

مجلة العلوم الشرعية والقانونية

مجلة علمية محكمة تصدرها

كلية القانون بالخميس

جامعة المرقب

العدد الأول لسنة 2019

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

رقم الإيداع المحلي 2015/379م.

دار الكتب الوطنية بينغازي . ليبيا

هاتف:

9090509 - 9096379 - 9097074

بريد مصور:

9097073

البريد الإلكتروني:

Nat-Liba@hotmail.com

ملاحظة /

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

للاتصال برئيس التحرير: 091-1431325 / 092-7233083

شروط النشر بالمجلة:

- الأخوة الأفاضل حرصاً على حسن إخراج المجلة نرجو التكرم بالالتزام بالآتي:
1. أن لا يكون قد تمّ نشر البحث من قبل في أي مجلة أو كتاب أو رسالة علمية أو وسيلة نشر أخرى.
2. أن لا تزيد صفحات البحث عن (35) صفحة تقريباً بما فيها قائمة المراجع.
3. هوامش الصفحة من اليمين ، على ورق A4 . وحجم الخط (14) ونوعه (Traditional Arabic) وللهاوامش (12) وبين السطور (1).
4. العناوين الوسطية تكتب مسودة وبحجم خط Bold (16).
- العناوين الجانبية: تكتب من أول السطر مسودة وبحجم Bold (14) ، وتوضع بعدها نقطتان رأسيّتان.
5. تبدأ الفقرات بعد خمس فراغات.
6. يجب الاهتمام بوضع علامات الترقيم في أماكنها المعروفة الصحيحة، ورموز أسمائها بالخط العربي .
7. ضرورة استخدام رمز القوسان المزهران للآيات القرآنية (﴿ 》) ، والرمز (« ») للنصوص النبوية، والرمز: (" ") علامة التنصيص.
8. تكتب في الهوامش أسماء الشهرة للمؤلفين كالبخاري، الترمذي، أبو داود، ابن أبي شيبة، ولا يكتب الاسم الكامل للمؤلفين في الهوامش.
9. الإحالات للمصادر والمراجع تكون في هوامش صفحات البحث وليس في آخره.
10. لا تكتب بيانات النشر للمصادر والمراجع في الهامش، وإنما يكتب ذلك في قائمة المصادر والمراجع في آخر البحث.
- مثل : ابن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج 2، ص 332
11. عند الإحالة إلى كتب الحديث المرتبة على الأبواب الفقهية والموضوعات العلمية تكتب أسماء الكتب والأبواب، مع كتابة الجزء، والصفحة، ورقم الحديث إن وجد. هكذا: أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب. الإيمان، باب الإيمان وقول النبي « بني الإسلام على خمس » : ج 1، ص 12 ، رقم 1.
12. تخرّج الآيات القرآنية في المتن بعد الآية مباشرة بحجم 12.
- مثل: قال الله تعالى: ﴿ سَيَقُولُ السُّفَهَاءُ مِنَ النَّاسِ مَا وَلَّاهُمْ عَنْ قِبَلَتِهِمْ الَّتِي كَانُوا عَلَيْهَا قُلْ لِلَّهِ الْمَشْرِقُ وَالْمَغْرِبُ يَهْدِي مَنْ يَشَاءُ إِلَى صِرَاطٍ مُسْتَقِيمٍ ﴾ [البقرة: 142].

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

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

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

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

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

iaelfared@elmergib.edu.ly

17. للمجلة الحق في رفض نشر أي بحث بدون إبداء الأسباب والبحوث التي لا تقبل للنشر لا ترد إلى أصحابها.

18. لصاحب البحث المنشور الحق في الحصول على عدد (5) نسخ من عدد المجلة المعني مجاناً.

19. ترتيب ورود الأبحاث في المجلة لا يدل على أهمية البحث أو الباحث، إنما للكل التقدير والاحترام .

20. لإدارة المجلة حرية تغيير الخطوط والتنسيق بما يناسب إخراج المجلة بالصورة التي تراها.

نأمل من السادة الباحث والقراء المعذرة عن إي خطأ قد يحدث مقدماً ، فله الكمال وحده سبحانه وتعالى.

ملاحظة /

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

للاتصال برئيس التحرير: 091-1431325 / 092-7233083

مجلة العلوم الشرعية والقانونية

مجلة علمية محكمة تصدرها
كلية القانون بالخمسة - جامعة المرقب

رئيس التحرير

د. إبراهيم عبدالسلام الفرد

هيئة التحرير:

د. مصطفى إبراهيم العربي

د. عبدالمنعم محمد الصارعي

د. أحمد عثمان حميد

اللجنة الاستشارية:

أ. د. محمد عبدالسلام ابشيش. أ. د. محمد رمضان بار.

أ. د. سالم محمد مرشان. أ. د. عمر رمضان العيد.

د. أحمد علي أبوسطاش. د. علي أحمد اشكورفو.

د. عبد الحفيظ ديك.

فهرس الموضوعات

- كلمة رئيس التحرير 7
- الضوابط الشرعية للبيع والشراء في الأسواق
- د. جيهان الطاهر محمد عبد الحليم 8
- أصول الفقه وأثره على الفتوى
- أ. مجاجي فاطمة 33
- بعض ملامح تطور العدالة الإجرائية للأحداث في مشروع قانون الأحداث الليبي
- د. عبد المنعم أحمد الصراعي 46
- النظام القانوني لمجلس فض المنازعات في عقود الفيدك (FIDC) دراسة تحليلية
- د. جمال عمران المبروك أغنية 69
- من صور غش الخصوم في اتخاذ العمل الإجرائي في قانون المرافعات الليبي
- د. علي أحمد شكورفو 102
- العدالة التصالحية في المادة المدنية
- د. أبو جعفر عمر المنصوري 117
- القيمة القانونية للقواعد الإجرائية المنظمة لأعمال السلطة التأسيسية (مدة ولاية الهيئة التأسيسية)
- د. عادل عبد الحفيظ كدين 141
- التهرب الضريبي ووسائل مكافحته
- د. عبد الله إبراهيم البربر 153
- النظام القانوني للعقد الإداري " دراسة تحليلية "
- د. العارف صالح عبد الدائم 173

كلمة رئيس التحرير

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين الذي علم الإنسان ما لم يعلم، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله

وأصحابه ، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد:

إنه ليسرني أن أقدم إليكم هذا العدد من مجلتكم مجلة العلوم الشرعية والقانونية بعد جهد وعناء

مزوجين بالإخلاص والوفاء من السادة الباحث والمراجعين والعاملين على الجمع والتنسيق والإخراج لتكون

مجلتكم على أحسن صورة وأجى حلة تليق بالمقام .

ونتمنى للجميع التوفيق والسداد .

الضوابط الشرعية

للبيع والشراء في الأسواق

إعداد الدكتور: جيهان الطاهر محمد عبد الحليم.

أستاذ الفقه المشارك بجامعة الحدود الشمالية

كلية التربية والآداب - فرع الطالبات

قسم الدراسات الإسلامية

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام علي خير المرسلين

أما بعد:

فإن من الأمور المهمة التي تهم المجتمع المسلم وجود أسواق للبيع والشراء، يتبادلون فيها السلع والبضائع فيما بينهم، وقد كان لها شأنها ووجودها حتى قبل الإسلام مثل أسواق كعكاظ.

ولما بعث الله محمداً - ﷺ - تخرج المسلمون عن تلك الأسواق في الحج، فأنزل الله: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلاً مِنْ رَبِّكُمْ﴾ [البقرة: 198] فأباح لهم دخول الأسواق، والبيع والشراء فيها ، فنزلت هذه الآية في قوم كانوا لا يرون أن يتجروا إذا أحرموا يلتمسون البر بذلك، فأعلمهم جل ثناؤه أن لا بر في ذلك، وأن لهم التماس فضله بالبيع والشراء⁽¹⁾، وأباح الله لهم الإتجار كما في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء: 29] ، ولقد حظيت الأسواق بشأن كبير من النبي - ﷺ - خاصة مع ظهور بعض البيوعات المشتملة على الضرر والغرر والجهالة، فقد كان مراقباً، ومشرفاً عليها، ووضع لها الضوابط، وسن لها الآداب العامة والخاصة .

فالتجارة والبيع والشراء من أكثر المهن التي تدر الأرباح على أصحابها، وما ذلك إلا لكثرة أنواع التجارة وتغير السعر في السوق من زمن لآخر ومن مكان إلى آخر؛ ولهذا الأسباب جعلت مهنة التاجر من أهم المهن وأشدّها خطورة على المجتمع، ومن هنا عنيت الشريعة بوضع آداب لهذا الجانب الاقتصادي، والتي من شأنها أن تكفل استقامة ذلك الركن الخطير من الأركان التي يتوقف عليها - إلى حد كبير -

استقرار المجتمع الإسلامي، فكان على التاجر أن يتعلم الأحكام المتعلقة بتجارته، متخلقاً بالأخلاق والخصال الحميدة النبيلة، فمن لم يتعلم الأحكام الفقهية التي تخص تجارته وقع في الحرام أو في الشبهات.

أهمية الموضوع و سبب اختياره : تكمن أهمية الموضوع و سبب اختياره فيما يلي:

- 1- أن التسوق من أكثر الأمور التي يمارسها المسلم في المجتمع.
 - 2- أن البيع والشراء من أكثر المهن السائدة، والتي عليها إقبال في المجتمع.
 - 3- انتشار بعض البيوع المشتملة على الضرر والغرر والجهالة.
 - 4- غياب الضوابط الشرعية للبيع والشراء في الأسواق عن كثير من الناس .
 - 5- قلة الدراسات في هذا الموضوع، وندرتها .
- مشكلة البحث : تكمن في وجود البيوع المحرمة في الأسواق، بالإضافة إلى الإخلال بالآداب الشرعية .
- أهداف البحث: يهدف البحث إلى:

1. توضيح المقصود بالضوابط .
2. بيان مفهوم الشريعة .
3. إبراز الضوابط الشرعية العامة للبيع والشراء في الأسواق.
4. توضيح الضوابط الشرعية الخاصة للبيع والشراء في الأسواق .

منهج البحث:

سلكت في هذا البحث المنهج العرضي الوصفي التحليلي، عبر تناول أهم النصوص الشرعية التي تتعلق بالضوابط الشرعية للبيع والشراء في الأسواق، وتحليلها .

الدراسات السابقة:

- 1- كتاب: نصيحة التجار أحاديث نبوية في آداب البيع والشراء. للمؤلف المصطفى مبارك إيدوز، تضمن : الحديث عن آداب البيع والشراء في ضوء السنة النبوية، وقد اشتمل على أحاديث نبوية شريفة في آداب البيع والشراء، بينما جاء بحثي في توضيح الضوابط الشرعية للبيع والشراء في الأسواق .
- 2- بحث بعنوان: إعلام الساجد بحكم البيع والشراء في المساجد. تأليف: أبي عبد الله محمد بن محمد المصطفى الأنصاري. المدينة النبوية، تضمن: التجارة في المسجد - بيع المعتكف وشراؤه - البيع والشراء في المسجد اليسير و الكثير.
- 3- أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة. تأليف: د. مبارك بن سليمان بن محمد آل سليمان "رسالة دكتوراه". تضمنت: الأدوات المالية المتداولة في الأسواق المالية المعاصرة وأحكامها الفقهية ، وإجراءات التعامل في الأسواق المالية المعاصرة وأحكامها الفقهية، وعقود المعاملات .

4- أحكام بيع وشراء خلّي الذهب والفضة. تأليف: رفيق يونس المصري، تضمن: أحكام بيع الذهب والفضة، ونصوص الفقهاء في ذلك.

أما عن خطة البحث :

فتمثل في مقدمة، وثلاثة مباحث، و خاتمة، وأهم التوصيات والمقترحات، وفهرس المراجع والمصادر.

المبحث الأول: التعريف بمصطلحات البحث.

المبحث الثاني: الضوابط الشرعية العامة للبيع والشراء في الأسواق .

المبحث الثالث: الضوابط الشرعية الخاصة للبيع والشراء في الأسواق .

الخاتمة : تشتمل علي أهم ما توصلت إليه من نتائج، وأهم التوصيات والمقترحات.

الكلمات المفتاحية : الضوابط - العامة - الخاصة - الأسواق

المبحث الأول / التعريف بمصطلحات البحث

أولاً: تعريف الضابط:

لغة: الضبط: لزوم شيء لا يفارقه، وحبسه، يقال: ضبط عليه وضبطه يضبط ضبطاً وضباطه، وضبط الشيء حفظه بالحزم، والرجل ضابط أي حازم. ورجل أضبط: يعمل بيديه جميعاً.⁽¹⁾

وفي اصطلاح الأصوليين :

هو ما رتب الشرع عليه الحكم؛ لكونه مظنة حصول الحكمة.⁽²⁾

وعرف بأنه : أمر كلي ينطبق على جزئيات.⁽³⁾

وعرف بأنه :حكم أغلبي، يتعرف منه أحكام الجزئيات الفقهيّة المتعلقة بباب واحد من أبواب الفقه مباشرة.⁽⁴⁾

فالضابط يعني أنه حكم أغلبي، يتعرف منه علي الحكم في المسائل المتعلقة بباب واحد .

