادة (677) بيع السند المرهون

899	.....	مادة (678) بطلان تملك الرهون
900	.....	الباب السابع: الإيداع في المستودعات العمومية
900	.....	مادة (679) تعريف
900	.....	مادة (680) ترخيص باستثمار المستودعات
900	.....	مادة (681) لائحة المستودعات
900	.....	مادة (682) محظورات على المودع لديه
901	.....	مادة (683) قروض المستودعات العمومية
901	.....	مادة (684) بيانات البضاعة المودعة
901	.....	مادة (685) مسؤولية المودع لديه
901	.....	مادة (686) التأمين على المستودع
902	.....	مادة (687) شهادة الإيداع والرهن
902	.....	مادة (688) استبدال البضاعة
902	.....	مادة (689) شهادات التخزين
902	.....	مادة (690) التزامات المدور إليه
903	.....	مادة (691) بيانات التدوير
903	.....	مادة (692) الوفاء بالدين المضمون
903	.....	مادة (693) بيع البضاعة المرهونة
903	.....	مادة (694) استيفاء الدائن المرتهن لحقوقه
904	.....	مادة (695) الحق في الرجوع
904	.....	مادة (696) حق الحلول
904	.....	مادة (697) ضياع شهادة التخزين وسند الرهن
905	.....	مادة (698) بيع البضاعة المودعة
905	.....	مادة (699) براءة ذمة الكفيل
905	.....	مادة (700) عقوبات
906	.....	الكتاب الرابع : عمليات المصارف
906	.....	الباب الأول : وديعة النقود
906	.....	مادة (701) عملية الإيداع وآثارها
906	.....	مادة (702) قيد العمليات
906	.....	مادة (703) حق المودع في السحب
906	.....	مادة (704) رد الوديعة
907	.....	مادة (705) بيان الحساب
907	.....	مادة (706) دفتر التوفير

907	.....	مادة (707) المقاصة في الحسابات المتعددة
907	.....	مادة (708) الحساب المشترك
908	.....	<b>الباب الثاني : وديعة الأوراق المالية</b>
908	.....	مادة (709) استعمال الأوراق المالية
908	.....	مادة (710) حفظ الأوراق
909	.....	مادة (711) قبض الفوائد
909	.....	مادة (712) إخطار الموعد
909	.....	مادة (713) رد الأوراق
909	.....	مادة (714) دعوى الاستحقاق
910	.....	<b>الباب الثالث : إيجار الخزائن</b>
910	.....	مادة (715) تعريف
910	.....	مادة (716) مسؤولية المصرف
910	.....	مادة (717) مفتاح الخزانة
910	.....	مادة (718) عدم جواز التنازل عن الخزانة
911	.....	مادة (719) الخزانة المشتركة
911	.....	مادة (720) فسخ العقد
911	.....	مادة (721) انقضاء العقد
911	.....	مادة (722) الحجز على الخزانة
912	.....	مادة (723) إخطار مستأجر الخزانة
912	.....	مادة (724) حظر فتح الخزانة
912	.....	<b>الباب الرابع : الحوالة المصرفية</b>
912	.....	مادة (725) تعريف
913	.....	مادة (726) توجيه المنازعة
913	.....	مادة (727) المبلغ محل الحوالة
913	.....	مادة (728) الإبلاغ بالحوالة
913	.....	مادة (729) الرجوع في الحوالة
914	.....	مادة (730) الدين وضمائنه
914	.....	مادة (731) عدم كفاية الرصيد
914	.....	مادة (732) توزيع الرصيد
914	.....	مادة (733) ميعاد التوزيع
914	.....	مادة (734) إفلاس المستفيد
915	.....	<b>الباب الخامس : فتح الاعتماد</b>

915	.....	مادة (735) تعريف
915	.....	مادة (736) الانتفاع بالاعتماد
915	.....	مادة (737) ضمان فتح الاعتماد
915	.....	مادة (738) التحلل من العقد وآثاره
916	.....	مادة (739) إلغاء الاعتماد
916	.....	<b>الباب السادس : الاعتماد المستندي</b>
916	.....	مادة (740) تعريف
916	.....	مادة (741) مستندات فتح الاعتماد
916	.....	مادة (742) شروط الوفاء والقبول والخصم
916	.....	مادة (743) أنواع الاعتماد المستندي
917	.....	مادة (744) تعديل الاعتماد المستندي
917	.....	مادة (745) الاعتماد المستندي غير القابل للإلغاء
917	.....	مادة (746) صلاحية الاعتماد المستندي
917	.....	مادة (747) مطابقة المستندات
918	.....	مادة (748) مدى مسؤولية المصرف
918	.....	مادة (749) التنازل عن الاعتماد المستندي
918	.....	مادة (750) عدم دفع قيمة المستندات
918	.....	مادة (751) انطباق القواعد والأعراف الدولية
918	.....	<b>الباب السابع : خصم السندات</b>
918	.....	مادة (752) تعريف
919	.....	مادة (753) حساب الفائدة والعمولة
919	.....	مادة (754) رد القيمة إلى المصرف
919	.....	مادة (755) حقوق المصرف قبل المدين بالسند
919	.....	مادة (756) خصم الأوراق التجارية
919	.....	مادة (757) السفاتج المؤيدة بوثائق بضائع
920	.....	<b>الباب الثامن : خطابات الضمان</b>
920	.....	مادة (758) تعريف
920	.....	مادة (759) تغطية خطاب الضمان
920	.....	مادة (760) التنازل عن خطاب الضمان
920	.....	مادة (761) التزام المصرف قبل المستفيد
920	.....	مادة (762) براءة ذمة المصرف
920	.....	مادة (763) حلول المصرف

921	.....	مادة (764) انطباق القواعد والأعراف الدولية
921	.....	<b>الباب التاسع : القرض المضمون برهن</b>
921	.....	مادة (765) التصرف في الأشياء المرهونة
921	.....	مادة (766) تأمين الأشياء المرهونة
921	.....	مادة (767) حقوق المصرف
921	.....	مادة (768) حق سحب قسم من المرهون
921	.....	مادة (769) نقص قيمة الأشياء المرهونة
922	.....	مادة (770) قيد الودائع ضماناً للرهن
922	.....	<b>الباب العاشر : الحساب الجاري</b>
922	.....	مادة (771) التعريف
922	.....	مادة (772) الحساب المكشوف
922	.....	مادة (773) الحساب بعملات
922	.....	مادة (774) الديون المستثناة من الحساب الجاري
923	.....	مادة (775) التصرف في الرصيد
923	.....	مادة (776) العمولة واسترداد المصاريف
923	.....	مادة (777) آثار الإدراج في الحساب
923	.....	مادة (778) الديون المضمونة
923	.....	مادة (779) فقدان الصفات الخاصة للدين
924	.....	مادة (780) إدراج ديون على الغير
924	.....	مادة (781) عدم تجزئة الحساب الجاري
924	.....	مادة (782) الحجز على الحساب الجاري
924	.....	مادة (783) قفل الحساب الجاري
924	.....	مادة (784) كشف الحساب الجاري
925	.....	مادة (785) تحديد مدة لقفل الحساب وتوقفه
925	.....	مادة (786) تقادم الفوائد القانونية على دين الرصيد
925	.....	مادة (787) تعديل الحساب
925	.....	مادة (788) القيد العكسي للأوراق التجارية
926	.....	مادة (789) التقادم
926	.....	مادة (790) سرية الحساب
926	.....	<b>الكتاب الخامس : السندات المالية</b>
926	.....	<b>الباب الأول : أحكام عامة</b>
926	.....	مادة (791) الحقوق الناشئة عن تقديم السند

