

تقرؤون في هذا العدد:

- إشكالات ومعالجات مقترحة لمسائل تواجه المرأة في قانون الزواج والطلاق الليبي، «نحو تطوير تشريع يراعي مقتضيات الواقع ويحفظ حقوق المرأة».
- الرحمة قيمة إسلامية وفضيلة إنسانية.
- أحكام التجريم والجزاء لجرائم السحر والشعوذة في التشريع الإماراتي.
- الإحالة إلى التحقيق التأديبي وأثرها على الموظف العام د، «دراسة مقارنة»
- الاخفاء القسري في القانون الدولي الجنائي.
- الآليات القانونية لمواجهة جرائم خطف الأشخاص في القانون الجنائي الليبي.
- التأمين عن المسؤولية القانونية المهنية.
- الحماية الجنائية لحرمة الحق في الصورة في نطاق تقنية المعلومات في التشريع الاماراتي (دراسة مقارنة).
- الحماية الجنائية لحرمة القبر «دراسة مقارنة».
- الحصانة الدبلوماسية الجنائية في ميزان النواة الصلبة لحقوق الإنسان.
- مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة في مواجهة وباء كوفيد-19.
- مدى قدرة المعنى المستخلص من الورقة ومظهرها المتعارف عليه على تحديد نوع الورقة التجارية.



مجلة العلوم الشرعية والقانونية

مجلة علمية محكمة تصدرها

كلية القانون بالخمسة

جامعة المنيا

العدد الأول لسنة 2020م

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

رقم الإيداع المحلي 2015/379 م.

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 حرصا 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 تقريبا بما فيها قائمة المراجع.
3. هوامش الصفحة من اليمين ، على ورق A4 . وحجم الخط (14) ونوعه (Traditional Arabic). وللهوامش (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 رأسيان.
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 (﴿ ٤ ﴾) ، 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. تخرج الآيات القرآنية في المتن بعد الآية مباشرة بحجم 12.

مثل: **قال الله تعالى:** ﴿ سَيَقُولُ السُّفَهَاءُ مِنَ النَّاسِ مَا وَلَّاهُمْ عَنْ قِبَلَتِهِمُ الَّذِي 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،
كالآتي:

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 مقدما ، 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 الصراعي

د. أحمد عثمان حميده

اللجنة الاستشارية:

د. عبد الحفيظ ديكنه. أ.د. محمد عبدالسلام

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

د. عمر رمضان العبيد. د. امحمد على أبوسطاش.

د. على أحمد اشكورفو.

فهرس الموضوعات

- 14..... كلمة رئيس التحرير.....
د. إبراهيم عبد السلام فرد
- إشكالات ومعالجات مقترحة لمسائل تواجه المرأة في قانون الزواج والطلاق الليبي، « نحو تطوير تشريع يراعي مقتضيات الواقع ويحفظ حقوق المرأة.....
15.....
د. أفراح مختار العاتي
- 58..... الرحمة قيمة إسلامية وفضيلة إنسانية.....
د. عمر رمضان العبيد
- 79..... أحكام التجريم والجزاء لجرائم السحر والشعوذة في التشريع الإماراتي..
عبد الله محمد عبدالله الكعبي د. خالد الدقاني
- الإحالة إلى التحقيق التأديبي وأثرها على الموظف العام
«دراسة مقارنة».....
115.....
د. ايناس عبدالوهاب الزنكولي

- 175.....الاحفاء القسري في القانون الدولي الجنائي. د. أحمد عبدالله ويدان
- الآليات القانونية لمواجهة جرائم خطف الأشخاص
- 232.....في القانون الجنائي الليبي. د. انتصار قاسم سالم الودان
- 284.....التأمين عن المسؤولية القانونية المهنية. د. سالم الغنای فرحات
- الحماية الجنائية لحرمة الحق في الصورة في نطاق تقنية المعلومات في
- 315.....التشريع الاماراتي (دراسة مقارنة). د. خالد محمد دقاني
- 383.....الحماية الجنائية لحرمة القبر «دراسة مقارنة». سعيد سلطان عبدالله بن خادم



■ الحصانة الدبلوماسية الجنائية في ميزان النواة الصلبة لحقوق الإنسان. 431.

د: عبد الله الحبيب عمار

■ مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة في مواجهة وباء كوفيد-19.....497

د. إيناس عبد الله ابوحميرة

■ مدى قدرة المعنى المستخلص من الورقة ومظهرها المتعارف عليه على تحديد

نوع الورقة التجارية.....538

د. مؤيد أحمد عبيدات

كلمة رئيس التحرير

الحمد لله رب العالمين على ما أنعم به علينا وتفضل، وبه نستعين، وصلى الله على سيدنا محمد بن عبدالله وآله الطيبين الطاهرين ، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد، فإنه يسرني أبلغ السرور أن تتمكن من اصدار العدد الأول للعام 2020م. من مجلة العلوم الشرعية والقانونية رغم كل ما نمر به من ظروف صعبة من جميع النواحي، والحمد لله على توفيقه، نأمل أن نكون قد استطعنا تحقيق أمل إخواننا الباحث في اظهار بحوثهم بالصورة المناسبة و اللائقة ، ولا يسعنا إلا أن نشكر الزملاء الذين قاموا بالتعاون وبدل الجهد معنا في قراءة هذه البحوث، وابداء الملاحظات القيمة لإثرائها، وإخراجها بالصورة المناسبة، جزاءهم الله – تعالى – خير الجزاء .

وإذ نقدم هذا العدد نرى أننا نضيف جديد للمكتبة الليبية وإخواننا طلاب العلم ، ودعم لكليتنا وجامعتنا في مجال البحث العلمي.

وفي الختام أشكر الزملاء وكل من تعاون معنا في اخراج العدد الأول للعام 2020م. من المجلة بهذه الصورة.

و الحمد لله رب العالمين

إشكالات ومعالجات مقترحة لمسائل تواجه المرأة في قانون الزواج

والطلاق اللبّي

"نحو تطوير تشريع يُراعي مقتضيات الواقع ويحفظ حقوق المرأة"

ج 1

د. أفرح مختار العاتي *

مقدمة

ظلت أحكام الأسرة في ليبيا بشكل عام محكومة بالمذهب المالكي رداً من الزمن⁽¹⁾ حتى صدور القانون رقم (10) لسنة 1984م بشأن الأحكام

* محاضر في كلية الشريعة والقانون بالجامعة طرابلس.

¹ يُعدّ المذهب المالكي - في وقت من الأوقات - المذهب المطبق على مسائل الأحوال الشخصية في ليبيا حتى في ظل دولة الخلافة العثمانية التي اعتمدت المذهب الحنفي كمذهب رسمي لهذه الدولة آنذاك. وحتى في زمن الاحتلال الإيطالي والإدارة البريطانية ظل المذهب المالكي هو المذهب المعمول به في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية. اعتمد هذا المذهب بشكل رسمي في مسائل الأحوال الشخصية عندما تم النص في المادة 17 من قانون نظام القضاء الصادر سنة 1954م على تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية طبقاً لأرجح الأقوال من مذهب الإمام مالك. و أكد المشرع آنذاك على تطبيق هذا المذهب في قانون إجراءات المحاكم الشرعية الصادر في 15 نوفمبر 1958م وذلك بالنص على أن: " تُطبّق المحاكم الشرعية المدوّن في هذا القانون وأرجح الأقوال من مذهب الإمام مالك". وحتى بعد صدور القانون رقم 13 لسنة 1964م لم يحد المشرع في منهجه عن مذهب الإمام مالك وإن استبدل المشهور بالراجح وذلك بالنص على أن " تطبّق المحاكم الشرعية أحكام الشريعة الإسلامية طبقاً للمشهور من مذهب الإمام مالك وما جرى به العمل من أحكامه". وعلى الرغم من الحاجة آنذاك إلى تقنين مسائل الأحوال الشخصية في صورة قانون مسطور تلتزم فيه الأحكام من جميع

الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهما⁽²⁾. هذا القانون الذي نظم جزءاً من أحكام الأسرة - وهي تلك المتعلقة بالزواج والطلاق وآثارهما- عدل في العديد من أحكامه عن مذهب الإمام مالك، وأكد على توجهه غير المذهبي في اختيار الأحكام بالنص صراحة في الفقرة ب من المادة 72 على: " فإذا لم يُوجد نصّ تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر مُلائمة لنصوص هذا القانون". لا شك أنّ القانون رقم (10) وتعديلاته اللاحقة⁽³⁾ يُعد بالنسبة لمشرّعه - على الأقل - إصلاحاً تشريعياً؛ حيث استحدثت في بعض نصوصه ما لم يكن معمولاً به في مذهب الإمام مالك، بل و " ما لم يسبق القول به في الفقه الإسلامي، ولا يمكن أن يجد دليلاً إلا عن طريق الاجتهاد، وإعمال بعض القواعد الأصولية: كقاعدة تغير الأحكام الفرعية بتغير الزمان، ورفع الحرج عن

المذاهب، فإنّ التعصب المذهبي حال دون صدور مشروع قانون سنة 1967م. كما لم يُكتب الصدور لمشروع سنة 1972م والذي جاء في 555 مادة. في 7 ديسمبر 1972م صدر القانون رقم 176 لسنة 1972م في شأن كفالة بعض حقوق المرأة في الزواج والتطبيق للإضرار والخلع، وحقى 19 مادة، وعدلّ بالقانون رقم 18 لسنة 1973 بإضافة مادّتين جديدتين. وإذا كان هذا القانون قد نظم أهلية الزواج والولاية فيه، والتطبيق للإضرار والخلع، فإنّ الحال بقي على ما هو عليه فيما عدا ذلك من موضوعات بتطبيق المشهور من مذهب الإمام مالك. كما أعيدت الإحالة على المشهور من هذا المذهب في قانون نظام القضاء الجديد رقم 51 لسنة 1976م. ظل الحال على ما هو عليه إلى التاسع عشر من أبريل 1984م حيث صدر القانون رقم (10) بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهما، والذي أخذ نصوصه من جميع المذاهب الفقهية. بخصوص هذه المعلومات التاريخية ولمزيد منها يُنظر: الجلدي، سعيد محمد، أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما، مطابع عصر الجماهير، الخمس، 1998م، ج1، ص7 وما بعدها.

² - عند ذكّر لفظ القانون أو القانون رقم (10) في هذه الورقة فإنّ ما يُراد به هو القانون رقم (10) لسنة 1984م بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهما وتعديلاته.

³ - الجلدي، أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما، المرجع السابق، ص12.

الناس [...]»⁽⁴⁾. المشرع الليبي - وبغض النظر عن مدى توافقنا معه فيما اختار من أحكام من عدمه - أراد بتبنيه للقانون المذكور وتعديلاته أن يُغيّر من بعض الأحكام التي رأى ضرورة تغييرها، أو يستحدث حكماً جديداً؛ لتحقيق مصلحة رأى أنها جديرة بالاعتبار. ولكن ومع كل هذا لا يمكن القول بأن القانون رقم (10) قد عالج كل ما تحتاجه الأسرة الليبية فيما يتعلّق بالمواضيع التي نظمها. إنّ ما جاء به هذا القانون أيضاً لا يعني بالضرورة أنّه هو المعالجة المثالية لإشكالات الواقع حين صدوره، كما لا يمكن اعتبار ما نصّ عليه من أحكام وبعد أكثر من خمس وثلاثين سنة كافية لمعالجة ما استُجدّ من مسائل وإشكالات في واقع المجتمع الليبي اليوم. وحتى "القانون رقم 2015/14م"⁽⁵⁾ - وبغض النظر عن مدى شرعيّته

⁴ - عُدل القانون رقم (10) لسنة 1984م بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهما ثلاث مرات منذ صدوره: الأولى بالقانون رقم (22) لسنة 1991م بتعديل المادتين 13، 39 من القانون رقم (10) لسنة 1984م. أما المرة الثانية فكانت بالقانون رقم (09) لسنة 1423 من مولد الرسول محمد ﷺ (1994م) بشأن تعديل بعض أحكام القانون رقم (10) لسنة 1984م بشأن الزواج والطلاق وآثارهما. والمرة الثالثة بالقانون رقم (14) لسنة 2015م بتعديل بعض أحكام القانون رقم (10) لسنة 1984م بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهما. يُنظر لنصوص القانون رقم (10) لسنة 1984م وتعديلاته في الجريدة الرسمية، الأعداد التالية على التوالي: ع (16)، س (22)، بتاريخ 3 يونيو 1984م، ص 640؛ ع (22)، س (3)، بتاريخ 9 نوفمبر 1991م، ص 739؛ ع (5)، س (32)، بتاريخ 23 مارس 1423م (1994م)، ص 122؛ ع (5)، س (4)، بتاريخ 17 نوفمبر 2015م، ص 297.

⁵ - المقصود به " القانون رقم 14 لسنة 2015م بتعديل بعض أحكام القانون رقم (10) لسنة 1984م بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهما، والصادر في الرابع عشر من أكتوبر 2015م عن المؤتمر الوطني العام السابق. نظراً لحالة الانقسام السياسي الذي شهدته البلاد إبّان صدوره فإنّ شرعيّة إصدار هذا القانون تُعدّ محلّ خلاف، ولهذا فإنّ هذا التعديل لا يُعمل به في كافّة محاكم البلاد.

من عدمها - لم يكن في مستوى ما يمكن تسميته بالإصلاح الحقيقي المنشود؛ فما قام به واضعوه لا يعدو في مجمله أن يكون إعادة لصياغة عدد من الأحكام التي لا تتوافق مع فكر من قاموا بهذا التعديل. ولعلّ هذا "التعديل" جاء كردة فعل سياسية أكثر منها معالجة حقيقية لما تضمنه القانون رقم (10) ، بل إنّه - أي " القانون رقم 14 / 2015م" - في بعض النصوص المعدلة أفسد أكثر ممّا أصلح⁽⁶⁾. اليوم وأكثر من أي وقت مضى تبدو الحاجة ماسّة ومُلحّة لتطوير عدد من أحكام الأسرة في الزواج والطلاق و بخاصة تلك المرتبطة بالمرأة. هذه الحاجة الماسّة لإصلاح تشريعات الأسرة لا ترتبط فقط بإصدار قانون شامل للأحوال الشخصية، وإنّما أيضاً بإعادة النظر في عدد من الأحكام التي تبناها المشرع في القوانين الصادرة بخصوص قضايا الأسرة، وبالنص على أحكام أخرى لم ينظمها في هذه القوانين وذلك بمحاولة التركيز على الإشكالات المطروحة داخل المجتمع ومعالجتها بما يتلاءم مع هويّة المجتمع ويُراعي تطوّره. القانون رقم (10) لسنة

⁶ - فعلى سبيل المثال حصر المعدّل الحق في طلب التظليل في المادة 35 للزوجة فقط دون الزوج؛ بعد أن كانت ومنذ العام 1984م تعطي الحق لكل من الزوجين في طلب الطلاق من المحكمة لعدم الاتفاق وفق الفقرة ج من المادة المذكورة. هذه الفقرة تعدّ المنفذ الذي من خلاله يستطيع الزوج أن يطلب التفريق بينه وبين زوجته لسوء عشرتها والذي يُقضى له به في حال ثبوته وفقاً لأحكام المادة 39 من القانون. بهذا التعديل أُغلق الباب الذي من خلاله يستطيع الزوج أن ينفذ منه إلى المادة 39 المذكورة. لمعلومات أكثر تفصيلاً حول هذا الموضوع يُنظر: العاتي، أفرح، أهميّة المادة 39 من القانون رقم 10 لسنة 1984م - بشأن الزواج والطلاق، وآثارهما. لِكُلِّ من الزوجين: "قراءة في ضوء تعديل القانون رقم 14 لسنة 2015م"، ورقة علميّة مُقدّمة إلى المؤتمر العلمي التكريمي الثاني الذي نظّمته كليّة القانون/ جامعة طرابلس، يوم الخميس، 17 نوفمبر 2016م، تكريماً ووفاءً للأستاذ الدكتور سعيد الجليدي. مجلة القانون والصادرة عن كليّة القانون/ جامعة طرابلس، (2016) - 6، ص 268 وما بعدها.

1984م وتعديلاته لم يعد بصورته الحالية في الكثير من الاحكام التي نظّمها من قبل أو التي لم يُنظّمها أصلاً يُلبي مقتضيات الواقع العملي للمجتمع الليبي، ولعلّ في مرور الذكرى السادسة والثلاثين لصدور هذا القانون - والتي تُصادف التاسع عشر من أبريل من هذا العام 2020م - فرصة ومناسبة للحديث عن بعضٍ من هذه الإشكالات. هذا المقال يُسلّط الضوء على عدد من الإشكالات، و يتّخذ من تلك التي تواجه المرأة الليبية في الوقت الحاضر نموذجاً، مُقترحاً في الوقت ذاته معالجات لها يمكن للمشرّع الليبي - إذا ما أراد تطوير قانون الأسرة في وقت من الأوقات - أن يستأنس بها لتحقيق الإصلاح المنشود ولو بشكل محدود وفي صورة تعديلات وإضافات للقانون الحالي المُطبّق في البلاد منذ العام 1984م. الإشكالات المتناولة والمعالجات المقترحة لها متنوعة بتتوّع مواضيعها فمنها ما يتعلّق بمسائل مرتبطة بالزواج والطلاق في حدّ ذاته و تناولها المشرّع بالتنظيم من قبل (الفرع الأول)، ومنها ما يتعلّق بمسائل ماليّة مرتبطة بالزواج والطلاق لم يتناولها المشرّع بالتنظيم مطلقاً (الفرع الثاني).

الفرع الأول: إشكالات ومعالجات لمسائل غير مائية مرتبطة بالزواج والطلاق تناولها المشرع بالتنظيم من قبل

تواجه المرأة الليبية اليوم في الواقع العملي عدداً من الإشكالات لمسائل غير مائية مرتبطة بالزواج والطلاق والتي سبق للمشرع أن تناولها بالتنظيم سواء منها ما هو ساري التطبيق حتى يومنا هذا أو ما كان كذلك في وقت من الأوقات وتمّ إلغاؤه منذ سنوات معدودة. يمكن الاكتفاء بعرض نموذجين اثنين للحديث عن هذه الإشكالات: الأول يرتبط بالزواج ويتمثل في تعدد الزوجات (1)، والنموذج الثاني يتعلّق بالطلاق ويتمثل في آليّة الطلاق بالخلع الجبري (2).

(1) ما يتعلّق بالزواج: "تعدد الزوجات نموذجاً"

يُعد موضوع تعدّد الزوجات أحد المواضيع التي أثارت وما زالت تُثير نقاشاً قديماً متجدّداً بين مؤيّد له على مصرعيه دون أي قيد أو شرط وبين رافض وممانع له مطلقاً و بين فريق ثالث يرى ضرورة ضبطه وتنظيمه بقيود. المشرع الليبي قبل سنة 2011م كانت لديه تجربة - بخصوص هذا الموضوع - وُصِفَتْ بعدم الاستقرار التشريعي⁽⁷⁾. المعالجة التشريعية لهذا المشرع والتي قدّرها جانب من

⁷ - في تقديره لموقف المشرع الليبي من نظام تعدد الزوجات يقول الأستاذ الدكتور صالح محسن: إن موقف المشرع " من تعدد الزوجات أقل ما يُقال عنه: إنّه موقف لم يستقرّ بعد". ويُدلّل على عدم الاستقرار هذا بعدة أمور منها: " إخضاع أحكامه للتعديل مرتين خلال عشر سنوات فقط من ظهور هذه الأحكام[...]. يُنظر: معالم النظام القانوني لتعدد الزوجات في التشريع العربي بين حق المرأة في الاستئثار بزوجها وحق المرأة غير المتزوجة في الحصول على زوج: دراسة في آفاق حقوق الإنسان، مجلة الجامعة الأسمرية، س3/ ع5/ 2005م، ص397 وما بعدها.

الفقه بأنها " انحازت] إلى الزوجة الأولى في حقها في الاستئثار بزوجها" (8) وصلت حد إبطال الزواج الثاني الذي لم يحصل فيه الزوج على موافقة الزوجة الأولى أو إذن من القاضي في دعوى تُختصم فيها الزوجة وفقاً للنص السابق للمادة 13⁽⁹⁾ من القانون رقم (10) والمعدّلة بالقانون رقم (09) لسنة 1994م.

في الثالث والعشرين من أكتوبر 2011م - يوم إعلان التحرير- كان الموضوع حاضراً وبقوة في خطاب رئيس المجلس الانتقالي آنذاك - المستشار مصطفى عبد الجليل - الذي أعلن بأن معالجة المشرع الليبي لموضوع التعدد مخالفة للشريعة الإسلامية وسيتمّ تجميد العمل بالمادة 13 لهذا السبب. هذا الإعلان عَزَزَ بدعوى رُفِعَت أمام الدائرة الدستورية التابعة للمحكمة العليا الليبية لإلغاء المادة المذكورة بسبب مخالفتها لأحكام الشريعة الإسلامية، وهو ما تمّ بالفعل؛ إذ أصدرت هذه الدائرة حكماً بتاريخ الخامس من فبراير 2013م يقضي بعدم دستورية المادة 13؛ لمخالفتها - بحسب نص الحكم - لأحكام الشريعة

⁸-محسن، المرجع السابق، ص398 وما بعدها.

⁹- المادة 13 من القانون والمعدّلة بالقانون رقم (09) لسنة 1423م (1994)، كانت تنصّ على: "يجوز للرجل أن يتزوج بامرأة أخرى إذا وُجدت أسباب جدية وبتوافر الشرطين الآتيين: 1- موافقة الزوجة التي في عصمته أمام المحكمة الجزئية المختصة. 2- صدور حكم بالموافقة من المحكمة الجزئية المختصة في دعوى تختصم فيها الزوجة. ويترتب على عدم مراعاة أحد هذين الشرطين: بطلان الزواج والمرأة أن تتقدّم بدعوى شفوية أو كتابية ترفعها لطلب تطبيق الزوجة الثانية لأقرب محكمة لها كما يجوز لها أن تقدّم شكاؤها عن طريق اللجنة الشعبية للمؤتمر الشعبي الأساسي أو أقرب مأذون أو إمام جامع أو نقطة أم شعبي محلي أو أقرب نقابة أو جمعية نسائية وعلى هؤلاء إحالة الشكوى في أقرب وقت للمحكمة المختصة للفصل فيها".

الإسلامية⁽¹⁰⁾. في سنة 2015م ألقى المؤتمر الوطني العام السابق المادة المذكورة عند إصداره للقانون رقم (14) لسنة 2015م.

طرح الإشكالية. منذ أن أُلغيت المادة 13 المذكورة وباب تعدد الزوجات مفتوح على مصرعيه دون رقيب أو حسيب، يلجأ من أراد التعدد لحاجة حقيقية أو لمجرد نزوة عابرة أو حتى لتحقيق مصلحة اقتصادية مؤقتة⁽¹¹⁾.

إنّ ترك الباب مفتوحاً على مصرعيه أمام التعدد دون أي رقابة أو تنظيم تشريعي ترتب عليه إشكالات عدّة تواجهها المرأة اليوم في ليبيا، ولعلّ من بينها هجر الزوجة الأولى وأطفالها، وعدم قدرة الزوج الماليّة على الزواج بزوجة ثانية وما يترتب عليه من مشاكل لا تخفى على أحد والتي تؤثر على واقع الأسرة والمجتمع بأكمله. إلغاء هذه المادة دون وضع معالجة بديلة لما كان ينص عليه النص السابق جعل الزوجة الأولى هي المتضرر الأول من هذا الإلغاء؛ إذ تُركت دون أيّ حماية تشريعيّة تضمن لها الحق في منع التعدد عليها أو حتى توفير ضمانات لها تحدّ من تعسّف الزوج عند الزواج عليها بأخرى. في واقع المجتمع الليبي الذي نعيشه اليوم أصبح التعدد "حقاً مطلقاً" للزوج يستعمله كيفما يشاء دون أي اعتبار أو مراعاة حتى لشروط إباحته في الشريعة الإسلامية. لا شك أنّ إلغاء الرقابة القضائيّة بشكل عام على موضوع التعدد فاقم من الإشكالات العملية التي تواجهها المرأة في مجتمعنا الليبي؛ إذ أصبحت اليوم دون أيّ تشريع يكفل لها أدنى حماية في موضوع يُشكّل هاجساً لديها.

¹⁰- م. ع. ل، طعن دستوري رقم 3 لسنة 59 ق، بتاريخ 05 فبراير 2013م، (نسخة غير منشورة).

¹¹- وبخاصة بعد إقرار منح أرباب الأسر.

المعالجة المقترحة. موضوع تعدد الزوجات يُعدّ من المواضيع التي لا ينبغي للمشرّع أن يتركها دون تنظيم ومعالجة؛ لحدّ من إشكالاته التي تمسّ واقع الأسرة داخل المجتمع بأسره. وإذا كان المنع المطلق أو الإباحة المطلقة - دون رقيب أو حسيب - لهما من الأضرار ما لهما، فإنّ طريقاً ثالثاً يمكن أن يكون خياراً للمشرّع اللبّي في هذا الموضوع. هذا الخيار المقترح لمعالجة إشكالية تعدد الزوجات يتلخّص في تقييد إباحة التعدد من جهة (أولاً) وحماية هذا التقييد بربطه بجزء مناسب يترتب على مخالفة هذا التقييد؛ لضمان فاعليّة تنظيم المشرّع لهذا الموضوع من جهة أخرى.

(ثانياً). التعدد كما هو معلوم ليس بواجب ولا مندوب في الشريعة الإسلاميّة بل هو مباح متى ما توافرت شروطه، وما دام الأمر يتعلّق بأمر مباح فمن حقّ المشرّع أن ينظر في تنظيمه بحيث لا يكون وسيلة يعبث بها من لا يعرف من هذا الأمر إلاّ إباحته. ومن ثمّ فإنّ هذه المعالجة المقترحة مبنية على حقّ ولي الأمر في تقييد المباح، وعلى التفصيل التالي:

أولاً: معالجة التعدد بالتقييد. تقييد تعدد الزوجات كمعالجة مقترحة يمكن تصوّره من خلال الشرط الإرادي المضمّن في عقد الزواج (أ)، وكذلك بفرض الرقابة القضائية للإذن به (ب).

أ - تقييد التعدد بالشرط المضمّن في عقد الزواج. فقهاء التشريع الإسلاميّ القدامى لم يغفلوا عن تناول مسألة التعدد واعتبروه ضرراً للمرأة؛ ولهذا فإنّ منهم من عالج المسألة بإعطاء المرأة الحقّ في اشتراط عدم الزواج عليها عند إبرام عقد

زواجها⁽¹²⁾. وحتى من لم يعتبر منهم هذا الشرط من الشروط التي يجب الوفاء بها - والمقصود هنا المالكية - أعطى للمرأة الحق في اشتراط هذا الشرط بربطه بالتملك، أي أن تشترط المرأة في عقد زواجها على الزوج أن يكون أمرها بيدها إن تزوج عليها⁽¹³⁾، وبزّر هؤلاء حق المرأة في أن تطلق نفسها - في هذه الحالة - برفع ضرر التعدد عنها⁽¹⁴⁾. ولهذا فإن جانباً معتبراً من الفقه الإسلامي يعتبر التعدد ضرراً يلحقُ بالمرأة يمكن أن تحمي نفسها منه عن طريق تضمين عقد زواجها بشرط يمنع الزوج من التعدد. ولتفعيل دور هذا الشرط في معالجة المسألة ينبغي للمشرع الليبي تبصير المرأة بحقوقها في اشتراط عدم الزواج عليها عند إبرام العقد. وهنا لا بدُّ من اتخاذ إجراءات عملية لتحقيق هذا التبصير من خلال أولاً: دورة توعويّة للمقبلين على الزواج - في يوم أو يومين - تبين حقوق كل من الزوجين على الآخر، وحقه في الاشتراط عند العقد. ثانياً: إعطاء دور للمأذون للتأكد بأن الزوجة لا ترغب في اشتراط عدم الزواج عليها عند إبرام العقد. وأخيراً بوضع خانة في ورقة عقد الزواج تتعلق بالاشتراط بعامة و أخرى باشتراط عدم التعدد بخاصة.

¹² - يُنظر في تفاصيل أوفى حول هذا الموضوع: أبو غدة، حسن، حق المرأة في اشتراط عدم الزواج عليها "دراسة شرعية اجتماعية"، مكتبة الرشد ناشرون، بيروت، ط1، 2005م.

¹³ - الإمام مالك، المدونة الكبرى، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1994، ج2، ص278 و 285.

¹⁴ - ولهذا قال المالكية لو شرط الزوج لزوجته عند إنشاء عقد الزواج أنه إن تزوج عليها فقد فوّض لها أمرها في أن تطلق نفسها توكيلاً لا تملكياً وأراد أن يعزلها لم يكن له الحق في ذلك - استثناء من حق الوكيل في عزل الموكل وهو الزوجة هنا -؛ لتعلق حقها بهذا الشرط، أي " لأنَّ الحق وهو رفع الضرر عنها قد تعلق لها فليس له عزلها عنه". وإن كانت الصيغة بالتملك أو التخيير لم يكن له عزلها بالتأكد ويُحال بين الزوجين في جميع الأحوال حتى تُحبيب بما يقتضي الردّ أو الأخذ. يُنظر: الدريير، أحمد بن محمد، الشرح الصغير، دار المعارف، بدون طبعة، بدون سنة، ج2، ص595.

وفي حال الاشتراط فإنّ الأولى - وكما يرى بعض الباحثين - منع الزوج من التعدد بحكم قضائي وإلزامه بالوفاء بالشرط؛ فالزوجة " لم تشتترط هذا الشرط لئفسخ نكاحها بعدئذ، بل هي اشتترطته ورضي به الزوج، ليلتزم به ويمتتع من الزواج عليها والإضرار بها، وإن لم يكن الأمر كذلك فما فائدة هذا الشرط"⁽¹⁵⁾.

ب - فرض الرقابة القضائية للإن بالتعدد. الجانب الآخر الذي تستند عليه المعالجة المقترحة يتمثل في ضرورة ربط التعدد بموافقة القاضي على طلب من يرغب فيه. دور القاضي يمكن تحديده في أمرين اثنين: الأول يتمثل في التحقق من خلو عقد الزواج من اشتراط الزوجة لشرط يمنع الزواج عليها، فإن وُجدَ هذا الشرط فالأولى منع الزوج من التعدد كما ذكر سابقاً. فإن حصل وتزوج الزوج بأخرى على الرغم من منعه من ذلك كان للزوجة التي اشتترطت عدم التعدد الحق في فسخ زواجها إن أرادت ذلك مع تعويضها عن الضرر الذي لحق بها من عدم وفاء الزوج بشرطها. وفي جميع الأحوال لا بد من فرض عقوبة مناسبة على الزوج المخالف لعدم وفائه بالشرط وعدم التزامه بالحكم القضائي الذي صدر بمنعه من التعدد لوجود شرط يمنعه من ذلك في العقد.

الأمر الثاني الذي يمكن أن يُوكّل إلى القاضي - وذلك في حال عدم اشتراط المرأة عدم الزواج عليها في عقد زواجها- هو ربط التعدد بموافقة القاضي بعد التحقق من توافر الشروط التي وضعها الشارع وبخاصة شرط القدرة الماليّة،

¹⁵- أبو غدة، حق المرأة في اشتراط عدم الزواج عليها، المرجع سابق، ص 65.

والتحقق أيضاً من وجود الضرورة الحقيقية للتعدد كعقم الزوجة الأولى مثلاً⁽¹⁶⁾. القرار يجب - في جميع الأحوال - أن يعود إلى القاضي الذي ينبغي أن يبرره بمسوّغات عند الرفض أو القبول. رأي الزوجة السابقة يمكن الاستماع إليه ولكن لا ينبغي أن يكون المعيار للسماح أو عدم السماح للزوج بالتعدد وذلك لتفادي خلق أحوال تصادمية بين الزوجين كما كان يُلاحظ على التشريع السابق⁽¹⁷⁾ المُغى في 2013م. ربط التعدد بموافقة القاضي يهدف إلى التّحقق من شرط القدرة المالية للزوج لبناء أسرة جديدة، وتنبية الزوج على ضرورة العدل بين الزوجات وأنّ ثبوت مخالفته لشروط التعدد حتّى بعد السماح له بذلك يترتب عليه عقوبات تقع عليه. كثير من الفقهاء والمتخصصين في الشريعة يؤكّدون على أنّ التعدد أبيض استثناء عند الحاجة، وأنّها - أي الشريعة الإسلاميّة - "اشتُرطت لجوازه من الشروط ما يكفل تحقق المصلحة منه ويضمن عدم ظلم المرأة السابقة أو اللاحقة"⁽¹⁸⁾. ولكنّ

¹⁶- يُعدّ الإمام محمد عبده - مفتي الديار المصرية الأسبق - أول من نادى بتقييد تعدد الزوجات؛ إذ قال في فتواه التي أصدرها بهذا الخصوص: "وبالجملة، فيجوز الحجر على الأزواج عموماً أن يتزوَّجا غير واحدة إلّا لضرورة تثبت لدى القاضي، ولا مانع من ذلك البتّة، وإنّما الذي يمنع ذلك هو العادة فقط". يُنظر في فتوى الإمام محمّد عبده حول منع تعدد الزوجات والتي نشرها الشيخ محمد رشيد رضا في عدد مجلّة المنار الصادر في 3 مارس 1927م، منقولة عن كتاب الإسلام والمرأة في رأي الإمام محمّد عبده، محمّد عمارة، نهضة مصر للطباعة والنشر والتوزيع، ط1، 2007م، ص44.

¹⁷- ممّا يُؤخذ على المادة 13 الملغاة - والمعدّلة سنة 1994م بالقانون رقم (09) - أنّها جعلت المرأة في وضع تصادمي مع زوجها باشتراط موافقة الزوجة الأولى على التعدد. هذه الزوجة كانت بالنسبة لزوجها الراغب في التعدد هي السبب الحقيقي في عدم قدرته على الزواج بزوجة أخرى بامتناعها عن الإنن له بالتعدد.

¹⁸- الجليدي، أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما، المرجع السابق، ص203. يُنظر أيضاً الأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي الذي يقول: "والأصل وحدة الزوجة، وتعدد الزوجات مشروع استثناء للحاجة العقم، وسوء معاشره

ضمان عدم ظلم الزوجة السابقة واللاحقة بالشروط والضوابط الموضوعة له - وهي الحاجة، والعدل، والقدرة المالية - لا يمكن أن يتحقق بإسناد هذا الأمر إلى ضمير الزوج الراغب في التعدد فقط ودون أي رقابة قضائية عليه. الزوج هنا هو طرف في "خصومة" - إن صحّت العبارة - فلا يمكن أن نجعل منه خصماً وقاضياً في آن واحد في هذا الموضوع. إن ترك التقيّد بهذه الضوابط لضمير الزوج وحده وعدم وضع رقابة عليها يجعلها في حكم الشيء غير الموجود، في حكم العدم لأنها فقدت فاعليتها بفقدانها لسلطة تُراقب وبخاصّة" في عصور بُعدت فيها الشقة بين نظام تعدد الزوجات عند المسلمين والموقف الحقيقي للإسلام من هذا الموضوع."⁽¹⁹⁾ إنّ القول بأنّ أي تقييد للتعدد بفرض رقابة قضائية يُعدّ مخالفة للشريعة الإسلامية هو قول لا يُمكن الالتفات إليه؛ لأنّ الرقابة القضائية على موضوع مهم بحجم موضوع التعدّد سيضمن - على العكس - احترام ما وضعته الشريعة من شروط للسماح بالتعدد، كما سيضمن عدم عبث من سيستخدم ما أباحته الشريعة بخصوص هذا الموضوع. وإذا كان تدخّل المرأة ذاتها لتقييد التعدد بالشرط المضمّن في العقد جائز لدى جانب مُعتبر من الفقه، فإنّ تدخّل ولي الأمر لتقييد هذا الموضوع بوضعه تحت الرقابة القضائية يكون من باب أولى؛ لتفادي الإشكالات المترتبة عليه والناجمة عن سوء استعماله والتي لا تمس المرأة أو الأسرة

المرأة لزوجها، وكثرة النساء وقلة الرجال، وعلاج ظاهرة العنوسة، وبشرط التقيّد بضوابط القدرة على الإنفاق، والعدل بين الزوجات، والمعاشرة الحسنة من الرجل لزوجاته على أساس المساواة وعدم التمييز أو التفضيل. "، قضايا الفقه والفكر المعاصر، دار الفكر، دمشق، ط.1، 2009م، ج2، ص378.

¹⁹-عمارة، الإسلام والمرأة في رأي الإمام محمد عبده، المرجع السابق، ص41.

وحدها بل تمسّ المجتمع بأكمله. وممّا سيعزز من ضمان عدم إساءة استعمال الزوج للتعدد وذلك بتقييده بإذن من القاضي هو أن يُدعم هذا التقييد بجزء يمكن أن يحميه من الخرق وعدم الالتزام من قبل بعض الأزواج الراغبين في التعدد أو حتى من عدّد منهم بالفعل.

ثانياً: حماية تقييد تعدّد الزوجات بجزء يترتب على المخالفة. لضمان احترام ضرورة الحصول على إذن قضائي من قبل المخاطبين بموضوع التعدد من الأزواج لا بد وأن يُرتّب المشرّع جزءاً على مخالفة ما يشترطه للإذن بالتعدد. المشرّع الليبي أخذ فيما سبق كجزاء - لفرض فاعليّة وهيبة التشريع على تقييد التعدد - بطلان الزواج الثاني الذي لم يحصل الزوج فيه على موافقة الزوجة أو المحكمة المختصة قبل إبرامه. هذا الجزء الذي كان منتقداً بشدّة من قبل الفقه⁽²⁰⁾ ليس المعالجة المناسبة؛ لأنّ أثره لا يمسّ الزوج المخالف لما فرضه المشرّع من قيود على التعدد فقط بل يطلّ غيره ممن ليسوا مخاطبين بهذه القيود كالزوجة الثانية - التي في بعض الأحيان لا تعلم أصلاً بأنّ زوجها له زوجة أخرى غيرها - وكذلك أبناء هذه الزوجة الثانية. كما أنّ إبطال عقد زواج مستوف لشروطه الشرعيّة تترتب عليه نتائج خطيرة فيما يتعلّق بآثار الزواج كنسب الأبناء مثلاً في هذه الحالة. وفي جميع الأحوال لا يمكن معالجة إشكاليّة التعدد بخلق إشكاليّة

²⁰ - يُنظر في الانتقادات الموجهة إلى المعالجة السابقة للمشرع الليبي لنظام تعدد الزوجات كلاً من: العالم، عبد السلام الشريف، الزواج والطلاق في القانون الليبي وأسانيده الشرعية، منشورات جامعة قاريونس، بنغازي، ط2، 1995م، ص 118 و ما بعدها. زبيدة، الهادي علي، صياغة النص القانوني، مجلة الجامعة الأسمرية، س3/ع5/ 2005، ص459 وما بعدها.

أخرى وذلك بإبطال الزواج الثاني وما يترتب عليه من آثار. إنّ الجزء المقترح على المشرّع الليبي لا يتمثل في إبطال الزواج الثاني وبالتالي لا يرتبط بصحة العقد وإنما في فرض عقوبات مالية وأخرى مقيّدة للحرية لمن يثبت خرقه لقيود التعدّد المفروضة من قبل المشرّع. هذا الجزء يشمل الزوج الذي لم يحترم ما اشترطته عليه الزوجة في العقد من عدم الزواج عليها، وأيضاً من لم يأخذ موافقة القاضي بالسماح له بالتعدّد، بالإضافة إلى من سُمح له بالتعدّد وثبّت بعد ذلك أنّه لم يعدل بين زوجته أو زوجاته.

(2) ما يتعلق بالطلاق: " آليّة الطلاق بالخلع الجبري نموذجاً"

عالج القانون رقم (10) سُبُلَ وإجراءات إنهاء الزواج بين الزوجين وما يرتبط بها من أحكام في العديد من المواد التي تناولت الفرقة الزوجية. الفقرة ب من المادة 39⁽²¹⁾ من القانون مثلاً تُعدّ من بين أهم النصوص التي عالجت الفرقة الزوجية حين لا يتفق الزوجان على إنهاء عقد الزواج بالتراضي بينهما وبخاصّة حين لا يقبل الزوج إنهاء الزواج بناءً على رغبة من الزوجة. الفقرة المذكورة تضمن للزوجة - حين تكون هي طالبة التفريق - الحق في إنهاء الزواج بإرادتها المنفردة ورُغماً عن إرادة الزوج ولو لم يكن هناك خطأ أو إساءة من قبل هذا الأخير في مقابل إسقاط حقوقها المالية المترتبة على الفرقة الزوجية⁽²²⁾. هذه الصورة من

²¹- عُدِّلَت المادة 39 من القانون رقم (10) بالقانون رقم (22) لسنة 1991م.

²²- تنصّ الفقرة ب من المادة 39 من القانون على: " فإذا عجز طالب التفريق عن إثبات دعواه واستمرّ الشقاق بين الزوجين بما يستحيل معه دوام العشرة حكمت المحكمة بالتطليق مع إسقاط حقوق طالب التفريق".

صور الطلاق والتي يمكن تكيفها على أنها خُلِعَ جبرياً حين تكون الزوجة هي طالبة التفريق⁽²³⁾ تُعدُّ مكسباً للمرأة و" بها يتحقّق للزوجة ما لا يتحقّق بدونها"⁽²⁴⁾. لا أحد يُنكر بأنّ مشرّع القانون رقم (10) قد خطى خطوة مهمّة بتشريعه للفقرة ب من المادة 39 والتي وإن لم تُسمّ الأشياء بمسمّياتها فإنّها أعطت الحق للإرادة المنفردة للزوجة - المستفيد الأكبر من هذه الفقرة - في الطلاق دون الحاجة إلى تقديم سبب خاضع لسلطة القاضي التقديرية. على الرغم من أهميّة ما أعطاه المشرّع الليبي للمرأة من حق في إنهاء الزواج في هذه الحالة إلا أنّ طريقة معالجته لهذه الصورة من صور الطلاق لا تعني أنه قدّم أفضل ما يمكن أن يُقدّم في هذه الخصوص.

طرح الإشكالية. التطبيق العملي للفقرة ب من المادة المذكورة أظهر قصوراً في معالجة المشرّع لبعض من جوانب الموضوع الذي تُنظّمه هذه الفقرة. هذا القصور نتجت عنه إشكالية أثّرت على آلية وتطبيق الخلع الجبري حين تكون الزوجة هي طالبة التفريق لنفور نفسي من زوجها. الإشكالية العملية المقصودة - والتي تؤثر على واقع المرأة في ظل أحكام القانون الحالي ساري التطبيق - تتمثّل في طول فترة النظر في الدعوى قبل الحصول على حكم نهائي بالطلاق. هنا تبقى المرأة

²³ - لمعلومات أوفى حول تكيف الفرقة الزوجية بأنّها خُلِعَ جبري في الفقرة ب من المادة 39 حين تكون الزوجة هي طالبة التفريق، يُنظر: العاتي، أفرح، المخالعة الجبرية في القانون رقم 10/ 1984م: قراءة استظهارية مقارنة بالقانونين المصري والأردني، مجلّة الهدي الإسلامي، منشورات إدارة البحوث والدراسات بوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ليبيا، طرابلس، س3/ ع5/ 2013م، ص146.

²⁴ - العاتي، أهميّة المادة 39 من القانون رقم 10 لسنة 1984م - بشأن الزواج والطلاق وآثارهما. لِكُلِّ من الزوجين: "قراءة في ضوء تعديل القانون رقم 14 لسنة 2015م"، المرجع السابق، ص274 وما بعدها.

معلقة لا هي بزوجة في الواقع العملي ولا هي مطلقة يمكنها أن تُنشئ أسرة جديدة؛ لأنّ الطلاق لم يُحز قوة الشيء المقضي به لعدم استنفاذه لكافة طرق الطعن المسموح بها قانوناً ومن بينها حق الطعن أمام المحكمة العليا. لا يخفى على أحد مدى طول الفترة التي تحتاجها المرأة للحصول على هذا الحكم النهائي بهذا الوصف. وإذا كان الزوج لا يواجه هذه الإشكالية؛ لأنّه بإمكانه أن يجد طريقه إلى حياة زوجية أخرى بالزواج بزوجة ثانية، فإنّ الأمر بالنسبة للمرأة - التي لا يمكنها الزواج بزواج آخر إلا بعد انقضاء عدتها من زواجها السابق - يُشكل إشكالية حقيقية تواجهها في الواقع العملي. ولعلّ سبب هذه الإشكالية هو معالجة المشرّع للطلاق بالإرادة المنفردة دون سبب خاضع لسلطة القاضي التقديرية والذي تتحدّث عنه الفقرة ب من المادة 39 مع الطلاق بالإرادة المنفردة لسبب محدّد - وهو الخطأ أو الإساءة المرتكبة من قبل أحد الزوجين - والذي تُعالجه الفقرة أ من المادة المذكورة. هذا الدمج لهذين الموضوعين في مادة تشريعية واحدة لا يتناسب مع طبيعة كل منهما؛ ففي الطلاق بالإرادة المنفردة دون سبب محدّد لا تستند المرأة في دعواها - حين تكون هي طالبة التفريق - إلا على اعتبارات شخصية تقدّرها هي وحدها ولا تخضع لسلطة القاضي التقديرية لتقرير مدى وجاهة الحكم بالطلاق من عدمه، ومن ثمّ فليس هناك ما يُبرّر وجود رقابة لمحكمة أعلى درجة على سبب الطلاق والذي لم يخضع حتى للسلطة التقديرية لقاضي الدرجة الأولى. في حين أنّ الطلاق لسبب محدّد - كالخطأ أو سوء العشرة - يُفترض فيه وجود سبب استندت عليه الدعوى، وبالتالي فإنّ هذا السبب المدّعى وما يتعلّق بإثباته يكون محلاً للتدقيق والتمحيص من قبل المحكمة الأعلى درجة؛ للتأكد من وجود هذا

السبب الذي أُسست عليه الدعوى. في حال وجود أو عدم وجود هذا السبب سيحكم القاضي بما يترتب على هذا الأمر من آثار وبخاصة ما يتعلّق بالآثار المالية ومن ثمّ فإنّ رقابة المحكمة الأعلى درجة لها ما يُبرّرها. إنّ الطلاق بإرادة الزوجة المنفردة بالخلع الجبري والتي عالجها المشرّع في الفقرة ب من المادة 39 بحاجة إلى تطوير وإصلاح تشريعي يضمن للمرأة الاستفادة من حقها في إنهاء الزواج بشكل أكثر فاعليّة وسرعة على صعيد التطبيق العملي.

المعالجة المقترحة تكمن - وقبل كل شيء- في ضرورة تنظيم موضوع الخلع الجبري - باعتباره صورة للطلاق بإرادة الزوجة المنفردة - في مواد تشريعيّة مستقلّة عن غيرها من صور الطلاق الأخرى على غرار ما فعلت العديد من قوانين الأحوال الشخصيّة العربية منذ وقت قريب⁽²⁵⁾. هذه المعالجة المقترحة تقتضي أولاً: النصّ صراحة على حق الزوجة في مخالعة زوجها بخلع جبريّ وذلك بتقديم طلب بهذا الخصوص تُبيّن فيه عدم رغبتها في استمرار الحياة الزوجية لاعتبارات شخصيّة في مقابل إسقاط ما تستحقه من حقوق مالية ناتجة عن الزواج و الطلاق. ثانياً: على المحكمة تعيين حكمين لمحاولة الصلح بين الزوجين، وتحديد أجل أقصاه ثلاثة أشهر لإنهاء تقريرهما بالخصوص. ثالثاً: على القاضي أن يبيّن في الدعوى بمجرد انتهاء الحكمين من تقريرهما بإعلان فشل محاولة الصلح. وفي هذه الحالة إذا أصرت الزوجة على الخلع فرّق القاضي بينهما بطلاق بائن في

²⁵- ومن ذلك على سبيل المثال: المادة 20 من القانون المصري رقم (1) لسنة 2000 م، و المادة 114 من القانون الأردني المؤقت رقم (36) لسنة 2010م، والمادة 122 من قانون الأسرة القطري رقم (22) لسنة 2006م.

مقابل إسقاط حقوقها المالية المترتبة على الفرقة الزوجية. وفي جميع الأحوال لا ينبغي أن تستمر الدعوى المرفوعة بخصوص الخلع لمدة تتجاوز السنة أشهر بما في ذلك إجراءات الصلح التي يتولاها الحكمان والنطق بالحكم القاضي بالتفريق بين الزوجين. رابعاً: اعتبار الحكم الصادر من قاضي محكمة الموضوع الذي قُدمت إليه الدعوى حكماً نهائياً وغير قابل لأي طعن في جزئه القاضي بفك عُرى الزوجية. أي أن يكون الحكم بالطلاق في هذه الحالة نهائياً بمجرد النطق به من أول قاض يحكم به وهو قاضي محكمة أول درجة. هذا الأمر بالتأكيد لا يخص إلا الشق المتعلق بإنهاء عرى الزوجية فقط دون الآثار المادية المترتبة على هذه الفرقة التي تبقى قابلة للطعن وخاضعة لرقابة محكمة الاستئناف والعليا. في حالة الخلع الجبري من قرّر إنهاء عقد الزواج هو إرادة الزوجة المنفردة ودون أن يكون هناك سبب يمكن إخضاعه لسلطة القاضي التقديرية؛ ولهذا فإنّ هذا النوع من الفرقة لا يمكن أن يكون محلاً للجدل للطعن في أسبابه التي ترجع إلى الزوجة ذاتها وليس لأحد غيرها. أي أنّ إنهاء الزواج بالخلع الجبري يختلف عن غيره من صور الطلاق الأخرى كالطلاق لسوء العشرة مثلاً. في هذه الصورة الأخيرة جعل الحكم بالطلاق غير نهائي وقابل للطعن فيه له ما يُبرره؛ لأنّ رفع الدعوى في هذه الحالة هناك أسس على سببٍ مُعيّن وهو الخطأ أو سوء العشرة، ومن ثمّ فإنّ قيام هذا السبب ووجوده وإثباته يخضع لرقابة المحكمة الأعلى درجة من المحكمة التي أصدرت الحكم فيه. وهذا بخلاف حالة الطلاق بالخلع الجبري إذ ليس هناك من سبب يمكن إخضاعه للتحقيق والتدقيق للحكم أو عدم الحكم بالطلاق⁽²⁶⁾؛ فمن

²⁶ - لمزيد من المعلومات حول هذه النقطة يُنظر:

يُقرّر هنا فصم عُرَى الزوجيّة هي الزوجة وحدها لأسباب واعتبارات شخصيّة غير خاضعة لسلطة القاضي التقديرية.

الفرع الثاني: إشكالات ومعالجات لمسائل مالية مرتبطة بالزواج والطلاق لم يتناولها المشرّع بالتنظيم مطلقاً

أبرز الواقع الذي نعيشه اليوم عن إشكالات أخرى غير التي تمّ عرضها في الفرع الأول تتعلّق هذه المرّة بمسائل مالية مرتبطة بالزواج والطلاق، ولم يتناولها المشرّع الليبي بالتنظيم مطلقاً لا عند صياغته للقانون رقم (10) عند صدوره في سنة 1984م ولا حتّى في تعديلاته اللاحقة. يمكن انتقاء نموذجين اثنين من بين هذه الإشكالات للتوضيح ويتمثّلان في: معيار تقدير التعويض عن الضرر الناتج عن الطلاق (1)، ومساهمة المرأة بمالها الخاص كلياً أو جزئياً في شراء عقار أو منقول أو في استثمارٍ يُسجّل باسم الزوج (2).

(1) معيار تقدير التعويض عن الضرر الناتج عن الطلاق

مشرّع القانون رقم (10) - أثناء تنظيمه للنصوص المتعلقة بالفرقة الزوجيّة - لم يُعر بشكل عام مسألة التعويض عن الضرر الناتج عن الطلاق تلك الأهمية التي ينبغي أن تُعطى لهذا الموضوع. الحديث عن التعويض عن الضرر عند الفرقة الزوجية لم يُذكر إلّا في الفقرة أ من المادة 39 - المعدّلة بالقانون رقم

ALATI (A.), « La rupture du mariage par la volonté unilatérale de l'épouse: Étude de législation française et de législation islamique appliquée en pays arabes », vol. I, Éditions Universitaires Européennes, 2018, pp. 200 s.

(22) لسنة 1991م - أثناء تناول ما يُستحق من حقوق في حال ثبوت ارتكاب الخطأ من قبل أحد الزوجين وذلك بإلزام المُتسبب في الضرر من الزوجين بتعويض الطرف الآخر المُتضرّر⁽²⁷⁾. فيما عدا هذه الإشارة لهذا الحق في التعويض لم يتناول مشرّع القانون رقم (10) أي تفصيل يمكن أن يُنظّم المسألة بحيث يكون التعويض جابراً بشكل حقيقي للضرر الذي يتحمّله أي من الزوجين عند الفرقة الزوجية وبخاصّة الزوجة في هذا الإطار. المحكمة العليا الليبية بدورها أرسّت مبدأ عاماً سدّ فراغاً تشريعياً يتعلّق بتعميم الحق في التعويض عن الضرر الناتج عن الطلاق أيّاً كانت صورة هذا الطلاق؛ إذ استقرّ قضاء هذا المحكمة " على أنّ الطلاق بالإرادة المنفردة أو بحكم القضاء إذا سبّب ضرراً يُلزم المتسبب فيه بالتعويض للطرف الآخر المتضرّر"⁽²⁸⁾، وذلك: " إذا لم يكن هذا الطلاق قد وقع بسبب من مدّعي الضرر، فمتى ثبت الضرر المدّعي به قضت المحكمة بالتعويض المناسب عنه للمضرور الذي طلب ذلك منها"⁽²⁹⁾. إنّ: " استحقاق المطلقة للتعويض [هنا والذي] لا يترتّب على الطلاق في حدّ ذاته، وإنما ينشأ حقها

²⁷ -تنصّ الفقرة أ من المادة 39 من القانون رقم (10) والمعدّلة بالقانون رقم (22) لسنة 1991م على: " فإذا كان المتسبب في الضرر مادياً، أو معنوياً هي الزوجة حكمت المحكمة بسقوط حقّها في مؤخّر الصداق، والحضانة، والنفقة، والسكن. مع التعويض عن الضرر للطرف الآخر. أمّا إذا كان المتسبب في الضرر هو الزوج حكمت المحكمة للزوجة بالتعويض، ومؤخّر الصداق. وذلك كلّه مع عدم الإخلال بالحقوق الأخرى المترتبة على الطلاق."

²⁸ -م. ع. ل، طعن أحوال شخصيّة رقم: 19 / 55ق، بتاريخ 20 نوفمبر 2008، نسخة حكم غير منشورة. يُنظر أيضاً حكم المحكمة العليا في الطعن رقم 49/36 ق، بتاريخ 13 مارس 2003م، نسخة حكم غير منشورة.

²⁹ -م. ع. ل، طعن أحوال شخصيّة رقم 44/37 ق، بتاريخ 30 يوليو 1998م، نسخة حكم غير منشورة.

فيه عن الضرر الذي يلحقها من ذلك وبسببه⁽³⁰⁾، يشمل كل ضرر أياً كانه نوعه سواءً كان مادياً ومن ذلك ترك الزوجة لتعليمها أو لعملها بناء على طلب من الزوج، أو معنوياً ويُمكن أن يتمثل فيما يلحق الزوجة في مشاعرها من آسى وحزن⁽³¹⁾.

طرح الإشكالية. سُخِّ المشرِّع اللَّيبي في تنظيمه للتعويض عن الضرر الناتج عن الطلاق شمل مسألة كيفية تقدير التعويض المستحق والمعيار الذي يجب أن يأخذه القاضي بعين الاعتبار للحكم بهذا المبلغ أو ذاك. ف " أمر تقدير التعويض ومدى تناسبه مع جبر الضرر من عدمه هو من الأمور الموضوعية التي تستقلُّ بتقديرها محكمة الموضوع دون رقابة عليها في ذلك من محكمة النقض طالما بنت قضاءها على أسس سائغة ومقبولة"⁽³²⁾. إنَّ قاضي محكمة الموضوع سيُقدِّر مبلغ التعويض تقديراً " معقولاً دون ما تقتير أو إسراف طالما لا يوجد نص في القانون يُلزم باتباع معايير معينة في خصوصه"⁽³³⁾. بمعنى آخر، ليس هناك من معيار يُلزم القاضي بأن يقضي على ضوئه بالتعويض بحيث يتناسب هذا

³⁰- م. ع. ل، طعن أحوال شخصية رقم: 67 / 52 ق، بتاريخ 02 فبراير 2006، مجموعة أحكام المحكمة العليا "قضاء الأحوال الشخصية"، ص69.

³¹- لضرار المعنوي وصفته المحكمة العليا في أحد أحكامها بأنَّ موطنه العاطفة والشعور. يُنظر: م. ع. ل، طعن أحوال شخصية رقم: 52 / 54 ق، بتاريخ 22 مايو 2008م، نسخة حكم غير منشورة.

³²- م. ع. ل، طعن أحوال شخصية رقم: 22 / 51 ق، بتاريخ 18 نوفمبر 2004 م، مجموعة أحكام المحكمة العليا "قضاء الأحوال الشخصية"، ص331.

³³- م. ع. ل، طعن أحوال شخصية رقم: 41 / 50 ق، بتاريخ 11 مارس 2004م، مجموعة أحكام المحكمة العليا "قضاء الأحوال الشخصية"، ص253.

التعويض بشكل واقعي مع جبر الضرر الناتج عن الطلاق. فلا القانون رقم (10) ولا تعديلاته اللاحقة ولا حتى تدخّل المحكمة العليا - التي نظمت الكثير من المسائل المرتبطة بموضوع التعويض عن الضرر الناتج عن الطلاق - وضع معايير معيّنة ينبغي أن تؤخذ بعين الاعتبار عند تقدير التعويض والحكم به. قضاة الموضوع - الذين يُوكل إليهم أمر هذا التقدير- لم يُظهروا في الأحكام الصادرة عنهم في هذا الخصوص معايير تبيّن الجوانب التي أُخِذت في الاعتبار والتي قدّروا على أساسها قيمة المبلغ المحكوم به لجبر الضرر الذي وقع على الزوجة باعتبارها الطرف المتضرر من الزوجين في هذا المقام. كل ما يمكن ملاحظته بخصوص هذه المسألة هو أنّ قضاة الموضوع يكتفون - على الأقل في ديباجة الحكم - بالقول بإجابة المرأة في طلبها الحق في التعويض⁽³⁴⁾، أو أنّ " المحكمة تقضي لها بالتعويض"⁽³⁵⁾، وفي بعض الأحيان يُصرّح القضاة بأنّ المحكمة " تقضي بالتعويض المناسب"⁽³⁶⁾ " لذلك الضرر"⁽³⁷⁾، دون أيّ تفصيل آخر. أي

³⁴- يُنظر على سبيل المثال: الاستئناف المقيد بالسجل العام تحت رقم 16 / 2013 م، محكمة زليتن الابتدائية

المدنية " الدائرة الاستئنافية"، حكم رقم 32 / 2013، 10 نوفمبر 2013م، نسخة حكم غير منشور.

³⁵- يُنظر على سبيل المثال: الدعوى المقيدة بالسجل العام تحت رقم 953 / 2005، محكمة باب بن غشير

الجزئية " الدائرة الشرعية"، حكم رقم 236 / 2006، 11 فبراير 2006م، نسخة حكم غير منشور؛ والدعوى

المقيدة تحت رقم 519 / 2009، محكمة المدينة الجزئية " الدائرة الأولى للأحوال الشخصية - غوط الشغال"،

حكم رقم 532 / 2009، 1 نوفمبر 2009م، نسخة حكم غير منشور.

³⁶- يُنظر على سبيل المثال: الدعوى المقيدة تحت رقم 486 / 2008، محكمة باب بن غشير الجزئية " الدائرة

الشرعية الأولى - أبو سليم"، حكم رقم 78 / 2010، 10 يناير 2010م، نسخة حكم غير منشور؛ و الدعوى

المقيدة بالسجل العام تحت رقم 579 / 2008، محكمة باب بن غشير الجزئية " الدائرة الشرعية الثالثة - أبو

سليم"، حكم رقم 149 / 2009، 26 مارس 2009م، نسخة حكم غير منشور.

دون بيان للمعايير التي على أساسها قُدِّرَ هذا التعويض بحيث يمكن اعتباره مُناسباً لجبر الضرر الواقع على المضرور. المبالغ المحكوم بها من قِبَلِ قُضاة الموضوع والتي تتراوح في المتوسط ما بين 500 دينار و 1500 دينار⁽³⁸⁾ تقتقر إلى معايير واضحة تُبنى على أساسها قيمة هذه المبالغ؛ لكي تستطيع أن تعكس بالفعل التناسب ما بين الضرر الواقع على المرأة المتضررة والتعويض الجابر له.

المعالجة المقترحة. لا شك أنّ إرساء المحكمة العليا لمبدأ تعميم الحق في التعويض عن الضرر الناتج عن الطلاق - عند ثبوت وجود " الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما"⁽³⁹⁾ - أسس لقاعدة مهمة تخص أثراً مالياً من آثار إنهاء الزواج أياً كان سببه. في المقابل فإنّ هذا المبدأ وغيره من المبادئ التي أقرتها المحكمة ذاتها ينبغي أن يُدعمَ بمعايير تُلزمُ قاضي الموضوع بأن يأخذها بعين الاعتبار؛ لكي يكون تقديره لقيمة التعويض مبني على أسس أقرب إلى التقدير الحقيقي لا الجزافي للمبلغ المحكوم به للزوجة بهذا الخصوص. فإذا ما ثبت أنّ

³⁷- يُنظر على سبيل المثال: الدعوى المقيدة بالسجل العام تحت رقم 722 / 2006، محكمة باب بن غشير الجزئية " الدائرة الأولى - شرعي"، 27 يناير 2007 م، نسخة حكم غير منشورة.

³⁸- يُنظر على سبيل المثال: الدعوى المقيدة بالسجل العام تحت رقم 13 / 2001، محكمة الأصابعة الجزئية " دائرة الأحوال الشخصية"، 17 ديسمبر 2002م؛ والدعوى المقيدة بالسجل العام تحت رقم 722 / 2006، محكمة باب بن غشير الجزئية " الدائرة الأولى - شرعي"، 27 يناير 2007 م؛ والدعوى المقيدة بالسجل العام تحت رقم 953 / 2005، محكمة باب بن غشير الجزئية " الدائرة الشرعية"، حكم رقم 236 / 2006، 11 فبراير 2006م؛ والدعوى المقيدة تحت رقم 525 / 2008 سوق الجمعة، المنظورة أمام محكمة سوق الجمعة الجزئية " الدائرة الشرعية الثانية"، حكم رقم 39 / 2009، 14 يناير 2009م، نسخ أحكام غير منشورة.

³⁹ م. ع. ل، طعن أحوال شخصية رقم: 25 / 53 ق، بتاريخ 1 فبراير 2007م، نسخة حكم غير منشورة.

الطلاق قد سبب للزوجة ضرراً مادياً أو معنوياً فإنه لا بد من أن يأخذ القاضي بعين الاعتبار عدداً من العناصر التي يجب أن تدخل في تقدير مبلغ التعويض ليكون المبلغ المحكوم به جابراً للضرر بشكل حقيقي. هذا الأمر يمكن الوصول إليه من خلال تقدير مبلغ التعويض في ضوء العناصر التالية:

- ما قدمته الزوجة من مساعدة مالية أو معنوية أو خدمية للزوج أثناء فترة الحياة الزوجية: كمساهمتها في الإنفاق على الأسرة من مكتسباتها و أملاكها الخاصة، و كمساعدتها المعنوية لزوجها في أوقات عصيبة مرت عليه وما قدمته من تضحيات ودعم معنوي له. في أحيان أخرى تسهم الزوجة في تنمية مال زوجها بخدمات تقوم بها داخل البيت لمصلحة الزوج ولا تتعلق بشؤون البيت وإنما تتعلق بتجارته وعمله الخارجي الذي يجني منه أموالاً تشكل دخله أو جزءاً منه ولعدة سنوات. وفي هذه الحالة يجب أن يؤخذ في الاعتبار هذه الخدمات التي قدمتها الزوجة لزوجها عند تقدير التعويض المحكوم به.

- مدة الزواج: طول و قصر مدة الزواج أيضاً ينبغي أن تدخل في حسابان القاضي عند تقدير مبلغ التعويض المحكوم به للزوجة. فطلاق الزوجة بعد فترة وجيزة جداً من الزواج في مجتمع محافظ له بالغ الأثر على الزوجة و سمعتها.

- عمر المرأة وعدد الأبناء الذين أنجبتهم الزوجة ينبغي أن يدخل أيضاً في تقدير مبلغ التعويض، فهذا العنصر يمكن أن يُحدّد ما عسى أن يكون للزوجة من حظوظ في التزوج مرة أخرى.

- مدى فرص الزوجة في الحصول على عمل: ففي بعض الأحيان تترك الزوجة عملها الحكومي لتتفرغ لأسرتها وتجد صعوبة في الحصول على قرار تعيين جديد يُمكنها من العودة إلى عملها السابق أو حتى الحصول على عمل آخر في القطاع الخاص. في أحيان أخرى عمر الزوجة نفسه أو عدم حصولها على مؤهل علمي يُقلل من فرص حصولها على العمل.

في المقابل فإنّ تقدير التعويض بهذه المعايير المقترحة يجب أن لا يأخذ بعين الاعتبار النقاط التالية:

- مستحقات الزوجة المالية المترتبة على الزواج والطلاق: فلا تلازم بين استحقاق المطلقة لما يترتب على الزواج والطلاق من تبعات مالية يلزم بها الزوج المطلق والمتمثلة في مؤخر الصداق، ومتعة الطلاق وبين استحقاق التعويض. فلا يمكن اعتبار هذه الحقوق بمثابة تعويض للزوجة يُغني عن التعويض عن الضرر الذي يلحق بها والناجم عن الطلاق. وباختصار وكما تؤكد المحكمة العليا على ذلك: " الحكم بالحقوق الزوجية [المذكورة] وهي حقوق مترتبة على عقد الزواج لا علاقة له بتقرير التعويض وتقديره، [...] وإثما المعول عليه في هذا الشأن هو وقوع الضرر ومقداره"⁽⁴⁰⁾.

- حالة الزوجة المادية: فكون الزوجة غنية أو فقيرة لا ينبغي أن يؤخذ بعين الاعتبار أيضاً عند تقدير التعويض؛ لأنّ هذا الأخير لا يُستحق تبعاً للحالة المالية للزوجة وإنما يكون بسبب وجود الضرر وما دام الأمر كذلك تستوي في استحقاقه

⁴⁰ - م. ع. ل، طعن أحوال شخصية رقم 08 / 55 ق، بتاريخ 19 يونيو 2008م، نسخة حكم غير منشورة.

الزوجة الغنية والفقيرة. بمعنى آخر، التعويض لا يُستحق لأنّ الزوجة سيلحقها بؤس وفاقاة من الطلاق كما تنص على ذلك بعض قوانين الأحوال الشخصية العربية⁽⁴¹⁾، وإتّما يُستحق لوجود الضرر وبسببه. وعليه فإنّ غنى الزوجة وفقرها ليس سبباً لاستحقاق التعويض، وليس معياراً لتقديره بأي حال من الأحوال. كما أنّ التعويض هنا ليس جبراً لخطر المرأة⁽⁴²⁾، وإتّما جبراً للضرر الذي وقع عليها من الطلاق.

⁴¹ - تنص المادة 117 من قانون الأحوال الشخصية السوري رقم (59) لسنة 1953 والمعدّل بالقانون رقم (34) لسنة 1975 على " إذا طلق الرجل زوجته وتبيّن للقاضي أنّ الزوج متعسف في طلاقها دون ما سبب معقول وأنّ الزوجة سيُصيبها بذلك بؤس وفاقاة جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلّقها بحسب حاله ودرجة تعسفه بتعويض لا يتجاوز مبلغ نفقة ثلاث سنوات لأمثالها فوق نفقة العدة وللقاضي أن يجعل دفع هذا التعويض جملة أو شهرياً بحسب مقتضى الحال.". كما نصّ الفصل 31 من مجلّة الأحوال الشخصية التونسية على تعويض المرأة " عن الضرر المادي بجراية تدفع لها بعد انقضاء العدة مشاهرة وبالحدود على قدر ما اعتادته من العيش في ظل الحياة الزوجية بما في ذلك المسكن وهذه الجراية قابلة للمراجعة ارتقاعاً وانخفاضاً بحسب ما يطرأ من متغيرات وتستمر إلى أن تُتوفى المفارقة أو يتغيّر وضعها الاجتماعي بزواج جديد أو بحصولها على ما تكون معه في غنى عن الجراية [...]".

⁴² - يُلاحظ على ديباجة بعض الأحكام الصادرة عن محاكم الموضوع أنّ القضاة على الرغم من اعتبارهم بأنّ " مناط التعويض هو وجود ضرر للطرف الآخر الذي وقع عليه الطلاق"، إلّا أنّهم في المقابل يعيرون بأن المحكمة تستجيب لطلب المرأة المتعلق بالتعويض عن الضرر الناتج عن الطلاق ومن ثمّ تقضي لها به " جبراً لخطورها". في الحكم ذاته أيضاً تقضي المحكمة للمرأة بحقّها في متعة الطلاق وتُبزّر ذلك بالقول: " إنّ الطلاق كان بسبب من الزوج ممّا يتعيّن معه القضاء لها بمتعة طلاق تطبيقاً لخطورها". يُنظر على سبيل المثال: الحكم رقم 39/2009 الصادر عن محكمة سوق الجمعة الجزئية " الدائرة الشرعية الثانية"، بتاريخ 14 يناير 2009م، دعوى مقيدة بالسجل العام تحت رقم 525/2008م، نسخة حكم غير منشور. يُنظر أيضاً الحكم رقم 785/2008م، الصادر عن محكمة سوق الجمعة الجزئية " الدائرة الشرعية الثانية"، بتاريخ 31 ديسمبر 2008م، دعوى مقيدة بالسجل العام تحت رقم 332/2008م.

– حالة الزوج المادية؛ لأن التعويض هنا يكون لوجود خطأ نتج عنه ضرر وبالتالي ينبغي جبر الضرر بحسب جسامته لا بحسب الحالة المادية للمتسبب فيه. وهو ما أكدت عليه المحكمة العليا بالقول: إن " تقدير مبلغ التعويض إنما يكون بحسب جسامه الضرر، ولا علاقة له بحالة المتسبب فيه"⁽⁴³⁾. ف" عدم [قدرة الملزم بالتعويض] على دفع التعويض لا يمنع المحكمة من تقديره والقضاء به[...]. ولا يتوقف القضاء به وتقديره على حالة المتسبب فيه يسراً وعسراً"⁽⁴⁴⁾.

(2) مساهمة المرأة بمالها الخاص - كلياً أو جزئياً - في شراء عقار أو منقول أو في استثمارٍ يُسجَل باسم الزوج .

استقلال الذمة المالية بين الزوجين هو النظام المالي الذي أقرته الشريعة الإسلامية، فلا يحق لأي من الزوجين أن يتصرف في أموال الآخر دون رضاه أو أن يمنعه من التصرف فيه كما يشاء. الزوجة - باعتبارها المعنية في هذا المقال - لها ذمتها المالية المستقلة التي تمنحها الحق في التملك والتصرف بما تكسبه من مال ناتج عن عملها أو ثروتها الخاصة دون سلطان عليها من الزوج. ومن ثم فلا ولاية لهذا الأخير على أموال زوجته، ولا يحق له أن يتصرف في أموالها أو أن يديرها دون رضاها، كما لا يحق له أن يمنعه من التصرف فيما تملك من مال. المشرع الليبي في القانون رقم (10) أشار أيضاً إلى هذا الحق في المادة 17/ب

⁴³- م. ع. ل، طعن أحوال شخصية رقم: 22 / 51 ق، بتاريخ 18 نوفمبر 2004 م، مجموعة أحكام المحكمة العليا "قضاء الأحوال الشخصية"، ص 331.

⁴⁴- م. ع. ل، طعن أحوال شخصية رقم: 15 / 50 ق بتاريخ 26 يونيو 2003م، مجموعة أحكام المحكمة العليا "قضاء الأحوال الشخصية"، ص 182.

والتي تنصّ على أنّ من حقوق الزوجة على زوجها: " عدم التعرّض لأموالها الخاصّة بها، فلها أن تتصرّف فيها كما تشاء". ولكن الأحكام الشرعية شيء والواقع شيء آخر، فهذا الأخير يشهد على أنّ انفصال الذمة المالية بين الزوجين هو انفصال تتجاوزه ممارسات واقعيّة وقانونية.

طرح الإشكاليّة. مع تطور الحياة داخل المجتمع الليبي أصبح للزوجة

دور مهم في دخل ومصادر الأسرة المالية، بل في أحيان عدّة هي رب العائلة الحقيقي الذي يقوم بالإنفاق على الأسرة (زوجاً وأولاداً). وبالمجمل، فإنّ عمل المرأة ومشاركتها في نفقات الأسرة أصبح واقعاً عملياً لا يمكن إنكاره بأي حال من الأحوال. الزوجة قد تُساهم بمالها الخاص⁽⁴⁵⁾ في بناء أو شراء بيت الزوجية أو حتى سيارة، سواء بقسط من المبلغ و في بعض الأحيان بكامل مبلغ الشراء، ويتم تسجيل هذا المسكن أو السيارة باسم الزوج. في أحيان أخرى تعطي الزوجة لزوجها أثناء قيام الحياة الزوجيّة مبلغاً من مالها الخاص ويقوم الزوج باستخدامه لخاصّة نفسه في استثمار دون أن يُشركها في ملكيّة هذا الاستثمار. وإذا كان الواقع العملي في صورته هذه لا يعد إشكاليّة في ذاته، فإنّ إشكالات تتفرّع عنه وتظهر عند حصول فرقة بين الزوجين بالطلاق أو بوفاة الزوج؛ إذ تصبح الزوجة في هذه الحالة الأخيرة وارثاً من بين الورثة فتستحق الربع أو الثمن - حسب حالها- مع أنّها في حقيقة الأمر هي مالك لهذا العقار أو المنقول أو الاستثمار كلياً أو جزئياً. في أحيان أخرى تظهر هذه الإشكالية عند الطلاق وبخاصة عندما يُطلق الزوج زوجته

⁴⁵ - سواء كان هذا المال مرتباً، أو مصوغات ذهبية اكتسبتها من صداقها أو مبلغاً ورثته من تركة قريب لها.

بإرادته المنفردة تعسفاً، أو حتى مع وجود سبب يدعو إلى الطلاق. في هذه الحالة تجد الزوجة التي ساهمت بمالها الخاص في شراء هذا العقار أو المنقول أو ساهمت في هذا الاستثمار محرومة من تملك أو الاستفادة بما اشترته أو ساهمت في استثماره. بعض الأحكام القضائية تشهد على واقع هذه الإشكالية؛ إذ يعتبر القضاء ما قامت به المرأة من مساهمة بمالها الخاص هو تبرع لا يمكن الرجوع عنه. في حكم صادر مثلاً عن محكمة باب بن غشير الجزئية قضت المحكمة قائلة: " عن المصوغات الذهبية، وحيث أنّ المدّعية أقرّت بأنّها قامت هي وزوجها بالتصرّف في تلك المصوغات بالبيع، وحيث أنّ المدّعية في حياتها الزوجية قام الزوج ببيعها بفيد ذلك بأنّ المدّعية رغبة منها في مساعدة زوجها في البيت، ففي هذه الحالة لا يجوز الرجوع عن رغبتها ممّا يتعيّن بالتالي القضاء برفض الطلب [...] "(46).

في الواقع، وفي ظلّ علاقة لها من الخصوصية ما يمنع الزوجة بالذات من الاحتفاظ بوسيلة لإثبات حقوقها بتوثيق ذلك بشكل رسمي، ومع تقاليد اجتماعية تقضي بانفراد الزوج بملكية ما حُقّق بمجهود مشترك - باعتباره رب العائلة وأنّ واجب النفقة يقع على عاتقه أصالة- تُعدّ مسألة مساهمة المرأة بمالها الخاص في شراء ما يُسجّل باسم الزوج إشكالية تواجه المرأة وتهضم حقوقها، الأمر الذي يقتضي معالجته بحلول مناسبة وعادلة.

⁴⁶ - حكم رقم 149 / 2009م الصادر بتاريخ 26 مارس 2009م عن محكمة باب بن غشير الجزئية " الدائرة الشرعية الثالثة - أبو سليم "، دعوى مقيدة بالسجل العام تحت رقم 2008/579م. نسخة حكم غير منشور.

المعالجة المقترحة. لا شك بأنّ توعية المرأة بشؤون التوثيق القانونيّة عند إعطائها لأي مال لزوجها سيضمن لها حقّها دون حاجة إلى شيء آخر يضمنه لها القانون. ولكن هذا لا يعني عدم تدخّل المشرّع لحماية المرأة التي تغفل عن توثيق حقها في الشيء الذي شاركت في شرائه - عقاراً كان أم منقولاً - أو ما ساهمت به في استثمار ما وسُجّل باسم الزوج. بعض قوانين الأحوال الشخصية العربيّة تقترح لحلّ هذه الإشكاليّة نظام الاشتراك المالي في الأملاك بين الزوجين⁽⁴⁷⁾ وإن بشكل اختياري و برضى من المُقبّلين على الزواج⁽⁴⁸⁾. ولكن هذا الأمر له محاذيره في مجتمعاتنا المحافظة بعامّة وفي المجتمع الليبيّ بخاصة؛ لأنّ الاشتراك المالي بين الزوجين قد يكون سبباً للمشاكل بين الزوجين أكثر منه حلاً لها. فحسبة الربح والخسارة قد يترتّب عليها ظلم للزوجة التي قد تخشى أن تناقش في هذه المسائل خوفاً من المشاكل الأسريّة أو من طلاق الزوج لها إن هي جادلت في ذلك. وبالتالي فإنّ نظام الاشتراك المالي بين الزوجين لا يستطيع أن يكون حلاً ناجعاً

⁴⁷- وصورة هذا النظام أنه عقد يُنظم العلاقة المالية بين الزوجين أثناء قيام الحياة الزوجية وبعدها، ويُبيّن مقدار اشتراك كل واحد منهما في نفقات المعيشة الزوجيّة، ويهدف في المجمل إلى جعل العقار أو المال المشترك بين الزوجين والمكتسب بمجهودهما معاً مُلكاً مشتركاً بينهما. لمعلومات أوفى حول هذا الموضوع يُنظر: الكعبي، خليفة علي، نظام الاشتراك المالي بين الزوجين وتكييفه الشرعي، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمّان، ط1، 2010م؛ والتليبي، شيماء، نظام الملكية المشتركة بين الزوجين " دراسة مقارنة"، صفحات للدراسات والنشر، دمشق - سوريا، ط1، 2008م.

⁴⁸- ومن ذلك القانون التونسي رقم (94) لسنة 1998 والمؤرخ في 9 نوفمبر 1998 والمتعلّق بنظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين. والمادة 73 من قانون الأسرة الجزائري المعدّل بالأمر رقم 05 / 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005م. والمادة 49 من مدونة الأسرة المغربيّة الصادرة في العام 2004م.

في المجتمع الليبي - على الأقل - لمسألة اشتراك المرأة في تملك ما يُسجّل باسم الزوج. كما أنّ هذا النظام لا يُقدّم حلاً للزوجين اللذين لم يتفقوا عليه إذا ما افترضنا أنّ هناك من الأزواج من نظّم العلاقة المالية بينهم بإبرام عقد بينهم بهذا الخصوص. لعلّ حلاً آخر أكثر ملاءمة يمكن أن يُعالج الإشكالية المطروحة ويتمثّل في إعطاء المرأة الحق في الاشتراك في ملكية ما ساهمت في شراءه أو استثماره بمالها الخاص عند حصول الفرقة بينها وبين زوجها لأي سبب من الأسباب. في الحقيقة، إنّ دفع الزوجة لِمالٍ لشراء منزل أو سيارة أو لاستثمار يُسجّل باسم الزوج لا يخلو الأساس فيه أو السبب الدافع إليه لديها من إحدى فرضيتين: الأولى أن تكون مُكرهة ولو ضمناً على دفع المال؛ كي لا تتعكّر الحياة الزوجية مع زوجها و خوفاً من بطش هذا الأخير أو طلاقه. ففي هذه الفرضية يُعدّ ما أخذه الزوج من زوجته أخذاً للمال بالباطل الأمر الذي يُعطي الزوجة الحق في تملك ما سُجّل باسم الزوج أو على الأقل استرداد مالها عند المطالبة به وهذا سواء حال قيام الزوجية أو عند فسخها. ولا شكّ بأنّ هذا يحقّق قيمة العدل التي هي إحدى القيم التي جاءت بها الشريعة الإسلامية، وما يترتب على ذلك من إعادة الحقوق لأصحابها وهي الزوجة في هذه الحالة. أمّا الفرضية الثانية فهي أن تكون الزوجة أعطت المال من تلقاء نفسها و دون إكراه من الزوج ولكن في هذه الحالة أعطت المال على أساس أن ما سيُشترى أو سيُستثمر سيعود بالفائدة عليها وعلى أبنائها في ظلّ علاقة زوجية ستستمرّ مع الزوج وإلا لما أعطت هذا المال لزوجها. بمعنى آخر، في هذه الحالة يمكن ملاحظة أنّ هناك شرطاً ملحوظاً وإن لم يُدوّن بين الزوجين في وثيقة رسمية ويتمثّل في أنّ الزوجة حين أعطت المال للتصرف فيه من قِبَل زوجها إنّما أعطته في مقابل الانتفاع

بالمسكن - مثلاً - ما دامت الحياة الزوجية بينها وبين زوجها قائمة. الزوجة هنا عند إعطاء المال لزوجها ما أعطته إلا وهي تفترض أنها ستنتفع بما سيشتري بهذا المال مع زوجها و أولادها - في حال وجود أولاد لها منه - وبالتالي يفترض أنّ بين الزوجين شرطاً ضمنياً مقدر وهو أن تستفيد الزوجة من هذا العقار الذي ساهمت في شرائه - جزئياً أو كلياً - لا أن تجد نفسها محرومة من الاستفادة منه. فإذا لم يتحقق للمرأة هذا الشرط اختلّ الأساس الذي أعطت بناءً عليه الزوجة المال في هذه الحالة، أي اختل رضا المرأة الذي على أساسه أعطت المال للزوج. وبالتالي لا يمكن القول بأن ما أعطته الزوجة في هذه الحالة يُعدّ تبرعاً لا يمكن الرجوع عنه؛ لأن ما أعطته وإن كان هبة فإنها مقترنة بشرط ضمني وهو أن تنتفع بما ساهمت في شرائه وإن لم يوثق أو يُذكر صراحة بين الزوجين، فإذا لم يتحقق هذا الشرط كان للزوجة الحق في أن تكون شريكة لزوجها في تملك ما تم شراؤه أو استثماره بمالها وبنسبة ما أعطته من مال لزوجها عند حصول الفرقة بينها و بين زوجها لأي سبب من الأسباب، وفي أسوأ الاحوال الرجوع على زوجها فيما أعطته له من مال. فإذا ما أثبتت الزوجة بأي وسيلة من وسائل الإثبات مساهمتها في شراء أو استثمار ما سُجّل باسم الزوج كان لها الحق في أحد هذين الأمرين. جدير بالذكر أنّ للإمام أحمد رواية بخصوص المرأة التي تهب صداقها أو مالاً لها لزوجها يقول فيها: " إن كان سألها ذلك ردّه إليها، رَضِيَتْ أو كَرِهَتْ؛ لأنّها لا تَهَبُ له إلا مخافة غضبه أو إضرار بها بأن يتزوَّج عليها"⁽⁴⁹⁾.

⁴⁹ - يقول ابن قدامة: "[...] اختلفت الرواية عن أحمد في هبة المرأة زوجها، فعنه، لا رجوع لها.[...] وعنه رواية ثانية، لها الرجوع. قال الأثرم: سمعت أحمد يُسأل عن المرأة تهب ثم ترجع، فرأيته يجعل النساء غير

وممّا تجدر الإشارة إليه - أخيراً - في هذا المقام هو أنّ مجمع الفقه الإسلامي قد تدارس - ومنذ سنوات مضت - هذه المسألة - أي مشاركة الزوجة في شراء عقار أو منقول يُسجّل باسم الزوج - وقرّر: " [...] إذا أسهمت الزوجة فعلياً من مالها، أو كسب عملها في تملك مسكن أو عقار أو مشروع تجاري، فإنّ لها الحق في الاشتراك في ملكية ذلك المسكن أو المشروع بنسبة المال الذي أسهمت به." (50).

الرجال، [...]». وذكر حديث عمر: إنّ النساء يُعطين أزواجهن رغبة ورهبة، فأبما امرأة أعطت زوجها شيئاً ثم أرادت أن تعترضه فهي أحقّ به [...]». وهذا قول شريح، والشَّعْبِيّ وحكاه الزُّهْرِيّ عن القضاة. وعنه رواية ثالثة، نقلها عنه أبو طالب: إذا وهبت له مهرها، فإن سألها ذلك ردّه إليها، رضيت أو كرهت؛ لأنّها لا تهب إلا مخافة غضبه أو إضرار بأن يتزوج عليها، وإن لم يكن سألها وتبرّعت به [...]»، فهو جائز. فظاهر هذه الرواية، أنّه متى كانت مع الهبة قرينة من مسألته لها، أو غضب عليها، أو ما يدلّ على خوفها منه، فلها الرجوع؛ لأنّ شاهد الحال يدلّ على أنّها لم تطب به نفساً، وإنّما أباحه الله تعالى عند طيب نفسها بقوله تعالى: ﴿فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً﴾. ابن قدامة، عبد الحمّن بن محمد، الشرح الكبير، هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، ط1، 1995م، تح: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ج17، ص101 وما بعدها " مسألة: 2624" (مطبوع مع كتاب المقنع).

⁵⁰ - مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته السادسة عشرة بدبي (دولة الإمارات)، 30 صفر - 5 ربيع الأول 1426 هـ، الموافق 9 - 14 نيسان (أبريل) 2005م، قرار رقم 144 (16/2)، البند السادس المعنون له بـ: " اشتراك الزوجة في التملك".

الخاتمة

هي إذاً إشكالات لا إشكالية واحدة فقط تلك التي تواجهها المرأة الليبية في الواقع العملي اليوم وترتبط بالزواج والطلاق وآثارهما. ما عُرض هنا يُعدُّ نموذجاً بسيطاً لما يعجّ به هذا الواقع من إشكالات تتوّعت بتنوّع مواضيعها والتي تفرض على المشرّع ضرورة التدخّل لمعالجتها بما يضمن تحقيق حماية تشريعية أفضل للمرأة، وذلك بتطوير المنظومة التشريعية المتعلقة بالأسرة. إنّ ما قدّم من معالجات في هذا المقال يهدف إلى المساهمة في تطوير جانب مهم من أحكام الأسرة ويُحاول تقديم أفضل ما يمكن تقديمه بخصوص الموضوعات التي تم تناولها. الإصلاح المرجو والمقدّم في صورة مقترحات يُمكن أن يُسهم - ولو بشكل جزئي - في تغيير الواقع العملي الذي تعاني منه الأسرة الليبية بل والمجتمع الليبي بأسره على اعتبار أنّ ما يُؤثر على واقع المرأة يُؤثر بالضرورة على واقع الأسرة التي هي لبنة المجتمع الأولى ونواته. وأياً ما يكن من أمر و سواء اتّفق مع هذه المعالجات المقترحة أم لم يتّفق فهو اجتهاد شخصي يستند على السياسة الشرعية التي " تقوم على المواءمة، والتوفيق بين مصلحة الأصل من النصوص، وما يقتضيه إصلاح الواقع بظروفه الملائمة، أو الإتيان بحكم مناسب يُجتهد فيه، يُؤثر في معالجة الواقع."⁽⁵¹⁾.

⁵¹-الكيلاني، عبد الله إبراهيم زيد، السياسة الشرعية: مدخل إلى تجديد الخطاب الإسلامي، دار الفرقان للنشر

والتوزيع، عمّان و المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ط1، 2009 م، ص20.



وما كان اجتهاداً ونظراً يُؤخذ منه ويُرد، ولا أجد أفضل ما أختتم به في هذا المقام إلا قول الإمام أبي حنيفة: " هذا الذي نحن فيه رأي، لا نُجبر أحداً عليه، ولا نقول: يجب على أحد قبوله بکراهية، فمن كان عنده شيء أحسن منه فليأت به" (52).

⁵²- يُنظر: ابن عبد البر، أبو عمر يوسف، الانتقاء في فضائل الثلاثة الأئمة الفضلاء (مالك والشافعي وأبي حنيفة رضي الله عنهم)، مكتبة القدسي، القاهرة، 1350هـ، ص140.

ثبت المصادر، والمراجع

أولاً: القوانين

1. القانون رقم (10) لسنة 1984م بشأن الأحكام الخاصّة بالزواج والطلاق وآثارهما.
2. القانون رقم (22) لسنة 1991م بتعديل المادتين 13، 39 من القانون رقم (10) لسنة 1984م.
3. القانون رقم (14) لسنة 2015م بتعديل بعض أحكام القانون رقم (10) لسنة 1984م بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهما.
4. القانون المصري رقم رقم (1) لسنة 2000 م.
5. القانون الأردني المؤقت رقم (36) لسنة 2010م.
6. قانون الأسرة القطري رقم (22) لسنة 2006م.
7. القانون التونسي رقم (94) لسنة 1998 والمؤرخ في 9 نوفمبر 1998 والمتعلق بنظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين.
8. قانون الأسرة الجزائري المعدّل بالأمر رقم 05 / 02، المؤرخ في 27 فبراير 2005م.
9. مدونة الأسرة المغربية الصادرة في العام 2004م.

ثانياً: الأحكام القضائية

أ. أحكام المحكمة العليا

1. أحكام المحكمة العليا المنشورة في مجموعة أحكام المحكمة العليا "قضاء الأحوال الشخصية":

- طعن أحوال شخصية رقم: 67 / 52 ق، بتاريخ 02 فبراير 2006، ص 69.

— طعن أحوال شخصية رقم: 22 / 51 ق، بتاريخ 18 نوفمبر 2004 م، ص 331.

- طعن أحوال شخصية رقم: 41 / 50 ق، بتاريخ 11 مارس 2004م، ص 253.

- طعن أحوال شخصية رقم: 15 / 50 ق بتاريخ 26 يونيو 2003م، ص 182.

2. أحكام المحكمة العليا في نسخ غير منشورة

- م. ع. ل، طعن دستوري رقم: 3 لسنة 59 ق، بتاريخ 05 فبراير 2013م.

- طعن أحوال شخصية رقم: 19 / 55 ق، بتاريخ 20 نوفمبر 2008م.

- طعن أحوال شخصية رقم: 36/49 ق، بتاريخ 13 مارس 2003م.

- طعن أحوال شخصية رقم: 37/44 ق، بتاريخ 30 يوليو 1998م.

- طعن أحوال شخصية رقم: 52 / 54 ق، بتاريخ 22 مايو 2008م.

- طعن أحوال شخصيّة رقم: 25 / 53 ق، بتاريخ 1 فبراير 2007م.

- طعن أحوال شخصيّة رقم: 08 / 55 ق، بتاريخ 19 يونيو 2008م.

ب. أحكام محاكم الموضوع غير المنشورة

- حكم رقم: 32 / 2013، صادر عن محكمة زليتن الابتدائية المدنية " الدائرة الاستئنافية"، بتاريخ: 10 نوفمبر 2013م، استئناف مقيد بالسجل العام تحت رقم: 16 / 2013م.

- حكم رقم: 236 / 2006، صادر عن محكمة باب بن غشير الجزئية " الدائرة الشرعية"، بتاريخ 11 فبراير 2006م، دعوى مقيدة بالسجل العام تحت رقم: 953 / 2005.

- حكم رقم: 532 / 2009، صادر عن محكمة المدينة الجزئية " الدائرة الأولى للأحوال الشخصية - غوط الشعال"، بتاريخ 1 نوفمبر 2009م، دعوى مقيدة تحت رقم: 519 / 2009.

- حكم رقم: 78 / 2010، صادر عن محكمة باب بن غشير الجزئية " الدائرة الشرعية الأولى - أبو سليم"، بتاريخ 10 يناير 2010م، دعوى مقيدة تحت رقم: 486 / 2008.

- حكم رقم: 149 / 2009، صادر عن محكمة باب بن غشير الجزئية " الدائرة الشرعية الثالثة - أبو سليم"، بتاريخ 26 مارس 2009م، دعوى مقيدة بالسجل العام تحت رقم: 579 / 2008.

- حكم رقم: 236 / 2006، صادر عن محكمة باب بن غشير الجزئية " الدائرة الشرعية"، بتاريخ 11 فبراير 2006م، دعوى مقيدة بالسجل العام تحت رقم: 953 / 2005م.

- حكم رقم: 39 / 2009، صادر عن محكمة سوق الجمعة الجزئية " الدائرة الشرعية الثانية"، بتاريخ 14 يناير 2009م، دعوى مقيدة تحت رقم: 525 / 2008م.

- حكم رقم: 785 / 2008م، الصادر عن محكمة سوق الجمعة الجزئية " الدائرة الشرعية الثانية"، بتاريخ 31 ديسمبر 2008م، دعوى مقيدة بالسجل العام تحت رقم: 332 / 2008م.

- حكم رقم: 149 / 2009م الصادر بتاريخ 26 مارس 2009م عن محكمة باب بن غشير الجزئية " الدائرة الشرعية الثالثة - أبو سليم"، دعوى مقيدة بالسجل العام تحت رقم: 579 / 2008م.

ثالثاً: الكتب باللغتين العربية، و الفرنسية

- ابن قدامة، عبد الرحمن بن محمد، الشرح الكبير، هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، ط1، 1995م، تح: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ج: 17، " مسألة: 2624" (مطبوع مع كتاب المقنع).

- أبو غدة، حسن، حق المرأة في اشتراط عدم الزواج عليها "دراسة شرعية اجتماعية"، مكتبة الرشد ناشرون، بيروت، ط:1، 2005م.
- الإمام مالك، المدونة الكبرى، دار الكتب العلمية، بيروت، ط:1، 1994، ج: 2.
- التليلي، شيماء، نظام الملكية المشتركة بين الزوجين "دراسة مقارنة"، صفحات للدراسات والنشر، دمشق - سوريا، ط:1، 2008م.
- الجليدي، سعيد، أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما، مطابع عصر الجماهير، الخمس، ط: 2، 1998م، ج: 1.
- الدريد، أحمد بن محمد، الشرح الصغير، دار المعارف، (لا. ط)، (لا. ت)، ج:2.
- العالم، عبد السلام، الزواج والطلاق في القانون الليبي وأسانيده الشرعية، منشورات جامعة قاريونس، بنغازي، ط: 2، 1995م.
- عمارة، محمد، الإسلام والمرأة في رأي الإمام محمد عبده، نهضة مصر للطباعة والنشر والتوزيع، ط:1، 2007م.
- الكعبي، خليفة علي، نظام الاشتراك المالي بين الزوجين وتكييفه الشرعي، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمّان، ط:1، 2010م.

- الكيلاني، عبد الله إبراهيم زيد، السياسة الشرعية: مدخل إلى تجديد الخطاب الإسلامي، دار الفرقان للنشر والتوزيع، عمّان و المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ط:1، 2009 م.

- ALATI (A.), La rupture du mariage par la volonté unilatérale de l'épouse: Étude de législation française et de législation islamique appliquée en pays arabes, vol. I et II, Éditions Universitaires Européennes, 2018.

رابعاً: البحوث، و المقالات

- زبيدة، الهادي، صياغة النص القانوني، مجلة الجامعة الأسمريّة، س: 3، ع: 5، 2005م.

- العاتي، أفراح:

* المخالعة الجبريّة في القانون رقم 10 / 1984م: قراءة استظهارية مقارنة بالقانونين المصري والأردني، مجلة الهدي الإسلامي، منشورات إدارة البحوث والدراسات بوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ليبيا، طرابلس، س: 3، ع: 5، 2013م.

* " أهمية المادة 39 من القانون رقم 10 لسنة 1984م بشأن الزواج والطلاق وآثارهما" لِكَلِّ من الزوجين: قراءة في ضوء تعديل القانون رقم 14 لسنة 2015م ، ورقة بحث مُقدّمة إلى المؤتمر العلمي التّكريمي الثاني الذي نظّمته كليّة القانون/



جامعة طرابلس، يوم الخميس، الموافق 17 نوفمبر 2016م، تكريماً ووفاءً للأستاذ الدكتور: سعيد الجليدي. نُشرت هذه الورقة في العدد السادس من مجلة القانون الصادرة عن كلية القانون/ جامعة طرابلس، (2016/ 2017).

- محسن، صالح، معالم النظام القانوني لتعدد الزوجات في التشريع العربي بين حق المرأة في الاستئثار بزوجها وحق المرأة غير المتزوجة في الحصول على زوج: دراسة في آفاق حقوق الإنسان، مجلة الجامعة الأسمرية، س: 3، ع: 5، 2005م.

خامساً: قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي

- قرار رقم 144 (16/2)، البند السادس المعنون له بـ: " اشتراك الزوجة في التملك"، الصادر عن مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته السادسة عشرة بدبي (دولة الإمارات)، 30 صفر - 5 ربيع الأول 1426 هـ، الموافق: 9 - 14 نيسان (أبريل) 2005م.

الرحمة قيمة إسلامية وفضيلة إنسانية

د. عمر رمضان العبيد*

بسم الله الرحمن الرحيم

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا ، من يهده الله فلا مضل له ، ومن يضلل الله فلا هادي له ، والصلاة والسلام الأتمان الأكملان على سيدنا محمد الرحمة المهداة والنعمة المسداة المبعوث رحمة للعالمين وعلى آله وصحبه أجمعين .

أما بعد :

فإن الرحمة في حقيقتها تتضمن الرقة والرأفة والشفقة ولين الجانب والعاطفة الفياضة بالخير لكل الناس حيث أنها تتجلى ابتداء في وجود البشرية ، وفي نشأتها من حيث لا يعلمون، وفي إعطائهم هذا الوجود الإنساني الكريم بكل ما فيه من خصائص فضّل بها الإنسان على كثير من العالمين ، وتتجلى أيضا في هدايتهم لهذا الدين القويم وسيرهم على الصراط المستقيم، ورحمة الله تفيض على عباده جميعا وتسعهم جميعا وبها يقوم وجودهم وتقوم حياتهم ، وهي تظهر في كل لحظة من لحظات الوجود أو لحظات الحياة للكائنات ، وهي في حياة البشر خاصة فلا نملك أن نتابعها في كل مواضعها ومظاهرها الموجودة في هذا العالم من غير بني الإنسان ولكننا سنذكر منها لمحات في مجالاتها الكثيرة والكبيرة وذلك من خلال ثلاثة مطالب: يتعرض المطلب الأول إلى مظاهر الرحمة في القرآن الكريم، أما

* عضو هيئة التدريس بكلية القانون - جامعة الزيتونة

المطلب الثاني فيتناول الرحمة في السنة النبوية الشريفة، ويشتمل المطلب الثالث على رحمة باقي المخلوقات من طيور وحيوانات.

المطلب الأول

الرحمة في القرآن الكريم

فالقُرآن الكريم رحمة الله لعباده المؤمنين ﴿نُنزِّلُ مِنَ الْقُرْآنِ مَا هُوَ شِفَاءٌ وَرَحْمَةٌ لِّلْمُؤْمِنِينَ وَلَا يَزِيدُ الظَّالِمِينَ إِلَّا خَسَارًا﴾⁽¹⁾ ففي القرآن رحمة لمن خالطت قلوبهم بشاشة الإيمان فأشرقت وتفتحت لتتلقى ما في القرآن من رحمة وطمأنينة وأمان، فالقرآن هو كلام الله الذي لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه تنزيل من حكيم حميد، إنه شفاء ورحمة للمؤمنين أي يذهب ما في قلوبهم من أمراض ومن شك ونفاق وشرك وزيف وميل، فالقرآن يشفي من ذلك كله وهو أيضا رحمة يحصل بها الإيمان والحكمة وطلب الخير والرغبة فيه، وليس هذا إلا لمن آمن به وصدقه واتبعه فإنه يكون شفاء في حقه ورحمة.

وأما الكافر الظالم نفسه بذلك فلا يزيده سماعه القرآن إلا بعدا وكفرا، والآفة من الكافر لا من القرآن⁽²⁾ ﴿وَلَوْ جَعَلْنَاهُ قُرْآنًا أَعْجَمِيًّا لَقَالُوا لَوْلَا فُصِّلَتْ آيَاتُهُ أَأَعْجَمِيٌّ وَعَرَبِيٌّ قُلْ هُوَ لِلَّذِينَ آمَنُوا هُدًى وَشِفَاءٌ وَالَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ فِي آذَانِهِمْ وَقْرٌ وَهُوَ عَلَيْهِمْ عَمًى أُولَئِكَ يُنَادُونَ مِنْ مَّكَانٍ بَعِيدٍ﴾⁽³⁾.

1 - سورة الإسراء، الآية: 82

2 - تفسير القرآن العظيم لابن كثير 59/2.

3 - سورة فصلت: الآية: 44

﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ قَدْ جَاءَكُمْ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَشِفَاءٌ لِمَا فِي الصُّدُورِ وَهُدًى وَرَحْمَةً لِّلْمُؤْمِنِينَ﴾⁽⁴⁾ وما أكثر تكرار وصف القرآن لنفسه بصفة الرحمة وما يلابسها من شفاء ونور وهداية.

ولو اقتصرنا على استقراء معنى الرحمة المرتبط حرفياً بالمادة المعجمية (رح م) لدهشنا لنسبة تكرار حضور هذه المادة، فهي تتوزع صفحات المصحف الشريف كلها، بحيث تبلغ 340 موضعاً، تكاد تكون بعدد أيام السنة، لتبلغ نسبة رحمة قرآنية في كل يوم! ويزيد هذا الأمر رسوخاً أن هذا الرقم يتوزع على 32 تصريحاً واشتقاقاً مما يدل على سعة تداول القرآن الكريم للفظ الرحمة وعظم تصرفها في ثناياه أفعال وأسماء وصفات، بالمفرد والجمع، بالإسناد والإطلاق، منسوبة لله عز وجل في غالب الأحيان ولرسوله وبعض الصالحين في باقي المواقع موجّهة إلى عموم الخلق، وبخصوص بعضهم بدرجات خاصة بها لتحقيقهم بأفعال وصفات خاصة استحقوا بموجبها درجة هذا الاصطفاء⁽⁵⁾.

ويبرز في هذا الحقل اللغوي الاشتقائي البديع للرحمة في القرآن، حضور لافئ للنظر لكلمتي رحمن (157 موقعا) ورحيم (95 موقعا). وهما من أبرز أسماء الله الحسنى وأشهرها بعد لفظ الجلالة (الله)، وقد ورد ذكرهما في القرآن الكريم في جميع فواتح السور (بسم الله الرحمن الرحيم) ما عدا سورة التوبة التي نزلت دون البسملة، كما ذكر اسم الرحمن واسم الرحيم منفصلين في كثير من الآيات القرآنية، والمصلى يردد هذين الاسمين في صلاته المكتوبة ما لا يقل عن أربع وثلاثين مرة في اليوم فهو كلما أدى ركعة قرأ فاتحة الكتاب ﴿الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ

4 - سورة يونس: الآية: 57

5 - مجلة كلية الدعوة الإسلامية: العدد 22: ص 12.

الْعَالَمِينَ (2) الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ (3) ﴿⁶ وهي سبع عشرة ركعة في الصلوات الخمس المفروضة على المسلم في يومه وليلته فإذا أدى السنن زاد في ذلك، والرحمن أخص من الرحيم وأكثر مبالغة منه ولذلك لا يسمّى به غير الله تعالى: ﴿قُلِ ادْعُوا اللَّهَ أَوْ ادْعُوا الرَّحْمَنَ أَيًّا مَا تَدْعُوا فَلَهُ الْأَسْمَاءُ الْحُسْنَى وَلَا تَجْهَرُوا بِصَلَاتِكُمْ وَلَا تَخَافُوا بِهَا وَابْتَغِ بَيْنَ ذَلِكَ سَبِيلًا﴾ ⁽⁷⁾ ورحمة الرحمن تعم العالمين مؤمنهم وكافرهم، صالحهم وطالحهم، بارهم وفاجرهم؛ أي الخلق أجمعين ، ورحمة الرحيم تخص المؤمنين لقوله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي يُصَلِّي عَلَيْكُمْ وَمَلَائِكَتُهُ لِيُخْرِجَكُم مِّنَ الظُّلُمَاتِ إِلَى النُّورِ وَكَانَ بِالْمُؤْمِنِينَ رَحِيمًا﴾ ⁽⁸⁾ وقيل (الرحمن) من ستر في الدنيا والرحيم من غفر في العقبى، وقال عبدالله بن المبارك (الرحمن) يكشف الكروب و(الرحيم) يغفر الذنوب ⁽⁹⁾. وحين يستعمل القرآن الكريم نادرا صيغة اسم الفاعل ، يشفعها بأن يسند إليها اسم التفضيل ، ويجعلها جمعا مطلقا : ﴿قَالَ رَبِّ اغْفِرْ لِي وَلِأَخِي وَأَدْخِلْنَا فِي رَحْمَتِكَ وَأَنْتَ أَرْحَمُ الرَّاحِمِينَ﴾ ⁽¹⁰⁾.

فإذا انتقل الناظر من اللغة المجردة إلى دلالاتها المضمونية ، يدهشه أن الرحمة تكاد تكون كل شيء إيجابي في القرآن الكريم : أو كل خير أو فضل أو بر أو عمل صالح أو نعمة إلهية أو توفيق رباني أو صدقة أو حسنة أو طاعة في معروف يسميها القرآن رحمة ، أو يعللها بالرحمة ، أو يجعل غايتها الرحمة.

6 - الفاتحة: الآيات: 2-3.

7 - سورة الإسراء: الآية: 110.

8 - سورة الأحزاب: الآية: 43.

9 - المختصر من معاني أسماء الله الحسنى لمحمود سامي:ص14.

10 - سورة الأعراف: الآية: 151.

حتى لا تكاد تكون الرحمة الأول والآخر والظاهر والباطن في النسق التعليلي لتشريع الأحكام والأمر بالأفعال والنهي عن المنكرات .

فالحوي رحمة ﴿ أَوْ تَقُولُوا لَوْ أَنَّا أُنزِلَ عَلَيْنَا الْكِتَابُ لَكُنَّا أَهْدَى مِنْهُمْ فَقَدْ جَاءَكُمْ بَيِّنَةٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَهَدَى وَرَحْمَةً فَمَنْ أَظْلَمُ مِمَّنْ كَذَبَ بِآيَاتِ اللَّهِ وَصَدَفَ عَنْهَا سَنَجْزِي الَّذِينَ يَصْدِفُونَ عَنْ آيَاتِنَا سُوءَ الْعَذَابِ بِمَا كَانُوا يَصْدِفُونَ ﴾¹¹ ، والنبي رحمة ﴿ الَّذِينَ يُؤْذُونَ النَّبِيَّ وَيَقُولُونَ هُوَ أُذُنٌ قُلْ أُذُنٌ خَيْرٌ لَكُمْ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَيُؤْمِنُ لِلْمُؤْمِنِينَ وَرَحْمَةً لِلَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ وَالَّذِينَ يُؤْذُونَ رَسُولَ اللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴾¹² واللين رحمة ﴿ فَبِمَا رَحْمَةٍ مِنَ اللَّهِ لِنْتَ لَهُمْ وَلَوْ كُنْتَ فَظًّا غَلِيظَ الْقَلْبِ لَانْفَضُّوا مِنْ حَوْلِكَ فَاعْفُ عَنْهُمْ وَاسْتَغْفِرْ لَهُمْ وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ فَإِذَا عَزَمْتَ فَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُتَوَكِّلِينَ ﴾¹³

وتتجلى رحمة الله في النجاة من المهالك والتي لا يسلم الإنسان منها مهما اتخذ من الأسباب والوسائل كإلا برحمة من الله¹⁴ ، قال تعالى إخبارا عن نوح عليه السلام في سورة هود: ﴿ وَهِيَ تَجْرِي بِهِمْ فِي مَوْجٍ كَالْجِبَالِ وَنَادَى نُوحٌ ابْنَهُ وَكَانَ فِي مَعْرَلٍ يَا بُنَيَّ ارْكَبْ مَعَنَا وَلَا تَكُنْ مَعَ الْكَافِرِينَ ﴾ (42) قَالَ سَأُوِي إِلَى جَبَلٍ يَعْصِمُنِي مِنَ الْمَاءِ قَالَ لَا عَاصِمَ الْيَوْمَ مِنْ أَمْرِ اللَّهِ إِلَّا مَنْ رَجَمَ وَحَالٍ بَيْنَهُمَا الْمَوْجُ فَكَانَ مِنَ الْمُغْرَقِينَ ﴾ (43)¹⁵

11 - سورة الأنعام: الآية: 157.

12 - سورة التوبة: الآية: 61.

13 - سورة آل عمران: الآية 159.

14 - مجلة كلية الدعوة الإسلامية بشيء من التصرف، العدد 23 لسنة 2006، ص 58.

15 - سورة هود: الآية 42 ، 43.

لقد اتخذ ابن سيدنا نوح من الأسباب ما يظن أنها تتجيه من أمر الله ، فاعتقد أن الطوفان لا يبلغ رؤوس الجبال وأنه لو تعلق في رأس جبل لنجاه ذلك من الغرق ، ولكن سيدنا نوح وهو المدرك لحقيقة هذا الأمر يخبره بأن لا جبال ولا مخابئ ولا حامي ولا واقفي ولا غيرها من الأسباب تنجي من أمر الله إلا من شملته رحمة الله بالعناية والحماية وما أكثر المهالك التي تحيط بنا وتغمرنا من رأسنا حتى أخصص قدمينا ، وما هناك أدنى بصيص في النجاة منها ما لم تشملنا رحمة الله . ورحمة الله وجدها سيدنا إبراهيم عليه السلام حينما ألقاه الكفار في النار فجعلها الله بردا وسلاما عليه ، ووجدها يوسف عليه السلام في الجب ، كما وجدها في السجن ، ووجدها يونس عليه السلام في بطن الحوت ، ووجدها موسى عليه السلام في اليم وهو طفل مجرد من كل قوة ومن كل حراسة ، كما وجدها في قصر فرعون وهو عدو له متربص به ويبحث عنه ، ووجدها الرسول ﷺ وصاحبه في الغار والقوم يتعقبونهما ويقصون آثارهما ، كما وجد هذه الرحمة غيرهم من الأنبياء والرسل فنجاهم الله من مكائد قومهم ومؤامراتهم التي دبرت لهم ، ونصرهم الله على أعدائهم برحمته وهو خير الناصرين ، ﴿إِنَّا لَنَنْصُرُ رُسُلَنَا وَالَّذِينَ آمَنُوا فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَيَوْمَ يَقُومُ الْأَشْهَادُ﴾¹⁶ .

القرآن الكريم واضح بصدد عمومية الرحمة فهو يخاطب الناس جميعا ، لا قوما بعينهم ولا جنسا ولا طبقة بعينها ﴿قُلْ بِفَضْلِ اللَّهِ وَبِرَحْمَتِهِ فَبِذَلِكَ فَلْيَفْرَحُوا هُوَ خَيْرٌ مِمَّا يَجْمَعُونَ﴾¹⁷ إنها رحمة الله واسعة شاملة جامعة، قال عز وجل :

¹⁶ - سورة غافر: الآية: 51.

¹⁷ - سورة يونس: الآية: 58.

﴿وَاكْتُبْنَا لَنَا فِي هَذِهِ الدُّنْيَا حَسَنَةً وَفِي الْآخِرَةِ إِنَّا هُنَا إِلَيْكَ قَالِ عَذَابِي أُصِيبُ بِهِ مَنْ أَشَاءُ وَرَحْمَتِي وَسِعَتْ كُلَّ شَيْءٍ فَسَأَكْتُبُهَا لِلَّذِينَ يَتَّقُونَ وَيُؤْتُونَ الزَّكَاةَ وَالَّذِينَ هُمْ بِآيَاتِنَا يُؤْمِنُونَ﴾¹⁸ تسع العالمين ، آية عظيمة الشمول والعموم كقوله تعالى إخبارا عن حملة العرش ومن حولهم أنهم يقولون: ﴿الَّذِينَ يَحْمِلُونَ الْعَرْشَ وَمَنْ حَوْلَهُ يُسَبِّحُونَ بِحَمْدِ رَبِّهِمْ وَيُؤْمِنُونَ بِهِ وَيَسْتَغْفِرُونَ لِلَّذِينَ آمَنُوا رَبَّنَا وَسِعْتَ كُلَّ شَيْءٍ رَحْمَةً وَعِلْمًا فَاغْفِرْ لِلَّذِينَ تَابُوا وَاتَّبَعُوا سَبِيلَكَ وَقِهِمْ عَذَابَ الْجَحِيمِ﴾¹⁹. ورحمة الله جل وعلا بجميع خلقه أوسع وأشمل وأكبر من أن تحدد أو يحصيها عدد ولا نهاية لها فسبحانه الرحمن الرحيم.

المطلب الثاني

الرحمة في السنة النبوية المطهرة

فالنبي عليه الصلاة والسلام وهو الرحمة المهداة والنعمة المسداة كان مثلا أعلى في رحمته وفي حسن تعامله مع الناس صغيرهم وكبيرهم مؤمنهم وكافرهم، ولذلك أحبه الناس وآمنوا به والتفوا حوله يجاهدون معه في سبيل الله ﴿فَبِمَا رَحْمَةٍ مِنَ اللَّهِ لِنْتَ لَهُمْ وَلَوْ كُنْتَ فَظًّا غَلِيظَ الْقَلْبِ لَانْتَفَضُوا مِنْ حَوْلِكَ فَاعْفُ عَنْهُمْ وَاسْتَغْفِرْ لَهُمْ وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ فَإِذَا عَزَمْتَ فَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُتَوَكِّلِينَ﴾²⁰ ، خلق وربي وبعث ليكون رحمة للعالمين بشيرا ونذيرا ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا كَافَّةً لِلنَّاسِ بَشِيرًا وَنَذِيرًا وَلَكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ﴾²¹ صنع من الرحمة وجبل على التواضع ، ليقدم للبشرية في آخر عصورها وأقواها و أزهاها

¹⁸ - سورة الأعراف: الآية:156.

¹⁹ - سورة غافر: الآية: 7.

²⁰ - سورة آل عمران: الآية:159.

²¹ - سورة سبأ: الآية: 28.

نموذج الإنسان الكامل الذي أراده الله قدوة للبشر " بنوره يهتدون وعلى سنته يمشون ، حتى لا يكون بعضهم لبعض إلا عوناً في الخير لا الشر وظهيرا في البنا لا الهدم" ²² .

ها هو القرآن يعلنها واضحة صريحة ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾ ²³ فتحدد الغاية من خلق سيد الخلق ومن بعثه بالهدى وتكليفه بالرسالة : إنها رحمة العباد كل العباد بلا تخصيص ولا استثناء . رحمة عامة ، فلا رحمة مع الاستثناء والتخصيص وهذا ما فقهه ابن عباس حيث قصر فضل رسول الله على الأنبياء في الأرض ، كونه بعث للناس كافة ، وبعثوا لأقوامهم خاصة ²⁴ . وهو الفهم الذي يزكيه قوله عليه الصلاة والسلام أوتيت خمسا لم يؤتهن أحد قبلي وبعثت للناس كافة أحمرهم وأسودهم، وبعث الأنبياء من قبلي لأقوامهم خاصة.

عن أبي صالح قال : كان النبي ﷺ يناديهم " يا أيها الناس إنما أنا رحمة مهداة" ²⁵ يكرر النبي ﷺ حقيقة كونه رحمة عالمية حتى تبلغ هذه الحقيقة بالتردد إلى العموم بالإلحاح فتتغرس في وعيهم، كان يخاطب بها العالمين لا قومه فقط، (بأيها الناس) ويعبر بالمصدر لا بالصفة (رحمة) للإطلاق والمبالغة، ويعلمها بدون مقابل مجانا لوجه الله لا يريد بها جزاء ولا شكورا، ولا يطلب مقابلا لها على عظمها نعمة (مهداة) ويستعمل أداة الحصر ليبين أنها رحمة خالصة لا منغص لها ولا شائبة تشوبها (إنما) ويعلن بها ، ويدلل عليها ، ينادي بها (يا أيها)

²² - مجلة كلية الدعوة الإسلامية: ص 39.

²³ - سورة الأنبياء: الآية: 107

²⁴ - رواه الدارمي بسند صحيح

²⁵ - رواه الدارمي بسند مرسل صحيح

ست حقائق عظيمة تجتمع في عبارة موجزة بليغة كي لا يتسرب إلى ورثة رسالته من بعده أي شبهة احتكار أو علو أو إقصاء ، ولا يشك عموم المخاطبين بهذه الرسالة بأنهم مثلهم مثل من سبقهم للإسلام ، أحق بهذه الرحمة وأهلها إلحاح وتعميم وإطلاق وإهداء وخصوص وإعلان : هذه هي الرحمة المحمدية مبذولة لكل طالب حق أو خير²⁶

وقد برزت فضيلة الرحمة في سلوك النبي عليه الصلاة والسلام والتي كانت وراء النجاح العظيم الذي حققه في ميدان الدعوة إذ يقول سبحانه وتعالى: ﴿فَبِمَا رَحْمَةٍ مِنَ اللَّهِ لِنْتَ لَهُمْ وَلَوْ كُنْتَ فَظًّا غَلِيظَ الْقَلْبِ لَانْفَضُّوا مِنْ حَوْلِكَ فَاعْفُ عَنْهُمْ وَاسْتَغْفِرْ لَهُمْ وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ فَإِذَا عَزَمْتَ فَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُتَوَكِّلِينَ﴾²⁷ فهي رحمة الله التي نالته ونالتهم فجعلته ﷺ رحيمًا بهم لنا معهم ، ولو كان فظًا غليظ القلب ما تألفت حوله القلوب ولا تجمعت حوله المشاعر ، فالناس محتاجون لحنف رحيم وإلى رعاية فائقة وإلى بشاشة سمحة وإلى حلم لا يضيق بجهلهم وضعفهم ونقصهم ، في حاجة إلى قلب كبير يعطيهم ولا يأخذ منهم يحمل همومهم ويرعى شؤونهم ، ويجدون عنده دائمًا الاهتمام والرعاية والعطف والسماحة والرضا²⁸ . وهكذا كان رسول الله ﷺ وهكذا كانت حياته مع الناس ما غضب لنفسه قط ولا ضاق صدره بضعفهم البشري ، ولا احتجز لنفسه شيئًا من أعراض الدنيا بل أعطاهم كل ما ملكت يده في سماحة ندية ووسعهم حلمه وعطفه، وما من واحد منهم عاشره أو رآه إلا امتلأ قلبه بحبه نتيجة لما أفاضه

²⁶ - مجلة كلية الدعوة الإسلامية: مصدر سابق، ص 41

²⁷ - سورة آل عمران: الآية: 159.

²⁸ - مجلة الدعوة الإسلامية بشيء من التصرف عدد 23 ص 56

عليه ﷺ من نفسه الكبيرة الرحيبة، وكان هذا كله رحمة من الله به وبأمته ، وبالقريب والبعيد، والبار والفاجر، والكبير والصغير ، والمرأة والرجل ، والمؤمن والكافر . وما أوجبنا نحن المسلمين اليوم إلى إمام وداعية يتصف بهذه الصفات الكريمة فيستحق رحمة الله فتلين له قلوب العباد ويلتقون حوله ليعيدوا للإسلام عزته وقوته وازدهاره وللمسلمين مجدهم التليد وتاريخهم المجيد، ﴿لَقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ لِمَنْ كَانَ يَرْجُو اللَّهَ وَالْيَوْمَ الْآخِرَ وَذَكَرَ اللَّهَ كَثِيرًا﴾²⁹ . هذه الآية أصل في التأسي برسول الله ﷺ في أقواله وأفعاله وأحواله، ولهذا أمر الله تبارك وتعالى الناس بالتأسي به عليه الصلاة والسلام³⁰ في سلمه وحربه حيث كان رحيمًا حلِيمًا في كل الأوقات والمواقف مع المسلمين وغيرهم، وقد سن أحكامًا وآدابًا يجب مراعاتها؛ لتخفيف ويلات الحرب، والحد من آثارها ونتائجها، ومن تلك الأحكام والآداب:

أ- أنه نهى عن الاعتداء .

ب- أنه نهى عن قتال غير المحاربين من الأطفال والنساء، والشيوخ والمرضى والعباد، روى عن أنس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: ((انطلقوا باسم الله، وبالله، على ملة رسول الله، ولا تقتلوا شيخًا فانيًا، ولا طفلًا، ولا صغيرًا، ولا امرأة، ولا تغلوا، وضعوا غنائمكم، وأصلحوا وأحسنوا إن الله يحب المحسنين))³¹ .

ج- أنه نهى عن الغدر والخيانة، والسلب والنهب، والتكيل والتمثيل بالقتلى، والإجهاز على الجرحى، وحرَم تسميم الآبار والأنهار والأطعمة.

²⁹ - سورة الأحزاب: الآية: 21

³⁰ - تفسير القرآن العظيم لابن كثير: 3/ 474.

³¹ - سنن أبي داود: 86/3.

وكان رسول الله ﷺ يوصي قادة جنوده وسراياه بتقوى الله والمسلمين خيرا، قال ﷺ من حديث له : ((اغزوا باسم الله في سبيل الله، قاتلوا من كفر بالله، اغزوا ولا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا ولا تقتلوا وليدة))³².

د- أمر بحسن معاملة الأسرى، وخير الإسلام المسلمين بين إطلاق الأسرى دون مقابل، وبين فدائهم بالمال حسب ما تقتضيه المصلحة، ﴿فَإِذَا لَقِيتُمْ الَّذِينَ كَفَرُوا فَضَرْبِ الرِّقَابِ حَتَّىٰ إِذَا أَثَخَّنْتُمُوهُمْ فَشُدُّوا الْوَثَاقَ فَإِمَّا مَنًّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَاءً حَتَّىٰ تَضَعَ الْحَرْبُ أوزَارَهَا ذَٰلِكَ وَلَوْ يَشَاءُ اللَّهُ لَآنْتَصَرَ مِنْهُمْ وَلَكِنْ لِيَبْلُوَ بَعْضَكُمْ بِبَعْضٍ وَالَّذِينَ قُتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَلَنْ يُضِلَّ أَعْمَالَهُمْ﴾³³

إن الرحمة المحمدية التي أودعها الله سبحانه وتعالى في قلب نبيه وحببيه وصفيه وخليته رحمة عامة لمن آمن ولمن كفر. لما كذبه قومه أتاه جبريل عليه السلام وقال له: " إن الله تعالى قد سمع قول قومك إليك وما ردوا عليك وقد أمر ملك الجبال لتأمره بما شئت فيهم" فناداه ملك الجبال وسلم عليه، وقال: " مرني بما شئت، وإن شئت أن أطبق عليهم الأخشبين"³⁴ فقال ﷺ : (لا) بل أرجوا أن يخرج الله من أصلابهم من يعبد الله وحده ولا يشرك به شيئا"³⁵ فما أحلمك وأرحمك يا سيدي يا رسول الله.

اقتدى الصحابة رضوان الله عليهم ومن جاء بعدهم من المسلمين برسول الله ﷺ، فقد أوصى أبو بكر الصديق أسامة بن زيد عندما وجهه إلى الشام بالوفاء لمن يعاهدهم ، وبالرحمة في الحرب ، وبالمحافظة على أموال الناس ، وبترك الرهبان

³² - نيل الأوطار للشوكاني: 230/4.

³³ - سورة محمد: الآية: 4.

³⁴ - هما جبلان بمكة.

³⁵ - هذا الحبيب لأبي بكر الجزائري ص 554.

أحراراً في أديارهم وصوامعهم وقال له : لا تخونوا ولا تغدروا ولا تغلوا ولا تمتلوا ولا تقتلوا شيخاً ولا امرأة ولا تعفروا نخلاً ولا تحرقوه ، ولا تقطعوا شجرة مثمرة ولا تذبحوا شاة ولا بعيراً إلا للأكل ، وإذا مررتم بقوم فرغوا أنفسهم في الصوامع فدعوهم وما فرغوا أنفسهم له .

ويحمل إلى أبي بكر رأس مقتول من كبراء الأعداء المحاربين فيستكر هذا العمل ويعلن سخطه عليه ويقول لمن جاءه بالرأس لا يحمل إلي رأس بعد اليوم فقيل له إنهم يفعلون بنا ذلك فقال فاستناب (أي اقتداء) بفارس والروم ؟ !. وقد لاحظ ذلك الفيلسوف الفرنسي (غوستاف لوبان) فقال: ما عرف التاريخ فاتحاً أعدل ولا أرحم من العرب³⁶ .

وكان عمر بن الخطاب على الرغم من شدته مع المسلمين رفيقاً بأهل الكتاب ، فقد نصح سعد بن أبي وقاص عندما أرسله إلى حرب الفرس بأن يبعد معسكره عن قرى أهل الصلح والذمة ، وبألا يسمح لأحد من الصحابة بدخولها إلا إذا كان على ثقة من دينه وحسن خلقه ، وأوصاه ألا يأخذ من أهلها شيئاً ؛ لأن لهم حرمة وذمة يجب على المسلمين الوفاء بها ، وحذره من أن تضطره حرب أعدائه إلى ظلم الذين صالحوه .

وأوصى أبا عبيدة بن الجراح بقوله : وامنع المسلمين من ظلمهم والإضرار بهم وأكل أموالهم إلا بحقها ، ووف لهم بشرطهم الذي شرطت لهم في جميع ما أعطيتهم.

³⁶ - كتاب الإيمان والحياة، يوسف القرضاوي: ص290-291.

وقد أعطى عمر نفسه أماناً لأهل إيليا على أنفسهم وأموالهم وكنائسهم وصلبانهم ، وأنهم لا يضطهدون ، ولا يضارون ، ويمارسون شعائرهم³⁷ .
كما أمر بإجزال العطاء إليهم ، وعدم تمييز المسلمين عليهم في ذلك؛ مراعاة لظروفهم الخاصة كالحاجة والسن وغيرهما : ففي كتاب الخراج لأبي يوسف : مر الفاروق عمر بباب قوم وعليه سائل يسأل (شيخ كبير ضير) فضرب عضده من خلفه وقال : من أي أهل الكتاب أنت ؟ قال يهودي . قال : فما ألجأك إلى ما أرى ؟ قال : أسأل الجزية والحاجة والسن (أي لأجلهم) قال : فأخذ عمر بيده ، وذهب إلى منزله ، فرضخ وأمر له بشيء من المنزل : ثم أرسل إلى خازن بيت المال فقال : أنظر هذا وضرباه فوالله ما أنصفناه إن أكلنا شبيبته ، ثم نخذله عند الهرم ، ووضع عنه الجزية وعن ضربائه³⁸ .

وهذه هي الرحمة بأسمى معانيها تعم الجميع وتشمل الكل ، ولا تقتصر على المسلم وحده وإن كان دافع الإيمان المشترك يجعله أولى بها ، وإنما هو ينبوع يفيض بالرحمة على الناس جميعاً ، ولهذا نجد المسلم لا يشعر بالراحة وقد علم أن بجانبه مريضاً حرمه المرض لذة الحياة ، أو جائعاً حرمه الجوع لذة النوم ، أو منكوباً أصابته الأيام والحوادث بهمومها ، أو يتيماً فقد والديه أو أحدهما ، أو أرملة فرق بينها وبين عائلها القدر ، وقال ﷺ : (من لا يرحم لا يرحم)³⁹ .

ولم يكتف الإسلام ببيان صورة الرحمة الإلهية وآثارها أو بيان صفات المستحقين لها وإن كان هذا يكفي ليتعظ ويعتبر الإنسان و يعكف على سبل

³⁷ - ابن جرير الطبري: تاريخ الأمم والملوك:4/158.

³⁸ - عباس محمود العقاد: عبقرية عمر، ص 47.

³⁹ - صحيح البخاري: 1141.

الاهتداء إليها ، بل أمر الإسلام بإشاعة الرحمة في المجتمع ﴿أَوْ إِطْعَامٌ فِي يَوْمٍ ذِي مَسْغَبَةٍ﴾⁴⁰ فالتواصي بالمرحمة هو الشعور بواجبها نحو الجماعة والفرد، يتعارف عليها الجميع ويتعاون عليها الجميع .

والمؤمنون الذين يسرون على هدي الرسول ﷺ ووفق سنته الشريفة يجب أن تسود بينهم الرحمة والمودة والعطف ، وأن يواصي كل منهم أخاه فمشاعرهم متلاقية وأحاسيسهم تنبض بالتعاون والتآلف ولهذا وصفهم القرآن بأنهم (رحماء بينهم)⁴¹ وقال ﷺ: ((مثل المؤمنين في توادهم وتراحمهم وتعاطفهم كمثل الجسد إذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر الجسد بالسهر والحمى))⁴² .

والرحمة تحمل صاحبها على أن يخفف الويلات ويمسح العبرات ويكافح الآلام ويدفع الأحزان ويحنو على الضعفاء والمنكوبين كما تحنو الأم على أبنائها ؛ يقول المنفلوطي : لو تراحم الناس ما كان بينهم جائع و لا عريان ولا مظلوم ولا استقرت الدموع في المدامع واطمأنت الجنوب في المضاجع ومحت الرحمة الشفاء من المجتمع كما يمحو الصبح ظلام الليل⁴³ .

وقد قال رسول الله ﷺ لأصحابه رضوان الله عليهم أجمعين : (لن تؤمنوا حتى ترحموا، قالوا : يا رسول الله كلنا رحيم ، قال : أنه ليس برحمة أحدكم صاحبه ولكنها رحمة العامة)⁴⁴ إلا أن هناك أقواما مخصوصين ينبغي أن يحظوا

40 - سورة البلد: الآية:17.

41 - سورة محمد: الآية:29.

42 - رواه مسلم: 139/16.

43 - مجلة المجاهد المصرية: العدد132 جمادى الآخرة 1441هـ.

44 - رواه الطبراني ورواته رواية الصحيح ورد في وصايا الرسول:3/475.

بأضعاف من الرحمة والرعاية وهم الآباء والأبناء والأقارب والأيتام والمرضى وذوو العاهات ونحوهم... فهذه هي الرحمة المحمدية الخاصة والعامّة، صلى الله عليه من نبي رؤوف رحيم، وحقا إنه الرحمة المهداة والنعمة المعطاة وسفينة الرأفة والشفقة فويل لمن عاداه وما والاه، وويل لمن عصاه وآذاه، وويل لمن كفر به أو كذبه في حياته أو بعد مماته، وهنيئا لمن آمن به وأحبه وصدقته ونصره وآزره يعني: أن من قسا على عباد الله فلم يرحم من يحتاج إلى الرحمة فهذا لا تتاله رحمة الله يوم القيامة .

المطلب الثالث

الرحمة في الإسلام تشمل الحيوانات والطيور

أ: الحيوان:

الرحمة في الإسلام بعد أن شملت الناس جميعا ، تجاوزتهم إلى الحيوان، دخل الرسول ﷺ يوما حائطا من حيطان الأنصار فإذا جمل قد أتاها ... فلما رأى النبي ﷺ حن وذرفت عيناه . فمسح رسول الله ﷺ سراته وذفراه فسكن . فقال : من صاحب هذا الجمل ؟ فجاءه فتى من الأنصار فقال هو لي يا رسول الله . فقال : أما تتقي الله في هذه البهيمة التي ملكها الله ؟ إنه شكى أنك تجيعه وتؤذيه وركبت عائشة ؓ جملا، وكان فيه صعوبة فجعلت تردده أي تذهب به وتجيء فأتعبته فقال رسول الله ﷺ عليك بالرفق يا عائشة⁴⁵ وكان يقول ﷺ : ((في كل ذات كبد

⁴⁵ - هذا الحبيب لأبي بكر الجزائري ص: 555.

رطوبة أجرا))⁴⁶ وقال ﷺ ((لولا أن أشق على أمتي لأمرتهم بالسواك مع كل صلاة))⁴⁷.

وقد قال النبي ﷺ لأصحابه ((أن الجنة فتحت أبوابها لبغي سقت كلبا فغفر الله لها. وإن النار فتحت أبوابها لامرأة حبست هرة حتى ماتت فلا هي أطعمتها ولا هي تركتها تأكل من خشاش الأرض))⁴⁸. فإذا كان هذا عقاب من حبس هرة بغير ذنب ، فماذا يكون حال الذين يحبسون آلاف الناس ويعذبونهم بل يقتلونهم ظلما وعدوانا بغير حق ﴿يَوْمَ لَا يَنْفَعُ الظَّالِمِينَ مَعذِرَتُهُمْ وَلَهُمُ اللَّعْنَةُ وَلَهُمْ سُوءُ الدَّارِ﴾⁴⁹ ويقول جل وعلا: ﴿وَقَوْمٌ نُوْحٍ لَمَّا كَذَبُوا الرُّسُلَ أَغْرَقْنَاهُمْ وَجَعَلْنَا لَهُمُ لِلنَّاسِ آيَةً وَأَعْتَدْنَا لِلظَّالِمِينَ عَذَابًا أَلِيمًا﴾⁵⁰.

وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال : سمعت الصادق المصدوق صاحب هذه الحجرة أبا القاسم ﷺ يقول : (لا تنزع الرحمة إلا من شقي)⁵¹ رواه أبو داود واللفظ له ، والترمذي وقال حديث حسن وفي بعض النسخ حديث حسن صحيح.

قال العلقمي : (إلا من قلب شقي ، وهو ضد السعيد ، وهو إشارة إلى الشقاء في الآخرة ، وقد يكون في الدنيا ... رواية الترمذي (من لا يرحم الناس لا

⁴⁶ - نفس المصدر : ص:555.

⁴⁷ - فتح البخاري بشرح صحيح البخاري:239/13.

⁴⁸ - صحيح مسلم: 172/16.

⁴⁹ - سورة غافر : الآية: 52.

⁵⁰ - سورة الفرقان: الآية:37.

⁵¹ - رواه أبو داود واللفظ له، والترمذي وابن حبان في صحيحه، وقال الترمذي: حديث حسن، وفي بعض النسخ

حسن صحيح، ورد في وصايا الرسول:475/3.

يرحمه الله ، ومن لا يرحمه الله فهو شقي)⁵². ورأى عمر رجلا يسحب شاة برجلها ليذبحها فقال له: ويلك قدها إلى الموت قودا جميلا.

ويروي ابن الحكم في سيرة الخليفة الراشد عمر بن عبد العزيز أنه نهى عن ركض الفرس إلا لحاجة ، وأنه كتب إلى صاحب السكك ألا يحملوا أحدها بلجام ثقيل ، ولا ينجس بمقرعة في أسفلها حديدة ، وكتب إلى واليه بمصر : أنه بلغني أن بمصر إبلاء نقالات يحمل على البعير منها ألف رطل فإذا أتاك كتابي هذا فلا أعرفن أنه يحمل على البعير أكثر من ستمائة رطل ...⁵³.

ب: الطيور:

وعن عبدالله بن عمر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : ما من إنسان يقتل عصفورا فما فوقها بغير حقها إلا يسأل الله عنها يوم القيامة قيل يا رسول الله وما حقها ؟ قال :

(حقها أن تذبحها فتأكلها ، ولا تقطع رأسها فترمي به)⁵⁴.

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم (من قتل عصفورا عبثا عج إلى الله يوم القيامة يقول: يا رب إن فلانا قتلني عبثا ، ولم يقتلني منفعة)⁵⁵.

ويأمر صلى الله عليه وسلم برد بيض طائر فزغ لذلك : عن عبد الرحمن بن عبدالله عن أبيه قال :نزل رسول الله صلى الله عليه وسلم منزلا فانطلق إنسان إلى غيضة فأخرج منها بيض حُمرة

52 - نفس المصدر: 475/3.

53 - كتاب الإيمان والحياة: يوسف القرضاوي، ص 289-290

54 - رواه النسائي والحاكم وقال : صحيح الإسناد من وصايا الرسول: 476/3.

55 - رواه النسائي وابن حبان في صحيحه، المصدر السابق: 477/3.



فجاءت الحمرة ترف على رأس رسول الله ﷺ ورؤوس أصحابه فقال أيكم فجع هذه؟ فقال رجل من القوم : أنا أصبت لها بيضا . قال رسول الله ﷺ أردده رحمة لها⁵⁶.
وروى المؤرخون أن عمرو بن العاص في فتح مصر نزلت حمامة
بفسطاطه أي خيمته فاتخذت من أعلاها عشا وحين أراد عمرو الرحيل رآها فلم يشأ
أن يهيجها بتقويضه فتركه ، وتكاثر العمران من حوله فكانت مدينة الفسطاط .

⁵⁶ - رواه أحمد بسند صحيح.

الخاتمة

الحمد لله في البدء والختام والصلاة والسلام على خير الأنام.