1- لسان العرب. المؤلف: ابن منظور 340/7. مادة: ضبط، تاج العروس من جواهر القاموس. للزبيدي 441/19. مادة : ضبط.

2- شرح مختصر الروضة. للطوفي 511/3.

3- الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية. المؤلف: محمد صدقي الغزي 14/1.

4- القواعد والضوابط الفقهيّة المتضمنة للتيسير. المؤلف: عبد الرحمن بن صالح العبد اللطيف 40/1.

ثانياً: تعريف الشريعة:

لغة: شرع الوارد يشرع شرعاً: تناول الماء بغيره. والشريعة والمشرعة: المواضع التي ينحدر إلى الماء منها. و بها سمي ما شرع الله للعباد شريعة من الصوم والصلاة وغيره. وشرعت في هذا الأمر شروعاً أي خضت. والشريعة والمشرعة: ما سن الله من الدين، وأمر به كالصوم والصلاة⁽¹⁾.

وفي الشرع: الشريعة هي نصوص الفقهاء وأقوالهم.⁽²⁾ وقيل هي المحجة التي جاء بها رسول الله - ﷺ -، وسنها، وأوجب إتباعها، وصونها.⁽³⁾

ثالثاً: تعريف البيع :

لغة : الجمع بيوع. والبيوعات: الأشياء التي يتبايع بها في التجارة، والبيعان: البائع والمشتري، وكل من البائع والمشتري بائع. وبيع. والبيعة: الصفقة على إيجاب البيع، وعلى المبايع، والطاعة⁽⁴⁾.

وفي الاصطلاح :

عرفه الحنفية بأنه: مبادلة المال بالمال، بالتراضي، بطريق الاكتساب⁽⁵⁾.

وعرفه المالكية بأنه: عقد معاوضة على غير منافع، ولا متعة لذة⁽⁶⁾.

و عرفه الشافعية بأنه: مقابلة مال بمال أو نحوه⁽⁷⁾.

1- لسان العرب. لابن منظور 168/10.

2- الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي. المؤلف: الثعالبي الجعفري الفاسي 7/2.

3- تحرير الأحكام في تدبير أهل الإسلام. المؤلف: الكنايني الحموي الشافعي، بدر الدين 87/1.

4- لسان العرب. لابن منظور 568/1 - 569 - 570. مادة: بيع، مختار الصحاح. محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي ص 50. مادة: بيع. دار الحديث : القاهرة. ط1. 1421 هـ - 2000م.

5- شرح العناية بهامش شرح فتح القدير. لأكمل الدين محمد بن محمود البابرتي 73/5. المطبعة الأميرية ببلاط : مصر ط1. سنة 1316 هـ، الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام. لمحمد بن فراموز الشهير بمنلا خسرو الحنفي 142/2. طبعة سنة 1330 هـ.

6- شرح حدود ابن عرفة الموسوم الهداية الكافية الشافعية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية. أبي عبد الله محمد الأنصاري الرصاع 326/1، تحقيق : محمد أبو الأحفان - الطاهر المعموري. دار الغرب الإسلامي ، ط1 سنة 1993م.

7- روضة الطالبين وعمدة المفتين. لمحيي الدين يحيى بن شرف أبي زكريا النووي 56/3. إشراف: مكتب البحوث والدراسات. دار الفكر(د.ط) 1415 هـ - 1995م..

وعرفه الحنابلة بأنه: مبادلة المال بالمال؛ لغرض التملك⁽¹⁾. أو مبادلة مال، ولو في الذمة أو منفعة مباحة كتمر، بمثل أحدهما على التأيد غير ربا وقرض⁽²⁾.

وأخلص إلى أن البيع أنه عبارة عن عقد معاوضة، مقصوده: التملك على وجه شرعي.

رابعاً : تعريف الشراء :

لغة: الشراء يمد ويقصر. يقال منه: شريت الشيء أشريه شراء، إذا بعته وإذا اشتريته أيضاً وهو من الأضداد. ويجمع الشراء على أشريه، وهو شاذ لأن فعلاً لا يجمع على أفعله⁽³⁾. وعند الفقهاء :

الشراء عند الحنفية: ما الغرض منه الانتفاع بالمبيع⁽⁴⁾. وعند الشافعية هو العقد⁽⁵⁾.

و الشراء عند الحنابلة هو: أن يشتري الرجل ما يكفيه ويغنيه عن الناس⁽⁶⁾.

وأخلص إلى أن الشراء عبارة عن شراء ما الغرض منه الانتفاع.

فالشراء هو النشاط المسئول عن شراء، وتوفير المواد من سلع وخدمات، بجودة تتطابق مع المواصفات المطلوبة والمحددة سلفاً؛ لتؤدي الغرض المطلوب منها، وبكمية لا تقل أو تزيد عن الكميات التي تحددها احتياجات العمل والتشغيل ومستلزمات الإنتاج، وبسعر مناسب يتم الحصول عليه بإتباع طرق

1- المبدع في شرح المقنع. لإبراهيم بن محمد بن ابن مفلح، أبي إسحاق، برهان الدين 4/4، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط1. 1418 هـ - 1997 م، شرح الزركشي علي مختصر الخزفي في الفقه علي مذهب الإمام أحمد بن حنبل. لشمس الدين محمد الزركشي 3/379. تحقيق وتخرّيج : عبد الله بن عبد الرحمن ابن عبد الله . مكتبة العبيكان. ط1 سنة 1413 هـ- 1993 م .

2- زاد المستنقع في اختصار المقنن. للحجاوي 1/100.

3- الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية. لأبي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي 6/2391 . فصل الشين . مادة: شري . تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين- بيروت. ط4. سنة 1407 هـ - 1987 م.

4- البناءة شرح الهداية. لأبو محمد محمود بدر الدين العيني 11/317، دار الكتب العلمية- بيروت، لبنان. ط1، 1420 هـ - 2000 م.

5- النجم الوهاج في شرح المنهاج. لكمال الدين، محمد الدّميري أبي البقاء الشافعي 4/178. المحقق: لجنة علمية . دار المنهاج (جدة). ط1، 1425 هـ - 2004 م.

6- مختصر الإنصاف والشرح الكبير. لمحمد بن عبد الوهاب النجدي ص411. المحقق: عبد العزيز بن زيد الرومي، د. محمد بلتاجي، د. سيد حجاب، مطابع الرياض - الرياض. ط1 .

الشراء الصحيحة، وباختيار أفضل المصادر الممكنة للتوريد في الوقت المناسب الذي تحدده احتياجات العمل والعملاء، وبما يضمن عدم توقف العمل والإنتاج .

فمفهوم البيع والشراء :

هو عملية اتصال بين البائع و المشتري، تحقق الرضا والإشباع للمشتري، والربح للبائع، ولا يمكن فصل إحداها عن الأخرى، وهي من أقدم العلاقات الاقتصادية في تاريخ الإنسانية⁽¹⁾.

خامساً: تعريف السوق:

لغة :السوق: موضع البياعات، الجمع أسواق. وتسوق القوم إذا باعوا واشتروا. سمي بذلك؛ لأن التجارة تجلب إليها وتساق المبيعات نحوها.⁽²⁾

ومفهوم السوق يعني: موضع تجلب إليه الأمتعة، والسلع للبيع والابتيع. وصاحب السوق: هو اللقب الذي كان يطلق على من يتولى الإشراف على السوق، ومراقبة المكايل والموازين⁽³⁾.

المبحث الثاني

الضوابط الشرعية العامة للبيع والشراء في الأسواق

جعل الإسلام للبيع والشراء ضوابط عامة يجب القيام بها؛ لنيل الفضل والثواب وترك للمعاصي،

بيانها كآتي :

1/ الصدق في المعاملة:

من أهم الضوابط العامة للبيع والشراء الصدق في المعاملة، بأن لا يكذب في إخباره عن نوع البضاعة ونفاستها، أو مصدر صنعها ونحو ذلك، وكذلك لا يدّعي علو تكاليفها أو رأس مالها أكثر مما يعطيه المشتري من الثمن، إلى غير ذلك، بل يصدق في كل هذا، وفيما لو سئل وينصح.⁽⁴⁾

1- مقال بعنوان : مفهوم عملية البيع والشراء. للجازي الحويطي.

2- لسان العرب . المؤلف: ابن منظور/10/168.

3- الحسبة. بدون مؤلف/1/56.

4- الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي رحمه الله تعالى. اشترك في تأليف هذه السلسلة: الدكتور مصطفى الخنّ، الدكتور مصطفى البُغا، علي الشَّرْجِي/6/44-45.

فعن قيس بن أبي غرزة⁽¹⁾، قال: "خرج علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم ونحن نسمى السماصرة، فقال: يَا مَعْشَرَ التُّجَّارِ، إِنَّ الشَّيْطَانَ، وَالْإِنَّم يَحْضُرَانِ الْبَيْعَ، فَشُوبُوا بَيْعَكُمْ بِالصَّدَقَةِ".⁽²⁾

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا، - أَوْ قَالَ: حَتَّى يَتَفَرَّقَا - فَإِنَّ صَدَقًا وَبَيْنَنَا بُورْكٌ لَّهُمَا فِي بَيْعِهِمَا، وَإِنْ كَتَمَا وَكَذَبَا حُجِفَتْ بَرَكَتُهُ بَيْنَهُمَا"⁽³⁾.

2/ أن يكون الكسب من حلال⁽⁴⁾ :

من أهم الضوابط العامة للبيع والشرء أن يكون الكسب من حلال، إنَّ طلب الحلال وتحريمه أمر واجب وحتم لازم، والمؤمن بطلبه للحلال هو في طاعة الله وعبادته، فعن أنس بن مالك، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " طَلَبُ الْحَالَالِ وَاجِبٌ عَلَى كُلِّ مُسْلِمٍ "⁽⁵⁾ أي طلب الكسب الحلال للقيام بمؤونة من تلزمه مؤونته، والاجتهاد في المباحة عن الحرام، والقناعة بالحلال.⁽⁶⁾

وطالب الحلال في عبادة، لذلك المؤمن عاداته عبادات، والمال الحلال كسب مشروعاً، أي لا كذب فيه، ولا غش، ولا تدليس، ولا احتكار، ولا تجاوز.

إن تحريم الحلال له تأثير على النفس وجميع الجوارح. وحقاً على كل مسلم ومسلمة أن يتحرى الطيب من الكسب، والنزاهة من العمل؛ ليأكل حلالاً وينفق في حلال، عن عائشة رضي الله عنها⁽⁷⁾،

1- قيس بن أبي غرزة أحمد بن حازم بن محمد الغفاري، الإمام، الحافظ، الصدوق، أحمد بن حازم بن محمد بن يونس بن قيس بن أبي غرزة، أبو عمرو الغفاري الكوفي، صاحب (المسند). ولد: سنة بضع وثمانين ومائة. سمع: جعفر بن عون، ويعلى بن عبيد، وعبيد الله بن موسى، وإسماعيل بن أبان، وعفان، وأحمد بن يونس، وعدة. توفي سنة ست وسبعين ومائتين، في ذي الحجة. (سير أعلام النبلاء. المؤلف: الذهبي 239/13).

2- رواه الترمذي في سننه 505/2. أبواب البيع. باب ما جاء في التجار وتسمية النبي صلى الله عليه وسلم إياهم. رقمه: (1208) حديث حسن صحيح.

3- أخرجه البخاري في صحيحه 59/3. كتاب البيوع. باب ما يحق الكذب والكتمان في البيع. رقمه: (2082).

4- نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي. المؤلف: أحمد الريسوني ص 296، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة. المؤلف: القرطبي 583/15، تحفة المحتاج في شرح المنهاج. المؤلف: ابن حجر الهيتمي 338/8، الفقه الإسلامي وأدلته. المؤلف: الرُّخَيْلِيُّ 5186/5.

5- المعجم الأوسط. المؤلف: الطبراني 272/8. باب: الميم. من اسمه مسعود. رقمه: (8610). إسناده حسن. (مجمع الزوائد ومنبع الفوائد. المؤلف: الهيتمي 271/10. كتاب: الزهد. باب: فمن أكل حلالاً أو حراماً. رقمه: (18099)).

6- فيض القدير شرح الجامع الصغير. المؤلف: زين الدين المناوي 270/4. حرف الطاء. رقمه: (8061).