- 926 ..... مادة (792) قيمة السند المعتمدة
- 926 ..... مادة (793) الدفع المخولة للمدين
- 927 ..... مادة (794) حيازة السند عن حسن نية
- 927 ..... مادة (795) نقل الحقوق المتعلقة بالسند
- 927 ..... مادة (796) السندات القائمة مقام البضائع
- 927 ..... مادة (797) وجوب ذكر القيود على السند
- 927 ..... مادة (798) حق الانتفاع بالسندات
- 928 ..... مادة (799) إبدال السندات من اسمية إلى سندات لحاملها وبالعكس
- 928 ..... مادة (800) جمع السندات وتجزئتها
- 928 ..... مادة (801) الأحكام التي تطبق
- 928 ..... مادة (802) الوثائق التي لا تطبق عليها أحكام هذا الكتاب
- 928 ..... **الباب الثاني : السندات المالية لحاملها**
- 928 ..... مادة (803) حق حائر السند للحامل
- 928 ..... مادة (804) السندات المتضمنة التزاما بدفع مبلغ
- 929 ..... مادة (805) استبدال السند غير الملائم
- 929 ..... مادة (806) السندات المفقودة أو المسروقة
- 929 ..... مادة (807) هلاك السند
- 929 ..... **الباب الثالث : السندات المالية لأمر**
- 929 ..... مادة (808) شرعية حيازة السند لأمر
- 930 ..... مادة (809) صحة التدوير
- 930 ..... مادة (810) عدم جواز تقييد التدوير
- 930 ..... مادة (811) آثار التدوير
- 930 ..... مادة (812) المدور غير ملزم بالوفاء
- 930 ..... مادة (813) تدوير السند لمجرد قبضه
- 930 ..... مادة (814) التدوير على أساس الضمان
- 931 ..... مادة (815) اكتساب سند لأمر بدون تدوير
- 931 ..... مادة (816) الإجراءات لاعتبار السند في حكم المعلوم
- 931 ..... مادة (817) طريقة الاعتراض
- 932 ..... مادة (818) الإجراءات التحفظية
- 932 ..... مادة (819) انقضاء الأجل بدون تقديم اعتراض
- 932 ..... **الباب الرابع : السندات المالية الاسمية**
- 932 ..... مادة (820) حقوق المسمى عليه السند

932	.....	مادة (821) نقل السندات الاسمية
933	.....	مادة (822) نقل السندات الاسمية عن طريق التدوير
933	.....	مادة (823) إجراءات تقييد السند
933	.....	مادة (824) حق الانتفاع بالسند الاسمي
933	.....	مادة (825) إنشاء الرهن على السند الاسمي
934	.....	مادة (826) اعتبار السند الاسمي في حكم المعلوم
934	.....	الكتاب السادس : الأوراق التجارية
934	.....	الباب الأول : السفتجة (الكمبيالة)
934	.....	الفصل الأول : السفتجة وصيغتها
934	.....	مادة (827) تعريف
934	.....	مادة (828) البيانات الجوهرية للسفتجة
935	.....	مادة (829) خلو السفتجة من ذكر أحد البيانات الجوهرية
935	.....	مادة (830) السحب
935	.....	مادة (831) اشتراط الموطن
935	.....	مادة (832) اشتراط الفوائد
935	.....	مادة (833) قيمة السفتجة
936	.....	مادة (834) صحة التوقيع وأهلية الالتزام
936	.....	مادة (835) التوقيع
936	.....	مادة (836) التزام القاصر وناقص الأهلية
936	.....	مادة (837) الولي أو الوصي غير المصرح لهما بمزاولة التجارة
936	.....	مادة (838) التوقيع بدون إنابة وآثاره
937	.....	مادة (839) عدم افتراض الصلاحية للالتزام بمقتضى سفتجة
937	.....	مادة (840) مدى ضمان الساحب
937	.....	مادة (841) السفتجة الناقصة
937	.....	الفصل الثاني : تداول السفتجة
937	.....	مادة (842) تدوير السفتجة
938	.....	مادة (843) شروط التدوير
938	.....	مادة (844) صحة التدوير
938	.....	مادة (845) الحقوق الناشئة عن تدوير السفتجة
938	.....	مادة (846) ضمان المدور
939	.....	مادة (847) حامل السفتجة الشرعي
939	.....	مادة (848) عدم جواز الدفع المبينة على العلاقات الشخصية

939	.....	مادة (849) التدوير التوكيلي
939	.....	مادة (850) التدوير على سبيل الضمان
940	.....	مادة (851) التدوير من حيث الزمن
940	.....	مادة (852) تقديم السفتجة للقبول
940	.....	مادة (853) قيود تقديم السفتجة للقبول
941	.....	مادة (854) تقديم السفاتح المستحقة الأداء بعد مدة معينة من الاطلاع
941	.....	مادة (855) جواز إعادة التقديم للقبول
941	.....	مادة (856) طرق القبول وإثبات تاريخه
941	.....	مادة (857) عدم تعليق القبول على شرط
942	.....	مادة (858) تعيين جهة القبول
942	.....	مادة (859) الالتزامات الناشئة عن القبول وحق الحامل في الدعوى المباشرة
942	.....	مادة (860) شطب القبول
942	.....	<b>الفصل الثالث : الضمان الاحتياطي</b>
942	.....	مادة (861) مدى الضمان الاحتياطي ومن يجوز له تقديمه
943	.....	مادة (862) طرق إثبات الضمان الاحتياطي
943	.....	مادة (863) التزامات الضامن الاحتياطي وحقوقه
943	.....	<b>الفصل الرابع : حلول الأجل</b>
943	.....	مادة (864) تعيين الأجل
943	.....	مادة (865) حلول أجل السفتجة المستحقة لدى الاطلاع
944	.....	مادة (866) بدء سريان مدة حلول الأجل
944	.....	مادة (867) السفتجة المعينة بالأشهر وأنصاف الأشهر والأيام
944	.....	مادة (868) تنازع التواريخ
945	.....	مادة (869) أجل التقديم للدفع
945	.....	مادة (870) مكان الدفع
945	.....	مادة (871) المطالبة بتسليم السفتجة والوفاء الجزئي
945	.....	مادة (872) صحة الوفاء
946	.....	مادة (873) وفاء السفتجة بنقد يخالف النقد الليبي
946	.....	مادة (874) عدم تقديم السفتجة للدفع
946	.....	<b>الفصل الخامس : المطالبة والرجوع لعدم القبول أو لعدم الدفع</b>
946	.....	مادة (875) طرق الرجوع
947	.....	مادة (876) شروط الاحتجاج والحالات التي لا حاجة فيها لرفعه
948	.....	مادة (877) طرق الإشعار بعدم القبول أو الدفع