أما بعد:

- 1- فإن الرحمة في حقيقتها تتضمن الرأفة والشفقة والعاطفة الفياضة بالخير لكل الناس ، حيث تتجلى في هذا الوجود الإنساني الكريم بكل ما فيه من الخصائص التي فضل الله بها الإنسان على كثير من خلقه ، ورحمة الله تفيض على عباده جميعا وتسعهم جميعا وبها تقوم حياتهم بل تشمل جميع المخلوقات.
- 2- فإن رحمة الله في القرآن الكريم لمن خالطت قلوبهم بشاشة الإيمان فأشرقت وتفتحت لتتلقى ما في القرآن من روح وطمأنينة وأمان وما يلامسها من شفاء ونور وهداية.
- 3- وللرحمة حضور لافت للنظر في القرآن الكريم تكاد تكون كل شيء إيجابي : وكل خير أو فضل أو بر أو عمل صالح أو نعمة إلهية أو توفيق أو طاعة في معروف.
- 4- وتتجلى رحمة الله في النجاة من المهالك والتي لا يسلم منها إنسان مهما اتخذ من الأسباب إلا برحمة من الله .
- 5- ورحمة الله عز وجل بجميع خلقه أوسع وأشمل وأكبر من أن تحدد أو يحصيها عدد ولا نهاية لها فسبحان الرحمن الرحيم .
- 6- والنبي ﷺ هو الرحمة المهداة والنعمة المسداة كان مثلا أعلى في رحمته وفي حسن تعامله مع الناس صغيبرهم وكبيرهم مع الرجل والمرأة مع مؤمنهم وكافرهم ، ولذلك أحبه الناس وآمنوا به والتقوا حوله يجاهدون معه في سبيل الله .

- 7- الرسول ﷺ جاء بالرحمة وجبل على التواضع ؛ ليقدم للبشرية في آخر عصورها وأقواها وأزهاها ، نموذج الإنسان الكامل الذي أَرادَه اللهُ قَدوةً للبشر بنوره يهتدون وعلى سنته يمضون .
- 8- والرحمة تحمل صاحبها على أن يخفف الويلات ويمسح العبرات ويكافح الآلام ويدفع الأحزان ويحنوا على الضعفاء والمساكين والمنكوبين .ولو تراحم الناس ما كان بينهم جائع ولا عريان ولا مظلوم ، ولمحت الرحمة الشقاء من المجتمع .
- 9- هذه هي الرحمة في أسمى معانيها تعم الجميع وتشمل الكل ولا تقتصر على المسلم ولا على الإنسان أينما كان بل تشمل الطير والحيوان .
- نسأل الله تعالى أن يعمننا بفضلله وأن يشملنا برحمته فهو الرحمن الرحيم .وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين وصل الله وسلم على نبينا محمد وآله وصحبه أجمعين .

المصادر والمراجع

- القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم.
- 1- تاريخ الأمم والملوك، ابن جرير الطبري، دار الكتب، بيروت.
 - 2- تفسير القرآن العظيم لابن كثير، طبع بدار إحياء الكتب العربية، القاهرة.
 - 3- سنن أبي داود، ط، دار سحنون، تونس.
 - 4- صحيح البخاري ط، دار الغد الجديد، المنصورة، مصر.
 - 5- صحيح مسلم بشرح النووي، المطبعة المصرية ومكتبتها، القاهرة.
 - 6- عبقرية عمر، عباس محمود العقاد، ط، الجهاز المركزي للكتب الجامعية والمدرسية، القاهرة 1980م.
 - 7- فتح الباري بشرح صحيح البخاري لابن حجر العسقلاني ط، مكتبة الصفا، القاهرة 2003م.
 - 8- من وصايا الرسول ﷺ طه عبدالله العفيفي ط، دار الاعتصام، القاهرة 1998م.
 - 9- نيل الأوطار للشوكاني ط، دار الجبل، بيروت.
 - 10- هذا الحبيب لأبي بكر الجزائري ط، دار الخاني/ السعودية 1989م.
 - 11- مجلة المجاهد المصرية، مصر.
 - 12- مجلة كلية الدعوة الإسلامية الصادرة بطرابلس لسنة 2005 - 2006م.

أحكام التجريم والجزاء لجرائم السحر والشعوذة

في التشريع الإماراتي

الباحث/ عبد الله محمد عبدالله الكعبي* الدكتور/ خالد الدقاني*

المقدمة

تُعتبر جريمة السحر والشعوذة من أخطر الجرائم التي يتم ارتكابها للتأثير على الناحية العقلية، والنفسية، والمادية للإنسان، وقد تعددت أوجه تلك القضايا في العصر الحديث؛ الذي عُرف بأنه عصر تكنولوجيا الاتصال والمعلومات، والقنوات الفضائية المفتوحة، وقد تعرف المشاهد على الإعلانات التي تركز على موضوع السحر والشعوذة، والترويج إلى العديد من الشيوخ، والعلماء الروحانيين، وذلك كما تدعي تلك الإعلانات الضارة التي أفرزتها الثورة المعلوماتية الهائلة، وعليه فأصبح المشاهد كثيراً ما يرى هذا النوع من الإعلانات بين الفواصل، والمشاهد الإعلامية، وخاصةً في السنوات القليلة الماضية¹.

ولعل أهم ما استهل به الباحث هذا الموضوع هو الدليل القرآني على وجود السحر، وذلك من خلال قول الله تعالى: "واتبعوا ما تتلوا الشياطين على ملك سليمان، وما كفر سليمان ولكن الشياطين كفروا يعلمون الناس السحر وما أنزل

* باحث قانوني بكلية القانون - جامعة الشارقة.

* عضو هيئة التدريس بقسم القانون العام بكلية القانون - جامعة الشارقة

¹ عبدالله عبدالعزيز، حكم السحر والكهانة وما يتعلق بها، إدارة البحوث العلمية والإفتاء، المملكة العربية السعودية،

على الملكين ببابل هاروت وماروت ...². إلى آخر الآيات الكريمة، وهنا يعتمد الباحث على الواقع الملموس لتلك القضية التي بدأت السيطرة على أذهان فئات كبيرة من البشر، ولكن دون وعي، أو إدراك لما جاء به النص القرآني في أكثر من موضع.

وفي ضوء ما سبق تتحدد وجهة نظر الباحث في تجريم السحر، وما يتعلق به من أعمال الدجل، والشعوذة، والكهانة، وذلك نظراً لما يترتب على هذه الأفعال من تأثيرات سلبية تمتد لتضرب أسس الأسرة العربية والإسلامية، وتكاد أن تقتلعها من جذورها، كما أن لها صداها على الناحية القانونية و الدينية، بدايةً من الشريعة الإسلامية، وحتى القوانين الوضعية للدول العربية و الإسلامية³.

ومن هنا يأتي موضوع الدراسة الراهنة، والذي يُحاول الباحث من خلاله التعرف على أحكام التجريم والجزاء لجرائم السحر والشعوذة في التشريع الإماراتي ، وذلك في إطار المسؤولية الجنائية التي تقع على القائم بأعمال السحر والشعوذة، وذلك نتيجة للآثار التي تقع على ضحاياه، وخاصةً في ظل تطور مفهوم الجريمة في عصر المعلومات، والتي كان لها أثرها على انتشار هذا النوع من القضايا على مرأى ومسمع من الجميع من خلال الانفتاح على القنوات الفضائية، والتطور الهائل في عالم الكمبيوتر والإنترنت، وعلى هذا الأساس يعتبر موضوع السحر في الدراسة الراهنة بمثابة إحدى قضايا النصب والاحتيال التي ساعدت على رواجها

² سورة البقرة ، الآية رقم 102

³ عمر سالم، نحو تيسير الإجراءات الجنائية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 1997،

تلك الثورة الإلكترونية؛ حيث تُعتبر الغاية الرئيسة لممارسة تلك الأعمال هو الربح السريع بأي طريقة سواء كان مشروعاً، أو غير مشروعاً⁴.
ومن هنا يتمثل موضوع الدراسة الراهنة في التعرف على أسس مواجهة الجنايات لأفعال السحر والشعوذة في التشريع الإماراتي.
حيث تميز المشرع الإماراتي عن غيره من بعض التشريعات العربية، بنصه على تجريم أفعال السحر والشعوذة بموجب المرسوم بقانون اتحادي رقم 7 لسنة 2016 بتعديل بعض أحكام قانون العقوبات الاتحادي والمتضمن صوراً لتجريم أفعال السحر والشعوذة شملت المادتين 316 مكرر 1 ومكرر 2⁵، حيث

⁴ محمد فاروق عبدالحميد كامل، جريمة النصب والاحتيال - الأبعاد القانونية وإجراءات المكافحة، من أبحاث الندوة العلمية حول مكافحة الجرائم الاحتيالية، تعزيز التعاون بين الأجهزة الحكومية والجمعيات الأهلية، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2005، ص 23
⁵ مرسوم بقانون اتحادي رقم (7) لسنة 2016م بتعديل بعض أحكام قانون العقوبات الصادر بالقانون الاتحادي رقم (3) لسنة 1987م
المادة 316 مكرراً 1 :

- 1 - يعاقب بالحبس والغرامة التي لا تقل عن خمسين ألف درهم، كل من ارتكب عملاً من أعمال السحر أو الشعوذة، سواء كان ذلك حقيقة أو خداعاً، بمقابل أو بدون مقابل .
 - 2 - يعد من أعمال السحر : القول أو الفعل المخالف للشريعة الإسلامية إذا قصد به التأثير في بدن الغير أو قلبه أو عقله أو إرادته مباشرة أو غير مباشرة حقيقة أو تخيلاً .
 - 3 - يعد من أعمال الشعوذة ما يأتي :
 - أ - التمويه على أعين الناس أو السيطرة على حواسهم أو أفئدتهم بأي وسيلة لحملهم على رؤية الشيء على خلاف الحقيقة بقصد استغلالهم أو التأثير في معتقداتهم أو عقولهم .
 - ب - ادعاء علم الغيب أو معرفة الأسرار أو الإخبار عما في الضمير بأي وسيلة كانت بقصد استغلال الناس .
 - 4 - تحكم المحكمة بإبعاد المحكوم عليه الأجنبي عن الدولة .
 - 5 - في جميع الأحوال تحكم المحكمة بمصادرة الأشياء المضبوطة .
- يعاقب بالحبس والغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من :
- 1 - استعان بساحر بقصد التأثير في بدن الغير أو قلبه أو عقله أو إرادته .

تضمنت المادتان السابقتان عدة صور لتجريم أفعال السحر والشعوذة بالإضافة الى تجريم بعض الأفعال الملحقة لجرائم السحر والشعوذة كالاستعانة بالسحرة وجلب وحيازة الكتب والطلاسم والأدوات المستخدمة في السحر .

إشكالية الدراسة:

تكمن إشكالية الدراسة في عدم وضوح مفهوم أفعال السحر والشعوذة من الناحية القانونية، على الرغم من صدور المرسوم بقانون اتحادي رقم 7 لسنة 2016 والذي نصت المادتان 316 مكرر 1 و316 مكرر 2 على تجريم أفعال السحر والشعوذة إلا أنه لم يحصر لنا أفعال السحر والشعوذة وترك أمر تحديده إلى جهات أخرى.

كما نحاول في هذه الدراسة تحليل نصوص التجريم والعقاب لجرائم السحر والشعوذة في التشريع الإماراتي وبيان مدى كفايتها في مواجهة هذا النوع من الجرائم ؟

أهمية الدراسة:

تأتي أهمية الدراسة الراهنة في ضوء العناصر التالية:

-تعتبر قضية السحر والشعوذة من أهم القضايا التي أصبحت تؤثر سلبيًا على المجتمع العربي بصفة عامة، وعلى مجتمع دولة الإمارات العربية المتحدة بصفة خاصة في السنوات الأخيرة نتيجة الترويج لها من خلال القنوات الفضائية المفتوحة، وشبكات المعلومات.

المادة 316 مكررا 2 : 2 - جلب أو استورد أو ادخل إلى الدولة أو حاز أو احرز أو تصرف بأي نوع من أنواع التصرف في كتب أو طلاسم أو مواد أو أدوات مخصصة للسحر أو للشعوذة .

-و يُحاول الباحث من خلال الدراسة إلى طرق أحد أهم القضايا الحديثة نسبياً، والتي لم تأخذ حيزها العلمي والأكاديمي في دولة الإمارات العربية المتحدة.
-بيان دور المشرع الإماراتي في معاقبة القائمين على أعمال السحر والشعوذة.
أسلوب الدراسة:

اعتمد الباحث في سبر أغوار هذا الموضوع على المنهج الوصفي، والمنهج التحليلي النقدي، وذلك وفق خطة منهجية ثنائية، من مبحثين: تناول في المبحث الأول صور جرائم السحر والشعوذة مقسم إلى ثلاث مطالب : تناول في المطلب الأول: جريمة ارتكاب أعمال السحر وفي المطلب الثاني: جريمة ارتكاب أعمال السحرة والمطلب الثالث: عقوبة جريمتي السحر والشعوذة. ثم تناول في المبحث الثاني صور الجرائم الملحقة بالسحر والشعوذة. تناول في المطلب الأول: جريمة الاستعانة بالساحر للتأثير على الغير وفي المطلب الثاني: جريمة جلب وإحراز كتب أو طلاس مخصصة للسحر والمطلب الثالث: عقوبة الجرائم الملحقة بالسحر والشعوذة. ثم ختم دراسته بأهم النتائج والتوصيات بإذن الله

وعليه قسم هذه الدراسة إلى المبحثين التاليين:

المبحث الأول: صور جرائم السحر والشعوذة .

المبحث الثاني: صور الجرائم الملحقة بالسحر والشعوذة .

المبحث الأول

صور جرائم السحر والشعوذة

- نصت المادة 316 مكرر 1 من قانون العقوبات الاتحادي على أنه :
- 1 - يعاقب بالحبس والغرامة التي لا تقل عن خمسين ألف درهم ، كل من ارتكب عملاً من أعمال السحر أو الشعوذة ، سواء كان ذلك حقيقة أو خداعاً ، بمقابل أو بدون مقابل.
 - 2 - يعد من أعمال السحر : القول أو الفعل المخالف للشريعة الإسلامية إذا قصد به التأثير في بدن الغير أو قلبه أو عقله أو إرادته مباشرة أو غير مباشرة حقيقة أو تخيلاً .
 - 3 - يعد من أعمال الشعوذة ما يأتي :
 - أ - التمويه على أعين الناس أو السيطرة على حواسهم أو أفئدتهم بأي وسيلة لحملهم على رؤية الشيء على خلاف الحقيقة بقصد استغلالهم أو التأثير في معتقداتهم أو عقولهم .
 - ب - ادعاء علم الغيب أو معرفة الأسرار أو الإخبار عما في الضمير بأي وسيلة كانت بقصد استغلال الناس .
 - 4 - تحكم المحكمة بإبعاد المحكوم عليه الأجنبي عن الدولة .
 - 5 - في جميع الأحوال تحكم المحكمة بمصادرة الأشياء المضبوطة .
- وبالتالي من خلال هذا النص نجد أن المشرع الإماراتي جرم بشكل صريح ومباشر أفعال السحر والشعوذة.

المطلب الأول

جريمة ارتكاب اعمال السحر

مفهوم السحر :

التعريف اللغوي: تُطلق مادة . س ح ر . على معان كثيرة، وذلك حسب استعمالها في الوضع الذي وقع فيه التخاطب، ومنها نجد: التمويه بالحيل، والخداع، والخفاء، والاستمالة، واللطافة⁶. فهو عبارة عما لطف أمره وخفي سببه⁷، ومنه قوله صلى الله عليه وسلم: "إنَّ من البيان لسحراً"⁸.

التعريف الاصطلاحي: من أهم التعريفات الاصطلاحية التي تُطلق على السحر نجد مجموعة من الآراء المختلفة، والتي أكد البعض منها على أن هذا الأمر حقيقي، بينما يرى البعض الآخر أن تلك الأعمال ما هي إلا سلوكات خيالية قائمة على الوهم، والخيال.

سوف نتناول هذه الجريمة ببيان أركانها وعقوبتها وذلك على النحو التالي:

الفرع الاول : الركن المادي للجريمة:

الركن المادي لكل جريمة يتكون من السلوك والنتيجة وعلاقة السببية، ولا يتدخل المشرع بالعقاب قبل صدور النشاط المادي للجريمة⁹، ومن خلال نص التجريم يتضح لنا أن جريمة السحر تتحقق بالأقوال والأفعال .

⁶ الأصفهاني، غريب القرآن، ص226، وانظر الجوهري (678\5)

⁷ ابن كثير، (147\1)

⁸ صحيح البخاري مع فتح الباري، (237\10)

⁹ نظام توفيق المجالي، شرح قانون العقوبات القسم العام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الثالثة،

2010، ص212

وترتيباً على ما سبق أن السلوك الجرمي المكون للركن المادي في جريمة ارتكاب أعمال السحر المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 316 مكرر 1 ، أن المشرع لم يحدد بصورة دقيقة السلوك الجرمي في جريمة ممارسة أعمال السحر ، وإنما خرج عن الأصل واستعمل عبارات مرنة واسعة الدلالة عندما قال بأنه (قول أو فعل) وترك الأمر للشريعة الإسلامية وبالتالي فإن من يحدد الأمر هم فقهاء الشريعة الإسلامية وليس القانون، لأن النص لم يحدد أفعال السحر باعتبارها أن النص جاء فضفاض بالقول أو الفعل. والأصل أن المشرع الجزائي يحدد في النص صورة السلوك الجرمي المكون للركن المادي للجريمة بشكل واضح لا لبس فيه ولا غموض خاصة فيما يتعلق بأعمال التجريم وباعتبار أن فيه مساس بمبدأ الشريعة.

هناك العديد من الأمثلة على أفعال السحر والشعوذة على سبيل المثال لا الحصر¹⁰.

وعادة ما يستخدم الساحر للقيام بأعماله الشيطانية أشياء مختلفة مثل أجزاء من ملابس الشخص المراد سحره أو أجزاء من شعره أو غير ذلك ويدفنها في مكان ما بعد قراءة وكتابة كلمات خاصة وقد يدفن الساحر "العمل" داخل مقبرة مهجورة أو في مكان مهجور أو يلقيه في البحر أو يكتب كتابات خاصة على نوع

¹⁰ مقال صحفي، دبي تحارب السحر والشعوذة ، سكاي نيوز عربية ، أبوظبي ، الثلاثاء 25 سبتمبر 2012 ((تحدثت شابة عربية مقيمة في دبي، لوكالة "فرانس برس"، عن تجربتها في هذا السياق، فقد التقت بأكثر من ساحر وساحرة بحثاً عن حل لتعثر زواجها من الشخص الذي تحب.

وقالت الشابة: "شعرت بالخوف من كلامها لأنها أعطتني انطباعاً بأنها تتعامل مع قوة خفية أو جن، ونفذت ما طلبت مني من حرق بخور وما شابه، وأعطيتها مبلغاً من المال، غير أنني لم أشعر بفرق بعدها، وفقدت اهتمامي بالأمر كله، وواصلت حياتي بعيداً عن هذه الأفكار." ((

من السمك أو يقرأ قراءات وتعازيم عند ظهور نجم معين وذلك حتى يصعب معرفة المكان أو الوصول إليه للتخلص من السحر المعمول للشخص¹¹.
حيث تجمع تعويذة السحر ما بين الرموز والمواد الخاصة والطلاسم اللفظية، ونقصد هنا باللفظي (السحر القولوي) هي الألفاظ والكلمات التي يتلفظ بها المشعوذ بعبارات غير مفهومة ومبهمة توهم الطرف الثاني بأن المشعوذ يخاطب أطراف آخرين موجودين معهم، وتكون مساندة للمشعوذ ولا يراها المتلقي.

وتتصف هذه الألفاظ بالجمود لأنها غير قابلة للتحول، حيث تعد أهم أركان العمل السحري ورمز القوة الفاعلة فيه ويشير مدلول هذه الألفاظ دائماً إلى الغاية المطلوبة ، إما بالتشبيه أو بالاستعارة أو بتوافق الأصوات. مثال :
أن يسأل المريض عن اسمه واسم أمه، وأن يأخذ أثراً من آثار المريض، كثوب أو نحوه، أو يكتب للمريض بعض كلمات غير مفهومة (طلاسم) ويتلو ذلك عليه، ومن السحرة من يعطي المريض حجاباً يحتوي علي بعض الحروف والأرقام غير المفهومة. يأمر الساحر المريض بأن يعتزل الناس مدة معينة في غرفة لا تدخلها شمس، يعطي المريض أشياء يدفنها في الأرض، أو بعض الأوراق يطلب من المريض أن يحرقها ويتبرخ بها.

وبالتالي المعيار الذي يحدد لنا السلوك هو فعل المجني عليه الدال على أمور الشعوذة ، وعليه النتيجة تكمن بالتأثير على بدن الغير أو عقله أو قلبه أو إرادته .

¹¹ يوسف الدعكي، أفعال السحر والشعوذة بين الشريعة والقانون ، 24\12\2007 متاح على الرابط الآتي

<https://pulpit.alwatanvoice.com/content/print/115841.html>

ويجب أن تكون هناك رابطة سببيه بين الأفعال والأقوال التي قام بها الجاني والنتيجة التي تحققت ، والنتيجة هنا حتى تتحقق يجب أن تكون الأفعال التي قام بها الجاني قد أثرت في نفس المجني عليه أو قلبه أو عقله أو إرادته .
وأن المشرع لم يتطلب للعقاب على هذه الجريمة حدوث نتيجة جرمية معينة لمساءلة الساحر، بمعنى أنه بمجرد ارتكابه عملاً من أعمال السحر كما عرفت في الفقرة الثانية من المادة (316 مكرر 1) يكون مستحقاً للعقاب اذا ثبت ارتكاب هذه الأفعال بقصد التأثير في بدن الغير أو قلبه أو عقله أو إرادته مباشرة أو غير مباشرة حقيقة أو تخيلاً ، حتى وإن لم يؤثر عمله على المجني عليه فعلاً، فالجريمة تعد من جرائم الخطر وليس من جرائم الضرر أي احتمال وقوع الضرر¹²، كما أن الشروع في هذه الجريمة غير متصور أي أن الجاني بمجرد أن قام بالأفعال بقصد التأثير في الغير تكون الجريمة قد تحققت اركانها .

الفرع الثاني : الركن المعنوي للجريمة:

القصد الجنائي للجريمة يتكون من العلم والإدارة ، وجريمة ارتكاب أعمال السحر تعد من الجرائم العمدية ، أي يجب أن يعلم الجاني بطبيعة الأفعال والأقوال وبأن القيام بهذه الأفعال والأقوال يعد من أعمال السحر ، كما أنه يجب أن تتوفر الإرادة بنوعيتها¹³ : إرادة القيام بالفعل أي أن يقوم بأعمال السحر سواء بالقيام بالفعل أو القول كما بينا سابقاً، الا أن القيام بهذه الاعمال لا يكفي ، وإنما يجب

¹² عوض محمد عوض، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1985،

ص212

¹³ محمد علي سالم عياد الحلبي، اكرم صرار الفايز، شرح قانون العقوبات القسم العام، دار الثقافة للنشر والتوزيع،

عمان، الطبعة الأولى، 2008، ص187

أن تتوافر ارادة تحقيق النتيجة أي يجب أن تتجه الإرادة الي أحداث النتيجة (التأثير في بدن الغير أو قلبه أو عقله أو إرادته مباشرة أو غير مباشرة حقيقة أو تخيلاً) وهي الاعتداء على المصالح التي يحميها القانون الجنائي . ويترك أمر استخلاصه إلى تقدير محكمة الموضوع بناء على الظروف والملابسات التي أحاطت بارتكاب الجريمة ويقع على النيابة العامة إقامة الدليل على توافر النية لدى الجاني.

ومن خلال ما تقدم يتبين لنا إن جرائم السحر ليست من الجرائم الخطأ وإنما هي من الجرائم العمديه، أي أن الجاني يعلم بطبيعة الألفاظ أو الأقوال التي يقوم بها وتتجه ارادته إلى تحقيق نتيجة معينة وهي السحر وعليه يتوارد الى أذهاننا تساؤل معين وهو:

- هل جريمة السحر من جرائم القصد العام أم أنها من الجرائم التي يتطلب لتحقيقها قصد خاص ؟

القاعدة العامة في القانون تنص على : تتوافر الجريمة بتوافر القصد الجنائي العام وهو متمثل في إرادة تحقيق الواقعة الإجرامية مع العلم بعناصرها المكونه لها إلا أنها تتطلب في بعض الجرائم انصراف الإرادة بالإضافة إلى القصد العام إلى تحقيق غاية معينة أو نية معينة ، وبالتالي إذا توافرت هذه النية لدى الفاعل معناه توفر القصد الخاص، إلا أنه في الجريمة التي تتطلب قصد جنائي خاص يجب أن يتوافر القصد العام بالإضافة إليه القصد الخاص وهو اتجاه نية الفاعل إلى تحقيق نية معينة.

حيث إن جرائم السحر والشعوذة ليست من جرائم القصد العام والتي تتحقق بالعلم والإرادة وإنما تتطلب قصداً خاصاً (نية خاصة) من خلال التأثير في بدن الغير أو قلبه أو عقله أو إرادته.

المطلب الثاني

جريمة ارتكاب أعمال الشعوذة

مفهوم الشعوذة :

التعريف اللغوي: خفة في اليد ، وأخذ كالسحر ، يرى الشيء بغير ما عليه أصله رأي العين ورجل مشعوذ، والشعوذة : السرعة وقيل : هي الخفة في كل أمر . والشعوذي رسول الأمراء في مهامهم على البريد وهو مشتق منه لسرعته ، والشعوذة والشعوذي مستعمل وليس من كلام أهل البادية¹⁴.

وفي المعجم الوسيط: شعبذ مهر في الاحتيال ورأى الشيء على غير حقيقته معتمداً على خداع الحواس ، وزين الباطل لإيهام الناس أنه حق ، فهو مشعبذ ، ومشعوذ شعوذة: شعبذ فهو مشعوذ.¹⁵

التعريف الاصطلاحي: كل أمر مموه بباطل لا حقيقة له ولا ثبات، علم التخيلات والأخذ بالعيون المخيلة بسرعة فعل صناعها، برؤية الشيء على خلاف ما هو عليه وهو علم مبني على خفة اليد، بأن يرى الناس الأمر واحداً مكرراً بسرعة التحريك،

¹⁴ الإمام العلامة أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الأفريقي المصري، لسان العرب، بيروت، دار صادر، المجلد الثالث، ص495

¹⁵ إبراهيم بن يحيى بن أحمد الحكمي، الحماية الجنائية من جريمة الشعوذة وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، رسالة ماجستير ، كلية الدراسات العليا ، قسم العدالة الجنائية، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، المملكة العربية السعودية، ص17

ويرى الجماد حياً ويخفي المحسوس عن أعين الناس بلا أخذ من عندهم باليد إلى غير ذلك من الأحوال التي يتعارفها الناس.¹⁶

تسمى الشعوذة بالسحر الأسود ويمكن اعتباره فرعاً من فروع السحر الذي يستند على استحضار ما يسمى بالقوة الشريرة أو قوى الظلام التي تتطلب مساعدتها عادة لإنزال الدمار أو إلحاق الأذى أو تحقيق مكاسب شخصية¹⁷. تلك الجريمة التي يمكن من خلالها التأثير السلبي على البدن، والعقل، والإرادة، والتي يعاقب عليها القانون من خلال اجتماع الركن المادي، والمعنوي لتلك الجريمة، من خلال التمويه على أعين الناس، والسيطرة على حواسهم، أو أفئدتهم بأي وسيلة، بإدعاء علم الغيب، أو معرفة الأسرار، أو الإخبار عما في الضمير بأي وسيلة بهدف استغلال الناس.

يقول الشيخ وحيد عبد السلام بالي في كتابه صاحب كتاب الصارم البتار: إذا وجدت علامة واحدة من هذه العلامات في أحد المعالجين فهو من الدجالين والمشعوذين ومن الكهان والعرافين وهو من السحرة بلا أدنى ريب، وهذه العلامات هي¹⁸:

¹⁶ المرجع السابق، ص 19

¹⁷ واليس بيدج، السحر في مصر القديمة، ترجمة وتقديم عبدالهادي عبدالرحمن، دار سينا للنشر، القاهرة، 1998، ص 79

¹⁸ محمد علي الحسيني، فقه السحر، دار العلوم، الطبعة الأولى، 2007، ص 77

- كتابة الطلاسم أو تلاوة العزائم الغير مفهومة.

- إعطاء المريض حجاباً يحتوي على مربعات بداخلها حروف أو أرقام.

- يأمر المريض بأن يعتزل الناس فترة معينة في غرفة لا تدخلها شمس ويسمى العامة الحاجبة.

وسوف نستعرض جريمة الشعوذة من خلال بيان ركنها المادي وركنها المعنوي وعقوبتها وذلك على النحو التالي :

الفرع الاول : الركن المادي للجريمة.

هو قيام مرتكبها بأحد أفعال الشعوذة والتي أوردها المشرع محددًا إياها على سبيل المثال وليس الحصر وذلك من خلال العبارة التي أوردها " وكل ما له علاقة بعلم الغيب."

وعليه فإن صور السلوك لهذه الجريمة والمنصوص عليها في المادة

316مكرر 1 هي :

1- التمويه على أعين الناس:

نصت المادة 316 مكرر 1 " أ - التمويه على أعين الناس أو السيطرة على حواسهم أو أفئدتهم بأي وسيلة لحملهم على رؤية الشيء على خلاف الحقيقة بقصد استغلالهم أو التأثير في معتقداتهم أو عقولهم¹⁹ . "

وفعل أولئك المشعوذين يقوم غالباً على التمويه على أعين الناس ودراسة أحوال الضحية بما يتضح من شكلها وبما ينطق به لسانها من خلال استدراج ذكي، يُرتَّب عليه إخباره بأمور عامة يتعرض لها الإنسان غالباً في حياته اليومية وتتفق مع دراستهم السابقة لحالته كالأمور العاطفية والمالية والصحية ونحو ذلك، ومن خلال ما تقدم نستخلص أن جريمة الشعوذة مبنية على الاحتيال على الأفراد وتمويههم أو السيطرة على حواسهم بأي وسيلة من الوسائل، وهنا نلاحظ أن

- أحيانا يطلب من المريض أن لا يمس الماء لمدة معينة.

- يعطي المريض أشياء يدفنها في الأرض.

¹⁹ المرجع السابق، ص 78

المشرع أن كان قد اشترط أن تكون الشعوذة باستخدام وسائل معينة إلا أنه لم يحدد لنا ماهي هذه الوسائل ، لحملهم على رؤية الشيء على خلاف حقيقته، كالكذب المدعم بالمظاهر الخارجية ،إذا كان بقصد استغلال الاشخاص والتأثير على معتقداتهم او عقولهم فإننا هنا نكون أمام جريمة الشعوذة .
وعليه تكمن النتيجة هنا بقصد استغلالهم أو التأثير في معتقداتهم أو عقولهم.

2- إدعاء علم الغيب :

نصت المادة 316 مكرر 1 " ب - ادعاء علم الغيب أو معرفة الأسرار أو الإخبار عما في الضمير بأي وسيلة كانت بقصد استغلال الناس .
ادعاء علم الغيب في قراءة الكف والفتجان وغيرهما المراد بالغيب: ما غاب عن الناس من الأمور المستقبلية والماضية وما لا يرونه، وقد اختص الله تعالى بعلمه، وقال تعالى: {قُلْ لَا يَعْلَمُ مَنْ فِي السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ الْغَيْبَ إِلَّا اللَّهُ} ²⁰ ، فلا يعلم الغيب إلا الله سبحانه وحده، وقد يطلع رسله على ما شاء من غيبه لحكمة ومصالحة، قال تعالى: {عَالِمُ الْغَيْبِ فَلَا يُظْهِرُ عَلَىٰ غَيْبِهِ أَحَدًا} - إِلَّا مَنْ ارْتَضَىٰ مِنْ رَسُولٍ} ²¹ ، أي لا يطلع على شيء من الغيب إلا من اصطفاه لرسالته، فيظهره على ما يشاء من الغيب. لأنه يستدل على نبوته بالمعجزات التي منها الإخبار عن الغيب الذي يطلعه الله عليه. وهذا يعم الرسول الملكي والبشري، ولا يطلع غيرهما لدليل الحصر. فمن ادعى علم الغيب بأي وسيلة من الوسائل - غير

²⁰ سورة النمل، الآية رقم 65

²¹ سورة الجن، الآية رقم 26 - 27

من استثناه الله من رسله - فهو كاذب كافر - سواء ادعى ذلك بواسطة قراءة الكف أو الفنجان أو الكهانة أو السحر أو التجيم أو غير ذلك وهذا الذي يحصل من بعض المشعوذين والدجالين من الإخبار عن مكان الأشياء المفقودة والأشياء الغائبة. ومن أسباب بعض الأمراض فيقولون فلان عمل لك كذا وكذا فمرضت بسببه، إنما هو لاستخدام الجن والشياطين، ويظهرون للناس أن هذا يحصل لهم عن طريق عمل هذه الأشياء من باب الخداع والتدليس.²² وعليه تكمن النتيجة باستغلال وخداع الناس.

ومن حيث النتيجة نستطيع ان نستخلص من خلال النص أن هذه الجريمة من جرائم الخطر وليست من جرائم الضرر فمجرد قيام الجاني بارتكاب السلوك الجرمي الذي حدده المشرع مستعيناً بوسيلة ما يقصد استغلال الناس وخداعهم تقوم معه الجريمة بغض النظر عن النتيجة، أي أنه حتي ولو لم تتحقق النتيجة وهي استغلال المجني عليه وخداعه والتأثير على عقولهم فإن الجريمة تكون قد تحققت أركانها مادام أن الجاني قام بأفعال الشعوذة بقصد الاستغلال وتحديد القصد من عدمه مسأله يقدرها قاضي الموضوع .

الفرع الثاني : الركن المعنوي للجريمة:

عناصر الركن المعنوي لأي جريمة تتكون من العلم والإرادة، أي يجب أن يكون الفاعل على علم بأن طبيعة الأفعال التي يقوم بها تشكل جريمة الشعوذة و أن تتجه إرادته إلى ارتكاب الاعمال المكونة للجريمة ، فإذا تحقق هذان العنصران

²² موسوعة توحيد رب العبيد ، التوحيد للفوزان - http://madrasato-mohammed.com/mawsoaat_tawheed_03/pg_034_0012.htm

معا (العلم و الإرادة) قام القصد الجنائي و بانقائهما أو انتقاء أحدهما ينتقي القصد الجنائي .

وعليه يجب أن يكون الشخص في الجريمة على علم أن الأفعال أو صور السلوك والأعمال التي يقوم بها تعتبر من أعمال السحر والشعوذة، وتتجه إرادته إلى القيام بالفعل وبالتالي العلم والإرادة هنا تتحقق بالقصد العام .
وهنا يثور التساؤل التالي ، هل جريمة الشعوذة من جرائم القصد العام أم أنها من جرائم التي يتطلب لتحقيقها قصد خاص؟

إن جرائم السحر والشعوذة ليست من جرائم القصد العام والتي تتحقق بالعلم والإرادة وإنما تتطلب قصد خاص (نية خاصة) من خلال التأثير في بدن الغير أو قلبه أو عقله أو إرادته .

كمن يقرأ فنجان أو وقراءة الكف أو قراءة أبراج الحظ بغرض التسلية فقط، وهنا لا تتوافر نية الشخص في استغلال الطرف الآخر أو الإضرار به ، وبالتالي نستطيع أن نخلص إلى أن جريمة الشعوذة تنتقي بانقضاء القصد الخاص .

المطلب الثالث

عقوبة جرمي السحر والشعوذة

نصت المادة 216 مكرر 1 (يعاقب بالحبس والغرامة التي لا تقل عن خمسين ألف درهم، كل من ارتكب عملاً من أعمال السحر أو الشعوذة، سواء كان ذلك حقيقة أو خداعاً، بمقابل أو بدون مقابل) ²³.

ومن خلال النص السابق نلاحظ أن المشرع الاتحادي قد أورد جرمي السحر والشعوذة في نص واحد وعاقب عليهما بعقوبة واحدة بوصف الجنحة، وهي الحبس وفقاً للقواعد العامة من شهر إلى ثلاث سنوات، والغرامة التي لا تقل عن 50 ألف درهم، أي الغرامة التي لا تقل عن خمسين ألف درهم ولا تزيد عن ثلاثمائة ألف درهم ²⁴.

ومن العقوبات التي فرضها قانون العقوبات الاتحادي أيضاً الحبس الذي يتراوح ما بين شهر وثلاث سنوات، وذلك من خلال نص المادة 69 من قانون العقوبات الاتحادي، والتي أكدت على أنه لا يجوز أن يقل الحد الأدنى للحبس عن شهر، كما وأن لا يزيد عن ثلاث سنوات ما لم ينص القانون الاتحادي على غير ذلك ²⁵.

²³ مرسوم بقانون اتحادي رقم (7) لسنة 2016م بتعديل بعض أحكام قانون العقوبات الصادر بالقانون الاتحادي رقم (3) لسنة 1987م

²⁴ - تنص المادة 71 من قانون العقوبات الاتحادي (عقوبة الغرامة: هي إلزام المحكوم عليه أن يدفع للخزينة المبلغ المحكوم به، ولا يجوز أن تقل الغرامة عن ألف درهم ولا أن يزيد حدها الأقصى على مليون درهم في الجنايات وثلاثمائة ألف درهم في الجنح، وذلك كله ما لم ينص القانون على خلافه).

²⁵ المادة 69 من قانون العقوبات الاتحادي الإماراتي

كما أعطى المرسوم للقاضي حرية الاختيار بشأن توقيع العقوبة الكافية مثل الحبس أو الغرامة ، وذلك على حسب الظروف الخاصة بالجريمة ، وطبيعة الشخص الذي يتعامل مع السحر .

وهناك عقوبة تكميلية تأتي وجوبه بالنسبة للأجنبي الإبعاد ، بحيث أن القاضي لو لم يحكم بها يكون الحكم باطل .

بالإضافة إلى أنه في جميع الأحوال تحكم المحكمة بمصادرة الأشياء المضبوطة

ونحن بدورنا نختلف مع ما ذهب إليه المشرع الاتحادي ونرى أن العقوبة في جرمتي السحر والشعوذة ، يجب أن تكون متناسبة مع الضرر الذي ألحقه الساحر أو المشعوذ بالشخص الذي وقع عليه السحر أو الشعوذة .

كما نختلف مع المشرع الاتحادي فيما ذهب إليه في توحيد عقوبة جرمتي السحر والشعوذة، إذ كان على المشرع أن يفرق في العقوبة بين جرمتي السحر والشعوذة بحيث تكون جريمة السحر أشد في عقوبتها عن جريمة الشعوذة لما لها من خطورة على الأفراد والمجتمع تفوق خطورة جريمة الشعوذة.

كما نلاحظ من خلال تحليل نص المادة 1\216 مكرر أن المشرع لم يفرق في العقوبة بين ارتكاب أفعال السحر وبين ما إذا تحقق القصد الجنائي للجاني ، وهي التأثير في بدن الغير أو قلبه أو عقله كأن يترتب على السحر نتيجة معينة كأن يصاب بمرض بدني او حتى موته. وهنا يثار السؤال التالي: وهو ما هيه مسؤولية الجاني الذي ارتكب أعمال السحر والشعوذة وتحققت نتائجها ، أو أي نتيجة أخرى كموت الشخص أو تسبب له بأي أضرار أخرى.

وللإجابة على هذا السؤال فإننا نرجع في ذلك إلى القواعد العامة من قانون العقوبات وباعتبار أن الجاني قد قام بارتكاب فعل إجرامي واحد أدى إلى ارتكاب أكثر من جريمة. مثال لو حصل أن الجاني ترتب على أفعال السحر التي قام بها بموت المجني عليه فإننا هنا أمام جريمتين، الأولى وهي جريمة السحر المنصوص عليها في المادة 1\316 مكرر وجريمة القتل المنصوص عليها في المادة 382 من قانون العقوبات حيث أن المشرع الإتحادي قد حسم هذا الأمر بموجب نص المادة 87 من قانون العقوبات بقوله " إذا كان الفعل الواحد جرائم متعددة وجب اعتبار الجريمة التي عقوبتها أشد والحكم بعقوبتها دون غيرها".

ولكن هنا يثور تساؤل آخر وهو ماذا لو أن النتيجة تحققت من أفعال السحر التي قام بها الجاني لا تشكل جريمة أخرى وفقاً لنصوص قانون العقوبات؟ والمقصود في هذا السؤال ماذا لو أن نتيجة أعمال السحر التي قام بها الجاني تحققت، كأن تقوم الزوجة بالقيام بأعمال السحر لزوجها بقصد الانصياع لأوامرها وطاعتها وبالفعل تحققت النتيجة وبذلك نكون أمام جريمة متكاملة وهو ركن مادي للسلوك بقيام أعمال السحر والنتيجة وهي طاعة الزوج لزوجته ، وأيضاً ركن معنوي لتوافر القصد الخاص قامت بالسلوك بقصد التأثير على عقل الزوج وفعلاً تحققت النتيجة.

حيث أنه ومن خلال النص نلاحظ أن المشرع قد وحد فيه العقوبة مابين قيام الجاني بالسلوك الإجرامي لأفعال السحر والشعوذة مع توافر القصد الجنائي، وماذا إذا كانت النتيجة تحققت فعلاً حيث جعل العقوبة هي الحبس والغرامة. ونحن

بدورنا نختلف مع المشرع حيث كان من الأنسب أن تشدد العقوبة إذا تحققت النتيجة.

حيث نقترح إضافة فقرة سادسة للمادة 1\316 مكرر ، بحيث تكون (وتشدد العقوبة إذا تحققت النتيجة في جرمي السحر والشعوذة).

المبحث الثاني

صور الجرائم الملحقة بالسحر والشعوذة

نصت المادة 316 مكررا 2 على أنه : يعاقب بالحبس والغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من :

- 1 - استعان بساحر بقصد التأثير في بدن الغير أو قلبه أو عقله أو إرادته .
- 2 - جلب أو استورد أو ادخل إلى الدولة أو حاز أو أحرز أو تصرف بأي نوع من أنواع التصرف في كتب أو طلاس م أو مواد أو أدوات مخصصة للسحر أو للشعوذة²⁶.

من خلال نص المادة السابق نلاحظ أن المشرع لم يكتف بتجريم السحر والشعوذة، وإنما ذهب لتجريم الأفعال المرتبطة بهما وهي الاستعانة بالسحرة بالإضافة إلى تجريم الحيازة والترويج والتصرف في كل ما يتعلق بالسحر والشعوذة، وسوف نستعرض ذلك في المطالب التالية:

- المطالب الأول: جريمة الاستعانة بالساحر للتأثير على الغير.
- المطالب الثاني: جريمة جلب وإحراز كتب أو طلاس مخصصة للسحر.

²⁶ مرسوم بقانون اتحادي رقم (7) لسنة 2016م بتعديل بعض أحكام قانون العقوبات الصادر بالقانون الاتحادي

رقم(3) لسنة 1987 م

- المطلب الثالث : عقوبة الجرائم الملحقة بالسحر والشعوذة.

المطلب الأول

جريمة الاستعانة بالساحر للتأثير على الغير

انتشار جريمة السحر في مجتمعنا ولجوء من ضعف إيمانه وقل وزعه الديني إلى هؤلاء السحرة لعدم معرفتهم بأن أعمالهم من السحر المحرم حيث يتستر الكثير من هؤلاء السحرة بعباءة الرقية الشرعية والطب الشعبي . نصت المادة 316 مكررا 2 على أنه : يعاقب بالسحب والغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من : (1 - استعان بساحر بقصد التأثير في بدن الغير أو قلبه أو عقله أو إرادته). وسوف نتناول هذه الجريمة من خلال استعراض ركنيها المادي والمعنوي.

الفرع الاول : الركن المادي للجريمة:

ويتحقق الركن المادي لهذه الجريمة بقيام الجاني بالسلوك المكون لهذه الجريمة²⁷ بالاستعانة بالساحر بمجرد إذا كان بمقابل أو بدون مقابل ، بقصد التأثير في بدن الغير أو عقله أو قلبه أو إرادته. والتأثير يكمن باتفاق بين الساحر والجاني على إحداث شيء ما بالإنسان المراد سحره ، كجعل الشخص غير قادر على معايشة زوجته ، ويسمى بالعامية "رباط" أو "مربوط" أو بإحداث نزيف للمرأة مسبباً لها إجهاضاً أو أحداث مرض معين كصداع أو صم أو عدم نطق أو شلل في جزء ما أو عدة أجزاء من جسم الشخص أو حب أو كراهية أو غير ذلك ، معنى ذلك أن المشرع لم يعاقب الساحر فقط وإنما عاقب الشخص الذي يستعين بالسحر وعاقب بشكل مباشر ولا يعتبر شريك في الجريمة السابقة وإنما يعتبر

²⁷ محمد علي سالم عياد الحلبي، اكرم صرار الفايز، مرجع سابق، ص187

فاعل أصلي في جريمة السحر، حيث يعاقب الساحر على جريمة السحر ويعاقب الآخر على الاستعانة بالساحر بقصد التأثير وإحداث نتيجة في بدن الغير أو عقله أو قلبه أو إرادته.

ونلاحظ من خلال ما جاء في الفقرة الأولى من نص المادة 2\316 مكرر . أن التجريم بالاستعانة كان مقصوراً فقط على الاستعانة بالسحرة ، ولم يشمل المشعوذين مع أن الخطر واحد سواء نفت الاستعانة بالسحرة أو المشعوذين خاصة إذا استعان شخص (ما) بالمشعوذ بقصد القيام بأعمال الشعوذة لغرض استغلال شخص آخر أو التأثير في معتقداته أو عقله.

وبذلك فإننا نختلف مع ما ذهب إليه المشرع في الفقرة السابقة بحيث كان من الأنسب أن يشمل نص التجريم الاستعانة بالمشعوذين أيضاً. ويكون النص على النحو التالي : (..... 1- استعان بساحر أو مشعوذ بقصد التأثير في بدن الغير أو عقله أو قلبه أو إرادته).

وكما بينا سابقاً فإن المصلحة تقع مع الاعتداء عليها هنا واحدة وهي المعتقدات والشعائر الدينية سواء في الاستعانة بالسحر أو الشعوذة ، والدليل على ذلك هو أن المشرع قد أوردها في الباب الخامس من قانون العقوبات تحت عنوان الجرائم الماسة بالشعائر والمعتقدات الدينية .

ومن حيث النتيجة يتبين لنا من خلال النص، أن الجريمة ليست من جرائم النتيجة . وإنما يتحقق بمجرد استعان الجاني بالساحر وكان ذلك بقصد التأثير في بدن الغير أو قلبه أو عقله أو إرادته ، حتى ولو لم تتحقق النتيجة فعلاً ، وبذلك

يتضح لنا أن هذه الجريمة كالجرائم السابقة تعتبر من جرائم الخطر وليست من جرائم الضرر ، ولا يمكن أن يتصور الشروع فيها.

الفرع الثاني : الركن المعنوي للجريمة:

تعد جريمة الاستعانة بالساحر من الجرائم العمدية التي يتوافر فيها القصد الجنائي الخاص، أي يجب أن يتوافر فيها العلم والإرادة. بالإضافة إلى القصد الخاص وهو اتجاه إرادة الجاني بالاستعانة بالساحر بقصد التأثير في بدن الغير أو قلبه أو عقله أو إرادته ، وبذلك فإن هذه الجريمة لا تتحقق إذا كانت زيارة الشخص للساحر بقصد سؤاله فقط عن مسألة ما أو لغرض التسلية والفضول وحب الإطلاع²⁸.

المطلب الثاني

جريمة جلب وإحراز كتب أو طلاس مخصصة للسحر.

إن خطر السحر واضح على الأمم والشعوب، فإذا أصيب أفراد هذه الأمة أو ذلك الشعب بأي داء أو خطر فإنه بالتالي سيؤثر على جميع أفرادها. غير أن الجانب الذي يزيد من خطورة الوضع هو استيرادها من خارج الدولة والتنافس فيما بينهم على قوة كل عمل يستخدم .

نصت المادة 316 مكررا 2 على أنه : "يعاقب بالحبس والغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من : "2.... - جلب أو استورد أو ادخل إلى الدولة أو حاز أو

²⁸ عوض محمد عوض، المرجع السابق، ص212

أحرز أو تصرف بأي نوع من أنواع التصرف في كتب أو طلاس م أو مواد أو أدوات مخصصة للسحر أو للشعوذة²⁹.

وسوف نتناول هذه الجريمة ببيان ركنها المادي والمعنوي:

الفرع الاول : الركن المادي للجريمة:

الركن المادي يتمثل في كل من جلب أو استيراد أو إدخال وغيرها من الكلمات الدالة على جلب طلاس م أو مواد مخصصة لأعمال السحر. والسلوك هنا يكمن في الجلب، استيراد، إحراز، إدخال، حياة .

فالجلب يقصد به كل واقعة يتحقق بها إحضار كتب وطلاس م وأدوات السحر والشعوذة داخل حدود إقليم الدولة بأية وسيلة ومن أي منفذ من منافذها البرية أو البحرية أو الجوية

ويقصد بالاستيراد هنا هو إدخال كتب وطلاس م وأدوات السحر والشعوذة من بلد أجنبي وإدخالها إلى إقليم الدولة .

ويقصد بالإحراز هنا هو مجرد الاستيلاء المادي على كتب وطلاس م وأدوات السحر والشعوذة وقد يقع من مالكة أو من غير مالكة، ويتحقق الاستيلاء باتصال المخدر أو المؤثر العقلي اتصالاً مادياً.

ويقصد بالحياة: وضع اليد على كتب وطلاس م وأدوات السحر والشعوذة على سبيل الملك و الاختصاص و لا يشترط فيها الاستيلاء المادي بل يعتبر الشخص حائزاً و لو كان الحرز محرراً فيه المخدر من قبل شخص آخر نائباً عنه و على

²⁹ مرسوم بقانون اتحادي رقم (7) لسنة 2016م بتعديل بعض أحكام قانون العقوبات الصادر بالقانون الاتحادي

رقم(3) لسنة 1987 م

ذلك يكفي لتحقيق الحيازة أن يكون سلطان المتهم مبسوطاً على كتب وطلاسم وأدوات السحر والشعوذة و لو لم تكن في حيازته المادية.
كما يتحقق الركن المادي بقيام الجاني بالتصرف بأي نوع من أنواع التصرف في كتب وأدوات السحر والشعوذة .

والجدير بالذكر إن كان بالإمكان تحديد كتب وطلاسم السحر والشعوذة ، إلا أن المشرع لم يحدد ماهي أدوات السحر والشعوذة؟ وترك الأمر في تحديد هذه الكتب والطلاسم والأدوات لهيئة الشؤون الإسلامية والأوقاف، أي أن من يحدد طبيعة المواد والكتب ليس القانون وإنما جهة تنفيذية الأمر الذي يتنافى مع مبدأ الشرعية ، بمعنى آخر أن موضوع التجريم من عدمه يرجع لتقرير هيئة الشؤون الإسلامية والأوقاف ، الأمر الذي يتطلب من المشرع التدخل لوضع تصنيف للأدوات المستخدمة في أفعال السحر والشعوذة على غرار تصنيف المواد المخدرة والمؤثرة عقلياً.

لم يشترط المشرع نتيجة معينة فمجرد حيازة أو جلب الشخص هذه الأشياء تتحقق النتيجة، وهي تعتبر من جرائم الخطر.
ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هل يشترط في الصور السابقة وهي الجلب أو الاستيراد أو الحيازة، أو الإحراز ، أن تكون حيازة مادية أم أن الجريمة تقع حتى بالنسبة للجرائم الإلكترونية؟

وباعتبار أنه من المتصور أن يتم حيازة وإحراز وجلب واستيراد كتب وطلاسم السحر والشعوذة باستخدام الشبكة المعلوماتية أو الموقع الإلكتروني أو وسيلة تقنية المعلومات ، خاصة ما يعرف بالكتب الصفراء وغيرها من الكتب والطلاسم

المعلمة للسحر والشعوذة ، كما أن الجلب والإحراز والحياسة الالكترونية سوف تكون أسهل وأسرع بالنسبة لمرتكبي هذا النوع من الجرائم ، كما أن النص لم يحدد نوع الجلب أو الحياسة أو الاستيراد أو الإحراز وبالتالي فإننا نرى أنه يمكن للشخص أن يحوز كتب و طلاسـم السحر والشعوذة ، باستخدام وسائل تقنية المعلومات ، الأمر الذي يتطلب تدخل المشرع الاتحادي ، سواء بتعديل نص المادة 316/مكرر2 او إضافة نص تجريمي خاص بجرائم السحر والشعوذة للمرسوم بقانون اتحادي رقم 5 لسنة 2012 بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات ، لتشديد العقوبة في حال ارتكاب مثل هذه الجرائم باستخدام شبكات معلوماتية او وموقع الالكتروني أو وسيلة تقنية معلومات.

الفرع الثاني : الركن المعنوي للجريمة:

كما بينا سابقاً أن الركن المعنوي يعتمد على عنصرين العلم والإرادة ، وبالتالي هنا يتحقق القصد الجنائي لهذه الجريمة بمجرد قيام الجاني ب جلب أو استيراد أو حياسة أو احراز على النـح السابق ذكـرة ، وهو يعلم بأن هذه الأشياء والأدوات والطلاسم والكتب والأدوات تستخدم للسحر والشعوذة .
وتجدر الإشارة هنا أن هذه الجريمة بعكس الجرائم السابقة تتحقق بمجرد توافر القصد الجنائي العام وهي العلم والإرادة و لم يتطلب المشرع لقيامها قصد خاص أو نية خاصة .

المطلب الثالث

عقوبة الجرائم الملحقة بالسحر والشعوذة

نصت المادة 316 مكرر 2 على أنه " يعاقب بالحبس والغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من :

1- استعان بساحر بقصد التأثير في بدن الغير أو قلبه أو عقله أو إرادته

2- جلب أو استورد أو ادخل إلى الدولة أو حاز أو أحرز أو تصرف بأي نوع من أنواع التصرف في كتب أو طلاس أو مواد أو أدوات مخصصة للسحر أو للشعوذة".

وباستقراء النص السابق نجد أن العقوبات التي أوردتها المشرع لجريمتي الاستعانة بالسحرة و جريمة جلب وإحراز كتب أو طلاس مخصصة للسحر هي الحبس الذي لا يقل عن شهر ولا يزيد عن ثلاث سنوات والغرامة التي لا تقل عن ألف درهم ولا تزيد عن ثلاثمائة ألف درهم ، كما أنه يجوز للقاضي أن يكتفي بإحدى العقوبتين السابقتين حسب ظروف كل واقعة .

ولم ينص المشرع على تدبير إلا أن القاضي يحكم بالمصادرة كعقوبة تكميلية لجريمة جريمة جلب وإحراز كتب أو طلاس مخصصة للسحر ، بالرجوع الى القواعد العامة من قانون العقوبات الاتحادي والتي توجب على المحكمة عند الحكم بالإدانة مصادرة الأشياء والأموال المضبوطة التي استعملت فيها أو كان من شأنها

أن تستعمل فيها أو كانت محلا لها أو التي تحصلت من الجريمة³⁰ ، وتطبيقا لذلك حكمت دائرة الجنح والمخالفات بمحكمة كلباء الاتحادية في واقعة جنحة حيازة وإحراز طلاسـم السحر ، بالحكم حضورياً بالغرامة الفـي درهم ومصادرة المضبوطات واتلافها ، مع الالزام بالرسوم القضائية³¹ ، كما حكمت في حكم اخر بالحكم الغيابي والغرامة الف ومائة درهم ومصادرة المضبوطات واتلافها مع الالزام بالرسوم القضائية³² .

³⁰ - حيث نصت المادة (82) من قانون العقوبات الاتحادي على أنه " تحكم المحكمة عند الحكم بالإدانة بمصادرة الأشياء والأموال المضبوطة التي استعملت فيها أو كان من شأنها أن تستعمل فيها أو كانت محلا لها أو التي تحصلت من الجريمة . فاذا تعذر ضبط أيـا من تلك الأشياء أو الأموال حكمت المحكمة بغرامة تعادل قيمتها ، وذلك كله دون الإخلال بحقوق الغير حسن النية."

³¹ - (تتلخص الواقعة في أنه تم ضبط احد الاشخاص في أحد المنافذ البرية من قبل افراد الجمارك وبحوزته قارورة ماء واوراق بيضاء مكتوب بها كلمات ورموز غير مفهومة ، وقد وضعها في حقيبة سفره ، وعند اتحقيق مع المعني من قبل النيابة العامة أفاد بأنه يستخدم هذه الاشياء لغرض العلاج من الحسد ، وتم ارسال الحرز الى جهة الاختصاص ، وجاء الرد نت هيئة الشؤون الاسلامية بأن نتيجة الفحص اعمال سحرية ، احيلت القضية الى محكمة جنح كلباء وحكمت عليه حضور الغرامة الفـي درهم ومصادرة المضبوطات واتلافها . 2019 .

³² - (تتلخص الواقعة ، احيل شخص إلى قسم مركز شرطة الشامل بعد أن ضبط لديه بداخل المركبة التي كان يقودها على ورقة مكتوبة بخط اليد بها كلمات غير مفهومة يشتبه في استخدامها في أعمال السحر والشعوذة ويسؤاله في محضر الشرطة قرر بأنها تعود لشقيقه ، وباستدعاء الأخير اعترف بما نسب إليه وبأن الورقة تعود له ويستخدمها للعلاج وقد نسيها بالمركبة التي أعطاها لشقيقه، وبعد إرسال الحرز لجهة الاختصاص جاء الرد من الشؤون الإسلامية يفيد (بأن الحرز عبارة عن أعمال سحرية احيل الى النيابة ثم الى محكمة كلباء الاتحادية دائرة الجنح والمخالفات وحكمت المحكمة غيابياً: بتغريم المتهم مبلغ ألف ومائة درهم عن التهمة المسندة إليه وبمصادرة المضبوطات و اتلافها و ألزمته بالرسوم القضائية.) 2019

الخاتمة

تناولنا من خلال الدراسة الراهنة موضوع أحكام التجريم والجزاء لجرائم السحر والشعوذة ، وقد هدفت هذه الدراسة إلى التعرف على ماهية السحر والشعوذة ، ومدى بيان أركان جرائم السحر والشعوذة وعقوبتها، هذا إلى جانب بيان التعديلات التي طرأت على قانون العقوبات الإتحادي الإماراتي بشأن ممارسة أعمال السحر والشعوذة، كما أكدت الدراسة على التعرف على أهم الأدوار القانونية للمشرع الإماراتي في معاقبة القائمين على أعمال السحر والشعوذة، وقد توصلت الدراسة الى اهم النتائج والتوصيات وذلك على النحو التالي

النتائج :

- 1- يتبين لنا من خلال نصوص التجريم لافعال السحر والشعوذة أن المصلحة المحمية هنا هي المعتقدات والشعائر الدينية سواء في الاستعانة بالسحر أو الشعوذة ، والدليل على ذلك هو أن المشرع قد أوردها في الباب الخامس من قانون العقوبات تحت عنوان الجرائم الماسة بالشعائر والمعتقدات الدينية .
- 2- لم يحدد المشرع بصورة دقيقة السلوك الجرمي في جرائم السحر والشعوذة ، وإنما خرج عن الأصل واستعمل عبارات مرنة واسعة الدلالة عندما قال بأنه (قول أو فعل) وترك الأمر للشريعة الإسلامية وبالتالي فإن من يحدد الأمر هم فقهاء الشريعة الإسلامية وليس القانون الامر الذي يعد خروجاً على مبدأ الشرعية .

- 3- تعد جرائم السحر والشعوذة من جرائم الخطر وليست من جرائم الضرر ، أي من جرائم السلوك المجرد وليست النتيجة ، والتي لا يمكن تصور الشروع فيها .
- 4- لقد اورد المشرع الاتحادي عقوبة جريمتي السحر والشعوذة في نص واحد وعاقب عليهما بعقوبة واحدة بوصف الجنحة كما ساوى في العقوبة بين الجريمتين ولم يأخذ بعين الاعتبار حجم الضرر في الجريمة ، كما أن المشرع في الجريمتين السابقتين قد ساوى في العقوبة بين ما إذا كان الجاني قد ارتكب السلوك الإجرامي بقصد التأثير على بدن الغير وعقله وبين ما إذا وقعت النتيجة فعلا وهي التأثير في بدن الغير .
- 5- تعد جرائم السحر والشعوذة من الجرائم العمدية التي يتطلب لقيامها قصد جنائي خاص ، وتتنفي في حال عدم توافر القصد الخاص.
- 6- لقد جرم المشرع في الفقرة الاولى من المادة 316 مكرر 2 الاستعانة بالساحر ولم ينص على تجريم الاستعانة بمشعوذ حتى ولو كان بغرض استغلال شخص آخر أو التأثير في معتقداته أو عقله.
- 7- لم يحدد المشرع ايضا في جريمة جلب وإحراز كتب أو طلاس مخصصة للسحر ماهي الكتب والطلاسم والأدوات المخصصة للسحر والشعوذة وترك الأمر لدائرة الشؤون الإسلامية والأوقاف ، وبالتالي فإن من يحدد الأمر هي دائرة الشؤون الإسلامية والأوقاف وليس القانون الامر الذي يعد خروجاً على مبدأ الشرعية أيضاً .

8- لم يتطرق المشرع الإماراتي في جريمة جلب وإحراز كتب أو طلاس مخصصة للسحر الى الجلب والإحراز والحيازة بوسائل الالكترونية على الرغم من شدة خطورتها على المجتمع

التوصيات :

- 1- نوصي المشرع الإماراتي بوضع آلية واضحة لبيان طبيعة أعمال السحر والشعوذة المنصوص عليها في المادتين 316 مكرر 1، و316 مكرر 2، بشكل يكفل حقوق المتهمين، ويضمن احترام مبدأ الشرعية .
- 2- نوصي المشرع الاتحادي أن يفرق في العقوبة بين جريمتي السحر والشعوذة بحيث تشدد جريمة السحر عن الشعوذة ، كما نوصي المشرع أن يفرق في العقوبة بين ما إذا كان الجاني قد ارتكب السلوك الاجرامي بقصد التأثير على بدن الغير وعقله وبين ما اذا وقعت النتيجة فعلا وهي التأثير في بدن الغير ، بحيث تشدد العقوبة على الجاني اذا ثبت وقوع الجريمة بناء على أعمال السحر المرتكبة من الجاني .
- 3- نوصي المشرع الاتحادي بتعديل الفقرة الأولى من المادة 316 مكرر 2 ليكون على النحو التالي: (1 - استعان بساحر أو مشعوذ بقصد التأثير في بدن الغير أو عقله أو قلبه أو إرادته).
- 4- نوصي المشرع الإماراتي في جريمة جلب وإحراز كتب أو طلاس مخصصة للسحر أن يبين بموجب القانون الكتب والطلاسم والأدوات المخصصة للسحر والشعوذة كما فعل في المواد المخدرة والمؤثرة عقلياً،

وعدم ترك الأمر لدائرة الشؤون الاسلامية والأوقاف ، بشكل يكفل حقوق المتهمين، ويضمن احترام مبدأ الشرعية .

5- نوصي المشرع الإماراتي سواء بتعديل نص المادة 316/مكرر 2 او إضافة نص تجريمي خاص بجرائم السحر والشعوذة للمرسوم بقانون اتحادي رقم 5 لسنة 2012 بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات ، لتشديد العقوبة في حال ارتكاب مثل هذه الجرائم باستخدام شبكات معلوماتية أو موقع الكتروني او وسيلة تقنية معلومات.

قائمة المراجع

1- الكتب القانونية

- عمر سالم، نحو تيسير الإجراءات الجنائية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 1997

- محمد علي الحسيني، فقه السحر، دار العلوم، الطبعة الأولى، 2007

2- الأبحاث والرسائل العلمية

- عبدالله عبدالعزيز، حكم السحر والكهانة وما يتعلق بها، إدارة البحوث العلمية والإفتاء، المملكة العربية السعودية، 2003

- محمد فاروق عبدالحميد كامل، جريمة النصب والاحتيال - الأبعاد القانونية وإجراءات المكافحة، من أبحاث الندوة العلمية حول مكافحة الجرائم الاحتيالية، تعزيز التعاون بين الأجهزة الحكومية والجمعيات الأهلية، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2005

- محمد علي سالم عياد الحلبي، اكرم طرار الفايز، شرح قانون العقوبات القسم العام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2008

- يوسف الدعيكي، أفعال السحر والشعوذة بين الشريعة والقانون، 12\24\2007 متاح على الرابط الآتي

<https://pulpit.alwatanvoice.com/content/print/115841.ml>

- إبراهيم بن يحيى بن أحمد الحكمي، الحماية الجنائية من جريمة الشعوذة وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا،



قسم العدالة الجنائية، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، المملكة العربية السعودية

- واليس بيدج ، السحر في مصر القديمة، ترجمة وتقديم عبدالهادي عبدالرحمن، دار سينا للنشر ، القاهرة، 1998

- نظام توفيق المجالي، شرح قانون العقوبات القسم العام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الثالثة، 2010

- عوض محمد عوض، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1985

3- القوانين

- قانون العقوبات الاتحادي 3 \ 1987

- مملكة البحرين ، قانون العقوبات الصادر بالمرسوم بقانون رقم (15) لسنة 1976 مادة جديدة رقم (310) مكرراً.

4- القواميس والمعاجم

-الإمام العلامة أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الأفرقي المصري، لسان العرب، بيروت، دار صادر، المجلد الثالث

-موسوعة توحيد رب العبيد ، التوحيد للفوزان

<http://madrasato->

mohammed.com/mawsoaat_tawheed_03/pg_034_0012.htm

-ابن كثير : (147/1).

-الأصفهاني: غريب القرآن، ص 226، وانظر الجوهري (678/5).



صحيح البخاري مع فتح الباري، (237/10).

الإحالة إلى التحقيق التأديبي وأثرها على الموظف العام دراسة مقارنة

د. إيناس عبدالوهاب الزنكولي *

المقدمة

تعتبر الإحالة إلى التحقيق التأديبي المرحلة السابقة لمرحلة مباشرة التحقيق مع الموظف العام المتهم، وهي تعد مرحلة جوهرية للموظف العام، لأنه يضمن أنه لن يحال إلى التحقيق دون إخطار سابق يتيح له الفرصة للعلم بالمخالفة التأديبية المنسوبة إليه وإعداد الدفاع، إلا أن إجراء الإحالة إلى التحقيق قد يكون له أثر سلبي على الموظف العام، وذلك إذا تعرض الموظف العام للوقف الاحتياطي عن العمل.

إن الهدف من البحث هو دراسة مدى الإجراءات التي وفرها المشرع الليبي للموظف المتهم قبل مرحلة التحقيق التأديبي، حيث إن العدل يقتضي أن يتمتع الموظف بمحاكمة نزيهة ابتداء من مرحلة الإحالة إلى التحقيق، وأن تتوفر إجراءات للموظف المتهم تحميه من تعسف السلطات التأديبية، من أهمها أن الموظف في هذه المرحلة يجب أن يعلم بأن السلطة المختصة قد أحالته إلى التحقيق، وأن الإحالة تكون خلال مدة معينة، وأن من حقه الطعن على قرار الإحالة إلى التحقيق، وأنه من حقه أن يتحصل على حقوقه المترتبة على الوقف الاحتياطي عن العمل، وذلك في حالة إيقافه.

* عضو هيئة التدريس بكلية القانون - جامعة طرابلس.

يتناول هذا البحث إجراء الإحالة إلى التحقيق التأديبي للموظف العام، بدراسة العناصر الرئيسية لهذه الإجراءات من خلال تقسيم البحث إلى مطلبين، وقد ناقش الباحث فيهما مدى كفاية هذه الإجراءات أثناء الإحالة إلى التحقيق، وذلك بحسب ما جاء في القانون رقم 12 لسنة 2010م بشأن علاقات العمل ولائحته التنفيذية⁽¹⁾، هل هي إجراءات كافية بحيث يطمئن الموظف لمحاكمة عادلة؟ أم أن هناك قصور في التشريع الليبي بشأن الإجراءات الخاصة بالإحالة إلى التحقيق؟ وإذا وجد قصور هل يمكن معالجته من التشريع المقارن؟ وهل يوجد اختلاف بين أحكام القانون الليبي وأحكام القانون المقارن؟ وفيما إذا كان الاختلاف إيجابياً بحيث يمكن معه الإسهام في إصلاح العيوب في القانون الليبي؟ وهذا التقييم سيكون في إجراء الإحالة إلى التحقيق ابتداءً من السلطات المختصة بالإحالة إلى التحقيق، والمدة الزمنية المحددة للإحالة إلى التحقيق، والأثر المترتب على الإحالة إلى التحقيق ومن أهمها الوقف الاحتياطي عن العمل وأثره القانوني.

ويعتمد منهج الدراسة على الدراسة التحليلية والمقارنة مع القانون المصري والكويتي والعراقي، وقد أختار الباحث القانون المصري والقانون الكويتي والعراقي لما يمثله من أحكام متطورة في مجال التأديب، وعليه فإن المقارنة بين القانون الليبي وهذه القوانين، سترتبط مدى حاجة الدراسة في تغطية القصور في القانون الليبي.

(1) الجريدة الرسمية، السنة 2010، العدد (7)، ص 260.

وتأسيساً على ذلك يتم تقسيم الدراسة وفقاً للخطة التالية:-
المطلب الأول: الإحالة إلى التحقيق التأديبي.
المطلب الثاني: الأثر المترتب على الإحالة إلى التحقيق التأديبي.
وفيما يلي تفصيل ذلك:

المطلب الأول

الإحالة إلى التحقيق التأديبي

تعد الإحالة إلى التحقيق الإجراء الأول في العملية التأديبية، لذا فإن الهدف من دراسة هذا المطلب هو بحث مدى كفاية الإجراءات الذي شرعها المشرع الليبي للموظف المتهم قبل مرحلة التحقيق التأديبي، لذلك سأعرض إلى ماهية السلطة المختصة بالإحالة إلى التحقيق، وفيما إذا كان للموظف حق الطعن على قرار الإحالة، وهل قرار الإحالة سيف مسلط على رقبة الموظف طوال حياته الوظيفية أم يجب إحالته خلال فترة محددة؟

الفرع الأول: السلطة المختصة بالإحالة إلى التحقيق :

يقصد بالتحقيق التأديبي (مجموعة الاجراءات التي تستهدف تحديد المخالفات التأديبية والمسؤول عنها)⁽²⁾، ولم يحدد المشرع الليبي في قوانين الوظيفة العامة الصادرة في ليبيا بما فيها القانون الحالي رقم 12 لسنة 2010م بشأن علاقات العمل، السلطة المختصة بالإحالة الى التحقيق⁽³⁾، كذلك القانون المصري

(2) إبراهيم المنجى، إلغاء الجزاء التأديبي، منشأة المعارف الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2005، ص130.

(3) صدرت العديد من القوانين ذات العلاقة بالوظيفة العامة في ليبيا والتي لم تحدد السلطة المختصة بالإحالة إلى التحقيق وتمثل في: القانون رقم 2 لسنة 1951م بشأن الخدمة المدنية، القانون رقم 36 لسنة 1956م بشأن الخدمة

لم يحدد السلطة المختصة بالإحالة إلى التحقيق⁽⁴⁾، أما القضاء المصري والفقهاء قد اعتبر السلطة المختصة بتوقيع الجزاء التأديبي هي ذات السلطة التأديبية المختصة بالإحالة إلى التحقيق⁽⁵⁾، حيث ذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية إلى أنه "ومن حيث استدعاء أقرب القواعد يقتضي القياس على المادة (82) من قانون نظام العاملين المدنيين رقم 47 لسنة 1978م التي حددت أصحاب الاختصاص بالتصرف في التحقيق، باعتبار أن الإحالة إلى التحقيق والتصرف فيه هما إلى اتحاد العلة أقرب، فمن ثم فإنه لا يجوز لغير من أنيط بهم اختصاص التصرف في التحقيق ممارسة اختصاص الإحالة إلى التحقيق أو الإحالة للمحاكمة التأديبية من باب أولى".⁽⁶⁾

المدنية، القانون رقم 19 لسنة 1964م بشأن الخدمة المدنية، القانون رقم 55 لسنة 1976م بشأن الخدمة المدنية، وهذه القوانين تم إلغاؤها، أما القانون المعمول به حالياً القانون رقم 12 لسنة 2010م بشأن علاقات العمل.

(4) محمد ماهر أبو العينين، الضمانات والإجراءات التأديبية، منشورات نقابة المحامين، بدون طبعة، 1991، ص72.

(5) أنظر كلاً من: محمد ماهر أبو العينين، الدفع في نطاق القانون العام، الكتاب الثاني، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة، بدون طبعة، 2002، ص368. عبد العزيز عبدالمنعم خليفة، المسؤولية التأديبية في الوظيفة العامة، منشأة المعارف الإسكندرية، بدون طبعة، 2009، ص130. عدنان عمرو، مبادئ القانون الإداري، نشاط الإدارة ووسائلها، الجزء الثاني، منشأة المعارف الإسكندرية، الطبعة الثالثة، 2010، ص268. ماهر عبدالهادي، الشرعية الاجرائية في التأديب، دار غريب للطباعة، القاهرة، الطبعة الثانية، 1986، ص242. محمد ماجد ياقوت، شرح القانون التأديبي للوظيفة العامة، منشأة المعارف الإسكندرية، بدون طبعة، 2006، ص742-743. ثروت محمد عوض، التحقيق الإداري ودور النيابة الإدارية فيه، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، غير منشورة، 1995، ص82.

(6) المحكمة الإدارية العليا المصرية، الدائرة الرابعة، الطعن الإداري رقم 34/302 ق، جلسة (1994.12.17) غير منشور.

أما القانون العراقي حصر السلطات المختصة بالإحالة إلى التحقيق في الوزير أو رئيس الدائرة، حيث تضمنت المادة (10) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام⁽⁷⁾، من أن الوزير أو رئيس الدائرة يمثلان الجهة المختصة بالإحالة إلى لجنة التحقيق المختصة بمباشرة التحقيق⁽⁸⁾، وعليه فإن مباشرة التحقيق من هذه اللجنة دون حصول الإذن بإجرائه وإحالته من الجهة المختصة وفقاً لما حددها القانون يترتب عليه بطلان التحقيق⁽⁹⁾، وهذا ما أكدته مجلس الانضباط العام في العراق من أنه (لا يجوز للجنة التحقيقية، التحقيق مع الموظف ما لم يقرر الوزير أو رئيس الدائرة إحالته إليها، فإن جرى التحقيق بغير ذلك يكون القرار مخالفاً للقانون مما يستوجب نقضه)⁽¹⁰⁾.

(7) قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام العراقي رقم 14 لسنة 1991م، السنة (1991.6.3)، العدد (3356)، مجموعة القوانين والأنظمة، العراق، اتحادي، ص 87.

(8) حددت المادة (1) من القانون العراقي رقم 14 لسنة 1991م، رئيس الدائرة في "وكيل الوزارة ومن هو بدرجته.. والمدير العام وأي موظف يحوله الوزير صلاحية فرض العقوبات المنصوص عليها في القانون".

(9) أحمد محمود الربيعي، التحقيق الإداري في الوظيفة العامة، دار الكتب القانونية، الطبعة الأولى، 2011، ص 56-57.

(10) قرار مجلس الانضباط العام العراقي رقم (3) لسنة 2009 (2009.5.30) مجلة العدالة، السنة (3)، العدد(1)، وزارة العدل، بغداد، 2010، ص 464.

مجلس الانضباط العام هو أحد الهيئات القضائية في مجلس شوري الدولة، يمارس وظيفة قضائية، حيث يختص بالنظر في الطعون المرفوعة ضد القرارات التأديبية الصادرة عن السلطات التأديبية، كذلك يختص بالنظر في المنازعات الخاصة بالشؤون الوظيفية للموظفين مثل المنازعات المتعلقة بمرتبات و علاوات وترقية الموظفين. أنظر في ذلك:

صعب ناجي الدليمي، الدفوع الشكلية أمام القضاء الإداري في العراق، المؤسسة الحديثة للكتاب، الطبعة الأولى، 2010، ص 19-25.

أما القانون الكويتي حدد صراحة السلطة المختصة بالإحالة إلى التحقيق و ذلك طبقاً لمستويات الوظيفة ودرجة شغلها، حيث تضمنت المادة (56) من مرسوم بالقانون رقم 15 لسنة 1979م بشأن الخدمة المدنية، من أن تكون إحالة الموظفين الذين يشغلون الوظائف العامة والقيادية بقرار من الوزير، أما شاغلي الوظائف الفنية والمساعدة تكون قرار إحالتهم إلى التحقيق بقرار من وكيل الوزارة، وعليه فإن مخالفة قواعد الاختصاص الذي نص عليها القانون يترتب عليها بطلان قرار الجزاء، وهذا ما قضت به محكمة التمييز الكويتية في الطعن رقم 238/2001 إداري في القضية التي تتلخص وقائعها أن طبيبة بمستشفى الصباح صدر ضدها قرار خصم من مرتبتها نتيجة امتناعها عن القيام بأداء واجباتها كونها خالفت التعميم الصادر عن المستشفى بشأن عدم إعطاء مواعيد للمرضى، إضافة إلى ترك مكان عملها أثناء ساعات الدوام الرسمية للجلوس مع الممرضات وهو ما يشكل مخالفة إدارية طبقاً لنص المادتين (24) (27) من القانون رقم 15 لسنة 1979م.

وحيث إن الممرضة لم ترض بهذا القرار فتقدمت بطعن إلى محكمة الاستئناف والتي قضت برفض الدعوى، نتيجة لذلك تقدمت الممرضة بطعن إلى محكمة التمييز ضد الحكم السابق وقد استندت في طعنها على أن قرار الإحالة إلى التحقيق الصادر ضدها مخالف للقانون، لأنه صدر من غير مختص (نائب مدير المستشفى)، ومحكمة التمييز بعد أن نظرت الوقائع قضت بعدم مشروعية الجزاء استناداً على المادة (56) من مرسوم بالقانون رقم 15 لسنة 1979، قد منحت الوزير دون غيره اختصاص إحالة الموظفين شاغلي الوظائف القيادية

والعامّة إلى التحقيق، وحيث أن الطّبيبة قد تمت إحالتها من نائب مدير المستشفى ولا يوجد بالأوراق ما يفيد أن الوزير قد فوض نائب مدير المستشفى في إصدار قرار الإحالة إلى التحقيق، عليه فإن قرار إحالة الموظفة قد صدر من غير مختص، لأنّ المشرع قد حدد الاختصاص بشأن الإحالة إلى التحقيق بنص صريح وأن أي مخالفة لذلك تعد اغتصاب للسلطة⁽¹¹⁾.

ويلاحظ على الحكم السابق أنه أعطى أهمية لاحترام قواعد الاختصاص المنصوص عليها في القانون، حيث إن القضاء كان حريصاً على حقوق الموظف التأديبية الذي نص عليها القانون كونه لا يجوز محاسبته وإحالاته إلى التحقيق إلا من قبل السلطة المختصة، لا بل أن القضاء الكويتي اعتبر مخالفة الإدارة للقانون بمثابة عيب عدم اختصاص جسيم يترتب عليه انعدام القرار الذي لا يتمتع بالحصانة القضائية أي إمكانية الطعن عليه حتى بعد فوات مدة الستين يوم المحددة لميعاد رفع دعوى الإلغاء.

مما سبق يلاحظ أن القانون الليبي سار على نظيره القانون المصري كونه لم يحدد السلطة المختصة بالإحالة إلى التحقيق، وهذا يعد قصور في القانون الليبي خاصة وأن القانون رقم 12 لسنة 2010م، قانوناً حديثاً وقد صدر بعد تجربة طويلة الأمر الذي يحتم أن يتضمن نصوص قانونية بما يتلاءم والتطور الإداري في مجال التأديب، بينما حدد القانون الكويتي صراحة هذه السلطات،

(11) محكمة التمييز الكويتية، الطعن رقم 238 / 2001 إداري، جلسة (2002.4.29) مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة التمييز خلال أربعين عاماً من الفترة 1972.10.1 وحتى 2001.12.31، المجلد الإداري، المجلد الحادي عشر، وزارة العدل، أكتوبر 2016، ص330.

وكذلك القانون العراقي والقضاء الإداري المصري حددا السلطات المختصة بالإحالة إلى التحقيق، ومن ثم تبدو من الأهمية تحديد هذه السلطات صراحة في القانون الليبي لأنها تشكل إحدى الضمانات التأديبية للموظف العام، وندعو المشرع الليبي إلى أن ينص صراحة في نصوصه على هذا الإجراء، وذلك كما فعل المشرع الكويتي والمشرع العراقي والقضاء الإداري المصري، وكما نادى كذلك الفقه المصري.

كما ندعو القضاء الإداري الليبي إلى أن يجعل مخالفة قواعد الاختصاص بشأن الإحالة إلى التحقيق يترتب عليها البطلان المطلق التي يؤدي إلى انعدام القرار كما فعل القضاء الكويتي⁽¹²⁾ وكذلك مجلس الانضباط العام العراقي، ذلك إن بدون تحديد سلطات الإحالة يجعل الموظف عرضة للإحالة من أي رئيس إداري يتبعه في الوحدة الإدارية، وهذا ضد مصلحة الموظف لأن على الموظف في هذه الحالة إطاعة وتنفيذ جميع الأوامر التي تصدر إليه من رؤسائه الإداريين باختلاف درجاتهم وفقاً للسلم الإداري حتى الذين لا يتبعهم، كذلك ضد مصلحة الوظيفة العامة، لأن الموظف لن يكون حريصاً على أداء المهام وفقاً لطبيعة عمله وتخصصه بقدر حرصه على إرضاء رؤسائه وفقاً للعمل المكلف به.

نستنتج مما سبق أن المشرع الليبي لم ينص على السلطات التأديبية المختصة بإحالة الموظف العام إلى التحقيق، ولكن رغم ذلك فإن ما جرى عليه العمل في المؤسسات الإدارية أنه من يحيل الموظف إلى التحقيق هو رئيس

⁽¹²⁾ محكمة التمييز الكويتية، المرجع السابق ذكره.

المؤسسة، هذا يقود إلى تساؤلاً مفاده ما هو الأساس القانوني الذي أعتمد عليه الرئيس الإداري والمؤسسات في إجراء هذا التصرف؟ سبق وأن ذكرنا أن القانون لم يحدد السلطات التأديبية المختصة بإحالة الموظف العام إلى التحقيق، كذلك فيما تم الاطلاع عليه من أحكام قضائية لم نجد حكماً يسند السلطات الرئاسية في ممارسة هذا الإجراء، ولكن بالعودة إلى مصادر المشروعية الإدارية يتبين أنه بالإضافة إلى القانون والأحكام القضائية توجد مصادر أخرى للمشروعية في العمل الإداري منها العرف الإداري، وهذا ما أكدته المحكمة العليا الليبية في الطعن رقم 3/6ق من أنه "يجب أن يكون القرار الإداري مطابقاً للدستور والقوانين واللوائح، كما يجب أن يكون مطابقاً للعرف الإداري.."⁽¹³⁾، وحيث أنه كذلك يمكن القول أن السند القانوني في ممارسة السلطات الرئاسية إجراء الإحالة هو العرف الإداري، إذ أن العرف هو اضطراد الإدارة على سلوك معين (ركن مادي) مع توافر الاعتقاد بالزاميته هذا السلوك وعدم مخالفته (ركن معنوي)⁽¹⁴⁾، بحيث تصبح هذه القاعدة التي تلتزمها مختارة بمثابة قانون⁽¹⁵⁾، أي أنه (ما جرت السلطة الإدارية على انتهاجه من قواعد وأوضاع معينة، بصدد مباشرة أحد أوجه نشاطها الإداري وأعتادت الالتزام والسير

(13) المحكمة العليا، الطعن الإداري رقم 3/6ق، جلسة (1957.6.26) قضاء المحكمة العليا الاتحادية، القضاء الإداري والدستوري، الجزء الأول، ص 79.

(14) محمود عمر معتوق، "العرف كمصدر للقانون الإداري الليبي"، مجلة البحوث القانونية، جامعة مصراته، السنة (2)، العدد (1)، أكتوبر 2014، ص 84-89.

(15) مصطفى أبوزيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، بدون طبعة، 1999، ص 732.

على هديه، دون أن تستند في ذلك على أساس تشريعي، مما تعتبر معه تلك القواعد والأوضاع قاعدة عرفية ملزمة للإدارة في مواجهة الأفراد، ويترتب على مخالفتها عدم المشروعية⁽¹⁶⁾.

وحيث أن المؤسسات قد انتهجت تكراراً ومنذ نشأتها على أن السلطة الرئاسية هي الجهة المختصة بإحالة الموظف العام للتحقيق، ولم تعدل عن موقفها هذا بإنشاء قاعدة جديدة تخول فيها جهة أخرى هذا الاختصاص، بل أنها أستمرت عليه دون أن تستند إلى نص تشريعي واعتقادها أنها هي الجهة الملزمة بإجرائه، باعتبارها أنها المسؤولة عن ضمان سير المرفق العام بانتظام واضطراد، وأن عليها ضبط المخالفة وإحالة مرتكبها إلى التحقيق لنيل الجزاء المناسب، وذلك للمحافظة على المؤسسة وسير العمل فيها، فإنه يمكن القول من وجهة نظري أن مصدر مشروعية ممارسة إجراء الإحالة هي العرف الإداري، أيضاً صلاحية مباشرة إجراء الإحالة تجد تبريرها في الحقوق الممنوحة للرئيس الإداري بموجب القانون والتي تعتبر في ذات الوقت واجبات على عاتق المرؤوس، من ذلك حق إصدار الأوامر والأشراف والتوجيه التي يملكها الرئيس الإداري وواجب الطاعة، حيث أن طبيعة السلم الإداري تقتضي طاعة المرؤوس لرئيسه، غير أن هذه الطاعة لا يمكن وضعها وتطبيقها سليماً إلا بالوجه المقابل له وهو ما يعبر عنه بالسلطة والاختصاص في الوظيفة الإدارية "الصلاحيات"، ومفاد ذلك مسؤولية الرؤساء في سير العمل في المؤسسات الذين يديرونها لن تكون ممكنة و مقبولة إلا إذا كانت

(16) خليفة سالم الجهمي، أحكام ومبادئ القضاء الإداري الليبي، دار ومكتبة الفضيل للنشر والتوزيع، بنغازي، الطبعة الأولى، 2009، ص22.

لديهم سلطة على مرؤوسيههم وعلى ما يؤدونه من أعمال، فالسلطة تلازم المسؤولية وتدور معها وجوداً وعمداً⁽¹⁷⁾، وتكمن سلطات الرئيس الإداري في مكافأة الموظف المتقن عمله، وتأديب الموظف المخالف لأوامر رؤسائه أو المرتكب للمخالفة التأديبية، وذلك بإحالاته إلى التحقيق وتوقيع الجزاء عليه، وبالعودة إلى القانون يتبين أن القانون قد نص على حق الرئيس في توقيع الجزاء دون الإحالة⁽¹⁸⁾، ويبدو أن هذا الحق في توقيع الجزاء هو ما استندت عليه السلطات الرئاسية في منح نفسها اختصاص إجراء الإحالة باعتبار أن من يملك الكل يملك الجزء، وكل ذلك بهدف حماية المصلحة العامة ومصلحة العمل وضمان أداء المسؤولية القانونية التي وضعت على عاتق الرؤساء الإداريين، وهذه لن تكون إلا بمباشرة الدعوى التأديبية بأول إجراء فيها وإلى نهاية الدعوى إما بتوقيع العقوبة البسيطة أو الإحالة إلى المحاكمة التأديبية فيما إذا المخالفة المرتكبة تستحق توقيع عقوبة جسيمة.

الفرع الثاني: الطعن على قرار الإحالة إلى التحقيق:

إن إحالة الموظف العام إلى التحقيق قد يكون له تأثير على وضعه الوظيفي وهو ما قد يعرضه للوقف الاحتياطي عن العمل⁽¹⁹⁾، وهذا ما يثير التساؤل ما مدى أحقية الموظف المتهم في حق الطعن على قرار الإحالة إلى التحقيق في القانون الليبي؟

(17) سليمان محمد الطماوي، مبادئ علم الإدارة العامة، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الخامسة، 1972، ص 151-152.

(18) المادتين (160) (161) من القانون رقم 12 لسنة 2010م.

(19) أنظر ما سيأتي بيانه في المطلب الثاني من هذا البحث.

لم يتضمن القانون الكويتي والمصري في نصوصهما منح الحق للموظف العام المتهم في الطعن القضائي على الإحالة إلى التحقيق، أما القضاء الإداري المصري في القضية رقم 996/25 فقد ذهب إلى أنه "لا يجوز الطعن على قرار الإحالة لأنه ليس بقرار نهائي قابل للطعن عليه بالإلغاء، وإنما هو إجراء مؤقت يتحدد على ضوءها فيما إذا الفعل الذي ارتكبه الموظف يشكل مخالفة تأديبية ومعاقبته عليها"⁽²⁰⁾، بينما ذهب المشرع العراقي في نفس اتجاه القضاء المصري، حيث أجاز الطعن على قرار الإحالة ضمن القرار النهائي، إلا أنه اشترط على الموظف تقديم تظلم قبل الطعن على قرار الجزاء⁽²¹⁾.

(20) المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن الإداري رقم 996/25ق، جلسة (12.5.1984) مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا من مارس 1984 إلى نهاية يونيو 1984، السنة (29)، العدد (2)، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1984، ص 111.

(21) نصت المادة (15) من القانون العراقي رقم 14 لسنة 1991م، بأنه: "يختص المجلس بما يأتي : أولاً- النظر في الاعتراضات على قرارات فرض العقوبات المنصوص عليها في المادة (8) من القانون بعد التظلم منها وفق ما هو منصوص عليه في الفقرة (ثانياً) من هذه المادة ، وله أن يقرر المصادقة على القرار أو تخفيض العقوبة أو إلغاؤها. ثانياً- يشترط قبل تقديم الطعن لدى مجلس الانضباط العام على القرار الصادر بفرض العقوبة التظلم من القرار لدى الجهة التي أصدرته، وذلك خلال (30) ثلاثون يوماً من تاريخ تبليغ الموظف بقرار فرض العقوبة وعلى الجهة المذكورة البت بهذا التظلم خلال (30) ثلاثين يوماً من تاريخ تقديمه وعند عدم البت فيه رغم انتهاء هذه المدة يعد ذلك رفضاً للتظلم . ثالثاً- يشترط أن يقدم الطعن لدى مجلس الانضباط العام خلال (30) يوماً من تاريخ تبليغ الموظف برفض التظلم حقيقة أو حكماً. رابعاً- يعد القرار غير المطعون فيه خلال المدة المنصوص عليها في الفقرتين (ثانياً) و (ثالثاً) من هذه المادة باتاً...".

أما المشرع الليبي فقد سكت القانون رقم 12 لسنة 2010م، وكذلك القوانين السابقة الخاصة بتنظيم الخدمة المدنية عن إيراد نص ينظم حق الموظف في الطعن القضائي على قرار الإحالة إلى التحقيق أو المحاكمة التأديبية⁽²²⁾. بينما القضاء الإداري الليبي ذهب في نفس الاتجاه الذي سار عليه القضاء المصري والقانون العراقي في عدم أحقية الموظف المتهم الطعن على قرار الإحالة كقرار مستقل بذاته، حيث ذهبت محكمة الاستئناف دائرة القضاء الإداري في الطعن القضائي رقم 1/25ق بقولها من أنه "لا يجوز للموظف حق الطعن على قرار الإحالة لأنه لا يعتبر قرار نهائي أو عقوبة تأديبية تعطي حق الطعن القضائي، فالموظف له فقط حق الطعن على القرار النهائي وذلك وفقاً لما نصت عليه المادة (2) فقرة (4) من القانون رقم 88 لسنة 1971م بشأن نظام القضاء الإداري، إضافة إلى أن الطعن على الإحالة ليس له فائدة للموظف العام في تغيير المركز القانوني له أو إلغاء العقوبة الموجهة ضده"⁽²³⁾، وإن القضاء قد ذهب إلى إمكانية الطعن على قرار الإحالة ضمن القرار الإداري النهائي، وهذا ما أوضحته المحكمة العليا بقولها " أنه ومن المقرر في فقه القانون الإداري أن الطعن القضائي لا يقبل إلا في القرار النهائي إلا أنه مع ذلك إذا كان القرار من قبيل القرارات التمهيدية أو التحضيرية فأن الطعن فيه يكون مقبولاً إذا ما صدر القرار

(22) من ذلك مثلاً: القانون رقم 2 لسنة 1951م بشأن الخدمة المدنية، القانون رقم 36 لسنة 1956م بشأن الخدمة المدنية، القانون رقم 19 لسنة 1964م بشأن الخدمة المدنية، القانون رقم 55 لسنة 1976م بشأن الخدمة المدنية، حيث أن هذه القوانين لم تنص على حق الطعن على قرار الإحالة إلى التحقيق.

(23) محكمة استئناف بنغازي، الطعن الإداري رقم 1/25ق، جلسة (1973.3.25) غير منشور.

النهائي المبني على القرار التمهيدي أو التحضيري المطعون فيه قبل الحكم في الدعوى⁽²⁴⁾.

أما الفقه فهو مختلف في رأيه بين تأييد وعدم تأييد تجاه القضاء الإداري⁽²⁵⁾، حيث ذهب البعض إلى تأييد المحكمة بالقول أن لا يجوز الطعن على قرار الإحالة لأنه ليس بقرار نهائي قابل للطعن عليه بالإلغاء، إذ أنه لا يؤثر في المركز القانوني للموظف، إضافة إلى أن الطعن القضائي ضد قرار الإحالة ليس له فائدة من الناحية العملية لأنه قد يستغرق وقت يفوق المدة الزمنية للتحقيق التأديبي⁽²⁶⁾، بينما الاتجاه الآخر من الفقه ذهب إلى أحقية الموظف المتهم الطعن على قرار الإحالة إلى التحقيق، حيث إن قرار الإحالة له عدة آثار سلبية على المركز القانوني للمتهم، الأمر الذي يعطيه حق الطعن عليه دون انتظار القرار النهائي للمحكمة⁽²⁷⁾.

يلاحظ أن الرأي الذي أعطى حق الموظف المتهم في الطعن على قرار الإحالة هو أقرب للعدالة والمنطق، لأنه ليس من العدل ترك الموظف ينتظر فترة

⁽²⁴⁾ المحكمة العليا، الطعن الإداري رقم 7/19 ق، جلسة (1962.3.24) مجلة المحكمة العليا، الجزء الثاني، العدد (1)، ص 148.

⁽²⁵⁾ صبيح بشير مسكوني، القضاء الإداري في الجمهورية العربية الليبية، دراسة مقارنة، منشورات جامعة بنغازي، بدون طبعة، 1974، ص 319-320. محمد ماجد ياقوت، التحقيق في المخالفات التأديبية، دراسة مقارنة، منشأة المعارف الإسكندرية، بدون طبعة، 2002، ص 213. عبدالفتاح حسن، التأديب في الوظيفة العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون طبعة، 1964، ص 146-147.

⁽²⁶⁾ صبيح بشير مسكوني، المرجع السابق ذكره، ص 319-320. محمد ماجد ياقوت، المرجع السابق ذكره، ص 213.

⁽²⁷⁾ عبدالفتاح حسن، التأديب في الوظيفة العامة، المرجع السابق، ص 146-147.

طويلة حتى يصدر القرار النهائي وهو تحت وصف المتهم قد يكون أحيل من جهة غير مختصة، إضافة إلى أن الإحالة إلى التحقيق قد تكون لها نتائج وخيمة وهو ما قد يتعرض له الموظف للوقف الاحتياطي عن العمل.

مما سبق يلاحظ أن القانون الليبي قد أشرت مع القانون الكويتي والمصري كونه لم ينص صراحة ولا ضمناً على حق الموظف المتهم الطعن على قرار الإحالة إلى التحقيق، أما القانون العراقي فقد منح الموظف حق الطعن على قرار الإحالة ضمن القرار النهائي، وفي هذا اشتراك مع القضاء الإداري الليبي والقضاء المصري حيث اشترط وجود صفة النهائية في قرار الإحالة إلى التحقيق وأجازا أن يتم الطعن على قرار الإحالة ضمن القرار التأديبي النهائي، وفي هذا يبدو القانون العراقي أكثر عدلاً من القانون الليبي، إذ أنه أوضح صراحة كيفية الطعن على قرار الإحالة، ويبدو أنه أخذ في اعتباره أن الموظف قد لا يكون رجل قانون وقد يجد مشقة وصعوبة في البحث عن القاعدة في أحكام القضاء، وقد يستغرق البحث منه وقتاً يتجاوز المدة المحددة قانوناً للطعن مما قد يؤدي إلى ضياع حقوقه، لذا سهل عليه كيفية إيجاد القاعدة والاستفادة منها وذلك بالنص صراحة في نصوصه القانونية على كيفية الطعن على قرار الإحالة إلى التحقيق.

كما يلاحظ أيضاً في تجاه القضاء الإداري الليبي أنه قد طبق الشروط الواجب توافرها في القرار الإداري منها أن يكون القرار نهائياً و تناسى أن قرار الإحالة قد تكون له آثار سلبية على المستقبل الوظيفي للموظف العام، منها ما قد يتعرض له الموظف للوقف الاحتياطي عن العمل، وهذا ما يضر بسمعته والتشهير به بين زملائه ورؤسائه الأمر الذي قد يفقد الثقة به في العمل، من هنا كان على

القضاء الإداري أن يضع استثناء على صفة النهائية في القرار الإداري لبعض القرارات (مثل قرار الإحالة إلى التحقيق التأديبي) ويجعلها قابلة للطعن القضائي لما لها من نتائج بالغة الخطورة وفق ما سلف بيانه.

الفرع الثالث: سقوط الحق في الإحالة إلى التحقيق:

إن الإحالة إلى التحقيق يجب أن تتم خلال فترة زمنية معقولة من تاريخ ارتكاب المخالفة، حتى لا يكون هذا الإجراء مهدداً لموظف متهم الأصل فيه البراءة وحتى تثبت إدانته من السلطات المختصة من جهة، ومن جهة أخرى حث جهة الإدارة على إقامة الدعوى في فترة زمنية قصيرة حتى لا تضيع الأدلة التي تثبت الإدانة⁽²⁸⁾.

ولقد حرص المشرع الليبي في المادة (164) من القانون رقم 12 لسنة 2010م، على أن تكون إقامة الدعوى التأديبية في فترة زمنية محددة ، وقد فرق بين المخالفات التأديبية الإدارية والمخالفات المالية⁽²⁹⁾، حيث نصت على أن

(28) محمد محمود ندا، انقضاء الدعوى التأديبية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، 1981، ص87.

(29) المخالفات الإدارية مثل الإهمال في أداء العمل والغياب المتكرر بدون عذر أو أذن أو تأخير الموظف عن مواعيد العمل الرسمية، أما المخالفات المالية فقد وضعت المحكمة العليا معيار لها بقولها "يعتبر من المخالفات المالية كل تصرف يؤدي إلى صرف مبلغ من الأموال العامة أو ضياع حق من الحقوق المالية للدولة أو المؤسسات أو الهيئات العامة..، وذلك بغض النظر عما إذا كان الذنب المقترف عمدياً أو كان نتيجة وبغض النظر أيضاً عما إذا كانت القوانين واللوائح التي وقع الفعل بالمخالفة لها ذات طبيعة مالية بجنحة أم لا". المحكمة العليا، الطعن الإداري رقم 27/1ق، جلسة (1983.3.23) مجلة المحكمة العليا، السنة (20)، العدد (3)، ص9.

يتبين من الحكم السابق أنه سواء كانت المخالفات إدارية أو مالية فألها تندرج تحت ما يسمى بالمخالفات التأديبية ويقصد بها (إخلال الموظف العام بواجباته الوظيفية أو خروجه على مقتضاياتها يشكل جريمة تأديبية تحق مساءلته عنها أمام سلطة التأديب المختصة).

"تسقط الدعوى التأديبية بانقضاء ثلاثة سنوات من يوم وقوع المخالفة ، وتكون المدة خمسة سنوات بالنسبة للمخالفة التي يترتب عليها ضياع حق من حقوق الخزنة العامة..."⁽³⁰⁾.

يلاحظ أن القانون قد حدد مدة تقادم الدعوى التأديبية وحدد بدء سريانه وهو من تاريخ وقوع المخالفة التأديبية، بحيث تسقط المخالفة الإدارية بمرور ثلاثة سنوات من تاريخ ارتكاب المخالفة بينما تسقط المخالفة المالية بمرور خمسة سنوات من تاريخ ارتكاب المخالفة، وعليه فإن فوات هذه المدة يتحصن الموظف من إقامة الدعوى التأديبية ضده (أي تمتع الجهة المختصة باتخاذ إجراء تأديبي)، وإذا ما خالفت ذلك وقامت بإحالة الموظف للتحقيق كان تصرفها باطلاً لسقوط الدعوى بالتقادم، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا الليبية في القضية رقم 84/48ق عندما قضت ببطلان "الدعوى التأديبية رقم 16/1997 التي أقامها المجلس التأديبي للمخالفات المالية لسقوطها بمضي المدة..، حيث إن المخالفة قد حدثت سنة 1991 وتمت إحالة الطاعن إلى المجلس التأديبي للمخالفات المالية خلال سنة 1997 أي بعد ست سنوات من وقوع المخالفة، وحيث أن أوراق الطعن قد

أنظر في ذلك تفصيلاً: خليفة سالم الجهمي، "النظام القانوني للمخالفات المالية في التشريع الليبي"، مجلة المحامي، السنة (12)، العدد (46.45)، يناير 1995، ص 99-100.

⁽³⁰⁾ يلاحظ أن القانون الحالي قد حافظ على نفس التفرقة بين المخالفة المالية والإدارية وبنفس الفترة الزمنية المنصوص عليها في المادة (96) من القانون السابق رقم 55 لسنة 1976م بشأن الخدمة المدنية، إذ نصت على أن "تسقط الدعوى التأديبية بانقضاء ثلاث سنوات من تاريخ وقوع المخالفة وتكون المدة خمسة سنوات بالنسبة إلى المخالفات التي يترتب عليها ضياع حق للخزنة العامة للدولة وتنقطع المدة في الحالتين بأي إجراء من إجراءات التحقيق أو الاتهام أو المحاكمة وتسري المدة من جديد ابتداء من آخر إجراء".

خلت مما يفيد اتخاذ أي إجراء قاطع للمدة فإن الدعوى تكون قد سقطت بمضي المدة، لما كان ذلك فإن المجلس التأديبي للمخالفات المالية إذ قرر إدانة الطاعن عن المخالفة المنسوبة إليه فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون متعين النقض⁽³¹⁾.

يلاحظ من الحكم السابق أن المحكمة العليا قد اتفقت مع المشرع عندما قيدت السلطات التأديبية في رفع الدعوى التأديبية بمدة زمنية محددة⁽³²⁾، وعليه فإن إحالة الموظف المتهم إلى التحقيق خلال الفترة الزمنية المحددة قانوناً يترتب عليه انقطاع مدة التقادم للمخالفة سواء أرتكبها الموظف المتهم بمفرده أو تعدد الموظفين المتهمين في جريمة واحدة، ذلك أن انقطاع المدة الزمنية لأحد المتهمين يترتب عليها انقطاعها لجميع المتهمين حتى وإن لم تتخذ إجراءات تأديبية ضدهم⁽³³⁾.

أما إذا كون الفعل الواحد مخالفة تأديبية وجريمة جنائية في وقت واحد كسرقة الأموال العامة أو التزوير في المستندات الرسمية، فإن المشرع الليبي بعد أن حسم اقتران الدعوى التأديبية بالدعوى الجنائية في المادة (164) من القانون رقم 12 لسنة 2010م، إذ أنه لم ينص على ارتباط الدعوى التأديبية بالدعوى الجنائية، حيث أنه فصل بين الدعوتين بحيث تسقط الدعوى التأديبية بمضي المدة المحددة في القانون وإن لم تسقط الدعوى الجنائية، إلا أنه أعاد من جديد الربط

(31) المحكمة العليا، الطعن الإداري رقم 48/84ق، جلسة (2005.6.2) مجموعة أحكام المحكمة العليا، القضاء الإداري، السنة 2005، ص 102.

(32) المادة (164) من القانون رقم 12 لسنة 2010م.

(33) المادة (164)، المرجع السابق ذكره.

بين الدعوتين من حيث سقوط المدة، بصدور القانون رقم 4 لسنة 2015م بشأن تعديل المادة (164) حيث نصت على أن ".... ومع ذلك إذا كون الفعل جريمة جنائية فلا تسقط الدعوى التأديبية إلا بسقوط الدعوى الجنائية"⁽³⁴⁾.

مما سبق يلاحظ أن المشرع الليبي في القانون الحالي رقم 12 لسنة 2010م، قد أصاب عندما قيد الدعوى التأديبية بمدة زمنية محددة بفصلها عن الدعوى الجنائية، وذلك حتى لا تبقى سيفاً مسلطاً على رقبة الموظف يهدده طوال حياته، وفي هذا جاء القانون الحالي على خلاف ما كان منصوص عليه في القانون السابق رقم 55 لسنة 1976م بشأن الخدمة المدنية، الذي ربط سقوط الدعوى التأديبية بسقوط الدعوى الجنائية⁽³⁵⁾، إلا أنه عدول المشرع الليبي عن موقفه بشأن الفصل بين الدعوى التأديبية والدعوى الجنائية، بالتعديل الذي أجراه على نص المادة (164) من القانون رقم 12 لسنة 2010م، وإقراره الربط بين الدعوتين من حيث سقوط المدة، يبدو تجاه غير سليم، ذلك أن الجريمة الجنائية تختلف عن المخالفة التأديبية من حيث الهدف من العقوبة، إذ أن العقوبة الجنائية هدفها حماية المجتمع بينما العقوبة التأديبية هدفها حماية مصلحة الوظيفة العامة⁽³⁶⁾.

⁽³⁴⁾ القانون رقم 4 لسنة 2015م بشأن تعديل المادة (164)، الجريدة الرسمية، السنة 2015، العدد (1)، ص20.

⁽³⁵⁾ المادة (96) من القانون رقم 55 لسنة 1976م بشأن الخدمة المدنية. أنظر: محمد أحمد البيري، القوانين واللوائح والقرارات ذات العلاقة بالوظيفة العامة والموظف، الجزء الأول، بدون ناشر ولا طبعة، 1977، ص12.

⁽³⁶⁾ المحكمة العليا، الطعن الإداري رقم 20/3ق، جلسة (14.3.1974) مجلة المحكمة العليا، السنة (10)، العدد

من جهة أخرى يلاحظ أن ارتباط سقوط الدعوى التأديبية بسقوط الدعوى الجنائية، وفقاً لما هو منصوص عليه في القانون رقم 4 لسنة 2015م بشأن تعديل المادة (164)، يعني أن المشرع قد اعتد وأعترف بمدة التقادم المنصوص عليها في القانون الجنائي، وحيث إن القانون قد ألغى التقادم كسبب لسقوط الدعوى الجنائية وهذا معناه عدم سقوط الدعوى التأديبية مطلقاً إذا ما ترتب عليها جريمة جنائية⁽³⁷⁾، وهذا ما أكدته المحكمة العليا الليبية بقولها "... ومع ذلك إذا كون الفعل جريمة جنائية فلا تسقط الدعوى التأديبية إلا بسقوط الدعوى الجنائية، ومفاد الفقرة .. من هذا النص إذا كون الفعل الواحد المنسوب للمتهم مخالفة إدارية أو مالية وجريمة جنائية فإن عدم سقوط الدعوى الجنائية يترتب عليها بقاء الدعوى التأديبية وعدم انطباق مدد سقوط الدعوى التأديبية الأخرى عليها.."⁽³⁸⁾، الأمر الذي يترتب عليه أن تبقى الدعوى التأديبية سيفاً مسلطاً على المتهم طوال حياته سوى بقى في الوظيفة أو تركها بالتقاعد أو لأي سبب قانوني آخر، وهذا من شأنه أن يفقد الغاية من العقوبة وأثرها على الموظف لعدم رده في فترة زمنية قصيرة من تاريخ ارتكابه للمخالفة، من هنا كان على المشرع حسب وجهة نظري أن يبقى على موقفه السابق وهو الفصل بين الدعوى التأديبية والدعوى الجنائية من حيث

⁽³⁷⁾ المادة (1) من القانون رقم 11 لسنة 1997م بشأن تقرير بعض الأحكام الخاصة بالدعوى الجنائية إذ نصت على " لا تسقط الجريمة ولا تنقضي الدعوى الجنائية بمضي المدة"، موسوعة التشريعات الجنائية، مطابع الهيئة العامة لشؤون القضاء، 1998، ص164.

⁽³⁸⁾ المحكمة العليا، الطعن إداري رقم 48/60ق، جلسة (2005.1.9) مجلة المحكمة العليا، السنة (40)، العدد (2)، ص59.

سقوط المدة وفقاً لما هو منصوص عليه في المادة (164) من القانون رقم 12 لسنة 2010م.

وإذا كان موقف المشرع في القانون رقم 4 لسنة 2015م بشأن تعديل المادة (164) عدم سقوط الدعوى التأديبية لارتباطها بالدعوى الجنائية؟ فهل هذا يتفق مع القوانين الأخرى والمطبقة على الموظفين العامين؟

الإجابة على التساؤل تقتضي النظر إلى فئة الموظفين الذين أخضعهم المشرع لقانون خاص من ذلك أعضاء هيئة التدريس، أو إلى قانون الرقابة الإدارية باعتبار أن جهاز الرقابة يختص بالرقابة على جميع الجهات الإدارية في الدولة والموظفين العاملين بها، حيث يعمل على متابعة أعمالهم للتحقق من مدى تحقيق مسؤولياتهم وأداء واجباتهم وفقاً للقوانين واللوائح، وذلك وفقاً لما يلي:

1- يلاحظ أن التعديل الذي أجراه القانون رقم 4 لسنة 2015م بشأن تعديل المادة (164)، متفق على سبيل المثال مع قانون الرقابة الإدارية رقم 20 لسنة 2013⁽³⁹⁾، حيث أن قانون الرقابة الإدارية لم يفرد نص خاص بسقوط الدعوى التأديبية، وفي غياب النص القانوني في تحديد تقادم الدعوى التأديبية فإنه يكون لعضو الرقابة مباشرة إجراء الإحالة إلى التحقيق وملاحقة مرتكبها في أي في وقت دون تقييد بزمن محدد، وحتى في حالة القول أنه ينبغي الرجوع إلى القانون رقم 12 لسنة 2010م، فإنه بالعودة إليه وبالتعديل الذي أجراه المشرع على نص

(39) القانون رقم 20 لسنة 2013م بشأن إنشاء هيئة الرقابة الإدارية. منشور على الموقع الإلكتروني:

<https://security-legislation.ly/ar/node/31965>

المادة (164) يتبين أنه قد تبني مدة تقادم الدعوى الجنائية الذي لم يحدد لها المشرع الجنائي فترة زمنية محددة وذلك وفقاً لما سلف بيانه.

2- ربط القانون رقم 4 لسنة 2015م بشأن تعديل المادة (164) بين الدعوتين التأديبية والجنائية من حيث سقوط المدة، إلا أنه يلاحظ أن بعض اللوائح والخاصة بفئة معينة من الموظفين قد فصلت الدعوى الجنائية عن الدعوى التأديبية من حيث سقوط المدة، من ذلك مثلاً المادة (66) من لائحة أعضاء هيئة التدريس نصت على أن " تتقضي الدعوى التأديبية باستقالة عضو هيئة التدريس وقبولها من لجنة الجامعة، ولا تأثير لانقضاء الدعوى التأديبية على أي من الدعوتين الجنائية والمدنية الناشئة عن ذات الواقعة ⁽⁴⁰⁾."

يتبين من النص السابق أن اللائحة لم تحدد فترة زمنية لانقضاء الدعوى التأديبية، وإنما حددت الحالة التي بموجبها تسقط الدعوى وهي قبول استقالة عضو هيئة التدريس، وفي هذا تختلف اللائحة عن القانون الذي قيد إقامة الدعوى التأديبية بمدة محددة، إلا أن المادة السابقة أضافت قاعدة أخرى مفادها أن سقوط الدعوى التأديبية لا علاقة له بالدعوى الجنائية، أي أن تستمر النيابة العامة في إجراء التحقيقات والسير في الدعوى الجنائية إلى حين التصرف فيها إما بحفظ التحقيق أو الإحالة إلى محكمة الجنايات، وإن الفصل بين الدعوتين من حيث

تاريخ 2020.7.13 الساعة 20:5 مساءً

⁽⁴⁰⁾ لائحة أعضاء هيئة التدريس الوطنيين بالجامعات رقم 99 لسنة 2001م. منشورة على الموقع الإلكتروني:

<https://aladel.gov.ly/home/?p=1766>

تاريخ 2020 .7 .11 الساعة 22:15 مساءً

سقوط المدة معناه تطبيق المدة المنصوص عليها في القانون الجنائي الخاص بتقادم الدعوى الجنائية⁽⁴¹⁾، وفي هذا تتفق اللائحة مع القانون رقم 4 لسنة 2015م بشأن تعديل المادة (164)، إذ أنه كلا منهما أعتد بالمدة الزمنية المنصوص عليها في القانون الجنائي، وهذا يقود إلى تساؤل مفاده في حالة ارتكاب عضو هيئة التدريس للمخالفة أي قانون ينطبق عليه؟

يعتبر قانون رقم 12 لسنة 2010م وتعديلاته، القانون الأم للقوانين الأخرى أي يتم الرجوع إليه لإكمال القصور والنقص إذا وجد في القانون الخاص، ذلك أن النص العام يكمل النص الخاص فيما لم ينص عليه من أحكام، ولكن متى وجد النص في القانون الخاص فإنه الأولي بالتطبيق، لأن المشرع إذا خص فئة من الموظفين بقانون خاص راعى في ذلك طبيعة العمل، ومن ثم فإنه في وجود النص القانوني في لائحة أعضاء هيئة التدريس فإنه يكون له الأولوية في التطبيق إلا إذا لم يوجد نص باللائحة فإنه ينبغي الرجوع إلى قانون علاقات العمل باعتباره القانون الأم، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في الطعن الإداري رقم 53/98ق من أنه "... أن تطبيق قانون الخدمة المدنية على هذه الواقعة إنما يستند على أن هذا القانون هو القانون العام الذي يحكم الرابطة الوظيفية بين الإدارة والموظف، كما أن لائحة أعضاء هيئة التدريس.. قد أحالت على هذا القانون ... فيما لم يرد بشأنه نص في اللائحة"⁽⁴²⁾.

(41) المادة (1) من القانون الليبي رقم 11 لسنة 1997م، المرجع السابق، ص164.

(42) المحكمة العليا، الطعن الإداري رقم 53/98ق، جلسة (2007.11.15) مجموعة أحكام المحكمة العليا، القضاء الإداري، الجزء الثاني، السنة 2007، ص732.

المطلب الثاني

الأثر المترتب على الإحالة إلى التحقيق التأديبي

من أهم الآثار التي تترتب على إحالة الموظف إلى التحقيق وقف الموظف المتهم عن العمل احتياطياً، فما المقصود به؟ وما هو الأثر القانوني المترتب على صدور هذا القرار بالنسبة للموظف المتهم من حيث حقوقه في المرتب والترقية؟ أي هل منح المشرع الموظف الحق في المرتب والترقية أثناء مدة الوقف الاحتياطي؟ هذا ما سيتم مناقشته وفقاً لما يلي:

الفرع الأول: مفهوم الوقف الاحتياطي:

لم يرد تعريف للوقف الاحتياطي في القانون الحالي رقم 12 لسنة 2010م، وكذلك قوانين الخدمة المدنية السابقة له، وفي هذا يتفق القانون مع غيره من تشريعات الدول الأخرى⁽⁴³⁾.

أما القضاء الإداري الليبي فقد عرف الوقف الاحتياطي بأنه "إسقاط ولاية الوظيفة عن الموظف إسقاطاً مؤقتاً، فلا يتولى خلال الوقف سلطته ولا يباشر عمله، ذلك أن الموظف قد تسند إليه تهم وتوجه إليه مأخذ، ويقتضي ذلك الاحتياط

(43) فيما تم الاطلاع عليه من تشريعات الدول العربية يلاحظ أن خلا بعضها من الإشارة إلى تعريف الوقف الاحتياطي، مثال ذلك القانون المصري رقم 81 لسنة 2016م بشأن إصدار الخدمة المدنية والقانون الليبي رقم 12 لسنة 2010م بشأن علاقات العمل، ولكن القانون السوري يختلف عن القانون الليبي والمصري، حيث عرف الوقف الاحتياطي في المادة السادسة من المرسوم التشريعي السوري رقم 90 لسنة 1962م على أنه "فصل الموظف عن وظيفته مؤقتاً حتى عودته إليه".

أنظر في ذلك : محمد أحمد مصطفى، الإجراءات الاحتياطية في التأديب في الوظيفة العامة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون طبعة، 1998، ص222..

بكف يده عن العمل الموكول إليه صوتاً للعمل العام، وحتى يجري التحقيق في جو خال من تأثيره وبعيداً عن سلطانه إلى أن تتضح الحقيقة فيما هو منسوب إليه." (44).

يتبين من حكم المحكمة أن الوقف الاحتياطي إجراء مؤقت يصدر من السلطة المختصة بإصداره، الهدف منه منع الموظف مباشرة أعمال وظيفته، وذلك إذا اقتضت مصلحة التحقيق هذا الوقف (45)، عليه فإن الوقف عن العمل ليس بعقوبة تأديبية وإنما هو إجراء احتياطي (46)، يعطي جهة الإدارة الحق في كف يد الموظف عن مباشرة أعمال وظيفته كإجراء وقائي مؤقت (47)، شرعه المشرع بنص صريح لمصلحة التحقيق إذا اقتضت مصلحة التحقيق ذلك، وفي هذا يتفق القضاء

(44) المحكمة العليا، الطعن الإداري رقم 44/70 ق، جلسة (2001.1.28) مجلة المحكمة العليا، السنة (34.33)، ص82.

(45) أنظر تفصيلاً: علي جمعة محارب، التأديب الإداري في الوظيفة العامة، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، بدون طبعة، 2010، ص494-495.

(46) أنظر كلاً من: عبدالله محمد أرجمند، فلسفة الإجراءات التأديبية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1998، ص268. صبيح بشير مسكوني، مبادئ القانون الإداري الليبي، دراسة مقارنة، الناشر الكتاب والتوزيع والإعلان والمطابع، بنغازي، بدون طبعة، 1982، ص379. عدنان عمرو، مبادئ القانون الإداري، المرجع السابق، ص268. محمد عبيد الحسناوي، التأديب وأثره في الحد من الأخطاء المسلكية لرجال الشرطة، مركز البحوث والدراسات الشارقة، بدون طبعة، 1999، ص80.

(47) أنظر كلاً من: نصرالدين مصباح القاضي، النظرية العامة للتأديب في الوظيفة العامة في القانون الليبي، دراسة موازنة في القانون الليبي والمصري والشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، 1997، ص515. جلال أحمد الأدغم، التأديب في ضوء محكمتي الطعن، النقض، الإدارية العليا، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، الطبعة الثالثة، 2009، ص299. محمد ماجد ياقوت، شرح الإجراءات التأديبية، منشأة المعارف الإسكندرية، بدون طبعة، 2004، ص148.

الإداري مع المشرع الوظيفي، ويبدو أن المشرع الليبي كان عادلاً عندما قيد الوقف الاحتياطي بسبب مصلحة التحقيق فقط⁽⁴⁸⁾ إذ أنه يمثل ضماناً للموظف المتهم لأنه لن يوقف عن العمل إلا لهذا السبب، ويبدو من ذلك أن المشرع قد راعى أن الموظف المتهم محل التحقيق قد يكون صاحب سلطة أو نفوذ من شأنه التأثير على سير التحقيق كإجبار الموظف المرؤوس على الإدلاء بأقوال لصالحه أو قيامه بإخفاء وثائق أو مستندات من شأنها التأثير على نتيجة التحقيق كل ذلك يستدعي إبعاد الموظف عن مزاوله مهنته بشكل مؤقت.

مما سبق يتبين أن الوقف الاحتياطي إجراء مؤقت يصدر من السلطة المختصة الهدف منه منع الموظف مباشرة أعمال وظيفته، وذلك إذا اقتضت مصلحة التحقيق هذا الوقف، وهذا يقود إلى تساؤل مفاده ما هو الإجراء القانوني الواجب اتباعه من الموظف المتهم إذا ما استخدمت جهة الإدارة إجراء الوقف في غير مصلحة التحقيق؟

عدد القانون 88 لسنة 1971م بشأن القضاء الإداري، المسائل الوظيفية التي يختص بالنظر فيها وإلغائها⁽⁴⁹⁾، إلا أنه لم يورد قرار الوقف الاحتياطي من ضمن هذه المسائل، ولكن بالعودة إلى الفقرة (5) من المادة (2) من هذا القانون يتبين أنها نصت على اختصاص القضاء الإداري بالنظر في "الطلبات التي يقدمها الأفراد والهيئات بإلغاء القرارات الإدارية النهائية"، وحيث أن الموظف قبل أن يكتسب صفة الموظف العام هو فرداً من أفراد المجتمع له حق التمتع بالحماية

⁽⁴⁸⁾ المادة (157) من القانون رقم 12 لسنة 2010م.

⁽⁴⁹⁾ المادة (2) من القانون رقم 88 لسنة 1971م.

القضائية في حالة صدور قرار أضر بمصلحته، وحيث أن قرار الوقف له أضرار معنوية على الموظف لما قد يتعرض له من الأقاويل بين زملائه ورؤسائه وإساءة للسمعة، وكذلك له أضرار مادية في حرمانه من نصف راتبه، عليه فإنه يمكن القول أن من حق الموظف اللجوء الى القضاء للطعن على قرار الوقف استقلاً، وهذا ما أوضحت المحكمة العليا بقولها " .. من بين المسائل المنصوص عليها في المادة الثانية من القانون رقم 88 لسنة 1971م .. وهي الطلبات التي يقدمها الأفراد والهيئات بإلغاء القرارات الإدارية النهائية، وما يشترط في هذه الدعوى أن يكون طعناً بالإلغاء على قرار إداري نهائي ولا يشترط فيها توافر صفة الموظف العمومي"⁽⁵⁰⁾.

أما القضاء الإداري فقد ذهب إلى أحقية الموظف في الطعن على قرار الوقف الاحتياطي بقولها "... وحيث أنه من الثابت.. أن الطاعن قد اتهم بارتكاب بعض الأعمال قد تشكل جريمة جنائية، مما دعا رئيسه إلى وقفه عن عمله لحين انتهاء النيابة من التحقيق فيما نسب إليه،... لما كان ذلك وكان قرار الوقف ... وإن علق على شرط فاسخ وهو انتهاء النيابة العامة من التحقيق..، إلا أنه لا يعني أن مدة وقفه عن عمله محددة بثلاثة أشهر في جميع الأحوال.. ومؤدى ذلك أن ميعاد الطعن على قرار وقفه عن عمله - أي كان الأمر بشأنه - يبدأ من اليوم

⁽⁵⁰⁾ المحكمة العليا، الطعن الإداري رقم 52/53 ق جلسة (2007.1.14)، مجموعة أحكام المحكمة العليا، القضاء الإداري، الجزء الأول، السنة 2007م، ص83.

التالي لإبلاغه به وبعدم تمكينه من مباشرة عمله سواء تم التحقيق معه أم لم يتم⁽⁵¹⁾.

يتبين من الحكم السابق أن القضاء الإداري الليبي قد منح الموظف المتهم حق الطعن على قرار الوقف، وأن ميعاد احتساب الدعوى في الوقف يبدأ من اليوم التالي لإبلاغه به، ويبدو تجاه سليم، لما للوقف من آثار سيئة على المستقبل الوظيفي للموظف وذلك وفقاً لما سلف بيانه، ويبدو في هذا أن القضاء قد راعى مصلحة الموظف وحمايته من التعسف الذي قد يتعرض له من رؤسائه باستخدام الوقف لمصالح أخرى غير مصلحة التحقيق، فالموظف مرؤوس ويظل الطرف الضعيف في العلاقة الوظيفية في المؤسسة العامة، وهذا ما قد يشجع رؤسائه من إبعاده على الوظيفة لتحقيق مصالح شخصية لا علاقة لها بمصلحة التحقيق.

الفرع الثاني: مدة الوقف الاحتياطي:

حددت المادة (157) من القانون الحالي رقم 12 لسنة 2010م، مدة الوقف الاحتياطي عن العمل للموظف المتهم بمدة ثلاثة أشهر⁽⁵²⁾، كما حددت السلطات المختصة بالوقف الاحتياطي وهي السلطات المختصة بالتحقيق مع الموظف المتهم في حالة اقتصرت مدة الوقف على ثلاثة أشهر⁽⁵³⁾، إلا أنه لم يحدد طريقة الوقف هل بقرار واحد أو بقرارات متعددة في المدة المحددة قانوناً، أما

(51) المحكمة العليا، الطعن الإداري رقم 44/70ق، المرجع السابق، ص82.

(52) يلاحظ أن القانون الحالي قد حافظ على نفس المدة المنصوص عليها في القوانين السابقة، من ذلك مثلاً حددت المادة (61) من القانون رقم 19 لسنة 1964م بشأن الخدمة المدنية، و المادة (81) من القانون رقم 55 لسنة 1976م بشأن الخدمة المدنية، أن تكون مدة الوقف الاحتياطي عن العمل للموظف المتهم بمدة ثلاثة أشهر.

(53) المادة (157) من القانون رقم 12 لسنة 2010م.

إذا استدعت مصلحة التحقيق وقف الموظف احتياطياً مدة تزيد عن ثلاثة أشهر فإنه يجب على سلطة التحقيق إحالة الأمر إلى مجلس التأديب للبت في تمديد مدة الوقف⁽⁵⁴⁾، وفي هذا يتفق القانون الليبي مع القانون المصري الذي أعطى بدوره المحاكم التأديبية سلطة البت في تمديد مدة الوقف الاحتياطي⁽⁵⁵⁾، أما القانون الكويتي فقد أجاز تمديد الوقف الاحتياطي عن العمل لمرة واحدة فقط وهي مدة ثلاثة أشهر على أن يكون قرار الوقف الاحتياطي وتمديده مسبب من السلطات التأديبية⁽⁵⁶⁾، أما القانون العراقي استخدم مصطلح (سحب اليد) للدلالة على الوقف الاحتياطي، وقد منح السلطة الرئاسية (الوزير ورئيس الدائرة) "سحب يد الموظف

(54) المادة (157)، المرجع السابق ذكره.

(55) المادة (63) من القانون المصري رقم 81 لسنة 2016م بشأن إصدار الخدمة المدنية، وهو ذات النص الذي كان منصوص عليه في المادة (83) من القانون المصري (السابق) رقم 47 لسنة 1978م بشأن العاملين المدنيين بالدولة، إذ نصت على أن " .. يوقف الموظف عن عمله احتياطياً إذا اقتضت مصلحة التحقيق معه ذلك لمدة لا تزيد عن ثلاثة أشهر، ولا يجوز مد هذه المدة إلا بقرار من المحكمة التأديبية المختصة للمدة التي تحددها..".
أنظر تفصيلاً:

سمير يوسف البهي، شرح نظام قانون العاملين المدنيين بالدولة، دار الكتب القانونية، مصر، بدون طبعة، 1996، ص652. كذلك أنظر حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن الإداري رقم 361/36، جلسة (26). 1986.4) مشار إليه في:

جلال أحمد الأدغم، التأديب في ضوء محكمتي الطعن، النقض، الإدارية العليا، المرجع السابق، ص226-227.

(56) المادة (30) من المرسوم الكويتي بالقانون رقم 15 لسنة 1979م بشأن الخدمة المدنية، نصت على أن " يوقف الموظف عن عمله .. إذا اقتضت مصلحة التحقيق.... ويكون الوقف بقرار مسبب لمدة لا تجاوز ثلاثة أشهر يجوز مدها لمدة مماثلة يعود بانتهائها إلى عمله".

مدة لا تتجاوز (60) يوماً إذا تراءى له أن وجوده في الوظيفة مضر بالمصلحة العامة أو يؤثر على سير التحقيق في الفعل الذي أحيل من أجله إلى التحقيق⁽⁵⁷⁾. ويلاحظ أن القانون الليبي أعطى مجالس التأديب دوراً مهماً في تمديد المدة الزمنية للوقف الاحتياطي عن العمل، وكذلك فعل المشرع المصري حيث منح المحكمة التأديبية دوراً مهماً في تمديد مدة الوقف⁽⁵⁸⁾، إلا أنه يلاحظ في القانونين لم يقيدا السلطات التأديبية بمدة معينة عند إصدارها لقرار مد مدة الحبس الاحتياطي، الأمر الذي يؤدي إلى تساؤلاً حول مدى صلاحية مجالس التأديب في مد المدة الزمنية للوقف الاحتياطي؟ وهل وضع المشرع ضوابط أثناء تمديد مدة الوقف الاحتياطي؟

الفقه المصري أجاب على هذا التساؤل باختلاف في وجهة النظر بينهم، حيث ذهب البعض إلى أن المحكمة التأديبية تملك تمديد مدة الوقف لمدة ثلاثة أشهر فقط في المرة الواحدة، لأن القانون حدد هذه المدة وبالتالي فهي مقيدة بها، كما إنها تشكل ضماناً للمتهم⁽⁵⁹⁾. أما البعض الآخر من الفقه فقد ذهب إلى أحقية المحاكم التأديبية في تمديد مدة الوقف الاحتياطي دون التقيد بمدة زمنية معينة،

(57) المادة (17) فقرة أولاً من القانون العراقي رقم 14 لسنة 1991م.

(58) المادة (157) من القانون رقم 12 لسنة 2010م، المادة (63) من القانون المصري رقم 81 لسنة 2016م.

(59) عبدالفتاح حسن، التأديب في الوظيفة العامة، المرجع السابق، ص160-163. مصطفى بكر، تأديب العاملين في الدولة، دار الفكر الحديث للطبع والنشر، القاهرة، بدون طبعة، 1966، ص219-221.

وقد أيد هذا الاتجاه وجهة نظره أن القانون لم يقيد المحكمة التأديبية عند مدها لمدة الوقف بمدة معينة حيث أطلق سلطتها وهذا أمر لا يخل بضمانات التأديب⁽⁶⁰⁾. و يبدو أن الرأي الثاني أقرب إلى الواقع ومتفق مع القانون المصري وكذلك القانون الليبي، ذلك أن المشرع لم يحدد مدة تمديد الوقف الاحتياطي، حيث أن القانون الليبي رقم 12 لسنة 2010م، لم يضع حداً زمنياً لإنهاء مدة الوقف، إذ حدد مدة الوقف بمدة ثلاثة أشهر وفي حالة مصلحة التحقيق تستدعي وقف الموظف المتهم أكثر من ذلك فإن مجلس التأديب (وفقاً لهذا القانون) هو المختص بمد مدة الوقف دون أن يكون مقيد بمدة معينة لإنهاء الوقف، كما إن هذا الاختصاص الذي منحه المشرع لمجلس التأديب منقوع من اختصاصه بمحاكمة الموظف تأديبياً ذلك إن لم يكن مختصاً أصلاً بمحاكمته انتفى اختصاصه بتمديد المدة، ولكن هل يعتبر ذلك إجراء عادلاً وفي مصلحة الموظف العام المتهم؟ إن هذا الاجراء ضد مصلحة الموظف، لأن عبارة تمديد المدة (لمصلحة التحقيق) عبارة غامضة ويمكن معها فتح أبواب التقدير إلى مدة طويلة الأمد وتجاوز الحد المعقول للوقف الاحتياطي، وهذا قد يصيب الموظف بضرر مادي ومعنوي بين زملائه ورؤسائه، وفي ذات الوقت تقييد مجالس التأديب بمدة معينة في تمديد الوقف قد يتعارض مع مصلحة التحقيق التي قد تتطلب استمرار إبعاد الموظف عن عمله، لذا للتوفيق بين مصلحة التحقيق ومصلحة الموظف المتهم

(60) أنظر كلاً من: سليمان محمد الطماوي، قضاء التأديب، دراسة مقارنة، الكتاب الثالث، دار الفكر العربي، الطبعة الرابعة، 1995، ص367. أحمد سلامة بدر، التحقيق الإداري والمحاكمة التأديبية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2004، ص219. مصطفى يوسف، المسؤولية التأديبية للموظف العام، حدودها وضماناتها، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون طبعة، 2009، ص103.

في عدم الأضرار به، يبدو أنه على المشرع أن يضع ضوابط على سلطة مجلس التأديب في تقدير مد مدة الوقف الاحتياطي عن العمل.

مما سبق يبدو على المشرع اللببي أن يحدد ضوابط أو معايير تمديد مدة الوقف الاحتياطي، وهذا لن يتحقق إلا بإتباع إحدى الأمرين الأول: أن يضع ضوابط على مجالس التأديب عند تقريرها لمد مدة الوقف الاحتياطي بحيث لا يكون قرار التمديد بمد مدة الوقف مطلقاً وفي مرة واحدة إلى حين الانتهاء من المحاكمة التأديبية، وإنما يحدد المشرع فترات زمنية معينة كل " شهر " مثلاً تنظر فيها مجالس التأديب مدى الحاجة إلى استمرارية وقف الموظف عن العمل احتياطياً، وذلك في ضوء ما يحدث من مستجدات في التحقيق تبرر استمرار الوقف من عدمه مع اشتراط المشرع أن يكون قرار المد مسبباً تسببياً كافياً، وذلك حتى يتسنى للقضاء الإداري مراقبة مدى صحة قرار الوقف في حالة الطعن عليه قضائياً، من ذلك مثلاً بيان مجلس التأديب الأسباب المؤثرة في استمرار وجود الموظف في عمله على مصلحة التحقيق ونتائجه.

الثاني: يقيد تمديد مدة الوقف بمدة زمنية محددة وهذا كما فعل المشرع الكويتي الذي قيد الجهة الإدارية في مد مدة الوقف بمدة ثلاثة أشهر مع تسبب الوقف⁽⁶¹⁾، أو كما فعل المشرع العراقي بأن يجعل قرار الوقف يصدر لمرة واحدة وبمدة محددة، حيث قيد الوزير أو رئيس الدائرة في أن تكون مدة الوقف الستين

⁽⁶¹⁾ المادة (30) من مرسوم بالقانون الكويتي رقم 15 لسنة 1979م، إذ نصت على أن "يوقف الموظف عن عمله .. إذا اقتضت مصلحة التحقيق... ويكون الوقف بقرار مسبب لمدة لا تجاوز ثلاثة أشهر يجوز مدتها لمدة مماثلة يعود بانتهاها إلى عمله".

يوماً⁽⁶²⁾، ذلك أن تحديد مدة الوقف الاحتياطي قانوناً مع تسببه يمثل قيد على السلطة التقديرية التي تتمتع بها السلطات التأديبية في هذا الإجراء التأديبي وفي ذات الوقت يشكل ضماناً للموظف محل المساءلة التأديبية، إذ أن حصر الوقف بمدة زمنية محددة من شأنه أن يقيد السلطات التأديبية ويحثها على سرعة الفصل في هذه المرحلة، وهذا من شأنه التأثير على مصلحة الموظف الذي لن يكون تحت سلطات قد تستغل وتسيء الوقف لأسباب بعيدة عن مصلحة التحقيق، كما أن تقييد السلطات التأديبية بتسبب قرار الوقف له تأثير على مصلحة التحقيق، لأن التسبب يشكل مرة صادقة لما يختلج في نفس مجلس التأديب عن الأسباب الذي دعت إليه إصدار القرار، وبالتالي فإن المجلس التأديبي سيكون حريصاً لأن يكون تمديد الوقف مبني على أسباب حقيقية تستدعيها مصلحة التحقيق، إذ من شأن مخالفة هذا الإجراء الجوهري سبباً عليه البطلان المطلق لقرار الوقف الاحتياطي.

إضافة إلى أن تقييد الوقف الاحتياطي بمدة زمنية معينة له فائدة لمجلس التأديب، ذلك إن إطلاق سلطة مجلس التأديب دون قيد قد يؤدي إلى إخراج الوقف من طبيعته كونه إجراء احتياطياً قرر لمصلحة التحقيق إلى إجراء جزائي يهدف إلى إبعاد وعزل الموظف عن ممارسة وظيفته، وذلك إذا أطالت السلطة التأديبية مدة الوقف إلى أجل غير مسمى وهو ما يمثل خطورة وضرر مادي على المستقبل الوظيفي للموظف العام وسمعته، إذ أنه سيظل معلقاً تحت الوقف بنصف راتب الذي قد لا يكفي في مواجهة تكاليف الحياة.

⁽⁶²⁾ المادة (17) فقرة أولاً من القانون العراقي رقم 14 لسنة 1991م.

مما سبق يوصي الباحث المشرع الليبي إلى تحديد تمديد مدة الوقف الاحتياطي لما في ذلك من تحقيق ضمانه للجهة الإدارية وللموظف، ضمانة الموظف تتمثل في وجود رقابة مستمرة على مشروعية قرار الوقف بحيث إذا زالت أسبابه امتنع الوقف الاحتياطي، كما أنه يحث السلطة التأديبية في سرعة الفصل في التحقيق سواء بالبراءة أو الإدانة وبهذا الفصل يستقر الوضع القانوني للموظف المتهم، أما مصلحة الإدارة تتمثل في إن سرعة الفصل في التحقيق تشكل مصلحة للمرفق حيث يقف المرفق عن صرف نصف المرتب دون مقابل عمل للموظف.