7- عائشة: أم المؤمنين بنت أبي بكر الصديق، بني بها النبي - ﷺ - في شوال بعد بدر، فأقامت في صحبتها ثمانية أعوام وخمسة أشهر، فكانت أحب نسائه إليه، وكان فقهاء أصحاب رسول الله - ﷺ - يرجعون إليها، يروي عن أبي موسى قال:

قالت: "كان لأبي بكر غلام يخرج له الخراج، وكان أبو بكر يأكل من خراج، فجاء يوماً بشيء فأكل منه أبو بكر، فقال له الغلام: أتدري ما هذا؟ فقال أبو بكر: وما هو؟ قال: كنت تكهنت لإنسان في الجاهلية، وما أحسن الكهانة، إلا أنني خدعته، فلقيني فأعطاني بذلك، فهذا الذي أكلت منه، فأدخل أبو بكر يده، فقاء كل شيء في بطنه" (1).

3/ السماحة واليسر (2) :

من أهم الضوابط العامة للبيع والشراء السماحة واليسر في البيع والشراء، ومعناها أن يتساهل البائع في الثمن، والمشتري في المبيع، والسماحة هي سهولة المعاملة فيما اعتاد الناس فيه المشادة، والسماحة أكمل وصف لاطمئنان النفس، وأعوذ على قبول الهدى والإرشاد. ومن أكبر صفات الإسلام لوقوعها طرفاً بين الإفراط والتفريط. والتيسير المعتدل شهد له قوله سبحانه: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾ [البقرة: 185] (3)، والتساهل في المعسر بالثمن، فيؤجل إلى وقت يساره بحيث يكون كل من البائع والمشتري سهلاً سمحاً في بيعه وشرائه، فلا يغش ولا يخدع ولا يحتال لا في بيعه ولا في شرائه .

وأحياناً تجد البائع يعرض سلعته بأعلى الأثمان، يريد بذلك عند المساومة والفصال إنزال بعض هذا السعر، لكنه يتعنت أشد التعنت في أول الأمر، فإذا غلب على ظنه أن المشتري سوف يفلت منه نزل بالسعر نزولاً، يوحي بأنه كاذب وغشاش، وليس صادقاً في بيعه وشرائه، وهذا يتنافى مع السماحة التي دعا النبي عليه الصلاة والسلام لأهلها (4) .

ولقد حثت الشريعة الإسلامية على السماحة واليسر وحسن المعاملة في البيع والشراء، وجاءت شريعتنا العظيمة برحمة العباد، والراحمون يرحمهم الرحمن، والمحسنون جزاؤهم الإحسان (5). وترتبت الشريعة الإسلامية على ذلك الأجر العظيم والفضل الكبير، قَالَ رسول الله صلى الله عليه وسلم: " رَحِمَ اللَّهُ رَجُلًا سَمَحًا، إِذَا بَاعَ، وَإِذَا اشْتَرَى، وَإِذَا اقْتَضَى (1)" أي والسمح: الجواد والمساهل

=

ما أشكل علينا أصحاب رسول الله - ﷺ - حديث قط فسألنا عائشة إلا وجدنا عندها منه علماً، وتوفيت سنة سبع وخمسين وقيل سنة ثمان وخمسين . (طبقات الحفاظ ص 16. الطبقة الأولى من الصحابة . رقم : (13).

- 1- أخرجه البخاري في صحيحه 43/5. كتاب مناقب الأنصار. باب أيام الجاهلية. رقمه : (3842).
- 2- الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي رحمه الله تعالى. اشترك في تأليف هذه السلسلة: الدكتور مصطفى الحين، الدكتور مصطفى البغا، علي الشربجي 44/6، السنة والتشريع. المؤلف: موسى شاهين لاشين ص29.
- 3- مقاصد الشريعة الإسلامية. المؤلف: ابن عاشور التونسي 689/1.
- 4- التبصرة. المؤلف: اللخمي 4595/10.
- 5- المجموع شرح المهذب للنووي 153/9.

والموافق على ما طلب. قوله: (وإذا اقتضى) أي: إذا طلب قضاء حقه بسهولة. (وإذا قضى) . أي: إذا أعطى الذي عليه بسهولة بغير مظل).⁽²⁾

4/ التحلي بالأمانة والصدق⁽³⁾:

من أهم الضوابط العامة للبيع والشراء الصدق والأمانة، فما من مسلم إلا وهو مطالب بهما في كل شؤونه، فهما للإنسان أعلى من كل مكسب، فيجب أن يكون كل من البائع والمشتري أميناً وصادقاً في وصف البضاعة، ونوعها، وجنسها، ومصدرها، وجودتها وكذلك المال أن يكون حلالاً غير مسروقاً ولا مزوراً.

فالتاجر الأمين في حنة رب العالمين مع النبيين والصديقين والشهداء، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "التاجر الصدوق الأمين مع النبيين، والصديقين، والشهداء"⁽⁴⁾.

والأمانة سبب البركة والنماء، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "البائع بالخيار ما لم يتفرقا، - أو قال: حتى يتفرقا - فإن صدقا وبينا بورك لهما في بيعهما، وإن كتما وكذبا حقت بركة بيعهما"⁽⁵⁾. فإذا ذهبت الأمانة وكانت الخيانة، فقد ذهبت البركة؛ قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أنا ثالث الشريكين ما لم يحن أحدهما صاحبه، فإذا خان خرجت من بينهما"⁽⁶⁾.

وإذا ذهب الصدق وكان الكذب، فقد أدخل التاجر نفسه مع من يبعثون يوم القيامة فجاراً، فعن قيس بن أبي غرزة، قال: خرج علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم ونحن نسعى السماسرة، فقال: يَا مَعْشَرَ التُّجَّارِ، إِنَّ الشَّيْطَانَ، وَالْإِثْمَ يَحْضُرَانِ الْبَيْعَ، فَشُوبُوا بَيْعَكُمْ بِالصَّدَقَةِ.⁽⁷⁾

=

1- أخرجه البخاري في صحيحه 57/3. كتاب: البيوع . باب السهولة والسماحة في الشراء والبيع، ومن طلب حقا فليطلبه في عفاف. رقمه : (2076).

2- عمدة القاري شرح صحيح البخاري. المؤلف: بدر الدين العيني 189/11. كتاب: البيوع . باب: باب من أنظر موسرا.

3- الشرح الممتع على زاد المستقنع. المؤلف: محمد بن العثيمين (المتوفى: 1421هـ) 341/8، الملخص الفقهي. المؤلف: صالح بن فوزان 26/2.

4- رواه الترمذي في سننه 507/3. أبواب البيع. باب : ما جاء في التجار وتسمية النبي صلى الله عليه وسلم إياهم. رقمه : (1209) حديث حسن .

5- سبق تخريجه في ص 7.

6- المستدرک على الصحيحين 60/2. كتاب: البيوع . حديث معمر بن راشد . رقمه : (2322). حديث صحيح الإسناد.

7- رواه الترمذي في سننه 505/2. أبواب البيع. باب ما جاء في التجار وتسمية النبي صلى الله عليه وسلم إياهم. رقمه : (1208) حديث حسن صحيح.

5/ عدم الحلف ولو كان صادقاً: (1)

من الضوابط الشرعية للبيع والشراء ودلائل الصدق فيه عدم الإكثار من الحلف؛ بل عدم الحلف مطلقاً؛ لأن في ذلك امتهاً لاسم الله -تعالى- (2)، قال -تعالى-: ﴿وَلَا تَجْعَلُوا اللَّهَ عُرْضَةً لِأَيْمَانِكُمْ﴾ [البقرة: 224]، فنهى عن الجراءة على الله بكثرة الحلف به، لأن من أكثر ذكر شيء في معنى من المعاني، فقد جعله عرضة له. (3) وقال تعالى: "وَاحْفَظُوا أَيْمَانَكُمْ" [المائدة: 89]. أي: لا تحلفوا (4)، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إِيَّاكُمْ وَكَثْرَةُ الْحَلْفِ فِي الْبَيْعِ، فَإِنَّهُ يُنْفَقُ، ثُمَّ يَمْحَقُ" (5) والمعنى: أن السلعة تخرج بكثرة الحلف، وإنما تكون هذه الأيمان على جودتها، ثم يقع فيما حصل بالكذب من الأيمان النقص والتحقير. (6)

ويزداد الإثم إثماً وتلحق بالمعصية معصية إذا روج التاجر بضاعته بكثرة الحلف الكاذب، من أنفق سلعته بالحلف الكاذب؛ ليقطع بها مال امرئ مسلم لقي الله وهو عليه غضبان (7) قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "مَنْ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ يَفْتَتِطُ بِهَا مَالَ امْرِئٍ مُسْلِمٍ، هُوَ عَلَيْهِ فَاجِرٌ، لَقِيَ اللَّهَ وَهُوَ عَلَيْهِ غَضْبَانٌ" (8).

ومن ذلك الكذب في البيع والشراء، الكذب في الأيمان لترويج السلع، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "ثَلَاثَةٌ لَا يَكْلَمُهُمُ اللَّهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ: الْمَنَانُ الَّذِي لَا يُعْطَى شَيْئًا إِلَّا مَنَّهُ، وَالْمُنْفِقُ سِلْعَتُهُ بِالْحَلْفِ الْفَاجِرِ، وَالْمُسْبِلُ إِزَارَهُ" (9).

- 1- فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب المعروف بحاشية الجمل. المؤلف: سليمان الجمل 150/3، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي رحمه الله تعالى 45/6.
- 2- الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي رحمه الله تعالى 45/6.
- 3- التفسير الكبير للرازي 424/6.
- 4- تفسير البغوي. المؤلف: البغوي الشافعي 80/2.
- 5- أخرجه مسلم في صحيحه 1223/3. كتاب: المساقاة. باب النهي عن الحلف في البيع. رقمه: (1607).
- 6- كشف المشكل من حديث الصحيحين. المؤلف: جمال الدين الجوزي 151/2. كشف المشكل من مسند أبي قتادة الأنصاري.
- 7- فيض القدير للمناوي 120/6. حرف الميم. رقمه: (8644).
- 8- أخرجه البخاري في صحيحه 110/3. كتاب: المساقاة. باب الخصومة في البئر والقضاء فيها. رقمه: (2356).
- 9- أخرجه مسلم في صحيحه 102/1. كتاب: الأيمان. باب بيان غلظ تحريم إسبال الإزار، والمن بالعطية، وتنفيق السلعة بالحلف، وبيان الثلاثة الذين لا يكلمهم الله يوم القيامة، ولا ينظر إليهم، ولا يزكهم ولهم عذاب أليم رقمه (106).

6/ الالتزام بالعهود والعقود والوفاء بها :

من أهم الضوابط العامة للتسوق بالالتزام بالعهود والعقود والوفاء بها، جاء في بدائع الصنائع ما نصه : (لزوم الوفاء بكل شرط إلا ما خص بدليل) ⁽¹⁾، وجاء في منح الجليل: (وقسم يجوز البيع به ويلزم الوفاء به، وهو ما لا يتحول إلى فساد، ولا يجزى إلى حرام) ⁽²⁾ وذكر في كفاية النبيه: (ويجب الوفاء بالشرط) ⁽³⁾ وجاء في الإنصاف: (ويكون الوفاء في مكان العقد) . يعني إذا عقده في موضع يمكن الوفاء فيه، فإن شرط الوفاء فيه كان تأكيداً ⁽⁴⁾ قال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِأَمَانَاتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ عَلَيْكُمْ﴾ [المؤمنون: 8] أي: يحفظون ما ائتمنوا عليه، والعقود التي عاقدوا الناس عليها، يقومون بالوفاء بها، والأمانات تختلف، فتكون بين الله تعالى وبين العبد كالصلاة والصيام والعبادات التي أوجبها الله عليه، وتكون بين العبيد كالودائع والصنائع، فعلى العبد الوفاء بجميعها. ⁽⁵⁾ وقال سبحانه: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾ [الإسراء: 34] أي وأوفوا بالعقد الذي تعاقدون الناس في الصلح بين أهل الحرب والإسلام، وفيما بينكم أيضاً، والبيع والأشربة والإحارات، وغير ذلك من العقود فإن الله جل ثناؤه سائل ناقض العهد عن نقضه إياه ⁽⁶⁾ ، والبيع والشراء عقد، كل ذلك من أجل رفع الحرج، والوفاء بالعقود، وعدم الخيانة والخداع في ذلك.

المبحث الثالث

الضوابط الشرعية الخاصة بالبيع والشراء

جعل الإسلام للبيع والشراء ضوابط خاصة كالآتي:

1/ النهي عن الغش والتدليس في البيع:

الغش هو: غش الشيء: خلطه بغيره مما هو أرخص منه ⁽⁷⁾ . والتدليس هو : كتمان عيب السلعة عن المشتري ⁽¹⁾ . فمن أهم الضوابط الخاصة للبيع والشراء في الأسواق البعد عن الغش والتدليس،

1- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني 259/5.