- 948 ..... مادة (878) اشتراط عدم رفع الاحتجاج
- 949 ..... مادة (879) مسؤولية الملتزمين بمقتضى السفتجة
- 949 ..... مادة (880) الحقوق الناشئة عن الرجوع
- 949 ..... مادة (881) مطالبة الضامنين
- 949 ..... مادة (882) الحقوق الناشئة عن دفع السفتجة
- 950 ..... مادة (883) حالة الرجوع لقسم قيمة السفتجة غير المقبول
- 950 ..... مادة (884) سفتجة الرجوع
- 950 ..... مادة (885) سقوط الحق بمضي المدة
- ..... مادة (886) الموانع المشروعة التي تحول دون تقديم السفتجة أو رفع الاحتجاج في
- 951 ..... الأجال المقررة
- 951 ..... مادة (887) الملتزمون بنفس المرتبة
- 952 ..... مادة (888) القوة التنفيذية للسفتجة
- 952 ..... مادة (889) الاعتراض على الإنذار
- 952 ..... مادة (890) أوجه الدفع في دعاوي السفتجة
- 953 ..... مادة (891) الدعوى المتعلقة بأسباب إنشاء السفتجة
- 953 ..... مادة (892) دعوى الإثراء بدون سبب
- 953 ..... مادة (893) الأشخاص المخول لهم رفع الاحتجاج الرسمي
- 953 ..... مادة (894) كيفية رفع الاحتجاج وصيغته
- 954 ..... مادة (895) عدم قابلية الاستعاضة عن الاحتجاج
- 954 ..... مادة (896) جهات الاحتجاج وعلى من يرفع
- 954 ..... مادة (897) محتويات الاحتجاج الجوهرية
- 954 ..... مادة (898) واجبات المأمور المكلف برفع الاحتجاجات
- 955 ..... مادة (899) حالة عدم لزوم إقامة الاحتجاج
- 955 ..... مادة (900) تعدد السفاتج الرجوع
- 955 ..... الفصل السادس : التدخل - تعدد النسخ والصور - التحريف - اعتبار السفتجة في حكم العدم - التقادم
- 955 ..... مادة (901) تعيين المتدخل
- 956 ..... مادة (902) الشروط المقررة لصحة التدخل
- 956 ..... مادة (903) طرق القبول وأركان صحته
- 956 ..... مادة (904) التزامات القابل بالتدخل
- 957 ..... مادة (905) طرق دفع السفتجة بالتدخل والاحتجاج لعدم الدفع
- 957 ..... مادة (906) موطن المتدخلين وبراءة ذمة الملتزمين بالتدخل في حالة عدم رفع الاحتجاج
- 957 ..... مادة (907) رفض الحامل قبول الدفع عن طريق التدخل
- 957 ..... مادة (908) إثبات الدفع عن طريق التدخل

958	..... مادة (909) الحقوق والالتزامات الناشئة عن الدفع بطريق التدخل
958	..... مادة (910) تعدد النسخ
958	..... مادة (911) آثار دفع نسخ السفتجة
958	..... مادة (912) البيانات الواجب ذكرها على النسخ
959	..... مادة (913) تحرير الصور وشروطه وآثاره
959	..... مادة (914) تداول الصور
959	..... مادة (915) آثار التحريف وتاريخه
960	..... مادة (916) إجراءات اعتبار السفتجة في حكم المدومة وآثاره
960	..... مادة (917) طرق الاعتراض
960	..... مادة (918) نفاذ الحكم وطرق استيفاء السفتجة الضائعة
961	..... مادة (919) زوال نفاذ السفتجة المفقودة
961	..... مادة (920) مدد التقادم
961	..... مادة (921) بدء سريان التقادم
961	..... مادة (922) آثار الانقطاع
961	..... مادة (923) العطلات الرسمية
962	..... مادة (924) بدء المواعيد
962	..... مادة (925) مهل المجاملة
962	..... مادة (926) تفسير
962	..... <b>الباب الثاني : السند الإذني</b>
962	..... <b>الفصل الأول : أحكامه</b>
962	..... مادة (927) تعريف
962	..... مادة (928) بيانات السند الأساسية
963	..... مادة (929) السند الخالي من بعض البيانات
963	..... مادة (930) سريان بعض أحكام السفتجة على السند الإذني
963	..... مادة (931) التزامات محرر السند وتأريخ الاطلاع
964	..... <b>الفصل الثاني : أحكام مشتركة بين السفتجة والسند الإذني</b>
964	..... مادة (932) قوة السفتجة والسند الإذني كسند تنفيذي
964	..... مادة (933) الفوائد المستحقة على السند ودمغها
964	..... <b>الباب الثالث : الصكوك</b>
964	..... <b>الفصل الأول : في إصدار الصك وشكله</b>
964	..... مادة (934) بيانات الصك المصري الجوهري
964	..... مادة (935) آثار عدم ذكر بعض البيانات