الفرع الثالث: أثر الوقف الاحتياطي على حقوق الموظف الموقوف:

حقوق الموظف هي المزايا المالية التي يستحقها الموظف العام أثناء تأديته للوظيفة مثل المرتب والترقية⁽⁶³⁾، والسؤال الذي يثور هل يستحق الموظف المتهم الحق في منح راتبه كاملاً مع احتفاظه حقه في الترقية في موعد استحقاقها أثناء مدة الوقف، أم أن يسقط حقه في الترقية والمرتب؟

إن الاجابة عن هذا التساؤل تتطلب معرفة رأي المشرع، وموقف القضاء الإداري الليبي، والفقهاء الإداري في مدى حق الموظف الموقوف في المرتب والترقية، وفقاً لما يلي:-

(63) محمد عبدا لله الحراري، أصول القانون الإداري الليبي، منشورات المكتبة الجامعة، الزاوية، الطبعة السادسة، 2010، ص 425-433.

أولاً: الأثار المالية للوقف الاحتياطي (مرتب الموظف الموقوف):

المرتب هو مقابل أداء العمل⁽⁶⁴⁾، وقد عرف القانون رقم 10 لسنة 2012م، المرتب الأساسي بأنه "المقابل المالي المقرر للوظيفة التي يشغلها الموظف بالوحدة الإدارية حسب جداول المرتبات المعمول بها بما يتناسب والجهد المبذول في إنجاز الواجبات الوظيفية وحجم المسؤوليات المترتبة على القيام بأعبائها"⁽⁶⁵⁾، أما المحكمة العليا الليبية فقد عرفت أنه "ما يحصل عليه الموظف لقاء عمله مضافاً إليه العلاوات والمزايا والبدلات المالية الأخرى التي تقررها القوانين واللوائح ذات العلاقة"⁽⁶⁶⁾.

يلاحظ أن المشرع والقضاء الإداري الليبي، قد اشترط أن يكون المرتب مقابل العمل، والموظف الذي لا يؤدي عملاً لا يستحق راتباً عليه، وهذا ما أكدته المحكمة العليا الليبية في الطعن الإداري رقم 51/145 من أنه "استحقاق

(64) يستحق الموظف مرتبه اعتباراً من تاريخ تسلمه مهام وظيفته، وهذا يفهم من المواد (142) (143) (145) التي بينت الحقوق والمزايا المالية للموظف العام، وأن هذه الحقوق لا يستحقها إلا مقابل العمل، وقد أكدت هذا المعنى المحكمة العليا بقولها " المرتب وفقاً للتشريعات النافذة وما استقر عليه قضاء هذه المحكمة هو ما يحصل عليه الموظف لقاء عمله..". المحكمة العليا، الطعن الإداري رقم 53/118ق، جلسة (2007.6.24) مجموعة أحكام المحكمة العليا، القضاء الإداري، الجزء الثاني، السنة 2007، ص 649.

(65) المادة (5) من القانون رقم 12 لسنة 2010م.

(66) أنظر الحكمين التاليين: المحكمة العليا، الطعن الإداري رقم 47/72ق، جلسة (2004.1.4) مجموعة أحكام المحكمة العليا، القضاء الإداري، السنة 2004، ص 22. المحكمة العليا، الطعن الإداري رقم 53/118ق، المرجع السابق، ص 649.

الموظف لراتبه هو قيامه بأعباء وظيفته فعلاً أو قانوناً، إذ لا أجر بغير عمل⁽⁶⁷⁾، إلا أن الموظف الموقوف أوقف ومنع عن مزاولة عمله ليس بطلب منه أو برضاه بل رغماً عنه، يبدو لهذا السبب أن المشرع الليبي وضع استثناء على قاعدة المرتب مقابل العمل بالنسبة للموظف الموقوف، حيث أنه لم يحرمه من كامل راتبه، إذ نص على أن يوقف نصف المرتب ابتداءً من تاريخ الوقف بينما يصرف له النصف الآخر من المرتب⁽⁶⁸⁾، وفي هذا يشترك المشرع الليبي مع المشرع الكويتي والقانون العراقي إذ أوقفوا نصف المرتب بينما صرفا للموظف النصف الآخر من المرتب⁽⁶⁹⁾.

أما المشرع المصري فقد رتب على إجراء الوقف الاحتياطي عن العمل صرف نصف أجر العامل وجوبياً، أما النصف الآخر من المرتب فإنه يوقف إلا أنه لاستمرار وقفه حتى يتم الفصل في الدعوى التأديبية ينبغي توافر شرطان⁽⁷⁰⁾:

(67) المحكمة العليا، الطعن الإداري رقم 51/145ق، جلسة (2006.3.12) مجموعة أحكام المحكمة العليا، القضاء الإداري، السنة 2006، ص 331.

(68) المادة (158) من القانون رقم 12 لسنة 2010م.

(69) المادة (30) الفقرة (2) من مرسوم بالقانون الكويتي رقم 15 لسنة 1979م، نصت على أن " .. يوقف نصف مرتبه في حالة الحبس الاحتياطي على أن يرد له إذا أنتهى التحقيق الذي حبس من أجله إلى عدم مسؤوليته وإلا حرم منه..". المادة (18) من القانون العراقي رقم 14 لسنة 1991م نصت على " يتقاضى الموظف مسحوب اليد أنصاف رواتبه خلال فترة سحب يده".

(70) المادة (63) من القانون المصري (الحالي) رقم 81 لسنة 2016م، وهو نفس ما كان منصوص عليه في المادة

(83) من القانون المصري (السابق الملغى) رقم 47 لسنة 1978م بإصدار قانون العاملين المدنيين بالدولة.

1- أن تعرض السلطة المختصة التي قررت وقف العامل عن العمل أمر نصف المرتب الموقوف صرفه على المحكمة التأديبية خلال عشرة أيام من تاريخ الوقف.

2- أن تصدر المحكمة التأديبية قرارها في شأن نصف المرتب الموقوف في مدة خلال عشرون يوم من تاريخ رفع الأمر إليها من السلطة المختصة التي قررت قرار الوقف.

يترتب على تخلف أحد الشرطين أو مخالفتها صرف مرتب الموظف الموقوف كاملاً⁽⁷¹⁾.

ويلاحظ مما سبق أن المشرع الليبي أراد أن يحمي نصف المرتب الموقوف بقوة القانون حيث لم يجعل أمر منح هذا المرتب موقوف على موافقة السلطات التأديبية بصرفه، وإنما منحه مباشرة له، وفي هذا أشترك مع المشرع الكويتي والمشرع المصري والمشرع العراقي في حماية نصف مرتب الموظف الموقوف⁽⁷²⁾، يبدو أنه أراد أن يحمي الموظف الموقوف ويوفر له حد أدنى من المعيشة لمواجهة الحياة أثناء مدة الوقف الاحتياطي، كما يبدو أن مشرع الخدمة المدنية مقتنع

(71) أنظر كل من: أحمد محمود جمعة، منازعات القضاء التأديبي، منشأة المعارف الإسكندرية، بدون طبعة، 1985، ص72. سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، الجزء الأول، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، بدون طبعة، 1996، ص369-379. عدلي خليل، التعليق على نظام العاملين بالقطاع العام، منشورات المكتبة القومية الحديثة، مصر، الطبعة الأولى، 1983، ص454. فهمي إسماعيل عزت، سلطة التأديب بين الإدارة والقضاء، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، القاهرة، غير منشورة، 1980، ص272.

(72) المادة (30) من مرسوم بالقانون الكويتي رقم 15 لسنة 1979م، المادة (18) من القانون العراقي رقم 14 لسنة 1991م.

بقاعدة المشرع الجنائي وهي أن المتهم برئ حتى تثبت إدانته لأنه منح نصف راتب الموظف الموقوف أثناء التحقيق معه، وضمائه أكثر لحق الموظف المتهم الموقوف أن المشرع نص بنص صريح إذا أسفرت الإجراءات التأديبية عن عدم إدانة المتهم أي ببراءته فإن للموظف حق العودة إلى العمل مع منح حقه كاملاً في الراتب⁽⁷³⁾.

هذا ما أكدته محكمة استئناف طرابلس في الطعن الإداري رقم 20/3ق، من أن امتناع الجهة الادارية عن عدم تمكين الموظف العامل لدى مكتب الأخوة العربي الليبي بدمشق من العودة إلى عمله وصرف له مرتبه كاملاً خلال فترة إيقافه عن العمل بسبب تهمة السرقة الأموال من الخزانة المسندة إليه، والذي صدر حكم ببراءته عنها من المحكمة الجنائية ومجلس التأديب، يعد قراراً غير مشروع، لأنه مخالف لنص المادة (81) بند (4) من القانون رقم 55 لسنة 1976م بشأن الخدمة المدنية، التي تنص على أنه "إذا أسفرت الإجراءات التأديبية أو الجنائية عن عدم إدانة الموظف أو عدم إقامة الدعوى ضده يعاد إلى سابق عمله مع صرف مرتبه بالكامل"⁽⁷⁴⁾.

يبدو مما سبق أن المشرع الليبي والقضاء الإداري الليبي قد منحا ضمانات لحقوق الموظف الوظيفية، إذ أعطيا الموظف المتهم حق العودة إلى العمل إذا ما

(73) المادة (157) من القانون رقم 12 لسنة 2010م.

(74) محكمة الاستئناف طرابلس، الدائرة الثانية، الطعن الإداري رقم 20/3ق، جلسة (2001.4.30) غير منشور. يلاحظ أن هذه القضية قد صدرت في ظل القانون السابق قانون رقم 55 لسنة 1976 م بشأن الخدمة المدنية ، وأن المادة (81) بند (4) من القانون رقم 55 لسنة 1976 م بشأن الخدمة المدنية المستند عليها في الحكم تعادل المادة (157) من القانون الحالي القانون رقم 12 لسنة 2010م بشأن علاقات العمل.

ثبت عدم إدانته أو صدور حكم بالبراءة من المحكمة الجنائية أو في حالة عدم إقامة الدعوى ضده⁽⁷⁵⁾، ولكن رخصة طلب العودة إلى العمل للاستفادة منها يجب أعمالها في وقت قريب لصدور الحكم الصادر بالبراءة، ذلك أن فوات مدة طويلة لطلب العودة للعمل من صدور الحكم بالبراءة يعطي جهة الإدارة الحق في رفض العودة للعمل، كما يعطيها الحق في صرف نصف مرتبه عن مدة الوقف فقط ولا يتجاوزها إلى ما عداه من مدة، وعليه إذا قامت الجهة الإدارية بصرف المرتب الموقوف عن مدة تفوق مدة الوقف كان قرارها باطلاً قابلاً للطعن أمام دوائر القضاء الإداري، وهذا ما أكدته المحكمة العليا الليبية في الطعن رقم 20/3 ق عندما ذهبت في القضية التي تخلص وقائعها أن موظف بمراقبة النقل البري بينغازي أوقف عن العمل لمصلحة التحقيق في يناير 1968 بسبب اتهامه في جريمة تزوير أوراق رسمية، و بعد أن قد قضي ببراءته من محكمة الجنايات في (1970.10.20)، قدم بطلب للعودة إلى العمل (1971.9.16) (أي بعد صدور حكم ببراءته بحوال عام) مع صرف مرتبه عن مدة الوقف.

وقد حكمت محكمة الاستئناف بصرف المبلغ الموقوف، من يوم إيقافه وحتى تاريخ (1971.12.8)، إلا أن المحكمة العليا قضت بعدم صحة حكم محكمة الاستئناف، قالت (صحيح أنه وفقاً للقانون إذا أسفرت الإجراءات التأديبية أو الجنائية عن براءة المتهم يجب إرجاعه إلى سابق عمله مع صرف نصف المرتب الموقوف طيلة فترة الوقف فقط إلا أنه محكمة الاستئناف لم تفرق بين مدة الإيقاف والتي انتهت بصدور الحكم بالبراءة وهي التي يجب أن يصرف المرتب

⁽⁷⁵⁾ المادة (157) من القانون رقم 12 لسنة 2010م.

الموقوف فيها وبين الفترة التي أعقبت الحكم بالبراءة وهي المدة التي كان على المطعون ضده أن يقدم نفسه فيها للعمل لأن الأصل أن المرتب مقابل العمل،... وعليه المحكمة تكون قد أخطأت في تطبيق القانون عندما قضت بصرف المرتب حتى تاريخ (1971.12.28) لأن المطعون ضده لم يتقدم بطلب العودة مباشرة فور صدور الحكم بالبراءة حيث أنه قدمه بعد سنة من صدور الحكم⁽⁷⁶⁾.

مما سبق يبدو من أن المشرع والقضاء الإداري الليبي أرادا أن يحميا الموظف من سوء نية الإدارة بإساءة استعمال الوقف الاحتياطي بهدف إبعاد الموظف عن وظيفته بدلاً هدفه الأصلي كونه إجراء احتياطياً قرر لمصلحة التحقيق عندما قرر صرف نصف المرتب، وأراد أيضاً أن يحمي المال العام من التبذير وصرفه بدون وجه حق عندما جعل صرف المرتب يكون فقط عن مدة الوقف الاحتياطي التي تنتهي بزوال أسبابه منها الحكم بالبراءة.

أما النصف الآخر من المرتب فقد نص المشرع الليبي على عدم صرفه من يوم وقف الموظف وهو أيضاً بقوة القانون دون أن يمنح مجلس التأديب سلطة تقديرية في منح نصف المرتب من عدمه⁽⁷⁷⁾، وكأنه من ذلك افترض نتيجة الحكم بالإدانة رغم أن الموظف الموقوف لازال في مرحلة التحقيق التأديبي وليس في مرحلة المحاكمة التأديبية أو مرحلة صدور الحكم.

يبدو أن المشرع غير صائب، لأنه لم يحيط ووقف المرتب بإجراءات لصرف لهذا المرتب، حيث أن المشرع الليبي أوقف نصف مرتب الموظف دون

⁽⁷⁶⁾ المحكمة العليا، الطعن الإداري رقم 20/3ق، المرجع السابق، ص41.

⁽⁷⁷⁾ المادة (158) من القانون رقم 12 لسنة 2010م.

وضع ضوابط لصدور هذا القرار، عندما تضمن النص على وقف نصف المرتب بقوة القانون بأن ألزم السلطات التأديبية بوقف نصف المرتب ابتداء من تاريخ الوقف، وهو أمر يتنافى وحقوق الإنسان في حفظ حياة كريمة له ولأسرته، لأن من المعلوم أن الموظف يواجه الحياة وتكاليفها من مرتبه الذي يتقاضاه لاسيما إذا كان لديه أسرة وأطفال، كما إن وقف نصف المرتب بقوة القانون مع عدم وجود مراقبة من مجلس التأديب، يعني أن من يملك الوقف (السلطات الرئاسية) يملك وقف نصف المرتب في مدة ثلاثة الأشهر الأولى للوقف، وفي هذا قد تعتمد السلطات الرئاسية في وقف الموظف احتياطياً لغرض شخصي لرئيس العمل كتتفيذ أمر مخالف للقانون الأمر الذي قد يخرج الوقف من طبيعته كإجراء احتياطي إلى سلاح تستخدمه هذه السلطات لمأرب شخصية ضد الموظف المتهم مما قد ينتج عنه ضغط نفسي ومالي (له ولأسرته التي ليس لها ذنب فيما اقترفه الموظف من فعل) في مواجهة تكاليف الحياة بنصف مرتب.

مما سبق يتبين أن المشرع متدبب في موقفه بين الاعتراف بقاعدة المتهم برئ حتى تثبت إدانته بمنح نصف المرتب، وبين إدانة موظف متهم برئ قبل محاكمته وتمكينه من الدفاع عن نفسه بحرمانه من نصف المرتب، لأجل ذلك يوصي الباحث ضرورة تعديل تشريعي لا يربط بين الوقف الاحتياطي عن العمل لمصلحة التحقيق وبين ما يحصل عليه الموظف من مرتب بحيث يصرف له مرتبه كاملاً، أو اخضاع نصف المرتب الموقوف لضوابط بحيث يخول مجلس التأديب حق البث في صرف نصف المرتب باعتبار أن هذه الجهة التي منحها المشرع حق البث في تمديد مدة الوقف أو وقفه وذلك كما فعل المشرع المصري،

عندما منح المحكمة التأديبية حق الفصل في إعطاء نصف المرتب من عدمه وذلك خلال فترة زمنية محددة وإلا صرف المرتب كاملاً⁽⁷⁸⁾، وهذا يبدو تجاه جيد، لأنه لم يوقف المرتب بقوة القانون بل ترك الأمر للمحكمة التأديبية صرف أو عدم صرف نصف المرتب الموقوف تحت رقابة القضاء، والذي ندعو المشرع الليبي أن يفعل ويعطي سلطة تمديد المدة للمجلس التأديبي، والذي يعطي الثقة أن هذا المجلس متكون من عناصر قضائية وإدارية مما يكون قرارها أقرب للعدل والأنصاف من تركها بيد واحدة (الرئيس الإداري) الذي قد يسئ استعمال سلطاته ويخرجها من هدف المصلحة العامة إلى هدف المصلحة الشخصية، أو أن يأخذ بما أنتهجه المشرع الكويتي والمشرع العراقي، بأن يحدد المدة كاملة للوقف الاحتياطي في نصوصه دون أن يترك للسلطة الرئاسية حق تمديد مدة الوقف لأمد غير معلوم، ذلك أن تحديد مدة الوقف يترتب عليها أن الموظف لن يحرم من مرتبه إلا لمدة محدودة ومحددة مسبقاً، وعليه الضرر الذي يقع على الموظف من إيقاف نصف راتبه لن يكون إلا لفترة مؤقتة، وبهذا يكون الموظف في حماية من تعسف السلطات التأديبية باستغلال الوقف وحرمانه من نصف مرتبه.

ثانياً: أثر الوقف الاحتياطي على ترقية الموظف الموقوف:

الترقية كما عرفتها المحكمة العليا الليبية هي "رفع الدرجة أو الانتقال من فئة إلى أخرى"⁽⁷⁹⁾، أي أنها (انتقال الموظف من درجته الوظيفية التي يشغلها في

(78) المادة (63) من القانون المصري رقم 81 لسنة 2016م.

(79) المحكمة العليا، الطعن الإداري رقم 8/7ق، جلسة (16.5.1964) مجلة المحكمة العليا، السنة (1)، العدد

(1)، ص23.

السلم الوظيفي إلى درجة وظيفية أعلى، ويستتبع ذلك حصول الموظف على صلاحيات أوسع وعلى درجة مالية أكثر⁽⁸⁰⁾، وبعبارة أخرى هي (كل ما يطرأ على الموظف من تغير في مركزه القانوني، يكون من شأنه تقديمه وتمييزه عن أقرانه)⁽⁸¹⁾.

ويلاحظ بأنه من أهم الآثار المترتبة على وقف الموظف احتياطياً عن العمل في القانون الليبي، تعليق ترقية الموظف أثناء مدة الوقف الاحتياطي إلى أن يتكشف موقفه النهائي على ضوء التصرف في الاتهام المنسوب إليه، وهذا ما نصت عليه المادة (162) من القانون رقم 12 لسنة 2010م، أنه " لا يجوز ترقية موظف محال إلى المحاكمة التأديبية أو الجنائية أو موقوف عن العمل خلال مدة الإحالة أو الإيقاف على أن تحجز له درجة الوظيفة التي كان يستحق الترقية إليها وذلك إلى أن تنتضي سنة من تاريخ الإحالة أو الإيقاف..، فإذا أسفرت الإجراءات عن عدم إدانته وجبت ترقيته..".

يتبين من هذا النص أن المشرع قد وضع ضوابط تساعد السلطات التأديبية على تنفيذ وقف ترقية الموظف المتهم المحال إلى التحقيق التأديبي، من أهمها أنه حدد مدة وقف الترقية بسريان مدة الوقف الاحتياطي، أي أنه ربط عدم الترقية بمدة الوقف الاحتياطي، وأنه لا يجوز ترقية الموظف الموقوف إذا كان مستحقاً لها إلا بعد صدور القرار التأديبي أو الحكم الجنائي ببراءته، على أن تترك

⁽⁸⁰⁾ محمد عبدالله الحراري، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في القانون الليبي، منشورات المكتبة الجامعة، بنغازي، الطبعة الخامسة، 2010، ص196.

⁽⁸¹⁾ عمر محمد السيوي، الوجيز في القضاء الإداري، دار ومكتبة الفضيل النشر والتوزيع، بنغازي، بدون طبعة، 2013، ص121.

إحدى الدرجات شاغرة لمدة سنة ليتم ترفيعه إليها إذا ما صدر الحكم ببراءته في التهم المنسوبة إليه، وتحسب الترقية من التاريخ الفعلي لاستحقاقها أي كأنه قد رقي قبل صدور القرار التأديبي أو الحكم الجنائي ببراءته.

أما المشرع الكويتي لم ينص على وقف ترقية الموظف الموقوف احتياطياً عن العمل، حيث أنه بالعودة إلى المرسوم رقم 15 لسنة 1979م، يتبين أن هذا المرسوم قد خلت مواده من النص على وقف الترقية نتيجة للوقف الاحتياطي، أما المشرع العراقي ربط عدم الترقية بالنتيجة الذي ينتهي إليها التحقيق، فإذا أسفر التحقيق عن إدانة وتقصير الموظف فإنه يحرم من الترقية وفقاً للنظام القانوني الخاضع له الموظف، وذلك ابتداء من تاريخ وقفه احتياطياً عن العمل⁽⁸²⁾.

يتبين من مما سبق أن المشرع العراقي أيضاً قد وضع ضوابط تساعد السلطات التأديبية على تنفيذ وقف ترقية الموظف المتهم، وهي تختلف في بعضها عن ما وضعه القانون الليبي، حيث أختلف القانون العراقي عن القانون الليبي في أنه لم يوقف ترقية الموظف إلا إذا تم إدانته، بينما أوقف القانون الليبي الترقية أثناء مدة الوقف ونص على عدم استحقاقها إلا في حالة البراءة، وفي هذا يبدو تجاه المشرع العراقي محمود في عدم حرمان الموظف الترقية خلال مدة وقف إلا في حالة ثبوت مسؤوليته وإدانته، إذ أنه ضيق من صلاحيات سلطات التأديب وما قد يصدر عنها من إساءة استعمال هذه الصلاحيات ضد الموظف وحرمانه من الترقية، وفي هذا يبدو أن المشرع العراقي أكثر عدلاً من المشرع الليبي لأنه افترض قاعدة أن المتهم بريء حتى تثبت إدانته.

(82) المادة (19) فقرة ثانياً من القانون العراقي رقم 14 لسنة 1991م.

أما المشرع المصري فقد نص على أنه "لا يجوز ترقية الموظف المحال إلى المحاكمة... أو الموقوف عن العمل مدة الإحالة أو الوقف وفي هذه الحالة تحجز وظيفة الموظف. وإذا برئ الموظف المحال أو قضي بحكم نهائي بالإندثار أو الخصم من الأجر لمدة لا تزيد على عشرة أيام وجب ترقيته اعتباراً من التاريخ التي كانت ستتم فيه الترقية وفي جميع الأحوال لا يجوز تأخير ترقية الموظف لمدة تزيد على السنتين"⁽⁸³⁾.

يتبين من هذا النص أن المشرع المصري أيضاً قد وضع ضوابط تساعد السلطات التأديبية على تنفيذ وقف ترقية الموظف المتهم، وهي تختلف في بعضها عن ما وضعه القانون الليبي، حيث أن القانون المصري قد اشترك مع القانون الليبي في وجوب ترك إحدى الدرجات شاغرة ليتم ترفيع الموظف الموقوف أو المحال للمحاكمة، إلا أنه اختلف معه في المدة الزمنية، حيث أن القانون الليبي أوجب أن تترك الدرجة الوظيفية (شاغرة) للترقية مدة سنة، بينما القانون المصري جعلها مدة سنتين، وفي هذا يبدو أن القانون المصري أكثر عدلاً من القانون الليبي، ذلك أن القانون المصري قد راعى مصلحة التحقيق ومصلحة الموظف المتهم، فمصلحة التحقيق تتمثل في إبعاد الموظف عن الوظيفة والترفيه فيها لمدة سنتين، حيث أعتبر المشرع أنها مدة كافية لإنهاء الدعوى التأديبية وإجراء التحقيقات اللازمة للوصول إلى الحقيقة بإثبات براءة أو إدانة المتهم، كما أنه أراد حث السلطات التأديبية على عدم تطويل محاكمة الموظف المتهم بأن حدد مدة السنتين باعتبارها مدة كافية لجمع الأدلة وفحصها والوصول إلى القرار النهائي،

⁽⁸³⁾ المادة (65) من القانون المصري رقم 81 لسنة 2016م.

لذا يبدو على المشرع الليبي الأخذ بما سار عليه المشرع المصري، بأن يمد المدة في حجز درجة الوظيفة المستحقة للترقية إلى سنتين بدلاً من سنة، لأنها مدة كافية للفصل في الدعوى التأديبية، وأن الموظف قبل الفصل في الدعوى يعد موظف تحت التحقيقات وتحت صفة متهم لا صفة مجرم أو محكوم عليه، إذ لم تثبت إدانته بعد.

كما أنه يتبين أن المشرع المصري قد فرق بين العقوبات البسيطة والعقوبات الجسيمة بشأن استحقاق الترقية، بحيث تستحق الترقية إذا كانت العقوبة بسيطة ويحرم منها إذا عوقب بعقوبة جسيمة، ويبدو من هذا أن المشرع قد فرق بين المخالفات البسيطة التي لا يكون لها آثار وخيمة على مصلحة العمل كالغياب بدون إذن فترات متقطعة أو التأخير في مباشرة الدوام الرسمي للعمل، وبين المخالفات الجسيمة التي لها آثار سلبية على مصلحة العمل والتي قد تترتب عنها جرائم جنائية كجريمة الاختلاس، وفي هذا يبدو تجاه سليم، إذ أنه يحقق مصلحة الموظف ومصلحة العمل معاً، مصلحة الموظف كونه جعل للموظف حماية من اساءة استعمال السلطات التأديبية صلاحياتها في إيذاء الموظف بحرمانه من الترقية لارتكابه مخالفة بسيطة، حيث إن وقف الترقية شرع كنتيجة مترتبة على الوقف الاحتياطي في المرحلة الأولى للدعوى التأديبية، وفي هذه المرحلة الدعوى التأديبية تحت سيطرة السلطة الرئاسية حيث هي من يملك إحالة الموظف إلى التحقيق وهي من يملك حق وقفه احتياطياً عن العمل، وفي هذا قد تسمى هذه السلطات الصلاحيات الممنوحة لها وتستخدم الوقف ليس للغرض الذي شرعه المشرع بل لتحقيق هدف خاص وهو إبعاد الموظف عن عمله فترة وحرمانه من

حقوقه كحقه في الترقية محاباة لشخص آخر أو لتضيق عليه فرصة الترقية بسبب خلاف بين الموظف المتهم وبين الرئيس الإداري أو لسبب آخر غير مشروع. أما مصلحة العمل تتمثل في عدم حرمان المواطنين المتعاملين مع الإدارة من عناصر إدارية كفوء وذات خبرات ومهارات تسهل لهم إنجاز معاملاته ومصالحه بسهولة ويسر، وهو أمر قد تكون له آثاره الإيجابية إذ من شأنه أن يزرع في الموظف حب أداء العمل والحرص على أداء واجباته، والعظة في عدم تكرار الفعل المخالف مرة أخرى وأدراكه أن أخطائه البسيطة لم تحرمه من فرصة الترقية، وهو ما يبيث فيه الثقة أنه يعمل تحت قوانين عادلة وأن علاقته بالوظيفة تحكمها القوانين واللوائح لتحقيق مصلحة العمل.

أما تجاه المشرع بشأن حرمان الموظف المحكوم عليه بعقوبة جسيمة من الترقية، يبدو تجاه جيد، وفي مصلحة العمل، إذ أن مصلحة العمل تقتضي وضع الموظف المناسب في الوظيفة المناسبة، وأن الموظف المحكوم عليه جنائياً أو تأديبياً لا يستحق أن يكون أكثر تحملاً للمسؤولية وللمنصب الذي سيشغله كونه لم يبذل جهداً للوصول إليه، بل على العكس قد أساء للوظيفة ولكرامتها باختراق المعايير الأخلاقية والقواعد القانونية فيها، وتبدو من الأهمية للمشرع الليبي أن يأخذ بما سار عليه القانون المصري، لأنه بذلك سيحقق نوع من العدالة والتوازن بين استحقاق وعدم استحقاق الترقية وفقاً لضوابط معتمدة على نوع المخالفة التي ارتكبها الموظف وجسامة العقوبة، هذا يبدو أكثر عدلاً، لأنه ترقية الموظف لن تكون إلا وفقاً لتطبيق موضوعي سليم لنظام الترقية .

الخاتمة

هدفت هذه الدراسة إلى دراسة الإجراء السابق على المساءلة التأديبية وهو الإحالة إلى التحقيق، حيث تبين أن هناك مميزات أثناء مرحلة الإحالة إلى التحقيق، ومن ناحية أخرى تبين أن هناك قصور في الإجراءات في هذه المرحلة، حيث أن الدراسة انتهت إلى عدة معوقات في القانون الليبي بشأن الإجراءات الواجب اتباعها أثناء الإحالة إلى التحقيق، و نظراً للقصور التي تبينها الباحث في التشريع الليبي الأمر الذي تتطلب الاستعانة بقانون مقارن للاستفادة منه في إمكانية نقل ما يناسب من أحكام إلى القانون الليبي، وقد أختار الباحث القانون المصري والقانون الكويتي والقانون العراقي لما يمثله من أحكام متطورة في مجال التأديب، والتي يمكن الاستفادة منها في تطوير أحكام القانون الليبي، وقد خلصت هذه الدراسة إلى جملة من التوصيات والتي في اعتقاد الباحث أنه لو تم الأخذ بها سوف تؤثر خلق أحكام متطورة في مجال التأديب في القانون الليبي.

أولاً: النتائج:

1- لم يحدد القانون الليبي في قوانين الوظيفة العامة الصادرة في ليبيا بما فيها القانون الحالي رقم 12 لسنة 2010م، السلطة المختصة بالإحالة إلى التحقيق، وما انتهت إليه الدراسة إلى أن السند القانوني في ممارسة السلطات الرئاسية إجراء الإحالة هو العرف الإداري، وكذلك الصلاحيات الممنوحة للرئيس الإداري بتوقيع العقوبة، بينما حدد المشرع الكويتي صراحة السلطات المختصة بالإحالة إلى التحقيق، وكذلك المشرع العراقي حدد السلطات المختصة بالإحالة.

2- القضاء الإداري الليبي كان عادلاً، عندما أعطى الموظف المتهم حق الطعن على قرار الوقف الاحتياطي، لما فيه من تحقيق العدل للموظف فيما إذا أساءت السلطات التأديبية استخدام الوقف لغير مصلحة التحقيق. بينما القضاء الإداري لم يكن موفقاً عندما اشترط صفة النهائية في القرار الإداري لقبول الدعوى حيث أنه لم يجز الطعن على قرار الإحالة، وفي هذا أتفق مع القضاء الإداري المصري و المشرع العراقي، وما انتهت إليه الدراسة أن القانون العراقي أكثر عدلاً من القانون الليبي، لأنه أوضح في نصوصه صراحة كيفية الطعن على قرار الإحالة، أيضاً اتجاه القضاء الإداري الليبي في حظر الطعن على قرار الإحالة غير سليم، لأنه يجعل الموظف ينتظر حتى صدور القرار النهائي للطعن على قرار الإحالة، وبهذا يكون تحت وصف المتهم حتى انتهاء مرحلة المحاكمة التي قد تستغرق وقت طويلاً، في حين أن الطعن على قرار الإحالة قد يعطى إمكانية إنهاء القضية في وقت أقصر.

3- إن المشرع الليبي كان موفقاً عندما قيد الدعوى التأديبية بمدة زمنية محددة فقد حدد مدة تقادم الدعوى التأديبية وحدد بدء سريانها وهو من تاريخ وقوع المخالفة التأديبية، وعليه فإن فوات المدة تسقط المخالفة الإدارية، وإذا ما خالفت السلطات التأديبية ذلك وقامت بإحالة الموظف للتحقيق كان تصرفها باطلاً.

4- إذا كون الفعل الواحد مخالفة تأديبية وجريمة جنائية في وقت واحد، فإن المشرع الليبي ألغى انفصال الدعوى التأديبية عن الدعوى الجنائية وأقر ارتباطهما ببعض من حيث سقوط المدة، بصدور القانون رقم 4 لسنة 2015م بشأن تعديل المادة (164)، وفي هذا يبدو أن المشرع قد عدل عن موقفه بشأن الفصل بين

الدعوى التأديبية والدعوى الجنائية، وما أنتهى إليه الباحث تجاه غير سليم، إذ أن بهذا الارتباط يكون المشرع قد أعتد وأعترف بمدة التقادم المنصوص عليها في قانون الدعوى الجنائية، وحيث إن هذا القانون قد ألغى التقادم كسبب لسقوط الدعوى الجنائية وهذا معناه عدم سقوط الدعوى التأديبية مطلقاً.

5- حدد القانون الليبي المدة الأصلية للوقف الاحتياطي بقرار يصدر من السلطات المختصة بمباشرة التحقيق، بينما لم يحدد مدة تمديد الوقف الاحتياطي، وإنما حدد فقط السلطة المختصة بتمديده، وفي هذا اتفق المشرع الليبي مع المشرع المصري، وما انتهت إليه الدراسة أنه تجاه غير جيد، لأنه لم يضع إجراءات وضوابط تتبع أثناء تمديد مدة الوقف.

6- إن المشرع الليبي أراد أن يحمي نصف مرتب الموقوف بقوة القانون حيث لم يجعل أمر منح هذا المرتب موقوف على موافقة السلطات التأديبية بصرفه، وإنما منحه مباشرة له، وفي هذا أشتك مع المشرع الكويتي والمشرع المصري والمشرع العراقي في حماية نصف مرتب الموظف الموقوف، و يبدو ذلك عادلاً، لأنه أراد أن يضمن للموظف كحد أدنى من المعيشة لمواجهة تكاليف ومشقة الحياة أثناء مدة الوقف.

7- أوقف المشرع الليبي النصف الآخر للمرتب بقوة القانون، وذلك من يوم وقف الموظف احتياطياً عن العمل وفي هذا أشتك المشرع الليبي مع المشرع الكويتي والمشرع العراقي، وقد انتهت الدراسة إلى أن تجاه المشرع المقارن جيد، كونه حدد مسبقاً مدة حرمان الموظف من مرتبه ولمدة محدودة، وذلك عندما حدد صراحة مدة الوقف الذي يترتب عليها إيقاف نصف المرتب.

8- انتهت الدراسة إلى توازن المشرع في توفير بعض الإجراءات، حيث أن المشرع الليبي والقضاء الإداري أعطيا الموظف الموقوف حق العودة إلى العمل في وقت قريب لصدور الحكم الصادر بالبراءة من المحكمة الجنائية أو في حالة عدم إقامة الدعوى ضده، ويبدو تجاه جيد، لأنه فيه مصلحة للموظف في تحفيزه سرعة العودة للعمل إذا رغب العودة، ومصلحة الإدارة في تكليف غيره أو تعيينه دون أي مسؤولية.

9- أوقف المشرع الليبي ترقية الموظف العام الموقوف أثناء مدة الوقف الاحتياطي، وأوجب أن تحجز الوظيفة المستحقة للترقية مدة سنة تحسب من تاريخ إحالة الموظف أو وقفه احتياطياً عن العمل، يبدو أن هذا الإجراء غير محمود، ذلك أن مدة السنة قد لا تكون مدة كافية للفصل في الدعوى التأديبية وإجراء التحقيقات اللازمة للوصول إلى الحقيقة بإثبات براءة أو إدانة المتهم.

ثانياً: التوصيات:

1- توصي الدراسة المشرع الليبي إلى أن ينص صراحة في نصوصه على السلطة المختصة بالإحالة إلى التحقيق، وذلك كما فعل المشرع الكويتي و المشرع العراقي، كما توصي القضاء الإداري الليبي إلى أن يجعل مخالفة قواعد الاختصاص بشأن الإحالة إلى التحقيق يترتب عليها البطلان المطلق الذي يؤدي إلى انعدام القرار وذلك كما فعل القضاء الكويتي، وكذلك كما فعل مجلس الانضباط العام في العراق.

2- يوصي الباحث القضاء الليبي أن يضع استثناء على صفة النهائية في القرار الإداري لبعض القرارات (مثل قرار الإحالة إلى التحقيق التأديبي) ويجعلها قابلة للطعن القضائي بالإلغاء بشكل مستقل عن القرار النهائي.

3- توصي الدراسة إلى أن يلغي المشرع الليبي القانون رقم 4 لسنة 2015م بشأن تعديل المادة (164)، ويعود إلى تطبيق وإقرار المادة (164) قبل تعديلها المنصوص عليها في القانون رقم 12 لسنة 2010م، حتى لا تبقى الدعوى التأديبية سيفاً مسلطاً على الموظف المتهم طوال حياته، خاصة و ما انتهت إليه انتهت الدراسة أن القانون رقم 12 لسنة 2010م يعد القانون الأم للقوانين الأخرى، وعليه فإن تطبيق هذه القاعدة واسع النطاق حيث أنها تشمل فئة الموظفين الخاضعين لقانون العمل، وكذلك للموظفين الخاضعين للقوانين الخاصة فيما لم يرد فيه نص في القانون الخاص.

4- يوصي الباحث المشرع الليبي أن يحدد الوقف الاحتياطي بأن لا يكون قرار الوقف الصادر عن مجلس التأديب مطلقاً وفي مرة واحدة إلى حين الانتهاء من المحاكمة التأديبية، بل يحدد فترات زمنية معينة لتمديد الوقف، ينظر خلالها مجلس التأديب مدى حاجة التحقيق إلى استمرارية وقف الموظف من عدمه مع اشتراط أن يكون قرار المد مسبباً تسببياً كافياً، أو أن يجعل تمديد الوقف لمرة واحدة فقط ولمدة محددة مع تسببيه وذلك كما فعل المشرع الكويتي، أو يحدد صراحة مدة الوقف لمرة واحدة وبمدة محددة وذلك كما فعل المشرع العراقي، لما في ذلك من تحقيق منع استمرار حرمان الموظف تقاضي نصف مرتبه.

5- توصي الدراسة المشرع الليبي إما أن يحدد صراحة مدة الوقف الاحتياطي كاملة في نصوصه وبالتالي الحرمان من نصف المرتب يكون وفقاً لهذه المدة المحددة، وذلك كما فعل المشرع العراقي والمشرع الكويتي، أو أن يضع ضوابط تبين كيفية وقف نصف المرتب الموظف الموقوف احتياطياً عن العمل، بحيث يجعل قرار وقف المرتب من اختصاص وصلاحيات مجلس التأديب، وذلك كما فعل المشرع المصري، أو أن يصدر تعديل تشريعي لا يربط بين الوقف الاحتياطي عن العمل لمصلحة التحقيق وبين ما يحصل عليه الموظف من مرتب بحيث يصرف له مرتبه كاملاً.

6- يوصي الباحث المشرع الليبي أن يعدل اتجاه بحيث يمد مدة حجز الوظيفة المراد الترقية إلى سنتين بدلاً من سنة، وذلك كما فعل المشرع المصري. كما أن الدعوة للمشرع الليبي بأن يأخذ الاتجاه الذي سار عليه المشرع المصري، بأن يضع ضوابط لاستحقاق الترقية، يفرق فيها بين العقوبات البسيطة والعقوبات الجسمية، أو أن يسير المشرع الليبي في ذات الاتجاه الذي سار عليه المشرع العراقي بأن يمنح الموظف الموقوف الترقية خلال فترة الوقف الاحتياطي، ويحرم منها في حالة ثبوت إدانته على أن تحسب من تاريخ ابتداء وقفه عن العمل، وهذا يحقق العدالة لما فيه من تحقيق التوازن بين مصلحة الموظف ومصلحة العمل.

قائمة المراجع

أولاً: الكتب القانونية:

- 1- أحمد سلامة بدر، التحقيق الإداري والمحكمة التأديبية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2004.
- 2- أحمد محمود جمعة، منازعات القضاء التأديبي، منشأة المعارف الإسكندرية، بدون طبعة، 1985.
- 3- أحمد محمود الربيعي، التحقيق الإداري في الوظيفة العامة، دار الكتب القانونية، الطبعة الأولى، 2011.
- 4- إمام أحمد البيري، القوانين واللوائح والقرارات ذات العلاقة بالوظيفة العامة والموظف، الجزء الأول، بدون ناشر ولا طبعة، 1977.
- 5- إبراهيم المنجي، إلغاء الجزاء التأديبي، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2005.
- 6- جلال أحمد الادغم، التأديب في ضوء محكمتي الطعن، النقض، الإدارية العليا، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، الطبعة الثالثة، 2009.
- 7- خليفة سالم الجهمي، أحكام ومبادئ القضاء الإداري الليبي، دار ومكتبة الفضيل للنشر والتوزيع بنغازي، الطبعة الأولى، 2009.
- 8- سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، الجزء الأول، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، بدون طبعة، 1996.

- 9- سليمان محمد الطماوي، مبادئ علم الإدارة العامة، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الخامسة، 1972.
- 10- سليمان محمد الطماوي، قضاء التأديب، الكتاب الثالث، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الرابعة، 1995.
- 11- سمير يوسف البهي، شرح نظام قانون العاملين المدنيين بالدولة، دار الكتب القانونية، مصر، بدون طبعة، 1996.
- 12- صبيح بشير مسكوني، القضاء الإداري في الجمهورية العربية الليبية، دراسة مقارنة، منشورات جامعة بنغازي، بدون طبعة، 1974.
- 13- صبيح بشير مسكوني، مبادئ القانون الإداري الليبي، دراسة مقارنة، الناشر الكتاب والتوزيع والإعلان والمطابع، بنغازي، بدون طبعة، 1982.
- 14- صعب ناجي الدليمي، الدفوع الشكلية أمام القضاء الإداري في العراق، المؤسسة الحديثة للكتاب، الطبعة الأولى، 2010.
- 15- عبدالفتاح حسن، التأديب في الوظيفة العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون طبعة، 1964.
- 16- عبدالله محمد أرجمند، فلسفة الإجراءات التأديبية للعاملين بالخدمة المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1998.
- 17- عبد العزيز عبدالمنعم خليفة، المسؤولية التأديبية في الوظيفة العامة، منشأة المعارف الإسكندرية، بدون طبعة، 2009.
- 18- عدنان عمرو، مبادئ القانون الإداري، نشاط الإدارة ووسائلها، الجزء الثاني، منشأة المعارف الإسكندرية، الطبعة الثالثة، 2010.

- 19- عدلي خليل، التعليق على نظام العاملين بالقطاع العام، منشورات المكتبة القومية الحديثة، مصر، الطبعة الأولى، 1983.
- 20- علي جمعة محارب، التأديب الإداري في الوظيفة العامة، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، بدون طبعة، 2010.
- 21- عمر محمد السيوي، الوجيز في القضاء الإداري، دار ومكتبة الفضيل النشر والتوزيع، بنغازي، بدون طبعة، 2013.
- 22- ماهر عبدالهادي، الشرعية الإجرائية في التأديب، دار غريب للطباعة، القاهرة، الطبعة الثانية، 1986.
- 23- محمد أحمد مصطفى، الإجراءات الاحتياطية في التأديب في الوظيفة العامة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون طبعة، 1998.
- 24- محمد عبدالله الحراري، أصول القانون الإداري الليبي، منشورات المكتبة الجامعة، الزاوية، الطبعة السادسة، 2010.
- 25- محمد عبدالله الحراري، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في القانون الليبي، منشورات المكتبة الجامعة، الزاوية، الطبعة الخامسة، 2010.
- 26- محمد عبيد الحسناوي، التأديب وأثره في الحد من الأخطاء المسلكية لرجال الشرطة، مركز البحوث والدراسات الشارقة، بدون طبعة، 1999.
- 27- محمد ماهر أبو العينين، الضمانات والإجراءات التأديبية، نقابة المحامين، بدون طبعة، 1991.
- 28- محمد ماهر أبو العينين، الدفوع في نطاق القانون العام، الكتاب الثاني، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة، بدون طبعة، 2002.

- 29- محمد ماجد ياقوت، التحقيق في المخالفات التأديبية، دراسة مقارنة، منشأة المعارف الإسكندرية، بدون طبعة، 2002.
- 30- محمد ماجد ياقوت، شرح الإجراءات التأديبية، منشأة المعارف الإسكندرية، بدون طبعة، 2004.
- 31- محمد ماجد ياقوت، شرح القانون التأديبي للوظيفة العامة، منشأة المعارف الإسكندرية، بدون طبعة، 2006.
- 32- محمد محمود ندا، انقضاء الدعوى التأديبية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، 1981.
- 33- مصطفى أبوزيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، بدون طبعة، 1999.
- 34- مصطفى بكر، تأديب العاملين في الدولة، دار الفكر الحديث للطبع والنشر، القاهرة، بدون طبعة، 1966.
- 35- مصطفى يوسف، المسؤولية التأديبية للموظف العام، حدودها وضماناتها، دار النهضة العربية القاهرة، بدون طبعة، 2009.
- 36- نصرالدين مصباح القاضي، النظرية العامة للتأديب في الوظيفة العامة، دراسة موازنة في القانون الليبي والمصري والشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، 1997.
- ثانياً: الرسائل والبحوث العلمية:
- 1- ثروت محمد عوض، التحقيق الإداري ودور النيابة الإدارية فيه، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، القاهرة، غير منشورة، 1995.

- 2- فهمي إسماعيل عزت، سلطة التأديب بين الإدارة و القضاء، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، القاهرة، غير منشورة، 1980.
 - 3- خليفة سالم الجهمي، "النظام القانوني للمخالفات المالية في التشريع الليبي"، مجلة المحامي، السنة (12)، العدد (46.45)، يناير 1995.
 - 4- محمود عمر معتوق، "العرف كمصدر للقانون الإداري الليبي"، مجلة البحوث القانونية، جامعة مصراته، السنة (2)، العدد (1)، أكتوبر 2014.
- ثالثاً: المجموعات التشريعية والقضائية:

- 1- الجريدة الرسمية.
- 2- موسوعة التشريعات الجنائية.
- 3- مجلة المحكمة العليا.
- 4- قضاء المحكمة العليا الاتحادية، القضاء الإداري والدستوري، الجزء الأول.
- 5- مجموعة أحكام المحكمة العليا، القضاء الإداري، الجزء الثاني، السنة 2007.
- 6- مجموعة أحكام المحكمة العليا، القضاء الإداري، السنة 2006.
- 7- مجموعة أحكام المحكمة العليا، القضاء الإداري، السنة 2005.
- 8- مجموعة أحكام المحكمة العليا، القضاء الإداري، الجزء الثاني، السنة 2004.
- 9- المحكمة العليا، الطعن الإداري رقم 6/3ق، جلسة (1957.6.26) قضاء المحكمة العليا الاتحادية، القضاء الإداري والدستوري، الجزء الأول.
- 10- محكمة الاستئناف طرابلس، الطعن الإداري رقم 20/3ق، جلسة (2001.4.30) غير منشور.

- 11- محكمة استئناف بنغازي، الطعن الإداري رقم 1/25 اق ، جلسة (1973.3.25) غير منشور .
- 12- الجريدة الرسمية المصرية، العدد (43) مكرر (أ) في أول نوفمبر سنة 2016.
- 13- المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن الإداري رقم 996/25ق، جلسة (1984.5.12) مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا من مارس 1984 إلى نهاية يونيو 1984، السنة (29) ، العدد (2)، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1984.
- 14- محكمة التمييز الكويتية، الطعن رقم 238 / 2001 إداري، جلسة (2002.4.29) مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة التمييز خلال أربعين عاماً من الفترة 1972.10.1 وحتى 2001.12.31، المجلد الإداري، المجلد الحادي عشر، وزارة العدل، أكتوبر 2016.
- 15- القانون العراقي، قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم 14 لسنة 1991م، العدد (3356) تاريخ العدد (1991.6.3)، تاريخ النشر (1991.9.1) مجموعة القوانين والأنظمة، العراق، اتحادي.
- 16- قرار مجلس الانضباط العام العراقي رقم (3) لسنة 2009، (2009.5.30) مجلة العدالة، السنة (3)، العدد (1)، وزارة العدل، بغداد 2010.
- رابعاً: القوانين واللوائح والمواقع الالكترونية:
- 1- القانون رقم 20 لسنة 2013م بشأن إنشاء هيئة الرقابة الإدارية. منشور على الموقع الإلكتروني:

<https://security-legislation.ly/ar/node/31965>



تاريخ 2020 .7.13 الساعة 20:5 مساءً

2- لائحة أعضاء هيئة التدريس الوطنيين بالجامعات رقم 99 لسنة 2001م.
منشورة على الموقع الإلكتروني:

<https://aladel.gov.ly/home/?p=1766>

تاريخ 2020 .7 .11 الساعة 30:1 مساءً

3- القانون المصري رقم 47 لسنة 1978م بشأن العاملين المدنيين بالدولة.
منشور على الموقع الإلكتروني:

[https://groups.google.com/forum/topic/hamdy66/0z191](https://groups.google.com/forum/topic/hamdy66/0z1913xjyEE)

3xjyEE.

تاريخ 2020 .6.5 الساعة 5:15 مساءً

4- القانون الكويتي، المرسوم بالقانون رقم 15 لسنة 1979م بشأن الخدمة المدنية.
منشور على الموقع الإلكتروني:

[https:// Law. Almohami.com](https://Law.Almohami.com) :

تاريخ 2020 .6.6 الساعة 7:10 مساءً

الاخفاء القسري في القانون الدولي الجنائي

د. أحمد عبدالله ويدان*

مقدمة

الجريمة أياً كانت تتمثل في عدوان على مصلحة يحميها القانون. فهي سلوك إنساني طبقاً لتقدير المشرع يتعارض مع قيم ومصالح المجتمع، فيتدخل بتجريمه والعقاب عليه في نصوصه.¹ وهو نفس مفهوم الجريمة الدولية التي تمثل عدوان على المصالح والدعائم الأساسية، التي ينهض عليها المجتمع الدولي، وتهدد أمنه واستقراره.² فهي سلوك إنساني يعاقب عليه القانون الدولي الجنائي. فالجريمة الدولية يرتكبها الفرد، وتقوم مسؤوليته الجنائية عنها، بحيث لا تنتفي هذه المسؤولية كونها ارتكبت باسم الدولة أو لحسابها، وفقاً لأحكام النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

ونظراً لأن الاخفاء القسري للأشخاص يشكل سلوك يهدد قيم وبنیان المجتمع الدولي، لكونه يمس حقوق وحريات الأشخاص التي ضمنتها مختلف المواثيق والمعاهدات الدولية. فقد حددت المادة الخامسة من نظام المحكمة الجنائية الدولية، اختصاصها الموضوعي على أشد الجرائم خطورة والتي تعتبر موضع

* عضو هيئة التدريس بكلية القانون - جامعة سرت

¹ محمد رمضان باره، (2015م) شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات الليبي - الجزء الأول - الأحكام العامة للجريمة، ص 92-93.

² فتوح عبدالله الشاذلي، (2002م) القانون الدولي الجنائي - أولويات القانون الدولي الجنائي - النظرية العامة للجريمة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ص 205.

اهتمام المجتمع الدولي بأسره ومن بينها الجرائم ضد الإنسانية³. حيث تضمنت المادة السابعة منه على تعداد للجرائم ضد الانسانية، التي تثير قلق المجتمع الدولي نظراً لخطورتها، وتنطوي على مسؤولية جنائية فردية لمرتكبها، وتدخل في ولاية المحكمة متى ارتكبت في إطار هجوم واسع النطاق أو منهجي، موجه ضد أي مجموعة من السكان المدنيين⁴.

لقد أصبح الاخفاء القسري مشكلة عالمية، ولم يعد حكراً على منطقة بعينها من العالم. فبعدما كانت هذه الظاهرة في وقت مضى نتاج أنظمة شمولية أساساً، يمكن اليوم أن يحدث الاخفاء القسري في ظروف معقدة لنزاع داخلي، أو يستخدم بالأخص كوسيلة للضغط السياسي على الخصوم. وما يثير القلق بوجه خاص استمرار المضايقات التي يتعرض لها أقارب وذوي الضحايا، وعدم مثول الجناة أمام العدالة، وما يتبع ذلك من إفلاتهم من العقاب على نطاق واسع⁵. فممارسة الاخفاء القسري كانت ولا تزال تستخدمها الحكومات أو المنظمات من أجل إبعاد أي شخص عن حماية القانون، حيث يتم تجريد الضحية من إنسانيته عن طريق الدخول في حالة استثناء يُحرم خلالها من حقه في التمتع بالحقوق، لذا فهو انتهاك مستمر للحقوق الإنسانية للمختفي وافراد أسرته.

وبالتالي يعد الاخفاء القسري واحد من أكثر أنواع انتهاكات حقوق الإنسان خطورة في العالم. فهو يؤثر على الضحايا بعدة طرق، بما في ذلك الخوف

³ المادة (5) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

⁴ المادة (7-1) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

⁵ مفوضية الامم المتحدة السامية لحقوق الانسان، حالات الاخفاء القسري أو غير الطوعي، جينيف، صحيفة

الوقائع رقم 6، ص 2

المستمر على حيات المختفي من قبل أصولهم وفروعهم، الذين يعيشون في ترقب وتحت ضغط نفسي كبير، على أمل وانتظار أخبار قد لا تأتي أبداً. علاوة على ذلك، فهو يؤثر على عدد من حقوق الإنسان، مثل الحق في الأمن الفردي، والحق في الحماية بموجب القانون، والحق في عدم حرمانه من حريته والحق في عدم التعرض للتعذيب أو أي معاملة قاسية أو لا إنسانية.

ونتيجة لهذا للطابع المعقد والمستمر لجريمة الاختفاء القسري، ولإفلات مرتكبي هذا الفعل من العقاب في كثير من الأحيان. فإن الأمر يتطلب فهم هذه الجريمة، وتحليل الآليات القانونية لمكافحتها من خلال تحليل أحكام النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية التي جرمت هذا الفعل، ونصوص التشريع الليبي الخاصة بالاختفاء القسري، للوقوف على مدى نجاعتها لمنع هذه الجريمة ومكافحتها، ولوضع حد لظاهرة الإفلات من العقاب. وسنعمد المنهج التحليلي والمقارن في دراستنا. ومن أجل ذلك سنتناول الموضوع في: مقدمة ومبحثين: الأول نبين فيه مفهوم هذه الجريمة في الفقه، والقوانين الدولية الجنائية والوطنية. والمبحث الثاني نتناول فيه الإطار القانوني لجريمة الاختفاء القسري كجريمة ضد الإنسانية والآثار التي تنتج عنها، وخاتمة للبحث.

المبحث الأول

مفهوم الإخفاء القسري

إن الوقوف على مفهوم الإخفاء القسري والطبيعة القانونية له ذو أهمية قانونية بالغة، ذلك أن التكييف القانوني يجب أن يعتمد على تعريف الجريمة تعريفاً دقيقاً ومحددًا، بحيث يبين العناصر التي يبني عليها هذا التكييف القانوني، ومن أجل توضيح ذلك فإن الأمر يتطلب تعريف الإخفاء القسري في الفقه القانوني والتشريعات الوطنية في مطلب أول، وتعريفه في المواثيق الدولية في مطلب ثاني.

المطلب الأول

تعريف الإخفاء القسري في الفقه القانوني والتشريعات الوطنية

عند دراستنا لجريمة الإخفاء القسري نجد أن الكثير من التشريعات لم تتصدى لوضع تعريف محدد له، مما دفع فقهاء القانون للاجتهاد في وضع تعريفات للإخفاء القسري يتضمن العناصر والصور التي يتكون منها هذا الفعل. وسنتناول ذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: الإخفاء القسري في الفقه القانوني

يعني مصطلح "الإخفاء القسري" الإخفاء أو الاحتجاز أو الاختطاف بصورة غير قانونية، أو الاعتقال أو الاحتجاز السري، ويحدث الإخفاء القسري عندما يتم إلقاء القبض على شخص أو احتجازه أو خطفه من قبل الدولة أو

الوكلاء الذين يتصرفون لصالح الدولة، والذين ينكرون بعد ذلك أن الشخص محتجز، أو يخفي مكانه مما يضعه خارج حماية القانون.⁶

وأورد الفقيه الدكتور وليم نجيب جورج نزار تعريفاً للإخفاء القسري في كتابه "مفهوم الجرائم ضد الإنسانية في القانون الدولي" بأنه "القبض على شخص محدد الهوية، أو احتجازه، أو اختطافه رغماً عن إرادته أو سلب حريته بطريقة خارج نطاق القانون، ثم إخفاء مكانه، أو رفض الإفصاح عن مصيره، أو عمن سلبه حريته، وذلك من قبل موظفين أو مستويات مختلفة من الحكومة، أو على يد جماعات تعمل لحسابها، أو بإذن منها، أو بموافقتها."⁷

وهناك من كيف جريمة الإخفاء القسري باعتبارها جريمة اختطاف الأشخاص، حيث عرفها بأنها "سلب الفرد أو الضحية حريته، باستخدام أسلوب أو أكثر من أساليب العنف، والاحتفاظ به في مكان ما يخضع لسيطرة ورقابة المختطفين تحقيقاً لغرض معين".⁸

كما عرف الدكتور عبدالحسين شعبان الإخفاء القسري بأنه "احتجاز شخص أو أشخاص محدد الهوية من جانب جهة غامضة أو مجهولة، سواء

Defining the Crime of Enforced Disappearance in Conformity,⁶ MD. RAISUL ISLAM SOURAV with International Criminal Law a New Frontier for Bangladesh Bergen Journal of Criminal Law See also: United Nations, General and Criminal Justice. Volume 3, Issue 2, 2015, p. 221. Assembly Resolution 47/133, Declaration on the Protection of all Persons from Forced Disappearance, A/RES/47/133 (18 December 1992), available at <http://undocs.org/A/RES/47/133>.

⁷ وليم نجيب نزار، (2008) مفهوم الجرائم ضد الإنسانية في القانون الدولي، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، لبنان، ص 280. أنظر أيضاً شعلال تيويزي، جدي صبرينة (2014) جريمة الاختفاء القسري كجريمة ضد الإنسانية في القانون الدولي، رسالة ماجستير، جامعة عبدالرحمن ميرة بجاية، الجزائر، كلية الحقوق، ص 7.

⁸ عبدالله حسين العمري، (2009)، جريمة اختطاف الأشخاص، المكتب الجامعي الحديث، ص 14. أنظر أيضاً شعلال تيويزي، جدي صبرينة (2014) مرجع سابق، ص 7.

كانت سلطة أو منظمة أو أفراد وتقوم هذه الجهة بإخفاء مكان الشخص، وترفض الكشف عن مصيره أو الاعتراف باحتجازه، وتسعى إلى إخفاء معالم الجريمة⁹ وعُرف الإخفاء القسري أيضاً بأنه: احتجاز شخص محدد الهوية رغماً عنه من جانب موظفي أي فرع من فروع الحكومة أو مستوياتها، ومن جانب مجموعات منظمة أو أفراد عاديين، بزعم أنهم يعملون باسم الحكومة أو بدعم منها، أو بإذنها، أو بموافقتها، فتقوم القوى بإخفاء مكان ذلك الشخص وترفض الكشف عن مصيره أو الاعتراف باحتجازه، مما يجرّد الشخص من حماية القانون.¹⁰

وتأسيساً على ذلك نرى أن التعاريف المذكورة قد ضيّقت من نطاق جريمة الإخفاء القسري، إذ اشترطت لتحقيقه أما الجهل بمكان الإخفاء، أو بهوية مرتكب الجريمة، كما يتضح أن أشكال أو صور الإخفاء القسري عديدة وتتمثل في القبض على الأشخاص، أو احتجازهم، أو اختطافهم، أو حرمانهم من حريتهم، وقد يقوم به فرد أو مجموعات منظمة من الأفراد وقد تقوم به حكومة أو دولة ضد شعب أو دولة أخرى، لذا يمكن تقسيم أنواع الإخفاء القسري إلى ما يلي:

1- الإخفاء القسري الفردي: وهو الذي يرتكبه الفرد لأسباب متعددة .

⁹ د. عبدالحسين شعبان، اختلاس الزمن في ظاهرة الاختفاء القسري، مقال منشور في جريدة الجريدة الكويتية، العدد 186، يناير 2006.

¹⁰ تقرير منظمة العفو الدولية لا للإفلات من العقاب على الاختفاء القسري ، 2011، قائمة مراجعة للتطبيق الفعال للاتفاقية الدولية لحماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري، تاريخ الزيارة: 6: 51 - الخميس 2020/1/9م

- 2- الإخفاء القسري الجماعي غير المنتظم: وهو الذي ترتكبه جماعات من الافراد ولأسباب متنوعة كالحصول على الاموال، أو الانتقام وغيرها.
- 3- الإخفاء القسري الجماعي المنتظم: وهو الذي ترتكبه المجموعات المنظمة أو الافراد العاديين الذين يعملون باسم الحكومة وبدعم منها أو موظفين من مختلف فروع الحكومة ومستوياتها.

الفرع الثاني: تعريف الإخفاء القسري في التشريعات الوطنية:

تنص المادة الرابعة من الإعلان العالمي لحماية جميع الأشخاص من الإخفاء القسري، لعام 1992م، على أنه "يعتبر كل عمل من أعمال الإخفاء القسري جريمة يعاقب عليها بالعقوبة المناسبة....."¹¹. وبناء عليه علق الفريق العامل المعني بحالات الإخفاء القسري أو غير الطوعي، على هذا النص متضمن أن الالتزام بتدوين هذه الجريمة كجريمة منفصلة عن القوانين الجنائية الوطنية يسري على جميع الدول بغض النظر عما إذا كانت حالات الإخفاء القسري تحدث فعلاً فيها أم لا، ولا يكفي أن تشير إلى قائمة الجرائم الموجودة سابقاً والمتعلقة بالحرمان القسري من الحرية، والتعذيب، والترهيب، والعنف المفرط، وما إلى ذلك، بل يجب تحديد الإخفاء القسري كجريمة جنائية مستقلة.¹²

وتبعاً لذلك، هناك قليل من الدول دونت في قوانينها الداخلية الإخفاء القسري باعتباره جرماً جنائياً مستقلاً، رغم أن المادة الرابعة من إعلان حماية جميع الأشخاص من الإخفاء القسري تطلب من الدول أن تعتبر كل عمل من أعمال

¹¹ انظر المادة الرابعة من الاعلان العالمي لحماية جميع الاشخاص من الاختفاء القسري، لعام 1992م.

¹² تقرير الفريق العامل المعني بحالات الاختفاء القسري أو غير الطوعي المقدم لمجلس حقوق الانسان، الدورة 2010/16م ص4.

الإخفاء القسري جريمة بموجب القانون الجنائي.¹³ وفي الوقت ذاته، هناك دول أخرى تنص دساتيرها على أن حق جميع الأشخاص غير قابل للانتقاص في عدم التعرض للإخفاء القسري.¹⁴

إلا أن عدم النص على وجود جريمة مستقلة للاختفاء القسري لا يعيق الدول من التحقيق في أعمال الإخفاء القسري والمعاقبة عليها، إلا أن النص على تجريمها بشكل منفصل يمثل آلية قوية للتغلب على الإفلات من العقاب.¹⁵

إلى جانب ذلك هناك عدة دول تنص دساتيرها على ضمانات تمنع هذه الجريمة من خلال التصدي لعدة جرائم مرتبطة بالإخفاء القسري أو وثيقة الصلة بها، مثل الخطف، والاختطاف، والاحتجاز غير المشروع، والحرمان غير القانوني من الحرية. إلا أن ذلك قد يشكل جانباً لأحد صور الإخفاء القسري إلا أنها لا تغطي جميع عناصر جريمة الإخفاء القسري وتعقيدها وطابعها الخطير.¹⁶

وقد قامت العديد من الدول بالنص على تجريم الإخفاء القسري باعتباره جريمة ضد الإنسانية متى ارتكب في إطار هجوم واسع النطاق أو منهجي موجه

¹³ المرجع السابق ص3.

¹⁴ دستور الاكوادور المواد (66، 80، 120، 13)، ودستور بارغواي المادة 5، دستور بوليفيا المادة 15، ودستور كولومبيا المادة 12، والدستور الفنزويلي في مادته 45. أنظر تقرير الفريق العامل المعني بحالات الاختفاء القسري أو غير الطوعي المقدم لمجلس حقوق الانسان، مرجع سابق، ص4.

¹⁵ تقرير الفريق العامل المعني بحالات الاختفاء القسري أو غير الطوعي المقدم لمجلس حقوق الانسان، مرجع سابق، ص5.

¹⁶ المرجع السابق ص5.

ضد أي مجموعة من السكان المدنيين، وعن علم بالهجوم، وفقاً لما ورد بالمادة السابعة من نظام روما الأساسي.¹⁷

إلا أن حالات الإخفاء القسري لا تحدث غالباً في إطار هجوم واسع النطاق أو منهجي ضد المدنيين، ولهذا فإن قصر تجريم القانون الوطني للإخفاء القسري على ارتكابه في هذا السياق المحدد يعني أن الكثير من حالات الإخفاء القسري ستظل خارج نطاق القانون الجنائي الوطني وخارج ولاية محاكمه. لأن معظم حالات الإخفاء القسري لا تقع ضمن هجوم واسع النطاق أو منهجي يستهدف استبعاد الضحايا من حماية القانون لفترة طويلة بالضرورة، بل يقع معظمها كحالات منعزلة. ولهذا لا يمكن للدول أن تحصر تجريم حالات الإخفاء القسري على الحالات التي تشكل جريمة ضد الإنسانية بمفهوم نظام روما بل ينبغي لها أن تدرج في تعريف الجريمة بشتى أصنافه.¹⁸

ولهذا فقد أقرت قوانين بعض الدول مثل أورغواي وبنما، النص على جريمتين مختلفتين: إحداهما وفق السياق الوارد في المادة السابعة من نظام روما الأساسي، والثانية هي المعاقبة على حالات الإخفاء القسري عندما لا تتم في إطار هجوم واسع النطاق أو منهجي ضد السكان المدنيين.¹⁹ ومع ذلك هناك دول نصت قوانينها على جريمة موسعة النطاق بما يكفي ليشمل هذه الجرم بشتى صوره

¹⁷ مثل أذربيجان (المادة 110 من القانون الجنائي)؛ الأرجنتين (المادة 9 القانون 26 المؤرخ 5 يناير 2007 أستراليا (المادة 21-268 من قانون المدونة الجنائية لسنة 1995 والجدول 1 من القانون المتعلق بالمحكمة الجنائية الدولية لعام 2002 (ألمانيا) المادة 7-1-7 من المدونة الألمانية للجرائم ضد القانون الدولي)؛ إندونيسيا (المادة 9 من القانون رقم 26 لعام 2000 المنشئ لمحكمة حقوق الإنسان المخصصة)؛ انظر تقرير الفريق العامل المعني

بحالات الاختفاء القسري أو غير الطوعي المقدم لمجلس حقوق الإنسان، مرجع سابق، ص5، 6
¹⁸ تقرير الفريق العامل المعني بحالات الاختفاء القسري أو غير الطوعي المقدم لمجلس حقوق الإنسان، مرجع

سابق، نص7.

¹⁹ المرجع السابق ص7.

سواء بوصفه فعلاً معزولاً أو في إطار هجوم واسع النطاق أو منهجي ضد السكان المدنيين. واعتبرته جريمة ضد الإنسانية.²⁰

أما فيما يخص المشرع الليبي فلم ينص الإعلان الدستوري الليبي المؤقت الصادر عام 2011م على الإخفاء القسري وتجريمه، ولكنه نص على ضمانات عامة للحقوق والحريات العامة في المواد من 7 إلى 17 منه.²¹ وكذلك فإن قانون العقوبات الليبي لم ينص صراحة على جريمة الإخفاء القسري كجريمة مستقلة وبشكل منفرد، ولكنه جرم أفعالاً قد تشكل صوراً من الإخفاء القسري في الباب الرابع منه " الجرائم ضد حرية الأفراد" في المواد من 425 إلى 435، مثل خطف الأشخاص (م 428 ع)، تعذيب المسجونين (م 436 ع)، القبض على الناس بدون وجه حق (م 433 ع)، وتقييد الحرية الشخصية بدون مبرر (م 434 ع).²² إلا أن المشرع الليبي اصدر القانون رقم (10) لسنة 2013م بشأن تجريم التعذيب والإخفاء القسري والتمييز، الذي نص في مادته الأولى على الإخفاء القسري كجريمة مستقلة معاقب عليها، حيث جاء فيها " يعاقب بالسجن كل من خطف إنساناً أو حازه أو حرمه على أي وجه من حريته الشخصية بالقوة أو بالتهديد أو بالخداع.

²⁰ أوروغواي (المادة 21 من القانون 18-26، المؤرخ 4 أكتوبر 2006) (أرمينيا (المادة 392 من القانون الجنائي)؛ باراغواي (المادة 236 من القانون الجنائي)؛ بوليفيا (المادة 292 مكرراً من القانون الجنائي)؛ بيرو (المادة 320 من القانون الجنائي). انظر تقرير الفريق العامل المعني بحالات الاختفاء القسري أو غير الطوعي المقدم لمجلس حقوق الإنسان، مرجع سابق، ص7، 8.

²¹ الإعلان الدستوري الليبي المؤقت الصادر عام 2011م.

²² انظر المواد من (425 إلى 435) من قانون العقوبات الليبي.

وتكون العقوبة السجن مدة لا تقل عن 7 سنوات إذا ارتكب الفعل :

أ- ضد الأصول أو الفروع أو الزوج.

ب- إذا ارتكب الفعل موظف عمومي متعمداً في ذلك حدود السلطات المتعلقة بوظيفته.

ت- إذا وقع الفعل بقصد الحصول على كسب مقابل إطلاق السراح، فإذا

حقق الجاني غرضه كانت العقوبة السجن مدة لا تقل عن 8 سنوات²³.

وأورد القانون رقم (10) لسنة 2013م في مادته الخامسة النص على مسؤولية السياسيين والقادة حيث جاء بها: "يعاقب بذات العقوبة كل مسؤول سياسي أو تنفيذي أو إداري أو قائد عسكري أو أي شخص قائم بأعمال القائد العسكري، إذا ارتكب الجرائم المنصوص عليها في المواد السابقة قوات تخضع لإمرته وسيطرته أو موظف تابع له إذا لم يتخذ ما يلزم من تدابير لمنع ارتكابها أو كشفها مع قدرته على ذلك، أو حال بأي وجه من الوجوه دون عرضها على السلطات المختصة بالتأديب أو التحقيق أو المحاكمة"²⁴.

ونلاحظ على المشرع الليبي أنه أورد نص مقتضياً لجريمة الإخفاء القسري وذلك بقوله "من خطف إنساناً أو حجزه أو حرمه على أي وجه من حريته الشخصية بالقوة أو بالتهديد أو بالخداع"، من خلال التصدي لعدة جرائم مرتبطة بالإخفاء القسري أو وثيقة الصلة بها، مثل الخطف، والاختطاف، والاحتجاز غير المشروع، والحرمان غير القانوني من الحرية. إلا أن ذلك قد يشكل جانباً لأحد صور الإخفاء القسري إلا أنها لا تغطي جميع عناصر جريمة الإخفاء القسري

²³ المادة الأولى من القانون رقم (10) لسنة 2013م بشأن تجريم التعذيب والإخفاء القسري والتمييز.

²⁴ المادة الخامسة من القانون رقم (10) لسنة 2013م بشأن تجريم التعذيب والإخفاء القسري والتمييز.

وتعقيدها وطابعها الخطير، وبالتالي لم يدرج الاعمال الممنهجة للإخفاء القسري التي تقوم بها الدولة، أو بدعم وتأييد مباشر أو غير مباشر منها، أو من المنظمات السياسية في مفهوم الإخفاء القسري، وبالتالي أبعاد جريمة الإخفاء القسري من مفهوم الجرائم ضد الإنسانية التي لا يجب أن يفلت مرتكبها من العقاب.

وفيما يخص التشريعات المقارنة، فقد عرفت المادة 2/12-ز من قانون المحكمة الجنائية العراقية العليا رقم 10 لسنة 2005م الإخفاء القسري بأنه "إلقاء القبض على أشخاص أو احتجازهم أو اختطافهم من قبل الدولة أو منظمة سياسية، أو بإذن أو دعم منها لهذا الفعل أو بسكوتها عنه، ثم رفضها الإقرار بحرمان هؤلاء الأشخاص من حريتهم، أو عدم إعطاء معلومات عن مصيرهم، أو عن أماكن وجودهم، بهدف حرمانهم من حماية القانون مدة زمنية طويلة".²⁵ نلاحظ أن المشرع العراقي اقتبس هذا التعريف من الفقرة الثانية من المادة السابعة لنظام المحكمة الجنائية الدولية.

كما أن التشريع المصري لم ينص سواء في دستور 2012م وتعديله في 2014، أو في غيره من القوانين، على تعريف أو تجريم الإخفاء القسري صراحة كجريمة تنتهك العديد من حقوق الإنسان، واكتفى المشرع المصري بالنص في الدستور وفي قانون العقوبات، وقانون الاجراءات الجنائية، وقانون تنظيم السجون، على تجريم بعض صور القبض على الأشخاص، وتنظيم اجراءات القبض والاحتجاز، والحبس الاحتياطي. حيث اكتفى دستور 2014م بإيراد استثناءات للتعدي على الحرية الشخصية في المادة (54 و55) منه. وكذلك المواد 40 و41

²⁵ قانون المحكمة الجنائية العراقية العليا رقم 10 لسنة 2005م.

من قانون الاجراءات الجنائية المصري، والمادة 280 و126 من قانون العقوبات المصري، والتي من شأنها إسباغ نوع من الحماية ضد بعض انتهاكات الإخفاء القسري.²⁶

والجدير بالذكر أن أغلب الدساتير لم تشر صراحة إلى مصطلح " الإخفاء القسري" بصورة مباشرة إلا أنه قد تم الإشارة إليه بصورة غير مباشرة من خلال الإشارة إلى صوره من قبيل حظر التوقيف أو الحبس أو القبض أو الاحتجاز أو الاعتقال إلا وفق أحكام القانون. مثل الدستور الأردني لعام 1952م في مادته الثانية،²⁷ والدستور السوري لعام 1973م في المادة 2/28²⁸، والمواد 74 و48 من الدستور الجزائري لعام 1996م²⁹، والمادة 15/ج من قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لعام 2003م، والدستور العراقي لعام 2005م في المادتين (15، 199)³⁰، والإعلان الدستوري الليبي المؤقت لعام 2011م في مواده (11،12،14).³¹

²⁶ تقرير المفوضية المصرية للحقوق والحريات الأول، عن أنماط الاختفاء القسري في مصر منذ 2013 إلى

2015، المفوضية المصرية ص10، 11، 12.

²⁷ الدستور الأردني لعام 1952م في مادته الثانية.

²⁸ الدستور السوري لعام 1973م في المادة 2/28.

²⁹ المواد 74 و48 من الدستور الجزائري لعام 1996م.

³⁰ الدستور العراقي لعام 2005م في المادتين (15، 199).

³¹ الإعلان الدستوري الليبي المؤقت لعام 2011م في مواده (11، 12، 14).

المطلب الثاني

تعريف جريمة الإخفاء القسري في المواثيق الدولية

أهتم المجتمع الدولي بمسألة الإخفاء القسري، وحاول التصدي لهذه الظاهرة الخطيرة من خلال العديد من الصكوك والمواثيق الدولية والتي تناولت تعريف هذه الجريمة وتحديد أركانها، سواء بشكل مباشر أو ضمناً من خلال تجريمها لمختلف الأفعال المجرمة لحقوق الانسان.³² حيث لم يُعرف هذا الفعل خلال الحرب العالمية الثانية بصورة مكثفة، مما أدى إلى عدم وروده صراحة بوصفه أحد الجرائم ضد الإنسانية في مبادئ نورمبرج - المبدأ السادس - الذي عدد أنواع الجرائم ضد الإنسانية.³³، إلا أن انتشار الاحتجاز السري في دول أمريكا اللاتينية خلال سبعينات القرن الماضي الذي أدى إلى اختفاء الضحايا والجهل بمصيرهم،³⁴ دفع إلى التفكير في إدراج الفعل ضمن دائرة التجريم.³⁵ لذلك اتخذ المجتمع الدولي خطوات لمكافحة حالات الإخفاء القسري على الصعيدين الاقليمي والدولي، حيث أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة القرار رقم 173/33 في 20 ديسمبر 1978م، بينت فيه قلقها بسبب التقارير التي سجلت حالات الإخفاء القسري في مناطق مختلفة من العالم.³⁶ ثم تلى ذلك

³² أنظر أيضاً شعلال تيويزي ، جدي صديرة (2014) جريمة الاختفاء القسري كجريمة ضد الإنسانية في القانون الدولي، مرجع سابق، ص 8.

³³ المادة السادسة من نظام محاكمة نورمبرج، المتضمن في اتفاقية لندن المؤرخة في 6 أغسطس 1945م.

³⁴ JUROVICS, Yann, Article 7. Crimes contre l'humanité ..., op. cit., p. 449. See also, JUROVICS, Yann, « Réflexions sur la spécificité du crime... », op. cit., p. 61 et 62

³⁵ معاقبة الجرائم ضد الإنسانية بين القانون الدولي والقانون الداخلي، بوربة سامية (2016) رسالة دكتوراه غير منشورة، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، ص 95.

³⁶ سوسن تمرخان بكة، الجرائم ضد الإنسانية، مرجع سابق، ص 460.

صدور عدة موثيق تناولت بشكل أو بآخر الإخفاء القسري، منها: الإعلان العالمي لحماية جميع الأشخاص من الإخفاء القسري 1992م، واتفاقية البلدان الأمريكية بشأن الإخفاء القسري 1994م، ونظام روما الأساسي 1998م، واتفاقية الأمم المتحدة لحماية جميع الأشخاص من الإخفاء القسري 2006م التي دخلت حيز النفاذ عام 2010م.

حيث اصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة إعلان حماية جميع الأشخاص من الإخفاء القسري لعام 1992م ، وهو يعد أول وثيقة دولية تتعلق بجريمة الإخفاء القسري، هذا الإعلان لم يتضمن تعريف لجريمة الإخفاء القسري، بل أورد وصفاً عاماً للجريمة في ديباجته، حيث أشار إلى صورته، وهي "القبض على أشخاص أو احتجازهم أو اختطافهم رغماً عنهم أو حرمانهم من حريتهم على أي نحو آخر، على أيدي موظفين من مختلف فروع الحكومة أو مستوياتها أو على أيدي مجموعات منظمة أو أفراد عاديين يعملون باسم الحكومة أو بدعم منها، بصورة مباشرة أو غير مباشرة، أو برضاها أو بقبولها، ثم رفض الكشف عن مصير الأشخاص المعنيين أو عن أماكن وجودهم أو رفض الاعتراف بحرمانهم من حريتهم، مما يجرد هؤلاء الأشخاص من حماية القانون.³⁷ ويكتسب هذا الإعلان أهميته من كونه من أولى الوثائق التي أهتمت بوصف جريمة الإخفاء القسري بشكل دقيق، وإن كان غير ملزم من الناحية القانونية.

وتضمنت الفقرة 1/ط من نظام روما الأساسي النص على جريمة الإخفاء القسري كأحد الجرائم ضد الإنسانية التي تدخل في ولاية المحكمة الجنائية الدولية

³⁷ ديباجة إعلان حماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري اعتمد بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 133/47 المؤرخ في 18 ديسمبر 1992.

كجريمة مستقلة، على عكس المحاكم الدولية المؤقتة (يوغسلافيا ورواندا)، حيث نصت المادة 1/7 على أنه: " لغرض هذا النظام الأساسي، يشكل أي فعل من الأفعال التالية "جريمة ضد الإنسانية" متى ارتكب في إطار هجوم واسع النطاق أو منهجي موجه ضد أية مجموعة من السكان المدنيين، وعن علم بالهجوم: (ط) الإخفاء القسري للأشخاص.³⁸

وجاء في الفقرة 2/ط من المادة السابعة النص على تعريف الإخفاء القسري بأنه: "إلقاء القبض على أي أشخاص أو احتجازهم أو اختطافهم من قبل دولة أو منظمة سياسية، أو بإذن أو دعم منها لهذا الفعل أو بسكوتها عليه. ثم رفضها الإقرار بحرمان هؤلاء الأشخاص من حريتهم، أو إعطاء معلومات عن مصيرهم أو عن أماكن وجودهم، بهدف حرمانهم من حماية القانون لفترة زمنية طويلة.³⁹

ومن أجل وصف الفعل بأنه جريمة إخفاء قسري بموجب المادة 7 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، يجب أن تكون العناصر التالية موجودة: 1- وجود حالة من القبض على شخص واحد أو عدة أشخاص أو احتجازهم أو اختطافهم.

2- رفض الاعتراف بالحرمان من الحرية أو إعطاء معلومات عن مصير الضحية (الضحايا) أو مكان وجودهم.

³⁸ المادة 1/7- ط من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

³⁹ المادة 2/7- ط من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

- 3- أن يكون تنفيذ كل من (الفعلين السابقين) من قبل، أو بتصريح أو بدعم أو بقبول من الدولة أو منظمة سياسية.
 - 4- أن يكون مرتكب الجريمة على علم (بالسلوك المرتكب).
 - 5- أن يكون القصد هو إخراج (الضحية) من حماية القانون لفترة طويلة من الزمن.
 - 6- أن يرتكب السلوك كجزء من هجوم واسع النطاق أو منهجي موجه ضد سكان مدنيين.
 - 7- أن يعلم مرتكب الجريمة بأن السلوك جزء من هذا الهجوم.⁴⁰
- وبتحليل التعريف الوارد في المادة 7 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، نجد أنها حسمت الجدل الذي كان حاصلًا بين الفقه حول مدى اعتبار الهجوم المعمم الواسع النطاق والمنهجي معيارين مترابطين يشترط تحققهما.⁴¹ والحقيقة أن الجرائم ضد الإنسانية هي في الأصل جرائم من القانون العام، غير أنها تتميز ببعض الخصائص التي تميزها وتتمثل في ارتكابها في سياق خاص وهو (ضرورة وجودة هجوم معمم و منهجي، يكون ناتجا عن سياسة تعتمد على الدولة أو المنظمة)، وأن يستهدف هذا الهجوم السكان المدنيين (المجموعة المستهدفة هي مجموعة من الأشخاص المدنيين)، مع تعدد الأفعال (مما يشير إلى الطابع المكثف أو الجماعي، والتي لا تشكل أعمالا انفرادية أو معزولة)، مع توافر عنصر العلم

Ibid, p. 225, ⁴⁰ MD. RAISUL ISLAM SOURAV

⁴¹ بورية سامية (2016) معاقبة الجرائم ضد الإنسانية بين القانون الدولي والقانون الداخلي، رسالة دكتوراه غير منشورة، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، ص 67.

يشتراط في مرتكب هذه الجرائم أن يتصرف عن علم بأن تصرفه يندرج ضمن السياق المشار إليه أعلاه).⁴²

أما الاتفاقية الدولية لحماية جميع الأشخاص من الإخفاء القسري لعام 2006م، فقد عرفت بإيجاز جريمة الإخفاء القسري في مادتها الثانية بأنها "لأغراض هذه الاتفاقية، يقصد بـ "الإخفاء القسري" "الاعتقال، أو الاحتجاز، أو الاختطاف، أو أي شكل من أشكال الحرمان من الحرية يتم على أيدي موظفي الدولة، أو أشخاص أو مجموعات من الأفراد يتصرفون بإذن أو دعم من الدولة أو بموافقتها، و يعقبه رفض الاعتراف بحرمان الشخص من حريته أو إخفاء مصير الشخص المختفي أو مكان وجوده، مما يحرمه من حماية القانون"⁴³. وتضمنت الفقرة الثانية من المادة الأولى منها بالنص على عدم جواز التدرع بالظروف الاستثنائية التي تمر بها الدولة كمبرر للإخفاء القسري، والزمّت المادة الرابعة من هذه الاتفاقية الدول الأطراف بضمان أن الإخفاء القسري يشكل جريمة بموجب قانونها الوطني.⁴⁴

وبموجب هذا التعريف فإن الإخفاء القسري هو جريمة ترتكب من قبل موظفي الدولة أو من قبل مجموعات محسوبة وتابعة لها، بأن يتم اعتقال أو الاحتجاز غير القانوني للضحية يؤدي إلى اختفاء المجني عليه دون أن يتمكن الناس من معرفة مصيره، مما يجعله خارج نطاق حماية القانون. وبالتالي فإن

⁴² بورية سامية (2016)، مرجع سابق، ص62. انظر أيضاً: BOSLY, H.D, VANDERMEERSCH, Damien, Génocide, crimes contre l'humanité ...op. cit, p.310
⁴³ المادة 2 من الاتفاقية الدولية لحماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري لعام 2006. انظر أيضاً شعلال تيويزي، جدي صبرينة (2014) مرجع سابق، ص 16، 15.
⁴⁴ Ibid p. 22، MD. RAISUL ISLAM SOURAV

هذه الاتفاقية نصت على تجريم الإخفاء القسري ، ليس بالإشارة إلى ارتكابه من الدول كما نص نظام روما الأساسي، ولكن لارتكابه من موظفي الدولة.⁴⁵ وتضمنت الاتفاقية الأمريكية بشأن الإخفاء القسري لعام 1994م، في مادتها الثانية تعريفاً للإخفاء القسري "لأغراض هذه الاتفاقية -الإخفاء القسري هو حرمان شخص أو أشخاص من حريته أو حريتهم - أياً ما كانت - يرتكبه موظفو الدولة أو أشخاص أو مجموعات من الأشخاص الذين يعملون بتقويض أو تأييد أو موافقة الدولة، ويتبع ذلك انعدام المعلومات أو رفض الاعتراف بذلك الحرمان من الحرية، أو رفض إعطاء المعلومات عن مكان ذلك الشخص، ومن ثم إعاقة لجوئه إلى الوسائل القانونية واجبة التطبيق والضمانات الإجرائية"⁴⁶

هذا التعريف الوارد في الاتفاقية الأمريكية بشأن الإخفاء القسري لعام 1994، يشابه للتعريف الذي أوردته الاتفاقية الدولية بشأن حماية جميع الأشخاص من الإخفاء القسري لعام 1996م، حيث تتبلور مكونات الجريمة فيهما، بحرمان شخص أو أشخاص من حريته أو حريتهم، من قبل اشخاص يتصرفون باسم الدولة أو بتأييدها، ويترب عليها إنكار وإخفاء المعلومات عن الشخص ومكان وجوده، مما يحرمه من حماية القانون.

خلاصة ما سبق بيانه أن القانون الدولي الجنائي لا يعد حالات الإخفاء القسري مجرد جريمة قاسية وانتهاكاً صارخاً لحقوق الانسان، بل يعده جريمة ضد الإنسانية، حيث تلعب الدولة ومؤسساتها دوراً حيوياً في حدوثها، لذلك يتوجب ردع

⁴⁵ الاتفاقية الدولية لحماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري لعام 2006. دخلت حيز النفاذ في 23 ديسمبر 2010.

⁴⁶ المادة الثانية من الاتفاقية الأمريكية بشأن الاختفاء القسري، التي اعتمدت في الدورة الثامنة والعشرين للجمعية العامة لمنظمة الدول الأمريكية عام 1994م في البرازيل ودخلت حيز النفاذ عام 1996م.

الدولة ورجالها من ارتكاب هذه الجريمة وغيرها بتبني تشريع وطني يجرم الإخفاء القسري. وأجمعت الدساتير الوطنية والتشريعات العقابية والاتفاقيات والإعلانات الدولية على تجريم الإخفاء القسري للأشخاص، وذلك بعده انتهاكاً صارخاً لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية المتمثلة في حق الإنسان في الحياة والأمن والحرية الشخصية وسلامة شخصه وكرامته، وحقه في الخصوصية الشخصية. وأوردت تعريف للإخفاء القسري مع اختلاف طفيف في مفهومها، وبنيت الأساس القانوني الذي يمكن الاستناد عليه لتجريمها.

المبحث الثاني

الاطار القانوني لجريمة الإخفاء القسري وآثارها

بموجب النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، تم تصنيف جريمة الإخفاء القسري على أنها جريمة ضد الإنسانية، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة السابعة من هذا النظام، على الإطار العام الذي يجب أن ترتكب فيه هذه الجرائم لتدخل في ولاية المحكمة الجنائية الدولية⁴⁷، وذلك بأن ترتكب ضمن هجوم واسع النطاق أو منهجي، موجه ضد السكان المدنيين، ويمثل جزءاً من سياسة الدولة أو منظمة⁴⁸. بحيث لا يشترط ارتكابها أثناء النزاعات المسلحة⁴⁹. وكذلك حددت الفقرة 2-ط من المادة السابعة، الأركان الخاصة بجريمة الإخفاء القسري

Article 7 Crimes against humanity In: TRIFFTERER, Otto .⁴⁷ HALL, Christopher. K, 2000, (Ed.). Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. London: Hart Publishing, p168.

⁴⁸ SCHABAS, William, 2010, The international criminal court: a commentary on the Rome Statute, Oxford: Oxford University Press, pp147-157.

⁴⁹ Gabriel Webber Ziero, 2015, The crime of enforced disappearance under the Rome Statute The possibility for prosecution of the crimes committed during the Brazilian dictatorship, Porto Alegre, Volume 7 – Número 1, pp. 162-177 – p166

كأحد الجرائم ضد الإنسانية، والتي تدخل في ولاية المحكمة الجنائية الدولية. وسناقش ذلك كالتالي:

المطلب الأول

الأركان العامة للجرائم ضد الإنسانية

لغرض هذا النظام الأساسي، تعني الجريمة ضد الإنسانية أيًا من الأفعال التالية متى ارتكبت كجزء من هجوم واسع النطاق أو منهجي موجه ضد أي من السكان المدنيين، وعن علم بالهجوم.⁵⁰ وبالتالي هذه الأفعال التي تشكل جرائم ضد الإنسانية، ترفع من مستوى الجريمة العادية أو السلوك اللإنساني إلى مصاف الجريمة ضد الإنسانية التي تدخل في ولاية المحكمة الجنائية الدولية.⁵¹

فوفقاً للمادة السابعة الفقرة الثانية (أ)، "فإن الهجوم الموجه ضد أي سكان مدنيين"، يعني "مسار سلوك ينطوي على ارتكابه أعمال متعددة -مشار إليها في الفقرة الأولى - ضد أي من السكان المدنيين، عملاً بسياسة دولة ما أو تأييدها، أو السياسة التنظيمية لارتكاب مثل هذا الهجوم". هذه العبارات تتكرر في كل أركان الجرائم ضد الإنسانية. وتبعاً لذلك هذا السلوك يجب أن يرتكب كجزء من هجوم واسع النطاق أو منهجي موجه ضد سكان مدنيين، إضافة إلى اشتراط أن يكون مرتكب هذه الجريمة على علم بأن السلوك كان جزءاً من، أو يهدف إلى أن يكون

⁵⁰ المادة السابعة من النظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

Commentary on the Law of the International Criminal Court، 2017، See also: Mark Klamburg P31. . Academic EPublisher Brussels،Torkel Opsahl P31. . Ibid،⁵¹ Mark Klamburg

هذا السلوك جزءاً من هجوم واسع النطاق أو منهجي ضد السكان المدنيين. بناءً على ما تقدم ، حددت الدوائر التمهيدية خمسة عناصر عامة: " الهجوم الموجه ضد أي مجموعة من السكان المدنيين، سياسة الدولة أو المنظمة، الطبيعة الواسعة أو المنهجية للهجوم، العلاقة بين الفعل الفردي والهجوم، والمعرفة بالهجوم"⁵² والجدير بالذكر أن الأركان العامة للجريمة لا تحتوي على أي شرط يتعلق بربطه بنزاع مسلح أو أي عنصر تمييزي آخر⁵³.

الفرع الأول: الركن المادي للجريمة ضد الإنسانية:

الركن المادي للجريمة ضد الإنسانية وفقاً لنظام روما الأساسي، يشترط ارتكاب السلوك كجزء من هجوم واسع النطاق أو منهجي موجه ضد مجموعة من السكان المدنيين. وبالتالي فعناصر هذا الركن المادي هي:

(1) الهجوم الموجه ضد أي مجموعة من السكان المدنيين فيما يتعلق "بالهجوم" توضح أركان الجرائم ضد الإنسانية أنه " لا يشترط أن يكون هجوماً عسكرياً". بالرغم من أن نظام روما الأساسي يعرف " الهجوم" على أنه "

⁵²(Situation in the Republic of Kenya, ICC PT. Ch. II, ICC01/09-19, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, 31 March 2010, para. 79; Situation in the Republic of Côte d'Ivoire, ICC PT. Ch. III, ICC-02/11-14, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Republic of Côte d'Ivoire, 3 October 2011, para. 29).

⁵³ Herman von Hebel and Darryl Robinson, "Crimes Within the Jurisdiction of the Court", in Roy S. Lee (ed.), The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute. Issues, Timothy L.H. 'Negotiations, Results, Kluwer Law International, The Hague, 1999, pp. 92-94 McCormack, "Crimes Against Humanity", in Dominic McGoldrick, Peter Rowe and Eric Donnelly (eds.), The Permanent International Criminal Court: Legal and Policy Issues, Hart Darryl Robinson, "Defining 'Crimes Against Humanity' Publishing, Oxford, 2004, pp. 184-186 at the Rome Conference", in American Journal of International Law, 1999, vol. 93, no. 1, pp. 45- William A. Schabas, The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute, ' 47 2017 '157. See also: Mark Klamburg 'Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 144-147 Academic 'Torkel Opsahl'Commentary on the Law of the International Criminal Court ' P31. EPublisher Brussels

مسار السلوك"، فإن الدائرة التمهيدية في قضية المدعي العام للمحكمة ضد بيمبا، اعتبرت أن المصطلح يشير إلى "حملة أو عملية"، و يضيف أن المصطلح المناسب هو الذي استخدم في النظام الأساسي للمحكمة كونه " مسار سلوك".⁵⁴ وذكرت نفس الدائرة التمهيدية أن شرط " الموجه ضد" يعني أن " السكان المدنيون يجب أن يكونوا الهدف الرئيسي للهجوم وليسوا مجرد ضحية عرضية للهجوم".⁵⁵

اما فيما يتعلق بعنصر " السكان"، فيجب أن تكون موجهة ضد مجموعة من السكان المدنيين ولا يمكن على هذا النحو للمحكمة أن تنتظر الأفعال الفردية أو المنعزلة أو المتفرقة أو العشوائية التي لا ترقى إلى حد الجرائم ضد الإنسانية ولا يكفي وجود عدد قليل من الجنود بين السكان المدنيين لتجريد هؤلاء السكان من طبيعتهم المدنية. كما لا حظت الدائرة التمهيدية أن مصطلح " مدني" غير معرف في النظام الأساسي، لكن وفقاً للمبدأ الراسخ في القانون الدولي الانساني فهو "يشمل جميع الأشخاص المدنيين على عكس ذلك أفراد القوات المسلحة والمقاتلين الشرعيين الآخرين".⁵⁶

⁵⁴ (Prosecutor v. Bemba, ICC PT. Ch. II, ICC-01/05-01/08- 424, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Commentary on the Law of the ' 2017' See also: Mark Klamburg :Gombo, 15 June 2009, para. 75 Academic EPublisher Brussels. P31. 'Torkel Opsahl'International Criminal Court

⁵⁵ (Prosecutor v. Bemba, ICC PT. Ch. II, ICC-01/05-01/08-424, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, 15 June 2009, para. 76

⁵⁶ (Prosecutor v. Bemba, ICC PT. Ch. II, ICC-01/05-01/08- 424, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, 15 June 2009, para. 78; also cited by Prosecutor v. Katanga, ICC T. Ch. II, ICC-01/04-01/07-3436, Jugement rendu en application de l'Article 74 du Statut, 7 March 2014, para. 1102). In this respect, the Pre-Trial Chamber cited the Trial Judgment in the Kunarac case (Prosecutor v. Kunarac et al., IT-96-23 and 23/2, ICTY Trial Ch., 22 February 2001, para. 425

2- "واسع النطاق أو منهجي". فيما يتعلق بـ على "نطاق واسع"، اوضحت الدائرة التمهيدية في قضيتي المدعي العام ضد كاتانغا و نغودجولو، والمدعي العام ضد غباغبو إنها "تدل على الطبيعة الواسعة النطاق للهجوم وعدد الأشخاص المستهدفين".⁵⁷ وأوضحت الدائرة التمهيدية في قضية المدعي العام ضد بيمبا، أن الهجوم واسع النطاق "ينبغي أن يكون هائلاً ومتكرراً، ويتم تنفيذه بشكل جماعي مع الجدية، وموجه ضد عدد من الضحايا"⁵⁸ ومع ذلك ، خلصت دوائر ما قبل المحاكمة في بيمبا وكاتانغا ونغودجولو أيضاً إلى أن الهجوم الواسع النطاق يستلزم "هجومًا ينفذ على منطقة جغرافية كبيرة أو هجومًا في منطقة جغرافية صغيرة، ضد عدد كبير من المدنيين". لذلك يبدو أن الاعتبارات الرئيسية هي النطاق الجغرافي للهجوم وعدد الضحايا. ووفقاً لدائرة كاتانغا التمهيدية، حتى في سياق الهجوم المنهجي، فإن شرط "الأفعال المتعددة" من شأنه أن يضمن أن الهجوم ينطوي على عدد كبير من الضحايا.⁵⁹ وبالنسبة لـ "المنهجي"، ذكرت دائرة كاتانغا ونغودجولو ودائرة غباغبو التمهيدية أن هذا العنصر يشير إلى "الطبيعة المنظمة لأعمال العنف وعدم حدوثها بشكل عشوائي"⁶⁰.

⁵⁷ Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo, ICC PT. Ch. I, ICC-01/04-01/07-717, Decision on the Prosecutor v. Gbagbo, ICC PT. Ch. I, Confirmation of Charges, 30 September 2008, para. 394; Decision on the Confirmation of Charges against Laurent Gbagbo, ICC-02/11-01/11-656-Red, 12 June 2014, para. 222

⁵⁸ (Prosecutor v. Bemba, ICC PT. Ch. II, ICC-01/05-01/08-424, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, 15 June 2009, para. 83

Torkel, 'Commentary on the Law of the International Criminal Court', 2017,⁵⁹ Mark Klamberg Academic EPublisher Brussels. P3 ,Opsahl

⁶⁰ (Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo, ICC PT. Ch. I, ICC-01/04- 01/07-717, Decision on the Prosecutor v. Gbagbo, ICC PT. Ch. I, .Confirmation of Charges , 30 September 2008, para. 394

(3) سياسة الدولة أو المنظمة

فيما يتعلق بعنصر "سياسة ارتكاب مثل هذا الهجوم" ، تضمنت أركان الجرائم ضد الإنسانية على "أن الدولة أو المنظمة تعمل بنشاط على تشجيع أو تأييد مثل هذا الهجوم ضد السكان المدنيين". وقد أضاف القائمون على الصياغة أن "السياسة ، في ظروف استثنائية، يمكن تنفيذها بفشل متعمد في اتخاذ إجراء، والذي يهدف عن وعي إلى تشجيع مثل هذا الهجوم "ولكن" لا يمكن أن نستنتج وجود مثل هذه السياسة فقط من غياب الإجراءات الحكومية أو التنظيمية"⁶¹. وقد ربطت الدائرة التمهيدية في قضية المدعي العام ضد كاتانغا ونجولوكوريت، هذا العنصر بشكل صحيح بعنصر واسع النطاق أو منهجي: حيث اشترطت أن يقع الفعل "في سياق هجوم واسع النطاق، بحيث يضمن توافر شرط سياسة تنظيمية، وأن هذا الهجوم يجب أن يظل منظم تمامًا و يتبع نمطًا عاديًا"⁶². وأضافت الدائرة التمهيدية في المدعي العام ضد غباغبو: بأن "مفهوم" السياسة والطبيعة "المنهجية" للهجوم كلاهما يشير إلى مستوى معين من التخطيط للهجوم. وبهذا المعنى، قد يكون التخطيط أو التنظيم أو التوجيه من قبل دولة أو منظمة، دليلاً لإثبات كل من السياسة والطبيعة المنهجية للهجوم ، بالرغم من أنه لا ينبغي خلط المفهومين حيث أنهما يخدمان أغراضًا مختلفة ومقاصد مختلفة ضمن المادة 7 (1) و (2) (أ) من النظام الأساسي"⁶³. وبصرف النظر عن هذا التصريح

Decision on the Confirmation of Charges against Laurent Gbagbo, ICC-02/11- 01/11-656-Red, 12 June 2014, para. 223).

Ibid. P31, 2017,⁶¹ Mark Klamberg

⁶² Katanga and Ngudjolo, ICC PT. Ch. I, ICC-01/04- 01/07-717, Decision on the Confirmation of Charges, 30 September 2008, para. 396.

⁶³ (Gbagbo, ICC PT. Ch. I, Decision on the Confirmation of Charges against Laurent Gbagbo, ICC-02/11-01/11-656-Red, 12 June 2014, para. 216

الصادر عن الدائرة التمهيدية في غباغبو ، فإن تعريف "الهجوم الموجه ضد أي سكان مدنيين" في المادة 7 (2) يقلل من أهمية الارتباط ، لوصف الهجوم (" على نطاق واسع أو منهجي ").⁶⁴

وكما ناقشت الدائرة التمهيدية أيضاً، في قضية المدعي العام ضد بيمبا عنصر "السياسة" ، قائلة إنها تشير ضمناً إلى أن "الهجوم يتبع نمطاً معتاداً"، وأنه لا يشترط إضفاء الطابع الرسمي على هذه السياسة.⁶⁵ ووفقاً لنص المادة 7 (2) (أ) فإنه يتطلب أن تكون هذه السياسة مصدرها، سياسة دولة أو سياسة تنظيمية، وفي هذا السياق قررت إحدى الدوائر التمهيدية أن مصطلح "الدولة" واضح بذاته، لكنها أضافت أنه لا يتعين وضع السياسة "في أعلى مستوى من أجهزة الدولة"، وبالتالي ، فإن السياسة التي تتبناها الأجهزة الإقليمية أو المحلية للدولة يمكن أن تفي بهذا الغرض.⁶⁶

أما بشأن اشتراط السياسة "التنظيمية"، فقد ذكرت الدوائر التمهيدية في المدعي العام ضد بيمبا والمدعي العام ضد كاتانغا ونغودجولو، أن المنظمة قد تكون "مجموعات من الأشخاص الذين يحكمون إقليمًا محددًا، أو لديها القدرة على

⁶⁴ William A. Schabas, The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute, Commentary on ' 2017'. See also: Mark Klamburg 143Oxford University Press, Oxford, 2010, p. Academic EPublisher Brussels. P33. 'Torkel Opsahl' the Law of the International Criminal Court

⁶⁵ Prosecutor v. Bemba, ICC PT. Ch. II, ICC-01/05-01/08-424, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against JeanPierre Bemba Gombo, 15 June 2009, para. 81; see also Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo, ICC PT. Ch. I, ICC-01/04-01/07-717, Decision on the Confirmation of Charges , 30 September 2008, para. 396)

⁶⁶ Situation in the Republic of Kenya, ICC PT. Ch. II, ICC PT. Ch. II, ICC-01/09-19, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, 31 March 2010, para. 89, citing Prosecutor v. Blaškić, ICTY T. Ch., Judgment, 3 March 2000, para. 205

ارتكاب هجوم واسع النطاق أو منهجي ضد سكان مدنيين⁶⁷ لذلك لا يقتصر هذا المفهوم على المنظمات الشبيهة بالدولة. وذكرت دائرة بمبا التمهيدية أيضاً، أنه عند تحديد ما إذا كان قد تم استيفاء شرط "جزء من" فإنها ستنظر في "خصائص الفعل أو أهدافه أو طبيعته أو عواقبه"⁶⁸. وبالتالي يجب أن يكون هذا الفعل جزءاً من هجوم واسع النطاق أو منهجي ضد السكان المدنيين.

الفرع الثاني: الركن المعنوي

تنص المادة 7 (1) على العنصر المعنوي باعتباره "العلم بالهجوم". حيث توضح أركان الجرائم ضد الإنسانية أن هذا الشرط، "لا ينبغي تفسيره على أنه يتطلب إثبات أن مرتكب الجريمة على علم بجميع خصائص الهجوم أو التفاصيل الدقيقة للخطة أو السياسة التي تتبعها الدولة أو المنظمة". كما ذكر أعلاه، بل على مرتكب الجريمة يجب أن يكون على علم "أن السلوك كان جزءاً من أو يهدف إلى أن يكون السلوك جزءاً من هجوم واسع النطاق أو منهجي ضد السكان المدنيين".⁶⁹ وأن يكون مرتكب الجريمة ضد الإنسانية على علم بالهجوم الذي يشكل الفعل ألا إنساني الذي ارتكبه أو جزءاً منه حتى يمكن القول بتوافر نية

⁶⁷ Prosecutor v. Bemba, ICC PT. Ch. II, ICC01/05-01/08-424, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, 15 June 2009, para. 81; Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo, ICC PT. Ch. I, ICC-01/04-01/07-717, Decision on the Confirmation of Charges, 30 September 2008, para. 396.

⁶⁸ Prosecutor v. Bemba, ICC PT. Ch. II, ICC-01/05-01/08-424, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, 15 June 2009, para. 84). It also stated "the underlying offences must [...] not be isolated" (Prosecutor v. Bemba, ICC PT. Ch. II, ICC-01/05-01/08-424, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, 15 June 2009, para. 83

⁶⁹ Darryl Robinson, "The Context of Crimes Against Humanity", in Roy S. Lee (ed.), The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence, 73Transnational Publishers, Ardsley, NY, 2001, p

ارتكاب الجريمة لديه⁷⁰، بمعنى أنه يجب إثبات علم أو وعي المتهم بالإطار السياسي العام للجريمة دون اشتراط العلم بالتفاصيل أو كونه مشتركاً في إعداد هذه السياسة ودون هذا العلم لا تتوافر أركان الجريمة ضد الإنسانية. مع أننا نرى أنه من الصعب على الذي يرتكب أفعالاً لا إنسانية ألا يتوافر لديه علم بأن تصرفاته إنما تندرج ضمن إطار هجوم منظم أو واسع النطاق نظراً لما تكون عليه هذه العناصر من الوضوح والبيان سواء وقت السلم أو الحرب، ولذلك نعتقد أن المادة السابعة كأن يمكن أن تستقيم بمجرد افتراض العلم لدى من توافر في فعله الشرطين السابقين ودون حاجة لاشتراط إثبات لما في ذلك من صعوبة ينتج عنها تقييد اختصاص المحكمة وإفلات الجناة من العقاب⁷¹.

المطلب الثاني

أركان جريمة الإخفاء القسري

جريمة الإخفاء القسري بموجب نص المادة 7 من نظام روما الأساسي هي جريمة معقدة، وقد أطلق عليها "جريمة الأخطبوط" وكذلك "الجريمة المستمرة". بحيث يمكن مقاضاة العديد من الأشخاص في مراحل مختلفة من الإخفاء، على الرغم من أن بعضهم قد يكون أو لا يكون على علم بالأفعال التي يرتكبها آخرون في سلسلة الأحداث⁷². وبناء عليه تتألف الجريمة من نوعين رئيسيين من السلوك،

⁷⁰ - ليندة معمر يشوي، مرجع سابق، ص 181.

⁷¹ - ليندة معمر يشوي، مرجع سابق، ص 182.

⁷² Kittichaisaree, K. International Criminal Law. OUP, 2001, p. 123. See also: Dalia Vitkauskaitė-Meurice, Justinas Žilinskas Mykolas, 2010, THE CONCEPT OF ENFORCED DISAPPEARANCES IN INTERNATIONAL LAW, Romeris University, Faculty of Law, Department of Comparative Law, Lithuania, pp 197.214. p205

الحرمان من الحرية و حجب المعلومات. حيث لا ينبغي أن يكون مرتكب الحرمان من الحرية هو الذي يحجب المعلومات⁷³ والعكس صحيح. ولكن يجب عليهم جميعاً معرفة سياق الفعل.

ونظراً للطبيعة المستمرة لجريمة الاختفاء القسري فقد نصت المادة 1/17 من إعلان حماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري 1992م، على أنه " يعتبر كل عمل من أعمال الاختفاء القسري جريمة مستمرة باستمرار ارتكبيها في التكتم على مصير ضحية الاختفاء القسري، ومكان إخفائه، ومادامت هذه الوقائع قد ظلت من غير توضيح"⁷⁴ وأن حالات الاختفاء القسري نموذج للأفعال المستمرة. ويبدأ الفعل عند الخطف ويستمر طوال الفترة التي لم تنته فيها الجريمة، وبعبارة أخرى، إلى أن تعترف الدولة بالاحتجاز أو تنشر المعلومات المتعلقة بمصير الفرد أو مكان وجوده.⁷⁵

والتعريف الوارد في نظام روما الأساسي، بالرغم من أوجه التشابه بينه وبين التعريفات السابقة واللاحقة للإخفاء القسري، إلا أنه ساهم في إبراز بعض الجوانب المثيرة للاهتمام لمفهوم الجريمة. وذلك بنصه، على أن الشخص الذي يرتكب فعل الإخفاء القسري يجب أن يفعل ذلك "بإذن أو دعم أو قبول، دولة أو منظمة سياسية." وهذا يعني أن سياسة الإخفاء القسري يجب أن تنشأ ليس عن

⁷³ Werle, G. Principles of International Criminal Law. The Hague: TMC Asser Press, 2005, p. 260–261. See also: Dalia Vitkauskaitė-Meurice, Justinas Žilinskas Mykolas, 2010, THE CONCEPT OF ENFORCED DISAPPEARANCES IN INTERNATIONAL LAW, Romeris University, Faculty of Law, Department of Comparative Law, Lithuania, p205.

⁷⁴ المادة 1/17 من إعلان حماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري 1992م.

⁷⁵ تقرير الفريق العامل بحالات الاختفاء القسري المقدم إلى مجلس حقوق الإنسان في دورته السادسة عشر/

2010. ص 12.

نوايا شخصية، بل عن سياسة دولة أو عن نشاط منظمة سياسية. ومن الغريب أن لا الإعلان 1992م، ولا اتفاقية البلدان الأمريكية ولا اتفاقية الامم المتحدة 2006م، قد ذكرت المنظمات السياسية ككيانات تسمح أو تؤيد مثل هذا العمل. ووفقاً للمادة 7 (2) (ط) من نظام روما الأساسي، يعني الإخفاء القسري للأشخاص "توقيف الأشخاص أو احتجازهم أو اختطافهم من قبل دولة أو منظمة سياسية أو بترخيص منها أو دعمها أو موافقتها عليها، ويعقب ذلك رفض الإقرار بأن الحرمان من الحرية أو تقديم معلومات عن مصير هؤلاء الأشخاص أو أماكن وجودهم، بقصد إبعادهم عن حماية القانون لفترة طويلة من الزمن". وبالتالي فأركان هذه الجريمة تتمثل في، الحرمان من الحرية ورفض الاعتراف بهذا الحرمان أو تقديم معلومات عن مصير أو مكان وجود هذا الشخص أو هؤلاء الأشخاص، وأن يكون قد تم تنفيذه من قبل، أو بترخيص، أو دعم، أو قبول، الدولة أو المنظمة السياسية.

الفرع الاول: الركن المادي لجريمة الإخفاء القسري:

تصنف جريمة الإخفاء القسري باعتبارها جريمة مستمرة رغم أن نظام روما الأساسي لم ينص صراحة على ذلك⁷⁶. فالجريمة المستمرة "فعل أو امتناع يجرمه القانون قابل للاستمرار فترة من الزمن، ويتطلب تدخلاً من إرادة الجاني أو الجناة، يمتد فيها تحقيق عناصرها فترة زمنية"⁷⁷. إن تطبيق هذا المفهوم على جريمة

2009. Enforced disappearances. In: CASSESE, ⁷⁶ WIERDA, Marieke and UNGER, Thomas Antonio (Ed). The Oxford Companion to International Criminal Justice. Oxford: Oxford University Press, p3
Continuing crimes in the Rome Statute. Michigan Journal of International Law, ⁷⁷ NISSEL, Alan. 2004 Law. Michigan v.25, pp. 661-662.

الإخفاء القسري يعني أن تنفيذها يبدأ بحرمان الضحية من حريته ويتبعه رفض إعطاء معلومات عنه وينتهي عند معرفة مكان أو مصير الضحية⁷⁸. وتأخذ هذه الجريمة صوراً مختلفة، حيث يستدعي ارتكابها مساهمة أكثر من شخص واحد في تنفيذ هدف جنائي مشترك، وتتجلى الطبيعة المعقدة لجريمة الإخفاء القسري في طبيعة ركنها المادي، الذي يتطلب استيفاءه وجود فعل أو امتناع عن فعل، أي القيام بالقبض أو الاحتجاز أو الاختطاف، لشخص أو أكثر، أو رفض الاقرار بحرمانهم من حريتهم أو إعطاء معلومات عن مصيرهم " الامتناع". وبالتالي للركن ثلاث حالات:

أولاً: ارتكاب الجريمة عن طريق القيام بالفعل.

حيث يقوم الجاني بالقبض أو الاحتجاز أو الاختطاف، فالحرمان من الحرية الذي يؤدي إلى الإخفاء القسري يمكن أن يحدث بأي شكل من الأشكال⁷⁹، شريطة أن يعقبه أو يتزامن معه رفض الاقرار بحرمان الشخص من حريته، وقد تمتد هذه المرحلة لتشمل إلى جانب القبض الأولي على الشخص، نقله إلى مكان الاحتجاز، أو نقله من مكان لآخر أو استجوابه أثناء الاحتجاز، أو التخلص النهائي من الجثة، ويسأل في هذه الحالة عن جريمة الإخفاء القسري كل من ساهم في هذه المراحل المختلفة.

⁷⁸ AMBOS, Kai. Treatise on International Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 2014. 211Vol. II: The crime and the sentencing.p

.178Enforced disappearance in International Law. Cambridge: Intersentia,p,⁷⁹ OTT, Lisa. 2011

علاوة على ذلك، من المهم التأكيد، أنه بالنسبة لعناصر هذه الجريمة، لا يهم ما إذا كان الفعل الذي حرم بسببه شخصاً ما من حريته قانونياً أم لا⁸⁰؛ لكنه "يتطلب رابطاً موضوعياً بين الحرمان من الحرية ورفض تقديم معلومات حول الضحية".⁸¹ ثانياً: ارتكاب الفعل عن طريق الامتناع.

حيث يقوم الجاني برفض الاقرار بحرمان الضحية أو الضحايا، من حريتهم، أو اعطاء معلومات عن مصيرهم، أو عن أماكن تواجدهم. شريطة أن يسبق هذا الرفض أو يتزامن معه حرمان الضحية من حريتها بعلم الجاني.

ثالثاً: ارتكاب الجريمة عن طريق القيام بالفعل والامتناع:

إن رفض الاعتراف أو إعطاء معلومات حول مكان أو مصير الضحية هو ركن في هذه الجريمة ، والذي يجب أن يرتبط بنية الفاعل في حرمان الضحية من حماية القانون لفترة طويلة من الزمن⁸². رغم أن هذا الشرط الزمني غير موجود في الصكوك الدولية الأخرى المتعلقة بالإخفاء القسري⁸³ ومن أجل تحقيق اليقين في هذه الفكرة غير الدقيقة المتمثلة في الفترة الزمنية الطويلة ، يشير بعض الفقهاء إلى أن المحكمة الجنائية الدولية يجب أن تأخذ في الاعتبار المعايير الموجودة بالفعل في القانون الدولي فيما يتعلق بحقوق الأشخاص المحتجزين⁸⁴.

⁸⁰ AMBOS, Kai. Treatise on International Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 2014. 111Vol. II: The crime and the sentencing.p

2009. Enforced disappearances. In: CASSESE, ⁸¹ WIERDA, Marieke and UNGER, Thomas Antonio (Ed). The Oxford Companion to International Criminal Justice. Oxford: Oxford University Press, p309

2009. Enforced disappearances. In: CASSESE, ⁸² WIERDA, Marieke and UNGER, Thomas Antonio (Ed). The Oxford Companion to International Criminal Justice. Oxford: Oxford University Press, p309,310.

.186Enforced disappearance in International Law. Cambridge: Intersentia,p⁸³ OTT, Lisa. 2011 .271Ibid .p⁸⁴ HALL, Christopher. K, 2000,

عصر آخر مهم لتكوين جريمة الإخفاء القسري هو مشاركة دولة أو منظمة سياسية في ارتكابها، بأن يكون الحرمان من الحرية قد تم تنفيذه من قبل دولة أو منظمة سياسية أو بترخيص منها أو دعمها أو قبولها. وفي هذا الصدد، هناك تداخل مع أحد العناصر العامة للجرائم ضد الإنسانية: "جزء من هجوم واسع النطاق أو منهجي موجه ضد أي سكان مدنيين"، مع تعريف "الهجوم" على أنه "مسار سلوك، وفقاً إلى أو تعزيزاً لسياسة دولة أو منظمة لارتكاب مثل هذا الهجوم" (المادة 7(1) و(2) (أ)).⁸⁵

لذلك، ينبغي فهم مصطلح "التنظيم السياسي" الذي ورد في الفقرة الأولى من المادة السابعة من نظام روما الأساسي حيث أشار إلى التنظيم السياسي، واستخدم صياغة مختلفة قليلاً في التعريف العام "للحجومات الموجهة ضد أي سكان مدنيين" (المادة 7، 2 (أ)). ينص النظام الأساسي على أن مثل هذا الهجوم يمكن أن يكون نتيجة لسياسة الدولة أو نتيجة للسياسة التنظيمية. لذلك، فهي ظاهرة أوسع من حالة الإخفاء القسري بمفردها.

وبالتالي يمكن تصنيف أي مجموعة من الناس كمنظمة إذا كانت تحت تصرفها، في المواد والأفراد، إمكانية ارتكاب هجوم واسع النطاق أو منهجي على السكان المدنيين. بالإضافة إلى الوحدات شبه العسكرية، يشمل ذلك بشكل خاص المنظمات الإرهابية. إن مشاركة الدول أو الكيانات الشبيهة بالدولة هي القاعدة في الممارسة، ولكنها ليست شرطاً قانونياً.⁸⁶

Torkel, Commentary on the Law of the International Criminal Court, 2017,⁸⁵ Mark Klamburg Academic EPublisher Brussels. P, Opsahl

⁸⁶ Werle, G. Principles of International Criminal Law. TMC Asser Press, The Hague, 2005. pp228-229.

مع هذا لا توجد مصادر يمكنها أن تؤكد بشكل مباشر أن محتوى مصطلح "منظمة سياسية" ، المستخدم في تعريف الإخفاء القسري ، له نفس محتوى مصطلح "السياسة التنظيمية" تماماً ، المستخدم كعنصر عام في جرائم ضد الإنسانية. ومع ذلك ، فإننا نعتبر أن محتوى مصطلح "سياسة تنظيمية" ينبغي اعتباره بمثابة مبدأ توجيهي للتعامل مع قضية الإخفاء القسري. وسيكون من غير المنطقي أن نفترض خلاف ذلك. وبالتالي يمكن القول أن نظام روما الأساسي، على الأقل من الناحية النظرية، اعتمد تفسيراً أوسع للإخفاء القسري مقارنةً بالصكوك الدولية الأخرى.⁸⁷ حيث يرتبط مصطلح السياسة في هذا السياق بالقدرة التنظيمية التي يجب على المنظمات أن ترتكبها أو تروج لها أو تشجع على شن هجوم ضد السكان المدنيين بنية ارتكاب جرائم ضد الإنسانية. علاوة على ذلك، من المهم التأكيد، على أن يكون الجناة على علم بأن أفعالهم تشكل جزءاً من هذا الهجوم ضد السكان المدنيين.

علاوة على ذلك، يجب تقييم الفقرتين 1و2 من المادة 7 معاً على النحو المنصوص عليه في الأركان المادية والمعنوية للجرائم ضد الإنسانية في كليهما⁸⁸. هذا يعني أن هناك انسجاماً بين تعريف الجريمة وعناصرها في سياق الإخفاء القسري، على سبيل المثال، يعتبر وجود سياسة دولة أو سياسة تنظيمية سمة مشتركة للجوانب الثلاثة المذكورة. وبالتالي فإن نظام روما الأساسي، يُعرّف الهجوم

⁸⁷ Dalia Vitkauskaitė-Meurice, Justinas Žilinskas Mykolas, 2010, THE CONCEPT OF ENFORCED DISAPPEARANCES IN INTERNATIONAL LAW, Romeris University, Faculty 7of Law, Department of Comparative Law, Lithuania, p20

⁸⁸ BASSIOUNI, Mahmoud Cherif. 2011, Crimes against humanity: historical evolution and contemporary application. Cambridge: Cambridge Univeristy Press,p203.

بأنه " مسار سلوك ينطوي على ارتكاب أعمال متعددة ضد السكان المدنيين"، وهو ما لا يتطلب وجود صلة بينه وبين نزاع مسلح. وهذا يعني أيضاً أنه يمكن تصنيف الهجوم كسلوك شامل⁸⁹، والذي يتضمن جميع الإجراءات المحظورة التي وقعت من أجل ارتكاب جريمة محددة. إضافة إلى ذلك، ووفقاً لنظام المحكمة الجنائية الدولية يشكل ارتكاب الأفعال المشار إليها في المادة (1)7 من النظام الأساسي "الهجوم" الذي يقصده نظام روما، وإلى جانب ارتكاب هذه الأفعال، يجب ألا يكون هناك شرط إضافي لوجود هجوم⁹⁰. وهذه الأفعال ترتكب في إطار هجوم واسع النطاق أو منهجي، وفقاً لنظام المحكمة الجنائية الدولية. بالرغم من أن هذه المفاهيم يمكن أن تتداخل في بعض الأحيان⁹¹، فإن السوابق القضائية للمحكمة الجنائية الدولية قد وضعت بالفعل بعض الفروق بين المفاهيم. وذكر أن هذه المتطلبات لها طبيعة بديلة، أي بمجرد أن يثبت أن الهجوم كان واسع النطاق، ليست هناك حاجة للمحكمة لتقييم ما إذا كان منهجياً أيضاً، حيث يرتبط الطابع الواسع للهجوم بحجمه من الناحية الجغرافية، أو في عدد الضحايا. من ناحية أخرى، يتم إعطاء الطبيعة المنهجية للهجوم عندما تتبع خطة منظمة تستند إلى توجيهات مشتركة

⁸⁹ KOLB, Robert. 2008, Droit international penal. Bruxelles: Helbing Lichtenhahn & Bruylant, p98.

⁹⁰ Gabriel Webber Ziero, 2015, The crime of enforced disappearance under the Rome Statute The possibility for prosecution of the crimes committed during the Brazilian dictatorship, Porto Alegre, Volume 7 – Número 1, pp. 162-177 – p166

⁹¹ SCHABAS, William, 2010, The international criminal court: a commentary on the Rome Statute, Oxford: Oxford University Press, p 149

(سياسة) لاستمرار ارتكابها. وهذا يعني أن الجريمة تحدث في "تكرار غير مقصود"، أي أنها تحدث بانتظام.⁹²

وبالتالي ووفقاً لنص المادة السابعة الفقرة الأولى، أنه إذا ارتكبت قضية "خارج إطار هجوم واسع النطاق أو منهجي ، فإنها ليست جريمة ضد الإنسانية كما هو مفهوم في القانون الجنائي الدولي ولا يمكن مقاضاتها بموجب قانون روما الأساسي"⁹³. ومن ناحية أخرى ، إذا حدثت حالة اختفاء قسري واحدة "كجزء من هجوم واسع النطاق أو منهجي على السكان المدنيين"، يمكن مساءلة مرتكبها أمام المحكمة الجنائية الدولية محكمة⁹⁴.

الفرع الثاني: الركن المعنوي لجريمة الإخفاء القسري

وفقاً لأحكام المادة السابعة الفقرة 2/ط ، يجب أن يكون مرتكب الجريمة على علم بأن الحرمان من الحرية "سيتم في سياق الأحداث العادية برفض الاعتراف بالحرمان من الحرية أو إعطاء معلومات عن مصير أو مكان وجود هذا الشخص أو هؤلاء الأشخاص" أو أن "هذا الرفض سبقه أو صاحب ذلك الحرمان من الحرية". بالإضافة إلى ذلك ، يضيف التعريف نية محددة لهذه الجريمة: "نية إزالة الشخص أو الأشخاص المحرومين من حريتهم" من حماية القانون لفترة طويلة من الزمن".⁹⁵

⁹² Gabriel Webber Ziero, 2015, The crime of enforced disappearance under the Rome Statute The possibility for prosecution of the crimes committed during the Brazilian dictatorship, Porto Alegre 7, Volume 7 – Número 1, pp. 162-177 – p16

.162Enforced disappearance in International Law. Cambridge: Intersentia,p.⁹³ OTT, Lisa. 2011 .255Ibid ,p .⁹⁴ HALL, Christopher. K, 2000,

Torkel ,Commentary on the Law of the International Criminal Court ، 2017.⁹⁵ Mark Klamberg 58Academic EPublisher Brussels. P ،Opsahl

عليه قد يكون هناك عدد من الأشخاص مسؤولين عن هذه الجريمة. وفقاً لما هو منصوص عليه في أركان الجرائم، فقد يكون الشخص مسؤولاً إذا قام بالقبض على شخص ما أو احتجازه أو اختطافه ورفض الاعتراف بذلك، أو إذا رفض تقديم معلومات عن مصير أو مكان وجود هذا الشخص أو هؤلاء الأشخاص. ويجب أن يكون مرتكب الجريمة على علم بأنه يتصرف في سياق هجوم موجه واسع النطاق أو منهجي ضد السكان المدنيين. بالإضافة إلى ذلك، إذا كان الجاني ينوي إبعاد شخص أو أشخاص عن حماية القانون لفترة طويلة من الزمن، فإنهم يقومون بعمليات خطف.⁹⁶

إلا أنه ليس من السهل على المحكمة إثبات القصد العام، وإثبات اتجاه نية الجاني لحرمان الضحية من حماية القانون لفترة طويلة، خاصة لما يقوم بجزء من الأفعال المكونة لجريمة الإخفاء القسري. وبالتالي يجب أن يعلم مرتكب فعل "الحرمان من الحرية"، أن فعله هذا يريدته وتتجه إرادته إليه، وأنه سيليه في سير الأحداث العادية رفض الاقرار بمصير الشخص الضحية.

أما إذا قام مرتكب الجريمة بالامتناع عن الفعل "رفض الاقرار"، فيجب أن يتوفر لديه "العلم والارادة" لأن يقوم بهذا الرفض، إضافة لعلمه بأنه قد سبق هذا الرفض حرمان الضحية من الحرية. وفي حالة ارتكاب الجريمة عن طريق الفعل والامتناع عن الفعل، فيجب أن تتجه إرادة الجاني ويعلم بجميع اركان الجريمة، وأن تتجه إرادته الأثمة إلى حرمان الضحية من حريتها وانكار هذا الحرمان. هذه

⁹⁶ Dalia Vitkauskaitė-Meurice, Justinas Žilinskas Mykolas, 2010, THE CONCEPT OF ENFORCED DISAPPEARANCES IN INTERNATIONAL LAW, Romeris University, Faculty of Law, Department of Comparative Law, Lithuania, p205.

الجريمة كبقية الجرائم ضد الإنسانية، لا بد وأن يقترفها الجاني كجزء من هجوم واسع أو منهجي موجه ضد مجموعة من السكان المدنيين ، وأن يعلم المتهم كذلك بأن هذه الجريمة جزء من هجوم واسع النطاق أو منهجي موجه ضد مجموعة من السكان المدنيين أو ينوي أن يكون هذا التصرف جزءا من ذلك الهجوم ، فتقوم هذه الجريمة على القصد الجنائي الخاص في الجرائم ضد الإنسانية.

وتتطوي النتيجة في جريمة الإخفاء القسري بموجب المادة 7 من نظام روما، على إخفاء لمصير الضحية وحرمانها من حماية القانون فترة زمنية، ينوي مرتكب الجريمة أن تكون فترة طويلة من الزمن، مع حرمانه من حريته البدنية، أو الاعتداء على حق الحياة عن طريق الإعدام السري، أو التعذيب والمعاملة اللاإنسانية.

المطلب الثالث

آثار جريمة الإخفاء القسري

للإخفاء القسري أثر محبط في اتجاهين بالنسبة للضحايا الذين كثيراً ما يتعرضون للتعذيب والخوف المستمر على حياتهم، وبالنسبة لأفراد أسرهم الذين يجهلون مصير أحبائهم. ويدرك الضحايا أن أسرهم لا تعرف عنهم شيئاً، وأن فرص حضور من يمد لهم يد المساعدة ضئيلة، وقد أصبحوا في الحقيقة- بعد اقصائهم من دائرة حماية القانون وإخفائهم من المجتمع- محرومين من جميع حقوقهم.⁹⁷ وفي هذا الشأن تذهب اتفاقية الأمم المتحدة لحماية جميع الأشخاص

High Commissioner for Human Rights Enforced or Involuntary, ⁹⁷ Office of the United Nations p1. Fact Sheet No. 6/Rev.3 Geneva, Switzerland•Disappearances

من الاخفاء القسري لعام 2006م، إلى التوسع في تعريف مصطلح "الضحية". حيث تشمل "الضحية" بموجب هذه الاتفاقية، الشخص المختطف وكذلك أي شخص تعرض للضرر كنتيجة مباشرة للإخفاء القسري. هذا التعريف يشمل كل من الضحايا المباشرين وغير المباشرين، ومن ثم فإنه يشمل أفراد الأسرة الذين يجهلون مكان قريبهم (18). و تعتبر هذه الاتفاقية أول معاهدة في حقوق الإنسان، تنص على حق صريح لكل ضحية لمعرفة الحقيقة فيما يتعلق بظروف الاخفاء القسري، والاجراءات المتخذة ونتائج التحقيق، ومصير الشخص الذي اختفى.

ونظراً للطابع المستمر لجريمة الاخفاء القسري، فهي تشكل انتهاكاً تراكمياً لحقوق الانسان مثل الحق في الحياة والأمن الشخصي والكرامة، والحق في عدم حرمانه من حريته، وعدم التعرض للتعذيب أو أي معاملة قاسية أو لا انسانية، الاحتجاز في ظروف انسانية، والحق في الحماية بموجب القانون، الحق في محاكمة عادلة، وحرية التنقل، والحياة الاسرية.⁹⁸ حيث ينص إعلان الأمم المتحدة بشأن الإخفاء القسري في مادته الأولى على أن الإخفاء القسري يشكل انتهاكاً للحق في الاعتراف بالشخص أمام القانون، والحق في الحرية والأمن الشخصي، والحق في عدم التعرض للتعذيب وغيره من ضروب المعاملة القاسية، أو المعاملة أو العقوبة اللاإنسانية أو المهينة، كما أنه يشكل تهديداً خطيراً للحق في الحياة.⁹⁹

Defining the Crime of Enforced Disappearance in ,⁹⁸ MD. RAISUL ISLAM SOURAV Bergen Journal of 'Conformity with International Criminal Law: a New Frontier for Bangladesh 5Volume 3, Issue 2, 2015, p. 22 ,Criminal Law and Criminal Justice Defining the Crime of Enforced Disappearance in ,⁹⁹ MD. RAISUL ISLAM SOURAV Bergen Journal of 'Conformity with International Criminal Law a New Frontier for Bangladesh Criminal Law and Criminal Justice • Volume 3, Issue 2, 2015, p. 221

وتنتهك ممارسة الإخفاء القسري للأشخاص طائفة من حقوق الانسان المكرسة في الإعلان العالمي لحقوق الانسان، والمنصوص عليها كذلك في العهدين الدوليين الخاصين بحقوق الانسان، وغيرها من الصكوك الدولية الرئيسية المتعلقة بحقوق الانسان. ففي أثناء الإخفاء القسري يمكن ان تنتهك الحقوق المدنية والسياسية التالية:

- 1- حق الفرد في الاعتراف بشخصيته القانونية.
- 2- حق الفرد في الحرية والأمن على شخصه.
- 3- الحق في عدم التعرض للتعذيب أو لأي ضرب آخر من ضروب المعاملة القاسية أو المهينة أو اللاإنسانية .
- 4- الحق في الحياة.
- 5- الحق في الهوية.
- 6- الحق في محاكمة عادلة.
- 7- الحق في سبيل انتصاف فعال، بما في ذلك الجبر والتعويض.
- 8- الحق في معرفة الحقيقة فيما يخص ظروف الإخفاء.¹⁰⁰

وقد تنطوي حالات الإخفاء ايضاً على انتهاكات خطيرة لصكوك دولية أخرى، مثل القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء التي اعتمدها المجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع للأمم المتحدة عام 1957م ، ومدونة السلوك للموظفين المكلفين بإنفاذ القوانين ومجموعة المبادئ المتعلقة بحماية جميع الأشخاص الذين

High Commissioner for Human Rights Enforced or Involuntary ,¹⁰⁰ Office of the United Nations
3.Fact Sheet No. 6/Rev.3 Geneva, Switzerland .p•Disappearances

يتعرضون لأي شكل من اشكال الاحتجاز أو السجن، اللتين اعتمدتهما الجمعية العامة للأمم المتحدة عامي 1979م و 1988م على التوالي.¹⁰¹

وتعاني كذلك أسر وأقارب ضحايا الإخفاء القسري من عدة آثار لإخفاء الشخص، منها الألم النفسي والمعنوي لأزواجهم وآبائهم وأمهاتهم، وأطفالهم، وتأثيره على أدائهم التعليمي وسلوكهم الاجتماعي. أيضاً له عواقب اقتصادية كبيرة نتيجة للإخفاء القسري خصوصاً إذا كان رب الأسرة هو ضحية هذه الجريمة، وحقهم كذلك في محاكمة مرتكب الجريمة والتعويض عن ما لحقهم من ضرر.¹⁰² فكثيراً ما تواجه الأسر عواقب اقتصادية كبيرة نتيجة للإخفاء القسري، لا سيما عندما يكون الضحية هو العائل الرئيسي للأسرة. حتى وإن لم يكن الأمر كذلك، فإن العديد من العائلات تجد نفسها في وضع اقتصادي صعب أثناء بحثها عن الضحية. ومن الشائع أن لا يتم أبداً إطلاق سراح الأشخاص الذين اختفوا، مع بقاء مصيرهم مجهولاً. وفي كثير من الأحيان لا يتم تقديم الجناة إلى العدالة. بل قد يتعرض أقرباء الضحية للمضايقات ولسوء المعاملة والترهيب، وعاجزين عن التماس العدالة والانتصاف.¹⁰³ ونتيجة لهذا الطابع المستمر لهذه الجريمة، فهي تشكل انتهاك مستمر للحقوق الانسانية للفرد ولأفراد أسرته، الذين لا يتمكنون من معرفة حقيقة ما حدث، أو مكان وجود أحبائهم.

High Commissioner for Human Rights Enforced or Involuntary,¹⁰¹ Office of the United Nations Fact Sheet No. 6/Rev.3 Geneva, Switzerland .p. Disappearances Defining the Crime of Enforced Disappearance in,¹⁰² MD. RAISUL ISLAM SOURAV Bergen Journal of ,Conformity with International Criminal Law: a New Frontier for Bangladesh Volume 3, Issue 2, 2015, p. 225 ,Criminal Law and Criminal Justice

¹⁰³ تقرير منظمة العفو الدولية- لا للإفلات من العقاب. ط. 1. 2011م. ص. 5.

ومع ذلك، فإن للضحية وأفراد أسرهم الحق في العدالة وفي الحصول على تعويضات سواء وفق للتشريعات الوطنية أو بموجب الآليات الدولية المتاحة بنظام روما الاساسي وغيرها من الصكوك الدولية الأخرى، بحيث لا يكون هناك خيار أمام الدول التي تتستر على الجناة إلا أن تحاكمهم أو تسلمهم، من أجل وضع حد لظاهرة الافلات من العقاب سواء بحكم الواقع أو بحكم القانون.

حيث تتفق المواثيق الدولية المعنية بجريمة الاختفاء القسري، على حق الضحية الفعلي أو أفراد أسرته، في المطالبة بجبر الضرر المادي او المعنوي، والتعويض عن ذلك بشكل عادل ومنصف. فقد أشارت المادة (19) من اعلان حماية جميع الاشخاص من الاختفاء القسري لسنة 1992م، والمادة (24) من اتفاقية الأمم المتحدة لحماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري لعام 2006م، لمفهوم ضحية الاختفاء القسري، حيث تشمل "الضحية" كل من الشخص المختطف وكذلك أي شخص تعرض للضرر كنتيجة مباشرة للإختفاء القسري. في حين أشار النظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية، لمفهومين متناقضين: الأول ورد في نص المادة (75) المجني عليه، والمفهوم الثاني ورد في نص المادة (85) الضحية. وذلك باعتبار أن مفهوم الضحية أكثر اتساعاً من مفهوم المجني عليه، فهذا الأخير هو صاحب المصلحة التي نالتها الجريمة بالاعتداء.¹⁰⁴ ويتعبير آخر هو الشخص الذي أصابه ضرراً أياً كان نوعه، واتخذ هذا الضرر صور النتيجة

¹⁰⁴ حسون عبيد هجيج وآخرون (ب ت) التعويض عن جريمة الاختفاء القسري، (ب د)، ص 40. انظر ايضا: عبدالفتاح بيومي حجازي(2009) المحكمة الجنائية الدولية - دراسة متعمقة في القانون الدولي الجنائي، القاهرة، دار النهضة العربية.