2- منح الجليل شرح مختصر خليل. المؤلف: محمد عيش 453/4.

3- كفاية النبيه في شرح التنبيه. المؤلف: ابن الرفعة 102/9.

4- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف. المؤلف: المرداوي 108/5.

5- تفسير البغوي 410/5.

6- تفسير الطبري 444/17.

7- معجم اللغة العربية المعاصرة 1619/2.

جاء في الدر المختار ما نصه: (الغش حرام)⁽²⁾ و قال ابن عرفة⁽³⁾: التدليس وهو إبداء البائع ما يوهم كمالاً في مبيعه كاذباً أو كتم عيب. وهو محرم⁽⁴⁾، ونص في المجموع: (لا خلاف أن فعل التصرية بهذا القصد حرام لما فيها من الغش والخديعة والخداع محرم في الشريعة قطعاً)⁽⁵⁾ وجاء في المغني: (كل ما وقع عليه اسم الغش، فالشراء به والبيع حرام).⁽⁶⁾

ومن الضوابط المهمة أن يكون البائع بعيداً عن الغش في بيعه، يبيع بيعاً واضحاً، وتكون سلعته سلعة لا غش ولا خيانة فيها، قال - ﷺ - قال: "مَنْ حَمَلَ عَلَيْنَا السَّلَاحَ فَلَيْسَ مِنَّا، وَمَنْ غَشَّنَا فَلَيْسَ مِنَّا".⁽⁷⁾

والغش أنواع كثيرة: غش في الإنشاءات، غش في توريد السلع، غش بالسلع التي انتهت وقتها المحدد لها. ولتأمل الغشاش بخصوصه قوله - ﷺ -: "مَنْ غَشَّ فَلَيْسَ مِنِّي".⁽⁸⁾ فيعلم أن الغش عظيم، وأن عاقبته وخيمة، وقد نبه - ﷺ - على أنه من الكبائر الموبقة المبعدة عن الجنة. فصدق البائع في بيعه، وصدق المشتري في شرائه، لا يكون كاذباً ولا غاشاً ولا خائناً، بل صادقاً يعرض السلعة سليمة من العيوب، قال - ﷺ -، قال: "الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا، - أَوْ قَالَ: حَتَّى يَتَفَرَّقَا - فَإِنْ صَدَقَا وَبَيَّنَّا بُورِكَ لَهُمَا فِي بَيْعِهِمَا، وَإِنْ كَتَمَا وَكَذَبَا مُحِقَّتْ بَرَكَةُ بَيْعِهِمَا".⁽⁹⁾ وروى - أن رسول الله - ﷺ - مر على صبرة طعام فأدخل يده فيها، فالتأصابع بللاً فقال: "مَا هَذَا يَا صَاحِبَ الطَّعَامِ؟" قَالَ أَصَابَتْهُ السَّمَاءُ يَا رَسُولَ اللَّهِ، قَالَ: "أَفَلَا جَعَلْتَهُ فَوْقَ الطَّعَامِ كَيْ يَرَاهُ النَّاسُ، مَنْ غَشَّ فَلَيْسَ مِنِّي"⁽¹⁰⁾.

=

- 1- الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية. المؤلف: أبو البقاء الحنفي 314/1.
- 2- الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار. المؤلف: علاء الدين الحصكفي ص 412.
- 3- ابن عرفة: أبي عبد الله محمد بن عرفة الورغمي التونسي المالكي شيخ الإسلام بالمغرب (710 هـ - 803 هـ) برع في الأصول، والفروع، والعريية، والمعاني، والبيان، والفرائض، والحساب. (شذرات الذهب. لأبو الفرج عبد الحي بن العماد الحنبلي 38 / 7 - 39).
- 4- التاج والإكليل لمختصر خليل. المؤلف: أبو عبد الله المواق المالكي (المتوفى: 897 هـ) 195/6.
- 5- المجموع شرح المذهب ((مع تكملة السبكي والمطيعي)). المؤلف: أبو زكريا بن شرف النووي 31/12.
- 6- المغني لابن قدامة. المؤلف: ابن قدامة المقدسي 40/4.
- 7- أخرجه مسلم في صحيحه 99/1. كتاب: الأيمان. باب: قول النبي صلى الله عليه وسلم: "من غشنا فليس منا". رقمه: (101).
- 8- أخرجه مسلم في صحيحه 99/1. كتاب: الأيمان. باب قول النبي ﷺ: "من غشنا فليس منا". رقمه: (102).
- 9- سبق تخريجه في ص 7.
- 10- سبق تخريجه في ص 11.

2/ النهي عن التطفيف في الكيل والميزان⁽¹⁾:

من أهم الضوابط الخاصة للتسوق النهي عن التطفيف في الكيل والميزان⁽²⁾، وتقوى الله، والعدل في الوزن والكيل، قال تعالى: ﴿وَيُنَالُ لِمُطَفِّفِينَ الَّذِينَ إِذَا أَكْتَالُوا عَلَى النَّاسِ يَسْتَوْفُونَ . وَإِذَا كَالُواهُمْ أَوْ وَزَنُوهُمْ يُخْسِرُونَ . أَلَا يَظُنُّ أُولَئِكَ أَنَّهُمْ مَبْعُوثُونَ . لِيَوْمٍ عَظِيمٍ . يَوْمَ يَقُومُ النَّاسُ لِرَبِّ الْعَالَمِينَ﴾ [المطففين: 1-6] فالمراد بالتطفيف هاهنا: البخس في المكيال والميزان، إما بالازدياد إن اقتضى من الناس، وإما بالنقصان إن قضاهم؛ ولهذا فسر تعالى المطففين الذين وعدهم بالخسار والهلاك.⁽³⁾

فالتطفيف في الكيل والميزان من أعظم أسباب هلاك البلاد والعباد، عن عبد الله بن عمر⁽⁴⁾، قال: أقبل علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال: " يَا مَعْشَرَ الْمُهَاجِرِينَ، خَسِّنْ إِنْ ابْتُلِيتُمْ بِهِمْ وَنَزَلَ فِيكُمْ أَعْوُدٌ بِاللَّهِ أَنْ تُدْرِكُوهُمْ: لَمْ تَظْهَرِ الْفَاحِشَةُ فِي قَوْمٍ قَطُّ حَتَّى يَعْمَلُوا بِهَا إِلَّا ظَهَرَ فِيهِمُ الطَّاعُونَ وَالْأَوْجَاعُ الَّتِي لَمْ تَكُنْ مَضَتْ فِي أَسْلَافِهِمْ، وَلَمْ يَنْقُصُوا الْمَكْيَالَ وَالْمِيزَانَ إِلَّا أُخِذُوا بِالسِّنِينَ وَشِدَّةِ الْمُؤْنَةِ وَخَوَرِ السُّلْطَانِ عَلَيْهِمْ، وَلَمْ يَمْنَعُوا الزُّكَاةَ إِلَّا مُنِعُوا الْقَطْرَ مِنَ السَّمَاءِ، وَلَوْلَا الْبَهَائِمُ لَمْ يُمِطَرُوا، وَلَمْ يَنْقُصُوا عَهْدَ اللَّهِ وَعَهْدَ رَسُولِهِ إِلَّا سُلِطَ عَلَيْهِمْ عَدُوُّهُمْ مِنْ غَيْرِهِمْ وَأُخِذُوا بَعْضُ مَا كَانَ فِي أَيْدِيهِمْ، وَمَا لَمْ يَخُكَمْ أَيْمَنُهُمْ بِكِتَابِ اللَّهِ إِلَّا أَلْقَى اللَّهُ بِأَسْهُمِ بَيْنَهُمْ " ثُمَّ أَمَرَ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ يَتَجَهَّزَ لِسِرِّيَّةٍ بَعَثَهُ عَلَيْهَا، وَأَصْبَحَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ قَدْ اعْتَمَّ بِعِمَامَةٍ مِنْ كَرَابِيسِ سُودَاءَ، فَأَذْنَاهُ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ثُمَّ نَقَضَهُ وَعَمَّمَهُ بِعِمَامَةٍ بَيْضَاءَ، وَأَرْسَلَ مِنْ خَلْفِهِ أَرْبَعَ أَصَابِعَ أَوْ نَحْوَ ذَلِكَ وَقَالَ: " هَكَذَا يَا ابْنَ عَوْفٍ اعْتَمَّ فَإِنَّهُ أَعْرَبَ وَأَحْسَنُ " ثُمَّ أَمَرَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِأَلَا أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهِ اللُّوَاءُ فَحَمِدَ اللَّهُ وَصَلَّى عَلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ثُمَّ قَالَ: خُذِ ابْنَ عَوْفٍ فَأَعِزُّوا جَمِيعًا فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَقَاتِلُوا مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ، لَا تَعْلُوا وَلَا تَعْدُوا، وَلَا تُمْتَلُوا، وَلَا تَقْتُلُوا وَلِيدًا، فَهَذَا عَهْدُ اللَّهِ وَسِيرَةُ نَبِيِّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " ⁽⁵⁾.

- 1- البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة. المؤلف: ابن رشد القرطبي/354/7، النجم الوهاج في شرح المنهاج. المؤلف: الدِّمِيرِي أَبُو الْبَقَاءِ الشَّافِعِي 167/4.
- 2- النجم الوهاج في شرح المنهاج. المؤلف: الدِّمِيرِي أَبُو الْبَقَاءِ الشَّافِعِي 167/4.
- 3- تفسير القرآن العظيم. المؤلف: ابن كثير القرشي 346/8.
- 4- عبد الله بن عمر بن الخطاب أبو عبد الرحمن العدوي المدني الفقيه، أحد الأعلام في العلم والعمل، أثنى عليه الرسول - ﷺ -، و وصفه بالصلاح، و توفي سنة أربع وسبعين . (طبقات الحفاظ. لجلال الدين السيوطي ص 18. الطبقة الأولى من الصحابة. رقم: (17)، صفة الصفوة. للإمام جمال الدين أبي الفرج ابن الجوزي 217/1-225. الطبقة الثانية من المهاجرين والأنصار. رقم: (62)).
- 5- المستدرک علي الصحيحين 582/4. كتاب : الفتن والملامح . حديث أبي عوانه. رقمه : (8624). حديث صحيح الإسناد، ولم يخرجاه.

الاحتكار هو أن يشتري البضائع التي تعتبر أقواتاً للناس من الأسواق، ولا سيما عند حاجة الناس إليها، فيجمعها عنده ولا يظهرها، ليرتفع ثمنها أكثر فأكثر، فيبيعها شيئاً فشيئاً مستغلاً حاجة الناس. فمثل هذا التصرف حرام، فإذا صار الناس في حاجة شديدة إلى هذه الأقوات، أو ضرورة، أُجبر المحتكر على بيعها بالسعر المناسب، فإن أبى باعها القاضي عليه وأدى له ثمنها⁽²⁾. فمن أهم الضوابط الخاصة للبيع والشراء في الأسواق البعد عن الاحتكار، جاء في بدائع الصنائع: (حرمة الاحتكار بحبس المشتري في المصر؛ لتعلق حق العامة به، فيصير ظالماً يمنع حقهم)⁽³⁾. وجاء في مواهب الجليل: (يمنع من احتكار ما يضر بالناس)⁽⁴⁾ وجاء في الحاوي: (وأما احتكار الأقوات مع الضيق، والغلاء وشدة الحاجة إليها، فمكروه محرّم)⁽⁵⁾ وجاء في المبدع: (يحرم الاحتكار)⁽⁶⁾. وقال - ﷺ -: "لَا يَحْتَكِرُ إِلَّا خَاطِيٌّ"⁽⁷⁾. "والخاطي هو الآثم، المذنب، أي: لا يفعل هذا الفعل الشنيع إلا مَنْ اعتادت نفسه فعل الخطيئة والمعصية. و المحتكر ملعون، وبين رسول الله - ﷺ - أن المحتكر ملعون والملعون هو المطرود من رحمة الله، قال رسول الله - ﷺ - "الْمُحْتَكِرُ مَلْعُونٌ"⁽⁸⁾.

والحكمة في تحريم الاحتكار دفع الضرر عن عامة الناس، كما أجمع العلماء على أنه لو كان عند إنسان طعام، واضطر الناس إليه ولم يجدوا غيره أُجبر على بيعه؛ دفعا للضرر عن الناس.⁽⁹⁾

1- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني 129/5، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل. المؤلف: الخطاب الرعي المالكى 228/4، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي. المؤلف: الماوردي 411/5، المبدع في شرح المقنع. المؤلف: ابن مفلح، أبو إسحاق، 47/4.

2- المبدع في شرح المقنع. المؤلف: ابن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدين 47/4.

3- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني 129/5.

4- مواهب الجليل في شرح مختصر خليل. للخطاب 228/4.

5- الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي للماوردي 411/5.

6- المبدع في شرح المقنع. المؤلف: ابن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدين 47/4.