- 965 ..... مادة (936) عدم جواز سحب الصك على غير المصارف
- 965 ..... مادة (937) لا قبول في الصك
- 965 ..... مادة (938) بيان الشخص المعين لاستيفاء الصك
- 965 ..... مادة (939) بيان المستفيد وقيود السحب
- 966 ..... مادة (940) حظر الفوائد
- 966 ..... مادة (941) مكان الدفع
- 966 ..... مادة (942) انطباق بعض أحكام السفتجة على الصك
- 966 ..... مادة (943) صلاحية الوكيل العام
- 966 ..... مادة (944) ضمان الدفع
- 966 ..... **الفصل الثاني : تداول الصك**
- 966 ..... مادة (945) تداول الصك
- 967 ..... مادة (946) قيود التدوير
- 967 ..... مادة (947) انطباق أحكام السفتجة
- 967 ..... مادة (948) الضمان الاحتياطي
- 967 ..... **الفصل الثالث : تقديم الصك ودفعه**
- 967 ..... مادة (949) الصك مستحق الأداء لدى الاطلاع
- 967 ..... مادة (950) مواعيد تقديم الصك للدفع
- 968 ..... مادة (951) اختلاف التواريخ
- 968 ..... مادة (952) دفع الصك بعد الميعاد
- 968 ..... مادة (953) وفاة الساحب أو إفلاسه أو فقده الأهلية القانونية
- 968 ..... مادة (954) آثار الدفع والدفع الجزئي
- 969 ..... مادة (955) تقديم صكوك متعددة في آن واحد
- 969 ..... مادة (956) تسلسل التدويرات
- 969 ..... مادة (957) الصك المسحوب بعملة أجنبية أو غير متداولة في الجماهيرية
- 969 ..... مادة (958) المسؤولية عن دفع الصكوك المزورة
- 970 ..... مادة (959) انطباق بعض أحكام السفتجة على الصك
- 970 ..... **الفصل الرابع : الصك المسطر والصك المقيّد في الحساب**
- 970 ..... مادة (960) التسطير تعريفه وأحكامه
- 970 ..... مادة (961) طرق دفع الصك المسطر
- 971 ..... مادة (962) اشتراط قيد قيمة الصك في الحساب
- 971 ..... مادة (963) الصك المحظور تداوله
- 971 ..... مادة (964) تطبيق أحكام هذا الفصل

972	.....	الفصل الخامس : الرجوع بسبب عدم الدفع
972	.....	مادة (965) إثبات عدم الدفع
972	.....	مادة (966) أجل إثبات عدم الدفع
972	.....	مادة (967) أحكام السفتجة التي تطبق على الصك
972	.....	مادة (968) الحقوق المخولة لمن دفع الصك
973	.....	مادة (969) تطبيق أحكام السفتجة
973	.....	الفصل السادس : تعدد النسخ
973	.....	مادة (970) إصدار النسخ وشروطه
973	.....	مادة (971) أحكام السفتجة السارية على الصك
973	.....	مادة (972) تطبيق بعض أحكام السفتجة على الصك
973	.....	مادة (973) تفسير
974	.....	مادة (974) أحكام عامة
974	.....	مادة (975) امتناع المصرف
974	.....	الفصل السابع : الصك الدوري
974	.....	مادة (976) شروط الإصدار
974	.....	مادة (977) بيانات الصك الدوري
975	.....	مادة (978) مدة التقادم
975	.....	مادة (979) التوكيل في إصدار الصكوك الدورية
975	.....	مادة (980) مدى تطبيق أحكام الصك المصرفي وأحكام السفتجة
975	.....	الفصل الثامن : صكوك السياحة
975	.....	مادة (981) تعريف
975	.....	مادة (982) شروط دفع الصك
975	.....	مادة (983) الأحكام الواجبة التطبيق
976	.....	الكتاب السابع : الإفلاس والصلح الوافي منه
976	.....	الباب الأول: الصلح الوافي من الإفلاس
976	.....	الفصل الأول : قبول الصلح
976	.....	مادة (984) جواز الصلح
976	.....	مادة (985) شروط قبول الصلح
977	.....	مادة (986) عريضة الصلح
977	.....	مادة (987) موانع قبول العريضة
977	.....	مادة (988) إجراءات الصلح الوافي
978	.....	مادة (989) الأوامر والقرارات التي يصدرها القاضي المنتدب

978	.....	مادة (990) المراقب القضائي
978	.....	مادة (991) شهر القرار
978	.....	<b>الفصل الثاني : آثار قبول الصلح الواقي</b>
978	.....	مادة (992) إدارة الأموال أثناء الإجراء
979	.....	مادة (993) آثار تقديم العريضة
979	.....	مادة (994) القواعد التي تطبق
979	.....	<b>الفصل الثالث : الإجراءات المباشرة</b>
979	.....	مادة (995) التأشير في الدفاتر التجارية
979	.....	مادة (996) دعوة الدائنين إلى الاجتماع
980	.....	مادة (997) أعمال المراقب وتقريره
980	.....	مادة (998) شهر الإفلاس أثناء إجراء الصلح
980	.....	<b>الفصل الرابع : قرارات الصلح</b>
980	.....	مادة (999) اجتماع الدائنين
981	.....	مادة (1000) البث في اقتراح الصلح
981	.....	مادة (1001) قبول الديون المعترض عليها مؤقتاً
981	.....	مادة (1002) الأغلبية المطلوبة للموافقة على الصلح
981	.....	مادة (1003) الموافقة على طلب الصلح
982	.....	<b>الفصل الخامس : التصديق على الصلح</b>
982	.....	مادة (1004) عدم الموافقة على الصلح
982	.....	مادة (1005) التصديق على الصلح بعد الموافقة
982	.....	مادة (1006) حكم التصديق على الصلح
983	.....	مادة (1007) الصلح على أساس حوالة الأموال
983	.....	مادة (1008) استئناف حكم التصديق على الصلح أو رفضه
984	.....	مادة (1009) آثار الصلح بالنسبة للدائنين
984	.....	<b>الفصل السادس : في تنفيذ الصلح وفسخه وإبطاله</b>
984	.....	مادة (1010) تنفيذ الصلح
984	.....	مادة (1011) فسخ الصلح وإبطاله
984	.....	<b>الباب الثاني : الإفلاس</b>
984	.....	<b>الفصل الأول: افتتاح التفليسة</b>
984	.....	مادة (1012) شهر الإفلاس
985	.....	مادة (1013) طلب شهر الإفلاس
985	.....	مادة (1014) حالة التوقف عن الدفع الناتجة عن عمل جنائي

- 985 ..... مادة (1015) حالة العجز عن الوفاء في القضايا المدنية
- 985 ..... مادة (1016) في الصلاحية
- 985 ..... مادة (1017) تفليس التاجر الذي توقف عن نشاطه أو توفي
- 985 ..... مادة (1018) موت المفلس
- 986 ..... مادة (1019) واجبات التاجر الذي يطلب تفليسه بنفسه
- 986 ..... مادة (1020) سماع أقوال التاجر
- 986 ..... مادة (1021) حكم شهر الإفلاس
- 987 ..... مادة (1022) تبليغ حكم شهر الإفلاس ونشره
- 987 ..... مادة (1023) الاعتراض على شهر الإفلاس
- 987 ..... مادة (1024) الحكم في دعوى الاعتراض وآثاره
- 987 ..... مادة (1025) موت المفلس خلال دعوى الاعتراض
- 988 ..... مادة (1026) إلغاء حكم شهر الإفلاس
- 988 ..... مادة (1027) آثار رفض طلب شهر الإفلاس
- 988 ..... الفصل الثاني : هيئات التفليسة
- 988 ..... الفرع الأول : محكمة التفليس
- 988 ..... مادة (1028) سلطات محكمة التفليس
- 989 ..... مادة (1029) اختصاص محكمة التفليس
- 989 ..... الفرع الثاني : القاضي المنتدب
- 989 ..... مادة (1030) سلطة القاضي المنتدب
- 989 ..... مادة (1031) الاعتراض على أمر القاضي المنتدب
- 990 ..... الفرع الثالث : مأمور التفليسة
- 990 ..... مادة (1032) قائمة المديرين القضائيين
- 990 ..... مادة (1033) المؤهلات المطلوبة في تعيين المأمور
- 990 ..... مادة (1034) قبول المأمور للمهمة
- 990 ..... مادة (1035) صفة الموظف العمومي
- 990 ..... مادة (1036) سلطات المأمور
- 991 ..... مادة (1037) صلاحية المأمور غير قابلة للانتقال
- 991 ..... مادة (1038) التقرير الذي يرفع إلى القاضي
- 991 ..... مادة (1039) إيداع المبالغ التي تؤول إلى التفليسة
- 992 ..... مادة (1040) سلطات المأمور الإضافية
- 992 ..... مادة (1041) التظلم من أعمال المأمور
- 992 ..... مادة (1042) عزل المأمور