الجرمية. أما الضحية فهو من أصابه ضرراً دون أن يمثل اعتداء على المصلحة التي يحميها نص التجريم.¹⁰⁵ مثال ذلك أفراد وأسرّة الشخص المخفي، كالزوج والزوجة والأبناء والأم والأب والإخوة والأخوات، فالضرر المباشر يطال صاحب المصلحة التي نالتها الجريمة بالاعتداء، أما الضرر الغير مباشر فهو الذي يصيب أشخاص هم أصول الضحية أو فروعها.¹⁰⁶ وهذا ما نصت عليه المادة (19) من إعلان حماية جميع الاشخاص من الاخفاء القسري المشار إليها.

وفي نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، تضمنت الفقرتين (1) و (2) من المادة 75، النص على أنواع جبر الضرر لضحايا الجريمة الدولية والتي من بينها جريمة الاخفاء القسري. حيث يتخذ جبر الضرر انماطاً متعددة تتمثل في: رد الحقوق والتعويض ورد الاعتبار.¹⁰⁷

وقد سبق الإشارة إلى أن الاخفاء القسري يعد جريمة مستقلة في ليبيا بموجب أحكام القانون رقم (10) لسنة 2013م، بيد أن المشرع لم ينص فيه على أحكام خاصة بتعويض وجبر الضرر لضحايا الاخفاء القسري، وترك ذلك للقواعد العامة في القوانين ذات العلاقة. وكان من الأجدر في رأينا نظراً لخطورة هذه

¹⁰⁵ حسون عبيد هجيج وآخرون (ب ت) مرجع سابق، ص 40. انظر ايضا: عوض محمد عوض. (1990م) قانون الاجراءات الجنائية. الاسكندرية. دار المطبوعات الجامعية.

¹⁰⁶ حسون عبيد هجيج وآخرون (ب ت) مرجع سابق، ص 41.

¹⁰⁷ المادة (75) الفقرة (1 و 2) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.



الجريمة أن يتم النص في القانون المشار إليه، على أحكام خاصة بتعويض ضحايا جريمة الاخفاء القسري، وبشكل يضمن للضحايا عدم تكرار الانتهاك، أو الترضية، وإعادة التأهيل، إضافة إلى تعويضهم مادياً ومعنوياً، وبشكل فوري ومنصف وملائم عن طريق السلطات القضائية المختصة.

الخاتمة

يُعترف على نطاق واسع بالإخفاء القسري باعتباره انتهاكًا خطيرًا جدًا لحقوق الإنسان. وفقا لما تضمنه نظام روما الأساسي ووثائق إقليمية لحقوق الإنسان وكذلك التشريعات الوطنية. على الرغم من أن هناك بعض الاختلافات في الوثائق المختلفة في تعريف الإخفاء القسري ، إلا أن هناك اتفاقًا عامًا على طبيعته وخطره وضرورة التعامل معه ومساعدة ضحاياه.

فتعريف الإخفاء القسري المنصوص عليه في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية يختلف قليلاً عن التعريفات الأخرى في القانون الدولي أو الوطني، لا سيما في مجال حقوق الإنسان ، إلا إنها تشترك جميعها في نفس السمات الأساسية، وهي الحرمان من حرية الضحية ورفض الاعتراف أو إعطاء معلومات حول الضحية. علاوة على ذلك ، نظام روما الأساسي يسمح أيضًا بمشاركة أي منظمة سياسية وليس دولة فقط في ارتكاب الإخفاء القسري.

على الدول أن تُعرف فعل الإخفاء القسري على نحو يميزه بوضوح عن الجرائم ذات الصلة به مثل الحرمان القسري من الحرية، والخطف، الاختطاف، الاحتجاز الانفرادي وغيرها. وينبغي أن يتضمن أي تعريف للجريمة العناصر التكاملية الثلاث التالية التي تمثل الحد الأدنى: الحرمان من الحرية ضد إرادة الشخص المعني. ضلوع مسؤولين حكوميين على الأقل بشكل غير مباشر، عن طريق القبول الضمني. رفض الكشف عن مصير الشخص المعني ومكان وجوده. حرمان الشخص المختفي من حماية القانون ونية الجناة.

وفقاً لنص المادة السابعة الفقرة الأولى، أنه إذا ارتكبت قضية "خارج إطار هجوم واسع النطاق أو منهجي، فإنها ليست جريمة ضد الإنسانية، ولا يمكن مقاضاتها بموجب قانون روما الأساسي. ومن ناحية أخرى، إذا حدثت حالة اختفاء قسري واحدة "كجزء من هجوم واسع النطاق أو منهجي على السكان المدنيين"، يمكن مساءلة مرتكبها أمام المحكمة الجنائية الدولية محكمة. ونقترح ادخال تعديل على هذه المادة بحيث تشمل كل حالات الاختفاء القسري سواء التي تقع بشكل ممنهج وواسع النطاق أو حتى الحالات الفردية والمعزولة، من أجل توسيع دائرة الحماية الجنائية لضحايا هذه الجريمة، وبما يضمن عدم افلات مرتكبها من العقاب.

أورد المشرع الليبي نصاً مقتضياً لجريمة الإخفاء القسري وذلك بقوله "من خطف إنساناً أو حجزه أو حرمه على أي وجه من حريته الشخصية بالقوة أو بالتهديد أو بالخداع"، من خلال التصدي لعدة جرائم مرتبطة بالإخفاء القسري أو وثيقة الصلة بها، مثل الخطف، والاختطاف، والاحتجاز غير المشروع، والحرمان غير القانوني من الحرية. إلا أن ذلك قد يشكل جانباً لأحد صور الإخفاء القسري إلا أنها لا تغطي جميع عناصر جريمة الإخفاء القسري وتعقيدها وطابعها الخطير، وبالتالي لم يدرج الاعمال الممنهجة للإخفاء القسري التي تقوم بها الدولة، أو بدعم وتأييد مباشر أو غير مباشر منها، أو من المنظمات السياسية في مفهوم الإخفاء القسري، وبالتالي أبعد جريمة الإخفاء القسري من مفهوم الجرائم ضد الإنسانية والتي لا يجب أن يفلت مرتكبها من العقاب.

أن حالات الإخفاء القسري لا تحدث غالباً في إطار هجوم واسع النطاق أو منهجي ضد المدنيين، ولهذا فإن قصر تجريم القانون الوطني للإخفاء القسري على ارتكابه في هذا السياق المحدد يعني أن الكثير من حالات الإخفاء القسري ستظل خارج نطاق القانون الجنائي الوطني وخارج ولاية محاكمه. لأن معظم حالات الإخفاء القسري لا تقع ضمن هجوم واسع النطاق أو منهجي يستهدف استبعاد الضحايا من حماية القانون لفترة طويلة بالضرورة، بل قد يقع معظمها كحالات منعزلة. لذلك على الدول أن تدرج في تشريعاتها الإخفاء القسري بشتى أصنافه، سواء بوصفه فعلاً معزولاً أو في إطار هجوم واسع النطاق أو منهجي ضد السكان المدنيين.

المراجع

الكتب:

- بوربة سامية (2016) معاقبة الجرائم ضد الانسانية بين القانون الدولي والقانون الداخلي، رسالة دكتوراه غير منشورة، جامعة الجزائر، كلية الحقوق،.
- حسون عبيد هجيج وآخرون (ب ت) التعويض عن جريمة الاخفاء القسري، (ب د).
- سوسن تمرخان بكة،(ب ت) الجرائم ضد الإنسانية (ب د).
- عبدالفتاح بيومي حجازي(2009) المحكمة الجنائية الدولية - دراسة متعمقة في القانون الدولي الجنائي، القاهرة، دار النهضة العربية.
- عبدالله حسين العمري، (2009)، جريمة اختطاف الاشخاص، المكتب الجامعي الحديث.
- عوض محمد عوض. (1990م) قانون الاجراءات الجنائية. الاسكندرية. دار المطبوعات الجامعية.
- فتوح عبدالله الشاذلي، (2002م) القانون الدولي الجنائي - أولويات القانون الدولي الجنائي - النظرية العامة للجريمة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية.
- محمد رمضان باره، (2015م) شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات الليبي - الجزء الأول- الأحكام العامة للجريمة.
- وليم نجيب نضار،(2008) مفهوم الجرائم ضد الانسانية في القانون الدولي، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت ، لبنان.

شعلال تيويزي ، جدي صبرينة (2014) جريمة الاختفاء القسري كجريمة ضد الانسانية في القانون الدولي، رسالة ماجستير، جامعة عبدالرحمن ميرة بجاية، الجزائر، كلية الحقوق.

عبدالحسين شعبان، اختلاس الزمن في ظاهرة الاختفاء القسري، مقال منشور في جريدة الجريدة الكويتية، العدد 186، يناير 2006.

الاتفاقيات والمواثيق الدولية:

الاتفاقية الامريكية بشأن الاختفاء القسري، التي اعتمدت في الدورة الثامنة والعشرين للجمعية العامة لمنظمة الدول الأمريكية عام 1994م في البرازيل ودخلت حيز النفاذ عام 1996م.

الاتفاقية الدولية لحماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري لعام 2006. دخلت حيز النفاذ في 23 ديسمبر 2010.

الاعلان العالمي لحماية جميع الاشخاص من الاختفاء القسري، لعام 1992م. النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

نظام محاكمة نورمبرج، المتضمن في اتفاقية لندن المؤرخة في 6 أغسطس 1945م.

التقارير:

مفوضية الامم المتحدة السامية لحقوق الانسان، حالات الاخفاء القسري أو غير الطوعي ، جينيف، صحيفة الوقائع رقم 6.

تقرير الفريق العامل المعني بحالات الاختفاء القسري أو غير الطوعي المقدم لمجلس حقوق الانسان، الدورة 16/2010م.

تقرير المفوضية المصرية للحقوق والحريات الأول، عن أنماط الاختفاء القسري في مصر منذ 2013 إلى 2015، المفوضية المصرية .
تقرير منظمة العفو الدولية لا للإفلات من العقاب على الاختفاء القسري ، 2011، قائمة مراجعة للتطبيق الفعال للاتفاقية الدولية لحماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري، تاريخ الزيار 6 51-الخميس 2020/1/9

<https://www.amnesty.org/download/Documents/32000/ior51062011ar.pdf>

تقرير منظمة العفو الدولية- لا للإفلات من العقاب. ط1. 2011م.

الداستير:

الإعلان الدستور الليبي المؤقت الصادر عام 2011م.- الدستور الأردني لعام 1952م - الدستور المصري 2014- الدستور الاكوادوري -الدستور الجزائري لعام 1996م- الدستور السوري لعام 1973م - الدستور العراقي لعام 2005م- الدستور الفنزويلي- الدستور بارغواي - الدستور البوليفي- الدستور الكولومبي.

القوانين:

قانون العقوبات الليبي.

قانون العقوبات المصري.

قانون المحكمة الجنائية العراقية العليا رقم 10 لسنة 2005م.

قانون رقم (10) لسنة 2013م بشأن تجريم التعذيب والاختفاء القسري والتمييز.



المراجع الأجنبية:

AMBOS, Kai. Treatise on International Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 2014. Vol. II: The crime and the sentencing.

BASSIOUNI, Mahmoud Cherif. 2011, Crimes against humanity: historical evolution and contemporary application. Cambridge: Cambridge Univeristy Press.

BOSLY, H.D, VANDERMEERSCH, Damien, Génocide, crimes contre l'humanité ...op. cit, .

Dalia Vitkauskaitė–Meurice, Justinas Žilinskas Mykolas, 2010, THE CONCEPT OF ENFORCED DISAPPEARANCES IN INTERNATIONAL LAW, Romeris University, Faculty of Law, Department of Comparative Law, Lithuania.

Darryl Robinson, “Defining ‘Crimes Against Humanity’ at the Rome Conference”, in American Journal of International Law, 1999, vol. 93, no. 1.

Darryl Robinson, “The Context of Crimes Against Humanity”, in Roy S. Lee (ed.), The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence, Transnational Publishers, Ardsley, NY, 2001.

Gabriel Webber Ziero, 2015, The crime of enforced disappearance under the Rome Statute The possibility for prosecution of the crimes committed during the Brazilian dictatorship, Porto Alegre ,Volume 7 – Número 1.

Gbagbo, ICC PT. Ch. I, Decision on the Confirmation of Charges against Laurent Gbagbo, ICC-02/11-01/11-656-Red, 12 June 2014.

HALL, Christopher. K, 200, .Article 7 Crimes against humanity In: TRIFFTERER, Otto (Ed.). Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. London: Hart Publishin.

Herman von Hebel and Darryl Robinson, “Crimes Within the Jurisdiction of the Court”, in Roy S. Lee (ed.), The International Criminal Court: The Making of the Rome



Statute. Issues, Negotiations, Results, Kluwer Law International, The Hague, 1999.

JUROVICS, Yann, Article 7. Crimes contre l'humanité ..., op. cit., p. 449. See also, JURUVICS, Yann, « Réflexions sur la spécificité du crime... »..., op. cit., p. 61 et 62.

Katanga and Ngudjolo, ICC PT. Ch. I, ICC-01/04- 01/07-717, Decision on the Confirmation of Charges, 30 September 2008.

Kittichaisaree, K. International Criminal Law. OUP, 2001.

KOLB, Robert. 2008, Droit international penal. Bruxelles: Helbing Lichtenhahn & Bruylant.

Mark Klamberg ,2017 ،Commentary on the Law of the International Criminal Court ،Torkel Opsahl. Academic EPublisher Brussels .

MD. RAISUL ISLAM SOURAV ،Defining the Crime of Enforced Disappearance in Conformity with International Criminal Law: a New Frontier for Bangladesh ،Bergen Journal



of Criminal Law and Criminal Justice ،Volume 3, Issue 2, 2015.

NISSEL, Alan. 2004. Continuing crimes in the Rome Statute. Michigan Journal of International Law. Michigan v.25.

Office of the United Nations. High Commissioner for Human Rights Enforced or Involuntary Disappearances ،Fact Sheet No. 6/Rev.3 Geneva, Switzerland .

OTT, Lisa. 2011. Enforced disappearance in International Law. Cambridge: Intersentia.

Prosecutor v. Bemba, ICC PT. Ch. II, ICC-01/05-01/08-424, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, 15 June 2009

Prosecutor v. Gbagbo, ICC PT. Ch. I, Decision on the Confirmation of Charges against Laurent Gbagbo, ICC-02/11- 01/11-656-Red, 12 June 2014.



Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo, ICC PT. Ch. I, ICC-01/04-01/07-717, Decision on the Confirmation of Charges , 30 September 2008.

Prosecutor v. Katanga, ICC T. Ch. II, ICC-01/04-01/07-3436, Jugement rendu en application de l'Article 74 du Statut, 7 March 2014.

Prosecutor v. Kunarac et al., IT-96-23 and 23/2, ICTY Trial Ch., 22 February 2001.

SCHABAS, William, 2010, The international criminal court: a commentary on the Rome Statute, Oxford: Oxford University Press.

Situation in the Republic of Côte d'Ivoire, ICC PT. Ch. III, ICC-02/11-14, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Republic of Côte d'Ivoire, 3 October 2011.

Situation in the Republic of Kenya, ICC PT. Ch. II, ICC PT. Ch. II, ICC-01/09-19, Decision Pursuant to Article 15 of the



Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, 31 March 2010.

citing Prosecutor v. Blaškić, ICTY T. Ch., Judgment, 3 March 2000,

Timothy L.H. McCormack, "Crimes Against Humanity", in Dominic McGoldrick, Peter Rowe and Eric Donnelly (eds.), The Permanent International Criminal Court: Legal and Policy Issues, Hart Publishing, Oxford, 2004 .

United Nations, General Assembly Resolution 47/133, Declaration on the Protection of all Persons from Forced Disappearance, A/RES/47/133 (18 December 1992), available at <http://undocs.org/A/RES/47/133>.

Werle, G. Principles of International Criminal Law. The Hague: TMC Asser Press, 2005,.

WIERDA, Marieke and UNGER, Thomas ،2009. Enforced disappearances. In: CASSESE, Antonio (Ed). The Oxford Companion to International Criminal Justice. Oxford: Oxford University Press.



William A. Schabas, The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute, Oxford University Press, Oxford, 2010.

الآليات القانونية لمواجهة جرائم خطف الأشخاص في القانون الجنائي

الليبي

د.انتصار قاسم سالم الودان*

مقدمة

تعتبر حرية الإنسان هي أساس الحريات جميعاً ، بل تعتبر الهدف الأسمى الذي تحافظ عليه السلطة في أي دولة عادلة ، هذه الحرية قد تتعرض للضياع أو الفقد وذلك من خلال الإعتداء عليها ، وفي هذه الحالة تظهر الحماية الجنائية لحرية الإنسان بتجريم هذه الأفعال ووضع عقوبات رادعة لها . والقانون الجنائي الليبي كغيره من القوانين المقارنة يجرم الأفعال التي تشكل إعتداء على حرية الإنسان .

عليه فإن الخطف يمثل صورة صريحة للإعتداء على هذه الحرية ، وتتنوع جرائم الخطف على اساس الدوافع الى ارتكابها فنجد خطف الأطفال والقصر والإناث لتحقيق غايات متعددة رغبة جنسية أو ابتزاز مالي .وبالتالي فجريمة الخطف مهما تعددت صورها واختلفت غاياتها ، فهي تمس حرية الأشخاص وتهدد سلامهم وأمنهم . وقد اختلفت التشريعات الجنائية من جريمة خطف الأشخاص فالبعض فرق في العقوبة بين خطف الإناث والذكور ومنهم من ساوى بين خطف الرجل والمرأة ، ومنها لم يجرم فعل خطف البالغين الذكور .

المعلوم أن جريمة خطف الأشخاص من الجرائم الواقعة على الحرية الشخصية، بالتالي فهي تمثل أعتداء على حريته ، كما أنها قد تؤدي إلى تعريض حياته وسلامة

* عضو هيئة التدريس بكلية القانون - جامعة طرابلس.

جسده وعرضه للخطر. لذلك ف جريمة خطف الأشخاص لا تقتصر آثارها على المجني عليه وأسرته فقط بل تمتد آثارها إلى المجتمع ككل، فتهدد أمنه واستقراره لما تنتشره هذه الجريمة من خوف ورعب في نفوس العامة.

تعتبر جريمة خطف الأشخاص من الجرائم الدخيلة على المجتمع الليبي، دليل ذلك أنها سجلت إرتفاعا ملحوظا على مر السنوات الأخيرة وذلك حسب الإحصائيات المسجلة إلى أن أصبحت ظاهرة في المجتمع الليبي لأسباب ودوافع مختلفة ومتباينة كذلك غياب اجهزة الدولة وعجزها عن ضبط المختطفين وقد طالت ظاهرة الخطف ايضا خطف الأجانب حيث أشارت منظمة العفو الدولية إلى تنامي ظاهرة الإختطاف في ليبيا¹. لذلك فإن تزايد هذه الجرائم في السنوات الأخيرة حقيقة لا يمكن تجاهلها لذلك وجب معرفة الآليات التي اتخذها المشرع الليبي لمنع أو الحد من هذه الجريمة التي تعرض الحريات الأساسية للخطر.

وفي بحثتنا هذا نسلط الضوء على جرائم الخطف من خلال معرفة الآليات القانونية لمواجهة جريمة خطف الأشخاص. ولم يعرف قانون العقوبات الليبي كغيره من القوانين المقارنة فعل الخطف، لكن عرف الفقه فعل الخطف بأنه " انتزاع المجني عليه من المحل الذي يقيم فيه وإبعاده عنه "².

¹ - حالات الخطف المسجلة في الفترة ما بين 1-1-2017 إلى 31-12-2017 (676) شخصا في طرابلس وضواحيها، 100 مختطف رجعوا إلى ذويهم، 576 لم يرجعوا إلى ذويهم، كذلك سجلت في الفترة بين 12-2016 إلى 15 إلى 31-1-2017 (293) جريمة خطف تعرض لها رجال و 11 جريمة خطف سيدات متزوجات و 21 جريمة خطف فتيات، مكتب التحري بمديرية أمنطرابلس

² - أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، القسم الخاص، ط4، 1991، دار النهضة العربية، ص702.

بناء على ذلك نجد أن أهمية البحث تتجلى في تسليط الضوء على أثر الإعتداء على حق من الحقوق الطبيعية للإنسان وهو حرته .

نطاق البحث : إن موضوع جرائم الخطف موضوع متشعب ومتعدد الجوانب سواء على المستوى الوطني أو الدولي، لذلك حاولنا تحديد نطاق البحث في إطار القانون الجنائي الليبي وذلك من خلال تجريم المشرع لأفعال خطف الأشخاص وتقييد حريتهم خارج الإطار القانوني من خلال النصوص القانونية التي تجرم الأفعال التي تشكل اعتداء على الحريات الفردية والتي من بينها الخطف.

اشكالية الموضوع : نتيجة تزايد جرائم الخطف واعتبارها كظاهرة حقيقية لذلك كان لزاما على الدولة اتخاذ الإجراءات العملية اللازمة للحد من هذه الجريمة . نحاول في هذا البحث الإجابة على عدة تساؤلات أساسية وهي إلى أي مدى استطاع المشرع الجنائي الليبي أن يكفل حماية الأشخاص من الخطف ويتفرع عن ذلك عدة تساؤلات :- س - ماهي الأفعال المجرمة والصور التي حددها المشرع الليبي لجريمة خطف الأشخاص ؟ وماهي العقوبات التي وضعها لردع الجناة لعدم العود لهذه الجريمة ؟ وهل هناك أحوال شدد فيها العقاب وأخرى للتخفيف .

منهج البحث : اعتمدنا في هذا البحث على المنهج التحليلي الذي يتم عن طريقه عرض ومناقشة النصوص القانونية المتعلقة بالموضوع إلى جانب استخدام المنهج المقارن كلما امكن ذلك.

خطة البحث : نتناول الآليات القانونية والتي يقصد بها آليات التجريم وآليات العقاب التي اعتمدها المشرع الليبي في إطار مكافحته للجريمة وذلك من خلال مبحثين على النحو الآتي :-



- المبحث الأول :- التجريم كآلية قانونية لمواجهة جريمة الخطف
المطلب الأول :- جرائم الخطف بالإكراه
المطلب الثاني :- جرائم الخطف دون إكراه.
المبحث الثاني :- العقاب كآلية قانونية لمواجهة جريمة الخطف .
المطلب الأول :- عقوبة جريمة خطف الأشخاص في صورتها البسيطة.
المطلب الثاني :- عقوبة جريمة خطف الأشخاص في الظروف المشددة والمخففة.

المبحث الأول

التجريم كألية قانونية لمواجهة جريمة الخطف

من أبرز الآليات القانونية التي إعتدها المشرع الجنائي الليبي لمكافحة جرائم خطف الأشخاص، هي تجريم فعل الخطف من خلال عدة صور، هذه الصور لم ترد جميعها في باب واحد وإنما جاءت متفرقة ، فقد نص عليها قانون العقوبات الليبي من خلال عدة مواد، حيث وردت المادة 428 المعنونة ب(جريمة الخطف) في الفصل الخاص بالجرائم ضد الحرية الشخصية ، وجاءت المواد 411 (جريمة الخطف بقصد الزواج) و412 (جريمة الخطف لإتيان أفعال شهوانية) و413 (جريمة الخطف دون الرابعة عشرة أو مختل العقل دون إكراه) في الباب الخاص بالجرائم ضد الحرية والعرض والأخلاق ، وأخيرا وردت المادة 406 (جريمة خطف القاصر برضاه) في الفصل الخاص بالجرائم ضد كيان الأسرة³.

على ذلك نجد أن المشرع الجنائي الليبي وضع أكثر من صورة لتجريم الخطف، فجرم فعل الخطف بالإكراه (المطلب الأول) وفعل الخطف دون إكراه (المطلب الثاني).

³ - قانون العقوبات الليبي والتشريعات المكملة له (حتى سنة 2005)، منشورات المركز القومي للدراسات القانونية وبحوث حقوق الإنسان، ط1، 2006، ص 103-104-105109.

المطلب الأول

جرائم الخطف بالإكراه (استخدام القوة أو التهديد أو الخداع)

تتحقق جريمة الخطف بالإكراه عندما يرتكب الجاني فعل الخطف على شخص سواء كان ذكر أو أنثى طفلاً كان أو قاصر أو بالغ ، بانتزاع المخطوف ونقله وحجزه في مكان غير مكانه باستعمال أسلوب من أساليب العنف أو التهديد أو الخداع ، لمدة زمنية قد تطول أو تقصر حسب ظروف كل واقعة .

قد وردت أحكام هذه الجريمة في المادة 428 من قانون العقوبات الليبي التي تنص على أنه " 1- يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنوات كل من خطف انسانا أو حجزه أو حبسه أو حرمه على أي وجه حرته الشخصية بالقوة أو بالتهديد أو الخداع .

2- وتكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على سبع سنوات إذا ارتكب الفعل: أ) ضد أحد الأصول أو الفروع أو الزوج . ب) من موظف عمومي متعديا في ذلك حدود السلطات المتعلقة بوظيفته . ج) إذا وقع الفعل للحصول على كسب مقابل إطلاق السراح، فإذا حقق الجاني غرضه كانت العقوبة السجن مدة لا تزيد على ثماني سنوات المادة 411 ق.ع.ل فقد نصت على أنه " يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر كل من خطف امرأة غير متزوجة أو استبقاها بالعنف أو التهديد أو الخداع بقصد الزواج منها . تكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة إذا ارتكب الفعل ضد أنثى غير متزوجة يتراوح عمرها بين الرابعة عشرة والثامنة عشرة . وتطبق العقوبة ذاتها ولو ارتكب الفعل بالرضا إذا كانت الأنثى دون الرابعة عشرة أو كانت مريضة العقل أو عاجزة عن المقاومة "

كذلك نصت المادة 412 ق.ع.ل على أنه " يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنوات كل من خطف شخصا أو أحتفظ به بالعنف أو التهديد أو الخداع بقصد ارتكاب أفعال شهبوانية . وتزاد العقوبة بمقدار لا تجاوز الثلث إذا ارتكب الفعل ضد شخص لم يتم الثامنة عشرة أو ضد امرأة متزوجة".

باستقراء النصوص القانونية السابقة نجد أن جريمة الخطف بالإكراه تحتاج لقيامها أن يرتكب الجاني فعل الخطف على إنسان ذكرا كان أو أنثى بقصد إبعاده عن أهله وبيئته وتقييد حريته ، وذلك باستخدام أحد أساليب القوة العنف أو التهديد أو الخداع الذي يقوم به الجاني على الشخص المخطوف حتى يتمكن من اتمام جريمته. على ذلك سوف نتناول العناصر السابقة على النحو التالي :

الفرع الأول: السلوك الإجرامي

فعل الخطف

ويتحقق فعل الخطف بنزع الشخص المخطوف من بيئته الموجود فيها وإبعاده عنها. فالركن المادي يتمثل في نزع ونقل المخطوف إلى مكان آخر أو احتجازه فيه بقصد إخفائه عن أهله أو ذويه بعيد عن بيئته . ويتحقق الخطف إذا انتزع الجاني المخطوف من منزل أهله أو من المدرسة أو أي مكان آخر مادام المشرع لم يحدد مكان معين⁴. ففعل الخطف يتكون من عنصرين الأول : انتزاع المجني عليه من المكان الذي يتواجد فيه، والعنصر الثاني نقله إلى مكان آخر غير الذي أختطف منه⁵.

⁴ - فوزية عبدالستار ، شرح قانون العقوبات (القسم الخاص)، ط3 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1982، ص517.

⁵ - جندي عبدالملك ، الموسوعة الجنائية، الجزء الثالث، دار إحياء التراث العربي ، بيروت، لبنان، 1948، ص276.

أولاً : أخذ وانتزاع المخطوف

يقصد به انتزاع المجني عليه من بيئته أو نقل المخطوف من مكان تواجدته إلى مكان آخر أو تحويل خط السير ، ولا أهمية للوسيلة التي تتم بها هذه الجريمة، إذ يمكن أن يتم الخطف عن طريق وسائل المواصلات أو التردد وانتظار المجني عليه. وأخذ المخطوف يتحقق بحرمان المجني عليه من حريته الشخصية وذلك بتقييد حريته وحرمانه من الحركة مكانياً وتقييد حريته فترة من الزمن .ويتحقق كذلك انتزاع المخطوف وذلك بنقل المجني عليه من مكانه إلى مكان آخر غير المكان الموجود فيه دون رضاه ومنعه من الخروج منه⁶.

كذلك لأهمية للمكان الذي انتزع منه المجني عليه . فجريمة الخطف تتحقق سواء تم انتزاع المجني عليه من أمام بيته أو من أمام المدرسة أو الشارع وذلك بإبعاده عن أهله وقطع صلته بهم . وعبرت على ذلك المحكمة العليا بقولها ((..... أن الركن المادي في هذه الجريمة يتحقق بانتزاع المجني عليه من المكان الذي يوجد فيه وابعاده عنه وقطع صلته به))⁷.

ثانياً : إبعاد المخطوف عن مكانه

يتحقق ذلك بأخذ المجني عليه من مكان تواجدته وإبعاده عنه . ولا يشترط في المكان الذي أختطف منه المجني عليه أن يكون مكان إقامة أهله فالعبرة هي حماية

⁶ - د. محمد رمضان بارة ، قانون العقوبات الليبي - القسم الخاص - ، جرائم الإعتداء على الأشخاص ، مكتبة الوحدة ، شارع عمرو بن العاص ، طرابلس ، ليبيا ، 2019 ، ص 329.

⁷ - مجلة المحكمة العليا ، سنة 17 ، ع 3 ، طعن جنائي رقم 68-27 ق ، جلسة 18-11-1980 ، ص 211 .

المجني عليه وليس ذويه⁸ ويكون بالسيطرة الكاملة على المجني عليه ، والسيطرة هنا تكون مادية تمس جسد المجني عليه وذلك بالقبض عليه وحجزه وتقييد حريته بغض النظر عن الوسيلة المستخدمة سواء بالإكراه المادي أو الإكراه المعنوي .
الإكراه المادي يتمثل في إرغام المجني عليه باستخدام القوة أو التهديد بالضرب أو الجرح ، والإكراه المعنوي استخدام الحيلة لاستدراج المجني عليه بخداعه بطريقة تجعله ينساق لأوامر الجاني، كذلك " أخذ المجني عليه رغم إرادته وحجز حريته ومنعه من الإنصراف وأن الخطف يتحقق ركنه المادي بحجز الإنسان أو حبسه أو الحرمان بالقوة أو التهديد أو الخداع ..."⁹.

الفرع الثاني: استخدام العنف أو التهديد أو الخداع

ميز المشرع الليبي بين الخطف عندما يقع باستخدام القوة أو التهديد أو الخداع أو دون إكراه. والخطف بالإكراه يقصد به نقل المخطوف من مكان تواجهه إلى مكان آخر بإجباره ودون إرادته ، باستخدام القوة أو التهديد أو الخداع، وعدم رضاء المجني عليه قد تكون حقيقة (أولاً) وقد يكون حكماً وذلك عندما لا يعتد المشرع الجنائي بالرضا الصادر عن المجني عليه فيعتبر الرضا في حكم عدم الرضا(ثانياً) على النحو التالي:

⁸ - د. محمد رمضان بارة ، قانون العقوبات الليبي -القسم الخاص- ، جرائم الإعتداء على الأشخاص ، مكتبة الوحدة ، شارع عمرو بن العاص ، طرابلس ، ليبيا ، 2019، ص 271.

⁹ - مجلة المحكمة العليا ، سنة 20 ، ع 4 ، طعن جنائي رقم 175-27 ق ، جلسة 5-4-1983 ، ص 221 .

أولاً: جريمة الخطف دون رضا المجني عليه حقيقة .

يتحقق الخطف بنزع المخطوف من بيئته الموجود فيها، ونقله إلى مكان آخر وإحتجازه بالقوة دون رضاه ، وقد نص المشرع الليبي على ذلك في المواد -428-411 من قانون العقوبات الليبي سالفه الذكر .

وتتحقق هذه الجريمة بوقوع فعل الخطف على المجني عليه دون رضاه حقيقة وذلك باستخدام الجاني لا سلوب العنف أو التهديد أو الخداع وصولاً الى خطف المجني عليه، وهذا ما عبرت عنه المحكمة العليا الليبية " أن ركن العنف في جريمة الخطف المنصوص عليها في المادة 412 من ق.ع. يتحقق بعدم رضا المجني عليه شأنه في ذلك شأن العنف في جريمتي المواقعة وهتك العرض" ¹⁰ .

اشتراط المشرع الليبي في جريمة الخطف دون رضاه حقيقة أن يقع الخطف بالعنف أو التهديد أو الخداع ، هذا يعني ان الركن المادي في هذه الجريمة لا يتحقق إلا إذا وقع الخطف بناء على عنف أو تهديد أو خداع يقوم به الجاني لاتمام جريمته. فالجاني قد يستخدم العنف أو الإكراه البدني وهو نشاط مادي ملموس يؤدي إلى سلب ارادة المجني عليه ، ولم يحدد المشرع وسيلة لذلك وعبرت عن ذلك المحكمة العليا بقولها " أن المتهمين الثلاثة خطفوا المجني عليه بالقوة وانتزعوه وأرغموه على الركوب معهم فترة من الزمن ، وأنه أورد دور كل واحد منهم في ارتكاب الجريمة ، بأن قام الأول بمسك المجني عليه ووضع سكيناً على رقبته ودفعه في سيارة المتهمين

10 - مجلة المحكمة العليا ، سنة 17 ، ع 3 ، طعن جنائي رقم 68-27 ق ، جلسة 18-11-1980 ، ص 211 .

.....¹¹ استخدام العنف قد يكون عن طريق استعمال السلاح لإرغام المجني عليه.

كذلك قد يلجأ الخاطف إلى استخدام أسلوب التهديد .

والتهديد هو ذلك الفعل الذي يقوم به الشخص الجاني ضد المجني عليه كالتهديد بالقتل أو قيام الجاني بتخدير المجني عليه مما يؤدي إلى فقدانه الوعي¹² ، وقد عبرت على ذلك المحكمة العليا بقولها " ... وكانت الواقعة كما أثبتها الحكم المطعون فيه والتي عول عليها في إدانة الطاعن تتوافر بها جميع أركان جريمة الخطف المدان بها ذلك أن أقوال المجني عليه الثابتة بالحكم تضمنت أن الطاعن بدل أن يعود به بسيارته إلى مدينة سبها جنح به في طريق ترابي أو صحراوي على غير رغبته واستعمل معه العنف والتهديد أثناء سير السيارة وهذه الوسيلة التي لجأ إليها الطاعن تمثل ركن العنف في جريمة الخطف المدان بها ولا يؤثر في قيام هذه الجريمة أن يكون المجني عليه قد ركب سيارة الطاعن ابتداء برضاه بحكم علاقة العمل إذ هذه الجريمة قد وقعت حين إبتعد به الطاعن عن المكان الذي يقصده¹³ .

أما الخداع وهو التحايل لإيقاع المجني عليه عن طريق استخدام الطرق الإحتيالية، وقد عبرت المحكمة العليا على ذلك بقولها ((...أقوال المجني عليه الثابتة بالحكم تضمنت أنه لولا وسيلة الخداع التي لجأ إليها الطاعنان والمتمثلة في طلب الطاعن الثاني الذهاب مع الطاعن الأول في سيارته إلى منزله لإحضار بطاريات تخص الطاعن الثاني لما ركب معه في سيارته ، وهذه الوسيلة الإحتيالية التي لجأ

11 - مجلة المحكمة العليا ، سنة 22 ، ع 2 ، طعن جنائي رقم 99-29 ق ، ص 123 .

12 - د. محمد رمضان بارة ، قانون العقوبات الليبي - القسم الخاص - ، جرائم الإعتداء على الأشخاص ، المرجع السابق ، ص 272.

13 - مجلة المحكمة العليا ، سنة 20 ، ع 4 ، طعن جنائي رقم 88-30 ق ، جلسة 17-3-1983 ، ص 184.

إليها الطاعنان تكون ركن الخداع في جريمة الخطف المسندة إليهما وهو وحده كاف لقيام الجريمة المذكورة ولو تخلف ركن العنف لأنه لا يلزم لقيام جريمة الخطف بالعنف أو التهديد أو الخداع ، وإنما يكفي لقيامها توفر إحدها ويتمثل الركن المادي في نقل المجني عليه بالسيارة إلى مكان نائي وقطع صلته بالمكان الذي كان به
14... .

إن استخدام الجاني لإحدى هذه الأساليب سيؤدي إلى تحقيق نفس النتيجة سواء استخدم العنف أو التهديد أو الخداع، غير أن استخدام أسلوب الخداع لا يعدم رضا المجني عليه في نقله من مكان إقامته بل أن المجني عليه أعتقد صحة مايقوله له الجاني وأوضح ذلك المحكمة العليا بقولها " إن مايميز جريمة الخطف بالخداع أن المجني عليه فيها لا يندم لديه الرضا بنقله من مكانه كما هو الحال في جريمة الخطف بالعنف وإنما يكون رضائه بذلك تحت اعتقاد خاطئ بصحة مايقوله له الجاني فينساق وراء كذبه حتى يقع فيما أراده منه ، فالخداع يغيب إرادة المجني عليه فيجعلها في وهم تحت تأثير أو تصرف الجاني ، الأمر الذي يكون معه رضائه بذلك معيبا غير مانع من تحقق هذه الجريمة وعلى ذلك يتحقق الخداع في جريمة الخطف بالخداع بكل قول أو تصرف يصدر عن الجاني تجاه المجني عليه فيحمله على الإنصياع له والانتقال معه إلى حيث يريد مدفوعا في ذلك باعتقاد خاطئ بصحة مسلك الجاني¹⁵ .

14 - مجلة المحكمة العليا ، سنة 18 ، ع 3-4 ، طعن جنائي رقم 397-28ق ، جلسة 1981-12-29 ص234.

15 - مجلة المحكمة العليا ، سنة 24 ، ع 3-4 ، طعن جنائي رقم 51-32ق ، ص 172 .

ثانيا :_جريمة الخطف دون رضا المجني عليه حكما:

- نص المشرع الليبي على جريمة الخطف دون رضا المجني عليه حكما في الفقرة الثالثة من المادة 411 من ق.ع.ل(الخطف بقصد الزواج) بقوله " وتطبق العقوبة ذاتها ولو ارتكب الفعل بالرضا إذا كانت الأنتى دون الرابعة عشرة أو كانت مريضة العقل أو عاجزة عن المقاومة " .
- نص المشرع في الفقرة الثانية من المادة 406 من ق.ع.ل "إذا وقع الفعل على طفل تقل سنه عن الرابعة عشرة أو مصاب بعاهة في العقل ولو تمكن هذا الأخير من الهرب ممن كانت له حراسته أو مراقبته فتطبق أحكام المادة 428 من هذا القانون".

وتختلف هذه الصورة عن الصورة السابقة وهي عدم رضا المجني عليه حقيقة، لأن انعدام رضا المجني عليه هنا ليس حقيقيا ، باعتبار أن المجني عليه في حقيقة الأمر رضي بالخطف، غير أن المشرع لم يعتد بهذا الرضا واعتبره في حكم العدم ، لذلك اعتبر المشرع أن الجاني قام بخطف المجني عليه دون رضاه في حالتين وهي صغر سن المجني عليه و في حالة مرض العقل أو العجز عن المقاومة . وترتب على ذلك أن المشرع قرر لهذا الجاني ذات العقوبة المقررة للجاني في حالة الخطف دون رضا حقيقة .

• الحالة الأولى : صغر سن المجني عليه

نص المشرع في المادة 411 أنه اذا كانت المجني عليها دون الرابعة عشرة سنة ووقع فعل الخطف برضاها يكون الجاني عرضة لعقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة ، والحد الأقصى لا يزيد عن ثلاثة سنوات تطبيقا لنص المادة 22 من ق.ع.ل .

كذلك نصت فقرة 2 من المادة 406 على أنه إذا وقع فعل الخطف دون إكراه على طفل اعتبر ذلك الرضا في حكم العدم، فالمشرع قرر تطبيق أحكام المادة 428 ق.ع.ل على كل من قام بخطف طفل تقل سنه عن الرابعة عشرة من عمره، فيعاقب الجاني بالسجن مدة لا تزيد عن خمس سنوات وفي حالة وجود ظرف مشدد تكون العقوبة السجن مدة لا تزيد عن ثماني سنوات.

ولا يجوز للجاني في هذه الأحوال أن يحتج بجعله بسن المجني عليه، تطبيقاً لنص المادة 422 ق.ع.ل التي تنص على أنه " لا يجوز للفاعل أن يحتج بجعله بسن المجني عليه إذا وقعت الجرائم المنصوص عليها في هذا الباب على قاصر دون الرابعة عشرة ".

وهذا يعتبر أن المشرع افترض علم الجاني المسبق بسن المجني عليها افتراضاً قانونياً غير قابل لإثبات العكس. وفي ذلك قررت المحكمة العليا بأنه " إذا رفضت المحكمة اجابة طلب الدفاع بعرض المجني عليها على الطبيب لتقدير سنها تأسيساً على أنه لاجدوى من ذلك لم أثبت لديها استناداً إلى الأدلة التي ساقتها والقائمة في الدعوى أن جريمتي الإختطاف والمواقعة المسندتين إلى الطاعن تمتا بالإكراه فإن النعي عليها بالإخلال بحق الدفاع يكون في غير محله لأنه لا عبرة بسن المجني عليه صغر أم كبر وفقاً للمادتين 407 / 411 إذا وقعت كلا من الجريمتين بالإكراه"¹⁶.

• الحالة الثانية: عجز المجني عليه عن المقاومة

اضاف المشرع حالة أخرى في نص المادة 411 ونص المادة 406 فقرة 2 هي حالة عجز المجني عليه عن المقاومة لمرض في الجسم أو العقل، واعتبر المشرع حصول

¹⁶ - مجلة المحكمة العليا ، سنة 9 ، ع 2-3 ، طعن جنائي رقم 19/123 ق، جلسة 17-3-1983 ، ص 166.

الرضا بوقوع فعل الخطف عليه كأن لم يكن لأن فعل الجاني فيه استغلال للوضع الصحي سواء الجسدي أو العقلي للمجني عليه تجعله غير قادر على المقاومة .
أخيراً فإن جرائم الخطف الواردة في المواد 411، 412 ، 428 سواء وقعت عن طريق العنف أو التهديد أو الخداع فإن الأمر لا يختلف أي منها عن الأخرى فيشترك جميعها في كون الركن المادي فيها يتم دون رضا المجني عليه ورغم أنه بصرف النظر عما إذا كان الرضا معدوماً أو كان معيباً .¹⁷

الفرع الثالث: الركن المعنوي

تعتبر جريمة الخطف من الجرائم العمدية لأن الخاطف يكون قد خطط للجريمة وعزم على ارتكابها مع سبق الإصرار والترصد ، وبالتالي تعتبر من الجرائم العمدية التي لا يمكن أن تقع عن طريق الخطأ .

لذلك فإن الركن المعنوي فيها يتخذ صورة القصد الجنائي فيجب توفر القصد الجنائي بعنصريه العلم والإرادة ، فجريمة الخطف جريمة عمدية ، يفترض لقيامها أن يرتكب الجاني فعلاً ارادياً يتمثل في انتزاع المجني عليه من المكان الذي يقيم فيه، وأن ينصرف قصده إلى إبعاد المجني عليه من ذلك المكان حتى يحقق غايته وهي قطع صلته بأهله وذويه ، ولا يشترط لقيام هذه الجريمة الأعتداء الجنسي مثلاً فبمجرد إبعاده من مكان إقامته أو عمله المعتاد إلى مكان آخر فهذا كافي لأن تقوم الجريمة وفي ذلك قررت المحكمة العليا على ذلك بقولها " ... أما القصد الجنائي فيها فيتحقق

¹⁷ - مجلة المحكمة العليا ، سنة 27 ، ع 1-2 ، طعن جنائي رقم 683-37 ق، ص 186 .

بتعمد الجاني ارتكاب الفعل مع علمه بعدم رضاء المجني عليه وأن يكون قصده من ذلك ارتكاب افعال شهوانية مع المخطوف¹⁸

أولاً: القصد الجنائي

جريمة الخطف جريمة عمدية كما سبق القول يلزم أن يتوافر القصد الجنائي ويتم هذا بانصراف إرادة الجاني وعلمه إلى عناصر الخطف وهي انتزاع المجني عليه من بيئته ويقطع صلته بأهله اذا عناصر القصد الجنائي هي العلم والإرادة وفي ذلك قررت المحكمة العليا " متى كانت مادة الإتهام تعاقب على الخطف والحجز والحبس والحرمان من الحرية الشخصية على أي وجه إذا ارتكب الفعل بالقوة أو التهديد أو الخداع وهي أفعال لم يشترط المشرع للعقاب عليها توافر القصد الخاص وإنما يكفي توافر القصد العام . لما كان ذلك فإن ثبوت ارتكاب الجاني لأي فعل منها بالخداع تتوافر به أركان الجريمة المنصوص عليها في المادة 428 عقوبات ، ولما كان ما أثبتته الحكم في حق الطاعن من أنه كان يعلم أن خطف المجني عليه أمر لا يبيحه القانون كما أن إرادته قد اتجهت إلى ارتكاب هذا الفعل"¹⁹

• **العلم:** يجب أن يعلم بماديات وعناصر الركن المادي، وعلى ذلك لا يكفي العلم بفعل الخطف بل يجب أن يتوقع النتيجة التي يحدثها هذا الفعل، فالقصد الجنائي يكون متوافراً لدى الجاني عندما يعلم بأنه يرتكب فعل الخطف والوقائع المكونة له وهي الأخذ والنقل أو إجبار المخطوف على ترك مكانه أو

¹⁸ - مجلة المحكمة العليا ، سنة 20 ، ع4، طعن جنائي رقم 88 / 30 ق ، ص184 .

¹⁹ -مجلة المحكمة العليا ، سنة 21 ، ع2، طعن جنائي رقم 286 / 26 ق ، ص139 .

تحويل خط سيره .وفي ذلك قررت المحكمة العليا بقولها " يتحقق القصد الجنائي فيها بإرتكاب الفعل مع علم الجاني بعدم رضاء المجني عليه "20.

• الإرادة :

الإرادة هي العنصر الثاني في القصد الجنائي، فيجب أن تتجه إرادة الجاني إلى السلوك والنتيجة المترتبة عليه .وفي ذلك قررت المحكمة العليا " إن جريمة خطف الإناث لإتيان أفعال شهوانية يجب لتوافر القصد الجنائي فيها في نظر الفقه والقضاء أن يكون الجاني قد تعمد قطع صلة المجني عليها بذويها قطعاً جدياً فإذا لم يبعد الجاني بالمجني عليها عن الدائرة التي بها مكان أهلها وذويها فلا تعتبر الواقعة خطفاً ولو تمكن الجاني من الخلوة بالمجني عليها لغرض غير شريف " 21. وجريمة الخطف لا تستلزم قصداً خاصاً لقيامها كما قضت بذلك محكمة النقض المصرية بقولها " لما كان القانون لا يستلزم قصداً خاصاً في جنائية اختطاف الأنتى بغير رضاها التي دان الطاعن بها اكتفاء بالقصد العام ولا يلزم في القانون أن يتحدث الحكم استقلالاً عن هذا الركن بل يكفي أن يكون فيما أورده من وقائع وظروف ما يكفي للدلالة على قيامه "22

20 - مجلة المحكمة العليا ، سنة 17 ، ع 3 ، طعن جنائي رقم 68-27 ق ، جلسة 18-11-1980 ، ص 211 .

21 - مجلة المحكمة العليا ، سنة 7 ، ع 3 ، طعن جنائي 17/25 ق ، ص 189 .

22 - الطعن رقم 2617 لسنة 65ق ، نقض 3 نوفمبر 1997 ، مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية ، سنة 48 ، ص 1182 .

ثانيا: الباعث في جريمة الخطف

الباعث هو الدافع لارتكاب الجريمة ولا أهمية للباعث ، فالجاني يعاقب على الجريمة التي يرتكبها مهما كان الدافع لارتكابها .فإذا توافر القصد الجنائي بعنصريه العلم والإرادة فإننا نكون أمام جريمة خطف ،فالدافع ليس من عناصر الجريمة ولكن نظرا لطبيعة جريمة الخطف وتعدد صورها بناءا على الغرض من تنفيذ هذه الجريمة نجد أن جرائم الخطف تكون مقدمة لتنفيذ أهداف أخرى .فهدف الخاطف غالبا ما يكون من أجل الوصول إلى تحقيق غايات غير مشروعة قد تكون جريمة أخرى ،لذلك نجد أن الباعث في جرائم الخطف يحتل أهمية كبيرة وهو السبب في ظهور هذه الجريمة بصور مختلفة .لذلك تتعدد البواعث في جريمة خطف الأشخاص وتتعدد نظرا لطبيعة الجريمة ونجملها في الآتي :

• الخطف بغرض الزواج

نص المشرع في المادة 411ق.ع.ل على جريمة الخطف التي يهدف الجاني من ورائها الزواج بالمخطوفة ، فرأى المشرع أن قصد الزواج أو أن هذا الدافع من الدوافع الشريفة التي لا تعبر عن خطورة إجرامية كامنة في نفس الجاني ، لذلك كان هذا الباعث مؤثرا في الجريمة بحيث جعلها المشرع في مصاف الجناح الأقل خطورة من الجنايات .

• الخطف لغرض إتيان اعمال شهوانية

كذلك فإن عدول الجاني عن الهدف الذي سعى إليه لا يعني ذلك عدم تحقق فعل الخطف وفي ذلك قررت المحكمة العليا "إن عدول الطاعن عن واقعة المجني عليها في جريمة خطف شخص بقصد ارتكاب أفعال شهوانية لا يؤثر في قيام الجريمة،

لأن حصول هذا الإعتداء ليس ركنا من أركانها أو عنصرا فيها وهو إن تم يشكل جريمة أخرى مستقلة عن الجريمة الأولى ، وإن انتظمها فكر الارتباط بمعناه القانوني، وكل ما يكون لهذا العدول من أثر هو تحقق الظروف المخففة المنصوص عليها في المادة 414 عقوبات إذا توفرت شروطها²³.

فالخاطف الذي قام بخطف المجني عليها لغرض إتيان أفعال شهوانية، وتراجع عن القيام بهذه الأفعال، فإن ذلك لا يؤثر في قيام جريمة الخطف وهذا ما قرره المحكمة العليا في حكمها بأنه " إن عدول المتهم عن ارتكاب أفعال شهوانية مع المجني عليه لا يؤثر في قيام الجريمة المنسوبة للطاعن وهي جريمة الخطف لإرتكاب أفعال شهوانية ، ذلك أن العدول الذي يدعيه الطاعن لم يكن عدولا عن الخطف ولكن عن ارتكاب للأفعال الشهوانية وهو خارج عن جريمة الخطف وليس ركنا فيها ، وأن قصد ذلك الفعل يمثل ركنا في قيام تلك الجريمة وفي حالة حصوله فإنه يكون جريمة أخرى بالإضافة لجريمة الخطف ، وعليه فإن نعي الطاعن بأن عدوله عن ارتكاب الأفعال الشهوانية لا تقوم معه جريمة الخطف المنصوص عليها بالمادة 412 عقوبات هو قول لا يقوم على أساس من الواقع أو القانون ويتعين رفضه²⁴.

• الخطف لغرض طلب مقابل (الفدية)

قد يكون الباعث على الخطف هو الحصول على المال لإطلاق سراح المخطوفين وهو أمر شائع، فيقوم الجاني ببث الخوف في نفس المخطوف من الإضرار به أو بشخص يهمه أمره، مما يدفعه إلى تنفيذ ما يطلبه الجاني ، فيقوم هذا

²³ - مجلة المحكمة العليا ، سنة 12، ع 1، طعن جنائي 22/11 ق، ص 206 .

²⁴ - مجلة المحكمة العليا ، سنة 20 ، ع 4، طعن جنائي 27/175 ، ص 222 .

الخاطف بإطلاق سراح المجني عليه بعد الحصول على المال المطلوب ، فالجاني على يقين بأن ذوي المخطوف سيقومون بدفع المبلغ نظير المحافظة على حياة المخطوف، وقد اعتبر المشرع الجنائي في الفقرة 3 من المادة 428 ق.ع.ل طلب الفدية ظرف مشدد .

المطلب الثاني

جريمة الخطف دون إكراه

تقع جريمة الخطف دون إكراه عندما يرتكب الجاني فعل الخطف على شخص سواء كان ذكر أو أنثى طفلا كان أو قاصر ، بانتزاع ونقل المخطوف وحجزه في مكان غير مكانه دون استخدام أسلوب من أساليب العنف أو الخداع .

وعالج المشرع الجنائي الليبي جرائم الخطف دون إكراه في المادة 413 من ق.ع.ل التي تنص على أنه " يعاقب بالعقوبات المنصوص عليها في الفقرتين الأخيرتين من المادتين السابقتين إذا ارتكب الفعل المبين فيهما دون عنف أو تهديد أو خداع على من كان دون الرابعة عشرة أو كان مريضا في عقله أو عاجزا عن المقاومة لضعف نفسه أو بدنه ولو كان هذا الضعف غير ناشئ عن فعل الجاني " .

كذلك نص المشرع في المادة 406 على أنه " يعاقب بالحبس كل من خطف قاصرا أتم الرابعة عشرة من والده أو وصيه أو أبي تسليمه رغم إرادة والده أو الوصي إذا وقع الفعل برضا القاصر . فإذا وقع الفعل على طفل تقل سنه عن الرابعة عشرة أو على مصاب بعاهة في العقل ولو تمكن هذا الأخير من الهرب ممن كانت له حراسته أو مراقبته فتطبق أحكام المادة 428 من هذا القانون .

باستقراء النصوص القانونية السابقة نجد أن الجريمة تحتاج لقيامها أن يرتكب الجاني فعل الخطف على صغير دون الرابعة عشر أو المريض العقلي أو العاجز أو قاصر، بقصد إبعاده عن أهله وبيئته وتقييد حريته ، دون استخدام أحد أساليب القوة العنف أو التهديد أو الخداع وبرضا المجني عليه . على ذلك سوف نتناول العناصر السابقة على النحو التالي:

الفقرة الأولى: فعل الخطف

يتمثل فعل الخطف في هذه الجرائم بالنشاط الإجرامي الذي يقوم به الجاني وهو انتزاع المخطوف من المكان الموجود فيه ونقله إلى محل آخر وإحتجازه فيه بقصد إخفاؤه عن ذويه .

ويتم الخطف بانتزاع الطفل والقاصر من بيته ، فالركن المادي لهذه الجريمة يتمثل في فعل الخطف والإبعاد دون استعمال العنف أو التهديد أو الخداع نحيل إلى ما سبق . فالركن المادي للجريمة يتوافر عن طريق نشاط إرادي يأتيه الفاعل بصورة هذا النشاط هو خطف المجني عليه ثم نقله إلى مكان آخر بعيدا عن بيئته وقطع صلته بأهله . يتمثل في أخذ الطفل أو المريض من الأشخاص الذين يتولون رعايته وحراسته ، ويتحقق ذلك بأخذه ونقله عمداً من المكان الذي يوجد فيه إلى مكان آخر وحتى أن تم ذلك برضاه ، حيث يتم الخطف بانتزاع الطفل من بيئته ونقله إلى مكان آخر واحتجازه فيه وإخفائه عن من لهم الحق في المحافظة عليه ورعايته .

الفقرة الثانية: محل الجريمة

تفترض جريمة الخطف دون إكراه توفر صفة معينة في المجني عليه ، أن يكون المجني عليه طفلا لم يكمل الرابعة عشرة من عمره أو قاصر، يستوي في ذلك أن يكون ذكرا أو أنثى.

أولا : خطف الصغير دون الرابعة عشر .

أشترط المشرع في محل الجريمة أن يكون طفلا دون الرابعة عشر، يقصد هنا الطفل الصغير وينطبق ذلك على أي طفل حتى لو كان قد ولد لتوه، يعد طفلا ولو كان عمره لحظات يصلح أن يكون محلا لجريمة خطف دون إكراه سواء كان ذكرا أو أنثى .

ثانيا : خطف القاصر دون الثامنة عشر والمريض العقلي .

_ يقصد بخطف القاصر هنا ليس الخطف بقصد إتيان أفعال شهوانية، هذا الخطف يقع على القاصر الذي أتم الرابعة عشرة برضاه ولكن دون رضا والده أو وصيه، كما يقع على القاصر دون سن الرابعة عشرة، في هذه الحالة تشدد العقوبة وجعلها المشرع السجن وفقا لأحكام المادة 428 عقوبات دون اعتبار لرضا الصغير .

الفقرة الثالثة: الركن المعنوي

الركن المعنوي كما أسلفنا سابقا يتمثل في القصد الجنائي الذي يقوم على عنصري العلم والإرادة، فيجب أن يعلم الجاني بتوافر أركان الواقعة الإجرامية وأن القانون يعاقب عليها .وفي جريمة الخطف دون إكراه يتعين على الجاني العلم بالنشاط

المادي الذي يأتيه، المتمثل في السلوك الإجرامي وهو انتزاع المجني عليه وإبعاده عن لهم سلطة قانونية عليه²⁵.

وتطبيقاً لذلك قضي بأنه " لما كان القصد الجنائي في جريمة خطف الأطفال إنما يتحقق بتعمد الجاني إنتزاع المخطوف من أيدي ذويه الذين لهم حق رعايته، وقطع صلته بهم مهما كان غرضه من ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد أورد الواقعة في بيان تتحقق فيه الأركان والعناصر القانونية لجريمة الخطف التي دان الطاعنة بها وبين نية الطاعنة في إختطاف المجنى عليها وإبعادها عن ذويها بما يتوافر به القصد الجنائي وتتحقق به الجريمة التي دينت بها الطاعنة"²⁶.

كذلك لا بد أن تتجه إرادة الجاني إلى السلوك وإلى النتيجة المترتبة عليه، ولكي يكون القصد الجنائي متوافر في جرائم الخطف يجب أن تكون إرادة الفاعل متجهة إلى الفعل المادي المكون للجريمة وإلى نتيجته. وقضت محكمة النقض المصرية بأنه " القصد الجنائي في جريمة اختطاف الأطفال إنما يتحقق بتعمد الجاني انتزاع المخطوف من أيدي ذويه الذين لهم حق رعايته وقطع صلته بهم مهما كان غرضه من ذلك"²⁷.

²⁵ - رؤوف عبيد، ص 284 .

²⁶ - الطعن رقم 20071 لسنة 60 ق ، الصادر بجلسة 12/4/1992 مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية ، سنة 43 صفحة 394.

²⁷ - الطعن رقم 344 لسنة 31 ق ، نقض مايو 22 مايو 1961 ، مجموعة القواعد القانونية ، الجزء الرابع ، سنة 12 ، 611 .

الشروع في جريمة الخطف

تتحقق مرحلة الشروع بكل فعل يشكل بدءاً في تنفيذ فعل الخطف ، ولكنها لا تتم لأسباب لا دخل لإرادة الجاني فيها إما بسبب تدخل عامل خارجي أدى إلى منع الجاني من الوصول إلى هدفه، أو بسبب فشل الجاني في تنفيذ الجريمة رغم قيامه بنشاطه كاملاً²⁸. وقد عرف ق.ع.ل الشروع بأنه "....." بناءً على ما تقدم فإن الشروع في جريمة الخطف يتحقق بكل فعل يشكل بدءاً في تنفيذ فعل الخطف إذا لم يصل الجاني إلى تحقيق النتيجة في الخطف وهي إبعاد المجني عليه إلى مكان آخر غير المكان الذي أختطف منه. فالشروع يتطلب توافر العناصر التي يجب أن تتوفر في أي جريمة إلا تحقق النتيجة. وهي الركن المادي والمعنوي وعدم تحقق النتيجة . والركن المادي فقد قررت المحكمة العليا في هذا الشأن :-" أن ركن العنف في جريمة الشروع في الخطف ... يعد متوافراً كلما وقع الفعل بدون رضاء المجني عليه وكانت الواقعة كما أثبتها الحكم والأدلة التي عول عليها وهي أقوال المجني عليها والشاهدين واضحة الدلالة في أن الفعل وقع بدون رضاء المجني عليها بدليل صراخها وإستغاثتها كما أنها تؤدي إلى القول بإعتبار الواقعة جريمة شروع في الخطف ذلك أن الركن المادي لهذه الجريمة يتحقق بانتزاع المجني عليه من المكان الذي يوجد فيه ، وإبعاده عنه وقطع صلته به ..."²⁹ أما الركن المعنوي هو ذاته للجريمة التامة. أما العنصر الأخير وهو عدم تحقق النتيجة حتى نكون في مرحلة الشروع، وتطبيقاً لذلك قضي

28 - د.إمحمد معمر الرازقي، محاضرات في القانون الجنائي (القسم العام)، مكتبة طرابلس العلمية العالمية، ط2

،2016، ص231.

29 - مجلة المحكمة العليا ، سنة 16 ، ع 4 ، طعن جنائي رقم 161-26ق ، جلسة 4-12-1979 ، ص159.

بوقوع جريمة الشروع في الخطف حين حاول الجاني جذب المجني عليها من ذراعها وقام بطرحها أرضاً وأخرج سلاحاً أبيض (مطواة قرن غزال)، وقام بتهديدها محاولاً خطفها عنده، فقاومته واستغاثت وأوقف أثر الجريمة لسبب لا دخل لارادته فيه، وهو حضور المارة على إثر استغاثة المجني عليها³⁰.

لم يعاقب المشرع الجنائي على الشروع في الخطف، لذلك يتم تطبيق القواعد العامة في هذه المرحلة، ويعاقب الجاني بمقتضى المادة 60 / 61 من قانون العقوبات بحيث يعاقب على الشروع في الخطف بعقوبة الجريمة ذاتها مع خفض حديها إلى النصف .

المبحث الثاني

العقاب كألية قانونية لمواجهة جرائم الخطف

تتمحور الأنظمة العقابية لمكافحة جرائم خطف الأشخاص من خلال قانون العقوبات ، حيث وضع المشرع مجموعة من العقوبات لهذه الجرائم، تنوعت بين العقوبة في صورتها البسيطة (المطلب الأول) والعقوبة عندما تصاحب الجريمة ظروف مشددة تؤدي بطبيعة الحال إلى تشديد العقاب أو ظروف مخففة تخفف من العقوبة (المطلب الثاني)

³⁰ - الطعن رقم 2617 لسنة 65 ق ، نقض 3 نوفمبر 1997 ، مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية، سنة 48 ص، 1179.

المطلب الأول

عقوبة جرائم خطف الأشخاص في صورتها البسيطة

تناول المشرع الليبي جرائم الخطف في المواد 406 - 411 - 412 - - 428 و413 وفرق في العقوبة على هذه الجرائم تبعا لقصد الجاني من الخطف، حيث تكون جرائم خطف الأشخاص في صورتها البسيطة عندما تكون مجردة من أي ظرف مشدد أو مخفف، فقد حدد المشرع الليبي لجرائم الخطف عقوبات تتنوع بين عقوبة السجن وعقوبة الحبس تبعا لنوع الجريمة إذا كانت جنائية أو جنحة وذلك على النحو التالي:

الفقرة الأولى: عقوبة الحبس

• المادة 411 ق.ع: قرر المشرع الليبي عقوبة الحبس من خلال نص المادة 411 من ق.ع التي تنص على أنه " يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر كل من خطف امرأة غير متزوجة أو استبقاها بالعنف أو التهديد أو الخداع بقصد الزواج منها " .

قرر المشرع عقوبة الحبس لجريمة الخطف بقصد الزواج الحبس، فيعاقب الجاني بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر، والحد الأقصى لا يزيد عن ثلاثة سنوات تطبيقا لنص المادة 22 من ق.ع.ل، ويلاحظ أن المشرع شدد من الحد الأدنى بحيث لا تقل العقوبة عن 6 أشهر وعقوبة الحبس هي في كل الأحوال أخف من عقوبة السجن ما يدعو إلى القول بأن المشرع بتقريره لهذه العقوبة نجده قد غلب الدافع إلى ارتكاب الجريمة وهو " قصد الزواج " ،الذي يعتبر من الدوافع النبيلة والمشروعة، بالتالي قرر عقوبة الحبس ووضعها في مصاف الجناح حسب التقسيم الثلاثي للجرائم من حيث الخطورة والتي تعتبر اقل خطورة من الجنائيات .

لكن نعتقد أن المشرع الليبي لم يوفق كثيرا بتقريره سياسة عقابية أخف من جانبيين، الجانب الأول لو إعتبرنا أن الدافع الذي جعل الجاني يرتكب الجريمة هو دافع شريف فإن ذلك لا يبرر الآثار السلبية التي يرتبها هذا الفعل بالنسبة للمجني عليها واسرتها كذلك نظرة المجتمع للمجني عليها ، حتى في حال عدول الجاني وإعادة المخطوفة إلى ذويها، من جانب آخر نجد أن بعض التشريعات المقارنة تبنت سياسة عقابية أشد، أكثر صرامة تجاه مثل هذه الأفعال المتعلقة بخطف الإناث، بصرف النظر عن القصد الذي يبتغيه الجاني .

مثال ذلك ما جاء في الفقرة 3 من نص المادة 289 من قانون العقوبات المصري " فإذا كان المخطوف أنثى تكون العقوبة السجن المشدد مدة لا تقل عن عشر سنين. ومع ذلك يحكم على فاعل جناية الخطف بالإعدام أو السجن المؤبد إذا اقترنت بها جريمة واقعة المخطوف أو هتك عرضه"³¹ والمشرع المصري اعتبر جريمة خطف الأنثى جناية. عقوبتها السجن المشدد³²، وهي عقوبة الجريمة في صورتها العادية دون اقترانها بظرف مشدد، وفي حالة وجود ظرف مشدد وهو في هذه الحالة واقعة المخطوفة تكون العقوبة الإعدام أو السجن المؤبد.

³¹ - قانون العقوبات المصري رقم 58 لسنة 1937 وفقا لأحدث التعديلات بالمراسيم بقوانين أرقام 10،11،126 لسنة 2011 ، ، دار العربي للنشر والتوزيع، القاهرة،2013،ص212.

³² - عقوبة السجن المشدد تتراوح بين حد أدنى 3 سنوات وحد أقصى 15 سنة ، قانون العقوبات المصري،المرجع السابق،ص17.

أيضا نجد أن المشرع العماني تبني سياسة جنائية أشد عندما يكون المجني عليه أنثى، واعتبر وقوع جريمة الخطف على انثى ظرف مشدد وذلك من خلال نص المادة 322 من قانون الجزاء العماني، حيث نصت على أنه "..... وتكون العقوبة السجن مدة لا تقل عن 7 سبع سنوات، ولا تزيد على 15 خمس عشرة سنة إذا كان الخطف أو القبض أو الحجز أو الحرمان بأحد الأحوال الآتية ز - إذا كان المجني عليه أنثى، أو حدثا، أو مجنونا، أو معتوها، أو فاقد الإدراك. بحيث إذا كان المجني عليه أنثى تشدد العقوبة وتكون السجن مدة لا تقل عن سبع سنوات ولا تزيد عن خمس عشرة سنة³³.

• نص المادة 406 ق.ع.ل: "يعاقب بالحبس كل من خطف قاصرا أتم الرابعة عشرة من والده أو وصيه أو أبى تسليمه رغم إرادة والده أو الوصي إذا وقع الفعل برضا القاصر".

نجد أن المشرع وضع عقوبة الحبس لكل من قام بخطف قاصر أتم الرابعة عشر من عمره من والده أو وصيه. يمكن تفسير موقف المشرع اللببي بوضعه هذه العقوبة أن الجريمة تمت برضاء المجني عليه، في المقابل نجد أن المشرع المصري قد قرر عقوبة أشد في حالة خطف القاصر، وذلك من خلال نص المادة 289 من قانون العقوبات المصري حيث أفرد نصا لعقاب من يرتكب جريمة خطف قاصر الذي لم يبلغ ثماني عشر من عمره، وقرر عقوبة السجن مدة لا تقل عن خمس سنوات إذا كان المخطوف ذكرا، أما إذا كان المخطوف أنثى فإن العقوبة هي السجن المشدد مدة لا

³³ - مرسوم سلطاني رقم 2018/7 بإصدار قانون الجزاء، ملحق الجريدة الرسمية، ع رقم 1226، 2018/1/14، السنة

تقل عن عشر سنوات ، وفي الحالتين يجب أن يتم الخطف بدون تحايل أو إكراه، أما في حالة خطف قاصر ذكراً بالإكراه فإن العقوبة السجن المشدد مدة لا تقل عن خمس سنوات³⁴.

الفقرة الثانية : عقوبة السجن

قرر المشرع الليبي عقوبة السجن لجريمة الخطف الواردة في المادة 412 :نظرا لخطورة جريمة الخطف لإتيان أفعال شهوانية، حيث ترتكب هذه الجريمة بدافع دنيئ وغير مشروع فقد تعامل معها المشرع الجنائي بنوع من الشدة في العقاب حيث نصت المادة 412 على أنه " يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنوات كل من خطف شخصا أو أحتفظ به بالعنف أو التهديد أو الخداع بقصد ارتكاب أفعال شهوانية . وتزداد العقوبة بمقدار لا يتجاوز الثلث إذا ارتكب الفعل ضد شخص لم يتم الثامنة عشرة أو ضد امرأة متزوجة " .

نجد أن المشرع وضع لهذه الجريمة عقوبة السجن مدة لا تتجاوز خمس سنوات، وفي حالة ارتكب الفعل ضد شخص اقل من الثامنة عشر أو امرأة متزوجة تزداد مدة العقوبة بمقدار لا يجاوز الثلث.

بداية اعتبر المشرع هذه الصورة من جرائم الخطف من ضمن الجنايات نظرا لخطورتها، لكن في المقابل نجد المشرع قد وضع حدا أقصى لهذه العقوبة، في الحالة الأولى لا يتجاوز الخمس سنوات، أما في الحالة الثانية فالعقوبة تزداد بمقدار لا يجاوز

³⁴ - قانون العقوبات المصري رقم 58 لسنة 1937 وفقا لأحدث التعديلات بالمراسيم بقوانين أرقام

11،11،126 لسنة 2011 ، ، دار العربي للنشر والتوزيع ،القاهرة،2013.

الثالث ، بينما يتضح لنا عناصر الخطورة في هذه الصورة ، من ناحية الجاني أقدم على حجز حرية المجني عليه وانتزاعه من اهله وقطع صلته بهم وهو ما يحقق فعل الخطف ، من ناحية ثانية الجاني لم يتورع عن استخدام العنف أو التهديد أو الخداع الذي يدل على الخطورة الإجرامية الكامنة في نفسه، كذلك الغرض الإجرامي وغير الأخلاقي الذي سعى إليه من هذه الجريمة ،بالإضافة إلى وقوع الفعل على فئتين ضعيفتين تحتاج إلى حماية أكبر وهي الأنثى والقاصر ، كل تلك العناصر التي احتوتها هذه الصورة كانت كافية لتشديد العقاب أكثر من ذلك . من جانب آخر نجد أن المشرع المصري قرر عقوبة الإعدام في حال إقتران الخطف بمواقعة المخطوفة بغير رضائها من خلال نص المادة 290 من قانون العقوبات التي تنص على أنه " كل من خطف بالتحايل أو الإكراه أنثى بنفسه أو بواسطة غيره يعاقب بالسجن المؤبد. ومع ذلك يحكم على فاعل هذه الجناية بالإعدام إذا اقترنت بها جناية واقعة المخطوفة بغير رضائها"³⁵.

• المادة 428: كذلك نص المشرع في جريمة الخطف على أنه " يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنوات كل من خطف انسانا أو حجزه أو حبسه أو حرمه على أي وجه حرته الشخصية بالقوة أو بالتهديد أو الخداع " نلاحظ هنا المشرع في هذا النص لم يربط الخطف بقصد معين، بالتالي سيكون الجاني عرضة لعقوبة السجن التي لا تزيد عن خمس سنوات، عند قيامه بفعل الخطف وحرمان المجني عليه من حرته الشخصية بالتهديد أو القوة أو الخداع .

³⁵ -قانون العقوبات المصري، المرجع السابق، ص212.

على الرغم من خطورة الجريمة إلا أن العقوبة لم تتجاوز خمس سنوات، نجد في المقابل على سبيل المثال المشرع العراقي نص في المادة 422 من قانون العقوبات العراقي " من خطف بنفسه أو بواسطة غيره بغير إكراه أو حيلة حدثاً لم يتم الثامنة عشرة من العمر يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على خمسة عشر عاماً إذا كان المخطوف انثى أو بالسجن مدة عشر سنوات إذا كان المخطوف ذكراً " فنجده قرر عقوبة السجن حداً الأقصى خمسة عشر عاماً إذا وقعت دون تحايل أو إكراه³⁶.

• المادة 406 : "...فإذا وقع الفعل على طفل تقل سنه عن الرابعة عشرة أو على مصاب بعاهة في العقل ولو تمكن هذا الأخير من الهرب ممن كانت له حراسته أو مراقبته فتطبق أحكام المادة 428 من هذا القانون ".الفقرة الثانية تنص على أنه في حالة وقع فعل الخطف على الصغير أو المريض تكون عقوبة الجاني السجن مدة لا تزيد عن خمس سنوات تطبيقاً لأحكام المادة 428.

الفقرة الثالثة :- عقوبة الشريك

القاعدة العامة هي معاقبة الشريك بعقوبة الجريمة شأنه شأن الفاعل الأصلي، فالقانون سوى بين إجرام الشريك وإجرام الفاعل الأصلي، إلا أن القانون قد يستثني من هذه القاعدة حالات خاصة قد يشدد العقاب أو يخفف من عقوبة الفاعل الأصلي، وقد يعاقب الشريك دون معاقبة الفاعل الأصلي³⁷.

³⁶ - قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969.

³⁷ - نصت المادة 102 قانون العقوبات الليبي على أنه " إذا كان فاعل الجريمة غير معاقب لسبب من أسباب الإباحة أو لعدم وجود القصد الجنائي أو لأحوال أخرى خاصة به وجبت مع ذلك معاقبة الشريك بالعقوبة المنصوص عليها قانوناً ".

والشريك إما أن يحرض على ارتكاب الفعل، أو أن يساعد الفاعل بإعطائه سلاحا أو أي شيء يستعمل في ارتكاب الجريمة، كذلك من يتفق مع غيره لارتكاب الجريمة فتقع بناء على هذا الإتفاق، فالتحريض والمساعدة والإتفاق هي وسائل الشريك عند اشتراكه في جرائم الخطف، ويعاقب المشرع اللببي على الإشتراك في جريمة الخطف بعقوبة الجريمة الأصلية، تطبيقا لنص المادة 101 ق.ع.ل من اشترك في جريمة فعلية عقوبتها.

فالشريك قد يكون شريكا في جريمة الخطف، إما بالاتفاق أو التحريض أو المساعدة ، وقد قررت المحكمة العليا في أحد أحكامها صور الإشتراك بقولها " إن الإشتراك بطريق الإتفاق وهو اتحاد نية أطرافه على ارتكاب الفعل المتفق عليه يتم غالبا دون مظاهر خارجية وأعمال مادية ملموسة يمكن الإستدلال بها عليه ، إلا أنه لما كان للقاضي الجنائي مطلق الحرية في تكوين عقيدته من وقائع الدعوى فإن له إذا لم يقوم على الإتفاق دليل مباشر أن يستدل عليه بطريق الإستنتاج ومن القرائن التي تقوم لديه ، مادام هذا الإستدلال سائغا وله من ظروف الدعوى ما يؤيده ، وكان الحكم قد استنتج من انتحاء الطاعن الثاني بالطاعن الأول وتسارهما بعيدا عن سمع المجني عليه وطلبه أي الطاعن الثاني بعد ذلك من المجني عليه الذهاب مع الطاعن الأول في سيارته إلى منزله لإحضار بطاريات تخص الطاعن الثاني وثبوت عدم صحة هذا الإدعاء دليلا على اشتراك الطاعن الثاني مع الطاعن الأول بطريق الإتفاق والمساعدة في الجريمة المسندة إليهما ، فإن في ذلك الدلالة على اتفاقهما عليه وعلى الدافع إليه وهو خطف المجني عليه..... وطلب الطاعن الثاني من المجني عليه الذهاب مع الطاعن الأول للغرض سالف الذكر دلا على اشتراك الطاعن الثاني

بطريق الإتفاق والمساعدة مع الطاعن الأول في خطف المجني عليه بقصد ارتكاب أفعال شهوانية معه " 38.

وبالتالي فإن عقوبة الشريك تكون تطبيقاً للقواعد العامة في المساهمة الجنائية المادة 101 ق.ع.ل "من اشترك في جريمة فعليه عقوبتها إلا ما استثني قانوناً بنص خاص".

المطلب الثاني

عقوبة جرائم خطف الأشخاص في الظروف المشددة والمخففة

قد تتوافر بعض الظروف تكون سبباً قانونياً لتشديد العقاب إلى أكثر من الحد الأقصى المقرر للحالات العادية فيقرر القانون عقوبات خاصة إذا ما توافرت تلك الظروف في المقابل نجد بعض الظروف إذا توافرت تؤدي إلى تخفيف العقاب وذلك على النحو التالي .

الفقرة الأولى :- عقوبة الخطف المقترن بظرف مشدد

أولاً: الظروف المشددة طبقاً لقانون العقوبات.

تتعدد الظروف المشددة في جرائم خطف الأشخاص، منها ما يتعلق بشخصية الجاني ومنها ما يتعلق بصفات قد تكون في المجني عليه، ويمكن تقسيم هذه الظروف إلى نوعين على النحو الآتي:

أ- ظروف متعلقة بالجاني

هذه الظروف تتعلق بصفة الجاني وقد نص عليها في المادة 428 من ق.ع.ل وذلك إذا وقع الحجز أو الحبس أو الحرمان من الحرية الشخصية من

38 - مجلة المحكمة العليا ، سنة 18، ع 43، طعن جنائي رقم 28/397 ق، ص234.

موظف عمومي دون اذن السلطات المختصة وخارج الحالات المقررة قانونا متعددا حدود السلطات المتعلقة بوظيفته هذه الحالة الأولى، والحالة الثانية حالة ما إذا كان الدافع إلى الخطف هو حصول الجاني على كسب مادي على النحو التالي :

• **صفة موظف عمومي.**

الموظف العمومي: " هو كل من أنيطت به مهمة عامة في خدمة الحكومة أو الولايات أو الهيئات العامة الأخرى سواء كان موظفا أو مستخدما ، دائما أو مؤقتا براتب أو بدونه ، ويدخل في ذلك محررو العقود والأعضاء المساعدون في المحاكم والمحكمون والخبراء والترجمة والشهود أثناء قيامهم بواجباتهم " ³⁹.

نص المشرع الليبي على صفة الموظف العمومي كظرف مشدد قد ورد النص عليها في المادة 428 / 2 ق.ع.ل والتي تنص على أنه " 2 / وتكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على سبع سنوات إذا ارتكب الفعل ب / من موظف عمومي متعددا في ذلك حدود السلطات المتعلقة بوظيفته " .

نجد أنه من خلال هذا النص أنه إذا كان الجاني يحمل صفة موظف عمومي و تجاوز الموظف حدود سلطته بأن وقع فعل القبض أو الحجز أو الحرمان من الحرية الشخصية خارج الحالات التي يأمر بها القانون عد ذلك خطفا وتشدد العقوبة في مواجهته والتي تصل إلى السجن مدة لا تزيد عن سبع سنوات .وفي ذلك قررت المحكمة العليا " وإذا كان الطاعن نفسه لم يقدم أي دليل على صدور هذا

³⁹ - المادة 4/16 ، موسوعة قانون العقوبات الليبي والتشريعات المكملة له ، 2005 ، منشورات المركز القومي للدراسات القانونية وبحوث حقوق الإنسان، 2006، ص13.

الأمر ويقرر أن رؤساءه قد نفوا صدور أي أمر إليه بالقبض على المتهم فإن الحكم المطعون فيه إذا اعتبر جريمة خطف إنسان بالخداع متوافرة في حق الطاعن ودل على ذلك بقوله إن الركن المادي لهذه الجريمة متوافر في حق المتهمين من أقوالهم ، فالأول (الطاعن) قال أنه دبر عملية الإختطاف متعاوناً مع المتهمين الثاني والثالث والرابع وأنه كان المشرف على هذه العملية ، وهو الذي قام بجمع المتهمين وإحضارهم إلى الفندق حتى إتمام الخطف والسير أمامهم بسيارته إلى المكان المتفق عليه ، كما أنه سلم للمتهم الرابع خرقة لربط عيني المجني عليه بها ثم استلامه للمجني عليه وضربه ومحاولة خنقه وتكتيف يديه وخلع ملابسه ، وكلها أفعال تشكل الركن المادي لجريمة الخطف يكون قد تضمن ما يفيد الرد ضمناً على ما يقوله الطاعن خاصة بعدم مسؤليته عن الخطف لأنه كان ينفذ أمر رئيسه، وقد أستقر قضاء هذه المحكمة على أن محكمة الموضوع ليست ملزمة بالرد على كل ما يثيره الطاعن من دفوع أو دفاع موضوعي وأن يتتبعه في كل شبهة يقيمها بل يكفي أن يكون في سياق الحكم ما يكفي للرد ضمناً على هذا الدفاع " 40.

من جانب آخر نص المشرع الليبي في المادة 433 من قانون العقوبات على القبض على الناس بدون وجه حق حيث نصت على أنه " يعاقب بالحبس كل موظف عمومي قام بالقبض على أحد الأشخاص متعدداً حدود سلطاته " . هنا قد يحدث تعارض في تطبيق أي النصيين على الموظف العمومي بين نص هذه المادة والفقرة 2 من المادة 428 ولكن المحكمة العليا حسمت الأمر وقررت الآتي " إن الخطف المنصوص عليه في المادة 428 / 2 من ق.ع.ل يتحقق بانتراع أو أخذ المجني عليه

40 - مجلة المحكمة العليا ، سنة 21 ، ع 2، طعن جنائي رقم 286-26ق ، ص139.

من المكان الذي يوجد فيه دون رضاه وإبعاده عنه ، وقطع صلته به، وأن القبض المنصوص عليه في المادة 433 من ق.ع هو شأنه شأن أي قبض قانوني يتحقق بالحجز على حرية المجني عليه في التجول وتقييد حركته دون أن يتوقف الأمر على قضاء فترة زمنية محددة ، ومن ثم يختلط الركنان الماديان في كل من الجريمتين المنصوص عليهما في المادتين المذكورتين في أغلب حالاتهما وعملا بحكم نص المادة 12 من ق.ع وجب معرفة أخص النصين بالتطبيق ، ولما كان للقبض معنى قانوني خاص حيث تناوله المشرع في الفصل الثالث من الباب الثاني من ق.ع. ج باعتباره أحد إجراءات جمع الإستدلالات والتحقيق ، فإنه كلما كان الفعل المادي المكون لانتزاع أو أخذ المجني عليه والحجز عليه ، وحرمانه من حرية التجول قد تم بنية القبض عليه ، وتأييد ذلك بكونه صادرا ممن يعتقد أن القانون يخوله سلطة القبض ولو في إحدى صوره ، ويكون المكان الذي أخذ إليه المجني عليه من الأمكنة التي يقاد إليها من يتم القبض عليهم عادة ، فإن نص المادة 433 من ق.ع.ل هو الواجب التطبيق ، أما إذا لم يتحقق شئ من ذلك فإن نص المادة 428 من ذات القانون هو الأولى بالتطبيق⁴¹.

• تحقيق كسب مادي

قرر المشرع ظرف مشدد آخر وهو إذا كان الهدف من الخطف الحصول على المال فإذا ثبت أن الدافع للخطف هو دفع الفدية تشدد العقوبة على الجاني وهو ما عبر عنه المشرع في المادة 428 / 2 ق.ع.ل ج / إذا وقع الفعل للحصول على

41 - مجلة المحكمة العليا ، سنة 28 ، ع 3 - 4 ، طعن جنائي رقم 614-38 ق ، ص 251 .

كسب مقابل إطلاق السراح ، فإذا حقق الجاني غرضه كانت العقوبة السجن مدة لا تزيد على ثماني سنوات .

نجد أن المشرع في هذا الظرف حاول أن يسد الباب أمام الجناة الذين قد تدفعهم حاجتهم إلى الخطف من أجل مطالبة ذويهم بفدية مالية مقابل إطلاق سراحهم ، فقد عمل على رفع العقوبة في حالة حصول الجاني على مقابل مادي تصل إلى السجن ثمان سنوات . الجدير بالذكر هنا إلى أن أغلب حالات الخطف التي سجلت في السنوات الأخيرة الهدف والغرض منها هو الحصول على مقابل مادي .

ب- ظروف متعلقة بالمجني عليه

من خلال استقراء النصوص القانونية الخاصة بجرائم الخطف نجد أن المشرع أورد عدة ظروف متعلقة بالمجني عليه تؤدي إلى تشديد العقاب على الجاني وهي على النحو التالي :-

• سن المجني عليه

شدد المشرع الجنائي الليبي العقاب على مرتكب جريمة الخطف إذا كان المجني عليه صغير دون الرابعة عشر أو قاصر لم يبلغ الثامنة عشر وذلك من خلال نص المادة 411 /ف 2-3 التي جاء فيها " ... تكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة إذا ارتكب الفعل ضد أنثى غير متزوجة يتراوح عمرها بين الرابعة عشرة والثامنة عشرة .

وتطبق العقوبة ذاتها ولو ارتكب الفعل بالرضا إذا كانت الأنتى دون الرابعة عشرة ذلك نص المشرع في المادة 412/ف 2 التي جاء فيها " يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنوات كل من خطف شخصا أو أحتفظ به بالعنف أو التهديد أو الخداع بقصد ارتكاب أفعال شهوانية .

وتزاد العقوبة بمقدار لا تجاوز الثلث إذا ارتكب الفعل ضد شخص لم يتم الثامنة عشرة

كذلك نص المشرع في المادة 413 التي جاء فيها " يعاقب بالعقوبات المنصوص عليها في الفقرتين الأخيرتين من المادتين السابقتين إذا ارتكب الفعل المبين فيهما دون عنف أو تهديد أو خداع على من كان دون الرابعة عشرة أو على من كان مريضا في عقله أو عاجزا عن المقاومة لضعف نفسه أو بدنه ولو كان هذا الضعف غير ناشئ عن فعل الجاني .

• كذلك نص المشرع في المادة 406 " فإذا وقع الفعل على طفل تقل سنه عن الرابعة عشرة أو على مصاب بعاهة في العقل ولو تمكن هذا الأخير من الهرب ممن كانت له حراسته أو مراقبته فتطبق أحكام المادة 428 من هذا القانون ."

نجد أن المشرع قرر حماية أكثر إذا كان الضحية أو المجني عليه طفلا دون الرابعة عشر أو قاصر لم يكمل الثامنة عشر وهي الفئة الأولى بالحماية تجاه مثل هذه الأفعال وذلك لسهولة خداعهم واستدراجهم وعدم قدرتهم الجسمانية على مقاومة العنف والتهديد المصاحب لفعل الخطف الذي قد يتعرضون له ، وفي ذلك قررت المحكمة العليا " فالثابت أن المتهم استغل صغر المجني عليه -13- وعرض عليه

بطريق الخداع تعليمه قيادة السيارات ، فلما صدقه الطفل نقله ليلا إلى منطقة الغابات بطرق المطار حيث تقل الحركة، وكان قصده من ذلك إتيان الأفعال الشهوانية معه والعبث بشرفه ، وهذا القصد متحقق من نقل الطفل ليلا والمكان الذي نقله إليه ودون علم أهله وما أنتهى إليه نقله من انتهاك لعرضه على النحو الذي ثبت حصوله في حق المتهم ، وليس بلازم لتوافر جريمة الخطف أن يتم حجز المجني عليه بالقوة وإنما يكفي لتوافرها أن يتم الخطف بطريق الخداع ، خاصة بالنسبة للمجني عليه القاصر .⁴²

في المقابل فإن بعض التشريعات العربية وضعت حماية جنائية أكثر وضوحا ووضعت نصوصا خاصة عندما يكون المجني عليه طفلا أو قاصر، كالقانون المصري كما سبق بيانه، من ناحية أخرى لم يتبن المشرع المصري جرائم خطف البالغين الذكور أي لم تحظ بأي تنظيم تشريعي . تجدر الإشارة أنه لا يستطيع الجاني أن يحتج بعدم معرفة سن المجني عليه وقت ارتكاب الجريمة حتى يفلت من العقوبة المشددة، وذلك تطبيقا لنص م 422 التي تنص على أنه " لا يجوز للفاعل أن يحتج بجهله بسن المجني عليه إذا وقعت الجرائم المنصوص عليها في هذا الباب على قاصر دون الرابعة عشرة " وهذا ما ينطبق على جرائم الخطف المنصوص عليها في المادة 411-412 .

⁴² - مجلة المحكمة العليا ، سنة 16، ع 3 - 4، طعن جنائي رقم 26-74 ق ، ص 129 .

• جنس المجني عليه

يتبين من خلال نص المادة 411 التي جاء فيها " يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر كل من خطف امرأة غير متزوجة أو استبقاها بالعنف أو التهديد أو الخداع بقصد الزواج منها .

تكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة إذا ارتكب الفعل ضد أنثى غير متزوجة يتراوح عمرها بين الرابعة عشرة والثامنة عشرة .

وتطبق العقوبة ذاتها ولو ارتكب الفعل بالرضا إذا كانت الأنثى دون الرابعة عشرة "

كذلك نص المشرع في المادة 412 " يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنوات كل من خطف شخصا أو أحتفظ به بالعنف أو التهديد أو الخداع بقصد ارتكاب أفعال شهنانية .

وتزداد العقوبة بمقدار لا تجاوز الثلث إذا ارتكب الفعل ضد شخص لم يتم الثامنة عشرة أو ضد امرأة متزوجة "

هذا التشديد راجع لحماية الأنثى نتيجة ضعفها وعدم قدرتها على المقاومة والدفاع عن نفسها ممن يعتدي عليها هذا من جانب من جانب آخر فإن أغلب دوافع خطف الإناث هي دوافع غير أخلاقية لغرض المواقعة أو هتك العرض .

• الحالة الصحية للمجني عليه

خلال نص المادة 411 التي جاء فيها " يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر كل من خطف امرأة غير متزوجة أو استبقاها بالعنف أو التهديد أو الخداع بقصد الزواج منها .

تكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة إذا ارتكب الفعل ضد أنثى غير متزوجة يتراوح عمرها بين الرابعة عشرة والثامنة عشرة .

وتطبق العقوبة ذاتها ولو ارتكب الفعل بالرضا إذا كانت الأنثى دون الرابعة عشرة أو كانت مريضة العقل أو عاجزة عن المقاومة "

• نص المشرع في المادة 406 " فإذا وقع الفعل على طفل تقل سنه عن الرابعة عشرة أو على مصاب بعاهة في العقل ولو تمكن هذا الأخير من الهرب ممن كانت له حراسته أو مراقبته فتطبق أحكام المادة 428 من هذا القانون .

• صلة الجاني بالمجني عليه

هذه الظروف متعلقة بصلة القرابة التي تربط الجاني بالمجني عليه واعتبارها ظرف مشدد وذوو القربى هم الأصول والفروع والزوج والأخوة والأخوات والأصهار من نفس الدرجة والأعمام والأخوال وأبنائهم ، ولا يعد بين ذوي القربى الأصهار إذا توفي أحد الزوجين دون عقب .

وقد ورد النص عليها في المادة 428 / 2 ق.ع.ل والتي تنص على أنه " 2 / وتكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على سبع سنوات إذا ارتكب الفعل أ/ ضد أحد الأصول أو الفروع أو الزوج .

إن وقوع الإعتداء على أحد ذوي القربى يمثل خطورة إجرامية لدى الجاني الذي لم يولي أي قيمة لصلة القرابة، فمثل هذا الشخص لن يتردد في الإعتداء على أشخاص آخرين .

رغم ما نص عليه المشرع الليبي من ظروف مشددة لجرائم الخطف والتي على اساسها غلظ من العقاب ، إلا انه وبالإطلاع على بعض التشريعات المقارنة نجد أنها توسعت في الظروف التي تزيد من شدة العقوبة وبالتالي يحقق العقاب الردع اللازم لمرتكبي جرائم الخطف ، فوجد المشرع العماني شدد من العقاب من خلال نص المادة 322 من قانون العقوبات بحيث شدد المشرع من عقوبة القبض على الأشخاص وخطفهم وحبسهم بالسجن مدة لا تقل عن سبع سنوات ولا تزيد على خمس عشرة سنة في الحالات الآتية :-

إذا زادت مدة الخطف على 15 اليوم اي أنه للجاني فرصة التراجع خلال 15 وبعد انقضاء هذه المدة عد ذلك ظرف مشدد .⁴³

الجدير بالذكر هنا أيضا إلى موقف المشرع الإماراتي من خلال م 344 من قانون العقوبات الذي قرر فيها عقوبة السجن المؤبد أو الإعدام اذا نتج عن ذلك موت المجني عليه واعتبره ظرف مشدد للعقاب إذا افضى الفعل إلى موت المجني عليه كانت العقوبة الإعدام أو السجن المؤبد .⁴⁴

43 - وتكون العقوبة السجن مدة لا تقل عن (٧) سبع سنوات، ولا تزيد على (١٥) خمس عشرة سنة إذا كان الخطف أو القبض أو الحجز أو الحرمان بأحد الأحوال الآتية : - إذا زادت مدة الخطف أو القبض أو الحجز أو الحرمان من الحرية على (١٥) خمسة عشر يوما ، المادة 322، قانون الجزاء العماني، مرجع سبق ذكره.

44 - قانون اتحادي رقم 3 لسنة 1987 بشأن إصدار قانون العقوبات، الجريدة الرسمية، العدد 182، السنة السابعة عشرة بتاريخ 1987/12/20.

المشرع الليبي من خلال نصوص جرائم الخطف لم يتناول هذه المسألة حالة موت المخطوف نتيجة لجريمة الخطف هذا من ناحية من ناحية أخرى نص المشرع في المادة 385 من ق.ع على الموت أو الإيذاء الناجم عن جريمة أخرى والتي تنص " إذا ترتب على فعل يعد جريمة عمدية موت شخص أو إيذائه كنتيجة لم يتعمدها الجاني ولم يكن من شأن الفعل إحداثها تطبق على الجاني أحكام المادتين -377- 384 .

نجد أن أركان جريمة الموت الناجم عن جريمة عمدية هي :

- أن يرتكب الجاني جريمة عمدية .

هنا تحقق الشرط الأول وهو ارتكاب جريمة الخطف والتي تعد من الجرائم العمدية ولا يمكن أن ترتكب عن طريق الخطأ.

- موت المجني عليه كنتيجة لم يقصدها الجاني.

نتج عن جريمة الخطف وفاة المجني عليه وهي نتيجة لم يقصدها من الخطف فالقصد من جريمة الخطف وفق المجرى العادي للامور إما الزواج أو اتيان افعال شهوانية أو تحقيق كسب مادي.

- ألا يكون من شأن الجريمة العمدية إحداث الوفاة وفق المجرى العادي للامور .

حتى نكون أمام تطبيق نص المادة 385 سالف الذكر يجب ألا يكون الخطف من الجرائم التي تؤدي إلى الوفاة وفق المجرى العادي للامور ، لكن يتبين أن السلوك الإجرامي الذي يرتكبه الجاني في جرائم الخطف بالإكراه يأخذ صورة استعمال العنف أو التهديد المصاحب لفعل الخطف أو الحجز ، هذا السلوك من شأنه أن يحدث الوفاة

وفق المجرى العادي للامور أو كان على الجاني أن يتوقع حدوث الوفاة نتيجة استخدام العنف .

لذلك نرى أنه في حالة نتج عن الخطف موت المجني عليه كنتيجة لم يقصدها الجاني فإنه لا يمكن تطبيق نص المادة 385ق.ع.ل سالفه الذكر ، ويمكن تطبيق جريمة القتل بتجاوز القصد باعتبار أن من مظاهر العنف استعمال الضرب والذي يمثل صورة من السلوك الإجرامي لجريمة القتل بتجاوز القصد وجريمة الخطف⁴⁵ .

ثانيا: الظروف المشددة طبقا للقانون رقم 10 لسنة 1985 بتقرير بعض الأحكام الخاصة بجرائم الآداب العامة.

نص المشرع في نص المادة الأولى من القانون رقم 10 لسنة 1985 على أن من بين الجرائم المخلة بالشرف، الجرائم ضد الحرية والعرض والأخلاق المنصوص عليها في الباب الثالث من الكتاب الثالث من قانون العقوبات ، وتعتبر جرائم الخطف في المواد 411- 412 - 413 من ضمن الجرائم الواردة في هذا الباب ويسري عليها هذا التشديد ويخرج من نطاق هذا التشديد المواد 406- 428 ق.ع.ل. ونص المشرع في المادة الثانية من هذا القانون على التشديد في حالتين.

الحالة الأولى: أن تزداد عقوبة جرائم الخطف السابق ذكرها إلى الثلثين إذا كان الجاني من العاملين بأجهزة الشرطة أو ممن لهم صفة مأمور الضبط القضائي .

الحالة الثانية : تزداد العقوبة إلى الضعف إذا كان الجاني من المكلفين بحماية الآداب العامة أو رعاة الأحداث أو كان رئيسا للمجني عليه في العمل أو ممن عهد إليه

⁴⁵ - للمزيد في هذا الموضوع أنظر د. ابوبكر أحمد الأنصاري ، شرح قانون العقوبات الخاص (جرائم الإعتداء على الأشخاص) ، دار الكتب الوطنية، بنغازي، الطبعة الأولى، 2013، ص 201-202 .

برعايته أو تربيته أو تثقيفه أو تدريبه أو علاجه أو الإشراف عليه أو القيام بشأن من شؤونه.

أيضا نص المشرع في المادة الثالثة على عقوبات تبعية تتمثل في الحرمان من الانتخاب لأتحادات والنقابات والروابط المهنية، عدم الصلاحية لتولي شؤون الوصاية والقوامة، عدم قبول الشهادة أمام الجهات ذات الإختصاص القضائي في غير المسائل الجنائية، الحرمان من الحصول على شهادة حسن السيرة والسلوك، عدم الصلاحية لتولي وظيفة مأمور الضبط القضائي ولو كان قد رد إلى المحكوم عليه اعتباراً، وعلى المحكمة أن تأمر بنشر منطوق الحكم على نفقة المحكوم عليه⁴⁶.

الفقرة الثانية :- عقوبة الخطف المقترن بظرف مخفف

إذا كان اقتران الجريمة بظرف مشدد من شأنه تشديد العقاب فإنه بالمقابل اقتران الجريمة بظرف مخفف يستلزم تخفيف العقوبة على الجاني أو الإعفاء منها وقد أورد المشرع الليبي حالات للتخفيف من العقاب والإعفاء منه على النحو التالي.

• نص المشرع في المادة 414 ق.ع.ل على أنه " تخفض العقوبات المنصوص عليها في المواد 411/412/413 إلى النصف إذا بادر الفاعل قبل إدانته وقبل ارتكاب أي فعل شهواني مع المخطوف إلى إعادة الحرية له وإعادته إلى المحل الذي خطفه منه أو إلى وضعه في مكان أمين يمكن لأسرته أو لمن له الولاية عليه استرجاعه منه " .

الظروف المخففة الواردة في المادة السابقة تنطبق على مرتكبي جرائم الخطف بقصد الزواج (411) والخطف لإتيان افعال شهوانية (412) والخطف دون اكراه (413)

⁴⁶ - قانون العقوبات الليبي ، المرجع السابق ، ص 169- 170.

أما جرائم الخطف المنصوص عليها في المواد 406 - 428 تخرج من نطاق سرمان نص المادة 414 .

- لكي يستفيد الجاني من ظرف التخفيف يجب أن تتحقق عدة شروط وهي :
- أن يضع الجاني حدا للخطف بإرادته من تلقاء نفسه وليس رغما عنه وهو ما عبر عنه المشرع بعبارة " ، إذا بادر الفاعل " .
 - كذلك اشترط أن يكون تراجع الخاطف عن هذه الجريمة قبل الحكم عليه وهو ما عبر عنه المشرع بـ" قبل ادانته" هذا بخلاف بعض التشريعات التي وضعت مدة محددة للجاني لكي يتراجع عن الخطف حتى يمكنه الإستفادة من التخفيف انقضاء هذه المدة يؤدي إلى تشديد العقاب .والجدير بالذكر أن الإدانة الواردة في النص يمكن أن تكون بحكم بات أو قابل للطعن بالإستئناف أو النقض باعتبار أن لفظ الحكم بالإدانة جاء عاماً⁴⁷
 - كذلك اشترط المشرع الليبي عدم ارتكاب أي فعل شهواني مع المخطوف، بمفهوم المخالفة في حالة وقوع اعتداء ماس بالشرف على المخطوف أثناء اختطافه فإن إعادة المخطوف من قبل الجاني قبل إدانته لا تجدي نفعاً، وبالتالي لا يستفيد من ظرف التخفيف.
 - أيضاً اشترط المشرع إعادة المخطوف إلى المحل الذي خطف منه أو إلى وضعه في مكان آمن حتى يسهل على ذويه إيجاده وهذا يعبر عن حسن نية الجاني في تراجعه .

⁴⁷ - د.محمد رمضان بارة ، المرجع السابق ،ص 275.

يستفيد الجاني من الظرف المخفف إذا توافرت هذه الشروط تخفض العقوبة إلى النصف.

يحمد للمشرع أنه خفف العقوبة في تلك الأحوال، إذ في ذلك حث للخاطف أن يرجع عن جريمته قبل أن يحدث بالمجني عليه اذى .

• نص المادة 424 ق.ع.ل التي تنص على أنه "إذا عقد الفاعل زواجه على المعتدى عليها تسقط الجريمة والعقوبة وتنتهي الآثار الجنائية سواء بالنسبة للفاعل أو للشركاء وذلك مادام قانون الأحوال الشخصية للجاني لا يخول الطلاق أو التطليق .

فإذا كان القانون المذكور يخول الطلاق أو التطليق فلا يترتب على الزواج المعقود إلا إيقاف الإجراءات الجنائية أو إيقاف تنفيذ الحكم لمدة ثلاث سنين . ويزول الإيقاف قبل مضي ثلاث سنوات من تاريخ الجريمة بتطليق الزوجة المعتدى عليها دون سبب معقول أو بصدور حكم بالطلاق لصالح الزوجة المعتدى عليها. تتضمن النص المادة السابق احكام تتعلق بسقوط الجريمة ووقف تنفيذ العقوبة بالنسبة لبعض جرائم العرض والأخلاق وهذه الجرائم منصوص عليها في مواد 407 (مواقعة دون رضا) / 408 (هتك العرض دون رضا / 420 (التعرض لأنثى على وجه يחדش حياءها / 411 (خطف الأنثى بقصد الزواج)/ 412 (خطف الأنثى لإتيان أفعال شهوانية) / 409 (تحريض الصغيرات على الفسق والفجور) / 416 (إرغام الأنثى على الدعارة .

وعلى ذلك فإن نص المادة السابق يعفي مرتكب جريمة الخطف المنصوص عليها في المواد 411 الخطف بقصد الزواج، 412 الخطف لإتيان أعمال شهوانية من العقاب إذا عقد زواج صحيح بينه وبين المعتدى عليها المخطوفة . ويبدو أن المشرع أراد استقرار العلاقات الأسرية من ناحية ومن ناحية أخرى إعطاء فرصة للمجني عليها لتكوين عائلة دون ضغوط لأن المجتمع في حالات كهذه قد يحمل المعتدى عليها وزر الجريمة بطريقة غير مباشرة⁴⁸ ومن البديهي أن الجاني لا يستفيد من النص إلا إذا كانت الأنثى غير متزوجة ، فإذا كانت متزوجة يستحيل قانونا للخاطف أن يتزوج بها . ويسفد الخاطف من النص طالما تزوج بالمجني عليها زواجا شرعيا بصرف النظر عما وقع أثناء مدة الخطف ، فقد يكون الجاني قد تعرض لهتك عرض المجني عليه أثناء فترة الإختطاف لأن نص هذه المادة يسرى أيضا على جريمة هتك العرض والمواقعة دون رضا المجني عليها . إن إعفاء الخاطف من العقوبة لا يكون نهائيا إلا بعد مرور ثلاث سنوات من تاريخ ارتكاب الجريمة دون أن ينتهي الزواج بطلاق من غير سبب مشروع، المشرع حاول أن يوفر نوع من الحماية للمجني عليها ، فافترض المشرع أن مدة ثلاث سنوات كافية لتكوين أسرة وتوفير نوع من الإستقرار⁴⁹ .

48 - د.فائزة يونس الباشا ، قانون العقوبات القسم الخاص ، جرائم الإعتداء على الأشخاص ، دار النهضة

العربية، القاهرة، ص229.

49 - للمزيد أنظر د.ابوبكر احمد الأنصاري ، شرح قانون العقوبات الخاص ، المرجع السابق ، ص 477 - 488.

الخاتمة

في ختام بحثنا المتواضع لموضوع جرائم خطف الأشخاص من خلال معرفة الآليات القانونية التي وضعها المشرع الجنائي الليبي لمكافحة هذا النوع من الجرائم، حاولنا الوقوف على أبرز وأهم جوانب جرائم الخطف ، وقد تم عرض الموضوع ضمن بحثين تناولنا فيهما آليات التجريم والعقاب وحتى لا يكون الحديث مكررا سيتم بيان أهم النتائج الموصول من خلالها إلى أهم التوصيات وهي كالآتي:

النتائج :

- من خلال البحث تبين أن جرائم الخطف لم ترد ضمن فصل واحد، بل جاءت نصوصه متفرقة بين الجرائم ضد الحرية الشخصية والجرائم ضد كيان الأسرة والجرائم ضد الحرية والعرض والأخلاق.
- لجرائم الخطف في التشريع الجنائي الليبي صورتان، جرائم الخطف بالإكراه أي استخدام القوة أو التهديد أو الخداع، وجرائم خطف دون إكراه.
- تختلف جرائم الخطف من حيث المصلحة التي يحميها القانون بالتجريم، فعندما نص المشرع على جرائم الخطف بالإكراه كانت المصلحة حماية الحرية الفردية، أما في حالة جرائم الإختطاف دون إكراه كانت المصلحة محل الحماية هي سلطة الوالدين أو الوصي .
- أعتبر المشرع الليبي جريمة الخطف بقصد الزواج جنحة، على الرغم من جسامة الجريمة، وتكمن الجسامة تحديدا في خطف الأنثى وما يؤدي إليه هذا الفعل من نتائج سلبية.

التوصيات

- إعادة تنظيم جميع نصوص جرائم الخطف، بحيث تدرج تحت باب الخاص بالجرائم ضد الحرية الشخصية، لتحقيق الإنسجام والخضوع لأحكام واحدة .
- توفير حماية جنائية أكبر لفئة الأطفال والقصر وذلك من خلال تبني سياسة عقابية أشد في مواجهة مختطفي الأطفال والقصر .
- إدخال بعض التعديلات ومعالجة المسائل التي لم يتناولها المشرع بشكل واضح من بينها حالة ما أدى الخطف الى موت المجني عليه واعتبارها ظرفا مشددا .
- معالجة مسألة مدة الخطف، وذلك بتحديد مدة يجب على الجاني التراجع فيها عن جريمته حتى يستفيد من الظروف المخففة وإلا أعتبر فوات المدة ظرفا مشددا .
- عقوبات جرائم الخطف لا تتجاوز مدد العقوبات فيها عن ثماني سنوات في حال توافر ظرف مشدد، هذه العقوبات لا تتناسب مع درجة جسامة الجريمة المرتكبة التي تشكل إعتداء على أهم حقوق الإنسان وهو الحق في الحرية .
- يجب اعتبار كل جرائم الخطف من الجنایات في كل الأحوال مهما كان الدافع وراء ارتكابها، بحيث لا تقل العقوبة عن ثلاثة سنوات كحد أدنى وخمسة عشر سنة كحد أقصى لتحقيق الردع العام والخاص من العقاب، ويمكن إقرار عقوبة السجن المؤبد في حالة صاحب جريمة الخطف تعذيب المجني عليه بدنيا ونفسيا .

المراجع

أولاً: الكتب

- 1- ابوبكر أحمد الأنصاري ، شرح قانون العقوبات الخاص (جرائم الإعتداء على الأشخاص) ، دار الكتب الوطنية ،بنغازي ،الطبعة الأولى ،2013.
- 2- أحمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون العقوبات ،القسم الخاص ،ط4،1991 ،دار النهضة العربية.
- 3- إمحمد معمر الرازقي ،محاضرات في القانون الجنائي (القسم العام) ، مكتبة طرابلس العلمية العالمية ،ط2 ،2016.
- 4- جندي عبدالملك ،الموسوعة الجنائية، الجزء الثالث، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان،1948.
- 5- رؤوف عبيد ، ص284.
- 6- فائزة يونس الباشا ، قانون العقوبات القسم الخاص ،جرائم الإعتداء على الأشخاص ، دار النهضة العربية،القاهرة.
- 7- فوزية عبدالستار ، شرح قانون العقوبات (القسم الخاص)،ط3 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،1982.
- 8- محمد رمضان بارة ، قانون العقوبات الليبي -القسم الخاص- ،جرائم الإعتداء على الأشخاص ، مكتبة الوحدة ، شارع عمرو بن العاص ،طرابلس ،ليبيا ، 2019.

ثانيا: القوانين

- 1- قانون العقوبات الليبي والتشريعات المكملة له (حتى سنة 2005)، منشورات المركز القومي للدراسات القانونية وبحوث حقوق الإنسان، ط1، 2006.
- 2- قانون العقوبات المصري رقم 58 لسنة 1937 وفقا لأحدث التعديلات بالمراسيم بقوانين أرقام 10، 11، 126 لسنة 2011 ، ، دار العربي للنشر والتوزيع ، القاهرة، 2013.
- 3- قانون الإمارات الإتحادي رقم 3 لسنة 1987 بشأن إصدار قانون العقوبات، الجريدة الرسمية، العدد 182، السنة السابعة عشرة بتاريخ 1987/12/20.
- 4- قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969.
- 5- التشريع العماني مرسوم سلطاني رقم 2018/7 بإصدار قانون الجزاء ، ملحق الجريدة الرسمية، ع رقم 1226، 2018/1/14، السنة 47.

ثالثا: الأحكام

- 1- أحكام المحكمة العليا الليبية
- 2- أحكام محكمة النقض المصرية.

التأمين عن المسؤولية القانونية المهنية

د. سالم الغنای فرحات*

مقدمة

تتصل فكرة المسؤولية بصورة عامة، اتصالاً وثيقاً بالمبادئ والأهداف التي يقوم عليها تنظيم المجتمع، سواء من الناحية الاجتماعية أم الاقتصادية أم السياسية، لأن الغاية التي يسعى إليها كل مجتمع هي استقرار الأوضاع فيه بصورة تكفل الأمن والطمأنينة والرفاهية لأفراده.

وتحقيق هذه الغاية يتطلب أن يتم تنظيم الأوضاع في المجتمع على أسس ومبادئ معينة، وكذلك بمواكبة التشريعات لمتطلبات العصر، لكي يجد حلاً لما ينجم عند التقدم العلمي من آثار سلبية.

فالمسؤولية هي الحالة التي يُؤاخذ فيها الشخص عن عمل أتاها، وهذا العمل يفترض إخلالاً بقاعدة، فإن كانت القاعدة قانونية، فالإخلال يستتبع مسؤولية قانونية يقابلها جزاء حدده القانون، أما إذا كانت القاعدة أخلاقية، فالمسؤولية تكون أدبية، وتكون المؤاخذة عنها بالصفة ذاتها.

ولكي تقوم المسؤولية يجب أن يتوافر فيها الخطأ المتمثل في عدم تنفيذ الالتزامات التي نص عليها العقد أو القانون، وأن يؤدي هذا الخطأ إلى إصابة الغير بالضرر، ذلك أنه كلما تقدمت الحياة المعاصرة في ميادين النشاط العلمي المهني والتقني

* عضو هيئة التدريس بكلية القانون - جامعة طرابلس

والصناعي والتجاري، أصبح الفرد أكثر تعرضاً لإحداث الضرر، مما يطرح موضوع التعويض عنه.

وكثيراً ما يخطئ أصحاب المهن، وما يترتب على ذلك من وقوع أضرار، مما أعطى لموضوع المسؤولية المهنية زخماً كبيراً وأهمية بالغة، حيث تولدت مظاهر للمسؤولية تأخذ في الاعتبار الناحية الفنية لصاحب المهنة، ومن ثم نشأت فكرة الخطأ المهني، سواء كان هذا الأخير محام أو طبيب أو صيدلي، أو غيرهم من المهنيين.

والبحت في المسؤولية المهنية يعد في غاية الأهمية، ويحتاج إلى قدر كبير من الموازنة، من حيث حماية المضرورين مما قد يصدر من بعض أصحاب المهن من أخطاء، ومن حيث توفير الحرية والاطمئنان لهؤلاء المهنيين وتشجيعهم على الابتكار والتقدم العلمي، وهذا ما دفع بالمشروع إلى إصدار قوانين خاصة تحقق هذا التوازن.

وعلى هذا فإن أهمية هذا البحث تقف على حاجة الأفراد للحصول على تعويض الضرر الناجم عن المسؤولية المهنية.

وبناء على ذلك تقسم هذه الدراسة إلى مبحثين اثنين.

الأول: مفهوم المسؤولية المهنية والتأمين عنها.

الثاني: آثار عقد التأمين عن المسؤولية المهنية.

المبحث الأول

مفهوم المسؤولية المهنية والتأمين عنها.

يتطلب الحديث عن التأمين عن المسؤولية المهنية أن نتعرض إلى البحث في ماهية المسؤولية المهنية في مطلب أول ومن تم معرفة مفهوم التأمين عن هذه المسؤولية، في مطلب ثان.

المطلب الأول

مفهوم المسؤولية المهنية.

المسؤولية المدنية تعرف بأنها الالتزام بإصلاح الضرر الواقع على الغير، فكل إنسان عاقل مسؤول عن فعله أو فعل أشخاص تابعين له، أي ملزم بواجبات معينة تجاه الغير، أهمها عدم الإضرار به.

وتنقسم المسؤولية المدنية إلى عقدية وتقديرية، فتكون المسؤولية عقدية إذا نشأت عن إخلال أحد طرفي العقد بالتزاماته أو عن امتناعه عن تنفيذها، وتكون المسؤولية تقديرية إذا كان الالتزام الذي تم الإخلال به مصدره العمل غير المشروع أي مخالفة التزام أقره القانون.

ومع تقدم الحياة وتشابكها، تضاعفت مشاكل المهنيين مع عملائهم نتيجة لردات الفعل التي طالت كل المهن الحرة، ودفعت بالعملاء المتضررين أكثر إلى المناداة بمسؤولية المهني، ذلك أن عدم الأخذ بمسألة المهني عن أخطائه، قد يؤدي إلى عدم الاهتمام والاكتراث من قبله عن الأعباء الملقاة على عاتقه تجاه مهنته، التي تتطلب بالإضافة إلى التخصص الفني، صفات أخلاقية متعددة.

وقد اجمع الفقه والقضاء في معظمه على هجر عدم مسؤولية المهني، وبالتالي أصبح الفنيون عموماً خاضعين للقواعد العامة للمسؤولية المدنية، حيث قد ورد في مؤلف دوما⁽¹⁾، أن مبادئ المسؤولية تطبق في التشريع المدني تطبيقاً عاماً شاملاً لما يقع من الأفعال في الحياة العادية ولما يقع منها في مزاوله المهن المختلفة، بل ولما يقع من الموظفين العموميين، ثم خص من أرباب المهن والموظفين بالذكر، بأن أعتبرهم مسؤولين، لا عما يقع منهم من إهمال أو رعونة فحسب، بل عما يرتكبونه بسبب جهلهم أيضاً.

إن الغاية لكل من المسؤوليتين العقدية والتقصيرية، هي غاية واحدة متمثلة في التعويض عن الضرر الذي يقع على الشخص المضرور، والفقه المعاصر⁽²⁾، يتجه إلى إنه لا توجد فروق جوهرية بين المسؤولية العقدية والتقصيرية، ويقصدون بعدم الاختلاف هنا أمرين:

الأول: هو ترجيح الرأي القائل بوحدة الخطأ العقدي والخطأ التقصيري.

الثاني: يتعلق بعبء الإثبات فليس صحيحاً أن المضرور يلتزم بإثبات خطأ أو إهمال المسؤول عند التمسك بالمسؤولية التقصيرية، أما عند التمسك بالمسؤولية العقدية، فيكفي إثبات وجود العقد، فلا يلزم بإثبات خطأ المسؤول وإنما على الأخير أن يتخلص من المسؤولية بإثبات السبب الأجنبي، أي أن هذا الخلاف الفقهي بين ازدواج

(1) وديع فرح، مسؤولية الأطباء والجراحين، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، العدد 4، ص 384.

(2) حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للالتزام، المصادر غير الإرادية د. ت، 1997، ص 13.

المسؤوليتين ووحدها، قد انتهى إلى التسليم بأن المسؤوليتين تتحدان في الأساس وهو الخطأ⁽³⁾.

وقد كان الفقهاء والقضاء الفرنسي حتى سنة 1936م يقفون على عاتق المهنيين المسؤولية التقصيرية، إلا أنه بصدر حكم محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 20 مايو 1936م⁽⁴⁾، فقد تراجع الفقه والقضاء عن هذه النظرة، ومن ثم فقد اعتبروا أن هذه المسؤولية الملقاة على أصحاب المهن الحرة هي عقدية وليست تقصيرية. أما التزام المهني بالعقد، قد يكون التزاماً ببذل عناية أو بتحقيق نتيجة وفقاً لما تقتضيه أصول المهنة.

ولكن ما يلاحظ هنا أنه في بعض الأحيان تكون المسؤولية العقدية لا يمكن الاعتداد بها، وذلك في الحالات التي لا يوجد العقد فيها بين المهني وعميله، ومن ثم تكون المسؤولية التقصيرية هي المتبعة، كما هو الحال بالنسبة للمحاماة الشعبية "القانون رقم 4 لسنة 1981"، وكذلك الطبيب في المستشفيات العامة وفقاً للقانون رقم 17 لسنة 1986م بشأن المسؤولية الطبية.

وعلى هذا فإن طبيعة المسؤولية للمهني في القانون الليبي هي مسؤولية عقدية، وهو الأصل، أما المسؤولية التقصيرية فهي الاستثناء.

غير أن التقدم الذي واكب كل مجالات الحياة العلمية والاقتصادية والاجتماعية، فقد ترتب على ذلك اتساع دائرة المسؤولية، مما دفع المهنيين نحو الاحتياط من هذه

(3) عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، 1992، ص 467.

(4) عبد اللطيف الحسيني، المسؤولية المدنية من الأخطاء المهنية، دار الكتاب اللبناني،

1987، ص 97.

- المسؤولية، وذلك بالاتفاق مع المضرورين بتعديل أثر الأحكام العامة المتعلقة بالتعويض، وهذا الاتفاق قد يكون على الإعفاء من المسؤولية أو تعديلها. واستندوا في ذلك على نص المادة " 220 " من القانون المدني والتي تنص على أنه :
- " 1. يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين نتيجة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة.
 2. وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ من غشه أو خطئه الجسيم، ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش.
 3. ويقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع".

إلا أن المشرع الليبي في القانون رقم 17 لسنة 1986 م بشأن المسؤولية الطبية نص في المادة الثالثة والعشرين على أنه : " تترتب المسؤولية الطبية على كل خطأ مهني ناشئ عن ممارسة نشاط طبي سبب ضرراً للغير، ويعتبر خطأ مهنياً ناشئاً عن ممارسة نشاط طبي سبب ضرراً للغير، ويعتبر خطأ مهنياً كل إخلال بالتزام تفرضه التشريعات النافذة أو الأصول العلمية المستقرة للمهنة، كل ذلك مع مراعاة الظروف المحيطة والإمكانات المتاحة، وبعد نشوء الضرر، ويقع باطلاً كل اتفاق على ذلك".

ويلاحظ على هذا النص بمقارنته بالمادة " 220 " السابق ذكرها أن قانون المسؤولية الطبية، لا يجيز الاتفاق على الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية الطبية قبل وقوع الضرر سواء كانت عقوبة أو تقصيرية.

أما عن المسؤولية الطبية للمحامي، فقد لزم المشرع الصمت وهو بصدد تنظيم مهنة المحاماة، مكتفياً بتنظيم المسؤولية التأديبية، تاركاً مسؤولية المحامي المدنية للقواعد

العامة في القانون المدني، اعتقاداً منه بكفايتها وملاءمتها، وقد نتج عن هذا الصمت من جانب المشرع وفي نفس الوقت عدم كفاية قواعد المسؤولية العقدية أو التقصيرية للتطبيق على مسؤولية المحامي، تضارب أحكام القضاء وتباين آراء الفقهاء⁽⁵⁾. وبناء على ذلك، فإن قانون تنظيم مهنة المحاماة غير كافية لجبر الضرر الناجم عن الخطأ المهني، ذلك أن الرجوع إلى القواعد العامة ومن بين ذلك نص المادة " 220 " السابق ذكرها، عاجزة عن تحقيق العدالة للمضرورين من خطأ المحامي المهني، سواء بالاتفاق على إعفائه من أية مسؤولية أو من حيث عدم مسؤوليته عن الخطأ أو الغش الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه، وهذا الأمر غاية في الأهمية، حيث قد يستعين المحامي للوفاء بالتزاماته بمحام أو عدد من المحامين يعملون بتوجيهاته دون أن يعتبروا تابعين له، حيث مفهوم التبعية كالمحامين تحت التمرين أو المحامين الذين ينيبهم في الدفاع عن القضايا التي كلف بها، وقد يستعين أحياناً بموظفين أو عمال تكون علاقته بهم علاقة التابع بالمتبوع، مما أدى إلى إثارة مناقشات هامة عادة في أوساط الفقه وأدى إلى صعوبات جمة في العمل حول ما يقع من التابع من حيث اعتباره داخلياً أو غير داخل في حدود وظيفته وهذا ليس بالأمر اليسير، ويعتبر في أحوال كثيرة من أدق المسائل التي تثيرها المسؤولية المدنية⁽⁶⁾.

(5) محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية المدنية للمحامي، دار النهضة العربية، 1993، ص271.

(6) عبد الباقي محمود سوادى، مسؤولية المحامي المدنية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الثانية، 1999، ص 210.

وإزاء هذا القصور الذي ينتاب نوعي المسؤولية العقدية والتقصيرية، لابد من البحث عن نوع آخر لضمان الأضرار التي تقع من المهنيين، وذلك من خلال خضوع ذوي المهن إضافة إلى القواعد العامة التي يخضع لها سائر أفراد المجتمع، لطائفة أخرى من القواعد القانونية التي تحكم سلوكهم وتحدد ما يلتزمون به من واجبات في أدائهم لأعمال مهنتهم، وهذا ما يعرف بالمسؤولية القانونية للمهنيين.

ذلك أن المظهر الرئيسي لاحترام المهني هو التخصص الفني الذي يكتسبه في أداء عمله، ومن تم يكون الخطأ مفروضاً في عدم بدل العناية الواجبة عليه قانوناً، ذلك لأن المسؤولية القائمة على الخطأ الثابت لا تصلح للمجتمعات التي تشد العدالة.

وبناء على ذلك يمكن أن نجعل من الضرر ركناً أساسياً للمسؤولية القانونية للمهنيين، فحيث لا ضرر، لا مسؤولية مهما كان الخطأ، أو بتعبير آخر، أن الضرر الذي ينشأ عن خطأ مخالف لنصوص القانون المنظم للمهنة هو الذي نعتد به لترتب المسؤولية القانونية على المهني، وهذه المسؤولية القانونية تنشأ عن نص القانون، ومن ثم فيغلب فيها القانون صفة العلاقة القانونية على صفة العلاقة العقدية.

وحسناً ما فعل المشرع الليبي فيما يتعلق بالمسؤولية المهنية الطبية حيث نص في المادة الثالثة والعشرين من القانون رقم 17 لسنة 1986 - سابق الإشارة إليه - على أنه "... ويعد نشوء الضرر قرينة على ارتكاب الخطأ أو الإخلال بالالتزام ...".

غير أن المشرع الليبي كان عليه وهو ينظم مهنة مزولة المحاماة، أن يتبع ما أقره بحق المسؤولية الطبية، لا أن يترك الأمر في تحديد الخطأ ومن ثم الضرر وفقاً للقواعد العامة.

ونخلص من ذلك إلى أنه لا بد من وجود المسؤولية القانونية للمهنيين وذلك من خلال تنظيم المشرع لها، حيث إن هذه المسؤولية تغطي العجز الذي يحدث في المسؤولية عن الفعل الشخصي وأيضاً عن المسؤولية عن فعل الغير. فهذه المسؤولية أوسع نطاقاً من المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، حيث أنها لا تشترط وجود العقد، كما أنها لا تشترط علاقة التبعية في المسؤولية عن فعل الغير، وإنما نص القانون كاف لوجودها.

المطلب الثاني

مفهوم التأمين من المسؤولية القانونية للمهنيين.

تنص المادة " 747 " من القانون المدني الليبي على أنه : " التأمين عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له، أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه، مبلغاً من المال أو إبراراً أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد، وذلك نظير قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن ".

ويستخلص من هذا النص أن شخصاً يتعرض لخطر في شخصه كما في التأمين على الحياة، أو في ماله كما في التأمين من الحريق أو التأمين من المسؤولية، فيعمد إلى تأمين نفسه من هذا الخطر، بأن يتعاقد مع شركة تأمين يؤدي لها أقساطاً دورية في نظير أن يتقاضى منها مبلغاً من المال عند تحقق الخطر، ويجوز أن يشترط دفع المال عند تحقق الخطر لشخص آخر غيره، أما شركة التأمين أو هيئة التأمين بوجه

عام فقد أسماها النص " المؤمن " ويدفع المؤمن له للمؤمن عادة أقساطاً سنوية متساوية القيمة، وقد يدفع اشتراكاً دورياً⁽⁷⁾.

وأول أنواع التأمين ظهوراً في العالم هو التأمين البحري، ثم أعقب هذا النوع من التأمين نوع آخر وهو التأمين على الحريق، ثم ظهرت بعد ذلك صور جديدة للتأمين من أهمها التأمين من المسؤولية المدنية الناجمة عن حوادث السيارات، والتأمين من حوادث وإصابات العمل وغيره من التأمينات الأخرى إلى أن ظهر تأمين أرباب المهن الحرة من المسؤولية المدنية الناجمة عن الأخطاء المهنية⁽⁸⁾.

والتأمين من المسؤولية هو تأمين من الأضرار، ويتفق في ذلك مع التأمين على الأشياء، ولكنه يختلف عن التأمين على الأشياء في أنه تأمين لدين في ذمة المؤمن له، فمحل التأمين على الأشياء هو ما للمؤمن له من مال، أما محل التأمين من المسؤولية ما على المؤمن له من مال⁽⁹⁾.

وينطوي التأمين من المسؤولية على وجه شبه مع اتفاقات الإعفاء من المسؤولية من حيث أنه إذا وقع الضرر بالمضروب، فإن المسؤول لا يدفع تعويضاً، لأن غيره " المؤمن " سيدفعه في الحالة الأولى، أو لأن المتعاقد الآخر في الحالة الثانية أي المضروب قد أعفاه من مسؤوليته التعاقدية، وهذا ما دفع البعض إلى القول بأن اتفاقات

(7) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد السابع، عقد التأمين، دار النهضة العربية، د. ن، ص 1594.

(8) محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية المدنية للمحامي، دار النهضة العربية، 1993، ص 21.

(9) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق ذكره، ص 1643.

الإعفاء من المسؤولية هو نوع من التأمين من المسؤولية، يكون فيه الدائن - أي المضرور - مؤمناً لنفسه، أي متحملاً عبء الضرر الذي يحيق به⁽¹⁰⁾.

وعلى الرغم من هذا الشبه بين النظامين، يحذر الشراح من الخلط بينهما، وبالتالي من إخضاعهما لأحكام قانونية واحدة، حيث أن هناك فروقاً جوهرية تفصل بين النظامين تتصل بفكرة التأمين ذاته، ذلك أن نظام التأمين من المسؤولية يقوم على أسس اجتماعية واقتصادية مظهرها تعاون جماعة المؤمن لهم، مما حدا إلى وصفه بـ " غش التعاون ".

كذلك فإن عقد التأمين من المسؤولية يعتبر من عقود التعويض، بينما الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية، يخدم المسؤولية وبالتالي لا يكون هناك تعويض، فهو من عقود عدم التعويض، فالتأمين لا يلغي المسؤولية، وإنما ينقلها إلى مدين آخر إلى جانب المسؤول⁽¹¹⁾.

ويعرف التأمين من المسؤولية⁽¹²⁾، بأنه : " عقد بموجبه يؤمن المؤمن له من الأضرار التي تلحق به جراء رجوع الغير عليه بالمسؤولية ".

ويظهر من هذا التعريف، أن التأمين لا يغطي فحسب الأضرار التي تلحق المؤمن له من جراء تحقق مسؤوليته نحو الغير، بل هو يغطي أيضاً الأضرار التي تلحقه من مطالبة الغير له بالمسؤولية ولو كانت هذه المطالبة خالية من الأساس، فيرجع المؤمن

(10) عبد السلام المزوغي، النظرية العامة لعلم القانون، الجزء الثالث، المسؤولية التقصيرية، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع، 1993، ص 537.

(11) عبد السلام المزوغي، مرجع سابق ذكره، ص 539.

(12) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق ذكره، ص 1641.

له على المؤمن في هذه الحالة الأخيرة بما تكبده الأول من مصروفات وتكاليف في دفع المسؤولية عنه، إذا كان مدعي المسؤولية معسراً لا يستطيع تأديتها. ويتميز هذا النوع من التأمين بضرورة وجود طرف ثالث في العقد، وهو المضرور، وهذا الأخير ليس المتعاقد وإنما هو شخص ثالث لحقه ضرر من جراء خطأ ارتكبه المؤمن له.

وينتج عن هذا وجهان للتأمين من المسؤولية، الضمان الذي يقدمه المؤمن للمتعاقد بحلوله محلّه في مواجهة مطالبة الغير المضرور بالتعويض، في حدود المتفق عليه في العقد، وهو في نفس الوقت ضمان للمضرور بتقديمه مديناً موسراً من النادر إفلاسه، وبذلك يضمن حصوله على التعويض⁽¹³⁾.

وما تراه مهماً في هذا النوع من التأمين من المسؤولية أنه يتميز بخاصية ينفرد بها دون غيره، وهي كونه عقداً مهنيّاً، حيث أنه لا يغطي إلا الأخطار الناتجة عن الخطأ المهني، أثناء ممارسته المهنة، ومن ثم يختلف عن العقد الذي يبرمه المهني مع المؤمن لصالحه أو لصالح أسرته، بعيداً عن مخاطر المهنة التي يمارسها كما هو الحال في تأمينه ضد السرقة أو الحوادث أو ما شابه ذلك⁽¹⁴⁾.

وعلى هذا فإن المهني يجوز له بل في أحيان أخرى ملزم بالتأمين من مسؤوليته المهنية سواء كانت هذه المسؤولية عقدية أو تقصيرية، وسواء كانت هذه الأخيرة قائمة على خطأ ثابت أو مفترض، أو كانت قائمة على أساس غير ذلك، وسواء كان هذا

(13) محمد عبد الظاهر حسين، عقد التأمين، دار النهضة العربية، 1995، ص 51.

(14) عبد المجيد العارف أحمد، التأمين من المسؤولية المدنية عن الأنشطة الطبية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة طرابلس، 2000، ص 11.

الخطأ يسيراً أو جسيماً، ولا يجوز له التأمين من المسؤولية المترتبة على الخطأ العمد لأن هذا يكون من قبيل الغش، كما أنه يستطيع التأمين من أخطاء المساعدين له أو العاملين لديه، ولو كان خطأ الغير عمداً⁽¹⁵⁾.

وبعد ما عرفنا مفهوم التأمين من المسؤولية، فما هو الحال بالنسبة لتنظيم المشرع الليبي لهذا التأمين من المسؤولية للمهنيين؟

بالرجوع إلى النصوص القانونية نجد أن المشرع الليبي في القانون رقم 17 لسنة 1986م، سابق الإشارة إليه. نص في المادة الأولى على أنه: "تسري أحكام هذا القانون على كل من يمارس المهن الطبية والمهن المرتبطة بها.....".

كما نصت المادة الحادية والثلاثون على أنه: "تتشأ هيئة تسمى "هيئة التأمين الطبي" تكون لها الشخصية الاعتبارية، يلتزم الأشخاص القائمون بالمهن الطبية والمهن المرتبطة بها بالتأمين لديها عن مخاطر ممارستهم لتلك المهن".

كما نصت المادة الثانية والثلاثون على أنه: "تصدر اللجنة الشعبية العامة بناءً على عرض اللجنة الشعبية العامة للصحة، قراراً بتنظيم الهيئة المشار إليه في المادة السابقة، وكيفية مباشرتها لاختصاصها وأوجه استثمارها لمواردها، والفئات الملزمة بالتأمين لديها، وقيمة أقساط التأمين وطريقة سدادها، وغير ذلك من الأحكام المنظمة لها".

وبناءً على هذا فإن كل من يمارس المهن الطبية، يقع عليه التزام بالتأمين لدى هيئة التأمين الطبي، وذلك عن مخاطر مزاوله مهنته والمتمثلة في ترتب المسؤولية عليه، فالتأمين هنا إجباري وليس اختياريًا.

(15) عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق ذكره، ص 576.

وقد صدر قرار من اللجنة الشعبية العامة رقم 566 لسنة 1991م بشأن تنظيم هيئة التأمين الطبي، حيث بيّن هذا القرار في المادة الرابعة منه اختصاصات الهيئة في القيام بجميع أعمال التأمين وإعادة التأمين، كما بيّنت المادة التاسعة والعشرون منه، على أن تلزم هذه الهيئة بتغطية المسؤولية الناجمة عن الوفاة أو أية إصابة بدنية أو أي ضرر مادي أو معنوي، يلحق بأي شخص بسبب خطأ من الأخطاء المهنية الناشئة عن ممارسة المهن الطبية والمهن المرتبطة بها.

وعلى هذا يمكن القول بأن التأمين عن المسؤولية الطبية يعتبر تأميناً من الأضرار، يخضع لمبدأ التعويض، سواء كانت هذه الأضرار مادية أو معنوية.

هذا عن مسؤولية المهني الطبي، فماذا عن مسؤولية المحامي في التشريع الليبي؟ في الواقع إن تتبع القوانين المنظمة لمهنة المحاماة في ليبيا، وآخرها القانون رقم 3 لسنة 1914م بشأن المحاماة، ليس بها نص قانوني يلزم المحامي، بالتأمين عن مسؤوليته المهنية، خصوصاً مع تزايد عدد المحامين وتعدد المهام التي يقومون بها، مما ترتب عليه تعدد موضوعات المسؤولية، وبانت تشكل عبئاً ثقيلاً على عاتق المحامي والعميل معاً.

فكان على المشرع الليبي أسوة بما صدر عنه بشأن المسؤولية الطبية من أحكام تتعلق بالتأمين من المهن الطبية، أن يصدر نصوصاً قانونية تعالج مسألة التأمين بالنسبة لباقي المهن الأخرى بما فيها المحاماة، وذلك تماشياً مع التطورات المصاحبة لهذه المهنة وكثرة الأخطاء المهنية المترتبة على مزاوله المهنة، كما هو معمول به في كثير من الدول، ومن بينها فرنسا، التي ألزمت المحامي بإبرام عقد التأمين، حيث نص القانون الصادر في 1971/12/31م على إلزام التأمين من المسؤولية المدنية

عن الخطأ المهني للمحامين، بسبب الإهمال أو التقصير أو الأخطاء خلال ممارسة المهنة.

المبحث الثاني

آثار عقد التأمين من المسؤولية المهنية.

عقد التأمين كسائر العقود، لا بد من أن تتوفر فيه أركان، وهذه الأركان هي التراضي والمحل والسبب، وبشكل عام فإن القواعد العامة هي مصدر تنظيم أحكام هذا العقد، ما لم يوجد نص خاص أو عرف تأمين مخالف.

أما فيما يتعلق بعيوب الرضاء فتتطبق على عقد التأمين القواعد العامة التي تسري على سائر العقود الأخرى في هذا الشأن.

ويتسم عقد التأمين بخصائص كثيرة منها، أنه عقد ملزم للجانبين وعقد معاوضة وعقد رضائي وعقد احتمالي وعقد زمني، ومن عقود حُسن النية، ودون الخوض في تفاصيل هذه الخصائص فإننا نقف على العلاقة الثلاثية لعقد التأمين من المسؤولية، وهي العلاقة بين المؤمن له " المهني " والمؤمن " شركة التأمين، والعلاقة بين المضرور أو المستفيد من التأمين، وطرفي العقد المؤمن والمؤمن له، وما يترتب على هذه العلاقة من التزامات وحقوق.

وعلى ذلك نتناول هذه العلاقة بين المؤمن والمؤمن له في مطلب أول، والعلاقة بين المضرور وطرفي العقد في مطلب ثان.