7- أخرجه مسلم في صحيحه 1228/3. كتاب: البيوع. باب تحريم الاحتكار في الأقوات. رقمه: (1605).

8- أخرجه الحاكم في مستدركه 14/2. كتاب: البيوع. وأما حديث إسماعيل بن جعفر بن أبي كثير. رقمه: (2164). حديث ضعيف.

9- المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج 43/11. كتاب: البيوع. باب تحريم الاحتكار في الأقوات. رقمه: (1605).

4/ أن يكون المسلم بعيداً عن بيع كل أمر محرم من البيوع المحرمة: كالخمر⁽¹⁾:

من أهم الضوابط الخاصة للبيع والشراء في الأسواق أيضاً ، جاء في الكسب ما نصه: (بيع الخمر للمسلم لما كان حراماً، كان تناول ثمنها حراماً)⁽²⁾. وجاء في منح الجليل: (لا يصح بيع ما نهي عن بيعه ككلب صيد)⁽³⁾ وجاء في المجموع ما نصه: (لا يصح بيع الخمر)⁽⁴⁾ وجاء في كشاف القناع ما نصه: (ولا يصح بيع خمر)⁽⁵⁾.

ولقد نهي رسول الله - ﷺ - عَنْ ثَمَنِ الْكَلْبِ، وَمَهْرِ الْبَغِيِّ، وَخُلُونِ الْكَاهِنِ⁽⁶⁾. قال - ﷺ - ، عام الفتح وهو بمكة: " إِنَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ حَرَّمَ بَيْعَ الْخَمْرِ، وَالْمَيْتَةِ وَالْخِنْزِيرِ وَالْأَصْنَامِ "، فَقِيلَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، أَرَأَيْتَ شُحُومَ الْمَيْتَةِ، فَإِنَّهَا يُطْلَى بِهَا السُّفْنُ، وَيُدْهَنُ بِهَا الْجُلُودُ، وَيَسْتَصْبَحُ بِهَا النَّاسُ؟ فَقَالَ: " لَا، هُوَ حَرَامٌ "، ثُمَّ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ - ﷺ - عِنْدَ ذَلِكَ: " قَاتَلَ اللَّهُ الْيَهُودَ إِنَّ اللَّهَ لَمَّا حَرَّمَ شُحُومَهَا جَمَلُودُ، ثُمَّ بَاغَوْهُ، فَأَكَلُوا ثَمَنَهُ " .⁽⁷⁾

وقال - تعالى - : ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ ﴾ [المائدة : 2] ، أي ليعن بعضكم بعضاً على البر والتقوى. وفائدة التعاون تيسير العمل، وتوفير المصالح، وإظهار الاتحاد و التناصر، حتى يصبح ذلك خلقاً للأمة ، ولا تعاونوا على الإثم والعدوان، تأكيد لمضمون وتعاونوا على البر والتقوى؛ لأن الأمر بالشيء، وإن كان يتضمن النهي عن ضده، فالاهتمام بحكم الضد يقتضي النهي عنه بخصوصه، والمقصود أنه يجب أن يصد بعضكم بعضاً عن الظلم⁽⁸⁾. فمن التعاون على العدوان البيوع المحرمة، كبيع الخمر والخنزير والميتة والحيوانات الغير مأكولة، وغير ذلك.

1- رد المختار على الدر المختار. المؤلف: ابن عابدين 169/5، شرح التلقين. المؤلف: أبي عبد الله المازري المالكي 257/2 ، عمدة

السلالك وعدة الناسك. المؤلف: أحمد بن لؤلؤ بن عبد الله الرومي ص 154 ، كشاف القناع عن متن الإقناع. المؤلف: البهوتي 258/3.

2- الكسب. المؤلف: الشيباني 44/1.

3- منح الجليل شرح مختصر خليل 453/4.

4- المجموع شرح المذهب للنووي 578/3.

5- كشاف القناع عن متن الإقناع للبهوتي 154/3.

6- أخرجه البخاري في صحيحه 84/3. كتاب: البيوع . باب: ثمن الكلب . رقمه : (2237) .

7- أخرجه البخاري في صحيحه 84/3. كتاب: البيوع . باب: بيع الميتة والأصنام. رقمه : (2236) .

8- التحرير والتنوير «تحرير المعنى السديد وتنوير العقل الجديد من تفسير الكتاب المجيد». المؤلف : ابن عاشور التونسي 88/6.

5/ أن لا يسم على سوم أخيه⁽¹⁾ :

من أهم الضوابط الخاصة بالتسوق، كأن يعرض ثمننا على البائع ليفسخ البيع في فترة الاختيار، وهذا بخلاف المزايدات قبل استقرار الثمن ليتم الاختيار الحر ويتوفر الوقت له⁽²⁾؛ وأما السوم: فأن يكون رجل يسوم سلعة، وربما اتفق مع صاحبها على ثمن، فيأتي آخر ويعرض على صاحب السلعة ثمناً أكبر ليبيعه له. أو أن يعرض على المشتري سلعة مثلها بثمن أقل، أو أنفس منها بنفس الثمن. فكل ذلك حرام.⁽³⁾

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لَا يَسُمُّ الْمُسْلِمُ عَلَى سَوْمِ أَخِيهِ، وَلَا يَخْطُبُ عَلَى خَطْبَتِهِ".⁽⁴⁾

6/ أن لا يبيع على بيع أخيه⁽⁵⁾ :

من أهم الضوابط الخاصة بالتسوق كأن يعرض على المشتري في فترة الاختيار فسخ البيع، مقابل يبيعه ما هو أجود أو أرخص ليتم الاختيار الحر. أما البيع: فهو أن يجيء إلى من اشترى شيئاً وهو مدة الخيار، فيقول له: أنا أبيعك أجود مما اشتريت بنفس الثمن، أو أبيعك مثله بأقل من هذا الثمن.⁽⁶⁾ البيع على بيع أخيه، مثاله: أن يقول لمن اشترى شيئاً في مدة الخيار افسخ هذا البيع، وأنا أبيعك مثله بأرخص من ثمنه أو أجود منه بثمنه ونحو ذلك، وهذا حرام، يحرم أيضاً الشراء على شراء أخيه، وهو

1- العناية شرح الهداية. المؤلف: جمال الدين الرومي الباري 477/6، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني. المؤلف: ابن غانم 108/2، فتح العزيز بشرح الوجيز 220/8، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات. المؤلف: البهوتي 23/2.

2- المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج 158/10. كتاب: البيوع. باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه وسومه على سومه. رقمه: (1413).

3- الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي رحمه الله تعالى 43/6.

4- أخرجه مسلم في صحيحه 1033/2. كتاب: النكاح. باب تحريم الخطبة على خطبة أخيه، حتى يأذن أو يترك رقمه: (1413).

5- العناية شرح الهداية. المؤلف: الباري 477/6، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني. المؤلف: أحمد بن غانم النفراوي 108/2، فتح العزيز بشرح الوجيز 220/8، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات. المؤلف: البهوتي 23/2.

6- الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي رحمه الله تعالى 43/6.

أن يقول للبائع في مدة الخيار افسخ هذا البيع وأنا أشتريه منك بأكثر من هذا الثمن ونحو هذا⁽¹⁾. وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لَا يَبِيعُ بَعْضُكُمْ عَلَى بَيْعِ بَعْضٍ"⁽²⁾
7/ أن تبين عيوب السلعة وثمرتها⁽³⁾:

من أهم الضوابط الخاصة للبيع والشراء في الأسواق أيضاً، ولا يحاول إخفاءها حتى تنتفي كل جهالة أو غموض أو غش في السلع وفي النقود، ويقدم المشتري على الشراء عن ثقة، ويتجنب التخاصم. وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا، - أَوْ قَالَ: حَتَّى يَتَفَرَّقَا - فَإِنْ صَدَقَا وَبَيَّنَّا بُورِكَ لَهُمَا فِي بَيْعِهِمَا، وَإِنْ كَتَمَا وَكَذَبَا مُحِقَتْ بَرَكَةُ بَيْعِهِمَا"⁽⁴⁾. وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "مَنْ بَاعَ عَيْبًا لَمْ يُبَيِّنْهُ، لَمْ يَزَلْ فِي مَقْتِ اللَّهِ، وَلَمْ تَزَلِ الْمَلَائِكَةُ تَلْعَنُهُ"⁽⁵⁾.

8/ النهي عن البخس:

من أهم الضوابط الخاصة للبيع والشراء في الأسواق أيضاً، فالنهي عن البخس عاما من غير تخصيص⁽⁶⁾، وقوله تبارك وتعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾ [النساء: 29]. وقال الله تعالى: ﴿وَلَا تَبْخَسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ﴾ [الشعراء: 183].

- 1- المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج 158/10. كتاب: البيوع. باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه وسومه على سومه. رقمه: (1413).
- 2- أخرجه مسلم في صحيحه 1154/3. كتاب: البيوع. باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه، وسومه على سومه، وتحريم النجش، وتحريم التصرية. رقمه: (1412).
- 3- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي. المؤلف: الزيلعي 31/4، بداية المجتهد ونهاية المقتصد. المؤلف: ابن رشد القرطبي 199/3، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي للماوردي 14/5، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات للبهوتي 34/2.
- 4- سبق تخريجه في ص 7.
- 5- رواه ابن ماجه في سننه 755/2. كتاب: التجارات. باب من باع عيبا فليبينه. رقمه: (2247). إسناده ضعيف. (مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجه. المؤلف: البوصيري 30/2. كتاب: التجارات. باب من باع عيبا فليبينه. المحقق: محمد المنتقى الكشناوي).
- 6- بدائع الصنائع للكاساني 169/7، المدونة. المؤلف: مالك بن أنس 331/1، المجموع شرح المهذب للنووي 161/10، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى. المؤلف: الرحيباني 107/3.

من أهم الضوابط الخاصة للبيع والشراء في الأسواق أيضاً، وهو أن يزيد شخص في ثمن السلعة وهو لا يقصد الشراء، وإنما ليوهم غيره نفاستها، فيشتريها بأكثر من ثمنها. وهذا العمل حرام⁽¹⁾، وقال صلى الله عليه وسلم قال: "إِيَّاكُمْ وَالظَّنَّ، فَإِنَّ الظَّنَّ أَكْذَبُ الْحَدِيثِ، وَلَا تَحَسَّسُوا، وَلَا تَنَاجَشُوا، وَلَا تَنَاجَشُوا، وَلَا تَبَاغَضُوا، وَلَا تَدَابَرُوا، وَكُونُوا عِبَادَ اللَّهِ إِخْوَانًا"⁽²⁾ ومعنى "لا تناجشوا"، من النجش وهو أن يزيد في ثمن المبيع بلا رغبة ليخدع غيره فيوقعه فيزاد عليه.⁽³⁾

الخاتمة

لقد حظيت الأسواق بشأن كبير من النبي ﷺ، فقد كان مراقباً، ومشرفاً عليها، ووضع لها الضوابط، وسن لها الآداب والأحكام؛ لاستقرار المجتمع.

ومن خلال هذا البحث يمكن التوصل إلى النتائج الآتية:

1. يقصد بالبيع التملك على وجه شرعي.
2. يقصد بالشراء أن يشتري الرجل ما يكفيه، ويغنيه عن الناس.
3. الشريعة هي المحجة التي جاء بها رسول الله - ﷺ -، وسنها، وأوجب إتباعها، وصونها.
4. مفهوم السوق يعني: موضع تجلب إليه الأمتعة والسلع للبيع والابتاع.
5. مفهوم البيع والشراء هو عملية اتصال بين البائع والمشتري، تحقق الرضا والإشباع للمشتري، والربح للبائع، ولا يمكن فصل أحدهما عن الأخرى.
6. جعل الإسلام للبيع والشراء في الأسواق ضوابط عامة منها: الصدق، والكسب الحلال، والسماحة.
7. جعل الإسلام للبيع والشراء ضوابط خاصة في الأسواق منها: النهي عن الغش والتدليس في البيع، والنهي عن التطفيف في الميزان، والنهي عن الاحتكار.

1- بدائع الصنائع للكاساني 233/5، التلقين في الفقه المالكي 152/2، الباب في الفقه الشافعي. المؤلف: أحمد بن محمد بن المحاملي ص242، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي رحمه الله تعالى 41/6، شرح الزركشي. المؤلف: الزركشي 642/3.

2- أخرجه البخاري في صحيحه 19/8. كتاب: الأدب. باب: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ وَلَا تَحَسَّسُوا﴾ [الحجرات: 12].

3- عمدة القاري شرح صحيح البخاري. المؤلف: بدر الدين العيني 137/22. كتاب: الأدب. باب: ما يكون من الظن. رقمه: (6066).