992	.....	مادة (1043) مسؤوليات المأمور
993	.....	مادة (1044) مكافآت المأمور
993	.....	الفرع الرابع : هيئة الدائنين
993	.....	مادة (1045) تعيين الهيئة
993	.....	مادة (1046) مهام الهيئة
994	.....	الفصل الثالث: آثار التفليسة
994	.....	الفرع الأول : آثار التفليسة بالنسبة للمفلس
994	.....	مادة (1047) أموال المفلس
994	.....	مادة (1048) مباشرة دعاوي المفلس
994	.....	مادة (1049) أعمال المفلس بعد شهر الإفلاس
994	.....	مادة (1050) الإجراءات التي تتم بعد شهر الإفلاس
994	.....	مادة (1051) الأموال التي لا تشملها التفليسة
995	.....	مادة (1052) نفقة المفلس وعائلته
995	.....	مادة (1053) مراسلات المفلس
995	.....	مادة (1054) فرض الإقامة على المفلس
996	.....	مادة (1055) سجل المفلسين العام
996	.....	الفرع الثاني : آثار التفليسة بالنسبة للدائنين
996	.....	مادة (1056) حظر الأعمال التنفيذية الفردية
996	.....	مادة (1057) اتحاد الدائنين
996	.....	مادة (1058) الدائنون الحائزون على رهن أو امتياز على المنقولات
997	.....	مادة (1059) حقوق الدائنين الحائزين على امتياز في توزيع الموجودات
997	.....	مادة (1060) آثار التفليسة على الديون النقدية
997	.....	مادة (1061) المقاصة في مرحلة التفليس
998	.....	مادة (1062) الديون الخالية من الفوائد
998	.....	مادة (1063) سندات القرض
998	.....	مادة (1064) الحقوق غير النقدية
998	.....	مادة (1065) الدخل الدائم والمرتب مدى الحياة
998	.....	مادة (1066) إفلاس أحد المدينين المتضامنين
999	.....	مادة (1067) الدائن لعدة مدينين متضامنين الذي يستوفي حقه جزئياً
999	.....	مادة (1068) مدين المفلس أو كفيله الحائزان لحق ضمان
999	.....	الفرع الثالث : آثار التفليسة على الأعمال الصارة بالدائنين
999	.....	مادة (1069) التصرفات بدون مقابل

999	..... مادة (1070) التسديدات
1000	..... مادة (1071) إجراءات الفسخ الاعتيادية
1000	..... مادة (1072) الأعمال بالمقابل والدفع والضمانات
1000	..... مادة (1073) دفع سفتجة بعد حلول أجلها
1001	..... مادة (1074) المعاملات بين الزوجين
1001	..... مادة (1075) حقوق زوجة المفلس
1001	..... مادة (1076) قرينة قانونية لاكتساب أموال الزوجة
1001	..... مادة (1077) وفاء الزوجة لديون زوجها المفلس
1001	..... مادة (1078) ضمان حقوق الزوجة
1002	..... مادة (1079) قيود
1002	..... مادة (1080) آثار الفسخ
1002	..... الفرع الرابع : آثار التفليسة على العلاقات القانونية السابقة
1002	..... مادة (1081) البيع الذي لم يتمه كلا المتعاقدين
1003	..... مادة (1082) البيع بالأجل أو بالتقسيت
1003	..... مادة (1083) عقود التوريد
1003	..... مادة (1084) إرجاع الأشياء التي لم يدفع ثمنها
1003	..... مادة (1085) العقود الآجلة في سوق الأوراق المالية أو سوق السلع
1004	..... مادة (1086) المحاصّة
1004	..... مادة (1087) الحساب الجاري والتوكيل بالعمولة
1004	..... مادة (1088) حيازة المفلس لأشياء حيازة غير كاملة
1004	..... مادة (1089) عقد إيجار العقارات
1005	..... مادة (1090) عقد المقاوله
1005	..... مادة (1091) عقد التأمين
1005	..... مادة (1092) عقد النشر
1005	..... الفصل الرابع: حفظ مقومات التفليسة وإدارتها
1005	..... مادة (1093) وضع الأختام
1006	..... مادة (1094) وضع القاضي الجزئي للأختام
1006	..... مادة (1095) الأشياء التي لا تشملها الأختام
1006	..... مادة (1096) فك الأختام والجرد
1007	..... مادة (1097) استلام أموال المفلس
1007	..... مادة (1098) قائمة الدائنين وأصحاب الحقوق العينية على المنقولات والميزانية
1007	..... مادة (1099) الإدارة المؤقتة
1008	..... مادة (1100) المصاريف التي تقدمها الخزينة