المطلب الأول

التزامات وحقوق طرفي العقد

باعتبار أن عقد التأمين عقد ملزم للجانبين، فإن العلاقة بين التزامات الأطراف هي علاقة تبادلية، فتدور التزامات الطرف الأول وجوداً وعدمياً مع وجود التزامات الطرف الثاني.

أولاً: التزامات وحقوق المؤمن له.

المؤمن له هنا هو المهني سواء كان طبيباً أو صيدلياً أو محامياً أو غيره من أرباب المهن الحرة.

ويقوم عقد التأمين على أسس فنية في العلاقة، ما بين المؤمن والمؤمن لهم. هذه الأسس هي التي تباعد ما بينه وبين المقامرة والرهان، وتجعله لا يتوقف على الحظ ومصادقة وقوع الخطر، فالمؤمن يجمع أكثر عدد ممكن من المؤمن لهم، فهم يشتركون جميعاً في التعرض لخطر معين، وهنا هو خطر المسؤولية القانونية المهنية، حتى إذا تحقق هذا الخطر بالنسبة إلى بعضهم ساهموا جميعاً في الخسائر التي تنجم عن ذلك، وعلى ذلك فالتأمين يقوم على فكرة تبادل المساهمة في الخسائر المحتملة ويدفع التعويض لمن أصيب منهم بالخسارة من جراء تحقق الخطر، بما يدفعه من مقابل للمؤمن⁽¹⁶⁾.

وعلى ذلك فإن عقد التأمين يرتب التزامات في ذمة المؤمن له وكما جرى العرف التأميني فإن هذه الالتزامات تكون مدونة في النموذج الخاص بعقد التأمين أو بما يسمى بوثيقة التأمين والتي تشتمل على عدة بيانات بداية من اسم المتعاقد وسنه

(16) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق ذكره، ص 1091.

ومهنته، ثم تحديد المخاطر المؤمن منها، وتاريخ الوثيقة وقسط التأمين ومدة التأمين، وملحق التأمين والشروط الخاصة.

والالتزام الرئيسي الذي يقع على عاتق المؤمن له هو تقديم البيانات اللازمة للمؤمن إلى جانب الالتزام بدفع مقابل التأمين أي قسط التأمين.

وفيما يتعلق بتقديم البيانات الصحيحة واللائمة، ومع مراعاة حسن النية، يعد هذا الأمر مهماً للغاية، حيث يتحدد الخطر بناءً على هذه البيانات كنوع المهنة وطبيعتها إلى جانب البيانات الشخصية التي تتعلق بالمهني المؤمن له.

وبالنسبة للمخاطر المؤمن منها، فإنه لا بد من تحديد الخطر، تحديداً دقيقاً، لأن هذا هو الشيء الجوهري في عقد التأمين ومن ثم يتحدد المحل في عقد التأمين، وهو أمر بالغ الأهمية بالنسبة إلى كل من المؤمن والمؤمن له⁽¹⁷⁾.

فالإدلاء بكل البيانات اللازمة والمتعلقة بالظروف المعروفة لدى المؤمن له والتي يكون من شأنها مساعدة المؤمن في التعرف على الخطر المراد تأمينه أثناء التفاوض لإبرام عقد التأمين، ولكي يتخذ المؤمن قراره بتغطية الخطر ومن ثم تحديد قيمة القسط وما يترتب عليه فيما بعد من قيمة مبلغ التأمين.

والمرجع في تقدير ما إذا كان البيان متعلقاً ومؤثراً في الخطر المؤمن منه من عدمه هو المؤمن نفسه، إذ هو وحده الذي يقوم بعمليات التأمين وإعداد الإجراءات الإحصائية اللازمة له⁽¹⁸⁾.

(17) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق ذكره، ص 1235.

(18) محمد عبد الظاهر حسين، مرجع سابق ذكره، ص 119.

وفيما يتعلق بالمهنة الطبية، فإن المشرع أزمه بالتأمين لدى الهيئة، حيث نصت المادة 26 من القرار رقم 556 لسنة 1991م السابق ذكره، على أنه: " لا يجوز مزاوله أي مهنة المشار إليها في المادة " 23 " من هذا القرار إلا بعد حصول القائم بها على وثيقة تأمين صادرة وفقاً لأحكام هذا القرار " .

كما نصت المادة " 28 " من ذلك القرار على أنه: " تصدر وثيقة تأمين لكل مشترك طبقاً للنموذج الذي يصدر باعتماده قرار من اللجنة العليا للهيئة ويسري مفعول الوثيقة للمدة التي أدى عنها قسط التأمين ويجب تجديدها قبل انتهاء مدتها بشهرين على الأقل، وفي جميع الأحوال تظل الوثيقة سارية لمدة ثلاثين يوماً، بعد انتهاء المدة التي أدى عنها قسط التأمين ويجب تجديدها قبل انتهاء مدتها بشهرين على الأقل، وفي جميع الأحوال تظل الوثيقة سارية لمدة ثلاثين يوماً، بعد انتهاء المدة التي أدى عنها قسط التأمين " .

كما بينت لائحة التسجيل وجمع الاشتراكات والتفتيش آلية التغيير أو التعديل الذي يطرأ على البيانات السابق تقديمها من جانبه على نموذج طلب التسجيل سواء تعلق هذا التغيير بجهة العمل من حيث العنوان أو نوع النشاط، أو تعلق بالمشترك من حيث مدة العمل أو النقل أو انتهاء الخدمة أو غير ذلك من البيانات.

ويبدو أن المشرع الليبي قد وفق فيما يتعلق بممارسة المهنة الطبية، وذلك من خلال وضع هذا النموذج الخاص بالملتزمين بالتأمين لدى هيئة التأمين، ومن ثم فإن التزامات المؤمن له في هذا الشأن تكون واضحة من حيث الإدلاء بالبيانات وفق هذا النموذج المعد مسبقاً من قبل هيئة التأمين.

أما فيما يتعلق بالتزامات المؤمن له إذا كان محامياً أو غيره من المهنيين الذين يرغبون في التأمين من مسؤوليتهم المهنية، فإن هذه الالتزامات تخضع للنموذج المعد من قبل شركة التأمين، والتي نظمها المشرع في الفصل الثالث من الباب الرابع في مدونة القانون المدني والذي احتوى على المواد من 747 إلى 780 وإلى جانب التزام المؤمن له بتقديم البيانات الصحيحة والإفصاح عن الوقائع الجوهرية، يقع عليه التزام آخر وهو قسط التأمين أو مقابل التأمين.

ويعد قسط التأمين من أهم أركان عقد التأمين، فيشكل هو والخطر وجهي عملية التأمين، ويمكن تعريف مقابل التأمين بأنه، المبلغ الذي يسدده المؤمن له إلى المؤمن مقابل تحمله تبعة الخطر المؤمن منه بمقتضى عقد التأمين، ويسمى هذا المقابل قسطاً إذا كان المؤمن شركة مساهمة، واشتراكاً إذا كان المؤمن جمعية للتأمين التبادلي أو التعاوني، وقد يدفع القسط مرة واحدة، فيسمى بالقسط الواحد، وقد يتجزأ على دفعات يحددها الأفراد " سنوية أو نصف أو ربع سنوية⁽¹⁹⁾.

وفي هذا نصت المادة " 747 " من القانون المدني على أن : " التأمين عقد يلتزم المؤمن وذلك نظير قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن ". وفيما يتعلق بالقسط الذي يدفعه المسؤول المهني في مجال المسؤولية الطبية، فإن اللائحة رقم 556 لسنة 1991م بشأن تنظيم هيئة التأمين الطبي، قد حددت قيمة أقساط التأمين لدى الهيئة، حيث نصت المادة " 9 " من لائحة التسجيل وجميع الاشتراكات والنقثيش على أنه : " يفرض في مقابل تغطية المسؤولية المدنية الناجمة

(19) محمد حسام محمود، الأحكام العامة لعقد التأمين، مطبوعات جامعة القاهرة، 1990، ص

عن الوفاة أو أية إصابة بدنية أو أي ضرر مادي أو معنوي يلحق بأي شخص بسبب خطأ من الأخطاء المهنية الناشئة عن ممارسة المهن الطبية أو المهن الطبية المرتبطة بها، المشار إليها في المادة " 1 " من القانون رقم 17 لسنة 1986م والمبينة تفصيلاً بالكشف المرفق اشترك سنوي بقيمة " 5 % " من كامل الراتب أو النصيب في الدخل بالنسبة للشركاء أو ما يحققه من عائد بالنسبة للعامل لحساب نفسه ".
كما نصت المادة " 10 " من تلك اللائحة على أنه : " يوزع عبء الاشتراك على النحو التالي:

تتحمل اللجنة الشعبية العامة للصحة والضمان الاجتماعي والجهات العامة الأخرى " 60 % " من قيمة قسط التأمين السنوي لكل من يتبعها ممن يمارس إحدى المهن المذكورة، ويتحمل المؤمن له نسبة " 40 % " " .

أما فيما يتعلق بالعاملين لدى أنفسهم أو الشركاء، تحدد قيمة الاشتراك السنوي على أساس دخل مفترض يختاره الشريك أو العامل لدى نفسه من بين قائمة الدخول المفترضة.

ويتضح من ذلك أن قسط التأمين بالنسبة للمهن الطبية محدد وفقاً لضوابط تم وضعها مسبقاً من قبل هيئة التأمين الطبي.

أما بالنسبة للمحامي فإن قيمة الأقساط تحدد وفقاً للاتفاق مع شركة التأمين، ووفقاً للخطر المؤمن منه، وذلك في حالة رغبته في إبرام عقد التأمين من مسؤوليته المهنية، وكذلك الحال بالنسبة للمهنيين الآخرين.

ثانياً : التزامات وحقوق المؤمن.

الالتزام الأساسي للمؤمن يكمن في دفع مبلغ التأمين، وهذا الالتزام الملقي على عاتقه هو التزام إحتمالي، وليس معلقاً على شرط واقف، هو تحقق الخطر المؤمن منه، وبيان ذلك أن تحقق الخطر هو ركن قانوني في التزام المؤمن وليس مجرد شرط عارض⁽²⁰⁾ ، ومبلغ التأمين يشمل تعويض المؤمن له عما يتقاضاه منه المضرور من تعويض جراء تحقق مسؤوليته، وذلك في حدود مبلغ التأمين إن كان هناك مبلغ معين.

كما يشمل مبلغ التعويض المصروفات التي يحكم بها على المؤمن له في دعوى المسؤولية الموجهة ضده، وكذلك المصروفات التي تستلزمها الأعمال القضائية التي يقوم بها، سواء رفعت دعوى المسؤولية أمام القضاء المدني أو أمام القضاء الجنائي ودخل المضرور مدعياً مدنياً⁽²¹⁾.

وقد نصت المادة 751 من القانون المدني على أنه : " لا يلزم المؤمن في تعويض المؤمن له، إلا عن الضرر الناتج من وقوع الخطر المؤمن منه، بشرط ألا يجاوز ذلك قيمة التأمين " .

وفي هذا أيضاً نصت المادة " 779 " على أنه : " في التأمينات على المسؤولية المدنية يلزم المؤمن بتعويض المؤمن له عما يجب عليه دفعه للغير نتيجة للحادث الذي حصل خلال مدة التأمين حسب المسؤولية المترتبة بمقتضى العقد، وتُستثنى الأضرار الناتجة عن أعمال الغش ، وتقع المصاريف التي يتطلبها

(20) محمد حسام محمود، مرجع سابق ذكره، ص 282.

(21) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق ذكره، ص 1649.

الدفاع في القضية التي يرفعها الطرف المتضرر ضد المؤمن له على عاتق المؤمن لغاية المبلغ المؤمن عليه، ومع ذلك إذا استحق المتضرر مبلغاً يزيد على المبلغ الأصلي المؤمن عليه، فتقسم تكاليف الدعوى بين المؤمن والمؤمن له بنسبة مصلحته.....".

وفي مجال المسؤولية الطبية، نصت المادة " 29 " من قرار اللجنة الشعبية رقم 556 سابق الإشارة إليه، على أنه : " تلتزم الهيئة بتغطية المسؤولية المدنية الناجمة عن الوفاة أو أية إصابة بدنية أو أي ضرر مادي أو معنوي يلحق بأي شخص بسبب خطأ من الأخطاء المهنية الناشئة عن ممارسة المهن الطبية، والمهن المرتبطة بها.....".

وفي بعض الأحيان يدفع المؤمن مبلغ التأمين إلى المضرور من الخطأ المهني، الذي ارتكبه الطبيب غير أنه يستطيع المؤمن استرجاع هذه القيمة إذا ما ارتكب المؤمن له أخطاء سواء ما يتعلق منها بالبيانات التي قدمها وأدلى بها المؤمن، أو فيما يتعلق بالجانب المهني، وهذا ما نصت عليه المادة "31" من القرار رقم "556" السابق ذكره، بالقول بأنه : " يجوز للهيئة الرجوع على المؤمن له بقيمة ما أدته من تعويض في الحالات الآتية:

- 1- إذا حصل الضرر نتيجة فعل متعمد من المؤمن له.
- 2- إذا حصل الضرر من المؤمن له نتيجة قيامه بعمله وهو في حالة سكر أو تحت تأثير مخدر.
- 3- إذا مارس المهنة بدون ترخيص، أو بترخيص مزور.

4- إذا ثبت أن التأمين عقد بناءً على إدلاء المؤمن له بيانات كاذبة أو إخفائه وقائع جوهرية تؤثر في حكم المؤمن على قبوله تغطية الخطر أو قسط التأمين أو شروطه ."

أما فيما يتعلق بحقوق المؤمن فهي تكمن في الحصول على قسط التأمين الذي يحدده عقد التأمين من خلال النموذج الذي تعده هيئة التأمين في المسؤولية الطبية، وشركة التأمين في المسؤولية المدنية للمهن الأخرى إذا قاموا بالتأمين على الأخطاء المهنية التي قد تصدر عنهم.

المطلب الثاني

العلاقة بين المضرور وطرفي العقد.

إن التأمين من المسؤولية يجعل المصاب أو المضرور في موقف أفضل، حيث يضمن للمضرور الحصول على حقه في التعويض، الذي يجبر الضرر الذي أصابه بسبب الإصابة أو الوفاة أو ما لحقه من ضرر مالي أو معنوي، وذلك عن طريق وجود ضامن وهو المؤمن، بل إن هذا التأمين يعمل على تحقيق الأهداف النبيلة للمجتمع، لأنه يعتبر من قبيل التعاون والتكافل بين أفراد المجتمع⁽²²⁾.

غير أن المضرور ليس طرفاً في عقد التأمين، بل هو أجنبي عن عقد التأمين، ذلك أن آثار هذا العقد لا تسري إلا على طرفيه المؤمن والمؤمن له.

لذلك يجب على المضرور مطالبة المؤمن له بالتعويض، أثر تحقق الخطر المؤمن منه، ولا يلزم في هذه المطالبة أن تكون قضائية بدعوى ترفع أمام القضاء، بل يكفي

(22) فايز أحمد عبد الرحمن، التأمين من المسؤولية عن حوادث السيارات، دار المطبوعات

الجامعية، جامعة الإسكندرية، 2006، ص 4.

أن تكون مطالبة ودية خارج القضاء، بإنذار على يد محضر أو بكتاب عادي أو شفوي، ويترتب على ذلك أن المؤمن له، يلتزم بإخطار المؤمن بوقوع الخطر المؤمن منه، وهو هنا مطالبة المضرور إياه بالتعويض، فإذا تمت التسوية، وأقر المؤمن له بمسؤولية عن الضرر الذي لحق بالغير، فإن هذا الإقرار وما يترتب عليه من تعويض، يمكن الاحتجاج به على المؤمن والرجوع عليه بالضمان.

ومع ذلك يجوز للمؤمن عند الرجوع عليه بالضمان، أن يدفع مطالبة المؤمن له بجميع الدفوع التي يستطيع أن يتمسك بها في نفي الخطأ المترتب على مسؤولية المؤمن له، بل يجوز أن يكون هناك اتفاق سابق في وثيقة التأمين - بين المؤمن والمؤمن له - يمنع المؤمن له من أن يقر المسؤولية أو من أن يُصالح المضرور بغير موافقة المؤمن⁽²³⁾.

غير أنه في الغالب ما تتم التسوية مع المضرور قضائياً، وذلك من خلال قيام المضرور برفع دعوى المسؤولية أمام القضاء المدني أو بالتبعية للدعوى الجنائية أمام القضاء الجنائي، ومطالبة المسؤول عن الضرر الذي وقع الخطأ المهني منه، وفي هذه الحالة يمكن أن نكون أمام عدة فروض :-

الفرض الأول : أن يكون المؤمن له وحده في الدعوى، دون أن يدخل المؤمن خصماً في الدعوى، فإذا قضي عليه بالمسؤولية، ومن ثم دفع التعويض إلى المضرور، فإنه يرجع بالضمان على المؤمن.

(23) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق ذكره، ص 1655.

الفرض الثاني: أن يدخل المؤمن إلى جانب المؤمن له في الدعوى ويتولى إدارة الدعوى بنفسه، ليدافع عن مصلحته الشخصية، ومن ثم يكون الحكم الصادر في دعوى المسؤولية حجة عليه.

الفرض الثالث: أن يتولى المؤمن وحده مباشرة الدعوى نيابة عن المؤمن له، استناداً إلى شرط في وثيقة التأمين ويكون هذا الشرط بمثابة توكيل له في مباشرة الدعوى نيابة عنه، والفائدة التي يجنيها المؤمن من إدارته دعوى المسؤولية، أن يبذل قصار جهده في الدفاع عن مصلحته في عدم دفع التعويض، وهو أيضاً لصالح المؤمن له فيما تجاوز فيه مبلغ التأمين.

والحكم الصادر في الدعوى، لا يكون له قوة الأمر المقضي به بالنسبة إلى المؤمن، لأنه إنما يتولى إدارة الدعوى باسم المؤمن له وبالنيابة عنه، ولكن الحكم يكون دليلاً قوياً على تحقق الخطر المؤمن منه، فيرجع المؤمن له على المؤمن بالضمان ودياً أو قضائياً⁽²⁴⁾.

وإلى جانب ذلك يستطيع المضرور، أن يرجع مباشرة على المؤمن من وقت وقوع الضرر الناجم عن خطأ المسؤول، وذلك بأن يستعمل دعوى مدنية المسؤول قبل المؤمن، وهذا ما يعرف بالدعوى غير المباشرة، والتي تخول الدائن الحق في استعمال حقوق مدينه المهمل، بإسم هذا المدين ولحسابه، فالهدف منها المحافظة على الضمان العام المتمثل في أموال المدين وحقوقه لدى الغير⁽²⁵⁾.

(24) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق ذكره، ص 1667.

(25) محمد علي البدوي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، دار الكتب الوطنية، الطبعة الثانية، 2010، ص 68.

وهنا لا توجد علاقة مباشرة بين المضرور والمؤمن، فالعلاقة المباشرة إنما توجد أولاً بين المضرور والمؤمن له وتحكمها دعوى المسؤولية، وتوجد ثانياً بين المؤمن والمؤمن له ويحكمها عقد التأمين، وليس المضرور طرفاً في عقد التأمين حتى يستمد منه حقاً مباشراً قبل المؤمن بموجب هذا العقد⁽²⁶⁾.

فالمضرور هنا يستعمل حق مدينه المؤمن له قبل المؤمن، بالدعوى غير المباشرة للحصول على التعويض في حدود القيمة المؤمن عليها، وهذه الدعوى لا تخول المضرور أي امتياز، بالنسبة إلى باقي دائني المسؤول عن الضرر، فيستطيع هؤلاء أن يشاركوا المضرور في ثمرة الدعوى قسمة غرماء⁽²⁷⁾.

ويتضح من ذلك أن الدعوى الغير مباشرة قد لا تفيد المضرور في بعض الأحيان، مما دفع بالمشروع الليبي لمعالجة هذا الأمر في عدة مواضيع من بينها التأمين الإجباري عن حوادث السيارات، والتأمين من المسؤولية الطبية.

حيث منح المضرور حق اللجوء إلى رفع الدعوى المباشرة، رغم أنه من الغير بالنسبة لعقد التأمين من المسؤولية، فقد نصت الفقرة (2) من المادة (30) من قرار اللجنة الشعبية العامة رقم (556) على أنه: "يجوز لصاحب الشأن عدم قبول مبلغ التعويض واللجوء إلى القضاء لتحديده، وفي هذه الحالة تلتزم الهيئة بقيمة ما يحكم به من تعويض مهما بلغت قيمته، وبأداء هذه القيمة لمن له الحق فيها".

و إذا كان القانون قد أعطى المضرور الحق في رفع الدعوى المباشرة ضد المؤمن، فإنه لم يحرمه من دعواه ضد المؤمن له، باعتباره مسؤولاً عن الضرر.

(26) عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق ذكره، ص 578.

(27) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق ذكره، ص 1671.

فكأن الدعوى المباشرة تجعل أمام المضرور مدينين بالتعويض، هما المؤمن والمؤمن له، بحيث إذا أدى أحدهما التعويض للمضرور برئت ذمته وذمة الآخر مهما تعدد الملتزمون بالتعويض، حيث لا يجوز الجمع بين التعويضين.

وفي هذا جاء حكم المحكمة العليا الليبية⁽²⁸⁾ حيث ذهبت إلى القول :

" أن مفاد نصوص قانون التأمين الإجباري، وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة، أنه خول المضرور دعوى مباشرة قبل المؤمن لاقتضاء المبلغ المحكوم به على المتسبب في الضرر، وبذلك أصبح للمضرور مدينان بالتعويض المستحق له، أولهما المؤمن له المسؤول، وهو مدين طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية، وثانيها المؤمن بحكم الدعوى المباشرة، ولكنهما غير متضامنين فيه، بل هما مسؤولان عنه بالتضام، فلا يجوز للمضرور أن يجمع بينهما، ويرجع على كل منهما، فإذا استوفى حقه من أحدهما، برئت ذمة الآخر، لأنه بحصوله على حكم ضد المؤمن إلى جانب الحكم الذي حصل عليه ضد المؤمن له، يكون له الخيار بين أن ينفذ على المؤمن أو المؤمن له المسؤول.

فإذا نفذ على أحدهما فليس له أن ينفذ على الآخر، إذ تكون ذمته قد برئت طبقاً لقواعد التضامم".

إضافة إلى ذلك إذا لم يستوف المضرور كل حقه من أحدهما أي المؤمن أو المؤمن له، وذلك لعدم كفاية مبلغ التأمين رجع على الآخر بالباقي.

(28) طعن مدني رقم 50/133ق، 2006/02/15، مجلة المحكمة العليا، القضاء المدني، سنة

2006، ص 451.

لذا فإنه يمكن القول أن أساس وأصل الدعوى المباشرة هو المنطق والعدالة والنظام العام⁽²⁹⁾، ومصدر هذه الدعوى هو قانون المسؤولية الطبية. والجدير بالذكر أن هذه الدعوى المباشرة، لا تنشأ عن عقد التأمين ومن ثم لا يسري عليها مدة التقادم الخاصة بعقد التأمين وهي ثلاث سنوات وفقاً للمادة (752) التي نصت على أنه :

" تسقط بالتقادم الدعاوى الناشئة عن عقد التأمين بانقضاء ثلاث سنوات من وقت حدوث الواقعة التي تولدت عنها هذه الدعاوى ".

بل إن هذه الدعوى المباشرة مصدرها القانون، فلا يوجد مدة تقادم خاصة قررها القانون في شأنها، ومن ثم تخضع للقواعد العامة، وتكون مدة تقادمها هي خمسة عشر سنة.

هذا عن المضرور من الخطأ الطبي، أما المضرور من خطأ المحامي فلا يستطيع أن يستعمل إلا الدعوى الغير مباشرة وفقاً لما رأيناه سابقاً.

(29) فايز أحمد عبد الرحمن، مرجع سابق ذكره، ص 160.

الخاتمة

تعرضنا في هذا البحث إلى مسؤولية المهني، وما ينجم عن هذه المسؤولية من أضرار تلحق بالغير، ونخلص إلى القول بأن مظهر رقي الدول وحضارتها ورخاء شعوبها، يكون بمدى تقدم تشريعاتها ومدى مواكبة تلك التشريعات لمتطلبات العصر، فكلما تقدم العلم، ينبغي أن يترتب على ذلك تقدم القانون أيضاً، مما ينتج عن هذا التطور من وضع إطار دقيق ومحدد للمسؤولية المدنية المهنية، وذلك لارتباط أخطاء هذه الأخيرة بمعظم أوجه النشاط الإنساني، الذي يتطلب فناً في أدائها، وخبرة في ممارستها، وحرصاً وعناية في تنفيذها.

وإزاء القصور في المسؤولية العقدية، ومن قبلها المسؤولية التقصيرية في انطباقها على العلاقة بين المهني والعميل، فإن الرأي المقترح هو الخروج بهذه المسؤولية المهنية من دائرة المسؤولية العقدية والتقصيرية، بإقرار المسؤولية القانونية للمهنيين، التي مصدرها القانون واللوائح المنظمة للمهنة.

فالمسؤولية القانونية أوسع نطاقاً من العقدية والتقصيرية، حيث أنها لا تشترط وجود العقد، كما أنها لا تشترط علاقة التبعية في المسؤولية عن فعل الغير، وإنما نص القانون كاف لوجودها، ولذلك تسمى مسؤولية قانونية.

كذلك وجدنا أن قانون تنظيم مهنة المحاماة، لا يوجد به نص قانوني يوجب على المحامي التأمين، ضد مخاطر المسؤولية المدنية الناجمة عن الخطأ المهني، وعلى هذا فإنه يجب على المشرع تدارك هذا الخلل وإدراج نص قانوني يلزم المحامي بهذا التأمين حماية للمضرورين، إسوة بقانون المسؤولية الطبية، وبقوانين المحاماة في المجتمعات المتقدمة.

المراجع

- [1] حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للالتزام، المصادر غير الإرادية د. ت، 1997.
- [2] عبد الباقي محمود سوادي، مسؤولية المحامي المدنية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الثانية، 1999.
- [3] عبد السلام المزوغي، النظرية العامة لعلم القانون، الجزء الثالث، المسؤولية التقصيرية، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع، 1993.
- [4] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد السابع، عقد التأمين، دار النهضة العربية، د. ن.
- [5] عبد المجيد العارف أحمد، التأمين من المسؤولية المدنية عن الأنشطة الطبية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة طرابلس، 2000.
- [6] عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، 1992.
- [7] عبد اللطيف الحسيني، المسؤولية المدنية من الأخطاء المهنية، دار الكتاب اللبناني، 1987.
- [8] محمد حسام محمود، الأحكام العامة لعقد التأمين، مطبوعات جامعة القاهرة، 1990.
- [9] محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية المدنية للمحامي، دار النهضة العربية، 1993.



- [10] محمد عبد الظاهر حسين، عقد التأمين، دار النهضة العربية، 1995.
- [11] محمد علي البدوي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، دار الكتب الوطنية، الطبعة الثانية، 2010.
- [12] فايز أحمد عبد الرحمن، التأمين من المسؤولية عن حوادث السيارات، دار المطبوعات الجامعية، جامعة الإسكندرية، 2006.
- [13] وديع فرج، مسؤولية الأطباء والجراحين، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، العدد 4.

الحماية الجنائية لحرمة الحق في الصورة في نطاق تقنية المعلومات في التشريع الاماراتي (دراسة مقارنة) د. خالد محمد دقاني*

مقدمة:

بالرغم من مزايا التطور التكنولوجي إلا أنه أسهم في تقييد الحريات الشخصية للأفراد، واختراق حرمة حياتهم الخاصة، وذلك من خلال الأجهزة الحديثة التي تمكن مستخدميها من النقاط الصور، وتسجيلها، وكشف ما يدور داخل محيط الحياة الخاصة للأفراد من تصرفات وأوضاع، كما أن هذه الأجهزة الحديثة قد زودت بإمكانيات التصوير في الظلام، والتصوير عن بعد، حتى أنها تخطت حاجز المسافة للاطلاع على ما يدور من أمور خاصة في أماكن بعيدة عن وجود المصور، كما تكمن الخطورة في هذه الأجهزة الحديثة في صغر حجمها وسهولة إخفائها، الأمر الذي يشكل تهديداً لحق الشخص في الصورة، خاصة أنه قد صاحب هذا التطور ازدياد كبير لاستخدام الأفراد لوسائل تقنية المعلومات، وإن كان يغلب على هذا الاستخدام الجانب الايجابي إلا أن البعض منهم قد يسيء استخدام هذا النوع من الأجهزة الحديثة في الاعتداء على حقوق الأشخاص الآخرين في المجتمع كاعتدائهم على الحق في الصورة بشكل متعمد أو غير متعمد، وهذا الأمر هو أحد الأسباب التي دعتنا لخوض هذه الدراسة، كما أن هذا النوع من الاعتداء يمكن أن يرتكب في

* عضو هيئة التدريس بكلية القانون - جامعة الشارقة

الأماكن الخاصة والعامة، خاصة إذا كان التصوير بشكل متعمد لغرض التصوير ولغرض الإساءة للمجني عليه.

أهمية الدراسة :

تكمن أهمية هذه الدراسة في تسليط الضوء على الطبيعة القانونية للصورة، وبيان موقف التشريع الإماراتي، والتشريعات المقارنة من الاعتداء على الصورة في ظل التطور السريع لوسائل تقنية المعلومات وتكنولوجيا التصوير، الأمر الذي قد يدفع البعض لانتهاك خصوصية الأفراد بالاعتداء على حرمة الحق في الصورة ، ولأهمية ما تقدم سوف نستعرض في هذه الدراسة معالجة المشرع الإماراتي والتشريعات المقارنة للجرائم الماسة بحرمة الحق في الصورة .

- إشكالية الدراسة :

تتمحور إشكالية هذه الدراسة حول ما يصاحب عمليات التطور التكنولوجي خاصة في مجال التصوير بأنواعه من إشكاليات قانونية تتلخص في عدة تساؤلات وهي :

- بيان مدى تأثير هذا التطور على الحماية الجزائية للحق في الصورة، حيث قد يؤدي هذا التطور إلى ظهور العديد من الثغرات في القانون الجزائي: منها عدم قدرته على ملائمة التطور السريع خاصة في مجال تكنولوجيا التصوير.
- دراسة موقف المشرع الإماراتي والتشريعات المقارنة في حماية الحق في الصورة، ومدى ملاءمة نصوصه في مواجهة جرائم الاعتداء على الحق في الصورة.

أسلوب الدراسة:

اعتمد الباحث في سبر أغوار هذا الموضوع على المنهج الوصفي التحليلي، والمنهج المقارن، للمقارنة بين النصوص القانونية، والآراء الفقهية، ومبادئ المحاكم العليا ذات العلاقة بموضوع الدراسة، وذلك وفق خطة منهجية ثنائية.

خطة الدراسة :

- المبحث الأول: ماهية الصورة والمكان الخاص محل الحماية
- المطلب الأول : مفهوم الصورة وطبيعتها القانونية.
- المطلب الثاني: نوع الصورة والمكان الخاص محل الحماية.
- المبحث الثاني: الجرائم الواقعة على الحق في الصورة في قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات الإماراتي والمقارن .
- المطلب الاول : جريمة التقاط الصور باستخدام وسيلة تقنية معلومات
- المطلب الثاني : جريمة نشر الصور باستخدام سيلة تقنية معلومات
- المطلب الثالث : جريمة تعديل ومعالجة المشاهد والصور باستخدام وسيلة تقنية معلومات.

المبحث الأول

ماهية الصورة والمكان الخاص محل الحماية

تمهيد وتقسيم:

من أجل بيان ماهية الصورة وطبيعتها القانونية، لا بد من التعرف على مفهومها، وبيان موقف التشريع الإماراتي والتشريعات المقارنة من الطبيعة القانونية للحق في الصورة وذلك على النحو التالي:

- المطلب الأول: مفهوم الصورة وطبيعتها القانونية.
- المطلب الثاني: نوع الصورة والمكان الخاص محل الحماية

المطلب الأول

مفهوم الصورة وطبيعتها القانونية

تمهيد:

نستعرض في هذا المطلب بيان تعريف الصورة في الفرع الأول، وطبيعتها القانونية في الفرع الثاني، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: تعريف الصورة

يقتضي التعريف بالصورة الوقوف على المعنيين: اللغوي والاصطلاحي للصورة:

أولاً: التعريف اللغوي للصورة:

جاء في لسان العرب لابن منظور في مادة (ص و ر) الصورة في الشكل وجمعها صور، وقد صوره فتصور، وقيل تصورت الشيء توهمت صورته، فتصور لي، والتساوير التماثيل⁽¹⁾.

وقد يراد بالصورة الوجه من الإنسان أو الهيئة من شكل وأمر وصفة⁽²⁾.

كما عرفت الصورة لغةً بأنها "التمثال" وجمعها صور، فيقال: تصورت الشيء، أي: مثلت صورته وشكله في الذهن⁽³⁾.

والصورة هي الشكل والتمثال المجسم، قال تعالى ﴿الَّذِي خَلَقَكَ فَسَوَّاكَ فَعَدَلَكَ * فِي أَيِّ صُورَةٍ مَا شَاءَ رَكَّبَكَ﴾⁽⁴⁾

ثانياً: التعريف الاصطلاحي للصورة :

عرفها البعض بأنها " كل امتداد ضوئي للجسم البشري، يدل دلالة واضحة على شخصية صاحبها، سواء كان ناقلاً للصورة على حقيقتها، أو يدخل عليها تحريفاً بحيث يعطيها منظرًا هزلياً "⁽⁵⁾ كما عرفت بأنها : الشكل الظاهر لروح الشخص والكامنة في جسده، فهي تبرز الأنا وتعبر عن حالات الحزن والفرح التي يمر بها⁽⁶⁾.

(1)- ابن منظور ، لسان العرب، دار لسان العرب، بيروت، مادة ص و ر ، د.ت، 492/2.

(2) - لسان العرب ادة (صير) ومادة (صور) .

(3)- محمد أبي بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مطبعة وزارة المعارف، الطبعة السادسة، القاهرة، 1951م، ص 373.

(4) -سورة الانفطار، الآيات 7-8.

(5) - د. سعاد على محمد الفقيه ، الحماية الجنائية للحياة الخاصة في القانون الليبي، " دراسة مقارنة" ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة، 2012-2013، ص249

(6) - د. ضيف الله بن نوح الغوييري ، ضمانات الحماية الجنائية للحقوق الشخصية للإنسان وتطبيقاتها في النظام

السعودي والقانون المصري، " دراسة تأصيلية مقارنة" ، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة ، 2013، ص170

وفي فقه القانون يُعرّفها البعض أيضاً بأنها: "محاكاة لجسم الشّخص أو جزء منه"⁽⁷⁾ أو بأنها: "مُجرّد تثبيت أو رسم لقسمات شكل الإنسان على دعامة ماديّة أيّاً كانت"⁽⁸⁾. والصّورة أيضاً: "مصدر معلومات الشّخص؛ لأنها تكشف عن جانب الحياة الخاصّة للفرد، سواءً أكان ذلك من الناحيّة الدّينية أو العاطفيّة أو أي ناحية أُخرى"⁽⁹⁾. ومما تقدم يمكن القول: إن الصورة هي تجسيد شكل معين على شيء ثابت كالورق والخشب ونحوهما، بحيث يثبت منظر ذلك الشكل كما تم تجسيده ابتداءً، ويمكن القيام بهذا العمل بوسائل متعددة كالرسم والنقش أو باستخدام آلة التصوير أو أي وسيلة مشابهة كما يمكن أن يتم باستخدام وسائل تقنية المعلومات الحديثة. ولا يقتصر مفهوم الصورة على ما يتم التقاطه فوتوغرافياً أو ما هو مجسم من الأشكال وإنما تشمل الصور المتحركة التي تظهر في مشاهد الفيديو التي يتم تصويرها والاحتفاظ بها في أجهزة التصوير الحديثة. ولا أهميّة لهيئة المجني عليه أو مظهره، أو الوضع الذي كان عليه داخل المكان الخاص، فتقع الجريمة ولو كان المجني عليه في وضع لا يخل من اطلاع

(7) د. طارق سرور، قانون العقوبات، القسم الخاص، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، دار النهضة العربيّة، القاهرة، الطبعة الأولى، 2003م، ص483 ولنفس المؤلف: جرائم النشر والإعلام، الكتاب الأول، دار النهضة العربيّة، القاهرة، الطبعة الأولى، 2004م، ص 584.

(8) د. هشام محمد فريد رستم، الحماية الجنائية لحق الإنسان في صورته، مجلة الدراسات القانونية، 8ع يونيه 1986 م، ص 91.

(9) David Capitant: La nature de l' image, colloque de l' association capitant, Thémis, Paris, 2003, p.7.

الغير عليه⁽¹⁰⁾؛ إذ لا يشترط أن يكون موضوع الصورة مرتبطاً بالحياة الخاصة، أو الأمور السريّة لصاحب الصورة⁽¹¹⁾.

كما يستوي أن تكون الصورة لشخص على قيد الحياة أو متوفى؛ لأن ذلك وإن كان لا يمس حرمة الحياة الخاصة للمتوفى؛ فهو يمس حرمة الحياة العائليّة للشخص ذاته⁽¹²⁾، وعلى هذا الأساس قُضي في فرنسا بإدانة مجموعة من الصحفيين نتيجة قيامهم بتصوير جُثّة شخص في مكان خاص، تحديداً في غرفة نومه وعلى سريره وبدون موافقة زوجته (أرملته، وأم أطفاله) التي تقدمت بشكوى لمعاقبة المصورين طبقاً للمادة 226-1. إذن فتصوير جُثّة الشّخص يُشكّل مساساً بحرمة الحياة الخاصة لعائلته⁽¹³⁾.

(10) د. محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات، القسم الخاص، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2010 ص 636.

Cass , Crim 21 octobre 1980 , D, 1981. J. P. 72. note lindon.

(11) Cass.Crime 12 avril 2005, Bull , Crim 2005 , No 122 , p.421.

(12) د. حسني الجندي، التشريعات الجنائيّة الخاصة في دولة الإمارات العربيّة المتحدة، الكتاب الثالث، قانون مكافحة الجرائم المعلوماتية في دولة الامارات العربية المتحدة، أكاديمية العلوم الشرطية، الطبعة الأولى، الشارقة، 2009، ص 204.

(13) Cass , Crime 20 octobre 1998, Bull. Crim 1998, No 264 , p. 765.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للحق في الصورة.

تمهيد :

نستعرض في هذا المطلب الآراء الفقهية التي تطرق إليها الفقه الجنائي بشأن بيان الطبيعة القانونية للصورة/ وبعد ذلك نستعرض موقف التشريع الإماراتي والمقارن منها.

أولاً- موقف الفقه الجنائي

يعد التكيف القانوني للحق في الصورة من المسائل التي شغلت بال الفقه القانوني منذ زمن بعيد، حيث ذهب الفقه الجنائي إلى أربعة آراء فيما يتعلق بالطبيعة القانونية للحق في الصورة، نستعرضها على النحو التالي :

أ- الرأي الأول: ذهب أصحاب هذا الرأي إلى القول بأن الحق في الصورة حق ملكية، وفي هذا الاتجاه ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى القول بأن الحق في الصورة يعد من قبيل الحق في الملكية، وأن الشخص الطبيعي مالك لجسده، وبالتالي يملك كل السلطات التي يعطيها حق الملكية لصاحبه من تصرفات قانونية على الشيء المملوك، أي أنه يملك أن يتصرف في الشيء أو أن يستعمله أو أن يستغله، ومما تقدم إذا كان للإنسان الحق في ملكية جسده فمن الطبيعي أن يكون له الحق على صورته، وبالتالي له الحق أن يعترض على من يصوره أو ينشر صورته⁽¹⁴⁾.

(14) - د. عاقل فاضلة ، الحماية القانونية للحق في حرمة الحياة الخاصة " دراسة مقارنة " ، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة الاخوة منتوري- قسنطينة ، العام الجامعي 2011-2012، ص100

إلا أن أغلب الفقه في فرنسا ذهب عكس هذا الاتجاه واعتبر أنصار هذا الاتجاه قد أخطأوا بطرحهم باعتبار الحق في الصورة من قبيل الحق في الملكية، وذهبوا إلى القول بأنهم قد تأثروا بالأفكار الرومانية القديمة والتي ترجع كل أمر جديد إلى ما هو متعارف عليه منذ القدم دون أن يجتهدوا ويفسروا ويطوروا، ولذلك قاموا باعتبار الحق في الصورة من قبيل الحق في الملكية، لكي يكون لمن يملك الحق في الصورة مزايا المالك الذي يتمتع بسلطات مطلقة على الشيء المملوك⁽¹⁵⁾.

ب- **الرأي الثاني:** ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى القول بأن الحق في الصورة من الحقوق اللصيقة بالشخص، وأنه أحد مظاهر الحياة الخاصة للأشخاص، وأن صورة الانسان جزء من شخصيته، وبالتالي فهي عنصر من عناصر الحياة الخاصة للأشخاص وبالتالي لا يمكن بيع هذا الحق أو تقديره مالياً، أو التنازل عنه للغير، وبالتالي فهو حق تقليدي يدخل في مفهوم الخصوصية للأفراد⁽¹⁶⁾.

وهناك اتجاه ذهب إلى القول باعتبار الحق في الصورة ضمن العناصر المكونة للحياة الخاصة بالأشخاص والتي تصب في حماية الكيان الأدبي للإنسان، ومنهم من اكتفى بالقول: بأن الحق في الصورة ما هو إلا مظهر من مظاهر الحماية الشخصية فالصورة ماهي إلا تعبير عن موقف معين في

(15) - د. ممدوح خليل بحر ، حماية الحياة الخاصة في القانون الجنائي " دراسة مقارنة " ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة القاهرة 1983.ص273.

(16) - د. علاء الدين عبدالله فواز الخصاونه، د. بشار طلال المؤمني، النظام القانوني للصورة الفوتوغرافية الحقوق الواردة عليها ووسائل الحماية القانونية ، مجلة الشريعة والقانون - جامعة الامارات العربية المتحدة ، السنة السابعة والعشرون ، العدد الثالث والخمسون ، 2013 ص 247.

لحظة معينة من حياة الشخص وبالتالي فإن الاخلال بحماية هذا الحق يتضمن اعتداء على الجانب المعنوي للإنسان حينما تكون الصورة في حالة مسيئة للشخص⁽¹⁷⁾.

ج- الرأي الثالث : ذهب القائلون به إلى عكس ما ذهب إليه الاتجاه السابق واعتبر أن الحق في الصورة حق مستقل عن حق حرمة الحياة الخاصة واستدلوا على ذلك بالقول: إن الحق في الخصوصية يكون بالاعتداء عليه في نطاق الحياة الخاصة للأشخاص وبعيداً عن الحياة العامة لهم، أما الحق في الصورة فهو حق الشخص في الاعتراض على التقاط الصورة أو نشرها دون إذن صاحبها، وبالتالي لا يرتبط الاعتداء عليه في الحياة الخاصة بما قد يقع في الحياة العلنية أو العامة⁽¹⁸⁾.

د- الرأي الرابع : وأصحاب هذا الرأي ذهبوا إلى موقف وسط بين الموقفين السابقين حيث ذهبوا إلى أن الحق في الصورة ذو طبيعة مزدوجة، أي أن الحق في الصورة يكون في بعض الأحيان عنصراً من عناصر الحق في حرمة الحياة الخاصة، وقد يكون مستقلاً عنها، وبالتالي يعتبر الحق في الصورة من مظاهر الحياة الخاصة للشخص إذا تعلقَت الصورة بحياته الخاصة كأن يتم تصوير الشخص في لحظة عاطفية مع زوجته حيث إن

(17) - المرجع السابق ، ص 247.

(18) - د.حسام الدين الأهواني ، الحرية الشخصية في روابط القانون الخاص ، بحث مقدم إلى مركز دراسات وبحوث

حقوق الانسان ، جامعة القاهرة ، 1970، ص79

التقاط مثل هذه الصور أو نشرها دون إذن صاحبها يمثل اعتداء على حقه في الخصوصية⁽¹⁹⁾

ثانياً- موقف التشريع الإماراتي والتشريعات المقارنة

لقد تباينت مواقف التشريعات الجزائية من طبيعة الحق في الصورة وذلك على النحو التالي:

أ- موقف المشرع الإماراتي من طبيعة الحق في الصورة :

التشريع الإماراتي بصفة عامة والقانون الجزائي المتمثل في قانون العقوبات الاتحادي رقم 3 لسنة 1987 والتشريعات المكملة له، كالمرسوم بقانون اتحادي رقم 5 لسنة 2012 بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات ذهب إلى الأخذ بالاتجاه الذي يرى بأن الحق في الصورة ذو طبيعة مزدوجة، أي أن الحق في الصورة يكون في بعض الأحيان عنصراً من عناصر الحق في حرمة الحياة الخاصة، وهو ما ذهبت إليه المادة نص المادة (378)⁽²⁰⁾ من قانون العقوبات الاتحادي وما ذهبت إليه المادة

(19) - المرجع السابق ، ص82

(20) - " يعاقب بالحبس والغرامة كل من اعتدى على حرمة الحياة الخاصة أو العائلية للأفراد، وذلك بأن ارتكب أحد الأفعال الآتية في غير الأحوال المصرح بها قانوناً أو بغير رضا المجني عليه:

أ-...ب-التقط أو نقل بجهاز أياً كان نوعه صورة شخص في مكان خاص.

فإذا صدرت الأفعال المشار إليها في الحالتين السابقتين أثناء اجتماع على مسمع أو مرأى من الحاضرين في ذلك الاجتماع فإن رضا هؤلاء يكون مفترضاً.

كما يعاقب بذات العقوبة من نشر بإحدى طرق العلانية أخباراً أو صوراً أو تعليقات تتصل بأسرار الحياة الخاصة أو العائلية للأفراد ولو كانت صحيحة.

ويعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سبع سنوات وبالغرامة الموظف العام الذي يرتكب أحد الأفعال المبينة بهذه المادة اعتماداً على سلطة وظيفته.

(21) من المرسوم بقانون رقم 5 لسنة 2012م في فقرتها الأولى، حيث نصت على أنه " يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر، والغرامة التي لا تقل عن مائة و خمسين ألف درهم و لا تجاوز خمسمائة ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من استخدم شبكة معلوماتية أو نظام معلومات الكتروني، أو إحدى وسائل تقنية المعلومات في الاعتداء على خصوصية شخص في غير الأحوال المصرح بها قانونا بإحدى الطرق التالية:

1- 2....-التقاط صور الغير أو إعداد صور الكترونية أو نقلها أو كشفها أو نسخها أو الاحتفاظ بها.

كما اعتبر المشرع الحق في الصورة مستقلا عن الحق في الحياة الخاصة للأشخاص وعاقب على الاعتداء عليه في المادة السابقة حيث نصت الفقرة الثانية من المادة 21 من المرسوم بقانون رقم 5 لسنة 2012 م بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات على أنه: " " ...

كما يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة واحدة والغرامة التي لا تقل عن مائتين وخمسون ألف درهم ولا تجاوز خمسمائة ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من استخدم نظام معلومات الكتروني، أو إحدى وسائل تقنية المعلومات، لإجراء أي تعديل أو معالجة على تسجيل أو صورة أو مشهد، بقصد التشهير أو الإساءة إلى شخص آخر، أو الاعتداء على خصوصيته أو انتهاكها.

ويحكم في جميع الأحوال بمصادرة الأجهزة وغيرها مما يكون قد استخدم في الجريمة، كما يحكم بمحو التسجيلات المتحصلة عنها أو إعدامها.

حيث جاء النص مطلقاً وعاقب كل من استخدم نظام معلومات الكتروني، أو إحدى وسائل تقنية المعلومات، لإجراء أي تعديل أو معالجة على تسجيل أو صورة أو مشهد، بقصد التشهير أو الإساءة إلى شخص آخر، أو الاعتداء على خصوصيته أو انتهاكها، حتى ولو لم يرتبط الاعتداء عليه بالحياة الخاصة، أي قد يقع في الحياة العلنية أو العامة: كأن يلتقط شخص متعمداً صورة لأحد الأفراد في مكان عام كأحد الأسواق العامة⁽²¹⁾، تم يقوم بمعالجتها وتعديلها بقصد الإساءة للمجني عليه، أو أن يتم التقاط الصور أو نقلها أو نسخها بموافقة صاحب الصورة، إلا أن الجاني يقوم باستغلالها بالتعديل أو المعالجة للصورة الملتقطة بموافقة المجني عليه، بقصد الإساءة له وحسن فعل المشرع الإماراتي فيما ذهب إليه.

ب: موقف المشرع الفرنسي من طبيعة الحق في الصورة :

وقد عد المشرع الفرنسي الحق في الصورة ذو طبيعة مزدوج، ويتضح ذلك من خلال قراءة المادة 1-226 عقوبات⁽²²⁾، والمعدلة بالمرسوم رقم 19-200

(21) - حسام الدين الأهواني ، مرجع سابق ، ص79

(22) - أضيفت المادة (1-226) من قانون العقوبات الفرنسي بمقتضى قانون العقوبات الفرنسي رقم 92 - 684 ، الصادر في 16 ديسمبر 1992م، لتحل المادة (368) من قانون العقوبات القديم التي كانت -وبدورها- قد أضيفت (سابقاً) بالمادة (23) من القانون رقم 10/643 الصادر في 7 يوليو 1970م، والمتعلق بالمعلوماتية وحماية الخريّات ، وقد كانت المادة (368) من قانون العقوبات الفرنسي القديم تنص على أن "يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنة، وبغرامة تتراوح من 200 إلى 50 ألف فرنك، أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط من ينتهك متعمداً ألفة الحياة الخاصة للآخرين، وذلك بأن يقوم بأحد الأفعال الآتية:

1- باستراق السمع أو بالتسجيل أو النقل بواسطة جهاز من الأجهزة محادثة جرت في مكان خاص دون موافقة المتحدث.

الصادر في 19 سبتمبر 2000م بشأن تغيير العملة في عقوبة الغرامة من الفرنك الفرنسي إلى اليورو⁽²³⁾، حيث اشترط في التجريم والعقاب في هذا النص على حرمة الصورة الملتقطة في مكان خاص وبالتالي إذا التقطت الصورة في اجتماع و على مرأى ومسمع من المعنيين دون معارضتهم رغم مقدرتهم على ذلك عد ذلك رضاً مفترضاً من قبلهم، وبالتالي بموجب هذه المادة يعد الاعتداء على الصورة اعتداء على حرمة الحياة الخاصة.

الا أن المشرع الفرنسي يعتبر من جانب آخر الاعتداء على الحق في الصورة مستقلاً عن الحق في الحياة الخاصة للأشخاص وعاقب على الاعتداء عليه بمقتضى نص المادة 226-8 من قانون العقوبات المعدلة بالمرسوم رقم 916-2000 الصادر في 19 سبتمبر 2000م؛ حيث تنص هذه المادة على أنه: " يعاقب بالحبس سنة وغرامة 15000 يورو كل من نشر عمداً بأي طريقة كانت المونتاج الذي تحقق بكلمات، أو بصورة شخص دون موافقة المجني عليه، إذا لم يظهر بوضوح للعيان أنه مونتاج، أو إذا لم تتم الإشارة إلى ذلك صراحةً.

2- بالنقاط أو بنقل، بواسطة جهاز من الأجهزة، صورة شخص في مكان خاص دون موافقته؛ فإذا صدرت الأفعال المشار إليها في الفقرتين السابقتين أثناء اجتماع على مسمع ومرأى من الحاضرين في ذلك الاجتماع فإن رضا هؤلاء يكون مفترضاً".

(23) Ordonnance n°2000-916 du 19 septembre 2000 portant adaptation de la valeur en euros de certains montants exprimés en francs dans les textes législatifs.) JORF 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002.(-

ج- موقف المشرع المصري من طبيعة الحق في الصورة :

كما اعتبر القانون الجنائي المصري الحق في الصورة عنصراً من عناصر الحماية الخاصة حيث كفل حرمة الصورة بموجب المادة 309 مكرر من قانون العقوبات⁽²⁴⁾. حيث اشترط كما هو الحال في التشريع الجزائري الفرنسي في التجريم والعقاب في هذا النص على حرمة الصورة الملتقطة في مكان خاص، وبالتالي إذا التقطت الصورة في اجتماع و على مرأى ومسمع من الحاضرين في ذلك الاجتماع عد ذلك رضاً مفترضاً منهم بالنقاط الصور.

خلاصة القول نجد أن التشريعين الإماراتي والفرنسي اختلفا عن التشريع المصري، حيث نجد أن المشرعين الإماراتي والفرنسي لم يقتسرا على جعل الحق في الصورة من عناصر الحق في الخصوصية، وإنما جعلوا الحق في الصورة ذو طبيعة مزدوجة، أي يكون في بعض الاحيان عنصراً من عناصر الحق في حرمة الحياة الخاصة، وفي البعض الآخر مستقلاً عن الحق في الحياة الخاصة للأشخاص.

(24) - أضيفت هذه المادة بالقانون رقم 37 لسنة 1972م (منشور في الجريدة الرسمية، ع 39، بتاريخ 28 سبتمبر 1972م)، ثم عُدلت في فقرتها الثالثة بالقانون رقم 93 لسنة 1995م (منشور في الجريدة الرسمية 1996م، ع 21) مكرراً بتاريخ 28 مايو 1995م)، ثم عُدلت بالقانون رقم 95 لسنة 1996م (منشور في الجريدة الرسمية، ع 25) مكرراً بتاريخ 30 يونيو 1996م).

المطلب الثاني

نوع الصورة والمكان الخاص محل الحماية

باستعراض النصوص القانونية السابقة في قانون العقوبات الاتحادي أو في التشريعات المقارنة يتضح لنا بأن الصورة محل الحماية هي صورة شخصية في مكان خاص؛ فالمكان الخاص من عناصر الجريمة، ولا محل لقيام الجريمة إذا لم تكن صورة الشخص محلاً للجريمة (أي ما تم الاعتداء عليه)، بل كانت بعض ملكياته الخاصة، سوف نبين في هذا المطلب نوع الصورة محل الجريمة، ثم تبين مفهوم المكان الخاص الذي عدّه المشرع في التشريع الإماراتي والتشريعين الفرنسي والمصري معياراً لخصوصية الصورة:

الفرع الأول: نوع الصورة محل الاعتداء في هذا النوع من الجرائم

باستعراض النصوص القانونية السابقة في قانون العقوبات الاتحادي أو في التشريعات المقارنة يتضح لنا بأن الصورة محل الحماية هي صورة شخصية، ولكن السؤال الذي يثار هو: هل من الممكن أن تكون صور الأشياء أو المستندات أو الحيوانات أو مساكن أو المشاريع التجارية المملوكة للأشخاص محلاً للحماية القانونية في هذا النوع من الجرائم ومن هم الأشخاص محل الحماية؟

للإجابة على التساؤل السابق نستطيع القول بأن الاتجاه الذي ذهب إليه التشريعات في اعتبار الصورة محل الحماية هي الصورة الشخصية للشخص الطبيعي، غير أن هناك جانباً من الفقه ينتقد هذا الاتجاه ويعتبره بمثابة قيد من نطاق الحماية الجنائية لحرمة الحياة الخاصة ضد أعمال التصوير؛ فالتقاط صورة لحيوان

يملكه أحد الأشخاص في مكان خاص يمكن أن يفصح عن أمور تمس حُرمة الحياة الخاصة لهذا الشَّخص؛ حيثُ من شأنه إعلام الغير أن صاحب هذا الحيوان يعاني من حالة اجتماعية معينة مثل العزلة، وأنه اتخذ هذا الحيوان أنيساً له في وحدته، والأمر ذاته ينطبق في حالة تصوير مسكن أحد الأشخاص من الخارج؛ فقد يكشف للغير عن أمور تمس حُرمة الحياة الخاصة لهذا الشَّخص، كأن يعكس تصوير المسكن الوضع الاجتماعي لصاحبه، مما يُسبِّب له حرجاً كان في غنى عنه⁽²⁵⁾.

ونحن من جانبنا نؤيِّد الرأي السابق فيما ذهب إليه؛ ذلك لأنه إذا كانت العِلَّة من تدخل المُشرِّع لحماية الصُّورة هي حماية حُرمة الحياة الخاصة، وأن هذه الحُرمة كما من الممكن انتهاكها عن طريق الاعتداء المباشر على صورة الشَّخص، فإنها يمكن أن تنتهك بشكل غير مباشر عن طريق الاعتداء على صور لعناصر أُخرى تمكن من اعتدى عليها من التطفل على الحياة الخاصة للشخص مالك تلك العناصر لكونها عناصر تعود إلى سر الحياة الخاصة للفرد.

فمسكن الشَّخص مثلاً- إذا ما تم التقاط صور له من الخارج، فإنه لا يؤدي لقيام الجريمة قانوناً، على الرِّغم من أن التقاط صورة لمسكن الشَّخص، تقود -بشكل أو بآخر- إلى التطفُّل على الحياة الخاصة لصاحب المسكن لأنها - بالإضافة إلى ما

(25) د. إبراهيم عيد نايل، الحماية الجنائية لحرمة الحياة الخاصة في قانون العقوبات الفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 161، 162.

سبق- قد تقود للتعرف على هويّة صاحب المسكن؛ فصورة المسكن تدل على هويّة صاحبه ومكان سكّناه (26).

وهكذا فإن الجاني يتمكّن من تحقيق غايته المتمثلة في انتهاك حرمة الحياة الخاصّة للفرد بشكل غير مباشر عن طريق النقاط الصور لبعض ممتلكاته الخاصّة، وخصوصاً إذا ما وضعنا في الاعتبار أن الجاني قد يتمكّن من التقاط العديد من الصور لممتلكات خاصة بالمجني عليه، مثل صورة مسكنه، وسيارته، وحيوانه الأليفة، ومكان تردّده في أيام الإجازات والعطلات، ليقوم في نهاية المطاف بتحليلها منطقياً ليصل في النهاية إلى فكرة معينة تدخل في إطار الحياة الخاصّة للفرد.

ومثال ذلك: لو أن الجاني تمكن من التقاط صورة سيارة المجني عليه، وصورة أخرى لمسكنه، وأيضاً صورة لشقته على البحر، فإنه قد يتمكن بسهولة من الكشف عن الوضع الاجتماعي لصاحبه

بالإضافة إلى أن الصور محل الاعتداء في جرائم انتهاك حرمة الحق في الصورة لا تقتصر على صور الأشخاص الطبيعيين وإنما من الممكن أن تكون صوراً للشخص الاعتباري، كأن يكون محلاً تجارياً معروفاً، فيقوم أحد الأشخاص بتصوير

(26) على أساس المادة التاسعة من القانون المدني الفرنسي قضت محكمة النقض الفرنسيّة بأن "حق الفرد في احترام حياته الخاصّة يشمل المظهر الداخلي للأماكن التي يسكن فيها.

Cass, Crim 7 novembre 2006, D, 2007, p. 700, note J., M. Brugière.

وبغض النظر عن الصورة فقد اعتبرت المحكمة أن إتيان المؤجر بشخص لزيارة بيت فارغ من ساكنيه قد أجره لشخص آخر دون أخذ إذن المستأجر يلحق الضرر بالحياة الخاصّة.

Cass, Crim 25 février 2004, D, 2004, p. 1634, note C. caron.

لمقاطع فيديو لمنتجات غذائية بها حشرات بمحل سوبر ماركت وإرسالها عبر وسائل التواصل الاجتماعي أو أي وسيلة من وسائل تقنية المعلومات⁽²⁷⁾.

الفرع الثاني: المكان الخاص في هذا النوع من الجرائم

لا يكفي المُشَرِّع في نصوص قوانين العقوبات سواء في قانون العقوبات الإماراتي أو قانوني العقوبات الفرنسي والمصري لقيام الجريمة أن يقع الاعتداء على صورة شخص، بل يجب أن يكون الشَّخص موجودًا في مكان خاص.⁽²⁸⁾

وعليه فلا محل لقيام الجريمة قانونًا متى تم الاعتداء على صورة الشَّخص في مكان عام⁽²⁹⁾ وتطبيقًا لذلك فقد قضي بأن قيام المتهم وزوجته بوضع كاميرات مراقبة

(27) - المحكمة الاتحادية العليا ، الامارات ، الطعن رقم 950 لسنة 2019 جزائي، الصادر في جلسة الثلاثاء الموافق

(28) -يقدر المُشَرِّع بحسب الأصل العام للفعل صفته الإجرامية دون اعتبار لمكان وقوعه؛ ذلك أنه إنما يراعي في التجريم وقوع اعتداء على المصلحة التي أولها حمايته الجنائية، بغضِّ النظر عن المكان الذي وقعت فيه الجريمة، إلا أنه خروجًا عن هذا الأصل العام، فإن المُشَرِّع قد يعتد بمكان ارتكاب السلوك الإجرامي، ويرتب عليه آثار قانونية مهمة؛ ففي كثير من الحالات نجد أن المُشَرِّع يجعل من مكان ارتكاب السلوك الإجرامي عنصرًا في الرُّكن المادي للجريمة، بحيث لا تقوم إلا إذا وقع الفعل في المكان الذي حدده النص.

مبروكة عطية على، عنصر المكان كأساس للتجريم والعقاب في القانون الليبي، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة قاريونس، بنغازي، العام الجامعي: 2007 - 2008، ص1.

(29)CA amiens 8 Désmbre 2008, No de pourvoi, 08-00503.

في محيط المسكن وعلى واجهته لأغراض المحافظة على الأمن وتمكنا تبعًا لذلك من النقاط العديد من الصور للأشخاص المارين في الشارع والسيارات أمام مسكنهما، بالإضافة إلى أن أحد الكاميرات المثبتة على واجهة المسكن التقطت صور الجيران أمام المسكن الخاص بهما- لا يُشكّل انتهاكًا لحُرمة الحياة الخاصّة بالمعنى المقصود في المادة 1-226، ومن ثمّ لا محل لقيام الجريمة لتخلّف أحد العناصر القانونيّة اللازمة لقيامها وهو النقاط الصور في مكان خاص فالمكان الخاص بالمعنى المقصود في المادة 1-226 يعني محل إقامة وسكن الشّخص الذي تم النقاط أو تسجيل صورته⁽³⁰⁾، فالمكان الخاص عنصر ضروري لقيام الجريمة⁽³¹⁾.

ويُعرّف المكان الخاص بأنه " المكان المغلق الذي لا يمكن أن تتسرّب إليه نظرات الناس من الخارج أو أن يدخله الغير من دون الحصول على إذن صاحبه"⁽³²⁾.

وفي هذا المعنى عرّفت محكمة النقض الفرنسيّة المكان الخاص بقولها: "المكان الخاص حسب نص المادة 226 عقوبات يشمل المكان غير المفتوح للأشخاص بدون إذن الشاغل له، وهو ما عليه الحال بالنسبة للسيارة التي كان بداخلها المجني عليه"⁽³³⁾.

(30)Cass,Crim 15 janvier 2003, No de pourvoi, 02-82278.

(31)Cass.Crim 25 octobre 2011, N° de pourvoi: 11-80266.

(32)Albert chavanne, la protection de la vie privée dans la loi du 17 juillet 1970, Rev.sc.crim et dr.pén ,No 3,juillet-septembre,1971 ,p.606.

(33)Cass.Crim 28 novembre 2006, No de pourvoi, 06-81200.

وعرّفته ذات المحكمة أيضًا بأنه " المكان الخاص هو المكان الذي لا يجوز دخوله بدون إذن حائزه أو شاغله." (34)

أو هو "المكان الذي لا يكون مسموحًا للجميع بدخوله، بل يتوقّف الدخول على تصريح من شاغله" (35). ويُعرّف أيضًا بأنه: "المكان الذي لا يمكن دخوله دون إذن الشّخص الذي يشغله، سواءً أكان ذلك بطريقة دائمة أم مؤقتة" (36).

ويُعَدُّ المكان خاصًا حتى ولو كان شاغله في مرمى نظر الجمهور، كالشّخص خلف النافذة، أو من يركب سيارة أبوابها مفتوحة بسبب حادث. (37)

هذا وقد ذهبت محكمة النّقض الفرنسيّة إلى عدِّ مكان العمل في حكم المكان الخاص في أحوالٍ معينة. (38)

وطبقًا لما سبق يدخل في مفهوم المكان الخاص: الغرفة في المستشفى، والغرفة في الفندق، والمركب في عرض البحر، والصيدليّة، ومكتب المحامي، والمعمل الطبي، وعيادة الدكتور (في غير أوقات العمل الرسميّة) (39)، ومكتب الشركة، والمكتب الرئيسيّ للصحيفة، والحديقة الخاصّة. (40)

(34) Cass,Crim 26 février 2010,Bull.Crim,No 25..

(35) Valérie malabat , Droit Penal Special, Dalloz ,paris.ed3 ,2007,p234.

(36) Jean Pradel et Michele Danti – Juan , Manuel de droit Penal special, editions Cujas,Paris,4e ed,2007,p. 228.

(37) د. مجدي محب حافظ، جرائم العرض في ضوء الفقه وقضاء النّقض، دار الفكر الجامعي، الإسكندريّة، 1993م، ص307.

(38) Cass, Crim 6 octobre 1987, Gaz. Pal 1988, p.394.

(39) TGI, paris , 7 novembre 1975 D. 1976-270-obs, lindon.

وذهبت محكمة النّقض الفرنسيّة إلى إدخال السيّارة في مفهوم المكان الخاص، على أساس أن المكان الخاص المقصود في المادة 1-226 هو ذلك المكان غير المسموح للغير بدخوله إلا بإذن صاحبه، وهو ما يتحقّق بشأن السيّارة، وأدانت المحكمة - على هذا الأساس - شخصاً قام بتصوير شخص آخر متواجداً بداخل سيّارته دون رضاه عن طريق استخدام عدسة مكبرة. (41)

وعدّبت المحكمة ذاتها أن السيّارة تفقد صفة المكان الخاص في بعض الأحوال حيث قضت في 12 أبريل 2005م؛ حيث أدانت محكمة استئناف باريس مجموعة من المصوِّرين التابعين لإحدى الصحف نظير قيامهم بتصوير المصائبين في السيّارة الخاصّة وباب السيّارة مفتوح لنقل الضحايا وقالت محكمة النّقض "أن الجريمة المنصوص عليها في المادة 1-226 من قانون العقوبات المتعلّقة بالاعتداء على حرمة الحياة الخاصّة للغير بتصويره في مكان خاص بدون موافقته، على اعتبار أن السيّارة تُعتبر قانوناً مكان خاص، فإن التقاط الصّورة للزوجين في سيارة خاصة يُمثّل اعتداءً على حرمة الحياة الخاصّة حال اعتراضهما على ذلك الفعل، غير أن وقوع حادث السيّارة والذي ترتّب عليه فتح أبواب السيّارة، واقترب الحشود من الناس لنقل المصابين من داخل السيّارة إلى المستشفى لإسعافه، واستغلال ذلك من قبل الغير وتصويره للمصابين يُفقد السيّارة صفة المكان الخاص" طبقاً للمادة 1-226 من قانون العقوبات، التي تكون فيها هذه السيّارة سيّارة خاصة استعملت كسيّارة إسعاف

CA paris 17 mars 1986. gaz. pal. 1986. 2.429.

(40) Cass, Crim 5 Décembre 2000, Bull. Crim. 2000, No 362, p.1091 .

(41) Cass , Crim 28 novembre 2006, No de pourvoi, 06-81200.

وقت إنقاذ أو إسعاف الضحايا، وتردّد أكثر من شخص على هذه السيّارة وفتح أبوابها لنقل الضحايا" ونقضت بذلك حكم محكمة الاستئناف.⁽⁴²⁾

يُفهم من الأحكام السابقة لمحكمة النقض الفرنسيّة أن المكان الخاص في قضاء محكمة النقض هو المكان المغلق، وعلى هذا الأساس تُعتبر السيّارة مكانا خاصا إذا كانت أبوابها مغلقة، وتفقّد السيّارة صفة المكان الخاص متى فتحت أبوابها ونحن من جانبنا نؤيّد ذلك. كما ذهبت محكمة النقض المصريّة إلى عدّ السيّارة مكانا خاصا ما لم تتواجد على الطريق العام.⁽⁴³⁾

أما المكان العام فيمكن تعريفه بأنه "المكان المُتاح للجميع دخوله دون تصريح خاص بصفة مستمرة بدون أدنى قيد أو شرط"، أو هو المكان الذي يجوز للعامة الدخول فيه دون إذن خاص.⁽⁴⁴⁾

والمكان قد يكون عامًا بطبيعته أو بالتخصيص أو بالصدفة⁽⁴⁵⁾، والمكان العام - بطبيعته - "هو المكان الذي يكون معدًا منذ إنشائه لدخول الجمهور وتردّده عليه بحريّة

(42) Cass, Crim 12 avril 2005, Bull. Crim 2005. No 122, p.421.

(43) نقض 4 إبريل 1960م، مجموعة أحكام النقض، س 11، ص 308.

(6) سامح عبد الحكم، جرائم الإنترنت الواقعة على الأشخاص في إطار التشريع البحريني، دراسة مقارنة مع التشريع المصري، دار النهضة العربيّة، القاهرة، 2007م، ص 44.

(45) د.فاطمة سليمان جاسم الخليفة، الحماية الجنائيّة للحياة العام، دراسة مقارنة في الشريعة الإسلاميّة والقانون الوضعي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2010م، ص 312.

دون قيد، ومن أمثله: الحقائق، والميادين العامّة⁽⁴⁶⁾، والملاعب، ومحل بيع الكتب، والطريق العام⁽⁴⁷⁾.

وقد يكون المكان العام بالتخصيص، ويقصد به المكان الذي يسمح للجمهور ارتياده بشروط معينة، ويكون الدخول إليه ممنوعاً في غير هذه الأوقات، سواءً أكان ذلك بشروط أو بدون شروط، مثل دور السينما، وصالة استقبال في فندق⁽⁴⁸⁾.

مع ملاحظة أن هذه الأماكن تكون عامة خلال الفترة التي يرتادها الناس، وفي الأجزاء المسموح بارتياها فقط، أما فيما عدا تلك الأحوال فإنها تعد في حكم المكان الخاص⁽⁴⁹⁾ فالمكان العام قد يتحول إلى مكان خاص وفقاً لظروف استخدامه.⁽⁵⁰⁾

والمسكن الذي يتواجد فيه مجموعة من الأشخاص لتقديم النجدة لمن بداخله⁽⁵¹⁾، وتأخذ هذه الأماكن حكم الأماكن العامّة بالتخصيص.⁽⁵²⁾

(46) نقض 14 أكتوبر 1973م، مجموعة أحكام محكمة النقض، س24، ص847.

(47) نقض 15 أكتوبر 2006م، الطعن رقم 8968 لسنة 67 قضائية، نقض 7 يناير 1991م، الطعن رقم 61341 لسنة 59 قضائية.

(5) Cass , Crim 15 avril 2005, Bull , Crim No 122. p. 421.

(49) د. ممدوح خليل البحر، حماية الحياة الخاصة في القانون الجنائي، مرجع سابق، ص320.

(7) Cass.Crim 25 octobre 2011, N° de pourvoi: 11-80266.

(51) نقض 19 مارس 1956م، مجموعة أحكام محكمة النقض، س7، ص367.

(52) د. ممدوح خليل البحر، حماية الحياة الخاصة في القانون الجنائي، مرجع سابق، ص320.

وفي التشريع الإماراتي لم يقصر الأمر لقيام الجريمة أن يكون المكان خاصاً، وإنما من الممكن أن يقع الاعتداء على الخصوصية حتى ولو كان المكان عاماً حيث قصد بالخصوصية - المشمولة بالحماية والمنصوص عليها في المادة 21 من المرسوم بقانون رقم 5 لسنة 2012 - حماية الحرية الخاصة للأشخاص وبالتالي تقع الجريمة حتى ولو كان فعل الالتقاط للصورة في مكان عام إذا كان الجاني متعمداً من فعله الاعتداء على خصوصية الشخص، حيث قضت محكمة استئناف خورفكان بإدانة سيدة قامت بالتقاط صورة لشخص المجني عليه كان موجوداً بجانب (البروشور) عبر تطبيق (سناب شات) في إحدى الدوائر الرسمية⁽⁵³⁾، بموجب أحكام الفقرة الأولى من المادة من المرسوم بقانون رقم 5 لسنة 2012.

(53) - محكمة الاستئناف خورفكان، الإمارات، استئناف رقم 571 لسنة 2017 جزائي، الصادر بجلاسة

المبحث الثاني الجرائم الواقعة على الحق في الصورة في قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات الإماراتي والمقارن

تمهيد وتقسيم:

أصدر المشرع الإماراتي المرسوم بقانون اتحادي رقم 5 لسنة 2012 في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات حيث نصت المادة 21 منه على أنه:

" يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر والغرامة التي لا تقل عن مائة وخمسين ألف درهم و لا تجاوز خمسمائة ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من استخدم شبكة معلوماتية أو نظام معلومات إلكتروني، أو إحدى وسائل تقنية المعلومات في الاعتداء على خصوصية شخص في غير الأحوال المصرح بها قانوناً بإحدى الطرق التالية: ... 2- التقاط صور الغير أو إعداد صور الكترونية أو نقلها أو كشفها أو نسخها أو الاحتفاظ بها.

3- نشر أخبار أو صور الكترونية أو صور فوتوغرافية أو مشاهد أو تعليقات أو بيانات أو معلومات ولو كانت صحيحة وحقيقية.

كما يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة واحدة والغرامة التي لا تقل عن مائتين وخمسون ألف درهم ولا تجاوز خمسمائة ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من استخدم نظام معلومات إلكتروني، أو إحدى وسائل تقنية المعلومات، لإجراء أي تعديل أو معالجة على تسجيل أو صورة أو مشهد، بقصد التشهير أو الإساءة إلى شخص آخر، أو الاعتداء على خصوصيته أو انتهاكها"

باستقراء النص السابق نلاحظ حرص المشرع الإماراتي على حماية الحق في الصورة للأشخاص في إطار حماية الحق في الخصوصية، ومن أهم مظاهر هذه الخصوصية المواد المرئية والصور والاختبار والمشاهد والتعليقات والمعلومات الخاصة بالأفراد، خاصة تلك التي لا يريد الاطلاع عليها من الغير، حيث نلاحظ أن المشرع في دولة الإمارات قد جرم السلوكيات التي تشكل انتهاكاً لخصوصية الأشخاص، وجعلها معروفة من الغير، مما يؤدي إلى الإضرار بهم، ولم يعرف المشرع الإماراتي المقصود بخصوصية الأفراد، ونكتفي ببيان المقصود بخصوصية الأفراد والتي سبق عرضها في المطب الأول من هذا البحث.

ومن حيث الحماية الموضوعية للحق في الصورة في القوانين الجنائية الخاصة في التشريع المصري فقد تدخل المشرع بإصدار قانون خاص لمكافحة جرائم تقنية المعلومات وهو القانون رقم 175 لسنة 2018 بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات والتي نصت المادة 25 منه على أنه : (يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر، وبغرامة لا تقل عن خمسين ألف جنيه ولا تجاوز مائة ألف جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من اعتدى على أي من المبادئ أو القيم الأسرية في المجتمع المصري، أو انتهك حرمة الحياة الخاصة أو أرسل بكثافة العديد من الرسائل الالكترونية لشخص معين دون موافقته، أو منح بيانات إلى نظام أو موقع الكتروني لترويج السلع أو الخدمات دون موافقته أو بالقيام بالنشر عن طريق الشبكة المعلوماتية أو بإحدى وسائل تقنية المعلومات، لمعلومات أو أخبار أو صور وما في حكمها تنتهك خصوصية أي شخص دون رضاه، سواء كانت المعلومات المنشورة صحيحة أو غير صحيحة.

بعد أن قمنا باستعراض النصوص القانونية المتضمنة لحماية الحق في الصورة في نطاق تقنية المعلومات في التشريعات محل الدراسة نلاحظ أن كل هذه التشريعات قد وفرت الحماية الجنائية للحق في الصورة إلا أنها تتفاوت في حجم التجريم ومقدار العقوبة وسوف نحاول ذلك باستعراض الجرائم الواقعة على الحق في الصورة في قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات في التشريع الإماراتي والتشريعات المقارنة حيث نتناول الركن المادي والمعنوي والعقوبات المقررة لهذا النوع من الجرائم وذلك على النحو التالي :

المطلب الاول : جريمة التقاط الصور باستخدام وسيلة تقنية معلومات

المطلب الثاني : جريمة نشر الصور باستخدام وسيلة تقنية معلومات

المطلب الثالث : جريمة تعديل ومعالجة المشاهد والصور باستخدام وسيلة تقنية معلومات.

المطلب الأول

جريمة التقاط الصور باستخدام وسيلة تقنية معلومات

تنص الفقرة الأولى من المادة 21 على أنه " يعاقب كل من استخدم شبكة معلوماتية أو نظام معلومات إلكتروني، أو إحدى وسائل تقنية المعلومات، في الاعتداء على خصوصية شخص في غير الأحوال المصرح بها قانوناً بإحدى الطرق التالية:

1- ... 2- التقاط صور الغير أو إعداد صور إلكترونية أو نقلها أو كشفها أو نسخها أو الاحتفاظ بها.

الفرع الأول: الركن المادي .

يتحقق الركن المادي بإتيان الجاني لأفعال معينة نص عليها المشرع في النص التجريمي في جريمة الاعتداء على حرمة الصورة باستخدام وسيلة معينة، وهي أفعال الالتقاط والنقل والتعديل والنسخ والاحتفاظ .
ويُقصد بالالتقاط تثبيت الصورة على مادة خاصة بشكل يمكن من الاطلاع عليها، ويتم ذلك عن طريق أجهزة التصوير⁽⁵⁴⁾، ويُعرّف البعض الآخر الالتقاط بأنّه: "اختلاس النظر عن طريق جهاز من الأجهزة يستعمل في حفظ مناظر معينة وأوضاع مختلفة لشخص معين أو مجموعة أشخاص"⁽⁵⁵⁾.

((54)) د. فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة، 2000، ص 645.

((55)) عفيفي كامل عفيفي، د. فتوح الشاذلي، جرائم الكمبيوتر وحقوق المؤلف والمصنفات الفنية ودور الشرطة والقانون، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الثانية، 2007م، ص 295.

ويكفي لقيام الجريمة في هذه الصورة مجرد القيام بفعل الالتقاط ولو لم يتم إظهار الصورة على الدعامة المادية المخصصة لذلك، ويستوي في ذلك أن تكون الصورة في حالة ثبات أو حركة⁽⁵⁶⁾، ويتحقق الالتقاط أيضاً بتثبيت الصورة وتخزينها على ذاكرة تليفون أو جهاز كمبيوتر. ويقصد بإعداد الصور تكوينها وتجهيزها باستخدام إحدى وسائل تقنية المعلومات كالهاتف أو الحاسب الآلي وما في حكمهما.

ويُقصد بالنقل إرسال الصورة من مكان إلى آخر، والغرض من النقل هو تمكين شخص آخر غير المتواجد في مكان النقاط الصور من مشاهدتها⁽⁵⁷⁾، كأن يتم إرسالها عبر البريد الإلكتروني، أو عبر إحدى وسائل التواصل الاجتماعي، أو من جهاز إلى آخر.

كما يتحقق النقل بأيّة وسيلة كانت -طبقاً لنص المادة 226-1- بما في ذلك وسائل التقنية الحديثة؛ وعليه فقد قضي بإدانة الشخص إثر قيامه بإرسال صور فاضحة مُخلّة بالحياء مُلتقطّة لصديقه في مكان خاص إلى صديق آخر له عبر البريد الإلكتروني دون موافقة المجني عليها.⁽⁵⁸⁾

((56)) د. مدحت رمضان، جرائم الاعتداء على الأشخاص والانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص117.

((57)) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص794.

Jacques Ravanans, La protection des personnes contre la réalidation et la publication de leur image, paris, L.G.D.J, 1978, p.516.

(5) Cass, Crime 20 janvier 2009, No de pourvoi, 08 -83255.

ويقصد بكشف الصورة: إظهارها وبيانها وتوضيحها للغير باستخدام إحدى وسائل تقنية المعلومات، ويقصد بالاحتفاظ بالصورة أي أن يحتفظ لنفسه بالصورة الملتقطة أو المعدة أو المنسوخة سابقا باستخدام إحدى وسائل تقنية المعلومات.

أما نسخ الصورة : ويقصد به أخذ نسخة من الصورة الملتقطة أو الفيديو المصور باستخدام شبكة معلوماتية، أو نظام معلوماتي أو وسيلة تقنية معلومات ولم ينص المشرع الإماراتي في قانون جرائم تقنية المعلومات على التسجيل خاصة أن التسجيل غير النسخ، حيث إن النسخ يكون لصورة أو فيديو موجود ويتم نسخه، أما التسجيل فيُقصد به الاحتفاظ بالصورة على مادة من المواد التي تصلح لذلك، لكي يمكن للشخص الإطلاع على الصورة مجدداً، ولا عبء بنوع الكاميرا المستخدمة في التقاط الصور، فيستوي أن تكون قديمة أو حديثة.⁽⁵⁹⁾ على الرغم من نصه على تجريم التسجيل في نص المادة 378 عقوبات اتحادي.

جدير بالذكر أن المشرع الفرنسي قد نص المشرع على هذه الصورة الجديدة بموجب المادة (2/226) عقوبات فرنسي، كما أنه لا وجود لفعل تسجيل الصورة في نص المادة 309 مكرراً، فقرة (ب) عقوبات مصري؛ حيث يقتصر نص المادة 309 مكرراً على فعلي الالتقاط والنقل، دون التسجيل.

ومن هنا فإننا نقترح على المشرعين الإماراتي والمصري في النصوص السابقة تعديلها بإضافة فعل التسجيل لفعلي الالتقاط والنقل، كما فعل المشرع الإماراتي في المادة 378 عقوبات خصوصاً وأن أكثر صور الاعتداء على الصورة تتحقق بفعل

(4) Cass, Crim 13 février 2001, No de pourvoi, 00-85977.

التسجيل للصور المتحركة، والذي يُعدُّ أخطر من الصور الثابتة، إذا ما استخدم كوسيلة للضغط على إرادة المجني عليه صاحب الصورة وتهديده.

غير أنه يُلاحظ أن هناك فراغاً تشريعياً في نص المادة 21 من قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات الإماراتي والمادة (378) من قانون العقوبات الإماراتي والمادة 2/226 عقوبات فرنسي، والمادة 309 مكرر فقرة (ب) عقوبات مصري يتمثل في أن المُشرِّع لم يُجرِّم حالة الاعتداء على حُرمة الصورة الذي يتم بمجرد الاطِّلاع عليها، كأن يطلع الجاني عن طريق الكمرات دون التقاط الصور أو نسخها أو الاحتفاظ بها⁽⁶⁰⁾؛ وعليه نقترح على المُشرِّع تعديل النص الحالي بإضافة كلمة أو "بالاطِّلاع" للنص الحالي، لِمَا في ذلك من توسيع لدائرة حماية الحق في الحياة الخاصَّة.

ورغبةً في توسيع دائرة حماية حُرمة الحياة الخاصَّة في فرنسا فقد أصدر وزير الداخلية قراراً في 24 أغسطس 2010م يتم بموجبه تطبيق أحكام المادة 1-226 عقوبات على الصور المسحوبة بالأقمار الصناعيّة ويتمُّ بثُّها عبر الإنترنت بقصد الاعتداء على حُرمة الحياة الخاصَّة.⁽⁶¹⁾

((60)) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق، ص 795.
((61)) Dec No 76067, JOAN Q 24 août 2010, D, 16 septembre 2010, No 31, p. 1991.

الفرع الثاني: الركن المعنوي

تُعَدُّ هذه الجريمة من الجرائم العَمْدِيَّة؛ إذ لا تقوم إلا بتوافر القصد الجنائي لدى الجاني. والقصد الجنائي - لدى أكثر الفقهاء - هو القصد العام بعنصره: العلم، والإرادة⁽⁶²⁾.

في حين يذهب جانب آخر من الفقه إلى القول بأن هذه الجريمة من ذوات القصد الخاص؛ حيثُ يجب أن ينصرف قصد المتهم إلى انتهاك أو المساس بالحق في الحياة الخاصَّة، أي أن ينصرف قصده إلى ارتكاب الفعل بقصد انتهاك حق الخصوصية والإساءة للغير؛ لأن الفعل لا يُشكِّل خطورة إذا ما تجرَّد من هذه السيئة أو القصد الخاص⁽⁶³⁾.

ويتحقَّق العلم لدى الجاني بعلمه وقت ارتكاب الفعل أنه يقع على صورة خاصة⁽⁶⁴⁾، وأن من شأن فعله المساس بحُرمة الحياة الخاصَّة للمجني عليه، وأن المجني عليه غير راضٍ على الفعل، وأن يعلم أن من شأن الجهاز الذي يستعمله يلتقط

(62) د. فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 642، د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق، ص 791.

(63) د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية القاهرة 1973، ص 443.

(64) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق، ص 791.

الصور أو ينسخها أو يحتفظ بها⁽⁶⁵⁾؛ فالعلم بواقعة معينة يتمثل في العلم بالركن المادي للجريمة.⁽⁶⁶⁾

ويتحقق عنصر الإرادة باتجاه إرادة الجاني إلى تحقيق الفعل والنتيجة، وهي النقاط الصور أو تعديلها أو نسخها أو الاحتفاظ بها، فالقصد الجنائي في الجرائم العمدية يقتضي تعمد الجاني ارتكاب الفعل المكون للجريمة، كما يقتضي - فوق ذلك - تعمده النتيجة المترتبة على هذا الفعل⁽⁶⁷⁾، وهي انتهاك حرمة الصورة والاعتداء على الحق في الخصوصية.

وتطبيقاً لذلك، لا يرتكب الجريمة بترك جهاز تسجيل الصور مفتوح في مكان خاص فسجل صوراً بهؤلاء الأشخاص.

إذاً، يجب أن تتجه إرادة الجاني إلى تسجيل الصور أو الحديث ليتوافر القصد لديه⁽⁶⁸⁾، وقد قضت المحكمة الاتحادية العليا بنقض الحكم في واقعة النقاط الصورة لأنه لم يثبت من ظروف وملابسات الحادثة أنه كان يقصد الاعتداء على خصوصية المجني عليه وإنما كان يهدف ويرمي من فعله هذا كما أسلفنا القول والبيان من أنه

(65) - المرجع سابق، ص 791.

(66) العلم كأحد عناصر القصد الجنائي هو إدراك الجاني بأنه يرتكب فعلاً غير مشروع، وهو حالة ذهنية تثور لدى الجاني تجاه التصرف الذي يصدر عنه بأنه يخالف قانون العقوبات.

حمزة عبد ربه حماد سليمان، استظهار القصد الجنائي في جريمة القتل العمد، دراسة تأصيلية تحليلية، رسالة ماجستير، أكاديمية الدراسات العليا، فرغ بنغازي، ربيع 2009م، ص 36.
(67) نقض 9 يونية 1994م، الطعن رقم 20886 لسنة 59 قضائية.

(8) Cass , Crim 22 avril 1997, No de pourvoi: 96-81675.

كان يقصد مجرد إثبات حالة وواقعة تمت في شارع عام وعند خلاف نشب بين المتهم والمجني عليه حول أولوية الطريق، ومن ثم فلم يصاحب فعله العمد الذي يعد الركن الأساسي الذي لا تقوم الجريمة إلا به... " (69)

كما قضي في فرنسا بأن جريمة انتهاك حرمة الحياة الخاصة جريمة عمدية ولا محل لقيامها في حق المتهم الذي كان قد نسي جهاز التسجيل أو الكاميرا متصلين في منزله وترتب على ذلك التقاط أحاديث وصور لبعض الفتيات⁽⁷⁰⁾، إذن فالمُشرِّع يُعاقب على الانتهاك المُتعمد لحرمة الحياة الخاصة. (71)

وتجدر الإشارة إلى أن الدفع من قبل المتهم بانتفاء القصد الجنائي من الدفوع الجوهرية التي على المحكمة التصدي لها أن التفاتها عنه قصور يوجب نقضه، وهو ما قضت به المحكمة الاتحادية العليا. (72).

الفرع الثالث: العقوبة

يُعاقب المشرع الإماراتي و المشرعان الفرنسي والمصري على هذه الجريمة بعقوبة أصلية وأخرى تكميلية. وسنحاول بيانها على النحو التالي:

(69) - المحكمة الاتحادية العليا، الامارات، الطعن رقم 556،544 لسنة 2017 جزائي، جلسة 2017/10/16م
(9) Cass, Crim 26 mai 2009, No de pourvoi: 08-86858.

CA Douai 7 mars 2006, No de RG,469.

((71)) Cass, Crim 26 mai 2009 , No de pourvoi: 08-85983.

((72)) - المحكمة الاتحادية العليا، الامارات، الطعن رقم 165، لسنة 2018، جزائي، الصادر في جلسة الاثنين

الموافق 2018/5/7م

اولا- العقوبة الأصلية:

في التشريع الإماراتي يعاقب المشرع بموجب الفقرة الأولى /2 من المادة (21) بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد عن ثلاث سنوات، وهذه العقوبة أشد من عقوبة الحبس الواردة في نص التجريم الوارد في نص المادة (378) قانون العقوبات الاتحادي حيث كانت العقوبة الواردة فيه هي الحبس حيث كان الحد الأدنى والاقصى للحبس يخضع للقواعد العامة الواردة في قانون العقوبات، وهي الحبس الذي لا يقل عن شهر ولا يزيد عن ثلاث سنوات.

أما بالنسبة للغرامة: فقد نصت المادة 21 من قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات على حدا الأدنى وهو الغرامة التي لا تقل قيمتها عن مائة وخمسين ألف درهم ولا تجاوز خمسمائة ألف درهم، في حين جاء نص المادة (378) قانون العقوبات الاتحادي على الغرامة دون تحديد حدتها الأدنى والاقصى، وبذلك فقد ترك أمر تقديرها للقواعد العامة الواردة في المادة (71) من قانون العقوبات الاتحادي، وهي الغرامة التي لا تقل عن ألف درهم، ولا تجاوز ألف درهم بالنسبة للجنح⁽⁷³⁾، كما أن نص المادة 21 من المرسوم بقانون بأن جرائم تقنية المعلومات أعطت للقاضي سلطة تقديرية بتوقيع عقوبتي الحبس والغرامة معاً أو توقيع أحد.

(73) - المادة (71) - "عقوبة الغرامة : هي إلزام المحكوم عليه أن يدفع للخزينة المبلغ المحكوم به، ولا يجوز أن تقل الغرامة عن ألف درهم ولا أن يزيد حدا الأقصى على مليون درهم في الجنایات وثلاثمائة ألف درهم في الجنح ، وذلك كله ما لم ينص القانون على خلافه."

إلا أن المشرع في قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات لم يفرق في العقوبة المقررة للجرائم الواردة في المادة 21 سالفه الذكر، سواء كان مرتكب الجريمة شخصاً عادياً أو موظفاً عاماً ارتكب الجريمة اعتماداً على سلطة وظيفته، بعكس المادة (378) من قانون العقوبات الاتحادي (حيثُ تُشَدَّدُ العقوبة في شأن الأخير)؛ لتكون الحبس مدة لا تزيد على سبع سنوات والغرامة التي لا تزيد عن ثلاثمائة ألف درهم؛ بدلاً من الحبس من شهر إلى ثلاث سنوات والغرامة التي لا تزيد عن ثلاثمائة ألف درهم إذا كان الفاعل شخصاً عادياً، حيثُ عدَّ المُشرِّعُ صفة الموظف العام ظرفاً تشديداً.

في التشريع الفرنسي عاقب المُشرِّعُ على جريمة التقاط الصور بموجب المادة (1-226) عقوبات؛ حيثُ شدد في العقوبة المُقرَّرة للجريمة، ويظهر هذا التشدد في جعله عقوبة الحبس وجوبية بعد أن كانت اختيارية في ظل المادة (368) من قانون العقوبات القديم، وأيضاً رفعه لمدة الحبس و مبلغ الغرامة.

فيعاقب المُشرِّعُ على الفعل طبقاً لنص المادة (1-226) عقوبات بعقوبة الحبس مدة سنة، وغرامة 45 ألف يورو.

وفي التشريع المصري أيضاً يفرق في العقوبة بين أن يكون الفاعل شخصاً عادياً، وبين أن يكون موظفاً عاماً (حيثُ تُشَدَّدُ العقوبة في شأن الأخير)؛ فإذا كان الفاعل شخصاً عادياً تكون العقوبة هي الحبس لمدة لا تزيد عن سنة. (74)

(74) من التشريعات المقارنة ما جعل عقوبة الحبس هنا من 6 شهور إلى 3 سنوات مثل قانون العقوبات الجزائري وفقاً للمادة (303 مكرراً جديدة)، ومنها ما جعل العقوبة على جريمة انتهاك حرمة الحياة الخاصة، الحبس والغرامة أو إحدى هاتين العقوبتين، مثل قانون العقوبات القطري وفقاً للمادة

أما إذا كان الفاعل موظفًا عامًا، فتكون العقوبة الحبس بين حديه الأدنى والأقصى؛ حيث عدَّ المُشرِّع صفة الموظف العام ظرف تشديد.

تجدر الإشارة إلى أن المُشرِّع الإماراتي والمصري بموجب قوانين العقوبات يشددان في العقوبة⁽⁷⁵⁾ على النحو السابق إذا كان الفاعل موظفًا عامًا وارتكب جريمته بالاعتماد على سلطة الوظيفة⁽⁷⁶⁾، وعليه فلا محل لتشديد العقوبة على الموظف العام الذي يرتكب الجريمة دون الاعتماد على سلطة وظيفته؛ وذلك لانقضاء علة التشديد.

(333)، ومن التَّشْرِيعَات ما جعل العقوبة على هذه الجريمة الحبس أو الغرامة، مثل قانون العقوبات البيني وفقًا للمادة (256).

((75)) تشكل العقوبة المفهوم الضيق للجزاء الجنائي *la sanction pénale* حيث كان مصطلح الجزاء الجنائي يشير قديمًا إلى العقوبة فقط؛ فقد كانت العقوبة هذه تشكل رد فعل المجتمع الوحيد إزاء الشَّخص الذي يرتكب فعلاً يُشكِّل خروجًا عن القانون متى توافرت عناصر المسؤولية الجنائية *les éléments de responsabilité pénale* في حق الجاني، بالإضافة إلى وقوع الجريمة مستوفية لأركانها، وقد ظلت العقوبة تشير إلى هذا المعنى إلى أن تطور الفكر الجنائي العقابي وظهرت مفاهيم جديدة للجزاء الجنائي، كرد فعل اجتماعي إزاء الفعل المجرم قانونًا، اكتمل بها النظام القانوني الجنائي في الحالات التي يتعذر فيها توقيع العقوبة، وهذه الصُّورة أو المفهوم الحديث للعقوبة يعرف باسم التدابير الاحترازية أو الاجتماعية *les mesures de sureté* وعليه فإن مصطلح الجزاء الجنائي في الوقت الحالي يشمل العقوبة والتدابير الاحترازية معًا.

د. علي عبد القادر القهوجي، د. سامي عبد الكريم محمود، أصول علم الإجرام والعقاب، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2010م، ص 207، 208.

((76)) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق، ص 792.

ثانياً- العقوبة التكميلية :

أقر المشرع الإماراتي بموجب المادة 41 من قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات عقوبة المصادرة كعقوبة وجوبية للأجهزة والبرامج المستخدمة وبمحو البيانات والمعلومات أو اعدامها ، كما يحكم وجوباً بمحو التسجيلات المتحصلة عنها أو إعدامها، كما يحكم بإغلاق المحل أو الموقع الذي يرتكب فيه أي من هذه الجرائم، وذلك إما إغلاقاً كلياً أو للمدة التي تقدرها المحكمة.

كما تنص المادة 42⁽⁷⁷⁾ من قانون جرائم تقنية المعلومات على أنه: "مع مراعاة حكم الفقرة الثانية من المادة (121) من قانون العقوبات تقضي المحكمة بإبعاد الأجنبي، الذي يحكم عليه في أيّ من الجرائم الواقعة على العرض، أو يحكم عليه بعقوبة الجناية في أيّ من الجرائم المنصوص عليها في هذا المرسوم بقانون، وذلك بعد تنفيذ العقوبة المحكوم بها.

وهو ما أقرّه المشرّع الفرنسي حيث أقر عقوبة المصادرة - كعقوبة تكميلية لجميع الأشياء التي قد تكون استخدمت في ارتكاب الجريمة، وذلك طبقاً للمادة 226-3 من قانون العقوبات، والمعدّلة بالقانون رقم 267 - 2011م، الصادر في 14 مارس 2011م، والمرسوم رقم 1012-2011 الصادر في 24 أغسطس 2011م، وعقوبة المصادرة هنا وجوبية، مما يعني أنه يتعيّن على القاضي الحكم بها إلى جانب العقوبة الأصلية.

(77) - المعدلة بموجب المرسوم بقانون رقم 2 لسنة 2018 م.

ولا يختلف الأمر في التشريع المصري، إذ يُعاقب المُشرِّع بعقوبة المصادرة لجميع الأجهزة أو الأشياء التي استخدمت في الجريمة، وقد جعل المُشرِّع أيضًا - كما هو الحال في التشريع الفرنسي - عقوبة المصادرة هنا وجوبية.

غني عن البيان أنه لا مجال لتطبيق العقوبة الخاصة بجريمة انتهاك حرمة الحياة الخاصة إذا صاحبها جريمة أخرى مسندة للمتهم وكانت أشد منها في العقوبة، وهو ما ذهبت إليه المادتان 87، و88 من قانون العقوبات الاتحادي، كما أكدت عليه محكمة النقض المصرية بقولها: "لما كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أنه عدَّ الجرائم المسندة إلى الطاعن جريمة واحدة وعاقبه بالعقوبة المُقرَّرة لأشدّها فإنه لا مصلحة له فيما يثيره بشأن جريمة الحصول خلسة على تسجيل أحاديث للمجني عليها تتضمن أمورًا مُخلَّة بشرف والدها والتَّهديد بإفشائها ما دامت المحكمة قد أدانتته بجريمة هتك العرض وأوقعت عليه عقوبتها عملاً بالمادة 32 عقوبات بوصفها الجريمة الأشد⁽⁷⁸⁾".

ثالثاً: العقاب على الشروع في الجريمة:

يعاقب المُشرِّع الإماراتي على الشروع في هذه الجرائم وهو ما نصت عليه المادة 40 من قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات حيث ذهبت إلى أنه: " يعاقب على الشروع في الجرح المنصوص عليها في هذا المرسوم بقانون بنصف العقوبة المقررة للجريمة التامة"، بعكس المنصوص عليها في المادة (36) من قانون

(4) نقض 15 نوفمبر 1998م، الطعن رقم 3919 لسنة 62 قضائية، مجموعة أحكام محكمة النقض، س 49، ص 1277.

نقض 7 نوفمبر 2006م الطعن رقم 15934 لسنة 67 قضائية.

العقوبات الاتحادي والتي تقتضي النص صراحة من قبل المُشرِّع على عدم العقاب على الشروع في الجنح.

في التَّشريع الفرنسي يُعاقب المُشرِّع على الشروع في هذه الجريمة بالعقوبات ذاتها المُقرَّرة للجريمة التامة أو الكاملة، وهو ما أكَّدت عليه المادة (226) - (5) عقوبات بقولها: "الشروع في الجرائم السابقة المنصوص عليها في هذا الباب يعاقب عليها بالعقوبات ذاتها"⁽⁷⁹⁾.

أما في التَّشريع المصري: فإن المُشرِّع لا يعاقب على الشروع في هذه الجريمة؛ وفي ذلك إعمال للقاعدة العامَّة المنصوص عليها في المادة (47) عقوبات التي تقتضي النص صراحة من قبل المُشرِّع على عدم العقاب على الجنح. **والملاحظ** هنا أن المشرع الفرنسي وأن كان قد اتفق مع المشرع الإماراتي في العقاب على الشروع إلا أنه شدد في عقوبته، حيث عاقب على الشروع بعقوبة الجريمة التامة، بينما المشرع الإماراتي يعاقب على الشروع في هذه الجريمة بنصف عقوبة الجريمة التامة.

((79)) Art 226-5 , La tentative des infractions prevues par la presente section est punie des memes peines."

المطلب الثاني

جريمة نشر الصور باستخدام وسيلة تقنية معلومات

فيما يتعلق بتجريم نشر الصور فقد نصت الفقرة الثانية من المادة 21 على أنه: "يعاقب ... كل من استخدم شبكة معلوماتية أو نظام معلومات إلكتروني، أو إحدى وسائل تقنية المعلومات، في الاعتداء على خصوصية شخص في غير الأحوال المصرح بها قانوناً بإحدى الطرق التالية:

- 1- 2- 3- نشر أخبار أو صور الكترونية أو صور فوتوغرافية أو مشاهد أو تعليقات أو بيانات أو معلومات ولو كانت صحيحة وحقيقية.
- كما نصت المادة 25 من القانون رقم 175 لسنة 2018 بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات المصري على أنه : (يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر، وبغرامة لا تقل عن خمسين ألف جنيه ولا تجاوز مائة ألف جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من اعتدى على أي من المبادئ أو القيم الأسرية في المجتمع المصري، أو انتهك حرمة الحياة الخاصة أو أرسل بكثافة العديد من الرسائل الالكترونية لشخص معين دون موافقته، أو منح بيانات إلى نظام أو موقع الكتروني.

وفي التشريع الفرنسي يتم تطبيق أحكام المادة 226-1 عقوبات بناءً على قرار وزير الداخلية قراراً في 24 أغسطس 2010م يتم بموجبه تطبيق أحكام المادة 226-1 عقوبات على الصور المسحوبة بالأقمار الصناعية ويتم بثها عبر

الانترنت بقصد الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة.⁽⁸⁰⁾ ورغبةً في توسيع دائرة حماية حرمة الحياة الخاصة في فرنسا، وبالتالي سوف نوضح أركان هذه الجريمة والعقوبات المقررة لها وفقاً للنصوص السالف ذكرها، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: الركن المادي للجريمة

ومن خلال نص المادة 2/21 من قانون جرائم تقنية المعلومات الإماراتي نجد أن السلوك المرتكب في هذه الجريمة وهو النشر أي إذاعة أو إشاعة صور أو مشاهد أو تعليقات وبيانات للاطلاع عليها من الغير.

كما ان السلوك المرتكب يكون محله الأخبار أو الصور بأنواعها، سواء كانت الفوتوغرافية أو الالكترونية، أو المشاهد، أو التعليقات والبيانات والمعلومات الخاصة بالأشخاص، وتقع الجريمة الواردة في هذا الفقرة بمجرد نشر الصور أو المشاهد باستخدام وسيلة تقنية المعلومات، أو الشبكة المعلوماتية، والمتصلة بخصوصية الأشخاص، حتى وإن كانت الصورة قد تم التقاطها برضا وموافقة صاحب الشأن حيث إن رضاه بالتصوير لا يعني الرضا بنشر الصورة، ولا تقع الجريمة إذا كان الشخص المجني عليه في مكان عام حيث إن نص الجريمة ربط العقاب بالخصوصية.

أما المشرع المصري فإننا نلاحظ أنه بموجب نص المادة (25) القانون رقم 175 لسنة 2018 بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات فإنه لا يعد التصوير بحد ذاته جريمة، وإنما يعد كذلك إذا كان هناك نشر للصور وما في حكمها، سواء صور

((80)) Dec No 76067,JOAN Q 24 août 2010,D,16 septembre 2010,No 31,p.1991.

فوتوغرافية أو الكترونية أو مرئية " مشاهد فيديو "، واشترط النص أن تكون هذه الصور التي تم نشرها تتضمن انتهاكاً لخصوصية الأشخاص وحرمة حياتهم الخاصة، أي أن يكون النشر أحدث ضرراً بانتهاكه حرمة الحياة الخاصة للأفراد، سواء كانت هذه المعلومات التي تم نشرها حقيقية أم غير حقيقية.

و نستخلص من نص المادة 25 من قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات المصري أن المشرع المصري قد جعل هذه الجرائم من جرائم الضرر وليس من جرائم الخطر، بنفس الاتجاه الذي ذهب اليه المشرع الإماراتي في المادة 21 من قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات من اعتبار جريمة نشر الصور جرائم الضرر وليس من جرائم الخطر، كما ربط المشرع التجريم في هذا النص بعدم رضا المجني عليه، ومن حيث الوسيلة المستخدمة للنشر فإن المشرع ربط التجريم وفقاً لهذا النص قيام الجاني باستخدام وسيلة معينة وهي شبكة معلوماتية أو وسيلة تقنية معلومات.

أما في التشريع الفرنسي فيطبق بشأن جريمة نشر الصور باستخدام وسائل تقنية المعلومات أحكام المادة 1-226 عقوبات بناءً على قرار وزير الداخلية في 24 أغسطس 2010م، حيث يتم بموجبه تطبيق أحكام المادة 1-226 عقوبات على الصور المسحوبة بالأقمار الصناعية ويتم بثها عبر الانترنت بقصد الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة⁽⁸¹⁾ ورغبةً في توسيع دائرة حماية حرمة الحياة الخاصة في فرنسا.

((81)) Dec No 76067,JOAN Q 24 août 2010,D,16 septembre 2010,No 31,p.1991.

ويجدر بالذكر أن المشرع الاتحادي قد استبعد افتراض الرضا في حال وقعت إحدى الأفعال الواردة في الفقرة الأولى من المادة 21 سالفه الذكر - أثناء اجتماع على مسمع أو مرأى من الحاضرين - وبذلك يكون قد تدارك النقد الذي وجه لنص المادة 378 من قانون العقوبات الإماراتي⁽⁸²⁾، ورغم ذلك لا يفهم من نص المادة 21 اشتراط أن يكون الرضا صريحاً، فكما يكون الرضا صريحاً، يكون ضمناً أيضاً، غير أن مسألة الرضا الضمني تظل قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس، كأن يُثبت المجني عليه أن الصورة أو الحديث الخاص كانا قد التقطاً في غفلةٍ منه. (83)

ونرى من جانبنا أن يحذو المشرع الاتحادي حذو المشرع الفرنسي بإضافة عبارة للفقرة الأولى من المادة 21 لتكون " ... فإذا صدرت الأفعال المشار إليها في الحالتين السابقتين على مرأى ومسمع وبعلم أصحاب الشأن ودون معارضتهم... " والتي يفهم منها افتراض الرضا من قبل المجني عليهم مالم يعترض صراحة أو ضمناً.

(82) - والتي جاءت متضمنه لعبارة " ... فإذا صدرت الأفعال المشار إليها في الحالتين السابقتين أثناء اجتماع على

مسمع أو مرأى من الحاضرين في ذلك الاجتماع فإن رضا هؤلاء يكون مفترضاً.

(83) - د. أشرف توفيق شمس الدين، الصحافة والحماية الجنائية للحياة الخاصة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2007، ص 76.

وتطبيقاً لذلك فقد قضي في فرنسا بأنه يمكن أن يُستدل على عدم الرضا من جانب المجني عليه بقيامه بوضع يديه على وجهه في محاولة منه لتغطية وجهه عن الكاميرات⁽⁸⁴⁾.

كما أن رضا الشَّخص بالنقاط صورة له وهو يرتدي ملابس البحر لا يمكن أن يُعَسَّرَ بأنه رضا من جانبه بتداول صورته ونقلها أو نشرها في المجلات⁽⁸⁵⁾، كما أن قيام الشخص بتصوير نفسه وإرسال صورته لأحد الأشخاص برضاه لا يمكن أن يفسر على أنه رضا بنشر الصور، ولا ينفي ركن الخصوصية لقيام جريمة انتهاك حرمة الصور بنشرها باستخدام شبكة معلوماتية أو وسيلة تقنية معلومات وهو ما ذهبت اليه المحكمة الاتحادية العليا⁽⁸⁶⁾.

والجدير بالذكر أن المشرع في الجرائم الواردة في نص المادة (21) من قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات الإماراتي قد استلزم لقيام الجريمة ارتكابها باستخدام شبكة معلوماتية، أو نظام معلوماتي، أو وسيلة تقنية المعلومات، وبالتالي نجد أن المشرع قد اشترط لقيام الجرائم الواردة في هذا النص ارتكابها بإحدى هذه الوسائل، وهو ما يميزها عن الجرائم الواردة في نص المادة (378) من قانون العقوبات الإماراتي.

((84)) Cass,crime 20 Novembre 2007, NO de pourvoi, 06-82753.

((85)) CA Versailles 10 Novembre 1999, NO de RG, 1999-946p.

((86)) - المحكمة الاتحادية العليا ، الامارات ، الطعن رقم 104 ، لسنة 2017، جزائي، الصادر في جلسة الثلاثاء

الموافق 2017/4/4م

الفرع الثاني: الركن المعنوي

يأخذ الركن المعنوي لهذه الجريمة بالإضافة إلى القصد الجنائي العام - بعنصريه العلم والارادة - قصداً جنائياً خاصاً أي أن الجاني في هذه الجريمة يجب أن يعلم أن ما يقوم به من نشر للصور يشكل اعتداء على خصوصية الأفراد وينتهك حرمة الحياة الخاصة لهم، وبالتالي إذا لم يتحقق عنصر العلم ينتفي القصد الجنائي إذا كان يعتقد أن ما يقوم به يعتبر من الأمور العامة، ومن حقه تداولها ونشرها، ولا يعد من خصوصية الأفراد في المجتمع، أو كان يعتقد أنه يقوم بواجب تأمر به الشريعة الإسلامية أو القانون إذا كان من وقع منه الفعل مخولاً بذلك قانوناً، كأن يقوم بواجبه بإبلاغ السلطات عن جريمة وقعت وتوثيقها بالتصوير ونشر الصور وهذا ما قضت به المحكمة الاتحادية العليا.

وبالإضافة إلى عنصر العلم يجب أن تتجه ارادة الجاني إلى القيام بنشر الصورة التي يعد نشرها اعتداء على حرمة الحياة الخاصة للفرد، كأن يقوم الجاني هنا بنشر الصور التي قام بالتقاطها أو نسخها أو حفظها في الجريمة السابقة إذا كان في نشرها اعتداء على حرمة الحياة الخاصة للأفراد، بالإضافة لكل ما تقدم اشترط المشرع لقيام الجريمة - القصد الجنائي الخاص في جرائم الاعتداء على خصوصية الأشخاص بالتصوير أو نشر الصور أي أن يكون مستخدم الشبكة المعلوماتية سيئ النية قاصداً فيما نشره الإضرار بسمعة الغير.

وسوء النية تنتفي إذا كان المستخدم معتقداً فيما ينشره أنه يؤدي واجبا تقتضيه الشريعة الإسلامية كدرء مفسدة أو سد لذريعة محدقة بنفس الغير أو ماله، أو معتقداً

القيام بواجب قانوني كالإبلاغ عن جريمة أو إثبات لحالة يخشى زوالها كمساعدة السلطات الرسمية على أداء مهامها⁸⁷.

وبالنسبة للركن المعنوي لهذه الجريمة في التشريع المصري صورة القصد الجنائي العام بعنصريه العلم والارادة، أي يجب أن يعلم الجاني أن مايقوم به من نشر للصور يشكل اعتداء على خصوصية الأفراد وينتهك حرمة الحياة الخاصة لهم، وبالتالي إذا لم يتحقق عنصر العلم ينتفي القصد الجنائي إذا كان يعتقد أن ما يقوم به يعتبر من الأمور العامة ومن حقه تداولها ونشرها ولا يعد من خصوصية الأفراد في المجتمع.

وبالإضافة إلى عنصر العلم يجب أن تتجه إرادة الجاني إلى القيام بنشر الصورة أو المشاهد التي يعد نشرها اعتداء على حرمة الحياة الخاصة للمجني عليه.

الفرع الثالث: العقوبة المقررة للجرائم السابقة:

أولاً- العقوبة الاصلية:

يعاقب المشرع الإماراتي بموجب الفقرة الأولى من المادة 21 من قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد عن ثلاث سنوات.

أما بالنسبة للغرامة فقد نصت المادة 21 من قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات على حدا الأدنى، وهو الغرامة التي لا تقل قيمتها عن مائة وخمسين ألف درهم ولا تتجاوز خمسمائة ألف درهم.

(87) - المحكمة الاتحادية العليا ، الامارات ، الطعن رقم 950 لسنة 2019 جزائي ، جلسة الثلاثاء الموافق 4 من

فبراير سنة 2020م

إلا أن المشرع في قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات لم يفرق في العقوبة المقررة للجرائم الواردة في المادة 21 سائلة الذكر، سواء كان مرتكب الجريمة شخصاً عادياً أو موظفاً عاماً ارتكب الجريمة اعتماداً على سلطة وظيفته.

خلاصة القول نجد أن المشرع الاتحادي قد شدد العقوبة الواردة في نص المادة 21 من المرسوم بقانون العقوبات الاتحادي على العقوبة الواردة في المادة (378) قانون العقوبات الاتحادي وهذا ما يبين سياسة المشرع الاتحادي نحو تشديد الجرائم المرتكبة باستخدام وسائل تقنية المعلومات.

و بالنسبة للمشرع الفرنسي يعاقب مرتكبي هذا النوع من الجرائم بالعقوبات الواردة في نص المادة 226-1 عقوبات فرنسي والتي سبق توضيحها في الجريمة السابقة. أما بالنسبة للعقوبة في التشريع المصري فقد عاقب على نشر الصور باستخدام وسائل تقنية المعلومات بعقوبة أصلية وهي الحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر، وبغرامة لا تقل عن خمسين ألف جنيه ولا تجاوز مائة ألف جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين.

ثانياً - العقوبة التكميلية:

نصت المادتان 41 من قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات الإماراتي. المادة 38 من قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات المصري على المصادرة الوجوبية للأدوات والآلات المستخدمة في الجريمة مما لا يجوز حيازتها بشكل قانوني، بالإضافة إلى عقوبة إغلاق المحل أو النشاط التجاري في الحالات التي يتطلب مزاوله النشاط فيها الحصول على ترخيص.

وعلى عكس ما جاء في القواعد العامة في المادة (47) عقوبات مصري التي تقتضي النص صراحة من قبل المُشرِّع على عدم العقاب على الشروع في الجرح، فقد جاء نص المادة (40) من قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات المصري بالعقاب على الشروع في جرائم تقنية المعلومات بما لا يجوز نصف الحد الأقصى للعقوبة المقررة للجريمة التامة، وهو ما نصت عليه المادة (40) من قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات الإماراتي.

ووفقاً لنص المادة 42⁸⁸ من قانون جرائم تقنية المعلومات الإماراتي تقتضي المحكمة بإبعاد الأجنبي، الذي يحكم عليه في أيّ من الجرائم الواقعة على العرض، أو يحكم عليه بعقوبة الجنائية في أي من الجرائم المنصوص عليها في هذا المرسوم بقانون، وذلك بعد تنفيذ العقوبة المحكوم بها.

المطلب الثالث

جريمة تعديل ومعالجة المشاهد والصور باستخدام وسيلة تقنية معلومات.

نصت الفقرة الثانية من المادة (21) من المرسوم بقانون بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات على أنه: " ... كما يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة واحدة والغرامة التي لا تقل عن مائتين وخمسون ألف درهم ولا تجاوز خمسمائة ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من استخدم نظام معلومات الكتروني، أو إحدى وسائل تقنية المعلومات لإجراء أي تعديل أو معالجة على تسجيل أو صورة أو مشهد، بقصد التشهير أو الإساءة إلى شخص آخر، أو الاعتداء على خصوصيته أو انتهاكها".

(88) - المعدلة بموجب المرسوم بقانون رقم 2 لسنة 2018 م.

ومن خلال النص السابق يتضح لنا أن محل التجريم لهذه الجريمة وهو الصور أو المشاهد المصورة.

وفي فرنسا تدخل المشرع الجنائي وجرم فعل نشر المونتاج بمقتضى نص المادة 226-8 من قانون العقوبات المعدلة بالمرسوم رقم 916-2000 الصادر في 19 سبتمبر 2000م؛ حيث تنص هذه المادة على أنه: " يعاقب بالحبس سنة وغرامة 15000 يورو كل من نشر عمداً بأي طريقة كانت المونتاج الذي تحقق بكلمات، أو بصورة شخص دون موافقة المجني عليه، إذا لم يظهر بوضوح للعيان أنه مونتاج، أو إذا لم تتم الإشارة إلى ذلك صراحةً..."

وبالنسبة لموقف المشرع المصري يتمثل في عدم وجود نص خاص في قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات بتجريم التعديل والمعالجة أو المونتاج، كما هو الحال في التشريعين الإماراتي والفرنسي.

وسوف نستعرض في هذا الفرع الركن المادي والركن المعنوي والعقوبة في التشريعين الإماراتي والفرنسي، وذلك على النحو التالي :

الفرع الأول: الركن المادي

مما تقدم يتضح لنا بأن صور السلوك في هذه الجريمة وفقاً للفقرة الثانية من المادة 21 من قانون جرائم تقنية المعلومات الإماراتي هي التعديل أو المعالجة، أي أن يقوم الجاني بإجراء التعديلات أو المعالجة للصور الحقيقية للأشخاص باستخدام أحد البرامج التقنية الحديثة كبرنامج الفوتوشوب وغيره من البرامج الأخرى، ويقصد بالتعديل الوارد في النص السابق إجراء تغيير للصورة أو المشهد المرئي بالحذف أو الإضافة ، أما المعالجة فهو عبارة عن عمليات تقنية تجرى على الصور أو المشاهد

يترتب عليه تحويلها إلى شكل معين بحيث يمكن لوسائل تقنية المعلومات الحديثة التعامل معها، وهو ما يعرف بالمونتاج، وهذا المصطلح هو ما نصت عليه المادة 226-8 من قانون العقوبات الفرنسي، إلا أن المشرعين الإماراتي والفرنسي لم يعرفا إلا التعديل أو المعالجه أو المونتاج، وترك تعريف تلك المصطلحات للفقهاء والقضاء، حيث يعرفه البعض بأنه " كل تدخل في الصوت أو الصورة وكل حيلة تهدف إلى إعطاء الجمهور فكرة كاذبة أو محرفة لما تم، أو قيل، أو شوهد، أو سجل، أو تم سماعه في الواقع " (89)

أو هو " تعديل لترتيب المشاهد المصورة أو توليفها؛ لتشويه شخصية الشخص محل الصورة وإظهاره بمظهر سيء إليه بنظر الجمهور " (90) ومن أمثلة التعديل والمعالجة أو المونتاج أن يتم تركيب صورة شخص على صورة أخرى تبين أنه موجود في مكان معين غير الحقيقة كأحد المحال المشبوهة أو أنه جالس مع امرأه غير زوجته على أنها عشيقته.

إلا أن المشرع الإماراتي بموجب نص الفقرة الثانية من المادة 21 من قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات قد اشترط أن يكون التعديل أو المعالجة بقصد التشهير والإضرار بالمجني عليه، أو فيها اعتداء على خصوصية المجني عليه، باستخدام إحدى وسائل تقنية المعلومات، ويلاحظ بأن المشرع لم يشترط قيام الجاني بالنشر للصور حتى تكتمل الجريمة وإنما تتحقق الجريمة تامة بمجرد قيام الجاني

(89) - د. مدحت رمضان ، مرجع سابق ، ص 107

(90) - د. احمد حسام طه تمام ، الحماية الجنائية لتكنولوجيا الاتصالات " دراسة مقارنة " ، دار النهضة العربية ،

القاهرة ، 2002، ص 38

بالتعديل والمعالجة على الصور والمشاهد إذا كانت بقصد التشهير والإضرار بالمجني عليه.

بعكس الاتجاه المتبع عند المشرع الفرنسي في المادة 226-8 عقوبات والذي جرم المونتاج والتعديل بالحذف أو الإضافة على الصور إلا أنه أشتراط لاكتمال الجريمة والعقاب عليها النشر بأي وسيلة كانت، كأن يكون باستخدام وسيلة تقنية معلومات، وبالتالي فإن المشرع الفرنسي هنا لا يعاقب على مجرد المونتاج بعكس المشرع الإماراتي الذي يعاقب على مجرد التعديل والمعالجة على الصور والمشاهد إذا كانت قد وقعت بقصد التشهير والاضرار بالمجني عليه، أو فيها اعتداء على خصوصية المجني عليه.

ولم يشترط المشرع الفرنسي لقيام الجريمة أن يكون موضوع الصورة أو المشهد مرتبطاً بالحياة الخاصة للأفراد؛ فتقوم الجريمة ولو كان موضوع الصورة أو المشهد لا يتعلق بالحياة الخاصة للأفراد، بينما المشرع الإماراتي في المادة 21 من قانون جرائم تقنية المعلومات اشترط لقيامها أن يكون الجاني قاصدا التشهير أو الإساءة إلى شخص آخر، أو الاعتداء على خصوصيته أو انتهاكها، وبالتالي فإن المشرع الإماراتي لم يقصر الموضوع في قيام الجريمة على الاعتداء على الحياة الخاصة وإنما من الممكن أن تقوم الجريمة إذا كان الجاني قاصدا التشهير أو الإساءة إلى شخص المجني عليه، الأمر الذي يؤكد أن تدخل المشرعين الإماراتي والفرنسي للتجريم في النصوص السابقة لحماية حرمة الصورة وليس حماية الحياة الخاصة.

كما اشترط المشرع الفرنسي في المادة 226-8 عقوبات أن لا يكون واضحاً للعيان أن الصور قد تعرضت للمونتاج، وعليه فلا محل لقيام الجريمة إذا كانت

الصورة واضحة للعيان بأن هناك مونتاغاً أو تعديلاً قد أجري عليها بشكل واضح يمنع الغموض واللبس لكل من شاهد الصورة أو المشهد، ومما تقدم يتضح لنا أن المشرع الفرنسي في المادة السابقة قصد حماية الجمهور من الوقوع في الغموض واللبس وليس حماية الحياة الخاصة كما هو الحال في التشريع الإماراتي.

العنصر الأخير وهو عدم الرضا حيث يشترط المشرع الفرنسي لقيام الجريمة والعقاب عليها عدم رضا المجني فإذا تم المونتاغ والتعديل والمعالجة برضا من المجني عليه فلا تقوم الجريمة، وقد نص المشرع الفرنسي على شرط عدم الرضا بشكل صريح بعكس المشرع الإماراتي وإن كان يتطلب عدم رضا المجني عليه لقيام الجريمة، إلا أن ذلك يفهم ضمناً، ولم ينص عليه بشكل صريح كما هو الحال في التشريع الفرنسي.

الفرع الثاني: الركن المعنوي

تعد هذه الجريمة في التشريعين الإماراتي والفرنسي من الجرائم العمدية، ولكن السؤال هل تعد من جرائم القصد الجنائي العام أم يشترط لقيامها قصد خاص؟ وللإجابة على هذا السؤال نستعرض موقف التشريعين الإماراتي والفرنسي في هذا الشأن:

تعد جريمة تعديل ومعالجة المشاهد والصور باستخدام وسيلة تقنية معلومات في التشريع الإماراتي من الجرائم العمدية والتي يشترط المشرع فيها بالإضافة إلى القصد الجنائي العام وهو العلم والإرادة قصد خاص وهو التشهير والإساءة إلى شخص المجني عليه، أو الاعتداء على خصوصيته أو انتهاكها، أي يجب أن يعلم أن سلوكه يشكل تعديلاً أو معالجة للصورة أو لمشهد متعلق بالغير باستخدام نظام معلوماتي أو

إحدى وسائل تقنية المعلومات، وأن تتجه إرادته إلى القيام بذلك التعديل أو المعالجه، بالإضافة إلى القصد الخاص، وهو أن يكون بقصد التشهير أو الإساءة للغير أو الاعتداء على خصوصيته.

وبالتالي فإن الجريمة المنصوص عليها في هذا النص تتحقق ويستوجب العقاب فيها بمجرد أن يتم ارتكاب السلوم المكون للجريمة وهو التعديل والمعالجة للصور أو المشاهد حتى لو لم يتم النشر بالفعل، وذلك إذا ثبت أن الشخص قد قام بالتعديل والمعالجة بقصد التشهير والإساءة إلى شخص الغير أو بقصد الاعتداء على خصوصيته أو انتهاكها وبالتالي تعد من جرائم الخطر وليست من جرائم الضرر.

وبالنسبة للموقف في التشريع الفرنسي تعد جريمة نشر المونتاج من الجرائم العمدية والتي يتوافر لقيامها القصد الجنائي العام، ولم يتطلب قصدا خاصا كما هو الحال في التشريع الإماراتي، وبالتالي تتحقق الجريمة بتوافر القصد الجنائي العام بعنصره العلم، والإرادة، ويتحقق العلم لدى الجاني بعلمه بأن ما يقوم به هو مونتاج يتضمن تغييرا أو تحريفا للحقيقة، وأنه معاقب عليه بموجب القانون، وأنه يقوم به دون رضا من المجني عليه، ويتحقق عنصر الإرادة باتجاه إرادة الجاني لقيام بفعله الإجرامي.

الفرع الثالث: العقوبة

وقد عاقب المشرع الإماراتي بموجب المرسوم بقانون رقم 5 لسنة 2012 بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات على هذه الجريمة بالحبس مدة لا تقل عن سنة والغرامة التي لا تقل عن مائتين وخمسين ألف درهم، ولا تجاوز خمسمائة ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين، وحسن فعل المشرع الاتحادي في تشديد العقوبة، حيث جعل الحد الأدنى لها الحبس مدة سنة، والحد الأقصى ثلاث سنوات، كما يتضح

التشديد أيضا في زيادة قيمة الغرامة من مائتين وخمسين ألفا، ولا تتجاوز خمسمائة ألف، كما أنه يجوز للقاضي الجمع بين العقوبتين أو الحكم بإحدهما فقط. كما تحكم المحكمة بالمصادرة وبعض التدابير الأخرى التي نص عليها المرسوم بقانون رقم 5 لسنة 2012 والسالف ذكرها في الجرائم السابقة. ويعاقب المشرع الفرنسي على فعل نشر المونتاغ بمقتضى نص المادة 226-8 بالحبس سنة والغرامة 15000 يورو، ويلاحظ أن المشرع قد غلظ العقوبة لفعل نشر المونتاغ؛ حيث كانت العقوبة المقررة في ظل نص المادة 370 من قانون العقوبات القديم، الحبس من شهرين إلى سنة والغرامة التي تتراوح بين 2000 إلى 5000 فرنك.

كما يعاقب المشرع الفرنسي على الشروع في هذه الجريمة، ولا يجوز تحريك الدعوى الجنائية عنها إلا بعد تقديم شكوى من المجني عليه (المادة 226-5). ويعاقب المشرع الإماراتي أيضاً على الشروع في هذه الجريمة بموجب نص المادة 40 من قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات 5 لسنة 2012م، والسؤال هنا هو هل تعتبر هذه الجريمة من جرائم الشكوى في التشريع الإماراتي أم لا؟. لم يتصدى المشرع الإماراتي لهذه المسألة في قانون جرائم تقنية المعلومات ولكن بالرجوع إلى قانون الإجراءات الجزائية نجد أنه قد حصر جرائم الشكوى في نص المادة 10 من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي، وهذه الجريمة ليست من تلك الجرائم، وبالتالي لا تعتبر جريمة تعديل ومعالجة المشاهد والصور باستخدام وسيلة تقنية معلومات في التشريع الإماراتي من جرائم الشكوى ولا تنتفضي بالتنازل من قبل المجني عليه، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة الاتحادية العليا حيث قضت بأنه: " لما

كان من المقرر قانوناً أن حالات التنازل قد حصرتها المادة 16 من قانون الإجراءات الجزائية بقولها " لمن قدم الشكوى في الجرائم المشار إليها في المادة (10) من هذا القانون أن يتنازل عن الشكوى في أي وقت قبل أن يصدر في الدعوى حكم بات"، ولما كانت المادة العاشرة سالفه الذكر قد بينت دعاوى الشكوى على سبيل الحصر، وليس من بينها الاعتداء على خصوصية الغير عبر وسائل تقنية المعلومات، والذي لا يملك الشاكي التنازل عنه، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون قد التزم صحيح القانون ويضحى تعيب الطاعن عليه في هذا الشأن على غير أساس متعين الرفض⁽⁹¹⁾

(91) - المحكمة الاتحادية العليا ، الامارات ، الطعن رقم 269 لسنة 2019 جزائي، الصادر في جلسة الأثنين الموافق

16 من سبتمبر سنة 2019

الخاتمة

بعد أن انتهينا من هذه الدراسة المتواضعة حول الحماية الجنائية للحق في الصورة في التشريع الإماراتي دراسة مقارنة سوف نعرض أهم النتائج والتوصيات التي خلصت إليها الدراسة وذلك على النحو التالي :

أ- النتائج :

1 - لم يقصر كل من المشرعين الإماراتي والفرنسي اعتبار طبيعة الحق في الصورة من عناصر الحق في الخصوصية، وإنما جعلوا الحق في الصورة ذو طبيعة مزدوجة، أي يكون في بعض الأحيان عنصراً من عناصر الحق في حرمة الحياة الخاصة، وفي البعض الآخر مستقلاً عن الحق في الحياة الخاصة للأشخاص.

2 - ولم ينص المشرع الإماراتي في المادة 21 فقرة 1 من قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات على تجريم فعل التسجيل خاصة أن التسجيل غير النسخ، حيث إن النسخ يكون لصورة أو فيديو موجود ويتم نسخه، أما التسجيل فيُقصد به الاحتفاظ بالصورة على مادة من المواد التي تصلح لذلك؛ لكي يمكن للشخص الاطلاع على الصورة مجدداً، على الرغم من نصه على تجريم التسجيل في نص المادة 378 عقوبات اتحادي.

3 - أن المشرع الإماراتي في قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات لم يفرق في العقوبة المقررة للجرائم الواردة في المادة 21 منه، فيما إذا كان مرتكب الجريمة شخصاً عادياً أو موظفاً عامّاً معتمداً على سلطة وظيفة، بعكس

المادة (378) من قانون العقوبات الاتحادي حيث تُشَدَّد العقوبة في شأن الأخير.

4 - يعاقب المُشرِّع الإماراتي على الشروع في هذه الجرائم بنصف العقوبة المقررة للجريمة التامة"، بعكس المنصوص عليها في المادة (36) من قانون العقوبات الاتحادي و التي تقتضي النص صراحة من قبل المُشرِّع على عدم العقاب على الشروع في الجنح، بينما في التَّشريع الفرنسي يُعاقب المُشرِّع على الشروع في هذه الجريمة بالعقوبات ذاتها المُقرَّرة للجريمة التامة أو الكاملة وهو ما أكَّدت عليه المادة (226 - 5) عقوبات بقولها: "الشروع في الجرائم السابقة المنصوص عليها في هذا الباب يعاقب عليها بالعقوبات ذاتها"، أما في التَّشريع المصري فإن المُشرِّع لا يعاقب على الشروع في هذه الجريمة؛ وفي ذلك إعمال للقاعدة العامَّة المنصوص عليها في المادة (47) عقوبات التي تقتضي النص صراحة من قبل المُشرِّع على عدم العقاب على الجنح.

5 - أن المشرع الاتحادي وان كان قد استبعد افتراض الرضا في حال وقعت إحدى الأفعال الواردة في الفقرة الأولى من المادة 21 - أثناء اجتماع على مسمع أو مرأى من الحاضرين - وبذلك يكون قد تدارك النقد الذي وجه لنص المادة 378 من قانون العقوبات الإماراتي، ورغم ذلك لا يفهم من نص المادة 21 اشتراط أن يكون الرضا صريحاً، فكما يكون الرضا صريحاً، يكون ضمناً أيضاً، غير أن مسألة الرضا الضمني تظل قرينة قانونية قابلة لإثبات

العكس، كأن يُثبِت المجني عليه أن الصُورة أو الحديث الخاص كانا قد التُقِطَا في غفلةٍ منه.

6 - نجد أن المشرع الاتحادي قد شدد العقوبة الواردة في نص المادة 21 من المرسوم بقانون بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات على العقوبة الواردة في المادة (378) قانون العقوبات الاتحادي وهذا ما يبين سياسة المشرع الاتحادي نحو تشديد الجرائم المرتكبة باستخدام وسائل تقنية المعلومات.

7 - ولم يشترط المشرع الفرنسي - في جريمة نشر المونتاج - لقيامها أن يكون موضوع الصورة أو المشهد مرتبطاً بالحياة الخاصة للأفراد؛ فتقوم الجريمة ولو كان موضوع الصورة أو المشهد لا يتعلق بالحياة الخاصة للأفراد، بينما المشرع الإماراتي في المادة 21 من قانون جرائم تقنية المعلومات اشترط لقيامها أن يكون الجاني قاصدا التشهير أو الإساءة إلى شخص آخر، أو الاعتداء على خصوصيته أو انتهاكها، وبالتالي فإن المشرع الإماراتي لم يقصر الموضوع في قيام الجريمة على الاعتداء على الحياة الخاصة فقط وإنما من الممكن أن تقوم الجريمة إذا كان الجاني قاصدا التشهير أو الإساءة إلى شخص المجني عليه، الأمر الذي يؤكد أن تدخل المشرعين الإماراتي والفرنسي للتجريم في النصوص السابقة لحماية حرمة الصورة وليس حماية الحياة الخاصة فقط.

8 - لا تعتبر جريمة تعديل ومعالجة المشاهد والصور باستخدام وسيلة تقنية معلومات في التشريع الإماراتي من جرائم الشكوى ولا تنقضي بالتنازل من قبل المجني عليه.

9 - هناك فراغ تشريعي في نص المادة 21 من قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات الإماراتي والمادة (378) من قانون العقوبات الإماراتي والمادة 2/226 عقوبات فرنسي، والمادة 309 مكرر فقرة (ب) عقوبات مصري يتمثل في أن المُشرِّع لم يُجرِّم حالة الاعتداء على حرمة الصورة الذي يتم بمجرد الاطلاع عليها، كأن يطلع الجاني عن طريق الكمرات دون التقاط الصور أو نسخها أو الاحتفاظ بها.

ب-التوصيات :

- 1- نوصي المشرع الإماراتي تجريم فعل التسجيل في الفقرة الأولى من المادة 21 من قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات بالإضافة إلى الالتقاط والحفظ والنسخ خاصة وأن أكثر صور الاعتداء على الصورة تتحقق بفعل التسجيل للصور المتحركة، والذي يُعدُّ أخطر من الصور الثابتة، إذا ما استخدمت كوسيلة للضغط على إرادة المجني عليه صاحب الصورة وتهديده.
- 2- نوصي المشرع الإماراتي في المادة 21 في قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات تشديد العقوبة المقررة للجرائم الواردة في المادة 21 منه إذا كان مرتكب الجريمة شخصاً عادياً أو موظفاً عاماً معتمداً على سلطة وظيفية.
- 3- نوصي المُشرِّع الإماراتي بتشديد العقاب على الشروع في هذه الجرائم وجعل العقاب على الشروع فيها بالعقوبة المقررة للجريمة التامة"، على غرار التشريع الفرنسي الذي يُعاقب على الشروع في هذه الجريمة بالعقوبات ذاتها المُقرَّرة للجريمة التامة أو الكاملة وهو ما أكَّدت عليه المادة (226 - 5) عقوبات.



4- نقترح على المُشرِّع تعديل النص الحالي للمادة 21 من قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات الإماراتي بإضافة كلمة أو "بالاطِّلاع" لِمَا في ذلك من توسيع لدائرة حماية الحق في الحياة الخاصَّة، والحق في الصورة.
والله ولي التوفيق

قائمة المراجع

- القران الكريم .

أولا : المعاجم

- 1- ابن منظور، لسان العرب، دارلسان العرب، بيروت، مادة ص و ر، د.ت، 2/492-.
- 2- محمد أبي بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مطبعة وزارة المعارف، الطبعة السادسة، القاهرة، 1951م، ص 373.

أولا : الكتب العامة والخاصة.

- 1- إبراهيم عيد نايل، الحماية الجنائية لحرمة الحياة الخاصة في قانون العقوبات الفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- 2- أحمد حسام طه تام، الحماية الجنائية لتكنولوجيا الاتصالات " دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
- 3- أشرف توفيق شمس الدين، الصحافة والحماية الجنائية للحياة الخاصة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2007.
- 4- حسني الجندي، التشريعات الجنائية الخاصة في دولة الإمارات العربية المتحدة، الكتاب الثالث، قانون مكافحة الجرائم المعلوماتية في دولة الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى، 2009، ص 204.
- 5- سامح عبد الحكم، جرائم الإنترنت الواقعة على الأشخاص في إطار التشريع البحريني، دراسة مقارنة مع التشريع المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007م.

- 6- طارق سرور، جرائم النشر والإعلام، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2004م.
- 7- طارق سرور، قانون العقوبات، القسم الخاص، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2003م،
- 8- عبدالرازق الموافي عبداللطيف، شرح قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات لدولة الإمارات العربية المتحدة، إصدارات معهد دبي القضائي، دبي، 2016.
- 9- عفيفي كامل عفيفي، د. فتوح الشاذلي، جرائم الكمبيوتر وحقوق المؤلف والمصنفات الفنيّة ودور الشرطة والقانون، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الثانية، 2007م.
- 10- علي عبد القادر القهوجي، د. سامي عبد الكريم محمود، أصول علم الإجرام والعقاب، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2010م.
- 11- فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، 2000.
- 12- مجدي محب حافظ، جرائم العرض في ضوء الفقه وقضاء النّقض، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1993م، ص307.
- 13- محمد نكي أبو عامر، قانون العقوبات، القسم الخاص، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2010.
- 14- محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية القاهرة 1973.