التوصيات وأهم المقترحات:

1. الحث على السماحة، وحسن المعاملة، واستعمال معالي الأخلاق ومكارمها.
 2. مراعاة الضوابط الشرعية للبيع والشراء .
 3. ضرورة الرقابة المستمرة على التجار في البيع والشراء.
 4. حضور مجالس العلم لمعرفة أحكام الحلال والحرام .
- وأخيرا أسأل الله أن يجعل هذا العمل خالصا لوجهه الكريم ، وأن ينفع به الإسلام والمسلمين ، وصلي الله علي نبينا محمد وعلي آله وصحبه أجمعين .

فهرس المراجع والمصادر:

1. إبراهيم بن محمد بن ابن مفلح، أبي إسحاق، برهان الدين: المبدع في شرح المقنع، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط1، 1418 هـ - 1997 م.
2. إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدين : المبدع في شرح المقنع، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط1 ، 1418 هـ - 1997 م.
3. ابن ماجه أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني، وماجة اسم أبيه يزيد :سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى البابي الحلبي،(د.ط)،(د.ت) .
4. ابن منظور: لسان العرب ، دار الحديث: القاهرة،(د.ط)،1423 هـ - 2003م.
5. أبو البركات عبد الله بن أحمد بن محمود حافظ الدين: النسفي تفسير النسفي (مدارك التنزيل وحقائق التأويل) ، حققه وخرج أحاديثه: يوسف علي بديوي. راجعه وقدم له: محيي الدين ديب مستو، دار الكلم الطيب، بيروت، ط1، 1419 هـ - 1998 م.
6. أبو العباس أحمد بن محمد الخلوقي، الشهير بالصاوي المالكي: بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، دار المعارف.(م)،(د.ط)،(د.ت).
7. أبو العباس شهاب الدين أحمد بن أبي بكر بن إسماعيل بن سليم بن قايمار بن عثمان البوصيري الكناني الشافعي :مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجه30/2. كتاب: التجارات. باب من باع عيبا فليبينه . المحقق: محمد المنتقى الكشناوي، دار العربية - بيروت، ط2 ، 1403 هـ).
8. أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي: المقدمات الممهديات، تحقيق: الدكتور محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، ط1، 1408 هـ - 1988 م.

9. أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي: البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، حققه: د محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، ط2، 1408 هـ - 1988 م.
10. أبو عبد الله محمد الأنصاري الرصاع: شرح حدود ابن عرفة الموسوم الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية، تحقيق: محمد أبو الأحفان - الطاهر المعموري. دار الغرب الإسلامي، ط1 سنة 1993م.
11. أبو عبد الله محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني: الكسب. المحقق: د. سهيل زكار، عبد الهادي حرصوني - دمشق، ط1، 1400هـ.
12. أبو عبد الله محمد بن الرازي الملقب بفخر الدين الرازي: مفاتيح الغيب = التفسير الكبير، دار إحياء التراث العربي - بيروت. ط3 سنة 1420 هـ.
13. أبو عبد الله، محمد بن إبراهيم بن سعد الله بن جماعة الكناي الحموي الشافعي، بدر الدين: تحرير الأحكام في تدبير أهل الإسلام، تحقيق ودراسة وتعليق: د. فؤاد عبد المنعم أحمد، ط3، دار الثقافة بتفويض من رئاسة المحاكم الشرعية بقطر - قطر/ الدوحة، (د.ط) 1408 هـ - 1988م
14. أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتاي الحنفي بدر الدين العيني: البناية شرح الهداية، دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان، ط1، 1420 هـ - 2000 م.
15. أبي الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي: الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، المحقق: الشيخ علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط1، 1419 هـ - 1999 م.
16. أبي الحسن نور الدين علي بن أبي بكر بن سليمان الهيثمي: مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، المحقق: حسام الدين القدسي، مكتبة القدسي، القاهرة. (د.ط) سنة 1414 هـ - 1994 م.
17. أبي العلا محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفوري: تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذي، دار الكتب العلمية - بيروت. (د.ت)
18. أبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي: تفسير القرآن العظيم. المحقق: سامي بن محمد سلامة، دار طيبة، (د.م). ط1، 1420 هـ - 1999 م.
19. أبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي: المجموع شرح المذهب 152/9، دار الفكر، سيد سابق: فقه السنة، دار الكتاب العربي، بيروت - لبنان، ط3، 1397 هـ - 1977 م
20. أبي عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله النيسابوري المعروف بابن البيع: المستدرک على الصحيحين، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية - بيروت، ط1، 1411 - 1990م.

21. أبي عبد الله محمد بن علي بن عمر التميمي المازري المالكي : شرح التلقين، المحقق: سماحة الشيخ محمد المختار السلامي، دار الغرب الإسلامي، ط1، 2008 م.
22. أبي محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني : عمدة القاري شرح صحيح البخاري، التراث العربي - بيروت. (د.ط). (د.ت).
23. أبي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي : الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية. تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين - بيروت. ط4. سنة 1407 هـ - 1987 م.
24. أحمد الريسوني : نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي ، الدار العالمية للكتاب الإسلامي. ط2 سنة 1412 هـ - 1992 م.
25. أحمد بن غانم (أو غنيم) بن سالم ابن مهنا، شهاب الدين النفراوي الأزهري المالكي : الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الفكر، (د.م)، (د.ط) 1415 هـ - 1995 م.
26. أحمد بن لؤلؤ بن عبد الله الرومي، أبو العباس، شهاب الدين ابن التقيب الشافعي : عمدة السالك وعدة الناسك ، الشؤون الدينية، قطر، ط1، 1982 م.
27. أحمد بن محمد بن أحمد بن القاسم الضبي، أبي الحسن ابن المحاملي الشافعي : اللباب في الفقه الشافعي . المحقق: عبد الكريم بن صنيطان العمري. دار البخاري، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، ط1، 1416 هـ.
28. أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي : تحفة المحتاج في شرح المنهاج ، المكتبة التجارية الكبرى بمصر. (د.ط) 1357 هـ - 1983 م.
29. أحمد مختار عبد الحميد عمر : معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، ط1 1429 هـ - 2008 م.
30. زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبي يحيى السنيكي : أسنى المطالب في شرح روض الطالب، دار الكتاب الإسلامي. (د.ط) (د.م) (د.ن) (د.ت).
31. أكمل الدين محمد بن محمود البابري: شرح العناية بهامش شرح فتح القدير المطبعة الأميرية ببولاق : مصر ط1. سنة 1316 هـ، محمد بن فراموز الشهير بمنلا خسرو الحنفي: الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام 142/2. (د.ط) (د.م) (د.ن) 1330 هـ.
32. أيوب بن موسى الحسيني القريني الكفوي، أبو البقاء الحنفي : الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، المحقق: عدنان درويش - محمد المصري، مؤسسة الرسالة - بيروت، (د.ط)، (د.ت).
33. تقي الدين محمد بن أحمد الفتوحي الحنبلي الشهير بابن النجار : منتهى الإرادات. المحقق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، (د.م) ط1، 1419 هـ - 1999 م.

34. جمال الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي : كشف المشكل من حديث الصحيحين، كشف المشكل من مسند أبي قتادة الأنصاري . المحقق: علي حسين البواب، دار الوطن - الرياض، (د.ط)، (د.ت).
35. زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري : البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، (د.م)، (د.ط)، (د.ت).
36. زين الدين محمد المدعو بعبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي بن زين العابدين المناوي : فيض القدير شرح الجامع الصغير، المكتبة التجارية الكبرى - مصر، ط، سنة 1356هـ.
37. سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي، أبي القاسم الطبراني. المعجم الأوسط. المحقق: طارق بن عوض الله بن محمد ، عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني، دار الحرمين - القاهرة. (د.ط) .
38. سليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهرى، المعروف بالجمال : فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب المعروف بحاشية الجمل ، دار الفكر، (د.م) (د.ط) . (د.ت) .
39. شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي : شرح الزركشي علي مختصر الخرقى في الفقه علي مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، تحقيق وتخريج : عبد الله بن عبد الرحمن ابن عبد الله . مكتبة العبيكان. ط 1 سنة 1413 هـ - 1993 م .
40. صالح بن فوزان بن عبد الله الفوزان : الملخص الفقهي، دار العاصمة، الرياض، المملكة العربية السعودية. ط 1 سنة 1423هـ.
41. الطبري : جامع البيان في تأويل القرآن. المحقق: أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة. ط 1، 1420 هـ - 2000 م.
42. عبد العظيم بن بدوي بن محمد : الوجيز في فقه السنة والكتاب العزيز ، دار ابن رجب - مصر، ط 3، 1421 هـ - 2001 م.
43. عبد الكريم بن محمد الرافعي القزويني: فتح العزيز بشرح الوجيز = الشرح الكبير ، دار الفكر، (د.م)، (د.ط)، (د.ت)،
44. عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي : تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، ط 1، 1313 هـ.
45. علي بن محمد الربيعي، أبي الحسن، المعروف باللخمي : التبصرة، دراسة وتحقيق: الدكتور أحمد عبد الكريم نجيب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر. ط 1، 1432 هـ - 2011 م.
46. القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي: الإشراف على نكت مسائل الخلاف. المحقق: الحبيب بن طاهر، دار ابن حزم، (د.م)، ط 1، 1420 هـ - 1999 م.

47. كمال الدين، محمد بن موسى بن عيسى بن علي الدّميري أبو البقاء الشافعي: النجم الوهاج في شرح المنهاج. المحقق: لجنة علمية، دار المنهاج، جدة، ط1، 1425 هـ - 2004 م.
48. كمال الدين، محمد بن موسى بن عيسى بن علي الدّميري أبي البقاء الشافعي: النجم الوهاج في شرح المنهاج. المحقق: لجنة علمية، دار المنهاج (جدة). ط1، 1425 هـ - 2004 م.
49. مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني: المدونة، دار الكتب العلمية، (د.م)، ط1، 1415 هـ - 1994 م.
50. محمد الطاهر بن محمد بن عاشور التونسي: مقاصد الشريعة الإسلامية. المحقق: محمد الحبيب ابن الخوجة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر. (د.ط) 1425 هـ - 2004 م.
51. محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور التونسي: التحرير والتنوير، الدار التونسية للنشر - تونس. (د.ط) سنة 1984 هـ.
52. محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي: مختار الصحاح، دار الحديث: القاهرة. ط1. 1421 هـ - 2000 م.
53. محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي: المبسوط، دار المعرفة - بيروت، (د.ط)، 1414 هـ - 1993 م.
54. محمد بن إسماعيل أبي عبد الله البخاري: الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه، صحيح البخاري، المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة. ط1، 1422 هـ.
55. محمد بن الحسن بن العربي بن محمد الحجوي الثعالبي الجعفري الفاسي: الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، ط1، 1416 هـ - 1995 م.
56. محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملي، أبو جعفر الطبري: تفسير الطبري، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي. بالتعاون مع مركز البحوث والدراسات الإسلامية بدار هجر الدكتور عبد السند حسن يمامة، دار هجر، ط1، 1422 هـ - 2001 م.
57. محمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن معاذ بن مَعْبَد، التميمي، أبو حاتم، الدارمي، البُستي: الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان، ترتيب: الأمير علاء الدين علي بن بلبان الفارسي (المتوفى: 739 هـ). حققه وخرج أحاديثه وعلق عليه: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت. ط1، 1408 هـ - 1988 م.
58. محمد بن صالح بن محمد العثيمين: الشرح الممتع على زاد المستقنع، دار النشر: دار ابن الجوزي، (د.م) ط1، 1422 - 1428 هـ.

59. محمد بن عبد الوهاب بن سليمان التميمي النجدي : مختصر الإنصاف والشرح الكبير، المحقق: عبد العزيز بن زيد الرومي، د. محمد بلتاجي، د. سيد حجاب، مطابع الرياض - الرياض. ط1. (د.ت).
60. محمد بن علي بن محمد الحِصْنِي المعروف بعلاء الدين الحصكفي الحنفي : الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار. المحقق: عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية، (د.م). ط1، 1423هـ-2002.
61. محمد بن عيسى بن سَوْرَة بن موسى بن الضحّاك، الترمذي، أبو عيسى: سنن الترمذي، المحقق: بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي - بيروت. (د.ط) 1998 م.
62. مُحَمَّد بن مُحَمَّد بن عبد الرزّاق الحسيني، أبو الفيض، الملقّب بمرتضى، الزّبيدي: تاج العروس من جواهر القاموس، المحقق: مجموعة من المحققين، دار الهداية. (د.ط)(د.ت).
63. محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبي عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي الباري: العناية شرح الهداية، دار الفكر، (د.م)، (د.ط)، (د.ت).
64. محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي : التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، (د.م)، ط1، 1416هـ-1994م.
65. محيي الدين يحيى بن شرف أبي زكريا النووي: روضة الطالبين وعمدة المفتين، إشراف: مكتب البحوث والدراسات. دار الفكر (د.ط) 1415 هـ - 1995م.
66. محيي السنة ، أبي محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي الشافعي : تفسير البغوي، المحقق : عبد الرزاق المهدي، دار إحياء التراث العربي - بيروت. ط1، 1420 هـ.
67. مسلم بن الحجاج أبي الحسن القشيري النيسابوري : المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله ﷺ، المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي - بيروت، (د.ط)، (د.ت).
68. مُصطفى الحُرْن، الدكتور مُصطفى البُغَا، علي الشَّريج: الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي رحمه الله تعالى ، دار القلم ، دمشق. ط4، 1413 هـ - 1992 م.
69. مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي شهرة، الرحيباني: مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، (د.ن)، (د.م)، ط1، 1415هـ - 1994م.
70. منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي : كشف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، (د.م)، (د.ط)، (د.ت).
71. منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي: دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات، عالم الكتب، (د.م)، (د.ط)، 1414هـ - 1993م.

72. موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى بن سالم الحجاوي المقدسي، ثم الصالحي، شرف الدين، أبو النجا: زاد المستقنع في اختصار المقنع، المحقق: عبد الرحمن بن علي بن محمد العسّكر، دار الوطن للنشر - الرياض، (د.ط) (د.ت).

73. موسى شاهين لاشين . السنة والتشريع، مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر الشريف. (د.ط). (د.ت)

74. ناصر الدين أبي سعيد عبد الله بن عمر بن محمد الشيرازي البيضاوي : أنوار التنزيل وأسرار التأويل، المحقق: محمد عبد الرحمن المرعشلي، دار إحياء التراث العربي - بيروت. ط1 سنة 1418 هـ.

75. النووي: المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، دار إحياء التراث العربي - بيروت، ط2، 1392 هـ.

وهبة بن مصطفى الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر - سورية - دمشق. ط4 .

أصول الفقه

وأثره على الفتوى

مجاجي فاطمة: أستاذة بجامعة حسيية بن بو علي - الشلف - الجزائر
في مقاييس: علوم القرآن الكريم - تقنيات التعبير الشفهي - منهجية البحث.
تخصص: الفقه الإسلامي وأصوله.

ملخص:

يعد علم أصول الفقه من أجل العلوم قدرا وأعظمها أجرا، ولعلّ مكانته فقد كان لازما على من يتولى منصب الفتوى أن يتبحر في هذا العلم ويغوص في أعماقه، لما للفتوى من مكانة عظيمة وأهمية بالغة خاصة في وقتنا المعاصر نظرا لكثرة النوازل الطارئة.
وحتى يتم ربط الواقع بالعلم الشرعي لا بد من الرجوع إلى قواعد وأصول الفقه وفق قواعد وأصول محددة.

لذا جاءت هذه الدراسة تبين أثر أصول الفقه على الفتوى والعلاقة بينهما، والله المستعان.

Summary:

The science of the fundamentals of jurisprudence for science the greatest and most profitable, and perhaps his plas was it was incumbent on the person who takes the position of the fatwa to sail in this sciene and dive in the depths, because of fatwa of great prestige and importance, especially in our time.

In order to link the reality with forensic science, it is necessary to refer to the rules and principles of jurisprudence according to specific rules and principles.

So, this study came the effect of jurisprudence assets on the fatwa and the relationship between them, allah is the beneficent.

مقدمة:

إنَّ الحمد لله نحمده ونستعينه، ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، ومن سيئات أعمالنا، إنه من يهد الله فلا مضلَّ له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلاَّ الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمدا عبده ورسوله، صفيَّه وحبيبه، وعلى آله وأصحابه الأطهار الميامين أما بعد.

فإنَّ الفتوى عملية شرعية تطبيقية تربط الواقع الملموس بالعلم الشرعي وفق قواعد وأصول محددة، وبما أن أصول الفقه هو العلم بالأحكام الشرعية العملية واستنباطها من أدلتها التفصيلية، يحتاج المفتي هنا أن يكون مدركا للواقع، عالما بقواعد وضوابط أصول الفقه، فلا يستطيع أن يصدر فتوى صحيحة دون أن يعرف هذا الحكم، هل هو مقيد بدليل آخر أم لا؟ وهل هو ناسخ بدليل غيره أم لا؟ وأن يعرف الحلال والحرام، والمجمل والمبين، والخاص والعام، ومحكم ومتشابه، وناسخ ومنسوخ، ومنطوق ومفهوم، وأمر ونهي، إلخ...

وللفتوى أهمية عظيمة وخطيرة في الإسلام خاصة في وقتنا المعاصر، نظرا لتسارع وتيرة الأحداث وتشابكها، وعلى هذا يكون المفتي ملجأ الناس للإستفتاء عن أحوالهم الدينية والدنيوية وبكل النوازل الطارئة عليهم، وهو بهذا بمثابة الموقع عن رب العالمين، لأن الله سبحانه وتعالى تولى فتوى عباده، ثم كلَّف نبيه الكريم بذلك، ثم الصحابة، ثم استمرت وظيفة الفتوى إلى اليوم، وهي بهذا منصب تكليف وتشريف لصاحبها.

ومن هنا جاءت هذه الدراسة تبين العلاقة بين أصول الفقه والفتوى، وأثر أصول الفقه على الفتوى، محاولة الإجابة على الأسئلة التالية:

1/ ما حد أصول الفقه والفتوى؟ وماهي العلاقة بينهما؟.

2/ كيف يتناول المفتي استخراج الحكم في النوازل؟.

3/ ما أثر أصول الفقه في الفتوى؟.

وقد قسمته إلى مقدمة وثلاث مباحث وخاتمة.

المبحث الأول: تعريف علم أصول الفقه وأهم مصادره.

المبحث الثاني: تعريف الفتوى، وذكر شروط المفتي.

المبحث الثالث: علاقة أصول الفقه بالفتوى.

وأسأل الله العليّ القدير أن يتقبل عملي هذا خالصا لوجهه تعالى، فإن كان فيه نقص فمني ومن الشيطان، وإن كان فيه صواب فبتوفيق من الله وفضله.

المبحث الأول: تعريف أصول الفقه وموضوعه:

إن أصول الفقه علم جليل القدر وبالع الأهمية وغزير الفائدة، وحتى يتم استنباط الأحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية، لا بد من معرفة قواعده، والمتمثلة في المطلق والمقيد، والمحكم والمتشابه، والأمر والنهي، بالإضافة إلى مفهوم المخالفة والمطابقة... إلخ.

المطلب الأول: تعريف أصول الفقه باعتباره مركبا، وهذا يحتاج إلى معرفة كلمة الأصول وكلمة الفقه.

الفرع الأول: تعريف الأصول لغة: الأصول جمع أصل وهو ما يَتَقَرَّعُ غيره عليه⁽¹⁾، وقيل هو المحتاج إليه⁽²⁾.

من التعريف اللغوي للأصول يتبين أن الأصول تعني الأصل وما يبنى عليه من تفرعات.

الفرع الثاني: تعريف الفقه لغة: هو العلم في الدين، يقال فُقه الرجل، يَفْقَهُ فِقْهًا إذا فُهِمَ، بَيَّنْتُ له، وَالتَّفَقُّهُ هو تعلم الفقه⁽³⁾، وَأَفْقَهُتُهُ، يقال فقه الرجل يَفْقَهُ فِقْهًا فهو فقيه الفقه، وجمعه فقهاء⁽⁴⁾، ومنه قوله تعالى ﴿لِيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ﴾، [التوبة: 122].

يستنتج من التعريف اللغوي أن الفقه هو العلم والفهم والتبين.

اصطلاحاً: حتى نعرف أصول الفقه لا بد أن نبين ما يلي:

أولاً: تعريف الأصول: يطلق لفظ الأصل على معاني عدة منها.

1/ **الدليل:** كقول الفقهاء، الأصل في هذه المسألة الكتاب والسنة والإجماع أي الدليل عنها.

2/ **القاعدة المستمرة:** مثل قول الأصوليون الأصل الخاص مقدم على العام عند التعارض، ومثلهم يقول النحاة الأصل في المبتدأ التقديم وفي الخبر التأخير.

3/ **الراجع:** قول الأصوليون، الأصل بقاء ما كان على ما كان، والأصل براءة الذمة من التكاليف

الشرعية.

1/ المطلع على ألفاظ المقنع، أبي الفضل البعلبي، 290.

2/ تاج العروس، مرتضى الزبيدي، 27 / 447.

3/ العين، الفراهيدي، 03 / 370.

4/ جمهرة اللغة، ابن دريد 02 / 968.

4/ مخرج المسألة الفرضية: أي العدد الذي تخرج منه الفروض المقدرة بلا كسر، كقول الفرضيون أصل هذه المسألة وأصول المسائل 2، 3 ...

5/ المقيس عليه: في باب القياس مثلاً يقول الأصوليون، أركان القياس أربعة، الأصل والفرع والعلة والحكم⁽¹⁾.

ثانياً: تعريف الفقه: هو العلم بالأحكام الشرعية المكتسب من أدلتها التفصيلية⁽²⁾.

. وقيل: هو العلم بالأحكام الشرعية الفرعية عن أدلتها التفصيلية بالاستدلال⁽³⁾.

. ومعنى آخر: هو ظن جملة من الأحكام الشرعية الفرعية باستنباطها من أدلة تفصيلية⁽⁴⁾.

تعريف أصول الفقه اصطلاحاً: أصول الفقه باعتباره علماً ولقباً على الفن المعروف يمكن تعريفه بما يلي:

. أدلة الفقه الإجمالية وكيفية الاستفادة منها وحال المستفيد.

المطلب الثاني: موضوع أصول الفقه:

يتمحور موضوع أصول الفقه فيما يلي:

. معرفة الأدلة الشرعية ومراتبها وأحوالها⁽⁵⁾.

. البحث عن الأدلة من الكتاب والسنة والإجماع والقياس ونحوها، لأن الأصولي يبحث فيها عن

العوارض اللاحقة لهذه الأدلة، من كونها عامة أو خاصة، أو مطلقة أو مقيدة، أو محتملة أو مبينة، أو ظاهراً أو نصاً، أو منطوقة أو مفهومة، وكون اللفظ أمراً أو نهياً⁽⁶⁾.

. الأدلة الإجمالية الموصلة إلى الأحكام الشرعية العملية وأقسامها، واختلاف مراتبها وكيفية أخذ

الأحكام الشرعية على وجه كلي⁽⁷⁾.

1/ أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله، عياض بن نامي بن عوض السلمي، 14، 15.

2/ نهاية السؤل، علي الإسنوي، 01 / 11.

3/ شرح مختصر الروضة، نجم الدين الطوفي، 01 / 133.

4/ المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل، محمد بدران، 144.

5/ معالم أصول الفقه عند أهل السنة والجماعة، حسين بن حسن الجيراني، 21.

6/ التحبير شرح التحرير في أصول الفقه، المرداوي، 01 / 143.

7/ الجامع لمسائل أصول الفقه وتطبيقاتها على المذهب الراجح، عبد الكريم بن علي بن محمد النملة، 13.

المطلب الثالث: مصادر أصول الفقه:

- ويقصد بمصادر أصول الفقه الأدلة والأصول التي بنيت عليها قواعده وهي:
- . استقراء نصوص الكتاب والسنة الصحيحة.
- . الآثار المروية عن الصحابة والتابعين.
- . إجماع السلف الصالح.
- . قواعد اللغة العربية وشواهدا المنقولة عن العرب.
- . الفطرة والعقل السليم، بالإضافة إلى اجتهادات أهل العلم واستنباطاتهم وفق الضوابط الشرعية⁽¹⁾.

المبحث الثاني: تعريف الفتوى وشروطها.

حتى يتم تعريف الفتوى لا بد من تعريفها لغة، واصطلاحاً بالإضافة إلى تعريف المفتي والمستفتي.

المطلب الأول: تعريف الفتوى شروطها.

- أولاً: لغة:** الفتوى بالواو تفتح الفاء وتضم، وهي اسم من أفى العالم إذ بين الحكم، وأصلها من الفتى وهو الشاب القوي، وجمعها فتاوي بكسر الواو.
- يقال: أفته الفقيه في أمر بمعنى أبانه، وأفتيته في المسألة أي أحبته عنها.
- وقال الراغب: الفتوى هي الجواب عما يشك فيه من أحكام⁽²⁾.
- واستفتيت إذ سألت عن الحكم⁽³⁾، ومنه قوله تعالى ﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ﴾، [النساء: 176]، ومنها المفتي وهو من يتصدى للفتوى بين الناس، وفقهه تعينه الدولة ليجيب عما يشكل من المسائل الشرعية⁽⁴⁾.
- من التعاريف اللغوية يتبين أن الفتوى هي إجابة المفتي على كل ما أستشكل على الناس وذلك ببيان الحكم وإعطاء الإجابة.