1008	..... الفصل الخامس: إثبات الديون والحقوق العينية للغير على المنقولات
1008	..... مادة (1101) إعلان الدائنين لغرض التحقيق
1008	..... مادة (1102) طلب الإدراج في قائمة الدائنين
1009	..... مادة (1103) أثر الطلب
1009	..... مادة (1104) بيان الديون المطلوبة
1009	..... مادة (1105) التثبت من صحة قائمة الديون
1010	..... مادة (1106) قوة تنفيذ قائمة الديون
1010	..... مادة (1107) اعتراض الدائنين المحرومين أو المدرجين بتحفظ
1011	..... مادة (1108) إجراءات الاعتراض والحكم
1011	..... مادة (1109) الاعتراض على الديون التي قُبلت في القائمة
1011	..... مادة (1110) التأخير في الإعلان عن الديون
1012	..... مادة (1111) طلب إلغاء ديون مُدرجة في القائمة
1012	..... مادة (1112) عرائض استرداد المنقولات واسترجاعها وفصل بعضها عن بعض ...
1013	..... الفصل السادس : تصفية الموجودات
1013	..... الفرع الأول : أحكام عامة
1013	..... مادة (1113) الشروع في التصفية
1013	..... مادة (1114) الأحكام الواجب تطبيقها
1013	..... الفرع الثاني : بيع المنقولات
1013	..... مادة (1115) طرق بيع الأموال المنقولة
1013	..... الفرع الثالث : بيع العقار
1013	..... مادة (1116) الدعوى القائمة لنزع الملكية
1014	..... مادة (1117) طرق بيع العقار
1014	..... مادة (1118) الإجراءات الخاصة بتوزيع المبلغ المتحصل عليه
1015	..... الفصل السابع: في توزيع الموجودات
1015	..... مادة (1119) الشروع في التوزيع
1015	..... مادة (1120) ترتيب توزيع المبالغ
1015	..... مادة (1121) اشتراك الدائنين الذين أدخلوا مؤخرًا
1016	..... مادة (1122) التوزيعات الجزئية
1016	..... مادة (1123) رد المبالغ المقبوضة
1016	..... مادة (1124) الدفع إلى الدائنين
1016	..... مادة (1125) البيانات الحسائية التي يقدمها المأمور عن إدارته
1017	..... مادة (1126) التوزيع النهائي

1017	.....	الفصل الثامن : في قفل التفليسة
1017	.....	الفرع الأول : قفل التفليسة
1017	.....	مادة (1127) الحالات التي تُقفل فيها التفليسة
1017	.....	مادة (1128) قرار قفل التفليسة
1018	.....	مادة (1129) آثار القفل
1018	.....	مادة (1130) الأحوال التي يجوز فيها فتح التفليسة من جديد
1018	.....	مادة (1131) اتحاد الدائنين القدامى والجُدد
1019	.....	مادة (1132) بدء سريان المواعيد
1019	.....	الفرع الثاني : الصُّلح
1019	.....	مادة (1133) من يقترح الصُّلح
1019	.....	مادة (1134) فحص الاقتراح وتبليغه للدائنين
1020	.....	مادة (1135) الصُّلح في حالة تعدد الدائنين
1020	.....	مادة (1136) التصويت على الصُّلح
1020	.....	مادة (1137) الموافقة على الصُّلح
1021	.....	مادة (1138) جلسة التصديق
1021	.....	مادة (1139) التصديق على الصُّلح ورفضه
1022	.....	مادة (1140) الاستئناف عن الحكم
1022	.....	مادة (1141) تدخل النيابة
1022	.....	مادة (1142) مصاريف التصديق
1022	.....	مادة (1143) بيان المأمور الحسابي
1022	.....	مادة (1144) آثار الصُّلح
1023	.....	مادة (1145) تنفيذ الصُّلح
1023	.....	مادة (1146) فسخ الصُّلح
1023	.....	مادة (1147) إبطال الصُّلح
1024	.....	مادة (1148) إجراءات افتتاح التفليسة من جديد
1024	.....	مادة (1149) آثار الافتتاح
1024	.....	مادة (1150) اقتراح الصُّلح الجديد
1024	.....	الفصل التاسع : رد الاعتبار المدني
1024	.....	مادة (1151) آثار رد الاعتبار
1025	.....	مادة (1152) شروط رد الاعتبار
1025	.....	مادة (1153) إجراءات رد الاعتبار
1025	.....	مادة (1154) العقوبات الجنائية التي تحول دون رد الاعتبار

1026	.....	<b>الفصل العاشر: تفليس الشركات</b>
1026	.....	مادة (1155) القائمون بالإدارة والمديرون العامون والمراقبون والمصفون
1026	.....	مادة (1156) الشركات التي لا حد لمسؤولية شركائها
1026	.....	مادة (1157) تفليس الشركات وتفليس الشركاء
1027	.....	مادة (1158) تفليس الشركاء
1027	.....	مادة (1159) تسديد الأسهم والحصص
1027	.....	مادة (1160) الشركات التعاونية
1028	.....	مادة (1161) اقتراح الصلح
1028	.....	مادة (1162) أثر الصلح بالنسبة للشركة
1028	.....	مادة (1163) الصلح الخاص بالشريك
1029	.....	<b>الفصل الحادي عشر: الإجراء المختصر</b>
1029	.....	مادة (1164) الشروط والقواعد التي تُطبق
1029	.....	مادة (1165) الهيئات والإجراءات التحفظية
1029	.....	مادة (1166) التحقق من الديون
1030	.....	مادة (1167) عرائض استرداد المنقولات واسترجاعها وفصل بعضها عن بعض
1030	.....	مادة (1168) الصلح
1030	.....	<b>الفصل الثاني عشر: العقوبات</b>
1030	.....	<b>الفرع الأول : الجرائم التي يقترفها المفلس</b>
1030	.....	مادة (1169) التفالس بالتدليس
1031	.....	مادة (1170) الإفلاس التقصيري
1031	.....	مادة (1171) ظروف تشديد العقوبة وتخفيفها
1031	.....	مادة (1172) حالة استثنائية
1032	.....	مادة (1173) تخفيض العقوبة بالنسبة للتفليس المختصر
1032	.....	مادة (1174) تفليس شركات الأشخاص
1032	.....	<b>الفرع الثاني : الجرائم التي يقترفها غير المفلس</b>
1032	.....	مادة (1175) جرائم التدليس
1032	.....	مادة (1176) مساءلة المديرين
1033	.....	مادة (1177) الجرائم التي يرتكبها مديرو الشركة ومصفوها
1033	.....	مادة (1178) الجرائم التي يرتكبها المعتمد التجاري
1033	.....	مادة (1179) الجرائم التي يرتكبها المأمور
1033	.....	مادة (1180) تسلم المكافأة غير المستحقة
1033	.....	مادة (1181) امتناع المأمور عن تسليم الأموال أو إيداعها