- 15- محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة،، 1988ص794.
- 16- مدحت رمضان، جرائم الاعتداء على الأشخاص والانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص117.
- 17- يونس عرب، قانون الكمبيوتر، الكتاب الأول، اتحاد المصارف العربية، 2001.

الرسائل العلمية :

- 1- سعاد على محمد الفقيه، الحماية الجنائية للحياة الخاصة في القانون الليبي، " دراسة مقارنة"، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2012-2013.
- 2- ضيف الله بن نوح الغويري، ضمانات الحماية الجنائية للحقوق الشخصية للانسان وتطبيقاتها في النظام السعودي والقانون المصري، " دراسة تأصيلية مقارنة"، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 2013، ص170.
- 3- عاqli فضيلة، الحماية القانونية للحق في حرمة الحياة الخاصة " دراسة مقارنة "، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الاخوة منتوري - قسنطينة، العام الجامعي 2011-2012، ص100.
- 4- فاطمة سليمان جاسم الخليفة، الحماية الجنائية للحياة العام، دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2010م.

- 5- مبروكة عطية على، عنصر المكان كأساس للتجريم والعقاب في القانون الليبي، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة قاريونس، بنغازي، العام الجامعي: 2007 - 2008.
- 6- ممدوح خليل بحر، حماية الحياة الخاصة في القانون الجنائي، دراسة مقارنة رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1983 .

الدوريات

- 1- ابراهيم علي الزوايدي، التصوير الجنائي وكشف غموض الحادث، بحث مقدم إلى كلية علوم الادلة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الامنية، الرياض، 2007،
- 2- علاء الدين عبدالله فواز الخصاصونه، بشار طلال المؤمني، النظام القانوني للصورة الفوتوغرافية الحقوق الواردة عليها ووسائل الحماية القانونية، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة السابعة والعشرون، العدد الثالث والخمسون، 2013 .
- 3- هشام محمد فريد رستم، الحماية الجنائية لحق الإنسان في صورته، مجلة الدراسات القانونية، ع8 يونيه 1986 م.

القوانين:

- قانون العقوبات الاتحادي رقم 3 لسنة 1987 وتعديلاته.
- المرسوم بقانون رقم 5 لسنة 2012 بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات.
- قانون العقوبات المصري.
- القانون رقم 175 لسنة 2018 بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات .



- قانون العقوبات الفرنسي .

أحكام المحاكم:

- أحكام المحكمة الاتحادية العليا في دولة الإمارات العربية المتحدة.

- أحكام المحاكم الفرنسية.

- أحكام محكمة النقض المصرية.

المراجع الأجنبية.

- 1- Montants exprimés en francs dans les textes législatifs.)JORF 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002.
- 2- Albert chavanne, la protection de la vie privée dans la loi du 17 juillet 1970, Rev.sc.crim et dr.pén ,No 3, juillet- septembre, 1971 ,p.606.
- 3- TGI, paris , 7 novembre 1975 D. 1976-270-obs, lindon. CA paris 17 mars 1986. gaz. pal. 1986. 2.429
- 4- CA Besancon , 5 janvier 1978, D, 1978. 357 note lindon. CA paris 17 mars 1986 , Gaz. Pal. 1986. 2.429
- 5- Jacques Ravanans, La protection des personnes contre la réalidation et la publication de leur image, paris, L.G.D.J, 1978, p.516.



- 6- Valérie malabat , Droit Penal Special, Dalloz ,paris.ed3 ,2007.

"الحماية الجنائية لحرمة القبر"

دراسة مقارنة

سعيد سلطان عبدالله بن خادم*

المقدمة

للإنسان حرمة نص عليها الدين الحنيف تتمثل في عدم المساس بالضرورات الخمس، وخاصة الضرورة الثانية وهي البدن، والمساس بها يرتب عقوبة سواء كان محل المساس إنسان حي أم ميت، وحماية الميت تشمل بدنه قبل أن يدفن و بدنه و قبره بعد أن يدفن، حيث تتنوع صور الاعتداء على القبر، ولا تعد وليدة اللحظة، كما اهتمت الدول بمسألة حماية القبور، وهو ما استتبع أن تفرض تشريعات جنائية تكفل حماية حرمة الإنسان عند موته و حرمة قبره. اختلفت الدول في صياغتها للتشريعات الجنائية التي تكفل حماية القبور، و ذلك يعود إلى اختلاف معتقداتها حول طبيعة و طريقة الدفن، أما على مستوى الوطن العربي فتشابهت التشريعات الجنائية المعنية بحماية القبور إلى حد كبير و ذلك يعود في المقام الأول إلى وحدة الدين و المعتقد. و بالنظر إلى طبيعة الجرائم التي تمس القبور و التي ترفضها الفطرة السوية تعين البحث في نفس الجاني قبل البحث في صور الاعتداء على القبر و العقوبة المقررة لها، و تحديداً عن الدافع من وراء ارتكاب الجريمة، و بمعنى آخر البحث عن السبب الذي أثار على نفس الجاني و دفعه لإرتكاب الجريمة، و هو الأمر الذي لم يغفل عنه فقهاء القانون، إذ ربطوا بين علم النفس و بين القانون الجنائي في تحديد الدافع

* طالب الدراسات العليا بقسم القانون العام بكلية القانون - جامعة الشارقة

من وراء ارتكاب الجريمة و كذلك الدافع الذي أدى إلى فرض العقوبة، و ذلك تحت مسمى "علم النفس الجنائي" ، إذ أن تشديد العقوبة أو تخفيفها يرجع إلى الباعث أو الدافع من ارتكابها، و قد يتمثل الدافع في الغيرة أو الحسد أو الكره أو الانتقام....، و مؤدى ذلك أن الدوافع تختلف و لا حصر لها. انتشرت في الآونة الأخيرة جرائم الاعتداء على القبور في بعض الدول التي تشهد نزاعات مسلحة و توترات داخلية، و ذلك بسبب غياب الأمن و انتشار الفوضى، و لعل أهم دافع من ارتكاب هذه الجرائم هو الحصول على المال مقابل بيع الجثة ككل أو كجزء، لاسيما إذا امتدت النزاعات المسلحة لفترات طويلة مما يترتب عليه شلل مرافق الدولة إضافة إلى انتشار الفقر و البطالة. و بالنظر إلى التشريعات الجنائية على مستوى الوطن العربي و نصها جميعاً على جرائم الاعتداء على القبور، يثار التساؤل حول مدى توفير التشريعات الجنائية حماية فعالة للقبور؟

إشكالية البحث:

تنص التشريعات الجنائية حول العالم على جرائم الاعتداء على القبور، و تحديداً على مستوى التشريعات الجنائية العربية التي تنص على جرائم الاعتداء على القبور في نصوص واضحة، إلا أن الإشكالية تتمثل في مدى كفاية النصوص القانونية لكفالة حماية فعالة للمقابر و القبور في ظل تطور و انتشار الجرائم التي تمس القبور في بعض الدول التي تشهد توترات و نزاعات داخلية. و من جهة أخرى فإن اغلب النصوص المتعلقة بحماية القبور و المقابر في التشريعات الجنائية العربية قد وضعت منذ عدة عقود و لم تعدل لعدم انتشار هذه الجرائم بسبب وجود الأمن، إلا أنه مع وجود النزاعات المسلحة في بعض الدول كما أسلفنا أدى إلى انتشار هذا نوع من

الجرائم في ظل غياب الأمن، و هو الذي يؤدي إلى اشكالية اتساع الفارق بين شدة الاعتداء على القبور و بساطة العقوبة المقررة لها.

أهمية البحث:

تكمن أهمية البحث في أنه يتناول موضوعاً قلما تناولته الأبحاث القانونية، حيث ذهبت الأبحاث إلى دراسة تكريس الحماية الجنائية للأحياء و مساكنهم، و قلما تناولت الدراسات الحماية الجنائية للقبور، و تكمن أهمية البحث في أنه يوضح موقف كل من القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية من حرمة القبور.

و يهدف البحث إلى توجيه نظر المشرع الاتحادي إلى تعدد صور الاعتداء على القبور و ضرورة مواجهتها بعقوبات أكثر فاعلية.

منهجية البحث:

سيتم الإعتماد على ثلاث مناهج في هذا البحث، وهي: المنهج الوصفي و التحليلي و المقارن، و سأستعرض من خلال المنهجين الوصفي و التحليلي دراسة التشريعات المتعلقة بجريمة الاعتداء على القبر صورة واضحة عن هذه الجريمة من حيث ماهيتها و الطرق و الأساليب المبذولة لمواجهتها، و بالإعتماد على هذا المنهج نستطيع أن نتفحص الظروف و العوامل التي استدعت تجريم الفعل والعقوبة المقررة عليه. أما في المنهج المقارن سأربط بين التشريعات الوطنية لدولة الإمارات و التي تتعلق بالجريمة المطروحة و تشريعات بعض البلدان الأخرى كالتشريع الجنائي الجزائري و التشريع الجنائي السوري، للإستفادة من تشريعات الدول التي لها عمق و دقة في نصوص تشريعاتها و ذلك من خلال كثرة المواد و النصوص و تنوعها و التي تُعنى بالجريمة

المثارة في بحثنا و العقوبات و التدابير المتخذة ضدها و مدى إمكانية النص عليها في تشريعات دولة الإمارات العربية المتحدة وخاصةً قانون العقوبات الإماراتي.

خطة البحث:

نستعرض الدراسة من خلال تقسيم البحث إلى المبحثين الآتيين:

المبحث الأول: ماهية القبر و أساس حمايته

المطلب الأول: مفهوم القبر

المطلب الثاني: أساس حماية القبر قانوناً و شرعاً

المبحث الثاني: الاعتداء على القبر و العقوبة المقررة

المطلب الأول: صور الاعتداء على القبر

المطلب الثاني: العقوبة المقررة لجرائم الاعتداء على القبور

المبحث الأول

ماهية القبر و أساس حمايته

لكل حياة يعيشها الإنسان نهاية تتمثل في الموت، و بتحقق الموت تترتب اجراءات قبل دفن الميت و ذلك حسب ديانة و معتقد الميت، و في معظم الديانات يتم دفن الميت في التراب و المراد بحثه هو طبيعة و ماهية القبر الذي يدفن فيه الميت من ناحية مفهومه و كذلك الاجراءات التي يتم دفن الميت بها. إن للقبر حرمة نصت عليها الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية و كذلك المواثيق و الاتفاقيات الدولية، و فرضت عقوبة على كل من يمس بحرمتها.

المطلب الأول

مفهوم القبر

لا يوجد للقبر تعريف موحد، لأن تعريف الناس للقبر يختلف باختلاف المعتقد و الديانة كما أسلفنا، في حين أن بعض الديانات ترى أنه لا داعي لوجود القبور و إنما يُكتفى بحرق الجثة و الاحتفاظ برمادها، أو نثر رمادها فوق أرض أو نهر يعتبر مقدساً في معتقدهم، تشترط أغلب الديانات و كذلك الدول دفن الجثة في التراب كونه أستر للجثة، إلا أن طبيعة الدفن و القبر يختلف باختلاف الدول و الدين، و هو ماسنبحته في الفروع الآتية.

الفرع الأول: تعريف القبر

لغةً: قال ابن فارس: " القاف و الباء و الراء أصل صحيح يدل على غموض في شيء و تطامن، من ذلك: القبر قبر الميت"، و القبر واحد القبور و هو مدفن الإنسان، يقال: قبر الميت إذا دفنه، و يقال: أقر الميت إذا أمر بدفنه، و كذا فسر

أهل العلم قوله تعالى: ﴿ تُمْ أَمَاتُهُ فَأَقْبِرْهُ ﴾ [عبس: 21]، اصطلاحاً: هو المكان الذي يدفن فيه الأموات سواء بشكل فردي أو جماعي، ويقال عنه أنه: المكان الذي يضم بين جوانبه جثث الموتى فهو موطن العظماء و الحقراء، الحكماء و السفهاء، منزل الصالحين و السيئين، السعداء و التعمساء، و هو إما روضة من رياض الجنة أو حفرة من حفر النار، و إما دار كرامة و سعادة أو دار إهانة و شقاء أي : جعله مقبوراً ولم يجعله مما يلقي على وجه الأرض للطير و السباع، و لم يقل: فقبره، لأن القابر هو الدافن بيده، و المُقبر هو الله، لأنه صيره ذا قبر ، و المقبرة - بفتح الباء و ضمها - واحدة المقابر ⁽¹⁾. و في اللغة ألفاظ أخرى تطلق على القبر أو المقبرة، و هي إما مرادفة للفظ القبر أو أن المقبرة تسمى بها، و من ذلك:

- (1) لفظ الجداث للقبر و يجمع على أجداث و أجدث، قال الباري جل و علا: ﴿ وَنُفِخَ فِي الصُّورِ فَإِذَا هُمْ مِنَ الْأَجْدَاثِ إِلَىٰ رَبِّهِمْ يَنْسِلُونَ ﴾ [يس: 51]، أي القبور، قرئ بالفاء و اللغة الفصيحة: الجداث، فيقال للقبر: جدث و جدف، و الفاء بدل من التاء لأنهم قد أجمعوا في الجمع على أجداث و لم يقولوا أجداف.
- (2) الجبانة أو الجبان: بمعنى المقبرة بتثقيب الباء و ثبوت الهاء أكثر من حذفها، و هي في الأصل الصحراء، و تسمى بهما المقابر، لأنها تكون في الصحراء تسمية للشئ بموضعه.
- (3) التربة: بمعنى المقبرة، و الجمع ترب مثل غرفة و غرف.

(1) غالبية رياض، حقوق الأموات، ص 93.

(4) الكدى: أي القبور، و الكدى في الأصل جمع كدية وهي القطعة الصلبة من الأرض، و القبور إنما تحفر في المواضع الصلبة لئلا تتهار، و قد جاء في الحديث استعمال لفظ (الكدى) بمعنى القبور، ففي الحديث أن النبي صلى الله عليه و سلم قال: " فلعلك بلغت معهم الكدى) يعني القبور، قال ابن الأثير: " أراد المقابر، و ذلك لأنها كانت مقابرهم في مواضع صلبة، و هي جمع كدية".

(5) القرافة: أي المقبرة، و هو اسم قبيلة يمنية جاورت المقابر بمصر، فغلب اسمها على كل مقبرة (2) .

الفرع الثاني: الدفن عند المسلمين

أولاً: حق الميت المسلم في دفنه:

المقصود بالدفن: هو مواراة الميت في التراب، و هو عرف ديني و اجتماعي و أخلاقي توارثته الأجيال منذ بدء الخليقة، عززته الأديان و أولته اهتماماً كبيراً حفاظاً منها على حرمة الموتى (3)

اتفق الفقهاء على أن دفن الميت المسلم في قبره حق له، و إن الدفن فرض كفاية إذا قام به البعض سقط عن الآخرين و إلا تعين فرضاً في حق من يقوم بدفنه، و وجه هذا الاتفاق:

قوله تعالى: ﴿أَلَمْ نَجْعَلِ الْأَرْضَ كِفَاتاً * أَحْيَاءً وَأَمْواتاً﴾ [المرسلات: 25-26] . و لم يشذ عن هذه السنة في دفن الأموات من بني آدم إلا طوائف قليلة زائغة، و قد اشتهر في الديانة الهندوسية أنهم لا يدفنون الموتى، و إنما يحرقونهم بالنار وهم

(2) د. عبدالله بن عمر، أحكام المقابر في الشريعة الإسلامية، ص 15-17.

(3) م. غالية رياض، حقوق الأموات، ص 89.

على معتقدتهم هذا حتى اليوم، و هذا زيغ و ضلال مع ما هم فيه من الضلال، وهو خروج عن سنة الله في خلقه، قال الله عز وجل: ﴿مِنْهَا خَلَقْنَاكُمْ وَفِيهَا نُعِيدُكُمْ وَمِنْهَا نُخْرِجُكُمْ تَارَةً أُخْرَى﴾ [طه: 55].

و قد امتن الله عز وجل على عباده أن جعل لهم الأرض كفاتاً - أي وعاء - في حال الحياة و الموت...، تضم الأحياء على ظهرها و الأموات في بطنها، فهي تكفت أحياءكم في المساكن و المنازل فتضمهم فيها و تجمعهم، و أمواتكم في بطونها في القبور فيدفنون فيها، فأكرم الله عز وجل بني الإنسان بالدفن، و ذلك لأن المقصود من دفن الأموات هو ستر سواتهم بالتراب عن الأحياء...، و قد أجمع المسلمون على أن دفن الميت فرض - على جميع المسلمين - على الكفاية من فعله منهم سقط فرضه عن الباقيين، و أخص الناس بذلك الأقربون الذين يلون الميت، ثم الجيرة، ثم سائر المسلمين، و ليس في دفن الميت و إدخاله القبر أو حمله دناءة و سقوط مروءة، بل هو بر و طاعة و إكرام للميت، و فعله الصحابة و التابعون و من بعدهم من أهل الفضل و العلم، فدفن الميت و الرفق به حال الدفن و قبله الغسل و الحمل، و كذا الإسراع بتجهيز جنازته، و عدم حبسه، كلها مظاهر تدل على إكرام الميت و احترامه، وإذا و ضع الميت في قبره فهو محترم، لا يجوز التعدي عليه أو إيذاؤه⁽⁴⁾ كما وأنه لقبر المسلم صفات تضمن له احتراماً و عدم مساس بحرمة، و هي:

(4) د. عبدالله بن عمر، أحكام المقابر في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص18-

- 1- أقل القبر: أقل القبر حفرة تمنع الرائحة و السبع عن نبش تلك الحفرة لأكل الميت، قال النبي صلى الله عليه و سلم: «احفروا و أوسعوا واجعلوا الرجلين و الثلاثة في القبر»⁽⁵⁾ و زاد فيه «وأعمقوا»⁽⁶⁾ و أجازة الشيخ الألباني.
- 2- استحباب اللحد في القبر: و المراد باللحد: " أن يحفر في أسفل جانب القبر القبلي مائلاً عن الاستواء قدر ما يسع و يستتره"⁽⁷⁾، عن ابن عباس - رضي الله عنهما- قال: قال رسول الله صلى الله عليه و سلم: «اللحد لنا، و الشق لغيرنا»⁽⁸⁾، و في هذا بيان على تفضيل اللحد على الشق، و عن عامر بن سعد بن أبي وقاص: «أن سعد بن أبي وقاص قال في مرضه الذي هلك فيه: ألدوا لي لحداً، و انصبوا علي اللبن نصباً، كما صنَّع برسول الله صلى الله عليه و سلم»⁽⁹⁾.

⁽⁵⁾ أخرجه أبي داود في سننه، كتاب الجنائز، باب تعميق القبر ، ج3 ، ص214، رقم الحديث 3215.

⁽⁶⁾ أخرجه أبي داود، كتاب الجنائز، باب تعميق القبر ، ج3، ص214، رقم الحديث 3215.

⁽⁷⁾ د. محمد حسن، حقوق الأموات و أحكامه في الإسلام ، مرجع السابق، ص354-358 .

⁽⁸⁾ أخرجه ابن ماجة في سننه، كتاب الجنائز ، باب ما جاء في استحباب اللحد، تحقيق محمد فؤاد عبدالباقي، دار إحياء الكتب العربية، ج1، ص496.

⁽⁹⁾ أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الجنائز، باب في اللحد و نصب اللبن على الميت، رقم الحديث 966، ج2، ص665، رقم الحديث 1554.

و به يستوي أفضلية اللحد على الشق، و لكن إن كانت الأرض رخوة و غير متمسكة و من الممكن أن تنهار في حال اللحد، فعندها يجوز الشق لضرورة ذلك.

3- حثو التراب في القبر: و يعني أن يضع الشخص في قبضة يديه حفنه من التراب المحيط بالقبر و ينثره على القبر أثناء دفنه، و تكون ثلاثاً، و ذلك لما روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه و سلم: «صلى على جنازة، ثم أتى قبر الميت، فحثى عليه من قبل رأسه ثلاثاً»⁽¹⁰⁾.

4- النهي عن تجصيص القبور و البناء عليها: عن جابر قال: «نهى رسول الله صلى الله عليه و سلم عن تجصيص القبور»⁽¹¹⁾.

و التجصيص يعني تزيينه و طلائه بالجبس و ما خلافه، و الحكمة من النهي عن ذلك أن القبر ليس دار مقر و ليس منزلاً و مكاناً حتى يزين و يلون و أن ذلك من زينة الحياة و لا يعد القبر من زينة الحياة، و عن أبي سعيد أن النبي صلى الله عليه و سلم «نهى أن يُبنى على القبر»⁽¹²⁾، كذلك إن البناء على القبر ليكون بارزاً و مرتقياً

⁽¹⁰⁾ أخرجه ابن ماجة في سننه، كتاب الجنائز ، باب ما جاء في حثو التراب على القبر، ج1، ص499، رقم الحديث 1565.

⁽¹¹⁾ أخرجه ابن ماجة في سننه، كتاب الجنائز ، باب ما جاء في النهي عن البناء على القبور و تجصيصها و الكتابة عليها، ج1، ص 498 ، رقم الحديث 1562.

⁽¹²⁾ أخرجه ابن ماجة في سننه، كتاب الجنائز ، باب ما جاء في النهي عن البناء على القبور و تجصيصها و الكتابة عليها ، ج1، ص 498 ، رقم الحديث 1562.

عن بقية القبور منهي عنه، لما فيه من تمييز لصاحب القبر عن غيره، و هذا لا يستوي لا للحي أو الميت. و لا يعني هذا عدم الاهتمام بالقبور و نظافتها و إماطة الأذى عنها.

5- رفع القبر: عن جابر: « أن النبي صلى الله عليه و سلم أهدى و نصب عليه اللبن نصبا، و رفع قبره من الأرض نحو من شبر»⁽¹³⁾.

ثانياً: القبر في غير التراب: الأصل أن يكون موضع القبر في التراب، و لكن قد يحدث ما يستدعي تجاوز هذا الأمر، بأن لا يكون موضع القبر في الأرض، و ذلك في حالتين أشار إليهما الفقهاء، و هما:

1- الحالة الأولى: حكم إلقاء الميت في البحر: ذهب الفقهاء من الحنفية، و المالكية،

و الشافعية و الحنابلة على أن من مات في البحر و كان يمكن أن يصل به إلى الساحل و يدفن فيه لأنه يجب على من معه الإنتظار حتى يصل إلى الساحل، و يدل على هذا ما روي عن أنس بن مالك أن أبا طلحة رضي الله عنه (ركب البحر فمات، فلم يجد له جزيرة إلا بعد سبعة أيام فدفنوه فيها و لم يتغير)⁽¹⁴⁾

و أما إذا لم يمكن الوصول إلى الساحل إلا بعد وقت يتغير فيه الميت و يحصل الضرر به ، و ذلك لبعدهم عن الساحل أو لخوف عدو أو سبع أو نحو ذلك، فإن الفقهاء اتفقوا على أنه يجب أن يُلقى في البحر بعدما يغسل و يكفن و يصلى عليه، و

⁽¹³⁾ أخرجه ابن حبان في صحيحه، ، باب إخباره صلى الله عليه و سلم عما يكون في

أمته من الفتن و الحوادث، ج14، ص602، رقم الحديث 6635

⁽¹⁴⁾ أبو زكريا النووي، المجموع شرح المذهب ((مع تكملة السبكي و المطيعي))،

ج5، ص286.

لكن الفقهاء اختلفوا هل يتقل بشيء ليرسب في قعر البحر أما يجعل بين لوحين ليصل إلى الساحل على قولين: (15)

أ- **القول الأول:** و ذهب إليه الشافعية أنه يربط بين لوحين ليحمله البحر إلى الساحل و لا يتقل، فربما وقع إلى قوم يدفنوه و إن ألقوه في البحر لم يأتوا (16)، هذا إذا كان أهل الساحل مسلمين، أما لو كان أهل الساحل كفاراً فاختلف أصحاب الشافعي، قال المزني: إنما قال الشافعي أنه يلقى إلا الساحل إذا كان أهل الجزائر مسلمين، أما إذا كانوا كفاراً فينتقل بشيء حتى ينزل إلى القرار، قال: لئلا يأخذه الكفار فيغيروا سنة الله فيه (17)

ب- **القول الثاني:** و ذهب الحنابلة إلا أنه يتقل بشيء و يلقى في الماء وهذا قول الحسن وعطاء، وعللوا لهذا القول بأنه بذلك يحصل للميت الستر المقصود من دفنه (18)، و إلقائه بين لوحين تعريض له للتغير و الهتك، و ربما بقي على الساحل مهتوكاً عرياناً، وربما وقع إلى قوم من المشركين، و ربما لم يسلم من أكل

(15) د. عبدالله بن عمر، أحكام المقابر في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص43.

(16) أبو محمد المقدسي، المغني لابن قدامة، ج2، ص500.

(17) أبو زكريا النووي، المجموع شرح المذهب ((مع تكملة السبكي و المطيعي))، ج2، ص500.

(18) أبو محمد المقدسي، المغني لابن قدامة، ج2، ص500.

الطيور⁽¹⁹⁾، وبالنظر إلى القولين و ما استندوا إليه أتصور أن كلا الفعلين (سواء جعل الميت بين لوحين أو أثقل بشيء) قد يصيبان الميت في جثته سواء من الإنس أو الحيوان و مع مراعاة أقل الضررين يتبين أن إلقاء الميت في البحر و تثبيته بثقل أقل ضرراً من تثبيته بين لوحين و توجيهه نحو اليابسة، كونه في الأخيرة قد ينهش و قد تفوح رائحته و قد تظهر سواته بأن يتعرى عنه الكفن و تنكشف عورته، أما في الأولى فإنه أستر له و إن كانت مسألة انتهاك حرمة أو نبشه من قبل كائنات البحر كبيرة إلا أنه بالإمكان معالجتها. بأن يوضع الميت في تابوت و يثبت التابوت بوزن، و يرسل إلى الأعماق السحيقة في البحر، و بذلك يكون البحر قبره، و حكم التابوت شرعاً جائز شرعاً في حالات معينة، كما سنبينه في الحالة الثانية.

2- الحالة الثانية: حكم الدفن في التابوت: التابوت: (جمع توابيت) و هو الصندوق الذي يوضع فيه الميت ليدفن⁽²⁰⁾، و قد قيل: إن التابوت ليس بعربي أصلي، و هو بمعنى الصندوق، قال تعالى: ﴿ أَنْ أَقْدِفِيهِ فِي التَّابُوتِ فَأَقْدِفِيهِ فِي النِّمِّ ﴾ [طه: 39]...، و لحكم الدفن في التابوت صورتان :

1. الدفن في التابوت من غير حاجة أو مسوغ شرعي: ذهب الحنفية إلى كراهة الدفن في التابوت من غير مسوغ شرعي، حيث جاء في حاشية ابن عابدين (مع كون

(19) د. عبدالله بن عمر، أحكام المقابر في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص44-

(20) د.ناصر سيد، د.مصطفى محمد، أ.محمد درويش، أ.أيمن عبدالله، المعجم الوسيط،

التابوت في غيرها مكروهاً في قول العلماء قاطبة⁽²¹⁾ ويدل هذا القول على اجماع الفقهاء و اتفاقهم على كراهة التابوت للميت من غير حاجة، و هذا ما ذهب إليه الشافعية حيث ورد في كتاب مغني المحتاج للشربيني (و يكره دفنه في التابوت بالإجماع لأنه بدعة)⁽²²⁾. و ذهب الحنابلة إلى نفس القول بكراهة التابوت حيث ورد في كتاب كشف القناع للبهوتي (و يكره دفنه أي الميت في تابوت و لو امرأة لقول ابراهيم النخعي: " كانوا يستحبون اللبن و يكرهون الخشب، و لا يستحبون الدفن في تابوت لأنه خشب و لم ينقل عن النبي صلى الله عليه و سلم و أصحابه"⁽²³⁾)، وذهب قول لدى المالكية بكراهة التابوت و هو قول ابن القاسم، و ورد ذكره في كتاب البيان والتحصيل لإبن رشد (و سئل ابن القاسم عن اللوح و اللبن و القصب توضع على اللحد، و يجعل الرجل في تابوت من خشب، و يدفن فيه أو يبنى عليه الآجر، فقال ابن القاسم: أما التابوت فأكرهه، و لا يعجبني أن يدفن فيه أحد...)⁽²⁴⁾ بناء عليه تتلخص كراهة الدفن في التابوت من غير حاجة إلى الأسباب الآتية:

(21) ابن عابدين الحنفي، رد المحتار على الدر المختار، ج2، ص234.

(22) شمس الدين الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج2، ص53.

(23) منصور البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، ج2، ص134.

(24) أبو الوليد القرطبي، البيان والتحصيل والشرح و التوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، ج2، ص134.

- لأن الدفن في التابوت بدعة لم ترد عن النبي محمد صلى الله عليه و سلم، ولا عن الصحابة .
- لأنه مصنوع من الخشب و الخشب مكروه في القبر .
- كونه قد يكلف الكثير من المال فيدخل في باب الإسراف.
- قد يزين أو ينقش عليه فيعتبر من زينة الدنيا و لا يتناسب مع طبيعة الموت.
- قد يأخذ التابوت حيزاً أوسع في المقبرة مما قد يؤدي إلى ضيق المقابر و عدم اتساعها للموتى.

2. الدفن في التابوت إن كان حاجة أو لمسوغ شرعي:

حيث أورد الفقهاء المسلمين صوراً يجوز بها الدفن في التابوت، و هي:

- في حال كانت الأرض رخوة و لا تحتل اللحد، فيخير بين الشق و التابوت، حيث جاء في حاشية ابن عابدين (... إلا في أرض رخوة فيخير بين الشق و اتخاذ التابوت)⁽²⁵⁾

• إذا كان مس الجثة يعرضها للأذى أو التلف أو التهتك، و ذلك في حالة اللذع أو الحرق، ذكر الشربيني في كتابه مغني المحتاج (... الميت تهريه بحريق أو لذع بحيث لا يضبطه إلا التابوت)⁽²⁶⁾ أن يكون الميت امرأة أو أن يكون الدفن خارج أسوار المقبرة في أرض فضاء كالصحراء، و هو قول الشافعية حيث جاء في مغني المحتاج للشربيني (... كانت امرأة لا محرم لها كما قاله المتولي لئلا يمسه

⁽²⁵⁾ ابن عابدين الحنفي، رد المحتار على الدر المختار، ج2، ص234.

⁽²⁶⁾ شمس الدين الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج،

ج2، ص54.

الأجانب عند الدفن أو غيره، و ألحق في المتوسط بذلك دفنه في أرض مسبعة بحيث لا يصونه من نبشها إلا التابوت⁽²⁷⁾

الفرع الثالث : اجراءات الدفن في دول العالم

للدفن إجراءات معينة تختلف من دولة إلى دولة أخرى، و من معتقد إلى معتقد آخر، و من ديانة إلى ديانة، فكل يرى إكرام الميت و احترامه بالطريقة التي سلكها معتقده وديانته وأنها هي الطريقة الأصح، فالأغلب يدفن الجثة، و البعض يحرقها، آخرين يحتفظون بها... إلخ. وتم تخصيص هذا الفرع لبيان الطرق و الإجراءات التي سلكتها الثقافات و الدول المختلفة في التعامل مع موتاهم. نستعرض آتياً اجراءات الدفن في بعض دول العالم:

1- اليابان: كان اليابانيون حتى وقت قريب يرمون جثث الموتى في البحر أو وسط الجبال، و يوجد في مدينة كيوتو (KYOTO) بقايا مقبرة مكشوفة كانت ترمى فيها الجثث تحت تمثال عملاق لبودا، و مؤخراً، انتقلت هذه العادة إلى الولايات المتحدة الأمريكية بحجة أنها تساعد على نظافة البيئة.

2- جمهورية ألمانيا الاتحادية: لا يسمح القانون الألماني الحالي بالدفن قبل مرور ثمان و أربعين ساعة، و يعللون هذا التأخير بحجة التأكد بشكل قطعي من الوفاة، و يلزم القانون الألماني ذوي المتوفى أو أسرته بحمله إلى المقبرة في تابوت خشبي محكم الإغلاق بالمسامير و دفنه في القبر بالتابوت، لكن تكمن المشكلة بأن بنود هذا القانون لا تتفق مع الشريعة الإسلامية، لذلك أكدت وزارة الصحة و حماية

⁽²⁷⁾ شمس الدين الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، مرجع

سابق، ص54.

البيئة في الحكومة المحلية الألمانية أنها ستعدل قانون الدفن الصادر عام 2004م لتمكين المسلمين في ألمانيا من دفن موتاهم في نفس يوم الوفاة بالكفن فقط و دون تابوت خشبي⁽²⁸⁾

3- الجمهورية العربية السورية: يتبع مكتب دفن الموتى في سورية إدارياً للشؤون الصحية في مجلس المدينة، و يقتطع مكتب الدفن أجور القبر و حفره بموجب إيصال رسمي، و يجب عدم إجراء أي تغيير أو تعديل في أي قبر إلا بموافقة من رئيس مكتب دفن الموتى، و يحذر المكتب دائماً أنه يجب عدم شراء أي قبر من الحفارين مباشرة حيث يعتبر هذا الشراء غير قانوني و لاقيمة له⁽²⁹⁾.

المطلب الثاني

أساس حماية القبر قانوناً و شرعاً

نظمت الدول مسألة حماية القبور من خلال التشريعات الجنائية و ذلك على الصعيد الداخلي للدول، و على الصعيد الدولي نصت الاتفاقيات الدولية في بعض تشريعاتها على مسألة حماية القبور، و اتفقت نصوصهما على حرمة القبر و ذلك بأن جرمت الأفعال التي تطل القبور و تمس حرمتها و فرضت عقوبات على مرتكبيها. و لا تغفل دور الشريعة الإسلامية الغراء في مسألة حماية القبور و الاعتناء بها، حيث حرمت الشريعة الأفعال التي تمس القبور و حرمتها و نهت عنها. و عليه نقسم المطلب إلى

⁽²⁸⁾ د. محمد حسن، حقوق الأموات و أحكامه في الإسلام ، مرجع سابق، ص95.

⁽²⁹⁾ د. محمد حسن، ، حقوق الأموات و أحكامه في الإسلام ، مرجع سابق، ص96-

فرعين، الفرع الأول يتناول الأساس القانوني لحماية القبر، بينما يتناول الفرع الثاني الأساس الشرعي لحماية القبر.

الفرع الأول: الأساس القانوني لحماية القبر

أولاً: أساس حماية القبر في التشريع الإتحادي: حيث نص المشرع الإماراتي في المادة (316) من قانون العقوبات الاتحادي⁽³⁰⁾ على: " يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة أو بالغرامة التي لا تتجاوز عشرة آلاف درهم كل من انتهك أو دنس حرمة مكان معد لدفن الموتى أو لحفظ رفاتهم أو انتهك حرمة جثة أو رفات آدمي أو دنسها مع علمه بدلالة فعله". وهي المادة الوحيدة في قانون العقوبات المشار إليه التي تناولت مسألة القبور و تنظيم حمايتها.

ثانياً : أساس حماية القبر في التشريعات العربية: حيث نظمت التشريعات الجنائية في الدول العربية مسألة حماية القبور، إلا أننا سنقصر الذكر على المشرع الجنائي الجزائري و السوري، حيث أفرد المشرع الجزائري عدة مواد تتناول مسألة حماية القبور وذلك في الأمر الجزائري رقم (156) لسنة 1966م بشأن قانون العقوبات⁽³¹⁾، أفنصت المادة (150) منه على:

" كل من هدم أو خرب أو دنس القبور بأية طريقة كانت يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين و بغرامة من 500 إلى 2000 دينار". كما نصت المادة (152) منه على:

⁽³⁰⁾ قانون العقوبات الإماراتي ، المادة (316).

⁽³¹⁾ الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ، الأمر الجزائري رقم (156) لسنة 1966م بشأن قانون العقوبات الجزائري رقم (66-156) لسنة 1966م.

" كل من انتهك حرمة مدفن أو قام بدفن جثة أو إخراجها خفية يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة و بغرامة من 500 إلى 2000 دينار" ، و نصت المادة (160) مكرر (6) من الأمر الجزائي المشار إليه على: " يعاقب بالحبس من خمس سنوات إلى عشرة سنوات و بغرامة من 10000 د.ج إلى 50000 د.ج، كل من قام عمداً بتدنيس، أو تخريب، أو تشويه، أو إتلاف، أو حرق مقابر الشهداء أو رفاتهم". و من خلال المواد السابقة نستشف حرص المشرع الجزائري على ذكر صور متعددة للإعتداء على القبور بذكر ألفاظ (دنس، خرب، شوه، أتلّف..)، كما ميز المشرع الجزائري بين المقابر العادية و مقابر الشهداء. كذلك تناول المشرع السوري مسألة حماية القبور في المادة رقم (467) من المرسوم التشريعي رقم (148) لسنة 1949م بشأن قانون العقوبات⁽³²⁾،

حيث نصت المادة المشار إليها على " يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين:

أ. من هتك أو دنس حرمة القبور أو أنصاب الموتى أو أقدم قصداً على هدمها أو تحطيمها أو تشويهها.

ب. من دنس أو هدم أو حطم أو شوه أي شيء آخر خص بشعائر الموتى أو بصيانة المقابر أو تزيينها". و في المادة السابقة فرق المشرع السوري بين الاعتداءات التي تقع على القبور و بين الاعتداءات التي تقع على ما يحيط بالقبور و يتعلق به.

ثالثاً: أساس حماية القبر في الموثيق و الاتفاقيات الدولية: حيث نظمت المواثيق والاتفاقيات الدولية مسألة حماية الأموات و قبورهم من المساس و الإعتداء عليها، فنصت المادة (130) من اتفاقية جنيف الرابعة الصادرة سنة 1949م على: " على

⁽³²⁾ الجمهورية العربية السورية، المرسوم التشريعي رقم (148) لسنة 1949م بشأن

قانون العقوبات، المادة (467)

السلطات الحاجزة أن تحقق من أن المعتقلين الذين يتوفون أثناء الاعتقال يدفنون باحترام، و إذا أمكن طبقاً لشعائر دينهم، و أن مقابرهم تحترم، و تصان بشكل مناسب، و تميز بطريقة تمكن من الاستدلال عليها دائماً. يدفن المعتقلون المتوفون في مقابر فردية ، إلا إذا اقتضت ظروف قهرية استخدام مقابر جماعية، و لا يجوز حرق الجثث إلا لأسباب صحية حتمية أو إذا اقتضى دين المتوفى ذلك أو تنفيذاً لرغبته الصريحة، و في حال الحرق يبين ذلك مع ذكر الأسباب التي دعت إليه في شهادة وفاة الشخص المعتقل، و تحتفظ السلطات الحاجزة بالرماد، و ترسله بأسرع ما يمكن إلى أقارب المتوفى إذا طلبوا ذلك. و بمجرد أن تسمح الظروف و بحد أقصى لدى انتهاء الأعمال العدائية، تقدم الدولة الحاجزة، عن طريق مكاتب الاستعلامات المنصوص عنها في المادة 136، إلى الدول التي يتبعها المعتقلون المتوفون، قوائم تبين المقابر التي دفنوا فيها...⁽³³⁾. و من خلال المادة السابقة نستشف مسؤولية الدول عن المعتقلين في النزاعات المسلحة حال موتهم.

الفرع الثاني : الأساس الشرعي لحماية القبر

اهتمت الشريعة الإسلامية بصيانة حرمة الإنسان منذ أن تتفخ فيه الروح و هو في بطن أمه و حتى بعد موته و دفنه في قبره، كما نصت الشريعة الإسلامية على اجراءات معينة عند دفن الميت لضمان صيانة حرمة، لما للميت من حرمة و قدسية، فأمرت بتغسيل الميت و تطييبه و و تكفينه و الدعاء له و عدم الصياح و النياح عليه لئلا يتأذى، و الصلاة عليه ثم نقله إلى المقبرة و دفنه برفق، كما وضعت للدفن شروط

(33) اتفاقية جنيف الرابعة الصادرة سنة 1949م، المادة (130).

وضوابط تم الإشارة إليها في المطلب الأول، منها استحباب اللحد في القبر و أقل القبر ورفع القبر مقدار شبر و النهي عن تجصيص القبر و تزيينه، و حرمت الشريعة الإسلامية الاعتداء على المقابر بأي شكل من الأشكال فنهت عن المشي على القبر أو الجلوس عليه ، أو نبش القبر، و أجازت الشريعة النبش إذا كان لمسوخ شرعي، جاء في صحيح مسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لأن يجلس أحدكم على جمرة فتحرق ثيابه، فتخلص إلى جلده، خير له من أن يجلس على قبر»⁽³⁴⁾، و عن أبي مرثد الغنوي قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: « لا تصلوا إلى القبور، و لا تجلسوا عليها»⁽³⁵⁾ تجدر الإشارة إلا أن الشريعة الإسلامية حرمت الاعتداء على القبر صيانةً لحرمته، ولكنها جعلت العقوبة في يد المشرع الوضعي، بحيث منحه الحق في فرض العقوبة المناسبة على من يعتدي على القبور، وهو ما سنبحثه في المبحث الثاني.

⁽³⁴⁾ أخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب الجنائز، باب النهي عن الجلوس على القبر و الصلاة عليه، ج2، ص667 ، رقم الحديث 971.

⁽³⁵⁾ أخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب الجنائز، باب النهي عن الجلوس على القبر و الصلاة عليه، ج2، ص668، رقم الحديث 972.

المبحث الثاني

الاعتداء على القبر و العقوبة المقررة

يقع الإعتداء في الغالب على الجثة و هي خارج القبر، حيث يسهل على المعتدي القيام بذلك، و يوجه اعتداه مباشرةً إلى الجثة بغض النظر عن نوع الإعتداء، و لكن في حال تم دفن الجثة يوجه الاعتداء إلى القبر لمشقة و صعوبة الوصول إلى الجثة و هي تحت التراب، و في بعض الأحيان يوجه الاعتداء إلى القبر و الجثة معاً، بأن ينهب القبر و يُعتدى على الجثة.

و سينقسم هذا المبحث إلى مطلبين سنتعرضها آتياً.

المطلب الأول

صور الإعتداء على القبر

تنص معظم دول العالم على قوانين أو مواد تُعنى ببيان صور الإعتداء على القبر، وتفرض عقوبة عليه، إذ يكفي بعضها بإفراد نصوص تنص على الجريمة و العقوبة بشكل عام ، و بعضها يفصل في الجرائم و الإعتداءات التي يكون محلها القبر، وكذلك يفرض عقوبات تتناسب مع خطورة كل اعتداء و يكون ذلك بتغليظ العقوبة كلما زادت خطورة النشاط الإجرامي الذي يقع على القبر ، و تتناقص شدتها كلما كان النشاط الإجرامي أقل خطورة، و عليه سنبحث الإعتداء على القبر وفقاً للتقسيمات الآتية.

الفرع الأول: صور الإعتداء على القبر في التشريع الإماراتي

نص المشرع الإماراتي في المادة (316) من قانون العقوبات الإماراتي و تعديلاته، على صور الإعتداء على الميت و القبر معاً، و سنفصل في جريمة الإعتداء على القبر فقط، و جاء نص المادة(316) المشار إليها على النحو الآتي:

" يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة أو بالغرامة التي لا تجاوز عشرة آلاف درهم كل من انتهك أو دنس حرمة مكان معد لدفن الموتى أو لحفظ رفاتهم أو انتهك حرمة جثة أو رفات آدمي أو دنسها مع علمه بدلالة فعله⁽³⁶⁾

جرائم انتهاك أو تدنيس حرمة مكان معد لدفن الموتى أو لحفظ رفاتهم:

و تشمل كلمة انتهاك كل أنواع الإعتداءات التي تقع على القبر، حيث جاءت عامة وشاملة لجميع أنواع الإعتداءات التي تقع على القبر، و تدنيس القبر يشمل الاعتداء عليه برمي القاذورات و الأوساخ عليه، مما يشكل إهانة للقبر و للميت الذي فيه. ، فلفظ انتهاك الوارد في المادة السابقة شامل و عام و يشمل كل صور الاعتداء على المقابر، إذا كانت عمدية، و ذلك لأن الإتهاك يكون عمدياً، و ليس بالخطأ، فمن الممكن كما أشرنا سابقاً أن الاعتداء على الجثة ربما يكون عن غير قصد (الميت المدفون في الصحراء) و عليه و استناداً إلى هذا النص فإنه يشير إلى عدم فرض عقوبة على من يرتكب إحدى الجرائم بحق القبر أو المقبرة لو كانت بغير قصد، والأولى أن تفرض عقوبة حتى و إن كانت مخففة حتى يتنبه الناس و يبذلون عناية واهتمام أكبر ، و من جهة أخرى فإن العقوبة الواحدة قد لا تناسب كل نوع من

⁽³⁶⁾ قانون العقوبات الإماراتي ، المادة (316).

الانتهاك فمن يحرق مقبرة، يعاقب بعقوبة أشد ممن يحرق قبر واحد، و لفظ " انتهاك أو دنس حرمة مكان معد لدفن الموتى أو لحفظ رفاتهم" يشمل القبر المفرد و المقبرة ككل، فلا يتصور أن تتناسب عقوبة الحبس و الغرامة إذا ما وقعت على المقبرة ككل، بينما نص المشرع الجزائري في المادة (160) مكرر (6) من قانون العقوبات الجزائري على: " يعاقبكل من قام عمداً بتدنيس أو تخريب أو تشويه أو إتلاف أو حرق مقابر الشهداء أو رفاتهم"⁽²⁾، حيث بين في هذه المادة صوراً أكثر للجرائم التي تقع على القبر و أفرد عليها عقوبات تكاد تكون مناسبة لكل فعل، إلا أنه اشترط ركن العمد لتحقيق العقوبة، و نتصور أن تتم محاسبة من ارتكب هذا الفعل المجرم و لو بغير قصد، و لا يشترط أن تكون العقوبة بمعناها اللفظي فيكتفي أن تكون إنذار أو تعهد، و ذلك حتى يبذل مزيداً من الحرص، و للحفاظ على حرمة المقابر و القبور. كما أن نص المادة (316) من قانون العقوبات الإماراتي المشار إليه تضمنت عبارة " مكان معد لدفن الموتى أو لحفظ رفاتهم" حتى يشمل بذلك القبور و المعابد بالنسبة لغير المسلمين.

1. الركن المادي: ويتكون النشاط الجرمي لهذه الجريمة بوقوع انتهاك للقبر أو تدنيسه، بحيث يشمل (حرقه، تحطيمه، إتلافه...) و تكون نتيجته الجرمية هي: تحطم القبر حال كان النشاط الجرمي يتمثل في استخدام مطرقة أو ماشابها لتحطيم القبر، و تكون النتيجة الجرمية احتراق القبر، حال كان النشاط الجرمي سكب مادة قابلة للإشتعال عليه... إلخ، مع الأخذ بالإعتبار وجود علاقة سببية بين النشاط الجرمي و النتيجة الجرمية بأن يكون النشاط الجرمي هو السبب الرئيسي و المألوف في وقوع النتيجة الجرمية.

2. الركن المعنوي: و هو نية و إرادة الجاني من ارتكابه للنشاط الجرمي، بحيث أنه يعلم أن فعله مجرم و محاسب عليه قانوناً ، و أن فعله موجه لقبور له حرمة و محمي، و رغم ذلك ارتكب النشاط الجرمي بإرادته المنفردة الحرة، و بذل كل ما بوسعه لتحقيق النتيجة الجرمية.

الفرع الثاني: صور الاعتداء على القبر في التشريع الجزائري

نص المشرع الجزائري في الأمر رقم (156) لسنة 1966م بشأن قانون العقوبات وتعديلاته في مادتيه رقم (150) و (152) و (160) مكرر (6) على جرائم تمس القبور، نستعرضها آتياً:

أولاً: نصت المادة رقم (150) من الأمر المشار إليه على:

" كل من هدم أو خرب أو دنس القبور بأية طريقة كانت يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين و بغرامة من 500 إلى 2000 دينار " (37)

جرائم هدم أو تخريب أو تدنيس القبور:

أشار نص المادة (150) من الأمر المشار إليه أعلاه إلى ثلاثة صور من الجرائم التي تقع على المقابر تحديداً (الهدم، التخريب التدنيس)، و مصطلح الهدم يعني إزالة القبر، أما التخريب فالقبر باقي لكن عليه آثار تشويه و تخريب، و التدنيس كما أسلفنا في الجرائم السابقة يمثل إهانة للقبر و للميت المدفون فيه، و يتكون من نشاطات جرمية متعددة منها: رمي الأوساخ على القبور، جعلها أماكن لقضاء الحاجة.... .

(37) قانون العقوبات الجزائري،، المادة (150) .

1. الركن المادي: و يتكون الركن المادي لهذه الجريمة من شقين، النشاط الجرمي والنتيجة الجرمية المترتبة، أما النشاط الجرمي فهو السلوك المادي الظاهر المكون للجريمة، و في هذا الموضع يتمثل **النشاط الجرمي** في هدم القبر أو تدنيسه أو تخريبه. **أ. هدم القبر:** و يعني الهدم إزالة شيء كان موجوداً، كهدم منزل مثلاً أي تسويته بالأرض، و هدم القبر يكون بالمعول أو بالمطرقة أو بالعربات الكبيرة المخصصة لأعمال الهدم أو غيرها. و الهدم هو سلوك موجه نحو قبر قائم و هذا يعني أن جريمة هدم القبر لا تقوم حال كان القبر مهدوماً أصلاً لإنتفاء محل الجريمة، و لكن قد تقوم جريمة أخرى و هي جريمة انتهاك القبر، كما أن عمليات هدم القبور التي تقوم بها السلطة العامة لا تعتبر جريمة بحق القبر، لأن الأصل في ذلك تحقيق مصلحة عامة، كما أنه تُراعى الضوابط و القواعد الشرعية و القانونية عند هدم القبور بحيث لا تمس حرمة الجثة.

ب. تدنيس القبر: و هو سلوك جرمي يتمثل في عدة صور لا تمس وجود لقبر، بحيث يبقى القبر موجوداً بهيئته و شكله و مايمس هو الشعور العام، و التدنيس يكون برمي القاذورات على قبر محدد أو عدة قبور، أو تعمد ترك الدواب و الحيوانات تسير في المقبرة، أو بارتكاب الفاحشة بجانب القبور و غيرها من الأفعال و السلوكيات التي تمس حرمة و كرامة القبر و المقبرة ككل.

ج. تخريب القبر: و هو سلوك جرمي مشابه لجريمة هدم القبر من حيث محل الجريمة و هو القبر، إلا أنه يختلف عنه في أنه أقل ضرراً من هدم القبر، و ذلك من خلال النتيجة الجرمية المترتبة، ففي جريمة هدم القبر تتحقق النتيجة الجرمية بإزالة القبر وتسويته بالأرض بينما في جريمة تخريب القبر فإن الاعتداء يؤثر على جزء أو عدة

أجزاء مكونة للقبر، بحيث أن القبر باقٍ إلا أنه محطم و يكون قد فقد جزء أو أجزاء منه.

و تكون النتيجة الجرمية في إزالة القبر حال كان النشاط الجرمي هو هدمه، أو تكون النتيجة الجرمية اتساخ القبر بالقاذورات حال كان النشاط الجرمي هو تدنيسه، أو تكون النتيجة الجرمية تحطم بعض أجزاء القبر أو تخدش شاهد القبر حال كان النشاط الجرمي هو التخريب، مع الأخذ بالاعتبار وجود علاقة سببية بين النشاط و النتيجة.

2. **الركن المعنوي:** و يتكون من عنصري العلم و الإرادة، بأن يعلم الجاني بأن نشاط الإجرامي موجه لقبر محمي بموجب القانون، و أن فعله يعتبر مخالفاً لأحكام القانون و معاقب عليه، و رغم ذلك تتجه إرادته إلى تحقيق النشاط الجرمي المتمثل بالهدم أو التخريب أو التدنيس، و كذلك اتجاه إرادته إلى تحقيق النتيجة الجرمية بأن يهدم القبر أو يخرب أو يدنس و ذلك باختلاف النشاط الجرمي.

ثانياً: نصت المادة رقم (152) من الأمر المشار إليه على:

" كل من انتهك حرمة مدفن أو قام بدفن جثة أو إخراجها خفية يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة و بغرامة من 500 إلى 2000 دينار⁽³⁸⁾.

جريمة انتهاك حرمة مدفن: و يقصد بالمدفن: القبر، و مصطلح " انتهاك " جاء عاماً و شاملاً لجميع الجرائم الي قد تقع على القبر، كونها جميعاً أفعال تتشرك في أنها تمثل انتهاكاً للقبر.

1. **الركن المادي:** يعد أي فعل أو نشاط جرمي موجه للقبر بمثابة انتهاك للقبر (هدم، حرق، تخريب، نبش...)، و غالباً ما تنص التشريعات الجنائية في موادها على

⁽³⁸⁾ قانون العقوبات الجزائري، المادة (152) .

جريمة الانتهاك بحيث لا يتم إغفال أي جريمة من العقاب، و جريمة انتهاك القبر قد ترتب جريمتين في آن واحد، و ذلك يتحقق إذا ما أراد الجاني الوصول إلى الجثة في قبرها، و يكون ذلك بنش القبر أو تدميره و هي الجريمة الأولى، و تكون الجريمة الثانية بانتهاك حرمة الجثة بإخراجها من القبر و قد تترتب أيضاً جريمة ثالثة تتمثل في بيع الجثة أو أعضائها (جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية). و تترتب النتيجة الجرمية وفقاً لنوع النشاط الجرمي الحاصل، فإن كان النشاط الجرمي هدم القبر ، فإن تهدم القبر و إزالته يعد نتيجة جرمية للنشاط الجرمي.... مع الأخذ بالاعتبار وجود علاقة السببية بين النشاط و النتيجة.

2. الركن المعنوي: و به يتوفر العلم لدى الجاني بأن نشاطه الجرمي يكون نتيجة جرمية و إذا تحققت عوقب على ذلك، و أن تتجه إرادته الحرة دون إكراه أو ضغط لإرتكاب الجريمة و تحقيق النتيجة الجرمية.

ثالثاً: نصت المادة من على المادة (160) مكرر (6) من الأمر المشار إليه على:

" يعاقب بالحبس من خمس سنوات إلى عشرة سنوات و بغرامة من 10000 د.ج إلى 50000 د.ج، كل من قام عمداً بتدنيس، أو تخريب، أو تشويه، أو إتلاف، أو حرق مقابر الشهداء أو رفاتهم"⁽³⁹⁾

⁽³⁹⁾ قانون العقوبات الجزائري، المادة (160) مكرر (6) .

جرائم تدنيس أو تخريب أو تشويه أو إتلاف أو حرق مقابر الشهداء أو رفاتهم: حصر المشرع الجزائري العقوبة على جرائم محددة في هذه المادة، و على محل جريمة محدد، كما أفرد عقوبة مشددة على من يرتكب أحد هذه الجرائم، و ذلك تقديراً و حفظاً للشهداء و مقابرهم و رفاتهم.

1. الركن المادي: و يتضمن النشاط الجرمي و النتيجة الجرمية، فالنشاط الجرمي محصور بالأفعال الواردة في نص المادة (160) المشار إليها أعلاه وهي: (التدنيس، التخريب، تشويه، إتلاف، حرق)، و محل الجريمة هو: مقابر و رفات الشهداء. و تختلف النتيجة الجرمية باختلاف النشاط الجرمي الموجه على مقابر الشهداء أو رفاتهم. مع مراعاة وجود علاقة سببية بين النشاط الجرمي و النتيجة الجرمية.

2. الركن المعنوي: و يتكون من عنصري العلم و الإرادة، و يعلم فيه الجاني بأن فعله و سلوكه (تدنيس، تخريب، تشويه، إتلاف، حرق) مجرم قانوناً و معاقب عليه، و أن سلوكه موجه ضد حق محمي و هو القبر، كما أن النشاط الجرمي الذي يرتكبه الجاني يكون بإرادته المنفردة و الحرة، و يبغى من ذلك تحقيق النتيجة الجرمية.

الفرع الثالث: صور الاعتداء على القبر في التشريع السوري

أفرد المشرع السوري مادة متعلقة بالإعتداء على المقابر في المرسوم التشريعي رقم (148) لسنة 1949م بشأن قانون العقوبات المعدل بالقانون رقم (27)، حيث نصت المادة رقم (467) منه على:

" يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين:

أ. من هتك أو دنس حرمة القبور أو أنصاب الموتى أو أقدم قصداً على هدمها أو تحطيمها أو تشويهها.

ب. من دنس أو هدم أو حطم أو شوه أي شيء آخر خص بشعائر الموتى أو بصيانة المقابر أو تزيينها⁽⁴⁰⁾.

حيث توسع المشرع السوري في نطاق محل الجريمة بحيث شمل القبر و كل ما يتعلق به حتى لو لم يكن الأخير مرتبطاً بالقبر ارتباطاً لا يقبل التجزئة.

1. الركن المادي: إن نص المادة (467) من قانون العقوبات السوري المشار إليه قد فرق بين جريمتي الهتك و التدنيس و بين جرائم الهدم و التخطيم و التشويه بحيث لم يشترط في الهتك و التدنيس توفر العمد في ارتكابها، بينما اشترط توفر القصد و العمد في جرائم الهدم و التخطيم و التشويه. و يحتوي نص المادة المشار إليه على عدة نشاطات جرمية ترتب اعتداءً على القبر أو أنصابها، حيث يتمثل النشاط الجرمي في (هتك القبور أو أنصابها، أو تدنيسها، أو هدمها، أو تحطيمها، أو تشويهها).

أ. جريمتي هتك و تدنيس القبر: و يشملان الاعتداءات الموجهة للقبر حيث أن لفظ "انتهاك" يشمل معظم الجرائم التي تقع على القبر، و تورده معظم التشريعات الجنائية في موادها، حتى لا يتم إغفال أي سلوك مجرم. و التدنيس هو كل فعل من شأنه المساس بالقبر و حرمة دون التأثير على شكل و هيئة القبر، حيث أن التدنيس لا يكون بإزالة شيء (كهدم القبر أو تحطيمه) و إنما بإضافة شيء، كرمي القاذورات و الأوساخ على القبر، و في هذه الجريمة يكون الضرر المعنوي أكبر من الضرر المادي، كونها جريمة تمس بكرامة الميت و قبره.

ب. جرائم الهدم و التخطيم و التشويه: و تعتبر جميعها سلوكيات جرمية متقاربة إلى حد ما إلا أنها تختلف من ناحية النتيجة الجرمية، فهدم القبر يرتب إزالته بحيث يسوى

⁽⁴⁰⁾ قانون العقوبات السوري، المادة (476)

بالأرض، في حين أن تحطيم القبر يرتب هدم أو تدمير جزء من القبر و لكن يبقى ما يدل على وجود القبر، أما تشويه القبر، فهو الأقل تأثيراً من سابقتها على القبر، كمن يرسم أو يكتب عبارات مشينة على القبر. و محل الجريمة يتمثل في القبر و النصب و يشمل زينة القبر أيضاً، و تختلف النتيجة الجرمية باختلاف النشاط الجرمي و المحل الموجه له.

2. الركن المعنوي: و يُشترط لتحقيق الركن المعنوي توفر عنصري العلم و الإرادة، بأن يعلم الجاني أن فعله و سلوكه مجرم و معاقب عليه، و مع ذلك تتجه إرادته إلى ارتكاب الفعل المجرم (تشويه، تحطيم،...) و بذل ما بوسعه لتحقيق النتيجة الجرمية المترتبة على نشاطه الجرمي.

وبشكل عام هناك قصور قانوني شديد في التعاطي مع إشكالية نبش القبور في مجمل التشريعات القانونية⁽⁴¹⁾

الفرع الرابع: صور الاعتداء على القبر في الشريعة الإسلامية

نظمت الشريعة الإسلامية جميع شؤون الإنسان، و كفلت الحماية له أثناء حياته و بعد موته، و ما سنتناوله في هذا المبحث يقتصر على الحماية التي وفرتها الشريعة الإسلامية لقبر الميت من جميع الإعتداءات أو الأفعال المسيئة، حيث أن للقبر حرمة مصانة لا يجوز المساس بها إلا في حدود ضيقة و تحقيقاً لمصلحة عامة، و سيقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، كل فرع يتناول اعتداء معين على القبر.

⁽⁴¹⁾ إيمان المشوم، الحماية الشرعية لجثة المتوفي، ص465.

أولاً: الجلوس على القبر:

جاء في صحيح مسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه، قال: قال رسول الله صلى الله عليه و سلم: «لأن يجلس أحدكم على على جمرة فتحرق ثيابه، فتخلص إلى جلده، خير له من أن يجلس على قبر»⁽⁴²⁾، أو عن أبي مرثد الغنوي قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه و سلم يقول: «لا تصلوا إلى القبور، و لا تجلسوا عليها»⁽⁴³⁾.

و يرى الشافعية أن الجلوس على القبر من غير قضاء حاجة مكروه قال الإمام الشافعي في كتابه " الأم " : (و أكره وطء القبر، و الجلوس و الاتكاء عليه إلا ألا يجد الرجل السبيل إلى قبر ميتة إلا بأن يطأه، فذلك موضع ضرورة، فأرجوا حينئذ أن يسعه إن شاء الله تعالى، و قال بعض أصحابنا: لا بأس بالجلوس عليه، و إنما نهى عن الجلوس عليه للتعوط"⁽⁴⁴⁾. و كذلك هو رأي الحنابلة، حيث ورد في كتاب "المغني" لابن قدامة أنه (ذكر لأحمد أن مالكا يتأول حديث النبي صلى الله عليه و سلم أنه نهى أن يجلس على القبور: أي للخلاء - فقال: ليس هذا بشيء و لم يعجبه رأي مالك)⁽⁴⁵⁾، و يتبين لنا رأي المالكية من قول الإمام مالك (نهى النبي عن

⁽⁴²⁾ أخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب الجنائز، باب النهي عن الجلوس على القبر و الصلاة عليه، ج2، 2003م، ص667، رقم الحديث 971.

⁽⁴³⁾ أخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب الجنائز، باب النهي عن الجلوس على القبر و الصلاة عليه، ج2، 2003م، ص668، رقم الحديث 972.

⁽⁴⁴⁾ الشافعي المكي، الأم، دار المعرفة- بيروت، 1990م، ج2، ص632.

⁽⁴⁵⁾ أبو محمد المقدسي ، المغني لابن قدامة، ج2، ص507

الجلوس على القبور: أي للخلاء) حيث يرون أن الجلوس على القبر جائز إن لم يكن لقضاء حاجة.

و الظاهر في رأبي تحريم الجلوس على القبور سواء لحاجة أو لغير حاجة، وذلك استناداً إلى ما تقدم من حديث أبي هريرة و حديث أبي مرثد الغنوي ، لأنه في الواقع لا حاجة للتواجد في المقبرة أو عند القبر، إلا لزيارة القبر و الدعاء له، و من ثم لا حاجة أو ضرورة تحتم الجلوس على القبر إلا إن وجدت الضرورة فعلاً، فأرض الله واسعة يستطيع أن يجلس الإنسان فيها أو يتكأ كما يشاء، أما مسألة الجلوس مقابل القبر أو بجانبه، فلا أتصور وجود حرج فيها خاصة إذا أطال الزائر عند القبر.

ثانياً: المشي على القبر:

فعند الجمهور المشي على القبر مكروه كراهة تحريمية، و لهذا يستحب خلع النعال عند دخول المقابر، و وجه هذا القول: مارواه عقبة بن عامر قال: قال رسول الله صلى الله عليه و سلم: «لأن أمشي على جمرة أو سيف أو أخصف نعلي برجلي، أحب إلى من أمشي على قبر مسلم، و ما أبالي أوسط القبور قضيت حاجتي، أو وسط السوق⁽⁴⁶⁾، وهذا ما يفهم من قوله بحرمة الجلوس على القبر لحاجة أم لغير حاجة، كما سبق بيان ذلك عند المالكية، فإذا كان الجلوس على قبر حرام عندهم، فكذلك المشي عليها لنفس الحكمة و العلة⁽⁴⁷⁾، و أما المشي بين القبور دون المساس

⁽⁴⁶⁾ أخرجه ابن ماجة في سننه، كتاب الجنائز ، باب ما جاء في استحباب اللحد، ج1، ص496، رقم الحديث 1556.

⁽⁴⁷⁾ د.محمد حسن، حقوق الأموات و أحكامه في الإسلام، مرجع سابق، ص376.

بالقبور أو الاعتداء عليها فلا مانع شرعي فيه، و يتبين لنا من خلال الأحاديث النبوية الشريفة و آراء الأئمة حرصت الشريعة الغراء على كفالة احترام الإنسان سواء كان حياً أو ميتاً، بل إلى أبعد من ذلك حيث كفلت الحماية للقبر الذي يضم الميت.

ثالثاً: نبش القبر:

و مصطلح النبش: من نبش الشيء ينبشه نبشاً: استخرجه بعد الدفن، و نبش الموتى: استخرجهم، و النباش: الفاعل لذلك و حرفته النباشة، و النبش: نبشك عن الميت وعن كل دفين⁽⁴⁸⁾، و الأصل في نبش القبور تحريمه في الشريعة الإسلامية، لما فيه من اعتداء و ضرر يقع على الميت أو القبر الذي يضمه، و الاستثناء على القاعدة العامة هو جواز النبش عن القبور و ذلك في حالات محددة و ضيقة يُرجى بها منفعة أكبر، قال شيخ الإسلام ابن تيمية: (لا ينبش الميت من قبره إلا لحاجة)⁽⁴⁹⁾، و قال النووي: (و أما نبش القبر فلا يجوز لغير سبب شرعي باتفاق الأصحاب)⁽⁵⁰⁾، و هو أيضاً ما أورده ابن قدامة في كتابه "المغني" حيث قال: (و إن تيقن أن الميت قد بلى و صار رميمًا جاز نبش قبره...)⁽⁵¹⁾.

و نستخلص من أقوال الفقهاء السابقة على حرمة نبش القبر ما لم يوجد مسوغ شرعي، و هو ما اتفق عليه الفقهاء، و ذلك لأن الموضوع الذي يدفن فيه المسلم وقف عليه، ما

(48) ابن منظور، لسان العرب، ج13، ص176.

(49) تقي الدين ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج24، ص303.

(50) أبو زكريا النووي، المجموع شرح المذهب، ج5، ص303.

(51) أبو محمد المقدسي، المغني لابن قدامة، ج2، ص511.

دام منه شيء موجود فيه، حتى يفنى، فإن بقي شيء من أعضائه فالحرمة قائمة بجميعة، و على ذلك اتفق العلماء، و تنقسم المسوغات و الاستثناءات التي تجيز النباش إلى قسمين:

1- **نبش القبر لحق الله تعالى:** الواجبات لحق الله تعالى التي يجب فعلها بالميت كتغسيل الميت و تكفينه و الصلاة عليه، و توجيه الميت إلى القبلة في قبره وغيرها، إذا دفن الميت بدونها، هل يكون تركها سبباً في نبش القبر عن الميت للقيام بها، أو أن نبش القبر حرام، و هذه الأشياء ليست مسوغاً لنبش القبر؟⁽⁵²⁾ في هذه المسائل وما شابهها خلاف عند أهل العلم.

2- **نبش القبر لحق الناس:** و تتمثل هذه الصورة غالباً عندما يدفن الميت و يدفن معه مال أو حق لشخص آخر ، سواء كان دفن المال عمداً أم بالخطأ، فهذه الحالة أيضاً اختلف فيها أهل العلم حول نبش القبر لإستخراج المال من عدمه. و غالباً ما يكون فعل النباش من غير مسوغ شرعي مقترناً بفعل آخر و هو الفعل الذي يبتغيه النباش، فقد تكون غاية النباش من نبشه للقبر إساءة و إهانة من يرقد في القبر، أو لسرقة الجثة، أو لعلمه بوجود مال مدفون مع الجثة فنباش القبر لإستخراجه، أو حتى يكون في بعض الأحيان بدافع المغامرة و التسلية.

(52) د. عبدالله بن عمر، مرجع سابق، ص468- 46

المطلب الثاني

العقوبة المقررة لجرائم الاعتداء على القبور

بعد استيضاح أنواع الاعتداءات التي قد تقع على القبر، و جب بيان العقوبات التي يتم فرضها عليها من قبل التشريعات الجنائية، و رغم اختلاف النصوص العقابية التي أقردها المشرع الإماراتي و الجزائري و السوري من ناحية صياغتها و كذلك ترتيبها و صور الاعتداء على القبر، إلا أن السمة العامة التي تتصف بها العقوبة المقررة هي البساطة، ليس على مستوى التشريعات المذكورة آنفاً فقط و إنما على مستوى التشريعات الجنائية على مستوى العالم. و ربما كان هذا هو الأمر الأصوب حينما صيغت النصوص المتعلقة بالجرائم المعروضة و التي تمس القبر في وقتها آنذاك حينما لم تكن تلك الجرائم منتشرة في ذلك الوقت، و في زمننا الحاضر و في ظل التوترات و النزاعات العسكرية في بعض الدول، انتشرت الجرائم التي تمس القبر لأسباب متعددة لبيعها، بالإضافة إلى أعمال السحر و الشعوذة التي تتطلب نبش القبور و ذبح الحيوانات عليها. و يتضح الفارق بين شدة الجريمة و بساطة العقوبة. وفق ما سبق سنستعرض العقوبة المقررة لجرائم الاعتداء على القبور في الفروع التالية وفقاً للتشريعات على الصعيد الوطني و العربي.

الفرع الأول: العقوبة المقررة في القانون الاتحادي

أفرد المشرع الإماراتي نص وحيد في قانون العقوبات الإماراتي، نص فيه على جرمي الاعتداء على الأموات و القبور و أماكن الدفن، حيث نص في المادة (316) منه على⁽⁵³⁾ "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة أو بالغرامة التي لا تجاوز عشرة آلاف درهم كل من انتهك أو دنس حرمة مكان معد لدفن الموتى أو لحفظ رفاتهم أو انتهك حرمة جثة أو رفات آدمي أو دنسها مع علمه بدلالة فعله". حيث حصر المشرع الإماراتي العقوبة بالحبس الذي لا يزيد على سنة أو الغرامة التي لا تجاوز عشرة آلاف درهم، كما حدد الأفعال المكونة لجرائم الاعتداء على القبور أو المدافن بجريمتين هما: الانتهاك و التدنيس، بحيث اعتبر أن جريمة الانتهاك و التدنيس تغطيان جميع الاعتداءات على القبور و فرض عقوبة واحدة على جريمة الانتهاك و التدنيس. خلا النص (316) المشار إليه من جرائم السحر و الشعوذة التي ترتبط مع بعض الاعتداءات على المقابر، و اعتبر المشرع الإماراتي جرائم الاعتداء على المقابر من الجرح استناداً للعقوبة المفروضة و هي الحبس و الغرامة.

الفرع الثاني : العقوبة المقررة في التشريعات العربية

أولاً: العقوبة المقررة في التشريع الجنائي الجزائري:

أفرد المشرع الجزائري في الأمر الجزائري رقم (156) لسنة 1966م بشأن قانون العقوبات الجزائري رقم (66-156) لسنة 1966م عدة نصوص تُعنى بحماية القبور و فرض عقوبات على من يعتدي عليها، كما فرق المشرع الجزائري بين المقابر العادية

⁽⁵³⁾ قانون العقوبات الإماراتي ، المادة (316).

ومقابر الشهداء. و نص في المادة (150) من الأمر الجزائري المشار إليه⁽⁵⁴⁾ على: " كل من هدم أو خرب أو دنس القبور بأية طريقة كانت يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين و بغرامة من 500 إلى 2000 دينار " ، حيث حصر الاعتداء على المقابر في ثلاثة جرائم هي الهدم و التدنيس والتخريب و فرض عليها عقوبة الحبس (و حددها بحد أدنى 6 أشهر و حد أعلى سنتين) ليترك للقاضي المجال في تخفيف العقوبة أو تشديدها حسب القضية المعروضة و ظروف الجريمة، كما فرض الغرامة إلى جانب عقوبة الحبس و حددها بحد أدنى 500 د.ج و حد أعلى 2000 د.ج.

كما نص في المادة (152) منه على: " كل من انتهك حرمة مدفن أو قام بدفن جثة أو إخراجها خفية يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة و بغرامة من 500 إلى 2000 دينار"، حيث أفرد المشرع الجزائري جريمة انتهاك حرمة المدفن و جاء اللفظ في المادة (152) السابقة عاماً إذ أن لفظ (انتهاك) يشمل أكثر من فعل مجرم (تحطيم، نبش، تشويه..)، كما لم يقصر محل الجريمة على مقبرة المسلمين فقط لورود لفظ (حرمة مدفن) و هذا يعني أي مدفن سواء كان مقبرة مسلمين أو مقبرة أي ديانة أخرى، كما حدد المشرع الجزائري العقوبة على جريمة الانتهاك بالحبس من ثلاثة إلى سنة وبالغرامة من 500 د.ج إلى 2000 د.ج .

أما فيما يتعلق بمقابر الشهداء فشدد المشرع الجزائري العقوبة على من يعتدي عليها كما أفرد صور متعددة لجرائم الاعتداء على المقابر، و لعل السبب يرجع إلى تكرار الاعتداءات التي تقع على مقابر الشهداء في جمهورية الجزائر ، و نص المشرع

⁽⁵⁴⁾ قانون العقوبات الجزائري، المادة (150).

الجزائري في المادة (160) مكرر (6) من الأمر الجزائري بشأن قانون العقوبات⁽⁵⁵⁾ على: " يعاقب بالحبس من خمس سنوات إلى عشرة سنوات و بغرامة من 10000 د.ج إلى 50000 د.ج، كل من قام عمداً بتدنيس، أو تخريب، أو تشويه، أو إتلاف، أو حرق مقابر الشهداء أو رفاتهم". و حسناً فعل المشرع الجزائري حينما شدد العقوبة، و جعل الحد الأدنى للحبس 5 سنوات و حدد السقف الأعلى بـ 10 سنوات، إلى جانب الغرامة التي لا تقل عن 10000 د.ج و لا تزيد عن 50000 د.ج، و من خلال ما سبق أفرد المشرع الجزائري عقوبة بسيطة و أخرى مشددة على من يمس المقابر و حرمتها و حصر تشديد العقوبة على مقابر الشهداء.

ثانياً: العقوبة المقررة في التشريع الجنائي السوري:

حيث نص المشرع السوري في المرسوم التشريعي رقم (148) لسنة 1949م بشأن قانون العقوبات، في المادة رقم (476) على: " يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين: أ. من هتك أو دنس حرمة القبور أو أنصاب الموتى أو أقدم قصداً على هدمها أو تحطيمها أو تشويهها. ب. من دنس أو هدم أو حطم أو شوه أي شيء آخر خص بشعائر الموتى أو بصيانة المقابر أو تزيينها"⁽⁵⁶⁾.

و بالنظر إلى النص العقابي المعروف نستشف أن المشرع السوري قد قصر العقوبة بالحبس فقط دون الغرامة، و حددها بحد أدنى لا ينزل على شهرين و بحد أعلى لا يزيد

⁽⁵⁵⁾ قانون العقوبات الجزائري، المادة (160) مكرر (6)

⁽⁵⁶⁾ قانون العقوبات السوري، المادة (476).

على سنتين، كما أفرد فقرتين في المادة (476) السابقة، حيث اختصت الأولى ببيان الأفعال التي تمس حرمة المقابر أو أنصاب الموتى و حددهما بخمسة جرائم هي : الهتك و التدنيس و الهدم و التخطيم و التشويه، بينما اختصت الفقرة الثانية بحماية الأشياء المحيطة بالقبر و التي تكون متعلقة به كأدوات صيانة القبور أو أدوات الزينة، و أفرد المشرع السوري نفس الأفعال التي تمس القبر و حرمة و الواردة في الفقرة (أ) من نفس المادة (476)، إلا أنه استثنى جريمة الهتك منها. و لم يميز المشرع السوري بين مقابر الشهداء و المقابر العادية، و لم يتطرق إلى العقوبة البسيطة و العقوبة المشددة. و بشكل عام و من خلال استعراض التشريعات العقابية السابقة يثار التساؤل حول مدى قيام المسؤولية الجنائية على من يرتكب إحدى جرائم الاعتداء على القبر بالخطأ و بشكل غير عمدي؟ في الحقيقة لا تقوم المسؤولية الجنائية على من يرتكب الفعل المجرم و الذي يمس حرمة القبور بشكل غير عمدي، إيراد لفظ (بشكل عمد أو متعمد) في جميع النصوص المتعلقة بحماية القبور، و ذلك للإشارة إلى عدم قيام المسؤولية الجنائية على من يتسبب في المساس بالقبر من غير قصد. و فيما يتعلق بالعقوبات المنصوص عليها في مختلف التشريعات على مستوى الوطن العربي، فإنها إلى حد ما متقاربة، و الإختلاف أن بعض المشرعين زاد بعض الأفعال المجرمة وصورها كالمشرع الجزائري، إلا أن العقوبات في جميع التشريعات متقاربة. و أود الإشارة إلى أحد الجرائم التي وقعت على القبور و التي تم نشر خبرها في جريدة الخبر الجزائرية في عددها رقم (6242) المؤرخ في 2011/01/22م، و مفاده تعرض ما يفوق (275) ضريح في عدد من مقابر بلديات أعالي الصومام في بجاية إلى عمليات تخريب شنيعة، مست بالدرجة الأولى الشواهد التي تعمد الفاعلون تحطيمها بشكل أصبح

يثير الكثير من المخاوف، خاصة بعد تتقل الظاهرة التي برزت...، من منطقة إلى أخرى⁽⁵⁷⁾. نشرت جريدة الأهرام⁽⁵⁸⁾ مقالاً بعنوان " انتهاك لحرمة الأموات و إيذاء لأحياء، سحر المقابر .. جرائم تخالف الشريعة الإسلامية"، و نص المقال على: (احتل الجن و الخرافة و عالم الدجالين و المشعوذين مساحة في وعي كثير من المصريين و أصبح الشغل الشاغل لعدد من الفضائيات و مواقع الإنترنت و صفحات التواصل الإجتماعي، و بات ظاهرة عابرة لكل المستويات الاجتماعية و التعليمية بشكل لافت للنظر و مثير للانتباه...، و هناك قصص تروى عما يعرف بالبيوت المسكونة بالجن و السحر المدفون في كفن الميت.. و العمل المدفون في القبر .. و السحر مكتوب على عظام ميت، و كلها مصطلحات لجرائم يرتكبها بعض الدجالين بهدف الانتقام أو جلب الحبيب أو الإنجاب و التي نهى عنها الإسلام تحت مسمى سحر القبور ... ، في عديد من القرى بمختلف المحافظات ينتشر الدجالون كالنار في الهشيم، و تختلف التسعيرة حسب الحالة، كأن يقوم أحدهم بفك العمل أو وضعه بمبلغ 5 آلاف

⁽⁵⁷⁾ بن سعادة زهراء، الحماية الجنائية لحرمة الميت في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص73.

⁽⁵⁸⁾ أحمد السيد النجار، محمد عبدالهادي، مقال بعنوان " انتهاك لحرمة الأموات وإيذاء لأحياء، سحر المقابر .. جرائم تخالف الشريعة الإسلامية"، العدد(47264)، متاح على الرابط التالي:



جنيه و هو يضع العمل في مقبرة تحت رأس ميت أو داخل المقابر عن طريق " التربي " مقابل 500 جنيه، كما يطلب 2000 جنيه مقابل فك عمل، و هي قصص تكشف عن سيطرة الخرافة و الدجل و الشعوذة على حياة كثير من الناس...).

الخاتمة

إن مسألة الإعتداء على الأموات، و القبور بحر واسع و ثوب متغير، و مزاج متقلب، و بمرور الساعات و الأيام، تقع جريمة جديدة ضد الموتى أو قبورهم، فغالباً ما تكون بشعة، و أحياناً تكون مقرزة، فلا يمكن وصف أي جريمة موجهة إلى ميت أو قبره، إلا بهذين المصطلحين، أو أشد، و هي جريمة في وقتنا الحالي، تكاد أن يكون مسيطراً عليها، و لكن ما تخبأه الأيام ، و ما تشير إليه الأرقام، يدعوا للخوف من هذه الظاهرة، و إعداد كل ما هو ممكن في سبيل الحد من تطور هذه الجريمة، و النظر في الإشكالية المتمثلة في مدى فعالية النصوص الجنائية التي نص عليها المشرع الإماراتي؟ و عليه ننظر أولاً النتائج المتوصل إليها، ثم نعرض للتوصيات:

أولاً: النتائج:

- 1- الأصل شرعاً أن يكون دفن الميت في التراب و هو مكفن في المقبرة، و استثناءً يجوز دفنه في التابوت و في أي مكان آخر غير المقبرة وفقاً لحالات و ظروف، مع اشتراط أن يكون بديل المقبرة نظيفاً .
- 2- الاعتداء على المقبرة قد لا يكون دائماً في صورة سلوك عدائي، فقد يكون سلوكاً مشروعاً و لكن عندما يوجه إلى القبر يكون سلوكاً مجرماً، مثال: المشي و الجلوس على القبر، و نبشه.
- 3- تتسم صور الجرائم التي فرضتها التشريعات الجنائية بالعموم، حيث يأتي النص عاماً ليضع عقوبة موحدة على جميع صور الاعتداء على القبر، بحيث لا يحتوي على التفصيل في كل صورة من صور جرائم الاعتداء على القبر و الذي يؤدي إلى

استقلال كل جريمة من جرائم الاعتداء على المقابر بعقوبة مستقلة و محددة حسب جسامة الفعل المجرم و الضرر الناتج عنه.

4- تتسم العقوبة المفروضة على جرائم الاعتداء على المقابر بسمة عامة و هي البساطة، حيث تقف العقوبة المفروضة عند سقف أعلى سواء لعقوبة الحبس أو الغرامة.

5- انتهينا إلى خلو التشريعات الجنائية العربية من تدابير احترازية تنظم مسألة حماية القبور مثل: الإيداع في مصحة أو مستشفى للعلاج، خاصة و أن النشاط الجرمي الموجه نحو القبر يعبر عن اختلال و اضطراب في نفس أو عقل المجرم.

6- نصت التشريعات الجنائية العربية على عقوبات على من يرتكب جرائم الاعتداء على القبور، إلا أن أغلبها لم تفرق بين العقوبات المشددة و العقوبات العادية و ذلك بالإستناد إلى شدة الفعل المجرم من عدمه، و ضرره.

7- انتهينا إلى خلو التشريعات الجنائية العربية من نصوص تربط بين أعمال السحر و الشعوذة و الاعتداء على القبور رغم الترابط الكبير بينهما. و هناك بعض التوصيات التي أود أن أشير إليها:

1- نقترح إعادة النظر في المادة (316) من قانون العقوبات الإماراتي، و ذلك من حيث أفراد صور متعددة لجرائم الاعتداء على القبور، و تصنيف العقوبة إلى عقوبة عادية أو مشددة حسب شدة الفعل المجرم.

2- نقترح إدراج مواد تُعنى بالتدابير الاحترازية و المتعلقة ببعض جرائم الاعتداء على المقابر، و التي تكون بطبيعتها علاجية أكثر من كونها عقابية، كالإيداع في مصحة أو مشفى لتلقي العلاج النفسي أو العقلي، نظراً لأن من يرتكب



مثل هذا النوع من الجرائم قد يعاني من اختلال و اضطراب في العقل أو النفس.

3- إيجاد تشريع اتحادي يُعنى بمسائل تنظيم المقابر و القبور، و يحدد صور الجرائم التي تقع على القبور و يفرض جزاءات عليها، و ذلك بمراعاة التشريعات السارية في الدولة.

4- نقترح إيجاد قسم أو إدارة تُعنى بمسائل تنظيم القبور و الدفن و مراقبة القبور و حمايتها و ضمان سلامتها.

المصادر و المراجع

أولاً: القرآن الكريم

ثانياً: الكتب

- الإمام مسلم، أبي الحسين مسلم، صحيح مسلم، دار صادر - بيروت، ط1، 2004م.
- أبو محمد المقدسي، المغني لابن قدامة، مكتبة القاهرة، ج2، 1968م.
- الإمام الشافعي، محمد الشافعي، الأم، دار الوفاء للطباعة و النشر، ج2، ط2، 2004م.
- ابن ماجة أبو عبدالله، سنن ابن ماجه، دار إحياء الكتب العربية،
- ابن منظور، لسان العرب، دار صادر - بيروت، ط4، ج13.
- أبو داود سليمان، سنن أبي داود، المكتبة العصرية، صيدا - بيروت،
- أبو زكريا النووي، المجموع شرح المذهب، دار الفكر - بيروت.
- ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر - بيروت، ط2، 1992م.
- أبوالوليد بن رشد، البيان و التحصيل و الشرح و التوجيه و التعليل لمسائل المتخرجة، دار الغرب الإسلامي - بيروت، ط2، 1988م .
- إيمان المشموم، الحماية الشرعية لجثة المتوفي، ط1، جمعية دار البر، 2013م.
- تقي الدين ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية - المملكة العربية السعودية، 1995م.

- شمس الدين الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية- بيروت، ط1، 1999م.
 - د.عبدالله بن عمر، أحكام المقابر في الشريعة الإسلامية، ط 1 ، دار ابن الجوزي، 2005م.
 - غالية رياض، حقوق الأموات، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية، 2015م.
 - محمد بن حبان، صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان ، مؤسسة الرسالة بيروت، ط1993، 2.
 - أ.د.محمد حسن، حقوق الميت وأحكامه في الإسلام، ط 1 ، دار يافا العلمية للنشر والتوزيع، 2011م .
 - منصور البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية- بيروت، 1997م.
 - د.ناصر سيد، د.مصطفى محمد، أ.محمد درويش، أ.أيمن عبدالله، المعجم الوسيط، دار احياء التراث العربي- بيروت، ط2008، 1م.
- ثالثاً: الرسائل العلمية:
- بن سعادة زهراء، الحماية الجنائية لحرمة الميت في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الحاج لخضر، الجزائر، 2016م.

رابعاً: الإتفاقيات:

- اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949م.

خامساً: التشريعات:

- قانون العقوبات الإتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم (3) لسنة 1987م و تعديلاته.

- أمر رقم (156) لسنة 1966م بشأن قانون العقوبات الجزائري رقم (66)-156 لسنة 1966م و تعديلاته.

- الجمهورية العربية السورية، المرسوم التشريعي رقم (148) لسنة 1949م بشأن قانون العقوبات المعدل بقانون رقم (27)، القانون رقم (111) لسنة 1969م بشأن قانون العقوبات و تعديلاته.

سادساً: مواقع الإنترنت:

- <http://www.ahram.org.eg> مقالاً بعنوان " انتهاك لحرمة الأموات و إيذاء للأحياء، سحر المقابر .. جرائم تخالف الشريعة الإسلامية" ، مصر، 2 مايو 2016م.

الحصانة الدبلوماسية الجنائية في ميزان النواة الصلبة لحقوق الإنسان

د: عبد الله الحبيب عمار *

الملخص

هذا البحث بعنوان "الحصانة الدبلوماسية الجنائية في ميزان النواة الصلبة لحقوق الإنسان" يناقش مسألة الأثر السلبي لتلك الحصانة على النواة الصلبة لحقوق الإنسان. فقد منح القانون الدولي الدبلوماسي لأفراد البعثة الدبلوماسية عدد من الحصانات القضائية ومنها الحصانة الجنائية في مواجهة تطبيق قانون الدولة المضيفة على المتمتعين بها وبغض النظر عن جسامه الأفعال المرتكبة. وفي ذات الوقت منح القانون الدولي لحقوق الإنسان جملة من الحقوق المدنية الأساسية التي لا غنى عنها لحياة الإنسان والنابعة من كرامته الإنسانية المتأصلة فيه، وفرض على الدول التزامات محددة بشأن احترامها وتعزيزها، ومن بين تلك الحقوق النواة الصلبة لحقوق الإنسان، التي لا تقبل التقييد أو الانتقاص حتى في الظروف الاستثنائية وحالات الطوارئ التي تمر بها الدولة، والتي تهدد أمنها واستقرارها. ومع ذلك، وكما تكشف الممارسة العملية، فإن تلك الطائفة من الحقوق السامية تتعرض باستمرار لانتهاكات الجسيمة من قبل المبعوثين الدبلوماسيين في إقليم الدولة المضيفة. وبالرغم من أن تلك الانتهاكات تعد جرائم جنائية بموجب قانون تلك الدولة، إلا أن التمتع بالحصانة الدبلوماسية الجنائية يحول دون المساءلة الجنائية للفاعلين وتحقيق العدالة وبالتالي ضياع حقوق الضحايا في كثير من الأحيان. هذا الأمر يجعل من البحث في

* عضو هيئة التدريس بكلية الحقوق - جامعة السلطان قابوس / سلطنة عمان.

الموضوع وتأصيله مسألة غاية في الأهمية، خاصة وأن الأمر متعلق بانتهاكات جسيمة من قبل المتمتعين بالحصانة الدبلوماسية الجنائية لحقوق تنتمي الى النواة الصلبة لحقوق الانسان، التي تتصف قواعدها بالصفة الأمرة وأفرد لها القانون الدولي لحقوق الإنسان معاملة خاصة، مثل حق الانسان في الحياة وحقه في عدم التعرض للتعذيب أو المعاملة المهينة وحقه في التحرر من ممارسات الرق والعبودية. هذه الدراسة تحاول مناقشة وتوضيح المسألة المطروحة والإحاطة بها من جميع جوانبها المختلفة، ومحاولة تقديم مقترحات بشأنها وذلك من خلال ثلاثة مباحث أساسية، يتناول الأول منها موضوع الحصانة الدبلوماسية الجنائية، والثاني النواة الصلبة لحقوق الانسان، والثالث بحث في الحلول الدبلوماسية والقضائية المتاحة عند انتهاك الحقوق من المتمتعين بالحصانة الجنائية.

الكلمات المفتاحية: الحصانة الدبلوماسية، الحلول الدبلوماسية، القانون الدولي

الدبلوماسي - القانون الدولي لحقوق الانسان، الحلول القضائية، القواعد الأمرة.

Abstract

This study, entitled "Criminal Diplomatic Immunity in the Scales of the Hard–Stone of Human Rights," discusses the negative impact of the criminal diplomatic immunity on the hard–stone group of human rights. International diplomatic law granted a number of judicial immunities to diplomats including that of criminal immunity, which excluding the applicability of the domestic law of the hosting country irrespective of the gravity of the criminal acts committed by diplomatic envoy members. Meanwhile, the international human rights law recognized a number of fundamental civil rights that are indispensable and which derived from the inherent human dignity, imposing certain obligations on States relating to its respect and promotion. Among such rights that can be characterized as hard–stone ones, which cannot be subjected to any derogation even at the state of public emergency that threatening the security and stability of the country. The practice shows that there are many serious violations committed by diplomatic envoys of such rights, which can be reaching to the level of gross criminal acts even under the law of the host country. However, the criminal

immunity that being granted to diplomats precludes the criminal accountability of actors. Consequently, justice and victims' rights are more likely to be lost. From this point this research become important and vital. This is particularly so if such gross violations concerning certain human rights that are not to be derogated and the rules governing them are having the character of *jus Cogens* according to international human rights law system. Such rights include the right to life, to physical and psychological safety, and freedom from any slavery or servitude practices. The aim of this work is to discuss and clarify the issue at hand, which has been undertaken through three chapters. While the first one dealt with the issue of criminal diplomatic immunity, the second focuses on the hard-stone human rights, and the third presents the diplomatic and judicial available solutions when the human rights being violated by diplomats enjoying criminal immunity.

Key words: _Diplomatic Immunity, Diplomatic Solutions, International Diplomatic Law, International Human Rights Law, Judicial Solutions, *Jus Cogens*.

المقدمة

كانت ضرورات التبادل والتواصل بين الدول سبباً في نشوء العلاقات بينها عبر بعثات خارجية تمثلها بصفة دائمة، تحددها قوانينها الداخلية، حماية لمصالحها المتعلقة بوجودها وحقوقها وحقوق مواطنيها، ويمثل الدولة في الخارج هيئتان في صورة بعثات قد تكون دبلوماسية تمثل الدولة وتتصرف باسمها، أو قنصلية ذات مهام غير سياسية وإنما إدارية ومدنية وتجارية وإن كانت تتصرف باسم الدولة. وكلا من هاتين الهيئتين تشكلان الجهاز الخارجي لعلاقات الدولة الخارجية، ويحكمهما نظامان مختلفان تم التعبير عنهما في كل من معاهدتي فيينا للعلاقات الدبلوماسية عام 1961 وتلك المتعلقة بالعلاقات القنصلية عام 1963، وهذا البحث معنياً بالحصانة الجنائية ضمن قانون العلاقات الدبلوماسية دون القنصلية.

وعلى ضوء ذلك، فإن هذه الدراسة تتعلق بموضوعين مهمين من مواضيع القانون الدولي المعاصر يتجاذب كل منهما الآخر في سياق الحديث عن الحصانة الدبلوماسية وحقوق الانسان، وكلاً منهما ينتمي إلى منظومة مختلفة عن الأخرى من نظم وقواعد القانون الدولي. الموضوع الأول يتمثل في منظومة القانون الدولي الدبلوماسي التي تهدف بالأساس إلى تسهيل العمل الدبلوماسي بين الدول وتحقيق التوازن بين مصالحها سواء أكانت دول مرسله أو مستقبلة. وبالرغم من أن القانون الدبلوماسي هو قانون عرفي الأصل، إلا أن محاولات تدوينه في قواعد اتفاقية كانت قد بدأت منذ زمن بعيد⁽¹⁾؛ وتعد معاهدة فيينا لعام 1815 من أول المحاولات،

¹ Rosalyn Higgins, The Abuse of Diplomatic Privileges and Immunities: July 1985) P1. Recent United Kingdom Experience (79 AJIL, Issue 641

بحيث تم بموجبها تحديد درجات الممثلين الدبلوماسيين للدول ومراتبهم وبيان قواعد التقدم والصدارة بينهم⁽²⁾، وفي عام 1818 اعتمدت الدول الأوروبية بروتوكول إكس لا شابل ليكون مكملاً لاتفاقية فيينا المذكورة، وتم بموجبه إضافة طبقة الوزراء المقيمين لتكون تالية لطبقة الوزراء المفوضين في ترتيبها وسابقة على طبقة القائمين بالأعمال⁽³⁾. وفي سياق محاولات التدوين جاءت اتفاقية هافانا لعام 1928 بين الدول الأمريكية، وتكمن أهميتها في أنها أول اتفاقية دولية تتضمن كافة القواعد الأساسية المتعلقة بالتمثيل الدبلوماسي ابتداءً من إيفاد البعثة الدبلوماسية وحتى انتهاءها، وحيث أن هذه الاتفاقية تعد إقليمية من حيث نطاق تطبيقها، فقد بقيت الحاجة ملحة إلى تدوين أوسع وأشمل نطاقاً على المستوى العالمي، ومن ثم كانت الخطوة الأهم والأكبر في تاريخ العلاقات الدبلوماسية في عهد الأمم المتحدة وهي اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية عام 1961، التي دونت معظم الأعراف السائدة في العلاقات الدبلوماسية ونصت في ديباجتها على أن "قواعد القانون الدولي العرفي يجب أن تستمر في حكم المسائل التي لم يتم تسويتها صراحة في نص هذه الاتفاقية". وتعتبر هذه الاتفاقية اليوم، هي المرجع الأساس للعلاقات الدبلوماسية بين الدول.

² بموجب المادة الأولى من معاهدة فيينا عام 1815 تم ترتيب رؤساء البعثات الدبلوماسية وفق ثلاث طبقات وهي طبقة السفراء ومبعوثي البابا، ويليهما طبقة الوزراء المفوضين ومن في حكمهم، ثم طبقة القائمين بالأعمال. ونصت الاتفاقية المذكورة على أن تتقدم كل طبقة على الطبقة التي تليها، ويكون الترتيب بين مبعوثي الطبقة الواحدة على أساس الأقدمية. انظر في ذلك:

Randall Lesaffer, Vienna and Codification of Diplomatic Law (Oxford Public International Law: Oxford Historical Treaties Review 2019) available at www.opil.oup.com. (visited at 2-01-2020) p3.

³ Randall Lesaffer, The Congress of Aachen (Aix-La-Chapelle) of 1818 and the Completion of Vienna System, *Ibid*, P2.

وباعتبار أن معظم القواعد التي تضمنتها هذه الاتفاقية هي قواعد عرفية، لذا فإن أحكامها تنطبق حتى على الدول الغير أطراف فيها.

وإلى جانب موضوع القانون الدبلوماسي، هناك موضوع حقوق الانسان المتمثل في منظومة القانون الدولي لحقوق الانسان، التي ظهرت وتبلورت وتطورت في تاريخ لاحق لمنظومة القانون الدولي الدبلوماسي، وتحديدًا منذ قيام الأمم المتحدة عام 1945، مستمدة مصادرها هي الأخرى من المصادر الواردة في المادة (38) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية. وتعتبر منظومة حقوق الانسان حديثة العهد إذا ما قورنت بمنظومة العلاقات الدبلوماسية الضاربة في أعماق التاريخ، والتي ترجع في أصولها إلى عهد القانون الدولي التقليدي في بواكيره الأولى منذ اتفاقات وستفاليا عام 1648 التي دونت أول اعتراف للدول السيدة ببعضها البعض عبر بعثات دبلوماسية دائمة بعد حسمها الصراع لصالحها ضد السلطة الدينية في العصور الوسطى. فالظروف التي نشأت في ظلها منظومة العلاقات الدبلوماسية مختلفة تماما عن تلك التي نشأت فيها منظومة حقوق الانسان، التي لم يكن لها تاريخ طويل او مخزون هائل وراسخ من القواعد العرفية كتلك التي تزرع بها منظومة القانون الدولي الدبلوماسي. قبل نهاية الحرب العالمية الثانية وتأسيس الأمم المتحدة عام 1945 لم تكن هناك قواعد دولية تفرض التزامات على الدول باحترام وضمنان حقوق الانسان التي كانت محصورة في نظام الحماية الدبلوماسية وحماية الأجانب، وكانت النظرة اليها بأنها من الشؤون الداخلية للدول، لكن الحرب العالمية الثانية وما قادت اليه ويلاتها من مآسي نكرت العالم بأن تجاهل تلك الحقوق وازدراءها كانت من الأسباب وراء ذلك، وإن احترامها وتعزيزها من المرتكزات الأساس للسلام العالمي والنظام

العالمي الجديد في ظل الأمم المتحدة. وقد انعكس ذلك في ميثاق الأمم المتحدة وأعمالها بما في ذلك وكالاتها المتخصصة وأجهزتها الرئيسية.

منذ ذلك التاريخ بدأ التفكير جدياً على الرفع من مستوى حقوق الإنسان وتعزيزها بموجب موثيق ومعاهدات تفرض التزامات دولية على الدول ودعمها بأجهزة رقابية وقضائية تراقب تنفيذها والالتزام بها، وكانت البداية الحقيقية لمنظومة حقوق الإنسان هو إعلان الجمعية العامة للأمم المتحدة عن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان عام 1948. وبغض النظر عن الجدل القائم حول القيمة القانونية لهذا الإعلان، فإنه وبحق كان فاتحة عصر حقوق الإنسان وله قيمة أدبية وأخلاقية وسياسية كبرى لا يقلل من شأنها انتقادات المدرسة الشكلية بأنه غير ملزم، لأنه ببساطة كان توصية ولم يكن قراراً، دون النظر إلى موضوعه، أو مواقف الدول وسلوكها التصويتي الذي كان بالإجماع دون معارضة.

ولوضع حد لذلك الجدل، تم إفراغ محتوى الإعلان في معاهدين دوليتين عام 1966 هما العهد الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، والعهد المتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، ويشكل الإعلان العالمي لحقوق الإنسان مع العهدين اليوم الشرعة الدولية الكبرى لحقوق الإنسان التي كانت ولا تزال هي الأساس لمنظومة القانون الدولي لحقوق، والتي تفرعت عنها العديد من الاتفاقيات الدولية، العالمية والإقليمية، العامة منها والخاصة. وعلى خلاف ما تهدف اليه منظومة القانون الدبلوماسي، تهدف منظومة حقوق الإنسان في الأساس إلى الرفع من مستوى تلك الحقوق وفرض احترامها وتعزيزها.

وعلى أساس كل تلك المقارنات بين المنظومتين يتضح بأن البحث في موضوع الحصانة الدبلوماسية الجنائية في ميزان النواة الصلبة لحقوق الانسان مليء بالتحديات التي تضع الحصانة الجنائية على المحك في مواجهة حقوق الانسان. ومن هنا قد تظهر القيمة العلمية لهذه الدراسة.

نطاق الموضوع

بالرغم من أن كلاً من منظمتي العلاقات الدبلوماسية وحقوق الانسان تنتميان إلى قانون واحد هو القانون الدولي العام، إلا انهما مختلفتين من حيث الموضوعات والأهداف اختلافا لا ينفى وجود حالة من الاشتباك بين المنظومتين وقواعدهما الحاكمة عند الحديث عن انتهاك حقوق الانسان من قبل المتمتعين بالحصانة الدبلوماسية، وربما هذه هي الصورة العريضة لهذه الدراسة، أما صورتها الدقيقة فتظهر بتحديد نطاقها وحدودها العلمية، وهنا يمكن القول بأن هذه الدراسة معنية بالحصانة الجنائية في إطار العلاقات الدبلوماسية دون العلاقات القنصلية التي يحكمها نظام مختلف وضيق ينحصر في المسائل المدنية والتجارية، وليست بحجم وأهمية العلاقات الدبلوماسية في العلاقات الدولية.

أما عن الحصانة الجنائية دون غيرها من الحصانات القضائية (المدنية والإدارية)، فذلك مرده وخلافا للحصانات الأخرى، إلى ما تشكله الحصانة الجنائية - ما لم يتم التنازل عنها- من قيد مطلق أمام سلطات الدولة المضيفة لمباشرة اختصاصها الجنائي عن انتهاكات جسيمة تشكل جرائم خطيرة ضد حقوق مواطنيها والمقيمين على اقليمها، وليس مجرد مخالفات تستوجب المساءلة المدنية أو الادارية. أما فيما يتعلق بموضوع حقوق الانسان، فإن هذه الدراسة معنية بالحقوق ذات الطبيعة

الخاصة الواردة في المادة (4/2) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية عام 1966، فتلك الحقوق هي التي تمثل النواة الصلبة لحقوق الانسان (4)، ذلك أنها وخلافاً لكل الحقوق الأخرى الواردة بالعهد، لا يجوز للدول الاطراف تقييدها أو الانتقاص منها بالتدخل من الالتزامات الواردة بشأنها في كل الأوقات والظروف بما في ذلك الظروف الاستثنائية التي قد تمر بها الدولة وتهدد أمنها واستقرارها.

هذه الدراسة غير معنية بكل الحقوق الواردة في المادة (4/2) من العهد والتي تنتمي الى النواة الصلبة لحقوق الانسان، وإنما تقتصر وبشكل خاص على ثلاثة حقوق منها، وهي الحق في الحياة، والحق في السلامة البدنية والمعنوية والحق في عدم الخضوع لممارسات الرق والاستعباد. هذا التحديد يجد مبرره في أهمية تلك الحقوق الإنسانية، ولما للحصانة الدبلوماسية الجنائية من أثر مباشر عليها، ونظراً لما أثبتته الواقع العملي بأنها من أكثر الحقوق عرضة للانتهاك بسبب الحصانة.

وفقاً للقانون الدولي الدبلوماسي، فإن التمتع بالحصانات القضائية ومنها الجنائية لا يعني التدخل من الالتزام باحترام قوانين وأنظمة الدولة المضيفة وعدم التدخل في شؤونها الداخلية (5)، ضماناً لاستقرارها وأمنها، وتشجيعاً لإنماء العلاقات

⁴ وهي الحق في الحياة (المادة 6)، الحق في السلامة البدنية والمعنوية (المادة 7)، الحق في الحرية من الاسترقاق والاستعباد (المادة 8 الفقرتين الأولى والثانية) الحق في الحرية وعدم الحبس لمجرد عدم الوفاء بالتزام تعاقدي (المادة 11)، والحق في التمتع بالشرعية الجنائية عند الاتهام والمحاكمة (المادة 15)، الحق في الشخصية القانونية (المادة 16)، الحق في الخصوصية والحياة الخاصة (المادة 17)، والحق في حرية الفكر والاعتقاد والضمير (المادة 18).

⁵ المادة (1/41) من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية عام 1961 وكذلك المادة (12) من معاهدة هافانا للعلاقات الدبلوماسية عام 1928، والمادة (55) من اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية عام 1963، والمادة (77) من اتفاقية فيينا الخاصة بالبعثات الدبلوماسية المعتمدة لدى المنظمات الدولية لعام 1975، والمادة (47) من اتفاقية البعثات الخاصة عام 1969.

الودية والتعاون بين الدول. وبالرغم من ذلك، فإن حقوق الانسان المعنية في هذه الدراسة تتعرض في كثير من الأحيان إلى انتهاكات جسيمة من قبل المتمتعين بالحصانة الدبلوماسية الجنائية في الدول المضيفة، وبسبب هذه الحصانة المقررة بموجب اتفاقية فيينا عام 1969⁽⁶⁾، أصبحت محاكمة الفاعل أمام قضاء الدولة المضيفة أمراً مستحيلاً، ما لم يتم التنازل عن الحصانة. والنتيجة هي إفلات الفاعل من العقاب، وضياع حقوق الضحايا.

هذه المسألة بحاجة إلى بحث من الناحية القانونية، إذ أن الأمر يتعلق بانتهاكات جسيمة من قبل المتمتعين بالحصانة الدبلوماسية الجنائية لبعض من الحقوق التي تنتمي للنواة الصلبة لحقوق الانسان ذات القواعد الأمرة ضمن منظومة قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان، مثل حق الانسان في الحياة، وحقه في السلامة البدنية والمعنوية، وحقه في التحرر من ممارسات الرق والعبودية.⁷

هذه الدراسة بعنوان " الحصانة الدبلوماسية الجنائية في ميزان النواة الصلبة لحقوق الانسان " تحاول مناقشة وتوضيح المسألة المطروحة، والإحاطة بها من جميع جوانبها، ومحاولة تقديم المقترحات بشأنها وذلك وفق خطة منهجية مناسبة.

خطة الدراسة

ستكون معالجة موضوع هذه الدراسة وفقاً لخطة ثنائية في مبحثين أساسيين

هما:

⁶ المادة (1/31) من اتفاقية فيينا عام 1961 للعلاقات الدبلوماسية " يتمتع المبعوث الدبلوماسي بالحصانة القضائية فيما يتعلق بالقضاء الجنائي في الدولة المعتمد لديها".

⁷ راجع في ذلك نص المادة (4/2) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام 1966.

- المبحث الأول: الحصانة الدبلوماسية الجنائية
المطلب الأول: الأسس الفلسفية والقانونية
الفرع الأول: النظريات المبررة للحصانة القضائية
الفرع الثاني: الرأي الراجح في الفقه والممارسة
المطلب الثاني: نطاق الحصانة الجنائية
الفرع الأول: النطاق الشخصي للحصانة الجنائية
الفرع الثاني: النطاق الموضوعي للحصانة الجنائية
المبحث الثاني: النواة الصلبة لحقوق الانسان
المطلب الأول: المفهوم والمعيار
الفرع الأول: مفهوم النواة الصلبة لحقوق الإنسان
الفرع الثاني: معيار النواة الصلبة لحقوق الانسان
المطلب الثاني: محتوى النواة الصلبة وأثر الحصانة الجنائية عليها
الفرع الأول: الحق في الحياة
الفرع الثاني: الحق في السلامة البدنية والمعنوية
الفرع الثالث: الحق في عدم الخضوع للرق والعبودية
المطلب الثالث: التدابير الممكنة لمواجهة انتهاك حقوق الانسان
الفرع الأول: تدابير القانون الدولي الدبلوماسي
الفرع الثاني: التدابير القضائية

المبحث الأول

الحصانة الدبلوماسية الجنائية

إن قواعد الحصانات الدبلوماسية كغيرها من قواعد العلاقات الدبلوماسية بين الدول ذات أصل عرفي في القانون الدولي، وتعتبر اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية عام 1961 من الإنجازات الكبرى في تاريخ القانون الدولي المعاصر، حيث أنها دوّنت القواعد العرفية المتعلقة بتلك الحصانات في نصوص شاملة وواضحة وصريحة. وتأتي الحصانة القضائية الجنائية، إضافة إلى الحصانة المدنية والإدارية، في مقدمة الحصانات الشخصية للمبعوثين الدبلوماسيين التي أولتها اتفاقية فيينا لعام 1969 عناية خاصة، وذلك بالنظر إلى أهميتها وضرورتها لتمكين البعثة الدبلوماسية من أدائها لمهامها بحرية واستقلال في إقليم الدولة المضييفة. وبما أن الحصانة الدبلوماسية الجنائية كغيرها من الحصانات القضائية الأخرى تشكل قيداً على سريان قانون الدولة المضييفة من حيث الإقليم والأشخاص، فإن البحث عن الأسس الفلسفية والقانونية لتلك الحصانة تعد مسألة غاية في الأهمية قبل الخوض في أية مسائل أخرى. وهذا المبحث المخصص لمناقشة الحصانة الدبلوماسية الجنائية معني ببحث مسألتين هما: أسس تلك الحصانة ونطاقها، وذلك من خلال مطلبين: المطلب الأول وفيه نقاش عن الأسس والمبررات التي بنيت عليها الحصانة القضائية الجنائية، أما المطلب الثاني فهو لبحث نطاق تلك الحصانة على المستويين الشخصي والموضوعي.

المطلب الأول

الأسس الفلسفية والقانونية

يركز بحث الفرع الأول من هذا المطلب على المبررات التي دفعت الدول إلى الاعتراف بالحصانة الجنائية للممثلين الدبلوماسيين كغيرها من الحصانات القضائية الأخرى، أما الفرع الثاني فهو لبيان ما أستقر عليه الرأي في الفقه والعمل الدوليين بشأنها.

الفرع الأول: النظريات المبررة للحصانة القضائية

رغم إن العلاقات الدبلوماسية بما تشتمل عليه من حصانات وامتيازات للممثلين والمبعوثين هي ممارسة قديمة، إلا أن البحث في المبررات الفلسفية والقانونية التي قامت عليها الحصانة الدبلوماسية القضائية لا يزال أمراً مطروحاً، خاصة وأن الحصانة تعد استثناءً على أهم مبدئين عتيدين من مبادئ نظرية القانون هما مبدأ الشخصية ومبدأ الإقليمية في وقت ازدادت فيه انتهاكات حقوق الانسان من قبل المتمتعين بها في دول عديدة.

وفي إطار البحث عن الأسس المبررة للحصانة القضائية ومنها الجنائية، أنقسم فقه القانون الدولي إلى ثلاثة اتجاهات نظرية: الاتجاه الأول يركن إلى نظرية الامتداد الإقليمي Extra Territoriality، والثاني يقوم على نظرية الصفة التمثيلية Personal Representation، والثالث يعتنق نظرية مقتضيات الوظيفة Functional Necessity⁽⁸⁾. فنظرية الامتداد الإقليمي، التي تعود إلى عهد الفقيه

⁸ Mitchel S. Ross, Rethinking Diplomatic Immunity: A Review of Remedial Approaches to Address the Abuses of Diplomatic Privileges and Immunity

غروثيوس في القرن التاسع عشر، تقوم على افتراض مفاده أن الممثل الدبلوماسي في إقليم الدولة المضيضة لم يغادر إقليم دولته، وأن إقامته في إقليم الدولة المضيضة وممارسته لعمله الدبلوماسي بمقر البعثة لديها هو امتداداً لإقامته في دولته، وممارسة لعمله الدبلوماسي في جزء من إقليمها⁽⁹⁾. هذا الافتراض هو من أجل تبرير عدم خضوع الممثل الدبلوماسي لقضاء الدولة المضيضة خلافاً لمبدأ الإقليمية ومبدأ الشخصية على الرغم من تواجده الفعلي على إقليمها. وبسبب النقد الذي تم توجيهه إلى هذه النظرية⁽¹⁰⁾ المتمثل في عدم حقيقة وواقعية الأساس الذي تقوم عليه، فقد هجرها الفقه وأتجه إلى البحث عن أسس أخرى لتبرير الحصانة الدبلوماسية، ومن هنا جاءت نظرية الصفة التمثيلية كبديل لنظرية الامتداد الإقليمي ومن أبرز دعائها من الفقه التقليدي فاتيل ومونتسكيو. وتقدم هذه النظرية مبرراً وأساساً للحصانة التي يتمتع بها الممثلين الدبلوماسيين في إقليم الدولة المضيضة يستند إلى صفتهم التمثيلية باعتبارهم يمثلون رؤسائهم أو ملوكهم، ومن تم وجب استقلالهم وعدم المساس بهم،

(American University International Law Review, Vol 4, Issue 1, 1989) PP 177-179 available on the internet at <https://digitalcommons.wcl.american.edu>, (Visited on 21-1-2020).

⁹ حامد سلطان وآخرون، القانون الدولي العام (دار النهضة العربية، القاهرة، ط4، 1987)، ص 185.

¹⁰ يرى البعض " إن الادعاء بالخروج على مبدأ الإقليمية هو ادعاء صوري لأنها لا تخرج المبعوث الدبلوماسي عن الالتزام بقوانين الدولة المستقبلة كما ان ملكية الدولة الأجنبية للعقار الذي تشغله بعثته، انما يتم طبقاً للقانون المحلي للدولة المضيضة " محمد طلعت الغنيمي ، الوسيط في قانون السلام ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، 1982 ص 252. ويرى البعض الآخر بان نظرية الامتداد الإقليمي "لا تمثل الواقع ولا تتفق مع الأوضاع الجارية لان المبعوث الدبلوماسي يلتزم بلوائح الشرطة في الدولة المضيضة وكذلك يدفع ويؤدي رسوماً مختلفة مقابل خدمات فعليه يحصل عليها ويخضع لقوانين الدولة المستقبلة فعلياً "علي صادق أبو هيف، القانون الدبلوماسي والقنصلي (منشأة المعارف، الإسكندرية، 1979). ص 123.

لأن في ذلك مساساً بكرامة وهيبة الدول التي يمثلونها⁽¹¹⁾. هذا وقد تعرضت هذه النظرية هي الأخرى للنقد، باعتبارها ترجع في أصولها إلى عهد كان فيه الملوك ورؤساء الدول معترف لهم بالدور الأساس والوحيد في تسيير العلاقات الدولية عموماً والدبلوماسية بوجه خاص. إلى جانب ذلك فإنها لا تقدم تفسيراً لما يتمتع به الممثلين الدبلوماسيين من حصانات عندما يتواجدون في دولة ثالثة غير الدولة التي لهم فيها صفة تمثيلية، ولا تقدم تفسيراً أيضاً لما يتمتع به أفراد أسرهم المجردين من أي صفة تمثيلية من حصانات وامتيازات دبلوماسية⁽¹²⁾. وبسبب هذه الانتقادات أتجه الفقه إلى البحث عن أساس آخر لتبرير الحصانة الدبلوماسية، فظهرت نظرية مقتضيات الوظيفة التي يعد من روادها الفقيه بنكرشول لتقديم تبريراً أكثر قبولاً من النظريات السابقة. فهذه النظرية ترى بأن الحصانة الدبلوماسية التي يتمتع بها الممثل الدبلوماسي تعد ضرورية للقيام بمهام وظيفته على أحسن وجه وفي جو من الطمأنينة والاستقلال بعيداً عن أي مؤثرات بما في ذلك خضوعه للولاية القضائية للدولة المضيفة، ووفقاً لهذه النظرية فإن الحصانة مقررة للوظيفة التي يقوم بها الممثل الدبلوماسي وليست لشخصه⁽¹³⁾.

¹¹ صلاح الدين عامر، مقدمة لدراسة القانون الدولي العام (دار النهضة العربية، 2003، القاهرة ص 732 .

¹² عائشة راتب، التنظيم الدبلوماسي والقنصلي (دار النهضة العربية، القاهرة، ب ت)، ص 128.

¹³ Mitchel S. Ross, *Op Cit*, P 177.

الفرع الثاني: الرأي الراجح في الفقه والممارسة

تعتبر أعمال لجنة القانون الدولي بالأمر المتحدة من أهم وأغنى الأعمال الفقهية في مجال القانون الدولي المعاصر. وفي تقريرها المقدم إلى الجمعية العامة للأمم المتحدة عام 1956 تبنت نظرية مقتضيات الوظيفة المبنية على مهمة التمثيل الدبلوماسي وأكدت على أن ذلك هو " الأساس الذي يمكن أن تستند عليه الاتفاقيات الدولية المزمع إبرامها لتقرير الحد الأدنى من المزايا والحصانات التي يجب أن يتمتع بها المبعوثين الدبلوماسيين عند تأدية مهامهم "(14). ولا شك بأن هذا الموقف على الرغم من أنه يعبر صراحة عن الأخذ بنظرية مقتضيات الوظيفة، لكنه يتضمن في ذات الوقت الأخذ بالصفة التمثيلية ولا يلغيها، لأن القول بغير ذلك يجعل مقتضيات الوظيفة الدبلوماسية خالية من السند والأساس الذي تقوم عليه وهو التمثيل الدبلوماسي. وقد عكست العديد من المعاهدات الدولية ذات العلاقة هذا التوجه المبني على الجمع بين الصفة التمثيلية ومقتضيات الوظيفة. ومن أهم تلك المعاهدات اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961 التي أخذت بالجمع بين النظريتين لتبرير الحصانة الدبلوماسية وقررت في ديباجتها بأن "...هدف تلك الامتيازات والحصانات لا يرمي إلى تحقيق مصالح الأفراد، بل إلى ضمان إنجاز مهام البعثات الدبلوماسية

¹⁴ تقرير لجنة القانون الدولي عام 1956، الكتاب السنوي، المجلد الثاني، البند رقم (230) ص 163. وقد ذهبت محكمة النقض المصرية بمناسبة النظر في الطعن المدني رقم (123) بتاريخ 9-11-1977 إلى الأخذ بنظرية مقتضيات الوظيفة المتضمنة للصفة التمثيلية لأعضاء البعثة الدبلوماسية كأساس للحصانة القضائية بقولها ان " الأصل في الميزة أو الحصانة التي يتمتع بها المبعوث الدبلوماسي بأنها ضرورة يقتضيتها قيامه بمهام وظيفته في جو من الطمأنينة بعيداً عن المؤثرات في الدولة المعتمد لديها وهو ما يستتبع اعفاء الممثل الدبلوماسي من الخضوع للقضاء الإقليمي للدولة الأخيرة " محكمة النقض المصرية، حكم الدائرة المدنية في 9 نوفمبر 1977 م، بالطعن رقم (123) مجموعة النقض، الجزء الأول، 1978 م، ص 23.

بوصفها ممثلة الدول.....". ولا شك بان هذا الموقف لاتفاقية فيينا يعبر عن واقعية وموضوعية الأساس الذي يجب أن تبنى عليه الحصانة الدبلوماسية القضائية بما فيها الجنائية. وذات الموقف تبنته اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية لعام 1963 في الفقرة الخامسة من الديباجة "وإذ تدرك أن القصد من هذه الامتيازات والحصانات ليس إفادة الأفراد بل ضمان الأداء الفعال للبعثات القنصلية بالنيابة عن دولها،⁽¹⁵⁾" ، وفي عام 1969 جاءت اتفاقية البعثات الخاصة لعام 1969 لتكشف عن سلوكها ذات النهج في الفقرة السابعة من الديباجة "الهدف من الحصانات والامتيازات ذات العلاقة بالبعثات الخاصة ليس لإفادة الافراد، لكن لضمان الأداء الفعال للبعثات الخاصة لوظائفها باعتبارها تمثل دولة"⁽¹⁶⁾.

المطلب الثاني

نطاق الحصانة الدبلوماسية الجنائية

في هذا المطلب سيكون النقاش مركزا على محاولة للإجابة عن تساؤلين مهمين: السؤال الأول يتعلق بتحديد من هم الأشخاص المخولون بموجب القانون الدولي الدبلوماسي للتمتع بالحصانة الجنائية (الفرع الأول)، والثاني يتعلق بتحديد المدى الذي يمكن أن تذهب اليه تلك الحصانة في حدودها الموضوعية وفقا للقانون الدولي الدبلوماسي (الفرع الثاني).

¹⁵() The 1963 Vienna Convention on Consular Relations (UN Treaty Series, Vo1. 596) P 261.

¹⁶ () The 1969 Convention on Special Missions (UN Treaty Series, Vol. 1400) P 231.

الفرع الأول: النطاق الشخصي للحصانة الجنائية

الحصانة الدبلوماسية الجنائية لا تشمل كل أعضاء البعثة الدبلوماسية أو كل من يقوم بالعمل لديها أو لصالحها. وعليه فإن الحديث عن النطاق الشخصي للحصانة الدبلوماسية الجنائية يتعلق بتحديد الأشخاص المخولون بالتمتع بتلك الحصانة بشكل واضح دون أي لبس بينهم وبين آخرين يتمتعون بحصانات قضائية دبلوماسية أخرى مثل الحصانة المدنية والإدارية وفقا لاتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961. وبالرغم من أن البعثة الدبلوماسية تتكون من ثلاث فئات هم فئة الممثلون الدبلوماسيون، وفئة الموظفون الفنيون والإداريون، وفئة المستخدمين والخدم الخصوصيون، إلا أن اتفاقية فيينا المذكورة منحت حق التمتع بالحصانة الدبلوماسية الجنائية للذين ينتمون إلى الفئة الأولى والثانية فقط دون الفئة الثالثة.

1. فئة الممثلين الدبلوماسيين (السلك الدبلوماسي)

تضم هذه الفئة الموظفون الدبلوماسيون الذين لهم صفة تمثيلية وهم أعضاء البعثة الدبلوماسية الدائمة التي تشمل كل من رئيس البعثة وهو "الشخص الذي تكلفه الدولة المعتمدة بالتصرف بهذه الصفة"⁽¹⁷⁾ والذي قد يكون سفيرًا أو وزيرًا مفوضًا أو قائمًا بالأعمال⁽¹⁸⁾، وكذلك الموظفين الدبلوماسيين الذين يشغلون درجات دبلوماسية

¹⁷ المادة (1/ أ) من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية عام 1961

¹⁸ حددت المادة 14 من اتفاقية فيينا عام 1961 وقبلها اتفاقية فيينا عام 1815 ثلاث مراتب لرؤساء البعثات الدبلوماسية وهم مرتبة السفراء و مندوبو البابا من درجة قاصد رسولي يعتمدون لدى رؤساء الدول، ومرتبة الوزراء المفوضون والمندوبون فوق العادة ومندوبو البابا من درجة وكيل قاصد رسولي يعتمدون من رؤساء الدول لدى رؤساء الدول، ومرتبة القائمون بالأعمال وهم يعتمدون وزراء الخارجية لدى وزراء الخارجية. وللتفصيل راجع محسن الشيشكلي، القانون الدولي (جامعة حلب، 1965) ص107.

مختلفة تحددها وزارة الخارجية مثل المستشار، والسكرتير، والملحق، الذين يقومون بأعمال مساعدة لرئيس البعثة في تنفيذ مهامه. وكل أعضاء البعثة الدبلوماسية يتم تعيينهم من قبل الدولة المرسله وفقا لقانونها الداخلي يتمتعون بحصانة جنائية مطلقة. وتمتد هذه الحصانة حتى إلى أفراد أسرهم بشروط حددتها المادة (37) من اتفاقية فيينا المذكورة بقولها " يتمتع أعضاء أسرة الممثل الدبلوماسي الذين يعيشون معه في نفس المسكن بالمزايا والحصانات المذكورة في المواد من 29 إلى 36 بشرط ألا يكونوا من رعايا الدولة المستقبلية⁽¹⁹⁾". وفي حال توافر الشروط المنصوص عليها، فإن أعضاء أسرة الممثل الدبلوماسي يتمتعون بنفس الحصانة الجنائية التي تتمتع بها ذات الفئة التي ينتمي إليها والمنصوص عليها في المواد (29 - 31) وأهمها الحصانة الشخصية (المادة 29)، وحرمة المسكن والوثائق والمراسلات والممتلكات (المادة 30).

2. فئة الموظفين الموفدين للعمل بالبعثة الدبلوماسية

وتشمل هذه الفئة الإداريين والفنيين من موظفي البعثة الدبلوماسية. وهؤلاء الأشخاص لا يعدون من بين أعضاء السلك الدبلوماسي، لأنهم لا يتمتعون بصفة التمثيل. ويشترط في فئة الموظفين الموفدين للعمل بالبعثة الدبلوماسية لتمتعهم بالحصانة الجنائية، أن لا يكونوا من مواطني الدولة المستقبلية أو من المقيمين فيها إقامة دائمة وفقا لنص المادة (37) من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961 التي جاء فيها بأن "أعضاء الطاقم الإداري والطاقم الفني للبعثة وكذلك أعضاء أسرهم الذين يعيشون معهم في نفس المسكن بالنسبة لكل منهم وعلى شرط ألا يكونوا من

¹⁹ المادة (37) من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961.

رعايا الدولة المعتمد لديها أو أن تكون إقامتهم الدائمة في أراضيها يتمتعون بالمزايا و الحصانات المذكورة في المواد من 29 إلى 35...⁽²⁰⁾. أما بالنسبة إلى أفراد أسرهم يشترط لتمتعهم بذات الحصانة أن يعيشوا معهم في مسكن واحد، وأن لا يكونوا من مواطني الدولة المضيفة أو من المقيمين فيها إقامة دائمة. وفيما يتعلق بالحصانة الجنائية لهذه الفئة، فإن المواد ذات العلاقة هي المواد من 29 وحتى 31 من الاتفاقية. وهنا يتضح أنه لا فرق بين هذه فئة الموظفين وفئة المبعوثين الدبلوماسيين فيما يتعلق بالحصانة القضائية الجنائية، وإنما يتضح الفارق بينهما في الحصانتين المدنية والإدارية، حيث أن الإعفاء من الخضوع للقضاء المدني والإداري بالنسبة للموظفين المذكورين (غير الدبلوماسيين) يقتصر فقط على الأعمال الرسمية التي يقومون بها خلال عملهم، بعكس الموظفين الدبلوماسيين الذين يتمتعون بالإعفاء على كل أعمالهم الرسمية وغير الرسمية. وجاء في المادة (37/2) ما يؤكد ذلك، حيث أنها بعد ان قررت الحصانة القضائية (الجنائية والمدنية والإدارية) لفئة الموظفين

²⁰ المواد ذات العلاقة بالحصانة الجنائية دون المدنية والإدارية هي المواد 29-31. وجاء في الفقرة الثانية من المادة (37) (من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961 ما يلي:

"Members of the administrative and technical staff of the mission, together with members of their families forming part of their respective households, shall, if they are not nationals of or permanently resident in the receiving State, enjoy the privileges and immunities specified in articles 29 to 35, except that the immunity from civil and administrative jurisdiction of the receiving State specified in paragraph 1 of article 31 shall not extend to acts performed outside the course of their duties. They shall also enjoy the privileges specified in article 36, paragraph 1, in respect of articles imported at the time of first installation" UN Treaty Series, Vol 500, P95 (UN, 2005), P11. www.legal.un.org (visited on 14-11-2019).

الإداريين والفنيين ذكرت الاستثناء بقولها "...مع استثناء الحصانة في عدم الخضوع القضائي للاختصاص المدني أو الإداري للدولة المعتمدين لديها الوارد ذكرها في البند (1) من المادة 31 في التصرفات الخارجة عن نطاق أعمالهم الرسمية...". وفي حالة ما إذا كان أعضاء الطاقم الإداري للبعثة كله أو بعض منه يتكون من إداريين وفنيين من مواطني دولة الاستقبال أو من المقيمين فيها إقامة دائمة، فإنهم وفقا للمادة (2/38) من اتفاقية فيينا لا يتمتعون بالحصانة القضائية الجنائية. أما بالنسبة للحصانيتين المدنية والإدارية فهي في الحدود التي تقرها الدولة المضيفة، وهنا يكون وضعهم مثل وضع الفئة الخاصة بالمستخدمين والخدم الخصوصيين فيما يتعلق بالتمتع بالحصانات والامتيازات. وجاء ذلك بنص المادة (2/38) بقولها "إن الأعضاء الآخرين لطاقم البعثة والخدم الخصوصيين الذين من جنسية الدولة المستقبلية أو الذين تكون إقامتهم الدائمة في أراضيها لا يتمتعون بالمزايا والحصانات إلا في الحدود التي تقرها لهم تلك الدولة، ومع ذلك فللدولة المستقبلية أن تستعمل حق ولايتها على هؤلاء الأفراد بطريقة لا تعوق كثيرا قيام البعثة بأعمالها".

الفرع الثاني: النطاق الموضوعي للحصانة الجنائية

إذا كان النطاق الشخصي للحصانة الدبلوماسية الجنائية أمرا يتعلق بالأشخاص الذين يتمتعون بها، فإن نطاقها الموضوعي يتعلق بمحتواها من حيث المدى الذي يمكن ان تذهب اليه وفقا للقانون الدولي الدبلوماسي. وقد نصت اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1969 على تمتع المبعوث الدبلوماسي بالحصانة القضائية الجنائية وغيرها من الحصانات الأخرى في المادة (1/31) بقولها "يتمتع الممثل الدبلوماسي بالحصانة القضائية الجنائية في الدولة المستقبلية، ويتمتع أيضا

بالحصانة القضائية المدنية والإدارية...". وفيما يتعلق بالنطاق الموضوعي للحصانة الجنائية فإنه يتعلق بالإعفاء المطلق للممثل الدبلوماسي من الخضوع للقضاء الجنائي للدولة المضيفة، إطلاقاً لا يقيدته إلا ما سمح به القانون الدولي من استثناءات في حالة الدفاع الشرعي⁽²¹⁾، وبغض النظر عن جسامة الأفعال المرتكبة. وتعتبر الحصانة الشخصية التي هي من أقدم وأهم الحصانات في القانون الدبلوماسي العرفي قبل تدوينه، أساساً للحصانة القضائية الجنائية والتي تشمل: (1) حرمة شخص المبعوث الدبلوماسي الواردة في المادة (29) من اتفاقية فيينا التي جاء فيها أن "الشخص الممثل الدبلوماسي حرمة، فلا يجوز بأي شكل القبض عليه أو حجزه، وعلى الدولة المعتمد لديها أن تعامله بالاحترام اللازم له، وعليها أن تتخذ كافة الوسائل المعقولة لمنع الاعتداء على شخصه أو على حريته أو على اعتباره " وتعتبر اليوم تلك الاتفاقية المتعلقة بمنع الجرائم التي ترتكب ضد المشمولين بالحماية الدولية بما فيهم الممثلين الدبلوماسيين والمعاقبة عنها لعام 1973 تطبيقاً للمادة المذكورة⁽²²⁾ . وكذلك (2) حرمة مسكن الممثل الدبلوماسي ومراسلاته وممتلكاته بحيث يتمتع سكنه

²¹ Bené Várk, Personal Inviolability and Diplomatic Immunity in Respect of Serious Crimes (Juridica International, 2003) p111.

²² انظر النص الرسمي لنصوص هذه الاتفاقية لدى:

UN, Convention on Prevention and Punishment of Crimes against Internationally Protected Persons, Including Diplomatic Agents on 14-December-1973, UNTS, Vol. 1035, (UN 2005), P167. At www.legal.un.org. كما ان القوانين الجنائية لأغلب الدول ترتب عقوبات عن افعال الاعتداء على مبعوثي الدول الأجنبية والمثل على ذلك المادة (182) من قانون العقوبات المصري والمادة (221) من قانون العقوبات الليبي.

الشخصي بذات الحصانة المقررة لمقر البعثة الدبلوماسية بموجب المادة (22) من اتفاقية فيينا لعام 1961⁽²³⁾. وفي ذلك نصت المادة (30/1) من اتفاقية فيينا على أن "يتمتع المسكن الخاص للممثل الدبلوماسي بنفس الحرمة والحماية اللتين تتمتع بهما مباني البعثة. وتشمل الحرمة مستنداته ومراسلاته، وكذلك أيضا متعلقات الممثل الدبلوماسي مع مراعاة ما جاء بالبند (3) من المادة 31". ويمتد تطبيق هذه الحصانة لتشمل الامتعة الشخصية للممثل الدبلوماسي المعدة لاستقراره، بحيث لا يجوز تفتيشها وهي في طريقها إلى الدخول عبر منافذ الدولة المضيفة البرية والبحرية والجوية إلا وفقا لأحكام المادة (362/) من اتفاقية فيينا لعام 1961.⁽²⁴⁾

وتعتبر الحصانة الدبلوماسية في المسائل الجنائية حصانة مطلقة لا تقبل الاستثناء على خلاف الحصانة القضائية المدنية أو الإدارية، وتشمل جميع التصرفات الرسمية والشخصية للمتمتع بها. إذ أنه لا يجوز اتخاذ أي إجراء من الإجراءات الجنائية ضده من قبل سلطات الدولة المضيفة بما في ذلك إجراءات التحقيق أو الاستدلال، أو تقديمه للمحاكمة أمام قضائها بشأن أية جريمة قام بارتكابها بما في

²³(نصت المادة (22) من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961 على حصانة مقر البعثة الدبلوماسية الدائمة بقولها: "أ - حرمة مقر البعثة مصونة ولا يسمح لموظفي الدولة المستقبلية بالدخول إليها إلا بموافقة رئيس البعثة الدبلوماسية. ب - على الدولة المستقبلية واجب خاص باتخاذ جميع التدابير المناسبة لمنع اجتياح مقر البعثة أو إصابتها بأضرار ومنع الإخلال بأمن البعثة أو النيل من كرامتها. ج- لا يجوز تفتيش مقر البعثة كما لا يجوز أن يتعرض أثاثها، وموجوداتها ووسائل نقلها للمصادرة أو الحجز لأي إجراء تنفيذي".

²⁴ نصت الفقرة الثانية من المادة (36) (من اتفاقية فيينا لعام 1961 على ما يلي: "ويعفى الممثل الدبلوماسي من تفتيش أمتعته الشخصية إلا إذا وجدت أسباب قوية تدعو إلى الاعتقاد بأنها تحوي أشياء لا تمنح عنها الإعفاءات المذكورة في البند (1) من هذه المادة أو أصنافا محظورا استيرادها أو تصديرها بمقتضى التشريع أو تكون خاضعة لتعليمات الحجر الصحي للدولة المعتمد لديها، وفي هذه الحالة لا يجوز إجراء الكشف إلا بحضور الممثل الدبلوماسي أو من ينتدبه".

ذلك الجرائم الماسة بأمن الدولة، ما لم تتنازل دولته عن حصانته. وفي قضية الرهائن الأمريكيين أعضاء البعثة الدبلوماسية والقنصلية الأمريكية في طهران الذين تم احتجازهم من قبل الطلبة الإيرانيين عام 1979 فان محكمة العدل الدولية أكدت في قرارها عام 1980 على قاعدة إعفاء المبعوث الدبلوماسي من الخضوع للقضاء الجنائي للدولة المضيفة بقولها " إذا كانت النية (نية الحكومة الإيرانية) تتجه فعلاً إلى تقديم الرهائن لأي صورة من صور المحاكمة الجنائية أو التحقيق الجنائي، فإن ذلك يشكل خرقاً خطيراً من جانب إيران لالتزاماتها بموجب المادة (31 /1) من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية " (25)

أمام هذه الصورة للحصانة الجنائية المطلقة تطرح اليوم قضايا جدية كبرى تتعلق بمستقبل حقوق الانسان على مستوى التزامات الدول بموجب القانون الدولي والقاضية بواجب احترام وضمان تلك الحقوق، وبشكل خاص تلك الغير قابلة للانتقاص في أي وقت أو ظرف (النواة الصلبة لحقوق الانسان). ولعل التطورات الكبيرة والمهمة وغير المسبوقة، التي شهدتها القانون الدولي لحقوق الانسان في تاريخ لاحق لإقرار معاهدة فيينا للعلاقات الدبلوماسية عام 1961، تبرر مشروعية ذلك

(25) جاء النص بتعبير محكمة العدل الدولية ما يلي:

"If the intention to submit the hostages to any form of criminal trial or investigation were to be put into effect, that would constitute a grave breach by Iran of its obligations under Article 3 1, paragraph 1, of the 1961 Vienna Convention. This paragraph states in the most express terms : "A diplomatic agent shall enjoy immunity from the criminal jurisdiction of the receiving State" ICJ, Reports and Judgements, Advisory Opinions and Orders, Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (US Vs. Iran) Judgement of 24 May 1980, Paragraph 79, P37.

الطرح. ففي العام 1966 تم تبني عهدين دوليين لحقوق الانسان، الأمر الذي قاد إلى اكتمال تأسيس الشريعة الدولية لحقوق الانسان بعد إدماج الحقوق المعلن في الإعلان العالمي لحقوق الانسان عام 1948 ضمن نصوص العهدين. تلك الشريعة كانت ولازالت وستظل هي أساس كل المعاهدات الدولية لحقوق الانسان بأنواعها وموضوعاتها المختلفة. وعلى مستوى الحقوق المدنية والسياسية فان العهد الدولي الخاص بها نص على معاملة خاصة لنوع معين من الحقوق الواردة فيه وخصها بالتزامات محددة وهي الحقوق ذات النواة الصلبة، والتي قد يكون للحصانة الدبلوماسية أثرا سلبيا عليها إذا ما أسيء استخدامها، وهي حقوق مقررة بقواعد تسمو بطبيعتها على تلك المانحة للحصانة الجنائية المطلقة.