1034	.....	مادة (1182) تطبيق العقوبة على مساعدي المأمور
1034	.....	مادة (1183) الإدراج في قائمة الدائنين بالتدليس
1034	.....	مادة (1184) التلاعب بالأصوات
1034	.....	مادة (1185) مزاولة نشاط تجاري مدة قيام الحظر
1035	.....	<b>الفرع الثالث : الأحكام التي تُطبق في الصلح الوافي</b>
1035	.....	مادة (1186) الجرائم التي تُرتكب في الصلح الوافي
1035	.....	<b>الفرع الرابع : الأحكام الخاصة بالإجراءات</b>
1035	.....	مادة (1187) إقامة الدعوى
1035	.....	مادة (1188) الإدعاء بحق التعويض
1035	.....	مادة (1189) للدائنين حق التعويض
1036	.....	مادة (1190) آثار رد الاعتبار
1036	.....	<b>الكتاب الثامن : الأحكام الخاصة بالتصدير والاستيراد</b>
1036	.....	مادة (1191) القواعد المنظمة للتصدير والاستيراد
1036	.....	مادة (1192) التصدير
1036	.....	مادة (1193) إعادة التصدير
1036	.....	مادة (1194) الاستيراد
1037	.....	مادة (1195) مواصفات السلع والبضائع
1037	.....	مادة (1196) توريدات الوحدات الإنتاجية والخدمية
1037	.....	مادة (1197) توريدات فروع الشركات الأجنبية
1037	.....	مادة (1198) حظر نشاط التصدير والاستيراد على الأجهزة والوحدات الإدارية العامة
1037	.....	مادة (1199) سجل المصدرين والمستوردين
1038	.....	مادة (1200) اللائحة التنفيذية المنظمة للتصدير والاستيراد
1038	.....	مادة (1201) طرق الدفع
1038	.....	مادة (1202) مأمور الضبط القضائي
1038	.....	مادة (1203) العقوبات
1039	.....	<b>الكتاب التاسع : الموازين والمكاييل والمقاييس</b>
1039	.....	<b>الباب الأول : وحدات القياس القانونية</b>
1039	.....	مادة (1204) نظام الوحدات
1039	.....	مادة (1205) المعايير الوطنية
1039	.....	مادة (1206) استخدام وحدات القياس
1040	.....	مادة (1207) أدوات وأجهزة القياس
1040	.....	<b>الباب الثاني : الرقابة على القياس</b>

1040	.....	مادة (1208) الإيفاء بالشروط
1040	.....	مادة (1209) الرقابة الإلزامية
1040	.....	مادة (1210) تصنيف الرقابة الإلزامية
1041	.....	مادة (1211) تطبيق طرق الرقابة
1041	.....	مادة (1212) الختم أو الوسم
1041	.....	مادة (1213) الرقابة على القياسات
1041	.....	مادة (1214) تطبيق المواصفات
1041	.....	مادة (1215) الرقابة على كميات المنتجات والمواد المعبأة
1042	.....	مادة (1216) صناعة وبيع وإصلاح أدوات وأجهزة القياس
1042	.....	<b>الباب الثالث : توزيع الاختصاصات</b>
1042	.....	مادة (1217) الجهة المنفذة لأحكام هذا الكتاب
1042	.....	مادة (1218) الجهة المختصة بالمواصفات والمعايير القياسية
1043	.....	<b>الباب الرابع : العقوبات</b>
1043	.....	مادة (1219) عدم وجود أختام قانونية
1043	.....	مادة (1220) التلاعب في الأجهزة التي تمت معايرتها
1043	.....	مادة (1221) العود
1043	.....	مادة (1222) التصرف في أجهزة غير معيرة
1044	.....	مادة (1223) إعاقه مهام مأموري الضبط القضائي
1044	.....	<b>الباب الخامس : أحكام ختامية</b>
1044	.....	مادة (1224) صفة مأموري الضبط القضائي
1044	.....	مادة (1225) رسوم المعايرة
1044	.....	مادة (1226) التنسيق في شؤون المواصفات والمعايير القياسية
1044	.....	مادة (1227) اللائحة التنفيذية
1045	.....	<b>الكتاب العاشر : العلامات والبيانات التجارية</b>
1045	.....	<b>الباب الأول : العلامات التجارية</b>
1045	.....	<b>الفصل الأول : أحكام عامة</b>
1045	.....	مادة (1228) تعريف
1045	.....	مادة (1229) الواقعة المنشأة لحق الملكية
1045	.....	مادة (1230) مكتب العلامات التجارية
1045	.....	مادة (1231) الحق في تسجيل العلامة
1046	.....	مادة (1232) موانع التسجيل
1046	.....	مادة (1233) المعالم التاريخية

1047	.....	مادة (1234) العلامة المشهورة
1047	.....	مادة (1235) حماية العلامة المشهورة
1047	.....	مادة (1236) رفض التسجيل
1047	.....	مادة (1237) العلامة الجماعية
1048	.....	مادة (1238) علامة الجودة
1048	.....	مادة (1239) العلامات المترابطة
1048	.....	<b>الفصل الثاني : إجراءات التسجيل والإشهار والشطب</b>
1048	.....	مادة (1240) طلب التسجيل
1048	.....	مادة (1241) مدى التسجيل
1049	.....	مادة (1242) نطاق العلامة
1049	.....	مادة (1243) أولوية القيد
1049	.....	مادة (1244) تعدد طلبات القيد
1049	.....	مادة (1245) اشتراطات إضافية
1050	.....	مادة (1246) التظلم من القرار
1050	.....	مادة (1247) إشهار العلامة
1050	.....	مادة (1248) تسجيل العلامة
1051	.....	مادة (1249) شهادة تسجيل العلامة
1051	.....	مادة (1250) تعديلات العلامة
1051	.....	مادة (1251) الاطلاع على العلامات
1051	.....	<b>الفصل الثالث : التصرف في العلامة</b>
1051	.....	مادة (1252) التصرف في العلامة استقلالاً
1052	.....	مادة (1253) مدى التصرف
1052	.....	مادة (1254) الانتقال الجزئي
1052	.....	مادة (1255) مقابل انتقال العلامة
1052	.....	مادة (1256) حجية التصرف
1052	.....	مادة (1257) مدة الحماية
1053	.....	مادة (1258) شطب العلامة
1053	.....	مادة (1259) إعادة التسجيل
1053	.....	مادة (1260) التسجيل بسوء نية
1053	.....	مادة (1261) إشهار الشطب والتجديد
1053	.....	مادة (1262) تصحيحات التسجيل
1054	.....	<b>الفصل الرابع : العقوبات</b>