المبحث الثاني

النواة الصلبة لحقوق الانسان

منظومة القانون الدولي لحقوق الانسان متعددة وليست على مستوى واحد في بنيتها الهيكلية، فهناك حقوق أساسية مطلقة لا يجوز تقييدها أو الانتقاص منها في كل الظروف والأوقات وهي الحقوق ذات النواة الصلبة، وحقوق أخرى على خلاف ذلك. إن تصنيف الحقوق بهذا الشكل له قيمته النظرية من حيث معرفة طبيعة قواعد الحقوق ومعيارياتها في سلم هرمية القواعد، وقيمتها العملية من حيث طبيعة التزام الدول عند التعامل معها حتى في الظروف الاستثنائية، ومن باب أولى في الظروف العادية. وللأسف فإنه في كثير من الأحيان يكون للحصانة الدبلوماسية الجنائية أثرا سلبيا على احترام وضمنان النواة الصلبة لحقوق الإنسان الواردة في العهد الدولي لحقوق الانسان المدنية والسياسية لعام 1966 عند التعدي عليها وانتهاكها من قبل بعض المتمتعين

بتلك الحصانة، الذين لا يقدرّون أصول العمل الدبلوماسي ولا يقيمون وزناً لحقوق الإنسان. هذا المبحث معني ببحث موضوع النواة الصلبة لحقوق الإنسان من حيث مفهومها ومعيارها وطبيعة قواعدها (المطلب الأول)، وكذلك بيان محتوى تلك الحقوق والأثر السلبي للحصانة الجنائية عليها (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مفهوم ومعيار النواة الصلبة لحقوق الإنسان

النواة الصلبة لحقوق الإنسان مفهوم يشير إلى نوع خاص من حقوق الإنسان سيتم بحثه في الفرع الأول من هذا المطلب، أما المعيار الذي تم على أساسه تصنيف تلك الحقوق وتمييزها عن غيرها من حقوق الإنسان فسيكون موضوعاً للنقاش في الفرع الثاني.

الفرع الأول: مفهوم النواة الصلبة لحقوق الإنسان

بالرغم من أن حقوق الإنسان عديدة ومتنوعة من حيث محتواها ومصادرها، إلا أن القدر المتيقن الذي يشكل أساساً لأية دراسة للقانون الدولي لحقوق الإنسان هو ما ورد بالشرعة الدولية لحقوق الإنسان⁽²⁶⁾ التي تفرعت عنها كل الحقوق الإنسانية في زمني السلم والحرب. ومع ذلك فإن حقوق الإنسان ليست على درجة واحدة عند التعامل معها من قبل الدول بموجب القانون الدولي لحقوق الإنسان. فهناك مجموعة من الحقوق تعد حقوقاً أساسية مطلقة لا تقبل التقييد في أي ظرف أو وقت، وحقوقاً أخرى يمكن تعطيلها وتقييدها بشروط معينة في حالات الطوارئ والظروف الاستثنائية

²⁶ وتشمل الشرعة الدولية لحقوق الإنسان كل من الإعلان العالمي عام 1948 والعهد الدولي لحقوق الإنسان عام 1966.

التي تمر بها الدولة والتي تهدد استقرارها وأمنها. فالطائفة الأولى من الحقوق التي تم التعبير عنها في الاتفاقيات الدولية لحقوق الانسان ومنها العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية عام 1966 بمصطلح الحقوق الغير قابلة للانتقاص أو التقييد Non-derogable Rights هي النواة الصلبة لحقوق الانسان. فهذه الطائفة من الحقوق ليست محلا لأية تجاذبات سياسية أو دينية أو اجتماعية أو ثقافية، وإنما تثبت لكل انسان أينما وجد وحيثما كان، وفي كل الظروف والأوقات. وعلى مستوى القانون الدولي الاتفاقي لحقوق الإنسان ومن ذلك العهد الدولي المذكور، فإن المبدأ هو أن الدول الأطراف في العهد لا يجوز لها تعطيل التمتع بحقوق الانسان الواردة به، والاستثناء هو جواز التعطيل وعدم التقيد بالنسبة لبعض الحقوق في الظروف الطارئة التي تمر بها الدولة والمهددة لاستقرارها وأمنها. واستثناء من هذا الاستثناء هي مجموعة الحقوق التي تنتمي إلى النواة الصلبة لحقوق الانسان التي لا يجوز تقييدها أو الانتقاص منها حتى في الظروف الطارئة والاستثنائية.

ومن أهم المعاهدات الدولية المعنية في هذه الدراسة والتي نصت على النواة الصلبة لحقوق الانسان العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية عام 1966⁽²⁷⁾. فقد جاء في المادة (1 / 4) من العهد أنه " في حالات الطوارئ والظروف الاستثنائية التي تهدد حياة الأمة، والمعلن عنها رسمياً، يجوز للدول الأطراف في هذا العهد أن تتخذ في أضيق الحدود التي يتطلبها الوضع، تدابير لا تتقيد بالالتزامات المترتبة

²⁷ راجع النص الرسمي للعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية عام 1966 للإعلان المذكور لدى UN, The International Covenant on Civil and Political Rights adopted by the UNGA on 19-December 1966, www.treaties, un.org (visited on 14-11-2919).

عليها بمقتضى هذا العهد...". فالدولة في هذه الظروف يمكنها تعطيل العمل بحقوق الانسان الواردة في العهد الدولي المذكور خلافا لالتزامها الدولي، وذلك بشكل مؤقت، ووفقا لشروط موضوعية وإجرائية معينة. ومن أهم الشروط الموضوعية وجود حالة من الظروف الاستثنائية تمر بها الدولة الطرف والتي تشكل تهديداً لأمنها واستقرارها (28). أما الشروط الإجرائية فتتمثل في الإعلان الرسمي من قبل الدولة المعنية لحالة الطوارئ والظروف الاستثنائية، ، وأن يتم اتخاذ الإجراءات المخالفة للعهد الدولي والمقيدة لحقوق الانسان في أضيق الحدود وبالقدر اللازم لدرء الخطر وبدون تمييز، وأن لا تكون تلك الإجراءات مخالفة للالتزامات أخرى للدولة بموجب القانون الدولي (29) وإلى جانب ذلك كله، يجب على الدولة إخطار الأمين العام للأمم المتحدة بتاريخ بدء تطبيق الإجراءات المخالفة للعهد الدولي لحقوق المدنية والسياسية، والأسباب التي دفعتها إلى ذلك، وكذلك إخطاره مرة أخرى عند انتهاء الإجراءات المخالفة لنفذ

²⁸ راجع البند الثاني من التعليق العام للجنة حقوق الإنسان التابعة للأمم المتحدة رقم 29 لعام (2001) بخصوص المادة 4 من العهد الدولي لحقوق المدنية والسياسية (عدم التقيد بأحكام العهد أثناء حالات الطوارئ) لدى:

CCPR, UN H R Committee General Comment No.29 , Article 4 (Derogation during a State of Emergency) adopted on 31 August 2001, P1 at www.ccprcentre.org (visited on 14-11-2019).

²⁹ أنظر في ذلك تعليق لجنة الأمم المتحدة المعنية بحقوق الانسان رقم 5 على المادة (4) من العهد الدولي لحقوق المدنية والسياسية لعام 1966 لدى:

CCPR, UN H R Committee General Comment No.5, Article 4 (Derogation of Rights) adopted on 31 July 1998, P1 at www.ccprcentre.org. (visited on 14-11-2019).

النصوص المعطلة من جديد وذلك بعد زوال الأسباب التي دعت إلى تعطيل سريانها.⁽³⁰⁾

إذا كان يجوز للدول بموجب المادة (4) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية عام 1966 التحلل من الالتزام ببعض الحقوق، إلا أن ذات المادة نصت على استثناء بعض الحقوق من ذلك، وهي الحقوق التي لا تقبل التقييد أو الانتقاص في أي وقت أو ظرف (النواة الصلبة لحقوق الإنسان). فبعد أن تم النص في المادة (1/4) من العهد الدولي على جواز تقييد بعض الحقوق في الظروف الاستثنائية التي تهدد حياة الأمة، جاءت الفقرة الثانية من ذات المادة لتنص على قائمة من الحقوق التي لا يجوز تقييدها أو تعطيلها في أي وقت بقولها: "لا يجيز هذا النص أي مخالفة لأحكام المواد 6 و7 و8 (الفقرتين 1، 2) والمواد 11 و15 و16 و18". وتشكل كل هذه الحقوق المطلقة والغير قابلة للتعطيل في كل الظروف والاقوات " النواة الصلبة" لحقوق الإنسان⁽³¹⁾ التي توصف قواعد البعض منها بأنها قواعد أمره (*Jus Cogens*)⁽³²⁾ ومنها حق الحياة الوارد في المادة السادسة من العهد الدولي والمادة

³⁰ المادة (4) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية عام 1969. راجع التعليق العام رقم 5 للجنة الأمم المتحدة المعنية بحقوق الإنسان على المادة 4 من العهد المذكور، المرجع السابق.

³¹() Emilie. M. Hafner- Burton and Others, Emergency and Escape: Explaining Derogations from Human Rights Treaties (California University, Research Gate, August, 2011) p476. On human rights that of peremptory norms in the Article 4/2 of the ICCPR See the HR Committee General Comment No 29, Para 11, *Op Cit*, P5.

³² Teraya Koji, Emerging Hierarchy in International Human Rights and Beyond: From the Perspective of Non- Derogable Rights (EJIL, Vol 12, No. 5, 917-941, 2001) P31. Available at www.ejil.org (visiting date 3-12-2019)

السابعة من ذات العهد المتعلقة بالسلامة البدنية والمعنوية. وحول هذه المسألة، وكما اشارت لجنة القانون الدولي في تقريرها السنوي عام 1956 أن معاهدة فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969 تعتبر منطلقاً لأي دراسة تتعلق بالقواعد الآمرة، حيث يمكن من خلالها معرفة عناصرها الأساسية وشروطها وتبعاتها⁽³³⁾. وقد جاء في المادة (53) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات عام 1969 بأن القاعدة الآمرة *Jus Cogens* بأنها " القاعدة المقبولة والمعترف بها من قبل المجتمع الدولي ككل على أنها القاعدة التي لا يجوز الإخلال بها والتي لا يمكن تعديلها إلا بقاعدة لاحقة من القواعد العامة للقانون الدولي لها ذات الصفة". وجاء في المادة (64) من ذات الاتفاقية بأنه "إذا ظهرت قاعدة آمرة جديدة من القواعد العامة للقانون الدولي، فإن أية معاهدة نافذة تتعارض معها تصبح باطلة وتنقضي"⁽³⁴⁾. وهذا يعني أن المعاهدة تعد باطلة بطلاناً مطلقاً إذا كانت وقت إبرامها تتعارض مع قاعدة آمرة. ومن خلال النظر في نص المادة (53) تبرز الصورة التي يجب ان تكون عليها القاعدة الآمرة والتي يجب ان تتوافر فيها أربعة معايير لوصفها بذلك الوصف وهي: أولاً- أن القاعدة يجب ان تتصف بصفة المعيار بأنه من مبادئ القانون الدولي، ثانياً- قبول المعيار من غالبية المجتمع الدولي بما يقارب الاجماع، ثالثاً- أن ذلك المعيار لا يقبل التقييد، ورابعاً- لا يمكن تعديل ذلك المعيار إلا بمعيار آخر له نفس الصفة،⁽³⁵⁾ وفقاً للمادة (64) من ذات الاتفاقية. هذا التوجه لاتفاقية فيينا لقانون المعاهدات بين الدول لعام

³³ تقرير لجنة القانون الدولي، مرجع سبق ذكره، ص 358.

³⁴ راجع النص الرسمي لمعاهدة فيينا لقانون المعاهدات عام 1969 وعلى وجه الخصوص المادتين 53 و64 لدى موقع الأمم المتحدة www.legal.un.org (تاريخ الزيارة 2019-11-22).

³⁵ Teraya Koji, *Op Cit*, p928.

1969 جعل الفقه الدولي يفرق بين القواعد الآمرة من جهة، والقواعد القانونية الأخرى من جهة أخرى (36)

هذا وقد أقرت محكمة العدل الدولية في قضية Barcelona Traction في حكمها بتاريخ 5-2-1970 بان قواعد حقوق الانسان الأساسية هي قواعد آمرة تنشئ التزامات في مواجهة كافة Egra Omnes "هذه الالتزامات، وعلى سبيل المثال، منبثقة من تحريم أعمال العدوان والابادة الجماعية ومن المبادئ والقواعد المتعلقة بحقوق الانسان الأساسية بما في ذلك حمايته من العبودية والتفرقة العنصرية، بل أن بعضا من هذه الحقوق أصبحت جزءا من القواعد الدولية العامة طبقا لما جاء في فتوى محكمة العدل الدولية عام 1951 المتعلقة بالتحفظات على معاهدة تحريم وتجريم والمعاقبة على أفعال الإبادة الجماعية، كما أن بعضها الآخر قد تم إقراره بموجب وثائق دولية عالمية" (37).

³⁶ راجع في ذلك:

Malcolm N.Show, International Law (Cambridge University Press, 6th edition, 2008) p 850.
وانظر في تفصيل القاعدة الآمرة في القانون الدولي العام، تقرير لجنة القانون الدولي الأول عن القاعدة الامرة (الأمم المتحدة، الدورة 68، 2016) ص 31-52.

³⁷ وجاء في حيثيات هذا الحكم لمحكمة العدل الدولية ما يلي:

"Such obligations derive, for example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination. Some of the corresponding rights of protection have entered into the body of general international law (Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951, p. 23); others are conferred by international instruments of a universal or quasi-universal character" . ICJ Reports and Judgements, Case concerning the Barcelona Traction Light and Power Company, Limited

إن الحقوق الأساسية (المطلقة) الغير قابلة للتقييد الواردة في العهد الدولي للحقوق السياسية والمدنية عام 1966 وردت أيضا في العديد من الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان بذات الصفة، وهذا دليل على أنها مقبولة ومعترف بها من الجماعة الدولية، بل أن هنالك إجماع من الفقه الدولي بان حقوق مثل الحق في الحياة، وفي السلامة الجسدية والمعنوية، وفي التحرر من الرق والاستعباد، والتمتع بمبدأ عدم رجعية القانون الجنائي أحد كائز مبدأ الشرعية، أصبحت اليوم جزءا من قواعد القانون الدولي العرفي ذات الطبيعة الأمرة (*Jus Cogens*) بالمعنى المشار إليه في المادة (53) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969. ومن ثم فإن قوتها الإلزامية أكثر من القوة الإلزامية لقواعد القانون الدولي الاتفاقية الأخرى وتسمو عليها. ومن تم فإن النص على منع تقييد الحقوق المذكورة أو الانتقاص منها في المعاهدات الدولية، ليس إلا كشفا عن طبيعتها القانوني. وباعتبار أن تلك القواعد أمرة فهي ملزمة لكل الدول بغض النظر عن كون دولة ما طرفا في المعاهدات التي نصت عليها أم لا، وأكثر من ذلك أن المعاهدة التي تتضمن قواعد أمرة لا يجوز التحفظ عليها حتى لو لم تنص المعاهدة على حضر التحفظ. والمثال على ذلك القواعد الواردة في اتفاقية حظر الإبادة الجماعية لعام 1948، وكما أفصحت محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري عام 1951 عند النظر في مسألة التحفظات على الاتفاقية المذكورة، بأن

(Belgium v. Spain) Judgement of 5 February 1970, Paragraph 34. Available at www.icj.org (visited on 15-11-2019).

القواعد التي تحويها المعاهدة هي قواعد أمر، وإن التحفظ على معاهدة حضر الإبادة الجماعية غير جائز، لأن ذلك يتناقض مع موضوع وهدف المعاهدة. (38)

وجاء في التعليق العام للجنة المعنية لحقوق الإنسان بالأمم المتحدة بأنه " يتعين النظر إلى الإعلان عن بعض أحكام العهد الواردة في الفقرة 2 من المادة (4) على إنه جزئياً بمثابة إقرار بالطابع الأمر لبعض الحقوق الأساسية المكفولة في شكل تعاهدي في العهد....." (39). والمقصود ببعض الحقوق في تعليق اللجنة هي حق الحياة والحق في السلامة البدنية والمعنوية والحق في عدم الخضوع للرق والعبودية وكذلك عدم سرعان القانون الجنائي بأثر رجعي.. ويضل دائماً محتوى القاعدة (القيمة العليا والمصلحة المحمية) هي المعيار الحاسم للفصل في السؤال عن طبيعة القاعدة.

³⁸ وجاء في النص الأصلي لرأي محكمة العدل الدولية الاستشاري بخصوص مدى جواز التحفظ على معاهدة الإبادة الجماعية ما يلي:

"The principles underlying the Convention are recognised by civilised nations as binding on States even without any conventional obligation. It was intended that the Convention would be universal in scope. Its purpose is purely humanitarian and civilising. The contracting States do not have any individual advantages or disadvantages nor interests of their own, but merely a common interest". ICJ, Advisory Opinions and Orders, Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion of 28 May 1951, P2. Available at www.icj.org (visited on 5-12-2019).

³⁹ وجاء في نص التعليق ما يلي:

"The proclamation of certain provisions of the Covenant as being of a non-derogable nature, in article 4, paragraph 2, is to be seen partly as recognition of the peremptory nature of some fundamental rights ensured in treaty form in the Covenant (e.g., arts. 6 and 7". CCPR HR General Comment No 29, Para 11, *Op Cit*, P.5.

وطبقا لذلك فإن قواعد حقوق الإنسان التي تحرم الاعتداء على حق الحياة وتلك التي تحظر التعذيب والرق الاستعباد تعتبر من القواعد الآمرة⁽⁴⁰⁾ لأنها تحمي مصلحة وقيمة عليا للإنسان والإنسانية.

خلاصة القول إن النواة الصلبة لحقوق الانسان تعبير يشير إلى الحقوق الواردة في الفقرة الثانية من المادة الرابعة من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية عام 1969، والتي لا يجوز تقييدها في حالات الطوارئ والظروف الاستثنائية. وإذا كان ذلك صحيحا وفقا للمعيار الشكلي، لكن البحث عن المعيار الموضوعي الذي تم تبنيه في تصنيف تلك الحقوق الواردة بالعهد إلى حقوق تنتمي الى النواة الصلبة لا يجوز المساس بها في كل الظروف والأوقات، وأخرى على غير ذلك، تظل مسألة في غاية الأهمية.

الفرع الثاني: معيار النواة الصلبة لحقوق الانسان

لعل من أكثر الصعوبات التي تواجه دراسة النواة الصلبة لحقوق الانسان هو معرفة المعيار الذي يمكن على أساسه يتم تمييزها عن غيرها من الحقوق، بحيث لا يجوز تقييدها في أي وقت أو ظرف. ويمكن القول في هذا الشأن بأن هناك معيارين تم مراعاتهما في المعاهدات الدولية لحقوق الإنسان عند إقرار النواة الصلبة لحقوق الانسان⁽⁴¹⁾ وهما: المعيار الأول هو معيار الحقوق الأساسية المطلقة، التي تتمتع

⁴⁰ Andrea Bianchi, Human Rights and the Magic of Jus Cogens (the European Journal of International Law, Vol. 19, No.3, 2008) P495-496.

⁴¹ J.F.Hartman "Working Paper for the Committee of Expert on the Article 4: Derogation provision " Human Rights Quarterly, Vol . 7, 1985, pp . 133-114 .

قواعدها بالصفة الآمرة بالنظر إلى طبيعة المصلحة المحمية بموجبها، أما المعيار الثاني فهو معيار الحقوق التي لا تستطيع الدول تبرير الاستثناء فيها في الظروف الاستثنائية لأنها حقوق لا علاقة لها بتلك الظروف والحالات، ولا تأثير لتلك الحقوق عليها⁽⁴²⁾. وقد أشارت إلى هذين المعيارين لجنة الأمم المتحدة المعنية بحقوق الإنسان في تعليقها العام رقم 29 عن المادة (4) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية عام 1966 بقولها:

"وتتعلق قائمة الأحكام التي يجوز تقييدها والمدرجة في المادة 4 بمسألة ما إذا كان لبعض التزامات حقوق الإنسان طابع القواعد الآمرة في القانون الدولي ولكنها ليست مماثلة لها. ويتعين النظر إلى الإعلان عن بعض أحكام العهد الواردة في الفقرة 2 من المادة 4 على أنه جزئياً بمثابة إقرار بالطابع الأمر لبعض الحقوق الأساسية المكفولة في شكل تعاهدي في العهد (مثال ذلك، المادتان 6 و7). غير أن من الواضح أن بعض أحكام العهد الأخرى قد أُدرجت في قائمة الأحكام التي لا يجوز تقييدها لأن عدم التقيد بهذه الحقوق في حالة الطوارئ لا يمكن أن يكون ضرورياً على الإطلاق (مثال ذلك، المادتان 11 و18). وإضافة إلى ذلك، فإن نطاق فئة القواعد الآمرة يذهب إلى أبعد من قائمة الأحكام التي لا يجوز تقييدها والواردة في الفقرة 2 من المادة 4. إذ لا يجوز للدول الأطراف أن تلجأ تحت أي ظرف إلى المادة 4 من العهد لتبرير تصرف ينتهك القانون الإنساني أو القواعد الآمرة للقانون الدولي، مثل

⁴² Teraya Koji, *Op, Cit.* P31.

اختطاف الرهائن أو فرض عقوبات جماعية أو الحرمان التعسفي من الحرية أو الخروج عن المبادئ الأساسية للمحاكمة العادلة، بما في ذلك افتراض البراءة".⁽⁴³⁾ يتضح من هذا التعليق، وعلى أساس المعيارين المذكورين، أن هناك تصنيف لحقوق الانسان بين تلك الواردة في المادة (4/2) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية عام 1966، وبين الحقوق الأخرى الواردة بذات العهد. وضمن الحقوق الواردة في المادة (4/2) من العهد هناك تصنيف آخر بين حقوق لها علاقة بحالات الطوارئ والظروف الاستثنائية والأثر المحتمل لهذه الظروف عليها، وحقوق أخرى

⁴³ وجاء في النص الأصلي للتعليق ما يلي:

"The enumeration of non-derogable provisions in article 4 is related to, but not identical with, the question whether certain human rights obligations bear the nature of peremptory norms of international law. The proclamation of certain provisions of the Covenant as being of a non-derogable nature, in article 4, paragraph 2, is to be seen partly as recognition of the peremptory nature of some fundamental rights ensured in treaty form in the Covenant (e.g., articles 6 and 7). However, it is apparent that some other provisions of the Covenant were included in the list of non-derogable provisions because it can never become necessary to CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 page 5 derogate from these rights during a state of emergency (e.g., articles 11 and 18). Furthermore, the category of peremptory norms extends beyond the list of non-derogable provisions as given in article 4, paragraph 2. States parties may in no circumstances invoke article 4 of the Covenant as justification for acting in violation of humanitarian law or peremptory norms of international law, for instance by taking hostages, by imposing collective punishments, through arbitrary deprivations of liberty or by deviating from fundamental principles of fair trial, including the presumption of innocence." CCPR HR General Comment No 29, Para 11, *Op Cit*, P 5.

على خلاف ذلك. وعلى أساس هذا التصنيف الأخير، فإن النوع الأول من الحقوق هي التي ستكون مجالاً للاهتمام في هذا البحث لأسباب سيتم بيانها فيما بعد. ولا شك بأن بيان محتوى حقوق النواة الصلبة وطبيعة قواعدها سيضع الحصانة الدبلوماسية الجنائية على المحك بمستوياته النظري والعملي لما لها من أثر سلبي على ضمان واحترام حقوق الإنسان. هذا الموضوع هو محور النقاش في المطلب التالي.

المطلب الثاني

محتوى النواة الصلبة وأثر الحصانة الجنائية عليها

جاء في المادة (4) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية عام 1966

ما يلي:

1) " في حالات الطوارئ الاستثنائية التي تهدد حياة الأمة، والمعلن قيامها رسمياً، يجوز للدول الأطراف في هذا العهد أن تتخذ، في أضيق الحدود التي يتطلبها الوضع، تدابير لا تنقيد بالالتزامات المترتبة عليها بمقتضى هذا العهد، شريطة عدم منافاة هذه التدابير للالتزامات الأخرى المترتبة عليها بمقتضى القانون الدولي وعدم انطوائها على تمييز يكون مبرره الوحيد هو العرق أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الأصل الاجتماعي. (2) لا يجيز هذا النص أي مخالفة لأحكام المواد 6 و7 و8 (الفقرتين 1 و2) و11 و15 و16 و18. (3) على أية دولة طرف في هذا العهد استخدمت حق عدم التقيد أن تعلم الدول الأطراف الأخرى فوراً، عن طريق الأمين العام للأمم المتحدة، بالأحكام التي لم تتقيد بها وبالأسباب التي دفعتها إلى ذلك. وعليها، في التاريخ الذي تنهى فيه عدم التقيد، أن تعلمها بذلك مرة أخرى وبالطريق ذاته".

يتضح من هذا النص بان النواة الصلبة لحقوق الانسان تتكون من الحقوق التالية: الحق في الحياة (المادة 6)، الحق في السلامة البدنية والمعنوية (المادة 7)، الحق في الحرية من الرق أو الاستعباد (المادة 2/1/8)، عدم جواز حبس الانسان لعجزه عن الوفاء بالتزام تعاقدى (المادة 11)، الحق في الاعتراف بالشخصية القانونية (المادة 16)، الحق في حرية التفكير والاعتقاد والدين (المادة 18) والحق في التمتع بالضمانات القضائية للمحاكمة العادلة والنزاهة المتمثلة في مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات وعدم سرعان القانون بأثر رجعي (المادة 15).

هذا التصنيف للنواة الصلبة هو من الناحية الشكلية فقط، لأن المادة (4) 2/ من العهد الدولي المذكور نصت على عدم جواز تقييدها في الظروف الاستثنائية، ولكن من الناحية الموضوعية هناك حقوق أخرى هي أولى بالاهتمام من بعض الحقوق الواردة في المادة (4) 2/ وقت الطوارئ والظروف الاستثنائية، مثل الحق في عدم التمييز بحكم نص المادة (1/4) منه، وكذلك الحق في محاكمة عادلة ونزاهة وفقا للمادتين السابعة والخامسة عشر من ذات العهد الدولي. وهذا ما أكدت عليه لجنة حقوق الانسان في تعليقها على المادة الرابعة من العهد بقولها أن "الدولة لا يمكنها التحلل من مثل هذه الحقوق الأساسية بحجة عدم النص عليها في الفقرة الثانية من ذات المادة"⁴⁴.

وبمناسبة عرض محتوى النواة الصلبة لحقوق الانسان، فان هذا المطلب معني فقط بثلاثة حقوق من بين الحقوق الواردة في الفقرة الثانية من المادة الرابعة من العهد

⁴⁴ راجع التعليق العام للجنة حقوق الانسان رقم 29 على المادة الرابعة من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية عام 1966 وبشكل خاص الفقرات 7 و8 و11 و13 و14 و15 و16 من التعليق. التعليق العام رقم 29 لعام 201 للجنة المذكورة، مرجع سبق ذكره، ص3-7.

الدولي، وهي: حق الحياة وحق السلامة البدنية والحق في عدم الخضوع للرق والاستعباد، وذلك لعدد من الأسباب قيل بعضها في تحديد نطاق البحث، والبعض الآخر يمكن عزوها الى ما يلي: أولاً- النص عليها في العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية. ثانياً- إجماع معاهدات حقوق الانسان بأنها من الحقوق التي لا تقبل التقييد في كل الظروف والأوقات⁽⁴⁵⁾. ثالثاً- أن قواعد تلك الحقوق تتمتع بالصفة الامرة في القانون الدولي. رابعاً- أنها حقوق ذات أهمية كبرى بالنسبة لأثر الحصانة الدبلوماسية عليها. خامساً وأخيراً: بالنظر لما تتركه الظروف الاستثنائية وحالات الطوارئ من أثر سلبي عليها في حال تقييدها.

الفرع الأول: الحق في الحياة

يعد الحق في الحياة ركيزة وأساس كل الحقوق، بل وشرطاً أساسياً لإمكانية التمتع بها سواء أكانت تلك الحقوق مدنية أو سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية، لأنه حق ملازم للإنسان⁽⁴⁶⁾، لذا فإن كل وثائق حقوق الإنسان تؤكد على قدسيته وضرورة حمايته⁽⁴⁷⁾. ويثبت حق الانسان في الحياة منذ ولادته حياً أو حتى قبل ذلك وهو جنين في بطن أمه، وينتهي بالوفاة. ونظراً لأهمية حق الحياة فقد جاء في مقدمة حقوق

⁴⁵ المثال على ذلك الاتفاقية الاوربية لحقوق الانسان عام 1950 على الموقع الالكتروني www.hri.org والاتفاقية لأمركية لحقوق الانسان عام 1969 على الموقع الالكتروني www.treaties.un.org.

⁴⁶ المادة (6) من الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية "الحق في الحياة حق ملازم لكل إنسان...".

⁴⁷ المادة(3) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على الموقع الالكتروني www.un.org، والمادة (6) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، والمادة (2) من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان، والمادة (4) من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، والمادة (4) من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب عام 1981 على الموقع الالكتروني www.refworld.org.

النواة الصلبة في العهد الدولي لحقوق السياسية والمدنية عام 1966 (المادة 6). وتعتبر عقوبة الإعدام استثناءً، وهي سبب من الأسباب القانونية لإنهاء حياة الإنسان في بعض الدول التي تقرها بموجب نظامها القانونية، إذا ارتكب الشخص جريمة تكون عقوبتها الإعدام طبقاً للقوانين النافذة⁽⁴⁸⁾. ونظراً لخطورة وشدة عقوبة الإعدام، فقد أحاطها العهد الدولي لحقوق المدنية والسياسية عام 1966 بعدد من الضمانات (معايير دولية) المتعلقة بتنفيذها، منها ما يتعلق بطبيعة الجريمة المعاقب عليها بالإعدام (الجرائم الأشد خطورة)، ومنها ما يتعلق بطبيعة حكم الإدانة (أن يكون الحكم نهائياً غير قابل للطعن فيه بأي وجه وصادراً عن محكمة مختصة⁽⁴⁹⁾)، ومنها ما يتعلق بتنفيذ العقوبة (عدم تنفيذها على من هم دون الثامنة عشر عاماً أو النساء (الحوامل)).⁽⁵⁰⁾

وبالرغم من أهمية حق الحياة في منظومة حقوق الإنسان، وعلى الرغم من إحاطته بالحماية الدولية الواجبة بقواعد صارمة، إلا أنه كثيراً ما يكون محلاً للانتهاك من قبل المتمتعين بالحصانة الدبلوماسية الجنائية في الدولة المضيفة. وبسبب تلك الحصانة، يتعذر محاكمة الجاني أمام قضاء الدولة التي وقعت على اقليمها الجريمة (الدولة المضيفة)، بل ويتعذر أيضاً إقرار حق الضحية وأقاربه في

⁴⁸ من المعاهدات التي نصت على هذا الاستثناء: المادة (6) من العهد الدولي لحقوق المدنية والسياسية عام 1966، والمادة (2) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لعام 1951، والمادة (4) من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان لعام 1969.

⁴⁹ الفقرتين الثانية والرابعة من المادة (6) من العهد الدولي لحقوق المدنية والسياسية "2..... ولا يجوز تطبيق تنفيذ عقوبة الإعدام إلا بعد صدور حكم نهائي صادر من محكمة مختصة..".

⁵⁰ الفقرة الخامسة من المادة (6) من العهد الدولي لحقوق المدنية والسياسية "لا يجوز الحكم بعقوبة الإعدام على الجرائم التي ارتكبها أشخاص دون الثامنة عشرة من العمر، ولا تنفيذ هذه العقوبة بالحوامل".

الحصول على تعويض عادل أمام قضاء تلك الدولة. ومن الأمثلة على ذلك قيام دبلوماسي إسرائيلي معتمد لدى النرويج بقتل مواطن مغربي في أغسطس من العام 1973. وبسبب عدم إمكانية محاكمته أمام المحاكم النرويجية بحجة الحصانة الجنائية، قامت حكومة النرويج بطرده. وفي عام 1985 تعرض مواطن أمريكي لمحاولة قتل من قبل السفير المكسيكي الذي أطلق عليه النار بسبب مشاجرة، إلا أنه وبعد القبض على السفير تم الإفراج عنه بعد التأكد من هويته. هذه الأمثلة وغيرها⁽⁵¹⁾ تبرز بوضوح الأثر السلبي للحصانة الجنائية على حق الحياة كحق مطلق وأساسي من النواة الصلبة لحقوق الإنسان الواردة في المادة (42) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية⁽⁵²⁾.

الفرع الثاني: الحق في السلامة البدنية والمعنوية

نصت المادة السابعة من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية عام 1966 انه "لا يجوز إخضاع أحد للتعذيب ولا للمعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو الحاطة بالكرامة، وعلى وجه الخصوص، لا يجوز إجراء أية تجربة طبية أو علمية

⁵¹ انظر هذه الأمثلة والمزيد منها لدى محمد عبد الرحمن محمد عبد الرحمن خليفة، التعارض بين الحصانات والامتيازات الدبلوماسية وحقوق الإنسان، (جامعة القاهرة، القاهرة 2016) ص 95-

97.

⁵² انظر في هذا المعنى :

Dror BenAsher, Human Rights Meet Diplomatic Immunities: Problems and Possible Solution (Harvard Law School, Nov. 2001) P17

على أحد دون رضاه الحر"⁽⁵³⁾. ونظرا لأهمية الموضوع فقد تم تبني معاهدة خاصة لمناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة عام 1984⁽⁵⁴⁾. ففي هذه الاتفاقية تم تعريف التعذيب في المادة الأولى منها بأنه: " أي عمل ينتج عنه ألم أو عذاب شديد، جسدياً كان أم نفسياً، يُلحق عمداً بشخص ما بقصد الحصول من هذا الشخص أو من شخص ثالث، على معلومات أو على اعتراف، أو معاقبته على عمل ارتكبه أو يشتبه في إنه ارتكبه، هو أو شخص ثالث، أو تخويله أو إرغامه هو أو أي شخص ثالث، أو عندما يلحق هذا الألم أو العذاب لأي سبب من الأسباب يقوم على التمييز أيأ كان نوعه أو يحرض عليه أو يوافق عليه أو يسكت عنه موظف رسمي أو أي شخص آخر يتصرف بصفته الرسمية، ولا يتضمن ذلك الألم أو العذاب الناشئ فقط عن عقوبات قانونية أو الملازم لهذه العقوبات أو الذي يكون نتيجة عرضية لها ".

إن معيار شدة الألم هو الحاسم عند التفرقة بين التعذيب من جهة، وغيره من ضروب سوء المعاملة الأخرى من جهة أخرى. فالتعذيب هو سلوك وحشي وغير انساني متعمد يسبب الآما جسدية شديدة للضحية، وليس مجرد معاملة لاإنسانية. أما المعاملة اللاإنسانية أو القاسية أو المهينة فإنها تتطوي على سلوك فيه إذلال وإهانة للضحية.

⁵³ ويقابل هذا النص المادة (5) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والمادة (7) من الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية وسياسية والمادة (3) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، والمادة (5) من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب.

⁵⁴ راجع النص الرسمي لهذه الاتفاقية على الموقع الإلكتروني www.ohchr.org

الحصانة الدبلوماسية الجنائية تستخدم في كثير من الأحيان حجة ودفاع لحماية وعدم ملاحقة مرتكبي التعذيب من المتمتعين بتلك الحصانة، بل وفي تعطيل القانون الجنائي للدولة المضيفة بان يأخذ مجراه ضدهم. ومن الأمثلة على ذلك قيام سفارة نيجيريا ببريطانيا باختطاف وزير النقل النيجيري بتاريخ 5 يوليو 1984 من أمام منزلة الكائن بلندن، وقد تم تعذيبه ومعاملته معاملة لا إنسانية ومهينه وتخديره تمهيدا لتفريجه عن طريقة الحقيبة الدبلوماسية إلى بلاده. وبعد الكشف عن الصندوق بسبب انبعاث رائحة دواء قوية منه، وبعد التأكد من أنه لا يحمل ختم دبلوماسي قامت الشرطة بفتحه وتم العثور على المختطف بداخله وهو مغمى عليه. وأمام عدم إمكانية محاكمة المتهمين الدبلوماسيين بسبب الحصانة قررت الحكومة البريطانية اعتبار إثنين من المتهمين غير مرغوب فيهما وتم طردهما من البلاد⁽⁵⁵⁾. ومن الأمثلة أيضا قيام أحد أبناء الدبلوماسيين لجمهورية غانا في الولايات المتحدة عام 1981 بالتسلل إلى شقة فتاة واغتصابها تحت تهديد السلاح. وبعد القبض على المتهم من قبل الشرطة تبين بأنه متمتع بالحصانة، ولذا تم إطلاق سراحه بعد أقل من ساعة من القبض عليه، وتم الاكتفاء بترحيله⁽⁵⁶⁾. هذه الأمثلة وغيرها توضح مدى صدق القول بان الحصانة الدبلوماسية الجنائية تمثل تحديا كبيرا لحق الانسان في السلامة البدنية والمعنوية وهو أحد الحقوق الأساسية لفئة النواة الصلبة من حقوق الانسان⁽⁵⁷⁾

⁵⁵() Sangeetha Mugunthan, Diplomatic Immunity In The Context of International Human Rights (available at:

<http://www.legalserviceindia.com/articles/dhuman.htm>) P 9.

⁵⁶ أشرف محمد غرايبة، الحصانة الدبلوماسية وضرورات حماية الأمن القومي، (دار الثقافة العربية، عمان، الأردن، 2014)، ص238.

⁵⁷ للمزيد من الأمثلة راجع محمد عبد الرحمن خليفة، مرجع سبق ذكره، ص 97.

الفرع الثالث: الحق في التحرر من الرق والعبودية

تم تعريف الرق في المادة (1/1) من اتفاقية جنيف لعام 1926 الخاصة بالرق بأنه: "حالة أو وضع أي شخص تمارس عليه السلطات الناجمة عن حق الملكية كلها أو بعضها". وجاء في المادة (2/1) من ذات الاتفاقية تعريفاً لتجارة الرق بأنها: "الأفعال التي ينطوي عليها أسر شخص ما، أو احتجازه أو التخلي عنه للغير بقصد تحويله إلى رقيق، وجميع الأفعال التي ينطوي عليها احتياز رقيق ما بغية بيعه أو مبادلتها، وجميع أفعال التخلي، بيعاً أو مبادلة، عن رقيق ثم احتيازه على قصد بيعه أو مبادلتها، وكذلك، عموماً أي اتجار بالأرقاء أو نقل لهم"⁽⁵⁸⁾. وبسبب ظهور ممارسات عديد شبيهة بالرق، فقد تم التوصل إلى اتفاقية تكميلية لاتفاقية عام 1926 في عام 1956 وهي الاتفاقية التكميلية لإبطال الرق وتجارة الرقيق وكذلك الأعراف والممارسات الشبيهة بالرق⁽⁵⁹⁾. ومن الصور التي قد تتخذها الممارسات الشبيهة وفقاً للمادة (1) من الاتفاقية: (أ) أسر المدين أو إرتهانه بتقديم خدماته لتصفية الدين، (ب) القنانة: وهي الزام شخص بالعرف أو القانون أو عن طريق الاتفاق، بأن يعيش ويعمل على أرض شخص آخر وأن يقدم خدمات معينة له بعبء أو بدونه دون أن يملك حرية تغيير وضعه، (ج) أي من الأعراف أو الممارسات التي تتيح الأفعال التالية: 1- الوعد بتزويج امرأة، أو تزويجها فعلاً، دون أن تملك حق الرفض، ولقاء بدل مالي أو عيني لأبويها أو للوصي عليها أو لأسرتها أو لأي شخص آخر أو أية

⁵⁸ راجع النص الرسمي للاتفاقية الخاصة بالرق بتاريخ 25 سبتمبر عام 1926 لدى وثائق الأمم المتحدة على الموقع الإلكتروني www.un.org (تاريخ الزيارة 20-11-2019). ولمزيد من الأمثلة راجع محمد عبد الرحمن خليفة، مرجع سبق ذكره، ص 101.

⁵⁹ راجع النص الرسمي لهذه الاتفاقية على الموقع الإلكتروني www.hrlibrary.umn.edu (تاريخ الزيارة 20-11-2019)

مجموعه أشخاص أخرى. 2- منح الزوج أو أسرته أو قبيلته حق التنازل عن زوجته لشخص آخر لقاء ثمن أو عوض آخر. 3- إمكان جعل المرأة، لدى وفاة زوجها، إرثاً ينتقل إلى شخص آخر. (د) أي من الأعراف أو الممارسات التي تسمح لأحد الأبوين أو كليهما أو الوصي بتسليم طفل مراهق دون الثامنة عشر إلى شخص آخر لقاء عوض أو بلا عوض، على قصد استغلال الطفل أو المراهق أو استغلال عمله". ومن الممارسات الشبيهة بالرق استغلال الغير للدعارة التي تم حظرها وتجريمها بموجب اتفاقية حظر الاتجار بالأشخاص واستغلال دعارة الغير عام. (60)

وفي العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية عام 1966 ورد النص على عدم جواز التحلل من الالتزامات الناشئة عن الحقوق الواردة في الفقرتين الأولى والثانية من المادة (8) القاضيتان بعدم جواز إخضاع الإنسان للرق والعبودية، وذلك لتعلق هاتين المسألتين بحق الحرية الذي لا يجوز تقييده في كل الظروف والأوقات. ومع ذلك فكثيراً ما يقوم المتمتعين بالحصانة الدبلوماسية بممارسة الرق والعبودية (61)، حيث يتم اجبار الخدم الخصوصيون على العمل لساعات طويلة مقابل أجر

⁶⁰ انظر في مفهوم استغلال الغير للدعارة والممارسات الشبيهة بالرق في القانون الدولي بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص وخاصة النساء والأطفال، المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية بتاريخ 15 نوفمبر 2000 على الموقع الإلكتروني www.ohchr.org.

⁶¹() Martina E. Vandenberg & Alexandra F. Levy, Human Trafficking and Diplomatic Immunity: Impunity no More (Intercultural Human Rights Law Review, Chicago Law School, 2012) PP 81-82.

ضئيل أو معدوم. كما يتم الاعتداء عليهم بالضرب والاغتصاب الجنسي واحتجاز جوازات سفرهم كضمان لعدم الهروب. (62)

المطلب الثالث

التدابير الممكنة لمواجهة انتهاك حقوق الانسان

يمكن للدولة المضيفة ان تلجأ إلى بعض التدابير الممنوحة لها بموجب القانون الدولي الدبلوماسي لمواجهة حالة انتهاك الحقوق الإنسانية موضوع هذه الدراسة، وهي تدابير تهدف في المقام الأول إلى إبعاد الممثل الدبلوماسي المسيء عن إقليم الدولة المضيفة دون مقاضاته (الفرع الأول)، ومع ذلك يمكن للضحية او من ينوب عنه ان يرفع دعوى قضائية ضد الفاعل تقود إلى مقاضاته عن جريمته في حالة توافر شروط معينة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تدابير القانون الدولي الدبلوماسي

جاء في المادة التاسعة من اتفاقية فيينا لعام 1961 بأنه: "1- يجوز للدولة المعتمد لديها في جميع الأوقات ودون بيان أسباب قرارها، أن تعلم الدولة ال معتمدة إن رئيس البعثة أو أي موظف دبلوماسي فيها شخص غير مرغوب فيه، أو أن أي موظف آخر فيها غير مقبول، وفي هذه الحالة، تقوم الدولة المعتمدة حسب الاقتضاء، إما باستدعاء الشخص المعني أو بإنهاء خدماته في البعثة. ويجوز إعلان شخص ما غير مرغوب فيه أو غير مقبول، قبل وصوله إلى إقليم الدولة المعتمد لديها. 2- إذا رفضت الدولة الموفدة تنفيذ الالتزامات التي تقع على عاتقها بموجب الفقرة الأولى من

⁶² Dror Ben- Asher, *Op Cit.* P18. See also Glandon Salter, Does Diplomatic Immunity Breach a Victim's Human Rights (The Guardian, Mon 30 August 2010) at www.theguardian.com.) visiting date 15-11-2019).

هذه المادة أو لم تنفذها خلال مهلة معقولة فيحق للدولة الموفد إليها أن ترفض الاعتراف بالشخص المعني بوصفه عضو في تلك البعثة".

إن استخدام مصطلحي شخص غير مرغوب فيه وشخص غير مقبول في المادة التاسعة المذكورة هو من باب التمييز بين الموظفين ذوي الصفة الدبلوماسية والموظفين الآخرين العاملين في خدمة البعثة. أما الخدم الخصوصيون فلا ينطبق عليهم أي من الإجراءات لأنهم تحت رقابة الدولة المضيضة التي تستطيع ابعادهم في وقت لأسباب تقدرها. كما أن استخدام مصطلح استدعاء الشخص المعني ومصطلح إنهاء خدمته في البعثة الواردين في الفقرة الأولى من المادة (9) هو من باب التمييز بين الممثل الدبلوماسي المرسل من دولته والذي يستدعى من قبلها، وبين الموظف الذي يكون من مواطني الدولة المضيضة أو المقيمين فيها إقامة دائمة، حيث تقوم هذه الأخيرة بإنهاء خدمته في البعثة.

بموجب نص المادة التاسعة المذكورة أعلاه، يمكن للدولة المضيضة أن تعتبر الممثل الدبلوماسي الذي ارتكب فعلا يعد انتهاكا لحقوق الانسان في إقليمها شخصا غير مرغوب فيه أو غير مقبول Person non-grata . ويتم هذا الاجراء في العادة عن طريق وزارة الخارجية بالدولة المضيضة التي تقوم بدورها بإبلاغ الدولة المرسله بإنهاء مهمة الممثل الدبلوماسي الذي تراه لم يعد مرغوبا فيه، أو غير مقبول لديها وذلك خلال مدة معينة تقدرها ودون إبداء الأسباب التي دفعتها لاتخاذ الإجراء. وفي حالة اعتبار الدولة المضيضة الممثل الدبلوماسي بانه شخص غير مرغوب فيه أو غير مقبول لانتهاكه حقوق الإنسان مثلا أو لأي سبب آخر تراه، يجب على الدولة المرسله أن تقوم باستدعائه دون رفض أو تأخير خلال المدة المحددة من الدولة المضيضة، وإلا

كان من حق هذه الأخيرة رفض الاعتراف به من أحد افراد البعثة. وفي هذه الحالة تنتهي مهمته الدبلوماسية وتسقط عنه الحصانة الجنائية وبذلك يمكن للدولة المضيفة أن تقوم بطرده أو مقاضاته عن انتهاكاته لحقوق الانسان.

وإن كانت الممارسة الدولية المتعلقة بطرد الممثلين الدبلوماسيين تكشف على أن أغلب السوابق لها علاقة بالأمن القومي للدول، ومع ذلك فإن هناك الكثير من السوابق بشأن طرد المتمتعين بالحصانة الدبلوماسية بسبب ارتكابهم أفعالاً تشكل انتهاكاً لحقوق الانسان (63)

بالرغم من أهمية التدبير الدبلوماسي المذكور الذي قد تتخذه الدولة المضيفة مع ما يترتب على ذلك من نتائج، إلا انه يضل إجراء سياسي-دبلوماسي لا يؤدي إلى مقاضاة الممثل الدبلوماسي عن انتهاكه لحقوق الإنسان وحصول الضحية على حقوقه. ومن تم وجب البحث عن وسائل أخرى غير دبلوماسية قد تكون أكثر جدوى وفاعلية تضمن احترام حقوق الانسان من قبل المتمتعين بالحصانة الدبلوماسية الجنائية في الدولة المضيفة.

الفرع الثاني: التدابير القضائية

تحول الحصانة الدبلوماسية الجنائية دون اتخاذ أي إجراء ضد المبعوث الدبلوماسي يقود إلى مقاضاته- ما لم تتنازل دولته عن الحصانة- أمام القضاء الجنائي للدولة المضيفة مهما كانت الجريمة المرتكبة في إقليم تلك الدولة. التساؤل هذه المرة ليس عن الأسس والمبررات، وإنما عن طبيعة الحصانة الدبلوماسية الجنائية. وقد انقسم الفقه حيال هذه المسألة إلى اتجاهات مختلفة. الاتجاه الأول يرى

⁶³ للامثلة على تلك السوابق انظر محمد عبد الرحمن خليفة، مرجع سبق ذكره، ص 125-125.

بان الحصانة الدبلوماسية الجنائية هي استثناء على مبدأي إقليمية وشخصية القانون، بحيث لا ينطبق قانون الدولة المضيفة على الأشخاص والأماكن التي يقيم أو يعمل فيها ممثلي الدول الأجنبية. وقد تم انتقاد هذا الرأي لأنه يقود إلى اعتبار المتمتعين بالحصانة غير مخاطبين بأحكام القواعد الجنائية⁽⁶⁴⁾، ومن تم لا يمكن وصف الفعل المرتكب بأنه جريمة وذلك يقود الى نتائج غير مقبولة، فمن ناحية، يمكن القول عندئذ بأن الجرم المرتكب لا يصلح بأن يكون محلا للمساهمة الجنائية إذا ساهم فيه شخص آخر لا يتمتع بالحصانة الذي لا يمكن معاقبته باعتبار أن الفعل مشروعاً. ومن ناحية أخرى، فإن الأخذ بهذا الرأي يسلب المعتدى عليه حقه في الدفاع الشرعي. الاتجاه الثاني فيرى بان الحصانة الدبلوماسية الجنائية هي من موانع العقاب، بحيث إن الفعل المرتكب يظل غير مشروع وتكتمل به الجريمة، ولكن الحصانة تشكل مانعاً من موانع العقاب الخاصة، وبالتالي الحيلولة دون ترتيب أي آثار قانونية⁽⁶⁵⁾. وقد تم انتقاد هذا الرأي باعتباره يجعل الخطاب بالقاعدة الجنائية للمستفيد من الحصانة الدبلوماسية مقتصرًا على شقها التكليفي فقط، دون شقها التكليفي والجزائي معاً.⁽⁶⁶⁾الاتجاه الثالث الأخير يرى إن الحصانة الدبلوماسية الجنائية لها أثر إجرائي فقط يتمثل في عدم خضوع المتمتع بها لقضاء الدولة المضيفة. فمجالها هو قانون الإجراءات الجنائية، بحيث تحول دون اتخاذ إجراءات قضائية ضد شخص معين (المتمتع بالحصانة)

⁶⁴ مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات القسم العام، (دار النهضة العربية، القاهرة، ط3، 2011) ص 87.

⁶⁵ المرجع السابق، ص 87.

⁶⁶ عبد الفتاح مصطفى الصيفي، قانون العقوبات النظرية العامة، (دار الهدى، الإسكندرية، بدون تاريخ نشر) ص 128.

بصدد فعل يعتبر جريمة مكتملة الاركان⁽⁶⁷⁾ . وهذا هو الرأي الراجح في الفقه المعاصر، بحيث أن الممثل الدبلوماسي عليه الالتزام باحترام قوانين الدولة المضيفة وفقا لنص المادة (4/31) من اتفاقية فيينا عام 1969، وفي حالة المخالفة، لا يمكن اتخاذ أي إجراءات قضائية ضده بسبب الحصانة الجنائية كمانع إجرائي يحول دون ذلك، إلا في حالة تنازل الدولة المرسله عن الحصانة، ففي هذه الحالة فقط يمكن تحريك الدعوى الجنائية ضد الممثل الدبلوماسي مرتكب الجريمة أمام قضاء الدولة المضيفة. وحتى في حالة عدم التنازل وعدم إمكانية مقاضاة الفاعل أمام قضاء الدولة المضيفة عن جرائمه ضد حقوق الانسان. أما إذا تم ذلك فإنه يمكن محاكمته أمام قضاء الدولة المضيفة. وعلى أساس الفرضيتين (في حالة التنازل وعدم التنازل عن الحصانة) يمكن مناقشة الحلول القضائية الممكنة على النحو التالي: -

أولاً- فرضية عدم التنازل عن الحصانة

وفقا لهذه الفرضية فإن التساؤل المطروح هو مدى إمكانية مقاضاة المبعوث الدبلوماسي أمام قضاء دولته؟ وقد جاء في هذا السياق نص المادة (4/31) من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961 الذي أوضح بأن " تمتع الممثل الدبلوماسي بالحصانة القضائية في الدولة المستقبلة لا يعفيه من قضاء الدولة المرسله". وفي حال ارتكاب الممثل الدبلوماسي لجريمة من الجرائم ضد حقوق الانسان على إقليم الدولة المضيفة، يقوم رئيس البعثة الدبلوماسية بجمع أدلة الاتهام وارسالها إلى دولته من أجل مقاضاة المعني عن أفعاله تطبيقا لمبدأ شخصية القانون، حيث ان

⁶⁷ محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات اللبناني القسم العام، (دار النقري، بيروت، ط 2، 1975)، ص147؛ وكذلك محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات القسم العام، (مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، ط10، 1983)، ص 115، 116.

القوانين الجنائية لكثير من الدول تسري على الجرائم التي يرتكبها مواطنوها في الخارج،⁽⁶⁸⁾ بما فيهم الممثلين الدبلوماسيين كما جاء مثلا في المادة (3\10) من قانون العقوبات الأردني التي نصت صراحة على سريان أحكام قانون العقوبات الأردني علي الجرائم "التي يرتكبها خارج المملكة موظفو السلك الخارجي والقناصل الأردنيون ما تمتعوا بالحصانة التي يخولهم إياها القانون الدولي العام"⁽⁶⁹⁾ . ومن السوابق الدولية على محاكمة الممثل الدبلوماسي أمام قضاء دولته عن جريمة انتهاك حق الحياة قيام السلطات الفرنسية بإلقاء القبض على أحد ممثليها الدبلوماسيين وتقديمه للمحاكمة بعد ترحيله من أنغولا بسبب قتله سائق السفارة الفرنسية بها بتاريخ 1983/11/29⁽⁷⁰⁾ على الرغم من أهمية هذه الوسيلة، إلا إنها لا تخلو من مشاكل تجعلها قليلة الفاعلية بالنسبة لحقوق ضحايا انتهاكات حقوق الانسان موضوع الدراسة. فمن الناحية القانونية قد تسقط الدعوى بمضي المدة وتنقضي بذلك الخصومة الجنائية في حال عدم عودة الممثل الدبلوماسي إلى دولته خلال مدة معينة، أو عدم عودته نهائيا، خاصة وإن بعض القوانين في بعض الدول تشترط عودة مرتكب الجريمة إلى بلاده لمحاكمته عن جرائم ارتكبها في الخارج. ومن الناحية السياسية فانه وفي كثير

⁶⁸ محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات اللبناني: القسم العام، (دار النقري، بيروت، ط 2، 1975) والمثال على ذلك المادة (3) من قانون العقوبات المصري التي نصت على ان " كل مصري يرتكب وهو خارج القطر فعلا يعتبر جنائيا أو جنحة في هذا القانون يعاقب بمقتضى أحكامه إذا عاد إلى القطر وكان الفعل معاقبا عليه بمقتضى قانون البلد الذي ارتكبه فيه" راجع قانون العقوبات المصري رقم 58 لعام 1937 وآخر تعديلاته على الموقع الالكتروني www.manshurat.org.

⁶⁹ قانون العقوبات الأردني، وزارة العدل على الموقع الالكتروني www.moj.gov.jo .

⁷⁰ أشرف محمد غرابية، مرجع سبق ذكره، ص 148.

من الأحيان لا تكون الدولة المرسله راغبة في محاكمة ممثلها الدبلوماسي عن انتهاكاته لحقوق الانسان في الدولة المضيفة لأسباب ومبررات سياسية بعيدة عن منطق العدالة واحترام حقوق الانسان. وأمام هذه الصعوبات هل يمكن للدولة المضيفة مقاضاة الممثل الدبلوماسي عن جرائمه المرتكبة ضد حقوق الانسان أمام قضاائها الوطني، باعتبار أن القضاء الوطني لأي دولة يعتبر من أهم آليات حماية حقوق الإنسان، لأن من المعايير الأساسية لاحترام حقوق الانسان هو "حق كل انسان تم انتهاك حقوقه له الحق في اللجوء إلى المحاكم الوطنية لإنصافه". (71)

ثانياً- فرضية التنازل عن الحصانة

وفقا لهذه الفرضية فإن تنازل الدولة المرسله عن حصانة مبعوثها الدبلوماسي لدى الدولة المضيفة بسبب ارتكابه جريمة ضد حقوق الانسان يجعل محاكمته أمام قضاء هذه الدولة أمرا ممكنا.

لا شك بأن حق التقاضي هو من الحقوق الأساسية للإنسان، وهناك التزامات تعاھديه ذات أصل عرفي تكفل ذلك الحق في حال تعرض الانسان الى انتهاك لحقوقه يستوجب محاكمة الفاعل ولو تصرف بصفة رسمية. فالمادة (14) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية عام 1966 نصت صراحة على "الحق في الوصول

71 المادة (8) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان عام 1948 والمادة (14) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لعام 1966.

إلى القضاء الوطني للفصل في أية تهمة جزائية لجميع الأشخاص الموجودين في إقليم الدولة الطرف أو الخاضعين لولايتها القضائية بصرف النظر عن الجنسية".⁽⁷²⁾ ولإمكانية محاكمة الممثل الدبلوماسي أمام قضاء الدولة المضيفة، لا بد من تنازل دولته المرسله عن حصانته تنازلاً صحيحاً منتجا لأثاره القانونية، لأنه حق حصرياً لها، وإن كان ذلك أمراً جوازياً وليس وجوبياً وفقاً للمادة (32) من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961 التي جاء فيها بأنه "يجوز للدولة المرسله أن تتنازل عن الحصانة القضائية التي يتمتع بها الممثل الدبلوماسي والأشخاص المتمتعون بها بموجب المادة (37)". ويشمل تعبير (الأشخاص) الوارد في المادة المذكورة أفراد أسرته الذين يقطنون معه في مسكن واحد، وموظفو البعثة الإدارية والفنيون. ويشترط في التنازل أن يكون صريحاً وفقاً للمادة (2/32) من اتفاقية فيينا التي نصت على أن "يكون التنازل صريحاً في جميع الأحوال"⁽⁷³⁾، وهذا يمثل قبولاً صريحاً للدولة المرسله بخضوع ممثليها الدبلوماسي أو غيره من المتمتعين بالحصانة الجنائية للقضاء الإقليمي للدولة المضيفة فيما يتعلق بالدعوى المرفوعة.

⁷² (68) CCPR HR Committee No.32 of 27 July 2007, Article 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial at www.ccprcentre.org.

⁷³ المادة (32) من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961.

الخاتمة

هذه الدراسة بعنوان "الحصانة الدبلوماسية الجنائية في ميزان النواة الصلبة لحقوق الانسان" تمخض عنها عدد من النتائج والتوصيات.

أولاً: النتائج

1. من حيث النطاق الشخصي للحصانة الدبلوماسية الجنائية فإنها تشمل أعضاء السلك الدبلوماسي وأفراد أسرهم، وكذلك الإداريين والفنيين الموفدين للعمل بالبعثة الدبلوماسية. ومن حيث النطاق الموضوعي فإنها وخلافاً للحصانات القضائية الأخرى الواردة في اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية عام 1961، تعد الحصانة الجنائية حصانة مطلقة، بحيث تشمل كل الأفعال الناشئة عن عمل المتمتعين بها بصفة رسمية أو غير رسمية. ولأن المتمتع بالحصانة الجنائية بموجب القانون الدولي الدبلوماسي يعلم مسبقاً أنه بمنأى عن أية مساءلة امام قضاء الدولة المضيفة، فقد يدفعه ذلك أحيانا إلى عدم احترام حقوق الانسان وانتهاكها.

2. إن انتهاك حقوق الانسان ذات النواة الصلبة من قبل المتمتعين بالحصانة الدبلوماسية الجنائية أصبحت اليوم من المسائل التي يستوجب التوقف عندها. فالمبعوث الدبلوماسي الذي يرتكب جرائم ضد حقوق الانسان في إقليم الدولة المضيفة هو شخص أجنبي مقيم بصفة مؤقتة لأجل القيام بمهامه الدبلوماسية، وقد تم منحه الحصانة الجنائية ضمانا لاستقلالية العمل الذي يقوم به. ولا شك بأن اعتداءه على حقوق الانسان بالقتل أو التعذيب أو الاستعباد أمر مخالف للقانون الدولي وقانون الدولة المضيفة. إلا أن استحالة مقاضاته - ما لم تتنازل دولته عن الحصانة- يعتبر من أكبر التحديات القانونية والسياسية.

3. إذا كان القانون الدولي لحقوق الإنسان قد أعطى للحقوق الواردة بهذه الدراسة قيمة عليا وطبيعة خاصة بأن حضر تقييدها في كل الظروف والاقوات بما في ذلك الظروف الاستثنائية والطارئة التي قد تمر بها دولة معينة، فمن الصعب القبول بأن عدم حماية تلك الحقوق هو استثناءً بسبب الحصانة الدبلوماسية، خاصة وأن قواعدها القانونية ذات طبيعة آمرة.

4. الحلول الدبلوماسية المتوفرة في القانون الدولي الدبلوماسي لمواجهة انتهاك حقوق الإنسان (إعلان المبعوث الدبلوماسي شخص غير مرغوب فيه، أو غير مقبول) من الممكن أن تكون ناجعة إذا تعلق الأمر بمسائل سياسية، إلا أن ذلك لا يكفي إذا تعلق الموضوع بانتهاك خطير لحقوق الإنسان المواطن أو المقيم في إقليم الدولة المضيفة.

5. الحلول القضائية الممكنة تكتنفها صعوبات عملية ومادية في كثير من الأحيان. ففي فرضية مقاضاة المبعوث الدبلوماسي عن جرائمه ضد حقوق الإنسان أمام قضاء الدولة المضيفة، فإن ذلك لن يحدث إلا إذا تم التنازل عن حصانته الدبلوماسية من قبل دولته المرسله. وباعتبار التنازل أمر خاضع للسلطة التقديرية للدولة المرسله، ولأن المسألة تتعلق بمحاكمة جنائية عن جرائم خطيرة قام بها مبعوثها الدبلوماسي، فإن حصول التنازل أمرا صعبا ونادر الحدوث كما دلت على ذلك الممارسة الدولية. أما فرضية المقاضاة في إقليم الدولة المرسله، فإن ذلك وإن كان ممكنا، إلا انه أيضا لا يخلو بعض المشاكل العملية القانونية والسياسية. من الناحية العملية القانونية فقد لا يعود مرتكب الجريمة إلى بلده وتسقط الدعوى بالتقادم، وقد تكون هناك صعوبات مادية تحول دون إقامة الدعوى وتحمل مصاريفها في إقليم

الدولة المرسله من قبل الضحية أو من يمثله. أما سياسيا فقد لا تكون الدولة المرسله راغبة في محاكمة مبعوثها الدبلوماسي لأسباب عديدة. والنتيجة في كل الأحوال هي ضياع الحقوق وغياب العدالة.

ثانياً: التوصيات

أهم توصيات هذا البحث هي:

1. ضرورة إعادة النظر في اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية عام 1961 بما يكفل عدم الاحتجاج بالحصانة الجنائية فيما يتعلق بانتهاكات حقوق الانسان من قبل المتمتعين بها في الدولة المضيفة، وعلى وجه الخصوص الحقوق التي تنتمي الى فئة النواة الصلبة لحقوق الانسان موضوع الدراسة. وبالرغم من الصعوبة التي قد تواجه هذا الإجراء، إلا أن الموازنة بين الحصانة وحماية الحقوق المشار إليها قد يبرر ضرورته، وضرورة ملائمة القانون الدبلوماسي للقانون الدولي لحقوق الانسان ومجاراة تطوراتها، خاصة وإنه نشأ وتطور بعد اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية عام 1961.

2. تطوير القوانين الجنائية للدول وبشكل خاص القواعد المتعلقة بسلوك المبعوثين الدبلوماسيين بما يكفل موائمتها واستيعابها للقانون الدولي لحقوق الانسان وقواعده الأمرة، بشكل يضمن معاقبة المبعوثين الدبلوماسيين عن جرائمهم ضد النواة الصلبة لحقوق الانسان في إقليم الدولة المضيفة.

3. العمل على الرفع من المستوى الثقافي للعاملين في مجال الدبلوماسية بما يكفل تعزيز واحترام حقوق الانسان.

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية

- الكتب

1. أشرف محمد غريبه، الحصانة الدبلوماسية وضرورات حماية الأمن القومي، (دار الثقافة العربية، عمان، الأردن، 2014)
2. حامد سلطان وآخرون، القانون الدولي العام (دار النهضة العربية، القاهرة، ط4، 1987)
3. سموي فوق العادة، الدبلوماسية الحديثة، (دار النهضة العربية، القاهرة، 1973)
4. صلاح الدين عامر، مقدمة لدراسة القانون الدولي العام (دار النهضة العربية، القاهرة، 2003)
5. عائشة راتب، التنظيم الدبلوماسي والقنصلي (دار النهضة العربية، القاهرة، ب ت)
6. علي صادق أبو هيف، القانون الدبلوماسي والقنصلي (منشأة المعارف، الإسكندرية، 1979)
7. مأمون سلامة، قانون العقوبات القسم العام، (دار النهضة العربية، القاهرة، ط3، 2011)
8. محمد عبد الرحمن خليفة، التعارض بين الحصانات والامتيازات الدبلوماسية وحقوق الانسان (جامعة القاهرة، القاهرة، 2016).

9. محسن الشيشكلي، القانون الدولي (جامعة حلب، 1965) محمد طلعت الغنيمي، الوسيط في قانون السلام، منشأة المعارف، الإسكندرية، (1982)
10. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات اللبناني القسم العام، (دار النقري، بيروت، ط 2، 1975)
11. محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات القسم العام، (مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، ط10، 1983)
12. عبد الفتاح مصطفى الصيفي، قانون العقوبات النظرية العامة، (دار الهدى، الإسكندرية، بدون تاريخ نشر)

- الوثائق

1. اتفاقية فيينا عام 1815.
2. بروتوكول لاش بيل عام 1818.
3. اتفاقية جنيف لعام 1926 الخاصة بالرق.
4. معاهدة هافانا للعلاقات الدبلوماسية عام 1928.
5. الإعلان العالمي لحقوق الانسان عام 1948.
6. الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان عام 1950.
7. تقرير لجنة القانون الدولي، الكتاب السنوي للجنة عام 1956.
8. تقرير لجنة القانون الدولي الأول عن القواعد الآمرة عام 2016.
9. اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية عام 1961.
10. اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية عام 1963.
11. العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية عام 1966.

12. معاهدة فيينا لقانون المعاهدات عام 1969.
13. اتفاقية فيينا للبعثات الدبلوماسية الخاصة عام 1969.
14. الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان عام 1969.
15. الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب عام 1981.
16. اتفاقية فيينا الخاصة بالبعثات الدبلوماسية المعتمدة لدى المنظمات الدولية لعام 1975.
17. بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص وخاصة النساء والأطفال، المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية بتاريخ 15 نوفمبر 2000.
18. التعليق العام رقم 5 للجنة الأمم المتحدة المعنية بحقوق الإنسان عام 1998.
19. التعليق العام للجنة المعنية بحقوق الإنسان رقم 29 لعام (2001).
20. التعليق العام رقم 32 للجنة الأمم المتحدة المعنية بحقوق الإنسان عام 2007.
21. قانون العقوبات المصري رقم 58 لعام 1937 وتعديلاته.
22. مجموعة احكام محكمة النقض المصرية، الجزء الأول، 1978.
23. قانون العقوبات الليبي لعام 1954.
24. قانون العقوبات الأردني عام 1960.



ثانيًا: باللغة الأجنبية

- **Articles**

1. Andrea Bianchi, Human Rights and the Magic of Jus Cogens (the European Journal of International Law) Vol. 19, No.3, 2008)
2. Bené Várk, Personal Inviolability and Diplomatic Immunity in Respect of Serious Crimes (Juridica International, 2003)
3. Dror Ben- Asher, Human Rights Meet Diplomatic Immunities: Problems and Possible Solution (Harvard Law School, Nov. 2001)
4. Emilie. M. Hafner- Burton and Others, Emergency and Escape: Explaining Derogations from Human Rights Treaties (California University, Research Gate, August, 2011)
5. Glandon Salter, Does Diplomatic Immunity Breach a Victim's Human Rights (The Guardian, Mon 30 August 2010) at www.theguardian.com.) visiting date 15-11-2019)



6. J .F .Hartman “Working Paper for the Committee of Expert on the Article 4: Derogation provision “ Human Rights Quarterly, Vol . 7, 1985(
7. Malcolm N.Show, International Law (Cambridge University Press, 6th edition, 2008)
8. Martina E. Vandenberg & Alexandra F. Levy, Human Trafficking and Diplomatic Immunity: Impunity no More (Intercultural Human Rights Law Review, Chicago Law School, 2012)
9. Mitchel S. Ross, Rethinking Diplomatic Immunity: A Review of Remedial Approaches to address the Abuses of Diplomatic Privileges and Immunity (International Law and Policy, 173, 1989)
10. Motaz. A. Alnaouqi Derogtion, Emergency and the Rule of Law: Scope and Limitations (Central European University, Budapest, 2010)



11. Randall Lesaffer, Vienna and Codification of Diplomatic Law (Oxford Public International Law: Oxford Historical Treaties Review 2019)
12. Randall Lesaffer, The Congress of Aachen (Aix-La-Chapelle) of 1818 and the Completion of Vienna System (Oxford Public International Law: Oxford historical Treaties Review 2019)
13. Rosalyn Higgins, The Abuse of Diplomatic Privileges and Immunities: Recent United Kingdom Experience (AJIL, No. 79, Issue 641, July 1982)
14. Nick Hanrahan, A History of Diplomatic Immunity and the Development of International Organization Immunity (CAIO International, 2005)
15. Sangeetha Mugunthan, Diplomatic Immunity In The Context of International Human Rights (available at: <http://www.legalserviceindia.com/articles/dhuman.htm>)
16. Teraya Koji, Emerging Hierarchy in International Human Rights and Beyond: From the Perspective of Non-Derogable Rights (EJIL, Vol 12, No. 5, 917-941, 2001)



Documents:

1. 1963 Vienna Convention on Consular Relations (United Nations, Treaty Series, vo1. 596)
2. .1969 Convention on Special Missions (United Nations, Treaty Series, vol. 1400)
3. 1961 Vienna convention on Diplomatic Relations (UN Treaty Series, Vol 500)
4. The International Covenant on Civil and Political Rights adopted by the UNGA on 19–December 1966.
5. Convention on Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951.
6. UN, Convention on Prevention and Punishment of Crimes against Internationally Protected Persons, Including Diplomatic Agents on 14–December–1973, UNTS, Vol. 1035, (UN 2005).
7. ICJ, Reports and Judgements, Advisory Opinions and Orders, Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (US Vs. Iran) Judgement of 24 May 1980.



8. ICJ Reports and Judgements, Case concerning the Barcelona Traction Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) Judgement of 5 February 1970.
9. ICJ, Advisory Opinions and Orders, Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion of 28 May 1951
10. UN, CCPR, HRC General Comment No.29, Article 4, adopted on 31 August 2001.
11. UN, CCPR, HRC General Comment No.5, Article 4, adopted on 31 July 1998.
12. UN, CCPR HRC General Comment No.32, Article 14 adopted on 27 July 2007.
13. ICJ, Reports and Judgements, Advisory Opinions and Orders, Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (US Vs. Iran) Judgement of 24 May 1980
14. ICJ Reports and Judgements, Case concerning the Barcelona Traction Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) Judgement of 5 February 1970.



ثالثاً: المواقع الالكترونية

1. <https://digitalcommons.wcl.american.edu>
2. www.legal.un.org
4. www.ccprcentre.org
5. www.icj.org
6. www.undocs.org
7. www.ohchr.org
8. www.un.org
9. www.hrlibrary.umn.edu
10. www.ejil.org.
11. www.legalserviceindia.com/articles/dhuman.htm
12. www.hrlibrary.umn.eduwww.opil.ouplaw.com
13. www.Refworld.org
14. www.treaties.un.org
15. www.hri.org
16. www.moj.gov.jo
17. www.ccprcentre.org.

مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة في مواجهة وباء كوفيد - 19

د. إيناس عبد الله ابوحميرة*

مقدمة

كان من الواضح، خلال الأشهر الأولى الماضية، أن وباء كوفيد -19 يمثل أزمة ذات بُعد عالمي، فالأرقام تشهد على ذلك، و تصريحات الدول وقادتها التي تحمل الكثير من الحذر و الرعب هو دليل آخر¹، فمنذ اكتشاف الحالات الأولى للوباء، كان التجاوب في البداية انفراديا من قبل الدول: استرجاع المواطنين، إعلان حالة الطوارئ، إغلاق الحدود.. إلخ، وبعد ذلك أضحى تعاونا ثنائيا: إرسال الصين لمساعدات لايطاليا وفرنسا، تعاون فرنسي-إيطالي، وسرعان ما ارتفعت المواقف الرسمية للدول لصالح استجابة متعددة الأطراف².

* عضو هيئة التدريس بكلية القانون - جامعة طرابلس

¹ أدلى رئيس الوزراء البريطاني "بوريس جونسون" 2020/3/13، بتصريحات عن وباء كوفيد - 19 أثارت دعر العالم أجمع، وسط حالة الخوف العالمية المصاحبة لاستمرار انتشار الفيروس الذي صنفته منظمة الصحة العالمية وباء نظرا إلى سرعة تفشيه والعجز عن إيقافه، و دعا جونسون، في تصريحاته، الجميع إلى الاستعداد "لفقدان أحبائهم قبل الأوان". وأعلن أن بريطانيا سوف تتخذ إجراءات أكثر صرامة للتصدي لتفشي الفيروس، وقال: "سيرتفع عدد الحالات بشكل حاد، والواقع أن العدد الحقيقي للحالات أعلى - ربما أعلى بكثير- من عدد الحالات التي أكدناها حتى الآن عن طريق الفحوصات"، متاحة على:

<https://www.youm7.com/story/2020/3/13>

² أنظر بعض تصريحات رؤساء الدول بشأن وباء كوفيد-19، متاحة على:

<http://alboslanews.com>

و من جانبها "تواجه الأمم المتحدة واحدة من أكبر التحديات في تاريخها"³، كما قال الأمين العام للأمم المتحدة الذي لم يدخر جهداً، منذ بداية الأزمة الصحية المستمرة، لتتبيه المجتمع الدولي إلى الطابع العالمي للأزمة، كما دعا الأخير في 25 مارس إلى وقف فوري للأعمال العدائية في اليمن في مواجهة الوباء⁴، بعد أن أطلق نداء لوقف إطلاق النار العالمي: "يواجه العالم اليوم عدوًا مشتركًا: كوفيد-19 [...] المخاطر المدمرة للفيروس تظهر أن شن الحرب هو الجنون، وهذا هو سبب دعوتي اليوم إلى وقف فوري لإطلاق النار في جميع أنحاء العالم، لقد حان الوقت لوضع النزاع المسلح وراء ظهورنا وتركيز جهودنا على المعركة الحقيقية في حياتنا"⁵. لذلك فإن إعلان الحرب على عدو مشترك للبشرية جمعاء يعني أن هناك تهديد للسلم و الأمن الدوليين، وطبقاً لقواعد القانون الدولي، يختص مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة، والذي يضم خمسة عشر عضواً، بما في ذلك خمسة أعضاء

³ Le Point, « L'ONU, temple du multilatéralisme ébranlé par le coronavirus », 15 mars 2020,

https://www.lepoint.fr/monde/l-onu-temple-du-multilateralisme-ebanle-par-le-coronavirus-15-03-2020-2367193_24.php#.

⁴ الأمم المتحدة، " اليمن: في مواجهة كوفيد-19، الأمين العام للأمم المتحدة يدعو إلى وقف فوري للأعمال العدائية "، 25 مارس 2020، SG/SM/20020، متاح على:

<https://news.un.org/ar/story/2020/03/1052072>

⁵ الأمم المتحدة، " في مواجهة العدو المشترك، كوفيد-19، يدعو الأمين العام إلى وقف إطلاق نار عالمي: أوقفوا القتال على الفور"، 23 مارس 2020، SG/SM/20018، متاح على:

<https://news.un.org/ar/story/2020/03/1051882>

دائمين هم فرنسا والمملكة المتحدة والولايات المتحدة والصين وروسيا، كما يمثل الجهاز الرئيسي لحفظ السلم والأمن الدوليين⁶، وبما أن قراراته ملزمة⁷، فإن له صلاحيات واسعة في حالة تهديد السلم والأمن الدوليين، فقد نصت المادة 24 من ميثاق الأمم المتحدة على مسؤولية مجلس الأمن في حفظ السلم والأمن الدوليين، وبالتالي مواجهة وباء كوفيد -19 واعتباره أزمة عالمية تستدعي إعلان "حرب عالمية" لمجابهته يعد من صميم عمل مجلس الأمن التابع لمنظمة الأمم المتحدة. في الواقع بقي مجلس الأمن صامتاً بشأن وباء كوفيد -19 منذ بداية الأزمة، وحتى الأيام القليلة قبل الانتهاء من كتابة هذه المساهمة⁸، ففي الأول من يوليو 2020، اعتمد مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة، بموجب إجراء تصويت خاص بالظروف الاستثنائية الناجمة عن كوفيد -19 القرار رقم 2532 (2020)⁹، والذي

⁶ تنص المادة 1/24 من ميثاق منظمة الأمم المتحدة على "رغبة في أن يكون العمل الذي تقوم به "الأمم المتحدة" سريعاً فعالاً، يعهد أعضاء تلك الهيئة إلى مجلس الأمن بالتبعات الرئيسية في أمر حفظ السلم والأمن الدولي ويوافقون على أن هذا المجلس يعمل نائباً عنهم في قيامه بواجباته التي تفرضها عليه هذه التبعات".

⁷ بموجب المادة 25 من الميثاق، "يوافق أعضاء المنظمة على قبول قرارات مجلس الأمن وتنفيذها".

⁸ هذه المساهمة محدثة اعتباراً من 19 مايو 2020.

⁹ الإجراء الخاص ينص على أنه يجوز للدول الأعضاء في مجلس الأمن التعبير عن تصويتهم في رسالة يتم تقديمها إلكترونياً في غضون 24 ساعة بعد تقديم مشروع القرار من قبل الرئاسة، تم تحديده أولاً في رسالة الرئيس (الصيني) لمجلس الأمن، بتاريخ 27 مارس 2020، (S / 2020/253) كإجراء مؤقت يتم تطبيقه حتى نهاية أبريل 2020، وتم تمديده لاحقاً مع تعديلات لشهري مايو ويونيو 2020، راجع:

G.Nesi, Les principaux organes politiques des Nations Unies et la pandémie universelle: comment se rencontrer, négocier et délibérer dans des «circonstances nouvelles, extraordinaires et exceptionnelles»? QIL Questions of International Law ; 19 juin 2020, <http://www.qil-qdi.org/>

يهدف إلى التعامل مع تأثير الوباء على السلم والأمن¹⁰، و جاء هذا "القرار الذي طال انتظاره" نتيجة ثلاثة أشهر من المفاوضات المضنية داخل مجلس الأمن¹¹، و بعد أن اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة في وقت مبكر من انتشار الفيروس قرارين بشأن الآثار المترتبة على جائحة كوفيد -19¹².

لا شك في أنه إذا كان لمنظومة الأمم المتحدة الإرادة والقدرة على الاستجابة للأزمة الصحية (الفرع الأول)، فإن مجلس الأمن ألتزم الصمت طيلة الشهر الأولى لأسباب قد لا تتعلق بشكل مباشر بوباء كوفيد -19، لذلك كان من المهم دراسة موقف مجلس الأمن اتجاه هذه الأزمة، في إطار الوظائف والصلاحيات الممنوحة له بموجب ميثاق الأمم المتحدة، وذلك من أجل البحث في أسباب تأخر مجلس الأمن، و تقييم مضمون وأبعاد الموقف الذي تبناه في ظل توقيت القرار رقم 2532 (2020) والظروف الاستثنائية التي تم فيها التفاوض على النص (الفرع الثاني).

¹⁰ مجلس الأمن الدولي، القرار رقم 2532 (2020)، المؤرخ في 1 يوليو 2020، S/RES/2532، تم تبني القرار بالإجماع في إطار بند جدول الأعمال " حفظ السلم والأمن الدوليين " على أساس مسودة النص المقدم من فرنسا وتونس بشأن الاستجابة لوباء كوفيد-19،

S/2020/607

¹¹ التعبير الذي استخدمه ممثل إندونيسيا في مناقشة الاجتماع بالفيديو التي عقدها مجلس الأمن في 2 يوليو 2020، حول موضوع "حفظ السلم والأمن الدوليين: تداعيات كوفيد -19": انظر البيان الصحفي للأمم المتحدة، SC/14241، 2 يوليو 2020، متاح على:

www.un.org/press/en/2020/sc14241.doc.htm

¹² انظر الجمعية العامة، القرار رقم 270/74، المؤرخ 2 أبريل 2020، بشأن "التضامن العالمي لمكافحة مرض فيروس كورونا 2019 كوفيد-19"، A/RES/74/270، وقرار الجمعية العامة رقم 274/74 المؤرخ في 20 أبريل 2020 بشأن "التعاون الدولي لضمان الوصول العالمي إلى الأدوية واللقاحات والمعدات الطبية لمواجهة كوفيد-19، A/RES74 / 274

الفرع الأول: مدى استجابة منظومة الأمم المتحدة لوباء كوفيد - 19

لقد عملت منظومة الأمم المتحدة ككل، من مؤسسات و وكالات متخصصة تابعة لها، على مكافحة الوباء كل في مجاله باستخدام الوسائل التي في نطاق اختصاصه.

أولاً: المؤسسات المتخصصة ووكالات الأمم المتحدة في مواجهة وباء كوفيد -19 كانت المبادرات والإجراءات التي اتخذتها منظمة الأمم المتحدة عديدة¹³، ويمكننا أن نلاحظ، من بين العديد من الأمثلة، عمل صندوق النقد الدولي الذي تضاعفت قدراته في مجال المساعدات الطارئة لتصل إلى 100 مليار دولار لمساعدة الدول الأعضاء على التغلب على الأزمة¹⁴، و تلك التي قامت بها الوكالة الدولية للطاقة الذرية بمساعدة عشرات البلدان على استخدام تقنية مشتقة من الأسلحة النووية تسمى "RT-PCR في الوقت الحقيقي" لاكتشاف فيروس كورونا الجديد، من خلال تزويدهم بالمواد والإرشادات والتدريب اللازم¹⁵، كما قامت اليونيسكو بمواجهة التضليل

¹³ يمكن الاطلاع على أعمال منظمة الأمم المتحدة بشأن وباء كوفيد -19 من خلال الرابط التالي:

<https://www.un.org/ar/coronavirus>

¹⁴ صندوق النقد الدولي في مواجهة جائحة كوفيد-19 متاح على:

<https://www.imf.org/ar/About/FAQ/imf-response-to-covid-19>

¹⁵ " تقنية RT-PCR في الوقت الحقيقي" هي عبارة عن أسلوب مستمد من المجال النووي يُستخدم للكشف عن تواجد مواد وراثية متأتية من أي نوع من المُمرضات، بما في ذلك الفيروسات، ويفضل هذه التقنية يمكن للعلماء الاطلاع على النتائج بشكل شبه فوري بينما لا تزال عملية الكشف جارية، لمعرفة المزيد انظر تقرير الوكالة الدولية للطاقة الذرية، متاح على:

<https://www.iaea.org/ar/newscenter/news/kayf-ytmu-alkashf-ean-fayrus-kuafida-19-biastikhdam-taqniat-RT-PCR-fi-alwaqt-alhaqiqi>

الإعلامي والمعلومات الخاطئة بشأن الوباء¹⁶، وللحد من انتشار الوباء في المدرسة أطلقت اليونسكو التحالف العالمي للتعليم خارج المدرسة¹⁷، كما كان لبرنامج الأمم المتحدة الإنمائي دور مهم بشأن دعم النظم الصحية وسبل العيش والمشاركة المجتمعية والتماكك الاجتماعي للدول¹⁸، ومن بين هذه المؤسسات الدولية، كان عمل منظمة الصحة العالمية واضحاً منذ بداية الأزمة¹⁹، وقد اعتمدت الدول الأعضاء بها من خلال جمعية الصحة العالمية في دورتها الخامسة والسبعين، في 19 مايو 2020، قراراً يدعو إلى تقييم مستقل للاستجابة الدولية لوباء كوفيد-19²⁰، كما اقترح الاتحاد الأوروبي مشروع قرار لبدء تحقيق في أقرب وقت ممكن في أصول هذا الفيروس والاستجابة الدولية، وتم تبنيه بالإجماع، و الذي أكد على إجراء تقييم غير متحيز ومستقل وكامل للعمل الدولي منسق من قبل منظمة الصحة العالمية، بهدف تقييم الاستجابات المقدمة من مختلف الدول، بالإضافة إلى إجراءات منظمة الصحة

¹⁶ اليونسكو، الصحافة و الأخبار الزائفة، متاح على:

<https://ar.unesco.org/journalism-fake-news-and-disinformation-handbook>

¹⁷ اليونسكو، التحالف العالمي للتعليم من أجل استمرار التعلم، متاح على:

<https://ar.unesco.org/covid19/globaleducationcoalition>

¹⁸ استجابة برنامج الأمم المتحدة الإنمائي لمرض كوفيد-19، متاح على:

<https://www.arabstates.undp.org/content/rbas/ar/home/coronavirus.html>

¹⁹ يمكن متابعة آخر التطورات حول وباء (كوفيد 19) على:

<https://www.who.int/en/emergencies/diseases/novel Coronavirus-2019>

²⁰ قرار جمعية الصحة العالمية، 19 مايو 2020، متاح على:

<https://news.un.org/en/story/2020/05/1069152>

العالمية بشأن مكافحة الوباء، وذلك من أجل تحسين الوقاية من الأوبئة العالمية والاستعداد لها²¹.

وهكذا تم الاستجابة لأزمة صحية عالمية من خلال إجراءات عالمية قامت بها المؤسسات المتخصصة ووكالات الأمم المتحدة، كما كان للأمين العام والجمعية العامة للأمم المتحدة دور مهم وفعال في مواجهة وباء كوفيد -19، بينما لم يكن كذلك بالنسبة لمجلس الأمن.

ثانياً: الأجهزة الرئيسية للأمم المتحدة في مواجهة وباء كوفيد -19 داخل أروقة الأمم المتحدة، استطاع الأمين العام للأمم المتحدة أقرع الدول الأعضاء في المنظمة، أن التضامن والتعاون الدولي ضروريان للتغلب على الوباء، لذلك أطلق الأمين العام للأمم المتحدة نداء في 23 مارس 2020 لحث الفصائل المسلحة في جميع أنحاء العالم على إلقاء أسلحتها من أجل منح الناس في مناطق النزاع فرصة أفضل لمكافحة وباء كوفيد -19²²، و تجدر الإشارة إلى أن الأمين العام و في مناسبات عديدة تمكن من فرض وقف إطلاق النار بين أطراف النزاع وذلك بالتهديد باتخاذ تدابير ملزمة عن طريق تدخل مجلس الأمن، إلا انه هذه المرة تُرك المجال مفتوحاً للأمين العام بدون أي تدخل من مجلس الأمن، حيث تناول قضية

²¹ قام المدير العام لمنظمة الصحة العالمية في 18 مايو بإطلاق تقييم مستقل حول إدارة وباء كوفيد -19، يتعلق بـ "الاستجابة الكاملة من قبل جميع الجهات الفاعلة، بحسن نية"، بهدف فحص الدول لاستجاباتها للوباء واستخلاص الدروس من تجربتها، متاح على :

<https://www.un.org/sg/en/content/sg/speeches>

²² الأمم المتحدة، "في مواجهة العدو المشترك، كوفيد -19، يدعو الأمين العام للأمم المتحدة إلى وقف إطلاق نار عالمي: أوقفوا القتال على الفور"، 23 مارس 2020، SG / SM / 20018، راجع الهامش 4 أعلاه

تتعلق مباشرة بالنزاع المسلح وحفظ السلم بأدوات قانونية محدودة، وبموافقة الدول على الاستجابة لطلبه يكون قد أنجز مهمته بنجاح²³.

كما سعت الجمعية العامة للأمم المتحدة، منذ بداية الأزمة، إلى اتخاذ مجموعة من الإجراءات لمجابهة وباء كوفيد -19 مستندة في ذلك إلى ميثاق الأمم المتحدة الذي يمنحها سلطة الخوض في "أي مسألة أو أمر تدخل ضمن نطاق الميثاق" (المادة 10)، كما يمكنها أن "تنظر في المبادئ العامة للتعاون من أجل حفظ السلم و الأمن الدولي" (المادة 11)، وكذلك "تنمية التعاون الدولي ... في مجال الصحة العامة" (المادة 13)، والجدير بالذكر أن هذه الصلاحيات تمكن الجمعية العامة من العمل على إحلال السلم خاصة في المجالات التي تؤثر على الأمن البشري مثل القضايا التي تتعلق بالصحة.

وتعد الجمعية العامة أوسع فروع الأمم المتحدة من حيث عدد أعضائها، و نظراً لتكوينها والتوازن العددي للدول الصغيرة، فهي تهتم في الغالب بالقضايا المجتمعية الرئيسية والمسائل الصحية واحدة منها، بالإضافة إلى ذلك، فإن لكل عضو صوت واحد عملاً بقاعدة المساواة، ويترتب على ذلك صعوبة عرقلة عملية صنع القرار، خاصة وأن الجمعية لا تصدر قرارات ملزمة و إنما تصدر توصيات و قرارات بتوافق الآراء، وإلا من خلال التصويت، علاوة على ذلك قد تكون الجمعية العامة حول عدد من الموضوعات في منافسة أو حتى معارضة لمجلس الأمن، إلا انه وفي ذات الوقت هناك علاقة تكامل بين العضوين مما يعني أن المكان الذي يتركه تقاعس أحدهما عن العمل سيشغله الآخر، لذلك ولهذه الأسباب تبنت الجمعية العامة قرارين

²³ ولا سيما أطراف النزاع في بورما والكاميرون وجمهورية إفريقيا الوسطى وكولومبيا وليبيا والفلبين والسودان وسوريا وأوكرانيا واليمن.

لمواجهة وباء كوفيد -19، وفي ضوء وجود قيود مادية بسبب الوباء تثقل كاهل عملها، في الوقت الذي كان عليها اتخاذ ما يلزم من إجراءات، لا سيما اعتماد قرارات لا يمكن تأجيلها مثل مسألة الميزانية، قامت الجمعية العامة بتعديل إجراءات اتخاذ القرار.

لذلك وفي ضوء الظروف الاستثنائية اتخذت الجمعية العامة إجراء يعدل مؤقتاً أحكام النظام الداخلي لها، وبناءً على المشاورات مع الدول الأعضاء، اقترحت رئاسة الجمعية العامة مشروع قرار تم اعتماده في 27 مارس 2020، و تم تجديده على التوالي حتى نهاية يونيو، ثم حتى نهاية يوليو 2020، يتضمن هذا القرار آلية اعتماد القرارات عن طريق "التصويت في صمت"²⁴، حيث تضع الدول الملاحظات على مشروع القرار، من تم تحيله إلى رئيس الجمعية الذي يقوم بإجراء التصويت "في صمت"، وذلك بتعميم المشروع على جميع الأعضاء وتحديد الموعد النهائي للرد (72 ساعة على الأقل)، وإذا لم يكسر أي عضو الصمت، يعتبر النص معتمداً برسالة من الرئاسة إلى جميع الأعضاء، وخلاف ذلك يتم رفضه، و نتيجة للصعوبات في تنفيذ هذا الإجراء قامت الرئاسة بتقديم وثيقة أخرى توضح بالتفصيل مسار العملية وتحدد الإجراء المطبق على الاعتراضات أي "كسر الصمت"²⁵، ومع ذلك تبقى هناك صعوبة تتمثل في الممارسة العملية في منح حق النقض لكل عضو على نص قدمه

²⁴ G.Nesi Les principaux organes politiques des Nations Unies et la pandémie universelle: comment se rencontrer, négocier et délibérer dans des «circonstances nouvelles, extraordinaires et exceptionnelles»? QIL Questions of International Law, Op.Cit.

²⁵ يجوز للرئيس اتخاذ مزيد من الخطوات لاستشارة الأعضاء؛ و إذا نجحت المشاورات، يمكن للرئيس تقديم مشروع منقح لإجراء تصويت صامت جديد، المرجع نفسه

عضو آخر، حيث لا يستطيع المعارض الدفاع عن موقفه أو تقديم مقترحات لتعديل النص الذي سيتم اتخاذه²⁶.

تتبع أهمية القرارات اللذين اعتمدهما الجمعية العامة استجابة لوباء كوفيد-19، من حقيقة أن طريقة العمل كانت مختلفة عن المعتاد وفق النظام الداخلي للجمعية، القرار الأول كان بعنوان "التضامن الدولي لمكافحة مرض فيروس كورونا 2019"²⁷، تم اعتماده في 2 أبريل 2020 بالإجماع و بدون تصويت، و الذي أكد على التضامن العالمي الذي يجب أن يسود في مكافحة الوباء، كما يؤكد هذا القرار على عالمية الأزمة و التحديات والأساليب التي يجب استخدامها لمواجهةها.

بعد إعادة التأكيد على المبادئ الأساسية للتضامن والتعاون التي ينبغي أن تكون الأساس في مواجهة المجتمع الدولي للوباء، رأت الجمعية العامة أن مسألة توفير العلاجات واللقاحات للجميع هي أيضا خطوة مهمة و ضرورية لمواجهة كوفيد-19، لذلك اعتمدت الجمعية العامة بتوافق الآراء في 21 أبريل 2020 قرارا يعالج مسألة الوصول إلى الأدوية واللقاحات، و يدعو إلى الوصول العادل للقاحات المستقبلية ضد كوفيد-19، ويؤكد على الدور القيادي الحاسم لمنظمة الصحة العالمية، وعلى تعزيز التعاون العلمي الدولي لمكافحة كوفيد-19، وتكثيف التنسيق بما في ذلك مع القطاع الخاص، كما يدعو القرار الأمين العام للأمم المتحدة إلى

²⁶ وقد تم تعيين ممثل جامايكا للتغلب على هذه الصعوبات، تم تقديم العديد من مشاريع المقررات في هذا الاتجاه، المرجع نفسه

²⁷ الجمعية العامة، القرار رقم 270/74، المؤرخ في 2 أبريل 2020، "التضامن العالمي في مكافحة مرض فيروس كورونا 2019"، راجع الهامش 12 اعلاه

اتخاذ إجراءات لضمان الوصول والتوزيع العادل والمنصف لأدوات الوقاية والاختبارات العملية و الأدوية واللقاحات المستقبلية وتوفيرها لكل من يحتاج إليها خاصة في البلدان النامية²⁸.

وبالتالي في إطار الاختصاصات والسلطات التي يمنحها لها الميثاق، لم تظل الجمعية العامة مكتوفة الأيدي، ولا ينطبق الشيء نفسه على مجلس الأمن، الذي منعته قواعد و إجراءات عمله من جهة، وسلوك أعضائه من جهة أخرى، من اتخاذ ما يلزم من إجراءات في وقت مبكر من ظهور الوباء كوفيد-19.

يقع مجلس الأمن في قلب نظام الأمن الجماعي الذي أنشأه الميثاق لضمان السلم والأمن الدوليين، لذلك كان من الضروري لمجلس الأمن أن يتخذ إجراء طارئاً يسمح له بتجاوز قيود الحجر الصحي و التغلب على مشكلة صعوبة التنقل، لم يكن ذلك بدون صعوبة حيث كانت مواقف الوفود متباعدة²⁹.

وافق أعضاء المجلس في 27 مارس على تنظيم اجتماعات افتراضية و اتخاذ قرارات عن بعد عبر الفيديو، وكذلك على إجراء تصويت استثنائي و تعليق مؤقت على نظامه الداخلي³⁰، حيث يتم تقديم مشروع قرار في شكل مطبوع جاهز للاعتماد وتوزيعه من قبل الرئاسة، مع رسالة إلى أعضاء المجلس لإبلاغهم بكيفية

²⁸ الجمعية العامة، القرار رقم 274/74، المؤرخ في 21 ابريل 2020، بشأن "التعاون الدولي من أجل ضمان الحصول على الصعيد العالمي على الأدوية و اللقاحات و المعدات اللازمة لمكافحة وباء كوفيد-19"، راجع الهامش

12 اعلاه

²⁹ أصرت بعض الوفود استعدادها للمشاركة في الاجتماعات التي تُعقد وجهاً لوجه في مقر الأمم المتحدة، معتبرة أن اجتماعات الفيديو التي يدعو إليها الآخرون لا يمكن أن تكون اجتماعات رسمية.

³⁰ G.Nesi Les principaux organes politiques des Nations Unies et la pandémie universelle: comment se rencontrer, négocier et délibérer dans des «circonstances nouvelles, extraordinaires et exceptionnelles»?، Op.Cit.

التصويت على مشروع القرار المرفق³¹، و لديهم فترة 24 ساعة غير قابلة للتمديد لتقديم تصويتهم كتابياً، إلكترونياً، إلى شعبة شؤون مجلس الأمن (مع ، معارضة ، الامتناع عن التصويت)، وعند الاقتضاء، أسباب تصويتهم³²، في نهاية هذه الفترة يتم إبلاغ النتائج إلى رئاسة مجلس الأمن، و في غضون ثلاث ساعات من انتهاء فترة التصويت، توزع الرئاسة على جميع الأعضاء والدول المعنية وشعبة شؤون مجلس الأمن ، رسالة توضح تصويت كل وفد ونتيجة التصويت³³.

وخلال اثنتي عشرة ساعة من انتهاء فترة التصويت، تدعو رئاسة مجلس الأمن عن طريق اجتماعات الفيديو لإعلان النتائج، إذا تم اعتماد مشروع القرار، تقوم الشعبة، فور استلام رسالة الرئيس، بتعميم القرار مع تاريخه ورمزه على جميع أعضاء المجلس والدول المعنية، و بعد هذا التعديل في طريقة اتخاذ القرارات، تم اعتماد أربعة قرارات في 30 مارس 2020³⁴، تم تجديد الإجراء المعتمد مع عدد معين من التعديلات التي تم إجراؤها بسبب الاختلافات داخل المجلس، سواء من قبل الرئاسة الدومينيكية في أبريل، ومن قبل إستونيا في مايو والفرنسية لشهر يونيو، بينما لم يتم تمرير أي قرارات في أبريل³⁵، تم تمرير خمسة في مايو وثلاثة حتى 16 يونيو³⁶. بعد

³¹ لا يجوز للعضو الذي قام بتقديم مشروع القرار سحبه أو تعديله خلال فترة التصويت.

³² الوفد الذي لا يعلن عن تصويته خلال فترة الأربع وعشرين ساعة يعتبر غائباً أثناء التصويت.

³³ عند استلام الدول رسالة إعلان نتائج التصويت من رئاسة المجلس، يكون أمام أعضاء المجلس ست ساعات لشرح أسباب تصويتهم كتابياً.

³⁴ القرار رقم 2515 (2020) بشأن كوريا الشمالية، والقرار رقم 2516 (2020) بشأن الصومال، والقرار 2517 (2020) بشأن السودان، والقرار رقم 2518 (2020) بشأن قوات حفظ السلام، هذه القرارات متاحة على:

<https://www.un.org/securitycouncil/ar/content/resolutions-adopted-security-council-2020>

³⁵ و مع ذلك اجتمع مجلس الأمن في 9 أبريل، بناء على طلب تسعة أعضاء، بحضور الأمين العام للأمم المتحدة، لمناقشة دعوته لوقف إطلاق النار العالمي و تأثير الوباء على الموضوعات المدرجة على جدول أعمال المجلس.

فترة من التجربة والخطأ في الإجراء الاستثنائي لاتخاذ القرارات، لم يقف مجلس الأمن عن العمل ولكنه فشل في اتخاذ أي إجراء على وجه السرعة و تمرير قرار مخصص لأزمة كوفيد-19 عندما أتحت الفرصة.

وبعد عدة محاولات فاشلة، للتفاوض من أجل تقديم نص إلى المجلس، سببها الخلاف السائد بين الدول الخمس الدائمة العضوية حول بعض القضايا التي يتعين معالجتها في مشروع القرار، من بينها الخلاف بين الولايات المتحدة والصين بشأن الإشارة الصريحة من عدمها إلى أصل جائحة كوفيد-19، و الإشارة إلى دور منظمة الصحة العالمية في التعامل مع الجائحة³⁷، تم تعميم مشروع قرار بمبادرة من تونس، و التي تضمنت تأييد النداء من أجل وقف إطلاق النار العالمي وسط جائحة كوفيد - 19 الذي أطلقه الأمين العام للأمم المتحدة في 23 مارس 2020³⁸، ومع ذلك أثار هذا النص أيضاً الانقسام في مجلس الأمن، بسبب الدعوة إلى التنازل عن العقوبات

³⁶ القرارات التي تم اعتمادها في مايو: القرار رقم 2519 (2020) والقرار رقم 2521 (2020) و القرار رقم 2523 (2020) بشأن السودان و جنوب السودان، القرار رقم 2520 (2020) بشأن الحالة في الصومال، القرار رقم 2522 (2020) بشأن الحالة في العراق، أما بالنسبة للقرارات التي تم اعتمادها في يونيو: القرار 2524 (2020) و القرار 2525 (2020) بشأن الحالة في السودان و جنوب السودان، و القرار رقم 2526 (2020) بشأن الحالة في ليبيا، هذه القرارات متاحة على:

<https://www.un.org/securitycouncil/ar/content/resolutions-adopted-security-council-2020>

³⁷ فيما يتعلق بالمسائل الخلافية بين الأعضاء الدائمين، أصرت الولايات المتحدة على أن يتضمن مشروع القرار دعوة إلى الشفافية الكاملة والموضوعية وتبادل بيانات ومعلومات الصحة العامة، بينما اعترضت في الوقت نفسه على أي إشارة إلى دور منظمة الصحة العالمية، التي اتهمت بسوء إدارة حالة طوارئ جائحة Covid-19، وعلى العكس من ذلك أصرت الصين على ذكر منظمة الصحة العالمية في نص مشروع القرار.

³⁸ نداء الأمين العام للأمم المتحدة، انظر بيان الأمم المتحدة الصحفي (SG / SM / 20018) 23 مارس 2020)، راجع الهامش 5 اعلاه

الاقتصادية التي قد تقوض قدرة البلدان على الاستجابة للوباء³⁹، ومن ثم لم يتم إصدار أي وثيقة رسمية بعد الاجتماع المغلق لمجلس الأمن الذي عقد في 9 أبريل 2020 بشأن تأثير جائحة كوفيد-19، باستثناء بيان أدلى به الأمين العام⁴⁰. بعد هذا الفشل قدمت فرنسا وتونس مشروع قرار في 23 أبريل 2020، يتضمن تأييد دعوة الأمين العام لوقف إطلاق النار، و بعد أكثر من شهرين من المفاوضات، تم حذف أي إشارة إلى منظمة الصحة العالمية في مشروع القرار، و بذلك تم اعتماده في 1 يوليو 2020 ليكون القرار رقم 2532 (2020)، وقد يبدو هذا القرار نتيجة متواضعة لمثل هذا الجهد التفاوضي المعقد، ومع ذلك يظل هذا النص جديراً بالدراسة.

الفرع الثاني: التحرك الخجول لمجلس الأمن بعد صمت طويل

بعد صمت طويل وانتظار أطول، أصدر مجلس الأمن الدولي بتاريخ 1 يوليو 2020 قراره رقم 2532 (2020) حول جائحة "كوفيد-19"⁴¹، انطلاقاً من مسؤوليته الأساسية في حفظ السلم والأمن الدوليين وفي إطار مقاصد الأمم المتحدة،

³⁹ تم دعم الدعوة إلى التنازل عن العقوبات الاقتصادية من قبل جنوب إفريقيا وعارضتها الولايات المتحدة، راجع What's Blue، "قرار مجلس الأمن الدولي، بشأن COVID-19 30 يونيو 2020"، متاح على: www.whatsinblue.org/2020/06/security-council-resolution-on-covid-19.php

⁴⁰ انظر ملاحظات الأمين العام للأمم المتحدة إلى مجلس الأمن الدولي، بشأن وباء كوفيد-19، 9 أبريل 2020، متاح على: www.un.org/sg/en/content/sg

⁴¹ مجلس الأمن الدولي، القرار رقم 2532 (2020)، المؤرخ في 1 يوليو 2020، S/RES/2532 (2020)

وقد جاء هذا القرار محملاً بعبارات القلق والتخوف من أثر الوباء على السلم العالمي، خاصة في الدول التي تدور فيها الصراعات و النزاعات المسلحة، كما شدد هذا القرار على ضرورة التعاون والتضامن الدوليين على المستويات الوطنية والإقليمية والدولية، في نطاق التنسيق الشامل والمتكامل، وقد نوّه المجلس بالجهود التي يبذلها الأمين العام للأمم المتحدة وبالخطة الإنسانية العالمية لمواجهة كوفيد-19 التي تضع الإنسان في صدارة أولويات الأمم المتحدة.

كما طالب مجلس الأمن بوقف عام وفوري للأعمال العدائية في جميع الحالات المدرجة في جدول أعماله والدخول في هدنة إنسانية لمدة 90 يوماً متتالية، انطلاقاً من تخوفه من أن النطاق غير المسبوق لجائحة كوفيد-19 من شأنه أن يعرض السلم والأمن الدوليين للخطر، غير أنه استثنى من هذا الوقف الفوري للأعمال العدائية والهدنة الإنسانية للعمليات العسكرية التي تُنفَّذ ضد تنظيم الدولة الإسلامية في العراق والشام، وتنظيم القاعدة وجبهة النصرة، وسائر الأفراد والجماعات والمؤسسات والكيانات المرتبطة بتنظيم القاعدة أو تنظيم الدولة الإسلامية، وغير ذلك من الجماعات الإرهابية التي حددها مجلس الأمن، بالإضافة إلى ما تقدم فقد طالب بعثات الأمم المتحدة ببذل مزيد من الجهود من أجل التصدي للجائحة، وأوصى الأمين العام للأمم المتحدة بالتأكد من قيام جميع الجهات ذات الصلة في منظومة الأمم المتحدة، بتسريع عملها في التصدي لجائحة كوفيد-19.

تحرك مجلس الأمن هذا الذي جاء متأخراً في وقت كان فيه المجتمع الدولي أحوج ما يكون إلى سلطة تملك إصدار قرارات ملزمة لمواجهة هذا الوباء العالمي، يبعث على أكثر من تساؤل بعضها مرتبط بأسباب هذا الصمت الطويل، وبعضها

الأخر يتعلق بمضمون وأبعاد هذا القرار الذي يبقى إيجابيا في جميع الأحوال لأنه يمثل أحدث استجابة صاغها مجلس الأمن لمواجهة التهديدات غير التقليدية للسلم والأمن الدوليين.

أولا: أسباب اعتبار مجلس الأمن متأخر في إصدار قرار حول الجائحة

يعتبر صمت مجلس الأمن طويلا وتحركه متأخرا بالنظر إلى الكيفية التي عالج بها مجلس الأمن الأزمات الصحية وتأثيرها على السلم و الأمن الدوليين، حيث شكل القرار رقم 1308 (2000) سابقة تناول فيها مجلس الأمن الأثر الضار المحتمل لفيروس نقص المناعة البشرية، من خلال التأكيد على أن "جائحة فيروس نقص المناعة البشرية دون رادع، قد يشكل خطراً على الاستقرار والأمن"⁴²، وفي سنة 2014 أصدر القرار رقم 2177 (2014) المتعلق بوباء إيبولا، حيث صنّف هذا الوباء كتهديد للسلم والأمن الدوليين، حيثما لم يكن ذلك متوقّعا، خاصا في سياق ربط الموضوع بمسألة تهديد للسلم والأمن الدوليين⁴³، في ضوء هذه السوابق التي تُعتبر تأكيد لتغلغل القضايا الصحية بين القضايا الأمنية، بات المجتمع الدولي ينتظر تدخلاً مستعجلاً من مجلس الأمن للتعامل مع الانتشار الواسع لجائحة كوفيد-19.

كما يرجع انتظار تدخل مجلس الأمن لاتخاذ ما يلزم من إجراءات بسبب حيازته للأدوات القانونية اللازمة لتنظيم استجابة شاملة وفرض تعاون دولي وتنظيم عمل مختلف المؤسسات الدولية عن طريق استصدار قرارات ملزمة التطبيق، وخلق ممرات إيصال المعدات الطبية وغيرها من الإجراءات، بما يساعد على توحيد الجهود

⁴² مجلس الأمن الدولي، القرار رقم 1308 (2000)، المؤرخ في 17 يوليو 2000، S/RES/1308 (2000)
⁴³ مجلس الأمن الدولي، القرار رقم 2177 (2014)، المؤرخ في 19 سبتمبر 2014، S/RE/2505 (2014)

الدولية لمكافحة وباء كوفيد- 19، لذلك كان ينبغي أن يهتم مجلس الأمن بالأزمة الصحية في وقت أقرب بكثير من مرور سبعة أشهر دون أن يحرك ساكن. بالإضافة إلى ذلك يميل مجلس الأمن بشكل عام إلى تناول مسائل ذات موضوعات مختلفة، والتي قد لا تقع أحياناً ضمن اختصاصه، ومن ثم نادراً ما يفوت مجلس الأمن فرصة "للإحاطة علماً" بوضع عالمي، حتى عندما يكون هناك احتمال فقط أنه يقع في نطاق اختصاصه، فمنذ التسعينيات لم يتردد مجلس الأمن في وصف حالة خارج إطار العلاقات السلمية بين الدول أو تلك التي لا ترتبط مباشرة بالعلاقات بين الدول على أنها "تهديد لاستقرار" هذه المنطقة أو تلك من العالم أو حتى بشكل عام، وأحياناً "كتهديد للسلم"⁴⁴، وفي العديد من المناسبات كانت المآسي الإنسانية موضوع قرارات مجلس الأمن، مستنداً في ذلك على الفصل السابع من الميثاق، والذي يسمح له باتخاذ إجراءات قد تصل إلى حد السماح باستخدام القوة؛ من ذلك مثلاً اهتمامه بموضوع أعمال تهريب المهاجرين والاتجار بالبشر في البحر الأبيض المتوسط⁴⁵، وفي الآونة الأخيرة كان للجهاز الرئيسي لحفظ السلم نشاط بارز في موضوع تأثير الكوارث الطبيعية و مخاطرها مثل تغير المناخ و تأثيره على الوضع الأمني في الصومال⁴⁶ ومالي⁴⁷ و في جمهورية الكونغو الديمقراطية⁴⁸، فمن التناقض

⁴⁴ على سبيل المثال قرر المجلس أن " التمسك بالعنف الذي ينتج عن حركة التطرف التي تؤثر بشكل خاص على الشباب يشكل تهديداً للاستقرار والتنمية، وغالباً ما يؤثر على تقويض بناء السلام وتأجيج الصراع"، انظر مجلس الأمن الدولي، القرار رقم 2250 (2015)، المؤرخ في 9 ديسمبر 2015، S/RES/2250 (2015)

⁴⁵ مجلس الأمن الدولي، القرار رقم 2240 (2015)، المؤرخ في 9 أكتوبر 2015، S/RES/2240 (2015)

⁴⁶ مجلس الأمن الدولي، القرار رقم 2472 (2019)، المؤرخ في 31 مايو 2019، S/RES/2472 (2019): "من المهم أن تعتمد الحكومة الفيدرالية الصومالية والأمم المتحدة استراتيجيات مناسبة لتقييم وإدارة المخاطر المرتبطة بتغير المناخ، والتغيرات البيئية الأخرى والكوارث الطبيعية والحصول على الطاقة وعوامل أخرى تؤثر على استقرار الصومال"

⁴⁷ مجلس الأمن الدولي، القرار رقم 2480 (2019)، المؤرخ في 28 يونيو 2019، S/RES/2480 (2019): "يجب على حكومة مالي والأمم المتحدة اعتماد استراتيجيات مناسبة لتقييم وإدارة المخاطر من حيث التغيرات البيئية، العوامل

إذاً أن لا يهتم مجلس الأمن بالأخبار العالمية التي تتعلق بالتزايد الكبير في حالات الإصابة و الفوضى وغيرها من الآثار في بعض الدول التي سببها وباء كوفيد-19. بالإضافة الي ذلك هناك اختصاصات معينة لا يمكن أن تُمارس إلا من قبل مجلس الأمن، على الرغم من أنه وبشكل استثنائي، يمكن للجمعية العامة للأمم المتحدة معالجة فشل المجلس، الذي يتحمل فقط المسؤولية الرئيسية وليس الحصرية، في حفظ السلم والأمن الدوليين⁴⁹، ألا أن طبيعة مجلس الأمن وما يمتلكه من أدوات قانونية تجعل من تنظيم استجابة عالمية ذات اثر ملزم لهذا الوفاء اختصاص يفرد به المجلس، ومن بين وسائل العمل العديدة الممكنة، يستطيع المجلس على الأقل أن يفرض ممرات لنقل المعدات الطبية.

كما أن غياب المجلس عن اتخاذ أي إجراء في مواجهة الأزمة الصحية العالمية يكون غير مقبول في ظل المطالبة المستمرة من قبل الجهات الدولية الأخرى، والتي كان لها دور كبير في التعويض عن تقاعس المجلس في ممارسة اختصاصاته،

الطبيعية والجفاف والتصحر وتدهور الأراضي وانعدام الأمن الغذائي والحصول على الطاقة وتغير المناخ، من بين عوامل أخرى تؤثر على أمن واستقرار مالي".⁴⁸ مجلس الأمن الدولي، القرار رقم 2502(2019)، المؤرخ في 19 ديسمبر 2019، (2019) S/RES/2505 ؛ " تأثير الآثار الضارة لتغير المناخ والتغيرات البيئية والكوارث الطبيعية وصعوبة الوصول إلى الطاقة، من بين عوامل أخرى، على استقرار جمهورية الكونغو الديمقراطية، بما في ذلك زيادة الظواهر المناخية المتطرفة والفيضانات وحرائق الغابات وعدم انتظام هطول الأمطار وانعدام الأمن الغذائي ".⁴⁹ بموجب القرار رقم (377)، المؤرخ في نوفمبر 1950 المعروف باسم "قرار دين أتشيسون"، قررت الجمعية العامة للأمم المتحدة ، بعد أن لاحظت عجز مجلس الأمن، أن تجتمع وتتصرف بدلاً منه، والسبب في إصدار هذا القرار ما تبين في أعقاب تدخل الأمم المتحدة في كوريا في سنة 1950 من عجز مجلس الأمن عن إصدار قرارات يواجه بها بعض المشاكل الحادة التي واجهت الأمم المتحدة، وذلك بسبب استعمال حق الاعتراض بواسطة الدول دائمة العضوية، وجاء هذا القرار بناء على اقتراح "دين أتشيسون" وزير الخارجية الأمريكي، الذي كان يرى أنه لا مفر من اللجوء إلى الجمعية العامة باعتبارها جهاز له اختصاص فيما يتعلق بحفظ السلم والأمن الدوليين، انظر، أحمد عبدالله أبو العلاء، تطور دور مجلس الأمن في حفظ السلم والأمن و السلم الدوليين، دار الكتب القانونية، مصر، 2005، ص75.

في حثه على اتخاذ ما يلزم في مواجهة الوباء، ربما كان على مجلس الأمن أن يأخذها في الاعتبار كدافع له للخروج من حالة الصمت، و تجدر الإشارة إلى ما يقوم به الأمين العام منذ بداية الأزمة من حث الدول على الانسحاب من أماكن النزاعات⁵⁰، كما أطلقت الأمم المتحدة في 25 مارس "خطة الاستجابة الإنسانية العالمية لمواجهة وباء كوفيد-19"⁵¹.

علاوة على ذلك هناك ضعف في الخطاب القانوني الذي يبرر صمت المجلس طيلة الفترة الأولى من انتشار الوباء، فعلى الرغم من رفض روسيا لمدة خمسة عشر يومًا لعقد اجتماع في مجلس الأمن متمسكة بالإجراءات الشكلية في اتخاذ القرارات، استأنف مجلس الأمن، بإجراءات استثنائية، مسار جدولته الزمني دون أن تكون الأزمة الصحية العالمية في قائمة الأولويات العالمية؛ ووفقًا للحجة الروسية فإن ميثاق الأمم المتحدة لا يسمح بعقد اجتماعات افتراضية عن بعد عن طريق الفيديو، و ترى روسيا أن الفقرة 3 من المادة 28 من ميثاق الأمم المتحدة، والتي تنص على: " لمجلس الأمن أن يعقد اجتماعات في غير مقر الهيئة إذا رأى أن ذلك أدنى إلى تسهيل أعماله"، تتعلق فقط بالاجتماعات المادية، بالإضافة إلى ذلك، ترى

⁵⁰ انظر على وجه الخصوص الأمم المتحدة، الإحاطة الصحفية اليومية من قبل مكتب المتحدث باسم الأمين العام للأمم المتحدة، 24 مارس 2020، متاح على: <https://www.un.org/press/fr/2020/dbf200324.doc.htm>

⁵¹ مكتب معلومات الأمم المتحدة، "الأمم المتحدة تطلق نداء لجمع أموال بقيمة 2 مليار دولار لمكافحة كوفيد-19 في العالم"، متاح على: <https://news.un.org/fr/story/2020/03/1064942>

روسيا انه لا يوجد حكم يسمح باتخاذ قرار افتراضي، وعادة ما يتم التصويت برفع الأيدي أثناء الاجتماع⁵².

وباستعراض ممارسات مجلس الأمن، نجد إن الشكليات الإجرائية ليست أكثر ما يميز مجلس الأمن، الذي يظل هيئة سياسية، وبالتالي فإن الفصل المعنون "التصويت" من النظام الداخلي المؤقت لمجلس الأمن و الذي يحتوي على مادة واحدة فقط وهي المادة 40 و التي تنص على "يجرى التصويت في مجلس الأمن وفقاً للمواد ذات الصلة في الميثاق وبالنظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية"، علاوة على ذلك، تتناقض الحجة الشكلية التي استندت إليها روسيا مع الممارسة الفعلية للمجلس خلال اجتماعاته الثلاثة في 24 و 26 و 30 مارس، حيث لم يرد ذكر جدول الأعمال الرسمي لهذه الاجتماعات، كما لا توجد محاضر منشورة للجلسات، الأمر الذي يعد مخالف لما جاء في المادة 54 من النظام الداخلي المؤقت⁵³، و بتتبع الممارسات العامة للمنظمة نلاحظ أن الأمم المتحدة، مثل العديد من المنظمات الدولية، لا تتمسك بالشكليات ومن ثم لوحظ أن بعض القرارات الملزمة لمجلس الأمن، مثل تلك المتعلقة بشفافية عمله، قد اتخذت بمذكرة بسيطة من رئيس مجلس الأمن دون التقيد بالشكليات ودون أن يطرح ذلك أدنى مشكلة⁵⁴، ولذلك فإن هذا الاهتمام الكبير بالشكليات في هذه الظروف الاستثنائية يبدو غير مقنع.

⁵² الإذاعة البريطانية المسموعة القسم العربي (راديو BBC)، "الفيروس يدعي ضحية في الأمم المتحدة: الدبلوماسية الشخصية"، 15 مارس 2020؛ التحديات، "فيروس كورونا: فشل مجلس الأمن الدولي"، 23 مارس 2020.
⁵³ تنص المادة 54 من النظام الداخلي المؤقت لمجلس الامن على أنه "تُنشر المحاضر الرسمية للجلسات العلنية لمجلس الأمن والوثائق الداعمة في أقرب وقت ممكن باللغات الرسمية".
⁵⁴ مجلس الأمن الدولي، مذكرة رقم 507 المؤرخة في 26 يوليو 2010، S/2010/507، تجدر الإشارة إلى أن معايير الشفافية المنصوص عليها في هذه المذكرة، والتي تم تأكيدها على نطاق واسع وتطبيقها في معظم الأحيان منذ ذلك الحين، قد تجاهلها مجلس الأمن تماماً منذ بداية الأزمة الصحية.

من ناحية أخرى لم تتردد المنظمات الدولية الأخرى في مثل هذه الظروف إلى تبني إجراء سريع يمكنها من الاستمرار في عملها و اعتماد طريقة الاجتماعات الافتراضية، فعلى الرغم من أن مسألة الاجتماع وإجراءات التصويت شكليات مهمة على مستوى الاتحاد الأوروبي، فقد يسبب غيابها إلى إلغاء أعماله من قبل محكمة العدل التابعة للاتحاد الأوروبي إذا لزم الأمر، بينما يختلف الوضع في حالة مجلس الأمن الذي لا يخضع لأي سيطرة أو رقابة على الشرعية في النظام القانوني للأمم المتحدة، و الجدير بالذكر هنا أن مجلس الاتحاد الأوروبي في 23 مارس، وافق على إجراء استثنائي مؤقت من نظامه الداخلي، ينص على: " بسبب هذه الظروف الاستثنائية وبهدف ضمان الاستمرارية المؤسسية لعملية صنع القرار في المجلس، من الضروري عدم التقيد مؤقتاً بالأحكام ذات الصلة من لائحة المجلس، في ظل ظروف محددة ولمدة شهر واحد قابل للتمديد"⁵⁵، و بالتالي فإن وجود هذا الإجراء الاستثنائي داخل مجلس الأمن، ليس بالأمر الصعب وسيكون ممكننا بشرط أن يقبله الأعضاء في المجلس.

كما تجدر الإشارة إلى أن الحجة الروسية تتعارض تماماً مع الفقرة 1 من المادة 28 من ميثاق الأمم المتحدة، وهي نفس المادة التي قدمتها روسيا لعرقلة عملية صنع القرار، التي تنص على " إن مجلس الأمن منظم بطريقة تمكنه من ممارسة وظائفه في جميع الأوقات"، لذلك يجب أن تشكل هذه المادة أساس لاعتماد قواعد إجرائية استثنائية، فهي تبرر إجراء تعديل على الإجراءات الشكلية لاتخاذ القرارات في

⁵⁵ مجلس الاتحاد الأوروبي، القرار رقم 430/2020 المؤرخ في 23 مارس 2020، بشأن استثناء مؤقت من النظام الداخلي للمجلس في ضوء صعوبات السفر التي يسببها وباء كوفيد -19 في الاتحاد، 2020، L88 I/1 .

سبيل استمرار عمل المجلس في أي وقت، كما يمكن أن يؤدي التمسك بالشكلية في اتخاذ القرارات إلى انتهاك المادة 1 من النظام الداخلي المؤقت لمجلس الأمن، والتي تنص على أن يجتمع مجلس الأمن " كلما رأى ذلك ضروريًا، على ألا تتجاوز الفترة التي تتخلل الاجتماعات أربعة عشر يومًا "، لذلك يبدو أن الشكلية الروسية التي تم التذرع بها قد تؤدي إلى تجاهل حكم صريح من القواعد التي تحكم عمل مجلس الأمن الدولي.

ثانياً: مضمون و أبعاد القرار رقم 2532 (2020)

لقد استند مجلس الأمن في إصدار هذا القرار إلى ميثاق الأمم المتحدة، ولاسيما المادة 24 / 1 التي يعهد من خلالها " أعضاء تلك الهيئة إلى مجلس الأمن بالتبعات الرئيسية في حفظ السلم والأمن الدولي ووافقون على أن هذا المجلس يعمل نائباً عنهم في قيامه بواجباته التي تفرضها هذه التبعات "، والمادة الأولى من ميثاق الأمم المتحدة التي تعتبر حفظ السلم والأمن الدوليين أول مقاصد الأمم المتحدة، كما تحث على تحقيق التعاون الدولي لحل الإشكالات الدولية، غير أن ما يثير الانتباه في هذا الصدد هو عدم إشارة القرار إلى الفصل الذي استند عليه مجلس الأمن في إصدار القرار: فهل يتعلق الأمر بالفصل السابع من الميثاق الذي يعطي لقرارات مجلس الأمن قوة إلزامية أم على الفصل السادس من الميثاق التي يوفر ميكانيزمات تقوم في أساسها على التراضي والتعاون؟

ما يمكن أن نستشفه من مضمون و فقرات القرار رقم 2532 أن مجلس الأمن قد ارتكز على الفصل السادس من الميثاق، و الدليل على ذلك اعتباره أن النطاق غير المسبوق لجائحة كوفيد-19 "من شأنه أن يعرض صون السلم والأمن الدوليين للخطر"،

فاستخدم تعبير "من شأنه أن يعرض..." يحيل مباشرة إلى المادة 34 من الفصل السادس من الميثاق، هذا التعبير يختلف عن الصياغة الواردة في المادة 39 من الفصل السابع من الميثاق التي تتحدث عن "وقوع تهديد للسلام والأمن الدوليين"، وليس عن إمكانية حدوثه، بالإضافة إلى ذلك حثّ مجلس الأمن بشكل متكرر على قيم "التعاون" و"التضامن" دون إشاراته إلى تبعات عدم التنسيق الدولي، ومعلوم أن التضامن يبقى فعلا تطوعيا وليس عملا إجباريا.

من جهة أخرى "أهاب" مجلس الأمن بجميع الأطراف في النزاعات المسلحة إلى الدخول فورا في هدنة إنسانية لمدة 90 يوما ليتسنى إيصال المساعدات الإنسانية وتنفيذ عمليات الإجلاء الطبي، واستثنى العمليات العسكرية التي تُنفذ ضد المجموعات الإرهابية

في الواقع استخدم مجلس الأمن صيغة المناشدة "يهيب" لجميع الأطراف، ومعلوم أن المناشدة في اللغة العربية لا تبعث على الإجبار، وهي أقرب إلى الاستجداء منها إلى الأمر، وبتقصي اللغة المستخدمة في النصين الفرنسي والانجليزي نجد أن الترجمة العربية للنص لم تبعد كثيرا عن مضمون النصين الأصليين (الإنجليزي والفرنسي)، حيث جاءت أفعال calls (ينادي) demander (يطلب) في النصين الإنجليزي والفرنسي كمقابل لفعل "يهيب" في النص العربي، والمعاني المذكورة جميعها تخلو من لغة الإلزام التي يتحدث بها مجلس الأمن من منطلق الفصل السابع من الميثاق.

و في الواقع هذه ليست المرة الأولى التي يتعامل فيها مجلس الأمن مع تأثير أزمة صحية عالمية على السلم والأمن، كما اثرتنا سابقا ، اصدر مجلس الأمن القرار

رقم 1308 (2000)⁵⁶، الذي تناولت فيه الأثر الضار المحتمل لفيروس نقص المناعة البشرية أفراد حفظ، من خلال التأكيد على أن "ترك جائحة فيروس نقص المناعة البشرية دون رادع، قد يشكل خطرًا على الاستقرار والأمن"⁵⁷، بعد حوالي أربعة عشر عامًا، أعاد مجلس الأمن النظر في موضوع الصحة والسلام في القرار رقم 2177 (2014)، المتعلق بتفشي فيروس الإيبولا في غرب إفريقيا، و الذي استخدم فيه مجلس الأمن لغة الفصل السابع من الميثاق بشكل واضح من خلال الإشارة الى ان "الانتشار غير المسبوق لتفشي فيروس إيبولا في إفريقيا يشكل تهديدًا للسلام والأمن الدوليين"⁵⁸، وبناءً على هذه الممارسة، كان تأثير الأزمة الصحية العالمية يُنظر إليه على انه من بين القضايا التي تقع ضمن اختصاص مجلس الأمن في المناقشات التي تقام دوريًا للتهديدات الجديدة للسلام والأمن الدوليين⁵⁹.

و بالنظر إلى هذه الممارسة الموحدة في هذا المجال، عالج مجلس الأمن في القرار رقم 2532 (2020) الأثر المدمر لوباء كوفيد-19 في جميع أنحاء العالم، "لا سيما في البلدان التي دمرتها النزاعات المسلحة، أو في حالات ما بعد النزاع، أو المتأثرين بالأزمات الإنسانية "وأدركوا أن" ظروف العنف وعدم الاستقرار في حالات

⁵⁶ مجلس الأمن الدولي، القرار رقم 1308 (2000)، المؤرخ في 17 يوليو 2000، S/RES/1308

⁵⁷ أنظر المرجع نفسه، الفقرة 11 من الديباجة، كما تم معالجة آثار جائحة فيروس نقص المناعة البشرية على السلم والأمن من قبل مجلس الأمن الدولي في القرار رقم 1983 (2011)، المؤرخ في 7 يونيو 2011، S/RES/1983 (2011)

⁵⁸ مجلس الأمن الدولي، القرار رقم 2177 (2014)، المؤرخ في 19 سبتمبر 2014، S/RES/2177، الفقرة الخامسة

من الديباجة

⁵⁹ انظر على سبيل المثال المحاضر الموجزة لاجتماع مجلس الأمن، بشأن "حفظ السلم والأمن الدوليين، تحديات جديدة للسلم والأمن الدوليين ومنع نشوب النزاعات"، 23 نوفمبر 2011، S/PV.6668، حيث تمت دعوة المدير العام لمنظمة الصحة العالمية لتقديم تقريره بالخصوص؛ ومؤخرًا، المحاضر الموجزة للجلسة المتعلقة بـ "حفظ السلم والأمن

الدوليين، معالجة التحديات المعاصرة المعقدة للسلم والأمن الدوليين، 20 ديسمبر 2017، S/PV.8144

النزاع يمكن أن تؤدي إلى تفاقم الوباء، وأن الوباء يمكن أن يؤدي إلى تفاقم الآثار الإنسانية السلبية لحالات النزاع⁶⁰، لكن هناك تناقض بين ما جاء في ديباجة القرار رقم 2532 (2020) أن "النطاق غير المسبوق لوباء كوفيد-19 من المرجح أن يعرض للخطر صون السلم والأمن الدوليين"⁶¹، وما ورد في القرار رقم 2177 (2014)، حيث تم تصنيف تفشي فيروس إيبولا بشكل واضح على أنه تهديد للسلم، في حين انه تم وصف تأثير كوفيد-19 بأنه "مدمر" في القرار رقم 2532 (2020)⁶²، في الواقع لا يمكن اعتبار الصياغة الواردة في القرار 2532 (2020) قد تم اختيارها للإشارة إلى أن الوضع أقل خطورة من الذي تسبب فيه تفشي الإيبولا، و الجدير بالذكر إن صياغة القرار رقم 2532 (2020) تُكرر حرفياً التعبير المستخدم في المادة 33/1 من ميثاق الأمم المتحدة بشأن عمل مجلس الأمن في مجال التسوية السلمية للنزاعات بموجب الفصل السادس⁶³.

علاوة على ذلك إن استخدام حق النقض من قبل بعض الدول دائمة العضوية أثناء عملية التفاوض على النص، جعل من اختيار لغة الفصل السادس بدلاً من الفصل السابع في القرار رقم 2532 (2020) الثمن الواجب دفعه كجزء من البحث

⁶⁰ انظر قرار مجلس الأمن رقم 2532 (2020)، الفقرة الثالثة والرابعة من الديباجة، وكذلك الفقرة الخامسة التي تعترف بأن "مكاسب بناء السلام والتنمية التي حققتها البلدان التي تمر بمرحلة انتقالية والبلدان الخارجة من الصراع يمكن خسارتها في ضوء تفشي جائحة COVID-19"

⁶¹ انظر المرجع نفسه، الفقرة الحادية عشرة من الديباجة

⁶² انظر المرجع نفسه، الفقرة الثالثة من الديباجة

⁶³ وفقاً للمادة 33 (1) من ميثاق الأمم المتحدة، "يجب على الأطراف أي نزاع، من شأن استمراره أن يعرض حفظ السلم والأمن الدوليين للخطر، أن يلتمسوا حله بادئ ذي بدء بطريق التفاوض والتحقيق والوساطة والتوفيق والتحكيم، والتسوية القضائية، أو اللجوء إلى الوكالات أو المنظمات الإقليمية أو غيرها من الوسائل السلمية التي يقع عليها اختيارها"، علاوة على ذلك، تنص المادتان 36 و 37 من ميثاق الأمم المتحدة على اختصاص مجلس الأمن للتوصية بما يراه ملائماً من الإجراءات وطرق التسوية في حالة نزاع من الطبيعة المشار إليها في المادة 33.

عن حل داخل مجلس الأمن، ومع ذلك فإن هذه الصفقات قد تؤدي إلى إفراط في تبسيط الأزمة وهذا ما حصل فعلا.

كما تجدر الملاحظة أن من خلال القرار استثناء مجلس الأمن العمليات العدائية المُنفذة ضد تنظيم الدولة في العراق والشام وتنظيم القاعدة وجبهة النصرة وغير ذلك من الجماعات الإرهابية المُصنفة من قِبَل مجلس الأمن، لهذا التوجه ما يبرره، وهو عدم السماح للمجموعات المسلحة المتطرفة باستجماع قواها وإعادة تنظيم صفوفها، لكن خريطة النزاعات المسلحة الدولية تكشف عن أنّ في مجمل النزاعات الدولية في العالم نجد جماعة مسلحة متطرفة مرتبطة بشكل أو بآخر بالمجموعات المذكورة في القرار رقم 2532 (2020)، أو المُصنفة ضمن قائمة الإرهاب الدولي، سواء في إفريقيا أو في منطقة الشرق الأوسط وأفغانستان، وفي كشمير، ما يعني أن أغلبية النزاعات المسلحة في العالم غير معنية بوقف إطلاق النار، فحتى عندما تشدد القرار في طلب وقف إطلاق النار أُفرغ مجلس الأمن محتوى هذه المطالبة من مضمونها.

كما يثور التساؤل حول ما إذا كان تأييد مجلس الأمن المتأخر لوقف إطلاق النار العالمي، الذي أصدره الأمين العام في وقت مبكر من الأزمة، قد يساعد حقًا في مكافحة جائحة كوفيد-19؟ على النقيض من طلب وقف إطلاق النار، وهو أمر شائع في القرارات التي تتناول النزاعات المسلحة، يبرز طلب "الهدنة الإنسانية" - التي تمت صياغته في الفقرة 2 من القرار المذكور أعلاه - لجميع الأطراف المشاركة في النزاعات المسلحة لمراقبة توقف إنساني دائم في 90 يومًا متتاليًا على الأقل، لهدف ضمان التسليم الآمن للمساعدات الإنسانية، حيث يعد قيمة مضافة باعتباره ابتكاراً حديثاً في ممارسة مجلس الأمن، وقد ورد مثل هذا الطلب في القرار رقم 2401

(2018) بشأن النزاع المسلح في سوريا⁶⁴، ألا أن صيغة طلب الهدنة الإنسانية في القرار الأخير تختلف بعض الشيء عن صيغة القرار رقم 2532 (2020)، بأن توقف جميع الأطراف الأعمال العدائية وتضمن هدنة إنسانية لمدة 30 يوماً على الأقل في جميع أنحاء سوريا⁶⁵، وتجدر الإشارة إلى أنه في حالة القرار رقم 2401 (2018) كان هذا الطلب مدعوماً بفقرة من الديباجة تؤكد على أن "الدول الأعضاء ملزمة بموجب المادة 25 من ميثاق الأمم المتحدة بقبول وتنفيذ قرارات المجلس"⁶⁶، وهذا يعني أن الأساس الذي استند عليه القرار هو الفصل السابع من الميثاق وبالتالي فإن طلب الهدنة الإنسانية في القرار رقم 2401 (2018) يجب أن يتمتع بآثار ملزمة، خلاف ذلك لا يوجد أي إشارة مماثلة للمادة 25 من ميثاق الأمم المتحدة في القرار رقم 2532 (2020) الأمر الذي سيجعل من تقويض طلب التوقف الإنساني أمر لا مفر منه.

كما ذكرنا سابقاً، كانت نقطة الخلاف الحاسمة في التفاوض بشأن القرار رقم 2532 (2020)، والتي كافحت الصين والولايات المتحدة حولها على وجه الخصوص، هي الإشارة إلى دور منظمة الصحة العالمية في إدارة جائحة كوفيد - 19، و مع إن حذف اسم منظمة الصحة العالمية من النص كان هو الحل، فإن القرار رقم 2532 (2020) لا يتجاهل تماماً موضوع إدارة التهديد العالمي الناجم عن الأزمة الصحية، وقد تم تناول هذه النقطة في الفقرة الرابعة من ديباجة القرار، مع

⁶⁴ مجلس الأمن الدولي، القرار رقم 2401 (2018)، المؤرخ في 24 فبراير 2018، S / RES / 2401

⁶⁵ يمثل الاختلاف بين النصين في أن القرار رقم 2401 (2018) يستخدم الفعل "يُطالب" لطلب وقف إنسانية، بينما يستخدم القرار رقم 2532 (2020) مصطلح "يُهيّب"، وتجدر الإشارة إلى أن القرار رقم 2401 (2018) ينص أيضاً بصيغة مطابقة تقريباً للصيغة الواردة في القرار رقم 2532 (2020)، على أن وقف الأعمال العدائية والتوقف الإنساني لا ينطبقان على العمليات المسلحة ضد الجماعات الإرهابية، انظر المرجع نفسه، الفقرة الثانية.

⁶⁶ انظر المرجع نفسه، الفقرة الثالثة عشرة من الديباجة.

التأكيد على ذلك "تتطلب مكافحة هذا الوباء قدرًا أكبر من التعاون والتضامن الوطني والإقليمي والدولي، واستجابة دولية منسقة وشاملة وعالمية مع قيام الأمم المتحدة بدور تنسيقي رئيسي".

يطرح التساؤل في هذه الفقرة حول الدور الرئيسي لمنظمة الأمم المتحدة في تنسيق الاستجابة الدولية اللازمة للتعامل مع الوباء، و ما إذا كان من الممكن، داخل منظومة الأمم المتحدة، تحديد جهاز أو مؤسسة معينة قد تتولى زمام المبادرة في الاستجابة لحالات الطوارئ الصحية العالمية؟ وهل من الممكن أن يكون لمجلس الأمن دور تنسيقي، خاصة عندما تؤثر الأوبئة العالمية على حفظ السلام والأمن؟ و في هذا الصدد يمكن الإشارة إلى الدور الذي قام به مجلس الأمن و ما اتخذه من إجراءات في مسألة تفشي فيروس إيبولا حيث تكمن من حث الدول على تنفيذ التوصيات ذات الصلة الصادرة عن منظمة الصحة العالمية⁶⁷، وبالتالي خلق التزامًا قانونيًا من خلال قرارات لها قوة الإلزام، كما تجدر الإشارة إلى أن عمل مجلس الأمن في مسائل الأوبئة العالمية، أثار مخاوف الدول الأعضاء في الأمم المتحدة بشأن التداخل في الاختصاصات" بين عمل مجلس الأمن وعمل الأجهزة والمؤسسات الأخرى التابعة لمنظومة الأمم المتحدة المعهود إليها بمهام في المجالات الاقتصادية

⁶⁷ انظر القرار رقم 2177 (2014) حيث يحث مجلس الأمن الدول الأعضاء على تنفيذ التوصيات المؤقتة ذات الصلة الصادرة بموجب اللوائح الصحية الدولية (2005) فيما يتعلق بتفشي فيروس إيبولا لعام 2014 في غرب إفريقيا، وقيادة التنظيم والتنسيق وتنفيذ أنشطة التأهب والاستجابة الوطنية، بما في ذلك، عند الاقتضاء، التعاون مع الشركاء الدوليين في التنمية والشؤون الإنسانية.

والاجتماعية على وجه الخصوص، الجمعية العامة أو المجلس الاقتصادي والاجتماعي أو منظمة الصحة العالمية⁶⁸.

تشير ديباجة القرار رقم 2532 (2020) صراحةً إلى قرار الجمعية العامة رقم 270/74 المؤرخ في 2 أبريل، بشأن التضامن العالمي لمكافحة جائحة كوفيد-19⁶⁹، إلا أن مجلس الأمن امتنع في باقي القرار عن الخوض في مجال اختصاصات الجمعية العامة المتعلقة بالجوانب الاجتماعية أو الاقتصادية أو الإنسانية التي ينطوي عليها انتشار الوباء، حيث أنه لم يتم ذكر القرار رقم 274/74 المؤرخ في 20 أبريل 2020 الذي تبنته الجمعية العامة بشأن الوصول إلى اللقاحات والمعدات الطبية لمواجهة جائحة كوفيد-19⁷⁰، على العكس من ذلك فإن جميع إجراءات مجلس الأمن في القرار رقم 2532 (2020) تتعلق بتأثير كوفيد-19 على السلم والأمن، وبناء عليه يوفر القرار رقم 2532 (2020) دليلاً إضافياً لما توصلت إليها محكمة العدل الدولية حيث رأت بأن هناك "اتجاه متزايد لدى الجمعية العامة و مجلس الأمن للتعامل بالتوازي مع ذات المسائل: بينما كان مجلس الأمن يميل إلى

⁶⁸ أثار جنوب إفريقيا هذا الموضوع في الاجتماع عبر الفيديو و الذي عقد في 2 يوليو 2020 في مجلس الأمن حول موضوع " الحفاظ على السلام والأمن الدوليين: تداعيات كوفيد-19"، انظر البيان الصحفي للأمم المتحدة SC/14241 (رقم 3)، البث الشبكي الكامل للمناقشة متاح على الموقع: www.un.org/securitycouncil/content/Meetings-2020-vc

⁶⁹ قرار الجمعية العامة رقم 270/74، المؤرخ في 2 أبريل 2020، بشأن "التضامن العالمي لمكافحة مرض فيروس كورونا 2019 (COVID-19)"، انظر الهامش 12

⁷⁰ قرار الجمعية العامة رقم 274/74 المؤرخ في 20 أبريل 2020 بشأن "التعاون الدولي لضمان الوصول العالمي إلى الأدوية واللقاحات والمعدات الطبية لمواجهة وباء كوفيد-19"، انظر الهامش 12

التركيز على جوانب هذه الأمور المتعلقة بالسلم والأمن الدوليين ، اتخذت الجمعية العامة وجهة نظر أوسع ، مع مراعاة جوانبها الإنسانية والاجتماعية والاقتصادية⁷¹ . ومع ذلك قد يُطرح التساؤل عما إذا كان موقف مجلس الأمن الخجول حيال وباء كوفيد -19 يرجع إلى الشعور بالتعاون و التنسيق بين المؤسسات أو بالأحرى إلى نهج اختزالي تجاه المسألة بكاملها، يبدو أن الفرضية الأخيرة هي الأقرب إذا نظرنا إلى النقطة 4 من القرار رقم 2532 (2020)، حيث يطلب المجلس من الأمين العام المساعدة في ضمان قيام جميع الأجزاء ذات الصلة في منظومة الأمم المتحدة، بما في ذلك الأفرقة القطرية للأمم المتحدة، وفقاً لولايات كل منها، بتسريع استجابتها لوباء كوفيد-19 مع التركيز بشكل خاص على البلدان المحتاجة، بما في ذلك البلدان التي توجد في حالات نزاعات مسلحة أو متضررة من أزمات إنسانية، وتبقى حقيقة أن مجلس الأمن، بسبب انعدام الثقة الذي تغلغل فيه نشاطه منذ عدة سنوات، فقد دون شك فرصة للاستثمار في مجال الأمن الصحي الدولي والتفكير في التطورات المحتملة في أدوات الأمن الجماعي لمواجهة هذا التهديد الجديد.

⁷¹ انظر الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية، التبعات القانونية لبناء جدار في الأرض الفلسطينية المحتلة، 2004، Rep 136، 149-150 الفقرة 27.

الخاتمة

من خلال تقييم إجراء مجلس الأمن في مواجهة وباء كوفيد-19، وبعد الاطلاع على القرار رقم 2532 (2020)، يتبين أن التدابير المنصوص عليها في القرار المذكور محدودة النطاق، و متواضعة في تأثيرها، بالإضافة إلى ذلك تبني مجلس الأمن موقفاً غير حازم إلى حد ما في قيادة وتنسيق الاستجابة العالمية ضد الوباء، حيث كان تدخل مجلس الأمن في مواجهة تهديدات هذه الأزمة الصحية العالمية هو "الحث على العمل" المنسق للجهات الفاعلة والمؤسسات المعنية الأخرى، متجاوزاً بذلك الاستجابة الوظيفية الصارمة لوباء كوفيد-19، وهذا يعني أن مهمة مجلس الأمن لم تكتمل بعد.

في الواقع من بين أسباب هذا الفشل النسبي "التوقيت السيئ" للقرار رقم 2532 (2020)، وبعيداً عن أوجه القصور في محتواه، جاء القرار في وقت كانت فيه جميع الجهات المؤسسية الفاعلة الرئيسية المختصة بالتعامل مع الوباء، حاضرة و صوتها مسموعاً، هذا العيب في توقيت عمل مجلس الأمن يثير حتماً العديد من التساؤلات حول مصداقية وفاعلية الإجراء الذي تبناه المجلس.

كما تظهر مشكلة أساسية أخرى تتعلق بالقرار رقم 2532 (2020)، حيث يمكن القول إن الشفافية كانت إحدى ضحايا الإجراء الخاص الذي اتخذته مجلس الأمن في ضوء الظروف الاستثنائية التي سببها فيروس كوفيد-19، فمن عيوب الإجراء الذي ينظم شؤون مجلس الأمن أثناء حالة الطوارئ عدم وجود أي تسجيلات

رسمية تعكس موقف أعضاء مجلس الأمن بشأن القرار رقم 2532 (2020) بالكامل.⁷²

و الجدير بالذكر أنه في اليوم التالي لاعتماد القرار رقم 2532 (2020)، تم عقد اجتماع مفتوح رفيع المستوى عبر الفيديو في مجلس الأمن للنظر في موضوع " حفظ السلم والأمن الدوليين: تداعيات كوفيد-19"⁷³، وقد يبدو هذا تطوراً إيجابياً في أوقات الطوارئ، خاصة أن المناقشات المفتوحة يشار إليها كأحد الأدوات التي تساعد في تعزيز مشاركة أعضاء الأمم المتحدة في الموضوعات المتعلقة بالسلم والأمن الدوليين.⁷⁴

ومع ذلك لا يمكن تجنب الانطباع بأن معظم أعضاء مجلس الأمن المتدخلين في هذا الاجتماع كانوا أكثر اهتماماً بالتعليق على القرار الذي تم اعتماده في اليوم السابق - في محاولة متأخرة لتقديم بعض الأفكار حول صياغته - بدلاً من مناقشة الآثار العامة لوباء كوفيد-19 على السلم والأمن الدوليين، علاوة على ذلك، أن الطابع "المفتوح" للنقاش حول المسألة ظل افتراضياً إلى حد كبير، فقد تدخل أعضاء المجلس الخمسة عشر فقط في النقاش بالفيديو في 2 يوليو 2020، ووفقاً للتقاهم الذي تم التوصل إليه بين أعضاء المجلس بشأن هذا التداول بالفيديو، تم بعد ذلك

⁷² في الواقع اقتصر اجتماع الفيديو لمجلس الأمن الدولي، في 1 يوليو 2020، على بيان رئيس المجلس الذي أعلن فيه نتيجة التصويت على القرار رقم 2532 (2020)، كما تم تقديم بيانات مكتوبة تتضمن تفسيرات بشأن التصويت من قبل سبعة أعضاء من المجلس (الصين وإندونيسيا والاتحاد الروسي وسانت فنسنت وجرينادينز وجنوب إفريقيا والمملكة المتحدة والولايات المتحدة)، 2 يوليو 2020، S/2020/638
⁷³ وللحصول على ملخص مكتوب لهذا الاجتماع، البيان الصحفي للأمم المتحدة SC/14241 (العدد 3)، راجع الهامش 69

⁷⁴ انظر مذكرة رئيس مجلس الأمن الدولي، 30 أغسطس 2017، (S/2017/507)، المعروفة أيضاً باسم 'note 507'، أي الوثيقة التي تتعلق بالتدابير الرئيسية التي تهدف إلى تعزيز كفاءة وشفافية مجلس الأمن، الفقرات 38-44 و16-17 والفقرات 92-100.



جمع البيانات المكتوبة المقدمة من سبع وأربعين دولة أخرى من الدول الأعضاء في الأمم المتحدة في وثيقة رسمية لمجلس الأمن⁷⁵، لذلك تبقى هذه الترتيبات محدودة الأثر في تعزيز شرعية وشفافية المجلس، و يبقى الجدول قائم بشأن دور القرار رقم 2532 (2020) وإجراء مجلس الأمن فيما يتعلق بوباء كوفيد -19، في تعزيز فاعلية هذه الجهاز.

⁷⁵ انظر الرسالة المؤرخة في 8 يوليو 2020، الموجهة من رئيس مجلس الأمن الدولي إلى الأمين العام للأمم المتحدة والممثلين الدائمين لأعضاء مجلس الأمن الدولي، (9 يوليو 2020)، S/2020/663

قائمة المراجع

مراجع باللغة العربية

أولاً: الكتب

1- أحمد عبدالله أبو العلا، تطور دور مجلس الأمن في حفظ الأمن و السلم الدوليين، دار الكتب القانونية، مصر، 2005،

ثانياً: الوثائق و النصوص

1- ميثاق الأمم المتحدة

2- النظام الداخلي المؤقت لمجلس الأمن الدولي

3- الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية، التبعات القانونية لبناء جدار في الأرض الفلسطينية المحتلة، 2004، Rep 136

4- الجمعية العامة، القرار رقم 270/74، المؤرخ في 2 أبريل 2020 بشأن "التضامن العالمي لمكافحة مرض فيروس كورونا 2019 كوفيد-19"،
A/RES/74/270

5- الجمعية العامة، القرار رقم 274/74، المؤرخ في 21 أبريل 2020 بشأن "التعاون الدولي لضمان الوصول العالمي إلى الأدوية واللقاحات والمعدات الطبية لمواجهة كوفيد-19"،
A/ RES74 / 274

6- مجلس الأمن الدولي، القرار رقم 1308 (2000)، المؤرخ في 17 يوليو 2000،
S/RES/1308 (2000)

7- مجلس الأمن الدولي، القرار رقم 1983 (2011)، المؤرخ في 7 يونيو 2011،
S/RES/1983 (2011)



- 8- مجلس الأمن الدولي، القرار رقم 2177 (2014)، المؤرخ في 19 سبتمبر 2014، (2014) S/RE/2505
- 9- مجلس الأمن الدولي، القرار رقم 2240 (2015)، المؤرخ في 9 أكتوبر 2015، (2015) S/RES/2240
- 10- مجلس الأمن الدولي، القرار رقم 2250 (2015)، المؤرخ في 9 ديسمبر 2015، (2015) S/RES/2250
- 11- مجلس الأمن الدولي، القرار رقم 2401 (2018)، المؤرخ في 24 فبراير 2018، (2018) S / RES /2401
- 12- مجلس الأمن الدولي، القرار رقم 2472 (2019)، المؤرخ في 31 مايو 2019، (2019) S/RES/2472
- 13- مجلس الأمن الدولي، القرار رقم 2480 (2019)، المؤرخ في 28 يونيو 2019، (2019) S/RES/2480
- 14- مجلس الأمن الدولي، القرار رقم 2502 (2019)، المؤرخ في 19 ديسمبر 2019، (2019) S/RES/2505
- 15- مجلس الأمن الدولي، القرار رقم 2532 (2020)، المؤرخ في 1 يوليو 2020، (2020) S/RES/2532
- 16- مجلس الأمن الدولي، مذكرة رقم 507 المؤرخة في 26 يوليو 2010، (2010) S/2010/507

- 17- مجلس الاتحاد الأوروبي، القرار رقم 430/2020 المؤرخ في 23 مارس 2020، بشأن استثناء مؤقت من النظام الداخلي، 2020، L88 /1
- 18- المحاضر الموجزة لاجتماع مجلس الأمن الدولي بشأن "حفظ السلم والأمن الدوليين، تحديات جديدة للسلم والأمن الدوليين ومنع نشوب النزاعات"، 23 نوفمبر 2011، S/PV.6668
- 19- المحاضر الموجزة للجلسة المتعلقة بـ "حفظ السلم والأمن الدوليين، معالجة التحديات المعاصرة المعقدة للسلم والأمن الدوليين، 20 ديسمبر 2017، S/PV.8144
- 20- مذكرة رئيس مجلس الأمن الدولي، 30 أغسطس 2017، S/2017/507
- 21- الرسالة المؤرخة في 8 يوليو 2020، الموجهة من رئيس مجلس الأمن الدولي إلى الأمين العام والممثلين الدائمين لأعضاء مجلس الأمن، 9 يوليو 2020، S/2020/663
- 22- رسالة الرئيس الصيني لمجلس الأمن الدولي، بتاريخ 27 مارس 2020، (S / 2020/253)
- 23- دعوة الأمين العام للأمم المتحدة إلى وقف إطلاق نار عالمي، 23 مارس 2020، SG / SM / 20018
- 24- مسودة النص المقدم من فرنسا وتونس بشأن الاستجابة لوباء كوفيد-19، S / 2020/607



ثالثاً: المواقع الالكترونية

1- القرار رقم 2515 (2020) بشأن كوريا الشمالية، والقرار رقم 2516 (2020) بشأن الصومال، والقرار رقم 2517 (2020) بشأن السودان، والقرار رقم 2518 (2020) بشأن قوات حفظ السلام، هذه القرارات متاحة على:

<https://www.un.org/securitycouncil/ar/content/resolutions-adopted-security-council2020>

2- القرارات التي تم اعتمادها في مايو: القرار رقم 2519 (2020) والقرار رقم 2521 (2020) و القرار رقم 2523 (2020) بشأن السودان و جنوب السودان، القرار رقم 2520 (2020) بشأن الحالة في الصومال، القرار رقم 2522 (2020) بشأن الحالة في العراق، أما بالنسبة للقرارات التي تم اعتمادها في يونيو: القرار 2524 (2020) و القرار 2525 (2020) بشأن الحالة في السودان و جنوب السودان، و القرار رقم 2526 (2020) بشأن الحالة في ليبيا، هذه القرارات متاحة على:

<https://www.un.org/securitycouncil/ar/content/resolutions-adopted-security-council-2020>

3- قرار جمعية الصحة العالمية، 19 مايو 2020، متاح على:

<https://news.un.org/en/story/2020/05/1069152>

4- تصريحات رئيس الوزراء البريطاني بوريس جونسون، 2020/3/13، متاحة على:

<https://www.youm7.com/story/2020/3/13>

5- تصريحات رؤساء الدول بشأن وباء كوفيد-19، متاحة على:

<http://alboslanews.com>

6- الأمم المتحدة، "في مواجهة العدو المشترك، كوفيد-19، يدعو الأمين العام إلى وقف إطلاق نار عالمي: أوقفوا القتال على الفور"، 23 مارس 2020، SG / SM / 20018، متاح على:

<https://news.un.org/ar/story/2020/03/1051882>

7- الأمم المتحدة، "اليمن: في مواجهة كوفيد-19، الأمين العام يدعو إلى وقف فوري للأعمال العدائية"، 25 مارس 2020، SG / SM / 20020، متاح على:

<https://news.un.org/ar/story/2020/03/1052072>

8- البيان الصحفي للأمم المتحدة SC/14241، 2 يوليو 2020، متاح على

www.un.org/press/en/2020/sc14241.doc.htm

9- أعمال منظمة الأمم المتحدة بشأن وباء كوفيد-19 من خلال الرابط التالي:

<https://www.un.org/ar/coronavirus>

10- صندوق النقد الدولي في مواجهة جائحة كوفيد-19، متاح على:

[https://www.imf.org/ar/About/FAQ/imf-response-to-covid-](https://www.imf.org/ar/About/FAQ/imf-response-to-covid-19)

[19](https://www.imf.org/ar/About/FAQ/imf-response-to-covid-19)

11- تقرير الوكالة الدولية للطاقة الذرية، متاح على:

[https://www.iaea.org/ar/newscenter/news/kayf-ytmu-alkashf-ean-fayruskuafida19-biastikhdam-taqniat-RT-](https://www.iaea.org/ar/newscenter/news/kayf-ytmu-alkashf-ean-fayruskuafida19-biastikhdam-taqniat-RT-PCR-fi-alwaqt-alhaqiqi)

[PCR-fi-alwaqt-alhaqiqi](https://www.iaea.org/ar/newscenter/news/kayf-ytmu-alkashf-ean-fayruskuafida19-biastikhdam-taqniat-RT-PCR-fi-alwaqt-alhaqiqi)

12- اليونسكو، الصحافة و الأخبار الزائفة، متاح على:

<https://ar.unesco.org/journalism-fake-news-and-disinformation-handbook>

13- اليونسكو، التحالف العالمي للتعليم من اجل استمرار التعلم، متاح على:

<https://ar.unesco.org/covid19/globaleducationcoalition>

14- استجابة برنامج الأمم المتحدة الإنمائي لمرض كوفيد-19، متاح

على:

<https://www.arabstates.undp.org/content/rbas/ar/home/coronavirus.html>

15- أخر التطورات حول وباء كوفيد 19، متاحة على:

<https://www.who.int/en/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>

16- تقييم المدير العام لمنظمة الصحة العالمية حول إدارة وباء كوفيد -

19، متاح على:

<https://www.un.org/sg/en/content/sg/speeches>

17- الدعوة إلى التنازل عن العقوبات الاقتصادية من قبل جنوب إفريقيا وعارضتها الولايات المتحدة، متاح على:

www.whatsinblue.org/2020/06/security-council-resolution-on-covid-19.php

18- ملاحظات الأمين العام للأمم المتحدة إلى مجلس الأمن بشأن وباء كوفيد-19، 9 أبريل 2020، متاح على:

www.un.org/sg/en/content/sg

19- الإحاطة الصحفية اليومية من قبل مكتب المتحدث باسم الأمين العام للأمم المتحدة، 24 مارس 2020، متاح على:

<https://www.un.org/press/fr/2020/dbf200324.doc.htm>

20- مكتب معلومات الأمم المتحدة، "الأمم المتحدة تطلق نداء لجمع أموال بقيمة 2 مليار دولار لمكافحة كوفيد-19 في العالم"، متاح على:

<https://news.un.org/fr/story/2020/03/1064942>

21- الاجتماع عبر الفيديو و الذي عقد في 2 يوليو 2020 في مجلس الأمن حول موضوع "الحفاظ على السلام والأمن الدوليين: تداعيات كوفيد-19"، انظر البيان الصحفي للأمم المتحدة SC/14241 (رقم 3)، البث الشبكي الكامل للمناقشة متاح على الموقع :



www.un.org/securitycouncil/content/Meetings-2020-vtc

رابعاً: مراجع أخرى

- 1- الإذاعة البريطانية المسموعة القسم العربي (راديو BBC)، "الفيروس يدعي ضحية في الأمم المتحدة: الدبلوماسية الشخصية"، 15 مارس 2020؛ التحديات، "فيروس كورونا: فشل مجلس الأمن الدولي"، 23 مارس 2020.

مراجع باللغة الاجنبية

- 1- Le Point, « L'ONU, temple du multilatéralisme ébranlé par le coronavirus », 15 mars 2020, https://www.lepoint.fr/monde/l-onu-temple-du-multilateralisme-ebanle-par-le-coronavirus-15-03-2020-2367193_24.php#
- 2- G.Nesi Les principaux organes politiques des Nations Unies et la pandémie universelle: comment se rencontrer, négocier et délibérer dans des «circonstances nouvelles, extraordinaires et exceptionnelles»? QIL Questions of International Law ; 19 juin 2020, <http://www.qil-qdi.org/>

مدى قدرة المعنى المستخلص من الورقة ومظهرها المتعارف عليه على
تحديد نوع الورقة التجارية

The ability of the meaning derived from the instrument and
its semblance in the determination of the Negotiable
Instrument type.

د. مؤيد أحمد عبيدات*

Tel: 00971561252548

E: obiedat72@yahoo.com

mobeidat@sharjah.ac.ae

الملخص

تبحث هذه الدراسة في موضوع في غاية الأهمية وهو مدى قدرة المعنى المستخلص من الورقة ومظهرها المتعارف عليه على تحديد نوع الورقة التجارية، على اعتبار أن الورقة تكون خالية من اسمها، حيث جاء المشرع الأردني قد بحكم يقضي بأن هذه الورقة تعد سفتجةً أو سنداً لأمر إذا كان المعنى المستخلص منها يدل على ذلك، وتعد شيكاً إذا كان المظهر المتعارف عليه يظهرها كذلك.

وتبرز مشكلة هذه الدراسة في الإجابة على السؤال التالي: ما مدى إمكانية تحديد نوع الورقة التجارية من خلال المعنى المستخلص منها أو من خلال المظهر المتعارف عليه، وقد خلصت الى نتيجة مهمة مفادها عدم إمكانية ذلك في ظل

* عضو هيئة التدريس بقسم القانون الخاص بكلية القانون - جامعة الشارقة.

التشابه الحاصل بين الأوراق التجارية، خاصةً قدر تعلق الأمر بالسفتجة والشيك، وأوصت المشرع الأردني بحذف الفقرات التي تسمح بتحديد نوع الورقة التجارية التي لا تتضمن اسمها من خلال المعنى المستخلص منها أو من خلال مظهرها المتعارف عليه.

الكلمات المفتاحية: المعنى المستخلص، المظهر المتعارف عليه، الورقة التجارية

Abstract

This study discusses a very important subject; the ability of the meaning derived from the instrument and its semblance in the determination of the Negotiable Instrument type, knowing that the instrument doesn't include its name within, Given that the Jordanian legislations stated that this instrument is considered a bill of exchange or a promissory note if the meaning derived from it resembles that, or a cheque if the semblance indicates so.

The problem of the study is answering the following question: to what extent the identity of the Negotiable Instrument can be determined through its semblance or the meaning derived from it, and the result was stating that it can't be done due to the similarity in the Negotiable Instruments, especially when it comes to the cheques and bills of exchange.

The study recommends that the Jordanian Legislators should omit the paragraphs that allow the determination of the Negotiable Instrument Type which doesn't include its name through the derived meaning or the semblance.

Key words: the meaning derived, semblance in the determination, the Negotiable Instrument.

المقدمة

تمثل الأوراق التجارية التزاماً يكون محله دفع مبلغ معين من النقود في أجل معين، ويتم قبول هذه الأوراق كأداة لتسوية الديون وخاصةً التجارية منها، والقواعد التي يتضمنها قانون الصرف تركز في العادة على وجود هذه المحررات المكتوبة، وعلى ضرورة توافر بيانات الزامية يشترطها القانون لصحتها، لذا فهي تتضمن بصورة ما نوعاً من الشكلية تستلزمها القوانين من أجل ضمان سهولة تداولها وتحقيق الاطمئنان اللازم من أجل استيفاء قيمتها في ميعاد استحقاقها.

وحتى تستطيع هذه الأوراق من القيام بوظائفها على أكمل وجه، على اعتبار أنها تعد أدوات وفاء وائتمان، لا بد أن تكون مرنة التداول وتمتاز بسرعة الانتقال، وبعبءه فإنها لا تعد أوراقاً تجارية بل مدنية تخضع في أحكامها للقانون المدني، ومن أجل تمكين الأوراق التجارية من القيام بهذه الوظائف المرجوة منها لا بد من استيفائها لكافة البيانات الإلزامية، خاصةً تلك التي تؤثر على صحتها أو التي من شأنها أن تعرقل أو تعيق تداولها، وتجعل منها لأن تكون محلاً للتفسير أو التأويل حول صحتها أو نوعها.

ومن البيانات الإلزامية التي اشترطها المشرع الأردني في قانون التجارة الأردني رقم (12) لسنة 1966 والتي يجب أن تتضمنها الورقة التجارية هو بيان اسم هذه الورقة، أي بيان تحديد نوعها، لأن من شأن ذلك أن يساعدها على القيام بوظائفها على أكمل وجه على اعتبار أنها من جانب أدوات لنقل النقود، ومن جانب آخر هي أدوات وفاء وائتمان، ولكن قد يحصل أن تتضمن هذه الورقة كافة البيانات الإلزامية التي اشترطتها التشريعات المختلفة باستثناء البيان المتعلق باسمها، أي البيان الذي يحدد نوعها.

ولقد لجأت الكثير من التشريعات الى إبطال هذه الورقة على اعتبار أنها ورقة تجارية كالمشرع الإماراتي والمصري والكويتي، وإدخالها في إطار السندات العادية التي تمثل حقاً لصاحبها محله مبلغ معين من النقود، إلا أن المشرع الأردني قد خرج عن هذا الحكم عند النص على البيانات الواجب توافرها في الأوراق التجارية، فهو على الرغم من اشتراطه ذكر اسم الورقة على اعتبار أنه البيان الذي يحدد نوعها في متنها وباللغة التي كتبت بها في المواد (124/أ، 228/أ، 222/أ) من قانون التجارة والمتعلقة بالسفينة (سند السحب) والشيك والسند لأمر وعلى التوالي، إلا أنه عاد بعد ذلك في المواد (125/و، 229/د، 223/و) من ذات القانون وأورد بعض الاستثناءات على البيانات الإلزامية والتي لا تؤثر على صحة الورقة التجارية إن خلت منها، ومنها بيان تحديد نوع الورقة أي اسمها.

بناءً على ذلك وحسب أحكام هذه المواد فإنه إذا كان المعنى المستخلص من الورقة التي أماننا وتخلو من اسمها يدل على أنها سفينة أو سند لأمر فهي كذلك، وإذا كان المظهر المتعارف عليه للورقة يدل على أنها شيك فهي كذلك، وبذلك فقد

نهج المشرع الأردني نهجاً مغايراً لمعظم التشريعات العربية بهذا الخصوص، والتي لم تكتفِ الى حد عنونة الورقة باسمها، وإنما اشترطت ضرورة أن يكتب اسمها في متنها في صلب الأمر أو التعهد الذي تتضمنه.

من هنا تبرز أهمية هذه الدراسة على اعتبار أنها تبحث موضوعاً في غاية الأهمية، يتعلق في موقف المشرع الأردني بخصوص الاستثناء الوارد على البيانات الإلزامية والمتعلق باسم الورقة التجارية والذي خرج فيه عن اجماع التشريعات العربية، لما يمثله ذلك من عدم قدرة الأوراق التجارية على تحقيق وظائفها وأهدافها، كما أنه يتعارض مع المبادئ والأسس التي يقوم عليها قانون الصرف، ومن شأن هذا الأمر أن يكون محلاً للاستغلال من قبل بعض المتعاملين بهذه الأوراق من خلال الاستفادة من هذه الثغرة القانونية للتهرب من الأحكام القانونية المطبقة على بعض الأوراق التجارية.

نظراً لهذا التوجه للمشرع الأردني تبرز مشكلة هذه الدراسة في كونها تحاول الإجابة على السؤال التالي: ما مدى إمكانية تحديد نوع الورقة التجارية في حال خلوها من بيان تحديد نوعها (اسمها) من خلال المعنى المستخلص منها في كل من السفتجة أو السند لأمر، أو من خلال المظهر المتعارف عليه في الشيك؟ وتحاول هذه الدراسة الإجابة على التساؤلات التالية:

1- ما هو المقصود بالمعنى المستخلص من الورقة التجارية أو المظهر المتعارف عليه؟

2- ماهي الاتجاهات التشريعية والقضائية والفقهية المختلفة في تحديد نوع الورقة التجارية؟

- 3- ما مدى نجاح المشرع الأردني في النهج الذي أخطه لنفسه، وهل من شأن ذلك أن يقلل من حالات بطلان الورقة التجارية؟
- 4- هل أن توجه المشرع الأردني من شأنه التأثير على قيام الورقة التجارية بوظائفها، وهل هذا يؤثر ذلك على تمتعها بخصائصها؟
- 5- ما تأثير التشابه والاختلاف في البيانات الإلزامية في الأوراق التجارية على تحديد نوعها؟

تبنى الباحث في هذه الدراسة منهج البحث الوصفي التحليلي لأحكام وقواعد قانون التجارة الأردني رقم (12) لسنة 1966، مع إجراء دراسة مقارنة مع قانون المعاملات التجارية الاماراتي رقم (18) لسنة 1993، مع الاستعانة ببعض التشريعات العربية الأخرى وأحكام القضاء والآراء الفقهية كلما استلزمت الحاجة لذلك.

لتحقيق كل ما تقدم فقد تم تقسيم هذه الدراسة الى مبحثين تناول الأول منها ماهية المظهر المتعارف عليه والمعنى المستخلص من الأوراق التجارية، وقد تم البحث في هذا الموضوع من خلال مطلبين خصص الأول لمفهوم المعنى المستخلص والمظهر المتعارف عليه، بينما بحث الثاني في الاتجاهات الأخرى في تحديد نوع الأوراق التجارية، أما المبحث الثاني فقد تناول دور البيانات الإلزامية الواردة في الورقة في تحديد نوعها، وتحقق ذلك من خلال مطلبين تناول الأول منها التشابه بين الأوراق التجارية، بينما تطرق الثاني للاختلاف بين الأوراق التجارية.

المبحث الأول

ماهية المظهر المتعارف عليه والمعنى المستخلص من الأوراق التجارية

تشتت التشريعات المختلفة ذكر كلمة كمبيالة أو سند لأمر أو شيك في متن الورقة التجارية⁽¹⁾، وقد جرى العمل على ذكر هذه الكلمات في متن الأوراق التجارية للدلالة على نوعها، والابتعاد بها عن الاختلاف الذي قد يحصل حول طبيعتها في حال عدم ذكر اسمها في متنها، وقد أرادت التشريعات بذلك تحديد طبيعة هذه الورقة ونوعها وتوجيه نظر من يوقع عليها الى طبيعة الالتزام الناشئ عن توقيعه، ويضاف الى ذلك أن ذكر اسم الورقة في متنها من شأنه أن يغني عن ايراد عبارة (لأمر)، والتي تفيد قابلية هذه الورقة بالانتقال من شخص الى آخر بالتظهير⁽²⁾.

ولكن المشرع الأردني في قانون التجارة الأردني لم يجعل من تخلف ذكر اسم الورقة التجارية في متنها سبباً لبطلانها، وإنما عدّها صحيحة إذا كان المعنى المستخلص في كل من السفتجة أو السند لأمر يدل على أنها سفتجة أو سند لأمر

(1) يسمي المشرع الأردني الكمبيالة بالبوليصة أو سند السحب أو السفتجة وهو أمر يجد سنده القانوني في نص المادة (124/أ) من قانون التجارة الأردني رقم (12) لسنة 1966، كما يسمي هذا المشرع السند لأمر بالكمبيالة أو السند لأمر في نص المادة (222/أ) من ذات القانون. وتقوم السفتجة بوظيفة الوفاء بالديون الخارجية، بينما يقوم الشيك والسند لأمر بوظيفة الوفاء بالديون الداخلية، أنظر بهذا الخصوص عماد الدين أحمد عبد الحي وأحمد السيد لبيب، شرح القانون البحري في دولة الامارات العربية المتحدة، مطبعة الجامعة، الشارقة، سنة 2015، ص395.

(2) عزيز العكلي، الوسيط في شرح التشريعات التجارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص334.

فتعتبر كذلك، أو إذا كان المظهر المتعارف عليه في الشيك يدل على أنه شيك فيعد كذلك، وهنا أجد ضرورة تحديد المقصود بالمعنى المستخلص والمظهر المتعارف عليه، وتمييزهما عن المبادئ التي تحكم قانون الصرف، وتحديد موقف التشريعات والقضاء من كفاية هذه المسائل لتحديد نوع الأوراق التجارية، وبيان الاتجاهات المختلفة بهذا الخصوص وعلى النحو التالي:

المطلب الأول

مفهوم المعنى المستخلص والمظهر المتعارف عليه

لم يعطِ المشرع الأردني مفهوماً للمعنى المستخلص من الورقة التجارية (السفتجة، السند لأمر) في حال خلوهما من هذين اللفظين على التوالي، كما أنه لم يبيّن مفهوم المظهر المتعارف عليه في الشيك، كما لم يحدد لنا الضوابط التي تضبط كلا اللفظين والجهة التي من حقها أن تستخلص ذلك، أو ضابط المظهر العام المتعارف عليه، وكما يبدو لي فإن كلا اللفظين يختلفان مع المبادئ التي تحكم الأوراق التجارية والوظائف التي تؤديها، وهو الأمر الذي سيتم تناوله تباعاً على النحو التالي:

الفرع الأول: تعريف المعنى المستخلص والمظهر المتعارف عليه

يعد خلو الورقة التجارية من اسمها عيباً ظاهراً فيها، ويرى اتجاه في الفقه بعدم جواز عذر الحامل في حالة عدم وجوده بحجة جهله بالقانون، كونه يعد بياناً إلزامياً لذا يجب عليه الاطلاع على الورقة التي تسلمها وأن يقوم بفحصها بتأني بهدف الوقوف على ما يشوبها من نقص، وفي حالة عدم قيامه بذلك ونتيجة لجهله في القانون وعدم اطلاعه على الورقة لاكتشاف خلوها من هذا البيان، فيجب هنا أن

يتحمل ما يترتب على ذلك من أثر قانوني وهو بطلان الورقة الخالية من هذا البيان الالزامي، كما أن تداول الورقة التجارية يستلزم السرعة لذا لا بد أن تتضمن هذه الورقة كافة الشروط الشكلية التي اشترطها القانون، ولا مجال للقياس أو التأويل في تحديد نوعها، لأن من شأن ذلك أن يؤدي الى إثارة الجدل حول هذا النوع، الأمر الذي من شأنه أن يلحق ضرراً بالقواعد القانونية التي تخضع لها الورقة التجارية⁽³⁾.

وتعد الأوراق التجارية محررات عرفية مكتوبة لا يستلزم التصديق عليها من الكاتب العدل، وهذا لا يعني عدم إمكانية القيام بذلك، وعلى الرغم من أنها تعد محررات عرفية إلا أن أطرافها لا يوجد لديهم الحرية الكاملة عند تحريرها في وضع البيانات التي يريدونها، بل تعد هذه الأوراق ذات أشكال محددة قانوناً تتضمن بيانات اشترطتها التشريعات المختلفة⁽⁴⁾.

يعتبر المشرع الاردني أن تحديد نوع الورقة التجارية من خلال ذكر اسمها يعد من البيانات الإلزامية التي اشترط توافرها في هذه الورقة، وهو أمر واضح في نص المادة

(3) حسنين ضياء نوري علي، الحوالة التجارية الناقصة: بحث مقارنة في قوانين التجارة العراقية وقانون جنيف الموحد للأوراق التجارية، منشور في مجلة العلوم الاقتصادية، مج 5، ع21، العراق، سنة 2008، ص98،99.

(4) الحسن ابو عيسى، ميكانيزمات الكمبيالة، بحث منشور في مجلة القصر، ع17، المغرب، مايو 2007، ص71. وتعزف الأوراق التجارية على أنها محررات مكتوبة وفق أشكال محددة قانوناً محلها مبلغ معين من النقود تكون مستحقة الأداء لدى الاطلاع أو بعد أجل معين أو قابل للتعيين، وتكون قابلة للتداول بالطرف التجارية وتقوم مقام النقود في التعامل، أنظر بهذا الخصوص بشار حكمت ملكاوي وعماد عبد الحي ومظفر الراوي، شرح الأوراق التجارية في قانون المعاملات التجارية الاماراتي، جامعة الشارقة، الامارات العربية المتحدة، سنة 2017، ص8.

(124/أ) من قانون التجارة الأردني رقم (12) لسنة 1966 وتعديلاته، حيث اشترطت ذكر كلمة بوليصة أو سفتجة أو سند سحب في متن السند باللغة التي كتب بها، كما اشترطت المادة (222/أ) والتي حددت مشتزمات السند لأمر ضرورة أن يشتمل على شرط الأمر أو لفظ سند لأمر أو كمبيالة في متن هذا السند وباللغة التي كتب بها، ومن أجل تحديد هوية الشيك فقد ألزمت المادة (228/أ) ذكر كلمة شيك في متن السند وباللغة التي كتب بها.

وسبب لجوء المشرع الأردني الى اشتراط ايراد بيان يحدد نوع الورقة التجارية يعود الى ضرورة تمييز الأوراق التجارية عن بعضها البعض، وصولاً الى تطبيق الأحكام الخاصة بكل ورقة عليها⁽⁵⁾، وعلى الرغم من اشتراط هذا المشرع ذكر نوع الورقة التجارية في متنها وباللغة التي كتبت بها، إلا أنه عاد بعد ذلك ولم يرتب البطلان على خلو الورقة التجارية من بيان تحديد نوعها، وجعل الورقة صحيحة إذا خلت من هذا البيان إذا كان المعنى المستخلص من متنها يدل على أنها سفتجة (سند سحب ، بوليصة)⁽⁶⁾، أو إذا كان هذا المعنى يدل على أنها سند لأمر (كمبيالة)⁽⁷⁾، أو كان المظهر المتعارف عليه يدل على أنها شيك فتعد كذلك⁽⁸⁾.

⁽⁵⁾ فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري (الأوراق التجارية)، ج2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، سنة 2009، ص74.

⁽⁶⁾ وهو ما أشارت له المادة (125/و) من قانون التجارة الأردني رقم (12) لسنة 1966 وتعديلاته.

⁽⁷⁾ حددت ذلك المادة (223/و) من قانون التجارة الأردني رقم (12) لسنة 1966 وتعديلاته.

⁽⁸⁾ وهو ما نصت عليه المادة (229/د) من قانون التجارة الأردني رقم (12) لسنة 1966 وتعديلاته.

وهنا يطرح التساؤل حول المقصود بالمعنى المستخلص من الورقة (سند السحب، السند لأمر) لتحديد هويتها، والمظهر المتعارف عليه (الشيك)؟ ولماذا استخدم المشرع الأردني كلا اللفظين بحيث ميّز بين سند السحب والسند لأمر من جانب وبين الشيك من جانب آخر؟

للإجابة على ذلك لابد من الإشارة الى أنه لا يوجد في كتب الفقه ما يسعفنا في هذا الأمر، ولكن من خلال استقراء النصوص الواردة بهذا الخصوص فإن المشرع قد قصد بالمعنى المستخلص من الورقة هو حصر البيانات الإلزامية الواردة في الورقة التجارية التي ينقصها لفظ تحديد نوعها، واستعمال دلالات هذه البيانات من أجل الدلالة على نوع الورقة التجارية فيما إذا كانت سفتجة (سند سحب) أو سند لأمر. وهو أمر يقتضي بالضرورة دراسة كل بيان من هذه البيانات، ويتم بعد ذلك تحديد اسم الورقة التجارية التي اشترط المشرع الأردني هذا البيان فيها، وبعد حصر مجموع البيانات يتم استنباط اسم هذه الورقة وتحديد نوعها.

أما بخصوص المقصود بالمظهر المتعارف عليه فلا بد من الإشارة هنا الى أن المشرع الأردني قد جعله ضابطاً للتمييز ما بين الشيك وغيره من الأوراق التجارية الأخرى، ولم يكتفِ هذا المشرع بالمظهر العام للشيك، بل لابد أن يكون هذا المظهر متعارفاً عليه، وأشار هنا الى أن هذا المشرع لم يحدد مفهوم المظهر العام، كما أنه لم يبيّن لنا الطائفة التي يجب أن تتعارف على هذا المظهر، والضابط الذي يتحدد به هذا المظهر المتعارف عليه لتحديد فيما إذا كانت الورقة الخالية من تحديد نوعها شيكاً وليست شيئاً آخر.

يمكن القول هنا بأن المظهر العام للشيك هو نمط الورقة الخالية من بيان تحديد نوعها من حيث دلالتها الذاتية على وجودها كورقة تجارية (شيك) من عدمه، ويتحقق ذلك من خلال اعتماد البيانات الواردة في هذه الورقة ومقارنتها مع تلك البيانات الإلزامية التي اشترطها المشرع الأردني في الشيك، فإذا كانت مطابقة لها فهذا يعني أن مظهر الورقة الخالية من اسمها هي شيك بالمعنى القانوني الوارد في قانون التجارة الأردني رقم (12) لسنة 1966 وتعديلاته.

أما بخصوص اشتراط هذا المشرع أن يكون هذا المظهر متعارفاً عليه، فكما يبدو لي فإن ذلك يتحقق إذا كانت الورقة الخالية من بيان تحديد نوعها تتضمن كافة البيانات التي تضعها المصارف في نماذج الشيكات الصادرة عنها لعملائها واتخذت نفس أشكالها وأنماطها، وهنا لا بد من الإشارة الى أن المشرع الأردني في قانون العقوبات لا يعترف بهذه الورقة الخالية من بيان لفظ شيك لغايات ارتكاب جريمة اصدار شيك دون رصيد، حيث اشترط ضرورة تحريره باستخدام النموذج الصادر من المسحوب عليه (البنك، المصرف)، وفي حال تخلف ذلك فلا مجال لتجريم مرتكب الفعل بإصدار شيك دون رصيد⁽⁹⁾. وأشار هنا الى أن هذا قد ورد في تعديل لاحق على قانون العقوبات الأردني في سنة 2017، وهذا التعديل كما يبدو لي يتعارض مع مفهوم الشيك الوارد في قانون التجارة الأردني ويناقضه، إذ اعترف هذا القانون بأي ورقة تحرر عليها كافة البيانات التي اشترط توافرها في الشيك وأضفى عليها صفة

(9) ورد هذا الحكم في نص المادة (5/421أ) من قانون العقوبات الأردني المعدل حيث جاء فيها "5-ينحصر نطاق تطبيق الفقرة (1) من هذه المادة بالشيك الذي يتحقق فيه الشرطان التاليان: أ-أن يكون محرراً باستخدام النموذج الصادر من البنك المسحوب عليه."

الشيك، لذا أَدْعُو المشرع الأردني في قانون العقوبات الى العدول عن هذا التعديل، لوجود تعارض بينه وبين قانون التجارة الأردني وبصرف النظر عن مبررات هذا التعديل. لذا فإن المظهر المتعارف عليه للورقة يتحدد وفق النماذج الصادرة عن البنوك (المصارف)، فإذا كانت الورقة الخالية من بيان تحديد نوعها تشبه تلك النماذج وتتضمن كافة البيانات الواردة فيها، فهذا يعطي دلالة على أن هذه الورقة تعد شيكاً بالمعنى المقصود الوارد في قانون التجارة الأردني وتعديلاته⁽¹⁰⁾.

الفرع الثاني: تمييز المعنى المستخلص والمظهر المتعارف عليه عما يشته بهما

قد يتداخل مفهوم المعنى المستخلص والمظهر المتعارف عليه للورقة التجارية مع بعض المفاهيم القانونية التي قد تتداخل معهما، وهذه المفاهيم ذات علاقة وصلة مباشرة بقانون الصرف، والمبادئ التي يقوم عليها هذا القانون، لذا كان لا بد من بيان هذا التداخل الحاصل بين هذه المفاهيم، بحيث يمكن استخلاص ما يميّز المعنى المستخلص والمظهر المتعارف عليه الذي اعتمد عليه المشرع الأردني لتحديد هوية الورقة التجارية عن هذه المفاهيم وعلى النحو التالي:

أولاً: الورقة المتضمنة لاسمها بلغة أخرى غير اللغة التي كتبت بها

حدد المشرع الأردني البيانات الإلزامية التي يجب أن تتضمنها الورقة التجارية في المادة (124) من قانون التجارة الأردني، ومن بينها كلمة بوليصة أو سفتجة أو سند

(10) لقد تم تحديد ذلك الأمر في نص المادة (229/د) من قانون التجارة الأردني وتعديلاته، والتي اعتبرت أن الورقة إذا خلت من لفظ شيك وكان مظهرها المتعارف عليه يدل على أنها شيك فتعد كذلك، كما حددت المادة (228) من ذات القانون البيانات الواجب توفرها في الورقة حتى تعد شيكاً بالمعنى القانوني.

سحب مكتوبة في متن السند وباللغة التي كتب بها⁽¹¹⁾، كما أورد هذا المشرع ذات الشرط في المادة (222/أ) من ذات القانون والمتعلقة بتحديد البيانات الإلزامية في السند لأمر⁽¹²⁾، وكذلك المادة (228/أ) من ذات القانون والتي تحدد البيانات الإلزامية الواجب توفرها في الشيك⁽¹³⁾.

في ضوء هذا الشرط والمتمثل بضرورة أن تتضمن الورقة التجارية اللفظ الذي يحدد نوعها وباللغة التي كتبت بها، يثار السؤال حول مدى إمكانية تحديد نوع الورقة التجارية إذا تضمنت اسمها بلغة أخرى غير اللغة التي كتبت بها؟
بهذا الخصوص يرى اتجاه في الفقه بإمكانية أن تحرر الورقة التجارية بلغات عدة، وهذا الأمر لا يؤثر على صحتها ولا يمنع من تحديد نوعها⁽¹⁴⁾، لذا يمكن أن يكون الشيك حسب هذا التوجه الفقهي محرراً باللغة العربية، ولكن كلمة شيك التي تحدد نوعه مكتوبة باللغة الإنجليزية (Check)، وقد يحصل ذلك في الأحوال التي

⁽¹¹⁾ وقد قابل هذه المادة ما ورد لدى المشرع الاماراتي في المادة (484/أ) من قانون المعاملات التجارية رقم (18) لسنة 1993.

⁽¹²⁾ ويقابل هذه المادة لدى المشرع الاماراتي المادة (1/591) من قانون المعاملات التجارية رقم (18) لسنة 1993.

⁽¹³⁾ وقد اشترطت المادة (1/596) من قانون المعاملات التجارية الاماراتي مثل هذا الشرط باشتراطها أن يتضمن الشيك لفظ شيك مكتوب في متن الصك وباللغة التي كتب بها.

⁽¹⁴⁾ فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص50

يتم فيها تهيئة أشكال من الأوراق التجارية مطبوعة بلغة معينة (نماذج)، ويقتصر دور الساحب على ملء الفراغات فيها بلغته الوطنية⁽¹⁵⁾،

بعكس ذلك يرى اتجاه آخر في الفقه بعدم جواز تحرير الورقة التجارية بأكثر من لغة، ويجب تحديد اسمها بذات اللغة التي حررت بها، أي أن تتضمن لفظ سفتجة (سند سحب) أو لفظ شيك أو سند لأمر بذات اللغة التي حررت بها الورقة⁽¹⁶⁾، كما يجيز أصحاب هذا الاتجاه كتابة الورقة التجارية بلغة أجنبية بشرط أن يكون بيان تحديد نوعها مذكوراً باللغة التي كتبت بها⁽¹⁷⁾.

كما يبدو لي هنا فإن كلا المشرعين الأردني والاماراتي قد اشترطا كتابة اللفظ الذي يحدد نوع الورقة التجارية بذات اللغة التي كتبت بها، حيث يعد اشتراط المشرع الأردني لهذا الشرط متعارضاً مع عدم ابطاله للورقة التجارية التي لا تتضمن اللفظ الدال على نوعها إذا كان المعنى المستخلص من الورقة يفيد أنها سند سحب أو سند لأمر، أو كان مظهرها المتعارف عليه يدل على أنها شيك، فكيف له اشتراط أن يكتب

⁽¹⁵⁾ أكرم ياملكي، القانون التجاري (الأوراق التجارية: دراسة مقارنة)، اثناء للنشر والتوزيع، عمان، ومكتبة الجامعة، الشارقة، سنة 2012، ص43.

⁽¹⁶⁾ عفيف شمس الدين، الاسناد التجارية والافلاس، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة 2010، ص299، وكذلك أشرف رفعت، شرح قانون الشيك من الناحية التجارية والجنائية في ظل قانون التجارة الجديد، بحث في المؤتمر العلمي الثاني للقانونيين المصريين (المشاكل العملية الناشئة عن تطبيق قانون التجارة الجديد-مصر)، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والاحصاء والتشريع، يونيو، القاهرة، سنة 2000، ص5.

⁽¹⁷⁾ محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية (الأوراق التجارية: دراسة مقارنة)، مج3، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، سنة 2007، ص278، 279.

هذا اللفظ باللغة التي كتبت بها وفي ذات الوقت لا يبطل الورقة التجارية إن لم تتضمن اللفظ من الأصل، لذا أرى بأن الورقة التي تتضمن اللفظ الذي يحدد نوعها بلغة أخرى يعد أكثر وضوحاً من تلك التي لا تتضمنه نهائياً، كون ذلك يساعد في تحديد نوعها ويجعل من أمر التعرف عليها سهلاً.

كما أقترح على المشرع الأردني بهذا الخصوص تقرير صحة هذه الورقة، على الرغم مما يثيره ذلك من اختلاف في تسميات الأوراق التجارية في اللغات المختلفة واختلاف الأحكام المتعلقة بها من تشريع الى آخر، إلا أن وجود اسم الورقة فيها بلغة غير اللغة التي كتبت بها يشكّل حالة متقدمة على حالة خلوها من اسمها بتاتا، أما بخصوص المشرع الاماراتي فإن كتابة اللفظ الذي يحدد نوع الورقة بغير اللغة التي كتبت بها هو أمر من شأنه أن يؤدي حسب رأبي لدى هذا المشرع الى بطلان الورقة كورقة تجارية، وذلك بسبب عدم التزام صاحبها أو محررها بكتابة اسمها باللغة التي كتبت بها.

ثانياً : شكلية الأوراق التجارية

يعد الالتزام المصرفي بالتزام شديد القسوة على المدين، الأمر الذي دفع التشريعات المختلفة لحمايته من خلال فرض شكل معين للورقة التجارية⁽¹⁸⁾، حتى يتمكن المدين من التعرف على التزامه من حيث المضمون والمدى، حيث لا تستطيع الورقة التجارية أن تؤدي الوظائف التي تقوم بها، أو أن يتم تداولها بسهولة إلا إذا كانت مسألة الوقوف على مضمونها أو صفتها هي مسألة في غاية السهولة، بحيث يمكن التعرف

(18) من هذه التشريعات اتجاه المشرع الأردني والاماراتي والمصري والسعودي وغيرها من التشريعات العربية والأجنبية.

عليها بمجرد النظر إليها، ويتفرع عن هذه الخاصية التي تتمتع بها الأوراق التجارية أن كل ورقة لا تتضمن هذه البيانات لاتعد ورقة تجارية بالمعنى القانوني لها⁽¹⁹⁾. بناءً على ذلك فإن الورقة لا تخضع لقانون الصرف إلا إذا تضمنت كافة البيانات الإلزامية التي اشترطت التشريعات توافرها فيها، وتأتي هذه الشكلية التي اشترطتها التشريعات لتحقيق أهداف أهمها تمكين الورقة من القيام بوظائفها، على اعتبار أنها تعد أداة وفاء أو ائتمان حسب الأحوال⁽²⁰⁾، وهذه الشكلية تفترض تفسير العبارات الواردة في الورقة تفسيراً ضيقاً، بحيث يتم الاعتداد بالبيانات الواردة فيها، ومن دون البحث عن نية الموقع الحقيقية عند توقيعه على الورقة، و يعود سبب ذلك الى أن الالتزام بموجب الورقة التجارية يستمد قوته من شكلها الخارجي، لذا فإن قانون الصرف يعتمد على شكل الورقة كمعيار حاسم لاكتسابها صفة الورقة التجارية، من أجل تطبيق الأحكام الخاصة المتعلقة بالأوراق التجارية عليها⁽²¹⁾.

(19) مصطفى كمال طه، ووائل أنور بندق، الأوراق التجارية ووسائل الدفع الالكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص30.

(20) عزيز العكيلي، الأوراق التجارية في القانون التجاري الأردني واتفاقيات جنيف الموحدة، دار مجدلاوي للنشر والتوزيع، عمان، سنة 1993، ص 37.

(21) عزيز العكيلي، انقضاء الالتزام الثابت في الشيك: دراسة في التشريعات المقارنة واتفاقيات جنيف الموحدة، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، سنة 2001، ص39. تعد الأوراق التجارية عقود شكلية حرفية لا تكون صحيحة ولا تسبغ بالصفة التجارية إلا إذا تم تحريرها وصياغتها بصفة معينة بحيث تتضمن بيانات محددة قانوناً وبدقة أنظر بخصوص ذلك سعد بن تركي بن محمد الخثلان، احكام الأوراق التجارية في الفقه الإسلامي، دار ابن الجوزي، شركة الراجحي المصرفية للاستثمار، السعودية (الدمام)، سنة 2004، ص33.

وكما يبدو لي فهناك فرق واضح بين شكلية الأوراق التجارية التي تعد من المبادئ التي يقوم عليها قانون الصرف، وبين معرفة هوية الورقة التجارية من خلال المعنى المستخلص منها، أو من خلال المظهر المتعارف عليه، حيث لا يثير التزام صاحب الورقة أو محررها بمبدأ الشكلية أية مشكلة في تحديد هوية الورقة التجارية، كونها تتضمن كافة البيانات الإلزامية التي اشترطتها التشريعات المختلفة، ومن بينها بيان تحديد هويتها أي اسم الورقة، والذي يتحدد بموجبه نطاق ومدى التزام الساحب أو المحرر، أما معرفة هوية الورقة من خلال المعنى المستخلص أو المظهر المتعارف عليه، فهي مسألة تفترض وجود ورقة تتضمن بيانات اشترطت التشريعات المختلفة ضرورة توافرها في الورقة التجارية، إلا أن هذه البيانات ناقصة لبيان تحديد الهوية، فهنا يفترض التعرف على هوية الورقة من خلال البيانات المذكورة فيها فيما إذا كانت سند سحب أو سند لأمر أو شيك، وهي مسألة تثير الكثير من الإشكالات وتفترض جملة من الاحتمالات المختلفة، لذا يمكن القول بأن البيانات الواردة في الورقة المراد التعرف على هويتها من خلال المعنى المستخلص أو المظهر المتعارف عليه هي جزء من شكلية الورقة التجارية.

ثالثاً : الكفاية الذاتية للورقة التجارية

يقصد بمبدأ الكفاية الذاتية هو أن تكون الورقة التجارية مكتوبة، وأن تكون كافية بذاتها من أجل تحديد نطاق الالتزام بها ولا تحيل الى وقائع أو اتفاقات خارجة عنها⁽²²⁾، وصفة الكفاية الذاتية للأوراق التجارية هي مسألة تتعلق بإثباتها⁽²³⁾، وهذه المسألة هي ما تعكس الاختلاف الواضح بين المعنى المستخلص والمظهر المتعارف عليه من جهة وبين مبدأ الكفاية الذاتية للورقة التجارية من جهة أخرى، ففي الحالة الأولى يساعد المعنى المستخلص والمظهر المتعارف عليه على تحديد نوع الورقة التجارية فيما إذا كانت سند سحب أو سنداً لأمر أو شيكاً، أما في الحالة الثانية فإن مبدأ الكفاية الذاتية هو مبدأ يحكم اثبات الحق الذي تتضمنه الورقة التجارية، لذا كما يبدو لي فإنه لتفعيل مبدأ الكفاية الذاتية لابد أولاً من تحديد نوع الورقة التجارية، وبعد ذلك يتم اللجوء الى اثبات الحق الثابت فيها من خلال عدم الالتفات أو الاستعانة بأوراق أخرى غيرها.

كما يفترض مبدأ الكفاية الذاتية أن تكون الورقة التجارية كافية لوحدها من أجل إصدار حكم بموجبها يقضي بوجود دين لحاملها على الملتزمين بها، وهو أمر يفترض

⁽²²⁾ قرار محكمة التمييز الأردنية في الطعن رقم (1315) لسنة 2006 قضائية والصادر بتاريخ 2007/2/4، والمنشور سنة 2013 في شبكة قوانين الشرق، تاريخ الدخول الى الموقع 2018/2/28.

⁽²³⁾ قرار محكمة التمييز الأردنية في الطعن رقم (2795) لسنة 2010 قضائية، والمنشور سنة 2013 في شبكة قوانين الشرق، تاريخ الدخول الى الموقع 2018/2/28.

بالضرورة صدورها بشكل صحيح متضمنة لكافة البيانات الإلزامية، وتبقى هذه الصفة ملازمة لها لحين انقضاء التزام المدين بموجبها بالتقادم⁽²⁴⁾.

لذا وكما يبدو لي لا يتم اللجوء الى تفعيل مبدأ الكفاية الذاتية للورقة التجارية إلا بعد تحديد فيما إذا كانت الورقة المتنازع عليها من عدمه هي ورقة تجارية، فإن كانت كذلك يتم تفعيل هذا المبدأ الذي يحكم الأوراق التجارية، وقد يحصل هنا التداخل ما بين المعنى المستخلص والمظهر المتعارف عليه من جهة وبين مبدأ الكفاية الذاتية من جهة أخرى إذا كانت الورقة لا تتضمن بيان تحديد نوعها، لأننا سنكون أمام ضرورة تحديد هذا النوع من أجل تطبيق مبدأ الكفاية الذاتية، لأن هذا الأخير لا يطبق إلا في الأحوال التي نكون فيها أمام ورقة تجارية من أجل تحديد نطاق التزام المدين بها في مواجهة حاملها ، وتحديد نوع الورقة الخالية من بيان اسمها يحتاج بالضرورة الى الرجوع الى البيانات الواردة فيها فقط، دون الحاجة الى اللجوء الى أوراق أو وسائل اثبات أخرى، بل يجب أن يدل المعنى المستخلص أو المظهر المتعارف عليه على هوية هذه الورقة ونوعها.

⁽²⁴⁾ محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص26.

المطلب الثاني

الاتجاهات الأخرى في تحديد نوع الورقة التجارية

تعددت الاتجاهات المتعلقة بتحديد نوع الورقة التجارية، ويأتي ذلك من الفلسفة التي يعتنقها كل اتجاه سواء كان تشريعياً أم فقهيًا أو قضائياً، كما تنتوع المبررات التي سيقت من وراء اعتماد كل اتجاه للرأي الذي ذهب إليه، وسيتم في هذا المطلب التطرق لهذه الاتجاهات المختلفة ومبرراتها وعلى النحو التالي:

الفرع الأول: تحديد نوع الورقة بشكل صريح

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى ضرورة تحديد نوع الورقة التجارية بشكل صريح في متنها، من خلال قيام الساحب في سند السحب أو الشيك أو المحرر في السند الأدنى بوضع اسم الورقة التجارية بشكل صريح وعدم الاعتراف بالورقة كورقة تجارية إذا لم تتضمن اسمها، وقد برز هذا الاتجاه في معظم التشريعات المقارنة وعلى النحو التالي:

أولاً: المشرع الإماراتي وتوجه القضاء في الإمارات

تشرط المادة (1/484) من قانون المعاملات التجارية الإماراتي رقم (18) لسنة 1993 ضرورة أن تشتمل الكمبيالة على لفظ كمبيالة مكتوبة في متن الورقة وباللغة التي كتبت بها، وبعبارة ذلك فإن المشرع الإماراتي لا يعد الورقة الخالية من بيان تحديد نوعها كمبيالة، حيث اعتبر هذا المشرع بأن الكمبيالة التي تخلو من البيانات التي حددها المادة السابقة لا تعد كمبيالة إلا إذا خلت من بيان مكان الوفاء أو مكان الانشاء أو تاريخ الاستحقاق وتوافرت البدائل المفترضة قانوناً، على اعتبار أنها تعد استثناءات سمح بها هذا المشرع لإضفاء صفة الكمبيالة على الورقة الخالية منها، ولم

يذكر من بينها بيان تحديد نوع الكمبيالة وهو لفظ كمبيالة مكتوب في متنها باللغة التي كتبت بها⁽²⁵⁾.

كما يشترط هذا المشرع ذات المسألة في كل من السند الاذني والشيك، إذ اشترطت المادة (591) من ذات القانون ضرورة أن يشتمل السند الاذني على شرط الاذن أو عبارة سند لاذن أو لأمر وباللغة التي كتب بها، كما تشترط المادة (1/596) من ذات القانون بأن تشتمل الورقة التجارية حتى تعد شيكاً على لفظ شيك وبذات اللغة التي كتب بها، وبعبارة فإن المشرع الاماراتي كما يبدو لي لا يعترف بالورقة الخالية من بيان تحديد نوعها كورقة تجارية، حتى لو كان المعنى المستخلص منها يدل على أنها سند اذني أو كمبيالة، والدليل على ذلك ما أورده هذا المشرع من استثناءات متعلقة بهذا الخصوص، والتي بوجودها لا يكون هناك أي أثر على صحة الورقة كورقة تجارية، حيث لم تتضمن هذه الاستثناءات موضوع خلو الورقة من بيان تحديد نوعها⁽²⁶⁾، وهذا الأمر يقود الى القول بأن الورقة إذا كانت خالية من بيان تحديد نوعها فإنه لا يمكن تحديد هذا النوع بطريقة أخرى، وذلك لاشتراط المشرع الاماراتي ذلك صراحةً في قانون المعاملات التجارية.

أما بخصوص توجه القضاء الاماراتي بهذا الخصوص فقد قررت المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية بأن الشيك ما هو إلا ورقة تجارية تتضمن أمراً صادراً من

⁽²⁵⁾ أشارت الى هذه الاستثناءات المادة (485) من قانون المعاملات التجارية الاماراتي رقم (18) لسنة 1993.

⁽²⁶⁾ حددت هذه الاستثناءات كل من المادتين (592، 597) من قانون المعاملات التجارية الاماراتي رقم (18) لسنة 1993.

الساحب الى المسحوب عليه بدفع مبلغ معين من النقود عند الاطلاع لشخص معين أو لأمره، ولا تعتبر هذه المحكمة شيكاً بهذا المفهوم، إلا إذا تضمن كافة الشروط القانونية الواردة في المادة (596) من قانون المعاملات التجارية الاماراتي، وبشرط أن يكتب هذا اللفظ بذات اللغة التي كتب بها الشيك⁽²⁷⁾.

وهناك توجه آخر للمحكمة الاتحادية العليا الاماراتية في الأحكام الجزائية الصادرة عنها، ولغايات قيام جريمة اصدار شيك دون رصيد فقد اعتبرت هذه المحكمة بأن الشيك في حال استيفاءه للمقومات التي تضي عليه الشكل القانوني، والتي من شأنها أن تحقق وظيفته وتجعل منه أداة وفاء، ذلك أن خلوه من لفظ شيك لا يؤدي الى رفع الحماية الجنائية عنه ومن دون الاعتداد بما نص عليه قانون المعاملات التجارية الاماراتي، وحجة المحكمة في ذلك يأتي من كون أن ذلك يتفق مع الأغراض التي يحققها الشيك، والمتمثلة بتحقيق حماية ثقة الجمهور فيه وسهولة التعامل به، فمن أجل عدم إعطاء المكنة للساحب لتعييبه بحيث يقوم بإصدار شيكات لا تتفق مع ما يتطلبه قانون المعاملات التجارية من ضرورة أن يشتمل على لفظ شيك، وهذه مسألة قد لا يفطن لها المستفيد، فيتحقق بوجودها بأن يكون الشيك أداة للتغريب والغش والاستغلال، كما يكون وسيلةً للاستيلاء على أموال الناس، كما ترى هذه المحكمة بأن الشيك وحسب توجه القانون الجنائي هو ذلك المحرر الذي يتضمن الشروط الشكلية التي تحفظ له مظهره، على اعتبار أنه يعد أداة وفاء يتضمن بيانات كافية تحمل في

⁽²⁷⁾ قرار المحكمة الاتحادية العليا الاماراتية رقم (126) لسنة 2007 في الطعن التجاري والصادر في 19 يونيو 2007، منشورات شبكة قوانين الشرق.

ظاهرها على الاعتقاد بأنه شيك ويتوجب دفعه كونه يتضمن أمراً صادراً من الساحب الى أحد البنوك بدفع مبلغ معين وبتاريخ معين⁽²⁸⁾.

وكما يبدو لي فقد تعارضت أحكام القضاء الاماراتي التجارية مع الجزائية، وهنا لا بد من توحيد هذه الأحكام، فليس من المعقول أن ينظر الى نوع الشيك وتحديده من منظورين مختلفين عن بعضهما، لذا أرى بضرورة أن يلجأ القضاء الى تطبيق الأحكام القانونية الواردة في قانون المعاملات التجارية الاماراتي، فليس من المعقول أن يتم تجريم شخص بارتكاب جريمة اصدار شيك دون رصيد من دون أن يعترف القانون بهذه الورقة على أنها ورقة تجارية (شيك) بالمعنى القانوني، وهذا التوجه للقضاء الجزائي في الامارات ينسجم مع ما جاء به المشرع الأردني في قانون التجارة من كفاية المظهر العام المتعارف عليه في تحديد نوع الورقة التجارية (الشيك).

ثانياً : المشرع الكويتي وتوجه القضاء في الكويت

لجأ المشرع الكويتي الى اعتناق مبدأ ضرورة تحديد نوع الورقة التجارية بشكل صريح في متنها، وقد ثبت ذلك في نصوص المواد (1/405، 506، 1/511) من قانون التجارة الكويتي رقم (68) لسنة 1980، حيث اشترط هذا المشرع ضرورة أن

(28) قرار المحكمة الاتحادية العليا الاماراتية رقم (34) جزاء الصادر بتاريخ 25 يونيو 1994، منشورات شبكة قوانين الشرق.

تشتمل الكمبيالة على لفظ كمبيالة في متن الورقة وباللغة التي كتبت بها، ولا يعترف هذا المشرع بالكمبيالة إذا خلت من اسمها ولا يعدها كمبيالة⁽²⁹⁾.

كما لم يعترف هذا المشرع بالشيك الخالي من بيان تحديد نوعه، ولا يعد الورقة شيكاً بالمعنى القانوني إذا خلت من لفظ شيك مكتوب في متنه باللغة التي كتب بها⁽³⁰⁾، وذات الحكم أخذ به هذا المشرع بخصوص السند لأمر مع اختلاف بسيط بأن جعل عبارة شرط الأمر أو عبارة السند لأمر هما ما تحددان نوعية هذا السند، فإذا خلا السند لأمر منهما فلا يعد سنداً لأمر بالمعنى القانوني⁽³¹⁾.

نخلص هنا بخصوص المشرع الكويتي في أنه لم يكتفِ بالمعنى المستخلص من الورقة أو المظهر المتعارف عليه من أجل تحديد نوعها.

أما بخصوص القضاء الكويتي فلم يخرج عما ذهب اليه المشرع الكويتي باشتراطه ذكر بيان نوع الورقة التجارية في متنها، وحجته في ذلك أن المشرع قد رسم تصميماً دقيقاً للورقة التجارية، حيث استوجب ذكر بيانات معينة فيها بهدف تحقيق مبدأى الشكلية والكفاية الذاتية، الأمر الذي يؤدي الى تحديد الالتزام الثابت فيها بدقة

⁽²⁹⁾ لم يجعل المشرع الكويتي في المادة (406) من قانون التجارة رقم (68) لسنة 1980 من خلو الكمبيالة من لفظ كمبيالة من بين الاستثناءات التي أوردتها والتي يمكن أن تصح الكمبيالة في حالة عدم وجودها كمكان الانشاء وميعاد الاستحقاق ومكان الوفاء.

⁽³⁰⁾ اعتبرت المادة (512) من قانون التجارة الكويتي بأن الشيك لا يعد شيكاً إذا خلا من أركانه كم أسماها المشرع الكويتي إلا إذا خلا من بيان مكان الأداء ومكان الوفاء.

⁽³¹⁾ وهو حكم لقانون التجارة الكويتي تضمنته المادة (507)، والتي حددت الاستثناءات التي يصح السند لأمر في حال خلوها منها وهي مكان الانشاء وميعاد الاستحقاق، ولم تذكر لفظ سند لأمر من بينها.

لتنستطيع القيام بوظيفتي الائتمان والوفاء، وإن تخلف أحد هذه البيانات من شأنه ذلك أن يفقد الورقة التجارية صحتها من الناحية المصرفية، وتصبح سنداً عادياً وتتنطبق عليها القواعد العامة في الالتزام⁽³²⁾.

الفرع الثاني: تحديد نوع الورقة على خلاف إرادة الساحب أو أطرافها

ويتعلق هذا الموضوع في مدى قدرة الساحب على تحديد نوع الورقة التجارية بالاستناد الى ارادته، حيث قد يضيف عليها نوعاً ويضع اسماً لها في متنها دون أن يتلاءم ذلك الاسم مع البيانات الإلزامية التي تتضمنها تلك الورقة، ويثور التساؤل هنا حول إمكانية واستطاعة الساحب من تغيير طبيعة الورقة التجارية وإخراجها عن المزايا التي خصّها بها القانون؟

للإجابة عن ذلك لابد من توضيح هذا التساؤل من خلال المثال التالي، حيث يقوم الساحب بتحديد نوع الورقة التجارية، ويذكر ذلك في متنها كأن يذكر فيها بأنها سند لأمر مع أنها تتضمن مميزات وبيانات قانونية للشيك وليس لسند الأمر، فهل يتم اعتماد نوع الورقة التجارية بناءً على التحديد الذي أورده الساحب أم يمكن التدخل من قبل القضاء لتعديل نوعها؟

لقد اجابت على ذلك المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية واعتبرت بأن الشيك إذا ما استوفى المقومات الكفيلة بإضفاء الشكل القانوني عليه، والتي تجعل منه أداة وفاء بنظر القانون فلا يستطيع الساحب هنا تغيير طبيعة هذه الورقة ونوعها، كما لا

⁽³²⁾ قرار لمحكمة تمييز الكويت / الأحكام المدنية والتجارية، في الطعن رقم (1562) لسنة 2007 قضائية الصادر بتاريخ 2007/6/12، منشورات شبكة قوانين الشرق. وكذلك قرارها رقم (751) لسنة 2000 قضائية الصادر بتاريخ 2000/5/4، منشورات شبكة قوانين الشرق.

يستطيع إخراجها عن المزايا التي خصّها بها القانون، فإذا تم وصف الشيك على أنه ورقة أخرى من قبل الساحب، وتضمنت هذه الورقة مزايا الشيك فإن ذلك لا يمنع من قيام جريمة اصدار شيك دون رصيد⁽³³⁾.

هذا الأمر يقود للقول بأن القضاء الاماراتي لا يكتفي فقط بتحديد نوع الورقة التجارية، بل تمتد رقابته الى هذا التحديد، وبناءً على ذلك يمكن له تعديل هذا التحديد من قبل الساحب، وهو الأمر الذي يتعارض مع أحكام قانون المعاملات التجارية، لأنه من غير الممكن أن يبني أحكامه على فرض سوء نية الساحب دائماً، فإذا كان المشرع الاماراتي في القانون أعلاه لا يعترف بالورقة على أنها شيك إلا إذا كانت تتضمن هذا اللفظ، فكيف له أن يعترف بورقة على أنها شيك وهي تتضمن لفظاً آخر، بناءً على ذلك إذا تضمنت الورقة لفظاً آخر وتحققت فيه كافة المستلزمات القانونية فيجب هنا اعتماد تحديد الساحب أو المحرر، وإذا تم الادعاء بغير ذلك فيجب على القضاء ابطالها كورقة تجارية واعتبارها سنداً عادياً، وعدم اللجوء الى البحث في المعنى المستخلص منها أو المظهر المتعارف عليه.

وهناك أيضاً توجه للقضاء المصري بهذا الخصوص فقد أعتبر أن السند الذي يتضمن تعهداً من شخص هو محرره بأن يدفع لشخص ثانٍ هو المستفيد مبلغاً من المال في ميعاد معين، ولم يتضمن هذا السند سوى شخصين محرره والمستفيد منه،

⁽³³⁾ قرار المحكمة الاتحادية العليا الاماراتية رقم (19) جزاء والصادر بتاريخ 14 فبراير لسنة 2012، منشورات شبكة قوانين الشرق.

فإن هذه الورقة تعد سنداً لأمر وليس كمبيالة كما أسبغ عليها طرفاها في متنها، وأن ذلك يعد تطبيقاً لنص المادة (468) من قانون التجارة المصري⁽³⁴⁾.

وهذا يقودني للقول هنا بأن توجه القضاء في كل من الامارات ومصر يعطي للمحكمة الحق في إعادة تحديد نوع الورقة التجارية من خلال المعنى المستخلص أو المظهر المتعارف عليه، بعد أن يضفي عليها أطرافها وصفاً آخر، وأن الاتجاه بهذا الخصوص يسير نحو عدم ابطال تلك الورقة إذا كان أطرافها قد اعطوها تسمية لا تتسجم مع البيانات الإلزامية التي تتضمنها، وأرى هنا بأن الاجتهادات القضائية قد جانبت الصواب في هذه المسألة، خاصة إذا علمنا بأن توجه التشريعات باشتراط ذكر بيان تحديد نوع الورقة في متنها يأتي من باب إغلاق كل ما من شأنه أن يدخل في باب الاجتهاد والتقدير من جهتي القضاء والفقهاء.

الفرع الثالث: مبررات الاتجاهين وتقديرهما

سيقت الكثير من المبررات بشأن الاتجاهات المختلفة من قبل من تبني كل اتجاه من هذه الاتجاهات، وتصب هذه المبررات في تأييد كل اتجاه لرأيه، محاولاً بذلك الوصول الى صحة الرأي الذي تبناه بخصوص تحديد نوع الورقة التجارية.

لقد لجأت التشريعات التي تبنت التحديد الصريح لنوع الورقة التجارية الى وضع الأحكام القانونية التي تحول دون استخدام الورقة في غير الوظائف التي وجدت من أجلها، لذا لا بد من تحديد نوعها صراحةً على أنها شيك مثلاً، لأن من شأن ذلك أن

⁽³⁴⁾ قرار محكمة النفوس المصرية في الطعن رقم (163) لسنة 73 قضائية بتاريخ 2009/11/12، وكذلك قرارها في الطعن رقم (889) لسنة 72 قضائية بتاريخ 2005/5/23، منشورات شبكة قوانين الشرق.

يحول دون استخدامه كأداة انتمان من قبل البعض بعيداً عن الطبيعة القانونية التي خص بها القانون الشيك، والوظيفة التي أرادها من وراء التنظيم القانوني له، وهو أمر يستوجب بالضرورة تحديد اسم الورقة في متنها حتى لا تكون محلاً للاستغلال من قبل البعض وتستخدم في غير وظائفها، ويرى بعض الفقه بأن النقص الحاصل في الكمبيالة بسبب عدم تضمنها لفظ كمبيالة، هو أمر يتعلق بعيوب في الشكل يمكن لأي شخص التعرف عليها ببساطة، لذا فإن بطلان الورقة بسبب عدم تضمنها لاسمها يعد من النظام العام، ويكون باستطاعة أي من أطرافها التمسك به، كما يجوز للمحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها⁽³⁵⁾.

لتحقق الأوراق التجارية ووظائفها فقد تم جعل الالتزام الصرفي التزام يتميز بالطابع الشكلي والحرفي، وهو أمر يقتضي بالضرورة وجود ورقة تجارية تحتوي على كافة البيانات الإلزامية التي اشترطها القانون، والشكلية الصرفية في هذا المقام تعد من النظام العام، بالتالي فإن خلو الورقة من بيان من البيانات الإلزامية يخرجها عن كونها ورقة تجارية، وتخرج من نطاق تطبيق أحكام قانون الصرف عليها⁽³⁶⁾.

تعد هذه الشكلية التي اشترطتها التشريعات المختلفة خروجاً واضحاً وصريحاً عن القواعد العامة التي تستند إلى إرادة المتعاقدين، لذا فإن الورقة عندما تأخذ شكلها القانوني من خلال تضمنها كافة البيانات التي اشترطتها التشريعات، فإنه يمكن

(35) حسنين ضياء نوري علي، المرجع السابق، ص 98.

(36) محمد السيد الفقهي، الأوراق التجارية والإفلاس، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2007، ص 22. وكذلك محمد مصطفى عبد الصادق، الأوراق التجارية والإفلاس في التشريعات العربية، دار الفكر والقانون، المنصورة، سنة 2011، ص 29.

اطلاقها للتداول لأنها تعد كياناً مستقلاً بذاته، فلا تحيل أو تستند الى أي عنصر أو واقعة خارجية من أجل تحديد أوصاف ومضمون الحق فيها، وهو ما يعرف بمبدأ الكفاية الذاتية أو الحرفية أو الكمال للورقة التجارية⁽³⁷⁾.

يجدر الملاحظة هنا بأن الورقة إذا خلت من بيان تحديد نوعها كلفظ سفتجة، ومع ذلك تضمنت الأركان اللازمة لصحة الالتزام، فإنها وإن فقدت صفتها كورقة تجارية وخرجت من نطاق قانون الصرف، فإنها تتحول الى مجرد تعهد مدني أو تجاري حسب الأحوال، كون البيانات التي تتضمنها غير كافية من حيث وضوحها لتحديد نوعها⁽³⁸⁾.

كما يشترط ذكر كلمة شيك في متنه من أجل التعرف على ماهيته بسهولة، لدرء الخط بينه وبين السفتجة⁽³⁹⁾، نظراً لوجود تشابه كبير بين الورقتين قد لا نجده بشأن السند لأمر وبينهما، وأميل هنا الى الرأي والاتجاه الذي يرى ضرورة تحديد نوع الورقة في متنها بشكل صريح، وكما يبدو لي هنا فإن الحرص على ضرورة ذكر اسم الورقة في متنها وباللغة التي كتبت بها وبعبكسه ابطالها، يأتي من باب اغلاق المنازعات التي قد تدور مستقبلاً حول نوعها، وأن عدم ذكر اسمها في متنها قد يعيق من

(37) سعيد يوسف البستاني، وعلي شعلان عوضة، الوافي في اساسيات قانون التجارة والتجار، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة 2011، ص557.

(38) محمد مصطفى عبد الصادق، المرجع السابق، ص37.

(39) بخصوص التشابه بين السفتجة والشيك انظر أكرم ياملكي، المرجع السابق، ص321. السفتجة لدى المشرع الأردني هي ذاتها الكمبيالة لدى المشرع الاماراتي.

تداولها، وهذه الخاصية من أهم الخصائص التي تتمتع بها الأوراق التجارية، لأن عدم حسم موضوع نوعها سيؤدي الى رفضها من قبل المظهر اليه مستقبلاً لعدم اطمئنانه الى التعامل بهذه الورقة، كما أن هذه الورقة ستكون محلاً للتدخل من قبل القضاء لتحديد نوعها، فقد يأخذ المظهر اليه الورقة على اعتبار أنها شيك مطمئناً الى الحماية الجنائية التي تتمتع بها، ثم يثور نزاع بشأن نوعها، حيث يدعي المظهر بأن الورقة التي ظهرها هي كمبيالة، فيقرر القضاء أنها كذلك أي كمبيالة، فهنا يكون اجحاف بحق المظهر اليه الذي قبل بالورقة على اعتبار أنها تعد شيكاً رغبةً منه في الاستفادة من الحماية القانونية بشقيها المدني والجنائي، ونتيجةً لعدم وجود اسمها فيها وامتلاك مدعي العكس للأدلة واستناداً الى المعنى المستخلص منها فإنها تقعد حمايتها الجنائية.

وكما يبدو لي فإن أصحاب الاتجاه القائل بإمكانية تحديد نوع الورقة من خلال المعنى المستخلص أو المظهر المتعارف عليه يحاولون من وراء ذلك التقليل من حالات بطلان الأوراق التجارية، ولكن هذا سيكون على حساب قدرة هذه الأوراق على القيام بوظائفها، كما أنه أمر يتعارض مع خصائصها والمبادئ التي يقوم عليها قانون الصرف.

المبحث الثاني

دور البيانات الإلزامية الواردة في الورقة في تحديد نوعها

تتعدد البيانات الإلزامية التي أوجبت التشريعات المختلفة أن تتضمنها الورقة التجارية، وخاصةً تلك المتعلقة بذكر اسمها لما لذلك من دور في تحديد نوعها، وما لذلك من أثر في لفت نظر موقعيها الى طبيعتها، وكذلك من أجل تحديد مدى الالتزام المترتب على ذلك التوقيع، كما أن من شأن ذلك أن يقضي على الخلاف الدائر حول ماهية هذه الأوراق مما ينعكس إيجاباً على سهولة تداولها، وإثبات ماهيتها عند النزاع بصورة تؤدي في النهاية الى أن تحل هذه الأوراق محل النقود.

لكن الأمر قد يصعب في حالة عدم ذكر اسم الورقة فيها، وهو الأمر الذي بوجوده يصعب تحديد نوعها، خاصةً إذا علمنا بوجود تشابه كبير بين هذه الأوراق قدر تعلق الأمر بالشيك والسفتجة (سند السحب) أو ما تسمى بالكمبيالة لدى المشرع الإماراتي، حيث تنثور مشاكل كثيرة في تحديد نوع هاتين الورقتين في حال خلوهما من اسميهما، وهو أمر من شأنه أن يحدث خللاً في حماية الالتزام الصرفي، ويضعف التعامل بهما من قبل المتعاملين بصورة تنعكس سلباً على ثقتهم، كما يؤثر على قوتها الائتمانية في التعاملات.

لتحديد أوجه الشبه والاختلاف بين الأوراق التجارية ومدى انعكاس ذلك على تحديد نوعها، فإنه أمر سيتم تناوله تبعاً وعلى النحو التالي:

المطلب الأول

التشابه بين الأوراق التجارية

تتشابه الأوراق التجارية لدرجة بوجودها يصعب تحديد نوعها، خاصةً في حال خلوها من بيان اسمها، ولتحديد هذا التشابه وبيان جوانبه المختلفة، وتحديد الآثار التي يعكسها هذا التشابه على صعوبة تمييزها عن غيرها من الأوراق الأخرى، وتأثير ذلك على خصائصها ووظائفها التي تقوم بها ودورها في التعامل، فإنه أمر سيتم تناوله على النحو التالي:

الفرع الأول: أطراف الورقة التجارية

إن أطراف الورقة التجارية وعددهم يشكّلان عاملان مهمان في تحديد نوع الورقة التجارية وبيان طبيعتها، وذلك في الأحوال التي لا تتضمن فيها تلك الورقة اسمها، حيث اشترط المشرع الأردني أن تتضمن السفتجة (سند السحب) ثلاثة أشخاص وهم اسم الشخص الذي يلزمه الأداء (المسحوب عليه) واسم من يجب الأداء له أو لأمره وتوقيع الساحب⁽⁴⁰⁾.

والأمر لا يختلف لدى هذا المشرع بخصوص الشيك، إذ اشترط أن يتضمن الشيك بيانات الزامية، تختلف في أثرها على صحته من بيان لأخر، ومن هذه البيانات اسم المسحوب عليه وتوقيع الساحب، أما بخصوص المستفيد وهو من يتم تحرير الشيك لمصلحته ويعد الدائن الأول للحق الثابت فيه⁽⁴¹⁾ فلم تتضمن المادة (229) من قانون التجارة الأردني هذا البيان، كون المادة (233) من ذات القانون قد أجازت أن يتخذ

⁽⁴⁰⁾ لقد حددت المادة (124) من قانون التجارة الأردني شخوص السفتجة (سند السحب).

⁽⁴¹⁾ عزيز العكلي، الوسيط في شرح التشريعات التجارية، المرجع السابق، ص 369.

هذا البيان صوراً عدة كصدور الشيك باسم شخص معين مع ذكر عبارة لأمر صراحةً أو بدونها، أو صدوره باسم شخص معين مع ذكر شرط (ليس لأمر) أو للحامل، وهنا لا بد من الإشارة الى أن قابلية الورقة التجارية للتداول هي مسألة لا تتعلق بالنظام العام، لذا يجوز أن تتضمن ما يفيد عدم جواز انتقالها بالتظهير⁽⁴²⁾.

أما بخصوص السند لأمر فقد اشترط المشرع الأردني في المادة (222) من قانون التجارة بأن يتضمن شخصين هما من يتوجب الأداء له أو لأمره وتوقيع من أنشأ هذا السند، لذا أجد بأن هناك اختلاف واضح في شخوص الورقة التجارية لدى المشرع الأردني بين السفتجة والشيك من جانب وبين سند الأمر من جانب آخر، لذا يمكن القول بأن الورقة التي أمامنا والتي لا تحتوي على بيان اسمها إذا كانت تتضمن ثلاثة شخوص فهي سفتجة أو شيك، أما إذا كانت تتضمن شخصين فهي سند لأمر، وفي الحالة الأخيرة يشترط أن تكون متضمنة لصيغة التعهد وليس الأمر.

قد تثار مسألة وهي أن تتضمن الورقة ثلاثة أشخاص دون أن تتضمن اسمها، فهنا تقع الحيرة في تحديد نوعها فيما إذا كانت سفتجة أم شيكاً، خاصةً في ظل توافر كافة البيانات الإلزامية التي اشترطها المشرع الأردني في كلا الورقتين في هذه الورقة، لذا سنكون أمام صعوبة بالغة في تحديد نوعها، الأمر الذي من شأنه أن ينعكس سلباً على سهولة تداولها، وهي مسألة تتعارض مع وظائف وخصائص الأوراق التجارية وأساس وجودها، الأمر الذي حدا ببعض الفقه الى عدم الاكتفاء بذكر اسم الورقة كعنوان لها، وإنما يجب أن يذكر في متن الورقة ذاتها، لأن من شأن ذلك

⁽⁴²⁾ هاني دويدار، الأوراق التجارية والافلاس، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة 2006،

أن يؤدي الى تحديد نوعها صراحةً ، ولفت انتباه موقعيها الى أهميتها وقسوة الالتزام الصرفي الذي تتضمنه⁽⁴³⁾.

ولا بد من الإشارة الى أن هناك أدلة أو بيانات قد تؤدي الى تحديد نوع الورقة الخالية من اسمها من بينها بيان اسم المسحوب عليه، وهي مسألة يمكن الرد عليها في أن المشرع الأردني لا يمنع من أن يكون المسحوب عليه في السفتجة أحد المصارف (البنوك)، لذا قد تكون الورقة التي أمامنا هي سفتجة ويدعي حاملها بأنها شيكاً ، خاصةً في الأحوال التي تتضمن فيها كافة البيانات التي يشترطها المشرع في الشيكات ومن بينها أنها مستحقة الأداء لدى الاطلاع، وهو صورة من صور تاريخ الاستحقاق الجائز قانوناً في كلا الورقتين، الأمر الذي يعد عائقاً أمام سهولة تداولها ويشكل صعوبة كبيرة في تحديد نوعها، لذا سيتم اللجوء الى وسائل الاثبات الأخرى من أجل تحديد نوع هذه الورقة وتحديد نطاق الالتزام بموجبها، وهو كما يبدو لي يتعارض مع مبدأ الكفاية الذاتية للورقة التجارية.

كما يمكن إضافة فرض آخر هنا وهو أن الورقة المسحوبة قد تكون شيكاً باطلاً ويدعي حاملها بأنها سفتجة، كما لو سحبها الساحب على شخص طبيعي أو معنوي ليس مصرفاً ، فهنا تكون الورقة عرضة للتأويل من أجل تحديد نوعها وهو ما يتعارض مع حرية تداولها.

⁽⁴³⁾ محمد السيد الفقي، المرجع السابق، ص47.

الفرع الثاني: وجود علاقيتين حقوقيتين

تتشابه السفتجة مع الشيك في وجود علاقيتين حقوقيتين أحدهما بين الساحب والمسحوب عليه والمتمثلة بوجود الرصيد، أما الثانية فهي العلاقة التي تربط الساحب بالمستفيد، فعند النظر الى العلاقة الأولى نجد بأن معظم التشريعات قد اشترطتها⁽⁴⁴⁾، وتعد هاتين العلاقتين أصليتين في كل من السفتجة والشيك على حد سواء، على اعتبار أن الأولى هي التي تسمح للساحب بأن يصدر أمراً للمسحوب عليه من أجل الوفاء بقيمة الورقة التجارية، أما الثانية فتعد عادةً السبب الذي صدرت من أجله هذه الورقة⁽⁴⁵⁾.

على الرغم من تشابه العلاقات في كل من السفتجة والشيك وخاصةً قدر تعلق الأمر بوجود مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه، فإن هناك اختلاف في الوقت الذي تشترط التشريعات المختلفة وجوب توافر هذا المقابل فيه، حيث يشترط المشرع الأردني حتى يعد مقابل الوفاء موجوداً لدى المسحوب عليه في السفتجة أن يكون المسحوب عليه مديناً للساحب بمبلغ مساوٍ على الأقل لمبلغ السفتجة وقت الاستحقاق⁽⁴⁶⁾، بينما في الشيك فقد اشترط هذا المشرع توافره وقت انشاء الشيك⁽⁴⁷⁾.

⁽⁴⁴⁾ من هذه التشريعات قانون التجارة الأردني وقانون المعاملات التجارية الاماراتي وقانون التجارة الكويتي.

⁽⁴⁵⁾ محمد مصطفى عبد الصادق، المرجع السابق، ص 147.

⁽⁴⁶⁾ المادة (134) من قانون التجارة الأردني ويقابلها نص المادة (512) من قانون المعاملات التجارية الإماراتية، حيث نجد الحكم متشابهاً لدى المشرعين.

من هنا تظهر كما يبدو لي أهمية وضرورة تحديد نوع الورقة التجارية من خلال بيان اسمها، وإذا لم تتضمن هذا البيان فإن ذلك سيقود للبحث في هذه العلاقات الخارجية التي نشأت عنها، خاصةً في الأحوال التي قد تصدر فيها الورقة على أنها شيك، ولم يكن مقابل الوفاء موجوداً عند الانشاء، فهنا سيتعرض صاحبها للجزاء الجنائي كونه قد أصدر شيكاً دون رصيد، وحتى يستطيع الساحب التخلص من هذا الجزاء يقوم بالادعاء بأن الورقة ليست شيكاً وإنما هي سفتجة، وهي مسألة تحتاج الى اثبات مما يستدعي الرجوع الى علاقات أخرى خارج إطار الورقة مما يفقدها كفايتها الذاتية، خاصةً في الأحوال التي يكون فيها هذا الساحب سيء النية ويحاول خداع المستفيد.

بينما عندما تكون الورقة ثنائية فهي تستند الى علاقة أصلية تنشأ بين صاحبها والمستفيد منها، وهذا الأمر ينطبق على السند لأمر (الكمبيالة) لدى المشرع الأردني والسند لأمر أو السند الأذني كما أسماه المشرع الاماراتي، وهنا كما يبدو لي يمكن تحديد نوع هذه الورقة على أنها كمبيالة أو سند لأمر خاصةً إذا تضمنت صيغة

(47) المادة (1/231) من قانون التجارة الأردني ويقابلها نص المادة (1/599) من قانون المعاملات التجارية الاماراتي. هنا لا بد من الإشارة إلا اختلاف في الوقت بين المشرعين الأردني والاماراتي حيث حدده المشرع الأردني بوقت الانشاء، بينما حدده المشرع الاماراتي بوقت الإصدار.

التعهد بالدفع، كون السفتجة تفترض وجود ثلاثة أشخاص الساحب والمسحوب عليه والمستفيد⁽⁴⁸⁾، كما تتضمن صيغة الأمر.

كما قد يحصل تشابه ما بين سند السحب من جانب والشيك من جانب آخر إذا تضمنت الورقة اسم المسحوب عليه وكان أحد المصارف (البنوك)، وتضمنت كذلك اسم المستفيد منها وتوقيع صاحبها، وهو أمر من شأنه أن يؤدي الى الوقوع في حيرة تتعلق بتحديد نوعها في ظل هذا التشابه، بينما يظهر الاختلاف في الأحوال التي تكون فيها الورقة مسحوبة للحامل، فهذا يعد دليلاً على أنها شيك وليست سفتجة، لأن معظم التشريعات لا تجيز بأن تسحب السفتجة للحامل⁽⁴⁹⁾، وهو أمر يقود للقول ببطولانها، وعلى الرغم من ذلك يمكن القول بأن الورقة التي تخلو من اسم المستفيد منها قد تكون سفتجة عند تحريرها من قبل الساحب أي أنه يقصد بأن تكون سفتجة وقت تحريرها، إلا أنه قام بتحريرها للحامل فهي في هذه الحالة تعد باطلة لعدم جواز ذلك، وبسبب هذا البطولان يدعي حاملها بأنها شيك وليست سفتجة حتى ينقذها من هذا البطولان.

يجدر أن يلاحظ هنا بأن التشريعات التي لا تسمح بتحرير السفتجة للحامل قد تماشت مع قانون جنيف الموحد بهذا الخصوص، ويبرر أصحاب هذا الاتجاه هذا

⁽⁴⁸⁾ قرار محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 889 السنة 72 قضائية الصادر بتاريخ 23/5/2005، علماً بأن القرار القضائي يتضمن لفظ الكمبيالة كون المشرع المصري يطلق هذا اللفظ على السفتجة.

⁽⁴⁹⁾ ومن هذه التشريعات قانون التجارة المصري في المادة (379)، وكذلك المشرع الأردني في المادة (126) من قانون التجارة، وكذلك المشرع الاماراتي في المادة (494) من قانون المعاملات التجاري الاماراتي.

الخطر في أن هذه السفتجة قد تتعرض لمخاطر الضياع والسرقة، وهنا لا يكون لدى حاملها الشرعي أية وسيلة لإثبات حقة وحمايته، كما أن هذا الأمر قد يؤدي الى تقليل ضمانات هذا الحامل، مما يقود الى عدم التشجع على قبولها من المتعاملين بها⁽⁵⁰⁾، وقد برر اتجاه في الفقه ذلك أيضاً برغبة المشرعين في الإبقاء على جدية الضمانات التي يتمتع بها حامل هذه الورقة⁽⁵¹⁾.

الفرع الثالث: صيغة الورقة

يعد الأمر المطلق بأداء مبلغ معين من النقود واللفظ الذي يحدد نوع الورقة التجارية من البيانات المتلازمة التي حددتها التشريعات المختلفة⁽⁵²⁾، على اعتبار أنهما يعدان من البيانات الإلزامية التي اشترطتها تلك التشريعات، وهذا التلازم يمكن أن يؤدي الى وجود تشابه بين السفتجة والشيك، خاصةً إذا تضمنت الورقة هذه الصيغة دون أن تتضمن اسمها، كون الصيغة تعد نقطة الالتقاء بين السفتجة والشيك، فإذا خلت الورقة من بيان اسمها وتضمنت صيغة الأمر فإنها ستكون عرضةً للاختلاف حول نوعها، ويشترط في هذه الصيغة أن تكون صريحة وبسيطة غير

⁽⁵⁰⁾ محمد السيد الفقي، المرجع السابق، ص56. وكذلك عزيز العكلي، الوسيط في شرح التشريعات التجارية، المرجع السابق، ص335.

⁽⁵¹⁾ عزيز عبد الأمير العكلي، الأوراق التجارية في القانون التجاري الأردني واتفاقيات جنيف الموحدة، المرجع السابق، ص77.

⁽⁵²⁾ أكرم ياملكي، الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، سنة 2009، ص39.

معلقة على شرط⁽⁵³⁾، وإلا فقدت معناها القانوني⁽⁵⁴⁾، ويستوي بأن يكون التعليق على شرط واقف أو فاسخ، لأن هذا التعليق لا يتفق مع طبيعة السفتجة أو الشيك، ويفيد بعدم جواز الوفاء بقيمتها إلا عند تحقق الشرط أو عدم تحققه وحسب الشرط⁽⁵⁵⁾.

إن اشتراط صيغة معينة للورقة التجارية يأتي من باب أن الالتزام الصرفي يعد التزاماً شكلياً وحرفياً، وهذه الشكلية والحرفية لها أهميتها في تحديد البيانات الواردة في هذه الورقة، ولا يمكن التحقق من صحة الورقة واكتمال شروطها القانونية إلا من خلال البيانات الموجودة فيها، لذا لا يمكن اللجوء لتكملة هذه البيانات من خلال وسائل الإثبات الأخرى، لأن من شأن ذلك أن يؤدي الى الفصل بين شكل السند وموضوعه⁽⁵⁶⁾.

يمكن حل هذا التشابه الحاصل كما يبدو لي من خلال قراءة البيانات الإلزامية الأخرى وكذلك الاختيارية، فإذا تضمنت الورقة أمراً غير معلق على شرط بأداء مبلغ معين من النقود، وكانت هذه الورقة مسحوبة على مصرف وكانت للحامل أو لأمره، فهذا يقود للاستنتاج بأن هذه الورقة هي شيك، وذلك على الرغم من أنه قد تظهر لدينا

⁽⁵³⁾ مصطفى كمال طه وكذلك علي البارودي، القانون التجاري (الأوراق التجارية، الإفلاس، العقود

التجارية، عمليات البنوك)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة 2001، ص48.

⁽⁵⁴⁾ قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 44 لسنة 1998 قضائية، منشورات شبكة قوانين الشرق سنة

2013.

⁽⁵⁵⁾ محمد محمود المصري، أحكام الشيك مدنياً وجنائياً، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،

سنة 1999، ص250.

⁽⁵⁶⁾ عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،

سنة 2012، ص48-53.

فرضية أخرى مفادها أن الورقة إذا تضمنت صيغة الأمر وكانت مسحوبة للحامل وسحبت على مصرف هي سفتجة في الأصل عند سحبها لكنها تعد باطللة كونها سحبت للحامل، ثم يدعي بعد ذلك حاملها بأنها شيك وليست سفتجة للهرب من بطلانها، مما يؤدي الى حدوث نزاع أمام المحكمة قد يستخدم فيه طرفي النزاع أدلة اثبات أخرى، من شأنها أن تفقد الورقة كفايتها الذاتية، وهو ما ينعكس سلباً على إمكانية أو سهولة تداولها.

وقد قضت اللجنة القانونية الخاصة بفصل المنازعات المتعلقة بالأوراق التجارية في المملكة العربية السعودية بعدم اعتبار الأوراق محل الدعوى كمبيالات وإنما هي سندات عادية، وبالتالي لا تعد أوراقاً تجارية، حتى في الأحوال التي تتضمن فيها بعض البيانات الإلزامية للكبيالة، كونها تضمنت عبارة "تتعهد بدفع قيمة الصك" كون أن التعهد بالدفع هو شيء والأمر بالدفع شيء آخر، كما لم تعتبر هذه اللجنة هذه الأوراق سندات لأمر كونها خالية من عبارة السند لأمر أو شرط الأمر⁽⁵⁷⁾.

بهذا الخصوص قضت محكمة النقض المصرية بأن الورقة التي تتضمن شخصين هما محرر السند والمستفيد، وتتضمن كذلك تعهد من شخص محررها بأن يدفع مبلغاً من النقود الى شخص آخر في موعد معين هي سند لأمر وليست كمبيالة كما أضيف عليها أطرافها هذه الصفة⁽⁵⁸⁾.

⁽⁵⁷⁾ قرار اللجنة القانونية في وزارة التجارة السعودية في الطعن رقم 20 لسنة 1404 قضائية الصادر بتاريخ 1404/4/22، منشورات شبكة قوانين الشرق 2013.

⁽⁵⁸⁾ قرار محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 163 لسنة 73 قضائية الصادر بتاريخ 2009/11/12، منشورات شبكة قوانين الشرق 2013.

كما رأَت محكمة التمييز الأردنية بأن الشيك بمفهومه القانوني يعد شيكاً إذا اشتمل في متنه على كلمة شيك، وتضمن أمراً غير معلق على شرط بأداء مبلغ معين من النقود واسم المسحوب عليه ومكان الأداء وتضمن تاريخاً واحداً وتم تذييله بتوقيع الساحب، وبناءً على وجود هذه البيانات جميعها فإن الشيك هنا لا يعد سنداً عادياً كما ادعى صاحبه⁽⁵⁹⁾، وهذا يعني بأن محكمة التمييز في هذا المجال قد استخدمت البيانات الواردة في الورقة التجارية لتمييزها عن غيرها من الأوراق ومن ضمنها الصيغة، وهي مسألة سهلة في ظل وجود بيان تحديد نوع الشيك وهو لفظ الشيك في المتن، كما يلاحظ على محكمة التمييز الأردنية بأنها لم تأخذ بفكرة المظهر المتعارف عليه في قرارها هذا، وإنما اعتمدت على فكرة توافر البيانات الإلزامية جميعها في الورقة من أجل تحديد نوعها، هذا يعني أنها اعتمدت على فكرة المعنى المستخلص من الورقة لتحديد هذا النوع.

يجدر أن يلاحظ هنا بأن المشكلة قد تنور كذلك في الأحوال التي تسحب فيها ورقة تجارية في دولة وتكون مستحقة الأداء في دولة أخرى، ومن أبرز ما يتعلق بذلك هو اختلاف تسمية الورقة التجارية بين مكاني السحب والوفاء، كما هو الحال عليه في اختلاف تسمية السفتجة لدى المشرعين الأردني والإماراتي، حيث يطلق المشرع الإماراتي على السفتجة لفظ الكمبيالة، وصولاً لهذه النقطة قد تكون المسائل سهلة في موضوع تطبيق أحكام تنازع القوانين، ولكن ماذا لو كانت هذه الورقة خالية أصلاً من بيان تحديد نوعها؟

⁽⁵⁹⁾ قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 438 سنة 2006 قضائية الصادر بتاريخ 2006/9/20، منشورات شبكة قوانين الشرق لسنة 2013.

هنا يجد القاضي الاماراتي نفسه ملزماً بتطبيق أحكام قانون التجارة الأردني على اعتبار أنه القانون الواجب التطبيق، وهنا يلزم بتحديد نوع هذه الورقة لدى المشرع الأردني ومن ثم تحديد ما يقابلها لدى المشرع الاماراتي الذي لا يعترف بهذه الورقة ويضفي عليها صفة البطلان، الأمر الذي من شأنه أن يعيق تداولها وهو ما يتعارض مع خصائص وطبيعة الأوراق التجارية⁽⁶⁰⁾.

كما يرى اتجاه في الفقه بهذا الخصوص بأن اختصاص قانون محل نشوء الالتزام الصرفي في تحديد شكل الورقة التجارية يعد ذات طبيعة ملزمة وليست اختيارية، فهو اختصاص أمر والزامي⁽⁶¹⁾، ويرى اتجاه آخر في الفقه بأن العبرة لا تتحدد بالمكان الذي تم فيه انشاء الورقة أو اللغة المستعملة في ذلك المكان، وإنما تكون العبرة في اللغة التي تم استعمالها في تحرير هذه الورقة في حال اختلاف التسميات إذا كانت تلك الورقة تتضمن اسماً مختلفاً بين مكاني الانشاء والوفاء⁽⁶²⁾.

⁽⁶⁰⁾ يأتي موقف المشرعين الأردني والاماراتي بخصوص اخضاع شكل الورقة التجارية لقانون الدولة التي حررت على اقليمها تلك الورقة انسجاماً مع اتفاقيتي جنيف لسنة 1930 في مادتها الثالثة وكذلك سنة 1931 في مادتها الرابعة.

⁽⁶¹⁾ عكاشة محمد عيد العال، المرجع السابق، ص58.

⁽⁶²⁾ أكرم ياملكي، الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، المرجع السابق، ص43.

المطلب الثاني

الاختلاف بين الأوراق التجارية

تتعدد الأوراق التجارية وتختلف أحكامها، وعلى الرغم من وجود التشابه بين هذه الأوراق وحسب ما تم بيانه سابقاً خصوصاً قدر تعلق الأمر بالسفتجة والشيك، فإن هناك اختلاف في بياناتها المشروطة قانوناً والأحكام التي تخضع لها هذه الأوراق، وهذا الاختلاف قد يؤثر على صحتها إذا لم تتضمن بيان تحديد نوعها، ويمكن كذلك من خلال هذا الاختلاف التمييز بين هذه الأوراق من جانب، ومن جانب آخر قد نفع في موضوع في غاية الأهمية ملخصه أن الورقة التي أمامنا قد قصد أطرافها بأن تكون شيكاً عند تحريرها، كونها لا تتضمن اسمها إلا أنها قد تفيد معنى السفتجة والعكس كذلك، وإذا كان من السهولة بمكان تمييز السفتجة والشيك عن الكمبيالة⁽⁶³⁾ لوجود اختلافات متعددة تتعلق بشخص الورقة وصيغتها، إلا أن هناك صعوبة بالغة في التمييز بين السفتجة والشيك، وهو أمر لا يمكن تحديده إلا من خلال بيان أوجه الاختلاف بينها، على الرغم من أن هذا الاختلاف قد يقرأ من جانبين ويدعو الى تفسير إرادة اطراف الورقة عند تحريرها، أو البحث في ادلة الاثبات لتحديد نوعها، وهذا الاختلاف بين الأوراق التجارية وأثره على تحديد نوعها سيتم تناوله على النحو التالي:

⁽⁶³⁾ وهو اللفظ الذي أطلقه المشرع الأردني على السند الأدنى أو السند لأمر لدى المشرع الاماراتي.

الفرع الأول: اختلاف التواريخ

تظهر أهمية التواريخ في الأوراق التجارية بشكل جلي وواضح، ومن خلال هذه التواريخ يمكن تحديد نوعها إذا كانت لا تتضمن اسمها، وهذا قدر تعلق الأمر بتاريخي الانشاء والاستحقاق، لما لتاريخ الانشاء من أهمية في تحديد أهلية الساحب أو المحرر، أو لتحديد إذا كانت الورقة مسحوبة في فترة الريبة، أو من أجل تحديد ميعاد الاستحقاق إذا كانت مسحوبة بتاريخ معين ومستحقة الأداء بعد مضي مدة معينة من تاريخ الانشاء بالنسبة للسفحة والكمبيالة⁽⁶⁴⁾، أو لتحديد المدة الواجب تقديمها فيها للمسحوب عليه من أجل الاطلاع إذا كانت مسحوبة ومستحقة الأداء لدى الاطلاع أو بعد مضي مدة معينة من الاطلاع، كما أن هناك أهمية كبيرة لتاريخ الاستحقاق حيث تحدّد من خلاله مواعيد تقديم الورقة للوفاء، كما تبدأ مدد التقادم بالسريان من هذا التاريخ.

قد تظهر لدينا فرضيات عدة تتعلق بالورقة التي لا تتضمن اسمها والمراد تحديد نوعها، كأن تتضمن الورقة لتاريخين أحدهما للإنشاء والآخر للاستحقاق، وبوجود هذه الفرضية نكون أمام سفحة أو سنداً لأمر (كمبيالة)، وسيتم استبعاد فرضية كونها شيك، حيث اشترط المشرع الأردني بيانات الزامية يجب أن تتضمنها السفحة أو السند لأمر من بينها تاريخي الانشاء والاستحقاق⁽⁶⁵⁾، فإذا تضمنت صيغتها أمراً

⁽⁶⁴⁾ فوزي محمد سامي، الأوراق التجارية في قانون دولة الامارات العربية المتحدة، اثره للنشر والتوزيع، الأردن، ومكتبة الجامعة، الشارقة، سنة 2013، ص 37.

⁽⁶⁵⁾ نص المادة (124) من قانون التجارة الاردني هي تقابل المادة الأولى من قانون جنيف الموحد، ويقابلها المادة (478) من قانون المعاملات التجارية الاماراتي.

بالدفع فهي سفتجة وإن تضمنت صيغة التعهد فهي كمبيالة⁽⁶⁶⁾، ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هنا ماذا لو كان قصد الأطراف بأن تكون هذه الورقة شيكاً وتضمنت أمراً بالدفع وكان المسحوب عليه مصرفاً وكانت تتضمن تاريخين فهل تعد شيكاً وإن لم تكن كذلك فما هي؟، وهل يمكن أن تتحول الى سفتجة أم أنها تتحول الى سند عادي وتخرج من إطار الأوراق التجارية؟

يجدر أن يلاحظ بهذا الخصوص بأن الشيك لا يتضمن سوى تاريخ واحد هو تاريخ الانشاء، فإن تضمن أكثر من تاريخ أصبح محل اختلاف فقهي حول طبيعته، إذ يرى اتجاه في الفقه أنه يبقى محتفظاً بصفته كشيك كون أن المادة (1/245) من قانون التجارة الأردني تقضي بأن الشيك يعد مستحقاً للأداء دائماً لدى الاطلاع وأي بيان مخالف لذلك يعد كأن لم يكن⁽⁶⁷⁾، بينما يرى اتجاه آخر بأن الشيك الحامل لتاريخين يفقد صفته كشيك ويأخذ حكم السفتجة⁽⁶⁸⁾، حيث يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الشيك لا يجوز أن يتضمن سوى تاريخ واحد هو تاريخ الانشاء وهو ما يميزه عن السفتجة⁽⁶⁹⁾.

⁽⁶⁶⁾ حسب المشرع الاماراتي فإن التسمية هي السند الإذني (السند لأمر) وهو أمر ثابت بنص المادة (481) من قانون المعاملات التجارية الاماراتي.

⁽⁶⁷⁾ محمد عودة الجبور، الحماية الجزائية للشيك في القانون الأردني (دراسة مقارنة)، جامعة مؤتة، سنة 1989، ص 46-49.

⁽⁶⁸⁾ محمود الكيلاني، القانون التجاري (الأوراق التجارية)، جمعية عمال المطابع التعاونية، عمان، سنة 1994، ص 239.

⁽⁶⁹⁾ محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية المصرفية، المرجع السابق، ص 289.

بناءً على ذلك أستطيع القول بأن الورقة التي لا تتضمن اسمها، وتتضمن تاريخين يمكن أن يحدد نوعها على أنها سفتجة وليست شيك، ويمكن تمييزها عن السند لأمر من خلال صيغتي الأمر أو التعهد، لذا قد يكون تاريخ الورقة حداً فاصلاً في تحديد نوعها.

كما قد تظهر أهمية التواريخ في تحديد نوع الورقة في فرض آخر يقوم في حال خلو الورقة التي أمامنا من التاريخ، فهناك اجماع فقهي على أن خلو الشيك من التاريخ يفقده صفته كشيك⁽⁷⁰⁾، بينما يرى اتجاه آخر أن الشيك لا يفقد صفته إذا خلا من تاريخ الانشاء⁽⁷¹⁾، ويذهب أصحاب هذا الاتجاه بعيداً في دعوة المشرع الأردني الى ضرورة تعديل نص المادة (292) من قانون التجارة الأردني، بحيث يتم استبدال بيان تاريخ الانشاء بتاريخ تقديم الشيك للمسحوب عليه من أجل الحصول على مقابل الوفاء⁽⁷²⁾.

⁽⁷⁰⁾ عزيز العكلي، شرح القانون التجاري (الأوراق التجارية وعمليات البنوك)، ج2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، سنة 2005، ص226،227. وكذلك محمد مصطفى عبد الصادق، المرجع السابق، ص215. وكذلك أكرم ياملكي، القانون التجاري (الأوراق التجارية: دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص329. وكذلك مؤيد أحمد عبيدات، الأهمية القانونية لتاريخ انشاء الشيك، بحث منشور في مجلة روح القوانين، جامعة طنطا، ع34 يناير، سنة 2005، ص11.

⁽⁷¹⁾ إبراهيم بكر، الأحكام القانونية لحماية الشيك، معهد الدراسات المصرفية، عمان، سنة 1982، ص41.

⁽⁷²⁾ نائل عبد الرحمن صالح، تاريخ اصدار الشيك وأهميته التجارية والجزائية، مكتبة دار الثقافة، عمان، سنة 1993، ص9.

يبدو لي بهذا الخصوص بأن الشيك الخالي من تاريخ الانشاء لا يعد شيكاً بالمعنى القانوني، والدليل على ذلك بأن المشرع الأردني في المادة (229) من قانون التجارة لم يجعله من ضمن الاستثناءات التي لا تؤثر على صحة الشيك إذا خلا منها كما هو الحال عليه في السفتجة، إذ اعتبر هذا المشرع في المادة (125/هـ) من ذات القانون بأن السفتجة إذا خلت من بيان الانشاء فيعد التاريخ الحقيقي الذي تم فيه تسليمها للمستفيد هو تاريخ انشائها⁽⁷³⁾، وهذا يقود للقول بأن الورقة إذا خلت من التواريخ ومن اسمها فإن المعنى المستخلص منها قد يدل على أنها سند سحب، وعلى الرغم مما تثيره هذه المسألة من مشاكل مستقبلاً قد تتعلق بادعاء المستفيد منها أو حاملها بأنها شيك، وهو أمر كما يبدو لي يمكن حله من خلال البيانات الأخرى، فإذا كانت للحامل فهي أقرب الى الشيك الباطل لخلوها من التاريخ، وإذا ذكر فيه اسم المستفيد فهي سفتجة، وإذا تضمنت صيغة التعهد وليس الأمر فهي سند لأمر.

الفرع الثاني: المستفيد من الورقة

تختلف الأوراق التجارية فيما بينها بخصوص المستفيد منها، ويظهر هذا جلياً قدر تعلق الأمر بالشيك من جانب وبالسفتجة من جانب آخر، أما بخصوص السند لأمر فهناك تشابه واضح في المستفيد منه مع المستفيد من السفتجة مع فارق يتمثل

⁽⁷³⁾ لقد خالف المشرع الاماراتي ما جاء به المشرع الأردني في المادة (485) من قانون المعاملات التجارية، حيث لم تضع هذه المادة تاريخ الانشاء من ضمن الاستثناءات الواردة فيها، والتي لا تؤثر على صحة الكمبيالة، لذا يعد خلو الكمبيالة لدى المشرع الاماراتي من تاريخ الانشاء سبباً في بطلانها، وبنفس المعنى جاء هذا المشرع فيما يتعلق بالشيك في المادة (597) من ذات القانون.

في صيغة كل ورقة منهما، فبينما يجب أن تتضمن السفتجة صيغة الأمر يجب أن يتضمن السند لأمر صيغة التعهد.

يجدر أن يلاحظ هنا بأن المشرع الأردني قد أجاز سحب السفتجة لأمر الساحب نفسه أو سحبها عليه أو سحبها لشخص آخر⁽⁷⁴⁾، أما بخصوص الشيك فقد أجاز هذا المشرع بأن يكون المستفيد من الشيك شخص مسمى مع النص على شرط الأمر في الشيك أو بدونه أو أن يكون المستفيد منه شخص مسمى مع ذكر عبارة ليس لأمر أو أن يكون لحامله⁽⁷⁵⁾.

هذا الأمر يدعو للقول بوجود اختلاف فيما يتعلق بالسفتجة والشيك، إذ أجاز المشرع الأردني الشيك للحامل بينما لم يجز السفتجة للحامل، ويأتي ذلك من باب الاجراء الوقائي الذي يهدف الى اتقاء مخاطر الضياع والسرقة، لأن اتخاذ الورقة لهذا الشكل سيفتح الباب على تداولها بطريق التظهير⁽⁷⁶⁾، كما يأتي توجه المشرع الأردني بهذا الخصوص انسجاماً مع ما جاء به قانون جنيف الموحد، على الرغم من أن اختلاف المشرع الأردني والتشريعات التي تنتمي الى قانون جنيف من جانب مع التشريعات التي لا تنتمي الى هذه المجموعة من جانب آخر كما يرى اتجاه في الفقه يكاد يكون ظاهرياً في ظل سماح المشرع الأردني بتظهير السفتجة للحامل⁽⁷⁷⁾، وهو أمر يجد سنده في نص المواد (1/126، 3/143، 3/142) من قانون التجارة

⁽⁷⁴⁾ هذا ما أشارت له المادة (1،2،3/126) من قانون التجارة الأردني.

⁽⁷⁵⁾ للتفصيل في ذلك أنظر نص المادة (2331/أ، ب، ج) من قانون التجارة الأردني.

⁽⁷⁶⁾ عزيز العكلي، الوسيط في شرح التشريعات التجارية، المرجع السابق، ص335.

⁽⁷⁷⁾ أكرم ياملكي، الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، المرجع السابق، ص58.

الأردني، ويرى ذات الاتجاه بأن الأصل في الشيك أن يكون لحامله سواء ذكر فيه أنه لحامله أم ذكر فيه اسم المستفيد منه مع عبارة أو لحامله أو لم يذكر فيه اسم المستفيد منه أو عبارة لحامله⁽⁷⁸⁾.

هذا الأمر يقود للقول بأن الورقة التي أماننا إذا كانت لا تتضمن اسمها وكانت للحامل، فهذا يعني بالضرورة أنها شيك وليست سفتجة، لأنها لو كانت سفتجة فإن حكمها البطلان، على الرغم من وجود فرضية تقضي بأن هذه الورقة هي سفتجة ولكنها حررت للحامل، أي أنها سفتجة باطلة، وهي مسألة تقتضي ضرورة البحث في علاقات أخرى وفي اثبات واقعة تحريرها، مما يفقد الورقة كفايتها الذاتية، أما كون هذه الورقة سنداً لأمر وليست سفتجة، فهي مسألة يمكن استنباطها من البيانات الأخرى التي تتضمنها هذه الورقة خاصة الصيغة.

الفرع الثالث: شروط ومظاهر موجودة في الورقة

قد توجد بعض الشروط والمظاهر في الورقة التي لا تتضمن اسمها، يمكن من خلالها معرفة نوعها فيما إذا كانت سفتجة أم شيك أو سنداً لأمر، حيث أجازت بعض التشريعات ومنها الأردني إضافة بعض البيانات والشروط على الورقة التجارية ليس لها تأثير على صحتها وقد تدل على نوعها، حيث سمحت هذه التشريعات ببعضها في السفتجة أو السند لأمر ولم تسمح بها في الشيك، وهذا الموضوع سيتم تناوله تباعاً على النحو التالي:

⁽⁷⁸⁾ أكرم ياملكي، المرجع ذاته، ص 243.

أولاً : شرط الفائدة في الورقة

قد تتضمن الورقة الخالية من اسمها لشرط مقتضاه استيفاء فائدة قانونية على مبلغها، وهو أمر يمكن أن يستخلص منه بأن هذه الورقة هي سفتجة أو سند لأمر وليست شيك، ويعود سبب هذا الاستخلاص الى أن المشرع الأردني قد أجاز اشتراط الفائدة على مبلغ السفتجة والتي يأخذ حكمها السند لأمر، وذلك في الأحوال التي تكون فيها مستحقة الأداء لدى الاطلاع أو بعد مضي مدة معينة من الاطلاع، أما في الأسناد الأخرى فيعد هذا الشرط باطلاً ، كما أوجب هذا المشرع بيان سعر الفائدة في هذا السند وإذا خلا منه السند فيعد الشرط كأن لم يكن⁽⁷⁹⁾.

كما أخذ المشرع الاماراتي بذات الحكم حيث أجاز اشتراط الفائدة في الكمبيالات المستحقة الأداء بعد الاطلاع أو بعد مضي مدة معينة من الاطلاع⁽⁸⁰⁾، ويعود السبب في إجازة شرط الفائدة في هذه الأوراق الى عدم إمكانية حساب الفائدة عند تحرير الورقة، بينما في الأوراق الأخرى يمكن احتسابها وإضافة مقدار الفائدة الى مبلغها⁽⁸¹⁾. أما بخصوص اشتراط الفائدة في الشيك فقد اتفقا المشرعين الأردني والاماراتي على أن كل اشتراط للفائدة في الشيك يعتبر كأن لم يكن⁽⁸²⁾.

⁽⁷⁹⁾ أشارت الى هذه الأحكام المادة (1،2،3،4/128) من قانون التجارة الأردني.

⁽⁸⁰⁾ جاء تفصيل هذه الأحكام في المادة (1،2،3/490) من قانون المعاملات التجارية الاماراتي.

⁽⁸¹⁾ أكرم ياملكي، الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، المرجع السابق، ص75.

⁽⁸²⁾ هذا ما تضمنته المادة (235) من قانون التجارة الأردني، ويقابلها نص المادة (605) من قانون

المعاملات التجارية الاماراتي.

هنا نخلص الى أن الورقة التي أمامنا إذا كانت مستحقة الأداء لدى الاطلاع أو بعد مضي مدة من الاطلاع، وكان هناك اشتراط للفائدة فيها فهذا يعني أنها سفتجة إذا كانت تتضمن صيغة الأمر وشخصها ثلاثة، أما إذا كانت تتضمن صيغة التعهد وشخصها اثنان فهي سند لأمر، وهنا لابد من الاشارة أيضاً بأن تداخلاً قد يحصل بين السفتجة والشيك إذا كانت الورقة مستحقة الأداء لدى الاطلاع وتتضمن صيغة الأمر وشرط الفائدة، لأنه يمكن تفسيرها على أنها شيك وشرط الفائدة الذي تتضمنه يعد باطلاً، وهنا نحتاج لإثبات نوعها الرجوع الى وقائع وأدلة اثبات أخرى الأمر الذي يتعارض مع مبدأ الكفاية الذاتية للورقة التجارية، كما من شأن ذلك أن يعرقل تداولها لامتناع أو تردد الآخرين عن قبولها.

ثانياً : القبول

يعد القبول من المظاهر التي تدل على نوع الورقة التجارية، حيث منع المشرعان الأردني والاماراتي القبول في الشيكات⁽⁸³⁾، وأجازا التأشير عليها بما يفيد بوجود مقابل الوفاء في تاريخ التأشير⁽⁸⁴⁾، ومن جانب آخر سمح كلاهما بأن يتعهد المسحوب عليه في السفتجة بدفع قيمتها في ميعاد الاستحقاق، بحيث تنشأ علاقة صرفية بين

⁽⁸³⁾ انظر في تفصيل ذلك نص المادة (1/232) من قانون التجارة الأردني، ويقابلها نص المادة (1/600) من قانون المعاملات التجارية الاماراتي.

⁽⁸⁴⁾ هذا ما أشارت له المادة (2/232) من قانون التجارة الأردني، وبذات الحكم أخذت المادة (2/600) من قانون المعاملات التجارية الاماراتي.

المسحوب عليه والحامل من خلال توقيع المسحوب عليه والتعبير عن ارادته بكلمة مقبول⁽⁸⁵⁾.

هذا يعني بأن نوع الورقة التي لا تتضمن اسمها وكان حاملها قد حصل على قبول المسحوب عليه هي سفتجة وليست شيك، خاصةً إذا كانت هذه الورقة مسحوبة على غير المصارف، وكانت مستحقة الأداء بعد مضي مدة معينة من الاطلاع أو من الانشاء أو في يوم معين، وقد يحصل بأن يدعي البعض بأنها شيك إذا كانت مسحوبة على مصرف وفيها تأشير بالقبول من قبل المصرف، ويمكن الرد على ذلك أن هذا الأمر يمكن حصوله، وأن هذه الورقة قد تكون شيكاً بالفعل وليست سفتجة، خاصةً أن كلا المشرعين الأردني والإماراتي قد تصورا وجود القبول على الشيك وعدّاه كأن لم يكن⁽⁸⁶⁾، وهذا يقود للقول بأن هذه الافتراضات التي قد تظهر بشأن الورقة من شأنها أن تشكل في تحديد نوعها على وجه الدقة، الأمر الذي يشكل مانعاً لتداولها وهو ما يتعارض مع الطبيعة الخاصة للأوراق التجارية.

ثالثاً : تعدد النسخ

قد تظهر عملية تعدد النسخ للورقة التي لا تتضمن اسمها اختلافاً واضحاً بين السفتجة والشيك، فمن جانب سمح المشرع الأردني في المادة (1/258) من قانون

⁽⁸⁵⁾ د. محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص 213، 212.

⁽⁸⁶⁾ المادة (1/232) من قانون التجارة الأردني ويقابلها المادة (1/600) من قانون المعاملات التجارية الإماراتي.

التجارة بجواز تعدد نسخ السفتجة⁽⁸⁷⁾، ومن جانب آخر منع هذا المشرع في المادة (1/267) من ذات القانون تعدد النسخ عند سحب الشيكات إلا في حدود ضيقة، وقد تجلى هذا المنع بالمطلق بالنسبة للشيكات لحاملها، وسمح بالتعدد فقط في حالة إذا كان الشيك متعدياً للحدود أي مسحوباً في دولة ومستحق الأداء في دولة أخرى أو في جزء من الدولة واقع عبر البحار أو العكس، أو كان هذا الشيك مسحوباً ومستحق الوفاء في جزء أو أجزاء من الدولة تقع عبر البحار⁽⁸⁸⁾.

يمكن أن نخلص من خلال ذلك بأن الورقة التي تسحب من نسخ عدة ولا تتضمن اسمها وسحبت داخل المملكة ومستحقة الأداء فيها هي سفتجة وليست شيك، والأمر ينطبق كذلك على السند لأمر مع اختلاف صيغته، لذا يمكن أن يكون موضوع تعدد نسخ الورقة وسيلة لتمييز الورقة وتحديد نوعها ويحصل ذلك إذا كانت الورقة مسحوبة داخل الدولة ومستحقة الأداء فيها، ولكن تظهر الإشكالية إذا كانت الورقة مسحوبة في الداخل ومستحقة الأداء في الخارج أو العكس، فهنا تتداخل الأحكام بين الورقتين (السفتجة والشيك) ويكون من الصعوبة بمكان تحديد نوعها إذا كانت لا تتضمن اسمها.

⁽⁸⁷⁾ وبذات الحكم أخذ المشرع الإماراتي في المادة (1/581) من قانون المعاملات التجارية الإماراتي.

⁽⁸⁸⁾ وهو الحكم الذي أشار له المشرع الإماراتي في المادة (1/637) من قانون المعاملات التجارية الإماراتي.

الخاتمة

تتعدد وظائف وخصائص الأوراق التجارية وهي بهذه الوظائف والخصائص تتميز عن غيرها، وحتى تقوم هذه الأوراق بدورها المنوط بها لا بد أن تتضمن كافة البيانات الإلزامية التي اشترطتها التشريعات المختلفة، لكي تكون بمنأى عن التأويل والتفسير، مع ايراد بعض الاستثناءات التي من شأنها التقليل من حالات بطلان الورقة التجارية، على ألا يكون من بين هذه الاستثناءات البيان المتعلق بتحديد نوع وهوية الورقة التجارية.

وقد لجأ المشرع الأردني شأنه شأن باقي التشريعات الأخرى على ايراد بعض الاستثناءات التي من شأن تحققها عدم التأثير على صحة الورقة، وجعل من موضوع تحديد نوعها متوقفاً على المعنى المستخلص منها أو المظهر المتعارف عليه وحسب نوعها، لذا لم يرتب البطلان كجزء مدني في حال خلو هذه الورقة من اسمها، ورتب حكماً مفاده صحة هذه الورقة إذا خلت من اسمها، وذلك في الحالات التي يفيد المعنى المستخلص منها على أنها سفتجة أو سند لأمر، أو كان المظهر المتعارف عليه لها يدل على أنها شيك.

وقد تناولت هذه الدراسة هذا الاستثناء الذي أورده المشرع الأردني والذي يعد في غاية الأهمية، وبيّنت مدى أثره على الورقة التجارية، وعلى قدرتها في تحقيق أهدافها ووظائفها في ظل مبدأي الشكلية والكفاية الذاتية، وقد خلصت هذه الدراسة الى مجموعة من النتائج والتوصيات يمكن اجمالها على النحو التالي:

أولاً : النتائج

توصلت هذه الدراسة الى جملة من النتائج يمكن بيانها على النحو التالي:

1- إن الأوراق التجارية محكومة بمبدأي الشكلية والكفاية الذاتية، كما تتميز عن غيرها من الأوراق بجملة من البيانات التي تحقق أهدافها ووظائفها من خلالها.

2- إن تحديد نوع الأوراق التجارية لا بد أن يكون في هذه الأوراق ذاتها، وضرورة عدم الاكتفاء بذلك، بل لا بد من اشتراط أن يكون اسمها وارداً في متنها ضمن صيغتها الدالة عليها.

3- إن المعنى المستخلص من الأوراق أو المظهر المتعارف عليه لها غير قادرين على تحديد نوعها في ظل وجود التشابه بينها، خاصةً قدر تعلق الأمر بالسفتجة والشيك، لأن من شأن ذلك أن يجعل من الورقة محل تأويل وتفسير.

4- لا يعد الاختلاف بين الأوراق التجارية عاملاً حاسماً في تحديد نوعها، نظراً لوجود تداخل بينها في مواطن عديدة قدر تعلق الأمر بالبيانات الالزامية، كما أنها تتشابه في أحكام متعددة.

5- إن الاعتماد على المعنى المستخلص من الورقة أو المظهر المتعارف عليه هما أمران من شأنهما أن يؤديا الى البحث في علاقات أخرى خارجة عنها، مما يفقدها كفايتها الذاتية، كما يؤدي ذلك الى عرقلة تداولها في ظل تدخل القضاء في تحديد نوعها وتردد الآخرين في قبولها، وما يثيره ذلك من تأويل

وتفسير للبيانات الواردة فيها، كما أن هذا الأمر من شأنه أن يخرق مبدأ الشكالية الذي يحكم الأوراق التجارية.

6- يعد توجه المشرع الأردني في وضع هذا الاستثناء من ضمن الاستثناءات التي أوردها، والتي لا تؤثر على صحة الورقة هو توجه متعارض مع التشريعات الأخرى المقارنة بهذا الخصوص كالمشرع الإماراتي والمصري والكويتي.

7- يجب ألا يكون حماية الورقة التجارية من البطلان على حساب شكلها، كما يجب ألا يتعارض ذلك مع وظائفها التي تؤديها والمبادئ التي تحكمها.

ثانياً : التوصيات

لقد خلصت هذه الدراسة الى جملة من التوصيات على النحو التالي:

1- توصي هذه الدراسة بضرورة حذف الفقرة (و) من المادة (125) من قانون التجارة الأردني، المتعلقة بجواز تحديد نوع السفتجة من خلال المعنى المستخلص من الورقة.

2- حذف الفقرة (و) من المادة (223) من قانون التجارة الأردني، والمتعلقة بجواز تحديد هوية السند لأمر من خلال المعنى المستخلص من الورقة.

3- حذف الفقرة (د) من المادة (229) من قانون التجارة الأردني والمتعلقة بجواز تحديد هوية الشيك من خلال المظهر المتعارف عليه في ظل التشابه الحاصل مع السفتجة.

4- النص صراحة لدى المشرع الأردني في قانون التجارة على تحول الورقة التجارية في حال خلوها من بيان تحديد نوعها الى سند عادي، والاستفادة من



نظرية تحول العقد، خاصةً أن الأمر يتعلق بالأوراق التجارية وبالوظائف التي تؤديها والخصائص التي تتمتع بها.

المصادر

أولاً : المراجع العربية

- 1- المحامي إبراهيم بكر، الأحكام القانونية لحماية الشيك، معهد الدراسات المصرفية، عمان، سنة 1982.
- 2- د. أكرم ياملكي، القانون التجاري (الأوراق التجارية: دراسة مقارنة)، اثناء للنشر والتوزيع، عمان، ومكتبة الجامعة، الشارقة، سنة 2012.
- 3- د. أكرم ياملكي، الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، سنة 2009.
- 4- سعد بن تركي بن محمد الخثلان، احكام الأوراق التجارية في الفقه الإسلامي، دار ابن الجوزي، شركة الراجحي المصرفية للاستثمار، السعودية (الدمام)، سنة 2004.
- 5- د. سعيد يوسف البستاني، ود. علي شعلان عواضة، الوافي في اساسيات قانون التجارة والتجار، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة 2011.
- 6- د. عزيز العكيلي، الوسيط في شرح التشريعات التجارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008.
- 7- د. عزيز العكيلي، شرح القانون التجاري (الأوراق التجارية وعمليات البنوك)، ج2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، سنة 2005.
- 8- د. عزيز العكيلي، انقضاء الالتزام الثابت في الشيك: دراسة في التشريعات المقارنة واتفاقيات جنيف الموحدة، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، سنة 2001.

- 9- د. عزيز العكيلي، الأوراق التجارية في القانون التجاري الأردني واتفاقيات جنيف الموحدة، دار مجدلاوي للنشر والتوزيع، عمان، سنة 1993.
- 10- عفيف شمس الدين، الاسناد التجارية والإفلاس، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة 2010.
11. د. عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2012.
12. د. عماد الدين أحمد عبد الحي وأحمد السيد لبيب، شرح القانون البحري في دولة الامارات العربية المتحدة، مطبعة الجامعة، الشارقة، سنة 2015.
13. د. بشار حكمت ملكاوي ود. عماد عبد الحي ود. مظفر الراوي، شرح الأوراق التجارية في قانون المعاملات التجارية الاماراتي، جامعة الشارقة، الامارات العربية المتحدة، سنة 2017.
14. محمد السيد الفقي، الأوراق التجارية والإفلاس، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2007.
15. د. محمد عودة الجبور، الحماية الجزائية للشيك في القانون الأردني (دراسة مقارنة)، جامعة مؤتة، سنة 1989.
16. المستشار محمد محمود المصري، أحكام الشيك مدنياً وجنائياً، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 1999.
17. د. محمد مصطفى عبد الصادق، الأوراق التجارية والإفلاس في التشريعات العربية، دار الفكر والقانون، المنصورة، سنة 2011.

- 18.د. محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية (الأوراق التجارية): دراسة مقارنة)، مج3، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، سنة 2007.
- 19.د. محمود الكيلاني، القانون التجاري (الأوراق التجارية)، جمعية عمال المطابع التعاونية، عمان، سنة 1994.
- 20.مصطفى كمال طه، ووائل أنور بندق، الأوراق التجارية ووسائل الدفع الالكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.
- 21.د. مصطفى كمال طه وكذلك د. علي البارودي، القانون التجاري (الأوراق التجارية، الإفلاس، العقود التجارية، عمليات البنوك)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة 2001.
- 22.د. فوزي محمد سامي، الأوراق التجارية في قانون دولة الامارات العربية المتحدة، اثرء للنشر والتوزيع، الأردن، ومكتبة الجامعة، الشارقة، سنة 2013.
- 23.فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري (الأوراق التجارية)، ج2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، سنة 2009.
- 24.د. نائل عبد الرحمن صالح، تاريخ اصدار الشيك وأهميته التجارية والجزائية، مكتبة دار الثقافة، عمان، سنة 1993.
- 25.د. هاني دويدار، الأوراق التجارية والافلاس، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة 2006.

ثانياً : الأبحاث

- 1- أشرف رفعت، شرح قانون الشيك من الناحية التجارية والجنائية في ظل قانون التجارة الجديد، بحث في المؤتمر العلمي الثاني للقانونيين المصريين (المشاكل العملية الناشئة عن تطبيق قانون التجارة الجديد-مصر)، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والاحصاء والتشريع، يونيو، القاهرة.
- 2- الحسن ابو عيسى، ميكانيزمات الكمبيالة، بحث منشور في مجلة القصر، ع17، المغرب، مايو 2007.
- 3- حسنين ضياء نوري علي، الحوالة التجارية الناقصة: بحث مقارنة في قوانين التجارة العراقية وقانون جنيف الموحد للأوراق التجارية، منشور في مجلة العلوم الاقتصادية، مج 5، ع21، العراق، سنة 2008.
- 4- مؤيد أحمد عبيدات، الأهمية القانونية لتاريخ انشاء الشيك، بحث منشور في مجلة روح القوانين، جامعة طنطا، ع34 يناير، سنة 2005.

Journal of Islamic and Legal Researches

Published by

Faculty of Law

Al-Merghib University

Vol: (Frist)-No: 2020