1054	..... مادة (1263) تزوير العلامة
1054	..... مادة (1264) تقليد العلامة ..
1054	..... مادة (1265) الإجراءات التحفظية
1055	..... مادة (1266) نذب خبير
1055	..... مادة (1267) تعويض المحجوز عليه
1055	..... مادة (1268) الحكم بالمصادرة أو الإتلاف
1055	..... <b>الفصل الخامس : أحكام ختامية</b>
1055	..... مادة (1269) صفة مأموري الضبط القضائي
1056	..... مادة (1270) اللائحة التنفيذية المنظمة للعلامات التجارية
1056	..... مادة (1271) الحماية الوقتية
1056	..... <b>الباب الثاني : البيانات التجارية</b>
1056	..... <b>الفصل الأول : أحكام البيان التجاري</b>
1056	..... مادة (1272) عناصر البيان التجاري
1057	..... مادة (1273) مطابقة البيانات
1057	..... مادة (1274) منع تضليل الجمهور
1057	..... مادة (1275) حالات وجود أكثر من مصنع لصانع واحد
1058	..... مادة (1276) استخدام الأسماء الجغرافية
1058	..... مادة (1277) استخدام المميزات
1058	..... <b>الفصل الثاني : قيمة المنتجات</b>
1058	..... مادة (1278) العوامل التي لها دخل في تقدير قيمة المنتجات
1058	..... مادة (1279) المنتجات التي لها علاقة بالصحة والبيئة
1059	..... مادة (1280) العقوبات
1059	..... مادة (1281) مأمورو الضبط القضائي
1059	..... <b>الكتاب الحادي عشر : المنافسة وحماية المستهلك</b>
1059	..... <b>الباب الأول : المنافسة</b>
1059	..... <b>الفصل الأول : أحكام عامة</b>
1059	..... مادة (1282) الأهداف
1059	..... مادة (1283) نطاق التطبيق
1060	..... مادة (1284) تحديد الأسعار
1060	..... <b>الفصل الثاني : المنافسة غير المشروعة</b>
1060	..... مادة (1285) الأعمال والممارسات المخلة بالمنافسة
1061	..... مادة (1286) المنافسة غير المشروعة في مجال الملكية الفكرية

1061	.....	مادة (1287) السيطرة والهيمنة على السوق
1061	.....	مادة (1288) حظر مظاهر السيطرة
1062	.....	مادة (1289) التكتلات الاقتصادية
1062	.....	مادة (1290) عمليات التركيز التجاري
1063	.....	مادة (1291) البيع بأقل من سعر التكلفة
1063	.....	<b>الفصل الثالث : مجلس المنافسة</b>
1063	.....	مادة (1292) إنشاء المجلس
1063	.....	مادة (1293) تكوين المجلس
1064	.....	مادة (1294) اختصاصات المجلس
1064	.....	مادة (1295) وجوب الاستشارة
1065	.....	مادة (1296) تنفيذ قرارات المجلس
1065	.....	مادة (1297) الحصانة
1065	.....	مادة (1298) حالات العزل
1065	.....	مادة (1299) الجهات التي يجوز لها رفع شكوى إلى المجلس
1066	.....	مادة (1300) النظام الداخلي للمجلس
1066	.....	<b>الفصل الرابع : العقوبات</b>
1066	.....	مادة (1301) العقوبات المترتبة على الأعمال والممارسات المخلة بالمنافسة
1066	.....	مادة (1302) العقوبات المترتبة على حظر السيطرة
1066	.....	مادة (1303) العقوبات المترتبة على التكتلات الاقتصادية
1067	.....	مادة (1304) وقف أو سحب التراخيص
1067	.....	<b>الفصل الخامس : أحكام ختامية</b>
1067	.....	مادة (1305) صفة مأموري الضبط القضائي
1067	.....	مادة (1306) سرية المستندات
1067	.....	مادة (1307) اللائحة التنفيذية
1067	.....	<b>الباب الثاني : حماية المستهلك</b>
1067	.....	<b>الفصل الأول : أحكام عامة</b>
1067	.....	مادة (1308) الأهداف
1068	.....	مادة (1309) حقوق المستهلك
1068	.....	<b>الفصل الثاني : سلامة المنتج</b>
1068	.....	مادة (1310) الالتزام بالمواصفات والمعايير
1069	.....	مادة (1311) حظر تداول بعض المنتجات
1069	.....	مادة (1312) الخطر الجسيم أو الوشيك



1069	.....	مادة (1313) الالتزام بالتبصير
1069	.....	مادة (1314) عيوب السلعة أو الخدمة
1070	.....	مادة (1315) مسؤولية المحترف النهائية
1070	.....	<b>الفصل الثالث : في نزاهة المعاملات الاقتصادية ومنع الغش</b>
1070	.....	مادة (1316) تعريف الغش
1071	.....	مادة (1317) الدعاية الكاذبة
1071	.....	<b>الفصل الرابع : إعلام المستهلك</b>
1071	.....	مادة (1318) مدى الالتزام بالإعلام
1071	.....	مادة (1319) الإعلام بحق الرجوع
1071	.....	مادة (1320) إثبات التعامل
1072	.....	مادة (1321) حق المستهلك في الاستفادة من التخفيضات
1072	.....	<b>الفصل الخامس : ضمان السلع والخدمات</b>
1072	.....	مادة (1322) ضمان الجودة
1072	.....	مادة (1323) شهادة الضمان
1072	.....	مادة (1324) مسؤولية الموزع
1072	.....	مادة (1325) إخفاء لسلع وفرض القيود
1073	.....	مادة (1326) العقوبات
1073	.....	مادة (1327) مأمورو الضبط القضائي
1074	.....	<b>الكتاب الثاني عشر : غرف التجارة والصناعة والزراعة والاتحاد العام للغرف</b>
1074	.....	مادة (1328) تعريف
1074	.....	مادة (1329) إنشاء الغرف
1074	.....	مادة (1330) اختصاصات الغرف
1075	.....	مادة (1331) القيد في الغرف
1075	.....	مادة (1332) تجديد الرخص
1075	.....	مادة (1333) الجمعية العمومية
1075	.....	مادة (1334) إدارة الغرفة
1076	.....	مادة (1335) اختصاصات لجنة الإدارة
1076	.....	مادة (1336) اجتماع لجنة الإدارة
1076	.....	مادة (1337) أمين لجنة الإدارة
1076	.....	مادة (1338) الشعب النوعية
1077	.....	مادة (1339) لجنة الشعبة
1077	.....	مادة (1340) أموال الغرفة

1077	..... مادة (1341) ميزانية الغرفة
1077	..... مادة (1342) الاتحاد العام للغرف
1078	..... مادة (1343) أهداف الاتحاد
1078	..... مادة (1344) إدارة الاتحاد
1078	..... مادة (1345) تشكيل لجنة الإدارة
1079	..... مادة (1346) أمين لجنة الإدارة
1079	..... مادة (1347) اجتماعات لجنة الإدارة
1079	..... مادة (1348) ميزانية الاتحاد
1080	..... مادة (1349) تعارض المصالح
1080	..... مادة (1350) مجلس أصحاب الأعمال
1080	..... مادة (1351) استثناء
1080	..... مادة (1352) اللائحة التنفيذية
1080	..... الكتاب الثالث عشر : أحكام ختامية عامة
1080	..... مادة (1353) تعريفات
1081	..... مادة (1354) حرية مزاولة النشاط التجاري
1081	..... مادة (1355) ترخيص مزاولة النشاط
1081	..... مادة (1356) مخالفة شرط الترخيص
1082	..... مادة (1357) اللوائح التنفيذية
1082	..... مادة (1358) إلغاء قوانين
1083	..... مادة (1359) نفاذ القانون