1/ معالم أصول الفقه عند أهل السنة والجماعة، للجزايني، 22، 23.

2/ تاج العروس، للزبيدي، 39 / 212.

3/ مقاييس اللغة، لابن فارس 04 / 474.

4/ المعجم الوسيط، إبراهيم مصطفى وآخرون، 02 / 674.

ثانيا : اصطلاحا: حتى نعرّف الفتوى اصطلاحا لا بد أن نعرف كذلك المفتي والمستفتي.

1/ تعريف الفتوى: هي بيان الحكم للسائل⁽¹⁾.

2/ تعريف المفتي: لقد عرّف العلماء المفتي بتعريفات عدّة منها:

. تعريف الإمام الشاطبي " المفتي هو قائم مقام النبي صلى الله عليه وسلم"⁽²⁾.

. ابن القيم " المفتي هو المخبر عن حكم الله غير منفذ"⁽³⁾.

. وعرفه ابن حمدان " المفتي هو المخبر بحكم الله تعالى معرفته بدليله"⁽⁴⁾.

. قال ابن الهمام " إن المفتي هو المجتهد وهو الفقيه".

. وقال المحلاوي " إنّ المفتي عند الأصوليين هو المجتهد المطلق".

. ومنهم من قال " إن المفتي هو الفقيه لأن المراد به المجتهد في مصطلح الأصول"⁽⁵⁾.

. وعرفه الغزالي بأنه " هو المستقل بأحكام الشرع نصا واستنباطا"⁽⁶⁾.

3/ تعريف المستفتي: هو السائل عن حكم شرعي⁽⁷⁾.

يستنتج من التعاريف الاصطلاحية أن الفتوى هي بيان المفتي الحكم للسائل؛ باعتباره هو المجتهد والفقيه المخبر بحكم الله تعالى وهو لا يختلف بهذا عن تعريف اللغويين.

المطلب الثاني: شروط المفتي:

بما أنّ رأي الأصوليين استقرّ على أن المفتي هو المجتهد، وأمّا غير المجتهد ممّن يحفظ أقوال المجتهد فليس بمفت⁽⁸⁾، فإن شروط المجتهد هي نفسها شروط المفتي والتي تتمحور فيما يلي:

. أن يكون عالما بالفقه أصلا وفرعا، خلافا ومذهبا، أي بمسائل الفقه وقواعده وفروعه، وبما فيها من الخلاف ليذهب إلى قول منه ولا يخالفه، بأن يحدث قولا آخر لاستلزام اتفاق من قبله بعدم ذهابهم إليه.

1/ فتاوى سماحة الشيخ محمد بن إبراهيم بن عبد اللطيف آل الشيخ، 05 / 115.

2/ الموافقات، للشاطبي، 05 / 445.

3/ إعلام الموقعين عن رب العالمين، ابن القيم، 04 / 133.

4/ أدب المفتي والمستفتي، ابن الصلاح، 24.

5/ فتح القدير، 07 / 256، والتقرير والتحرير لابن الموقت الحنفي، 03 / 347.

6/ المنحول في تعليقات الأصول، الغزالي، 572.

7/ التمهيد شرح مختصر الأصول في علم الأصول، عبد اللطيف المنيّاوي، 117.

8/ فتح القدير، الكمال ابن الهمام، 03 / 347.

- أن يكون عالماً بكامل الأدلة في الاجتهاد عارفاً بما يحتاج إليه من استنباط الأحكام، وتفسير الآيات الواردة في الأحكام والأخبار⁽¹⁾.

- أن يكون عارفاً بالأصل الذي يبنى عليه استصحاب الحال، لئلا يمسك به عند عدم وجود الأدلة⁽²⁾.

- أن يكون عدلاً مجتنباً للمعاصي القادحة في العدالة⁽³⁾.

• مكانة الفتوى:

مما يدل على مكانة الفتوى وأهميتها أن الله سبحانه وتعالى تولاها، ثم النبي ثم الصحابة من بعده، ثم والتابعين ثم من بعدهم.

أولاً: أن رب العالمين تولى الفتوى، قال تعالى ﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ﴾، [النساء: 176].

وقول جلّ ثناؤه ﴿وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ﴾، [النساء: 127].

وقال سبحانه أيضاً ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَهْلِ قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ وَالْحَجِّ﴾، [البقرة: 189].

وجه الدلالة: يستدل من الآيات الكريمة أن الله سبحانه وتعالى تولى فتوى عباده.

ثانياً: تولي النبي صلى الله عليه وسلم الفتوى.

ولعلّ منزلة الفتوى فقد كلّف الله سبحانه وتعالى سيد المرسلين بهذه الوظيفة فقال ﴿وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ وَلَعَلَّهُمْ يَتَفَكَّرُونَ﴾، [النحل: 44].

وجه الدلالة: يستدل من الآية الكريمة أن النبي صلى الله عليه وسلم تولى منصب الفتوى بأمر من الله سبحانه وتعالى ليبين للناس كل مبهم، ويزيل ما أشتكل عليهم.

وبهذا يكون الرسول الكريم أول من قام بهذا المنصب الشريف، سيد المرسلين وإمام المتقين، وخاتم النبيين عبد الله ورسوله، وأمينه على وحيه، وسفيره بينه وبين عباده، فكان يفتي عن الله تعالى بوحيه المبين، وكان كما قال له أحكم الحاكمين، ﴿قُلْ مَا أَسْأَلُكُمْ عَلَيْهِ مِنْ أَجْرٍ وَمَا أَنَا مِنَ الْمُتَكَلِّفِينَ﴾، [ص: 86]، فكانت فتاويه صلى الله عليه وسلم جوامع الأحكام، ومشملة على فصل الخطاب، وهي وجوب اتباعها وتحكيمها والتحاكم إليها ثانية الكتاب وليس لأحد من المسلمين العدول عنها ما وجد

1/ شرح الورقات في أصول الفقه، جلال الدين الشافعي، 217.

2/ أصول الفقه، ابن المفلح، 01/ 179.

3/ المستصفى، الغزالي، 342.

إليها سبيلا، وقد أمر الله عباده بالرد إليها⁽¹⁾، حيث قال ﴿فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾، [النساء: 59].

ثالثا: الصحابة الأكارم:

وبعد النبي صلى الله عليه وسلم قام بالفتوى بعده برك الإسلام وعصاة الإيمان وعسكر القرآن وجند الرحمن أولئك أصحابه. صلى الله عليه وسلم. ألين الأمة قلوبا وأعمقها علما، وأقلها تكلفا وأحسنها بيانا وأصدقها إيمانا وأعمها نصيحة، وأقربها إلى الله وسيلة وكانوا بين مكث منها ومقل ومتوسط⁽²⁾.

رابعا: الفقهاء والمفتين.

ثم تولى التوقيع عن الفتوى بعد الله سبحانه وتعالى ثم بعد رسوله الكريم الفقهاء والمفتين، وهذا القلم حاكم غير محكوم فالإليه التحاكم في الدماء والأموال والفروج والحقوق، وأصحابه مخبرون عن الله تعالى بحكمه الذي حكم به بين عباده وأصحابه حكام وملوك على أرباب الأقلام وأقلام العالم خدام لهذا القلم⁽³⁾.

وخلاصة القول من موضوع الفتوى يتبين أن وظيفة الفتوى كانت ولا زالت مستمرة على يد علماء جهابذة.

المبحث الثالث: علاقة أصول الفقه بالفتوى.

إن علاقة أصول الفقه بالفتوى علاقة تلازم وترابط بحيث لا يمكن للمفتي أن يصدر فتوى دون التبحر في علم أصول الفقه ومعرفة قواعده وضوابطه، وحتى يصل إلى الفتوى الصحيحة لا بد له من معرفة كل ما يشتمل عليه هذا العلم من أحكام شرعية ودلالات، فكيف يتسنى له إصدار فتوى صحيحة دون معرفة هذا الدليل هل هو مقيد بدليل غيره أم لا؟ وهل هو أمر أو نهي أو عام أو خاص... إلخ، فالحكم على هذا يحتاج من المفتي أن يكونا عارفا بطريقه الاجتهاد والاستنباط، وهنا تظهر العلاقة الوثيقة بين أصول الفقه والفتوى وقد تكلم على هذه العلاقة التلازمية الكثير من العلماء فقالوا:

1/ إعلام الموقعين عن رب العالمين، ابن القيم، 01/ 09.

2/ إعلام الموقعين، ابن القيم 01/ 10.

3/ التبيان في أقسام القرآن، ابن القيم، 209.

قال ابن أക്ثم " ليس من العلوم كلها علم أوجب على العلماء والمتعلمين وعلى كافة المسلمين من علم ناسخ القرآن ومنسوخه" (1).

وقال ابن القيم " مراده ومراد السلف بالناسخ والمنسوخ رفع الحكم بجملة تارة وهو اصطلاح المتأخرين، ورفع دلالة العام والمطلق والظاهر وغيرها تارة، إما بتخصيص أو تقييد أو حمل مطلق على مقيد وتفسيره وتبيينه، حتى أنهم لا يُستؤمن الاستثناء والشرط والصفة نسخاً لتضمن ذلك رفع دلالة الظاهر وبيان المراد بغير ذلك اللفظ" (2).

قال الشافعي " لا يحل لأحد يفتي في دين الله إلا رجلاً عارفاً بكتاب الله، بناسخه ومنسوخه ومحكمه ومتشابهه وتأويله وتنزيله ومكيه ومدنيه، وما أريد به وفيما أنزل، ثم يكون بعد ذلك بصيراً بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم وبالناسخ والمنسوخ، ويعرف من الحديث مثل ما عرف من القرآن، ويكون بصيراً باللغة، وما يحتاج إليه للعلم والقرآن ويستعمل مع هذا الإنصاف وقلة الكلام ويكون بعد هذا مشرفاً على اختلاف أهل الأمصار، ويكون له قريحة بعد هذا هكذا فله أن يتكلم ويفتي في الحلال والحرام وإن لم يكن هكذا فله أن يتكلم في العلم ولا يفتي" (3).

قال القرافي " وما علموا أنه لولا أصول الفقه لم يثبت من الشريعة قليل ولا كثير، فإن كان حكم شرعي لا بد له من سبب موضوع، ودليل يدل عليه وعلى سببه، فإذا ألغينا أصول الفقه ألغينا الأدلة، فلا يبقى لنا حكم ولا سبب، فإن إثبات الشرع بغير أدلته، وقواعدها بمجرد الهوى خلاف الإجماع ولعلمهم لا يعيئون بالإجماع فإنه من جملة أصول الفقه، أو ما علموا أنه أول مراتب المجتهدين، فلو قدمه مجتهد لم يكن مجتهداً قطعاً" (4).

عن ابن سرين قال: قال حذيفة " لا يفتي الناس إلا ثلاثة، رجل قد عرف ناسخ القرآن ومنسوخه، أو أميراً لا يدبداً، أو أحمق متكلف، قال ابن سرين فأنا لست أحد هذين وأرجو أن لا أكون أحمق متكلفاً" (5).

1/ إيقاظ هم أولي الأبصار للاقتداء بسيد المهاجرين والأنصار، الفلاني المالكي، 26.

2/ إعلام الموقعين عن رب العالمين، ابن القيم، 01 / 29.

3/ الفقيه والمتفقه، الخطيب البغدادي، 02 / 332، وتعظيم الفتيا، ابن الجوزي، 70.

4/ نفاثات الأصول في شرح المحصول، القرافي، 100.

5/ إعلام الموقعين عن رب العالمين، ابن القيم، 02 / 332.

قال الإمام أحمد " ينبغي للرجل إذا حمل نفسه على الفتيا أن يكون عالما بوجود القرآن، عالما بالأسانيد الصحيحة، عالما بالسنن، وإنما جاء خلاف من خالف لقلّة معرفتهم بما جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم " (1).

خاتمة

أحمد الله الكريم حمدا طيبا مباركا على انتهائي من هذا البحث ، كما حمدته في ابتدائي، وبعد هذه الدراسة المستفيضة فقد توصلت إلى النتائج التالية.

. علم أصول الفقه هو المصدر الأساسي لاستنباط الأحكام الشرعية للفتوى.

. فقه الاستفتاء من أهم المواضيع التي يجب على المفتي إدراكها.

. على المفتي أن يكون مدركا وعارفا لقواعد أصول الفقه وضوابطه.

. أن أثر أصول الفقه على الفتوى أثر إيجابي.

قائمة المصادر والمراجع.

- 1/ أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله، عياض بن نامي بن عوض السلمي، دار التدمرية، الرياض - المملكة العربية السعودية، (1426 هـ - 2005 م).
- 2/ أصول الفقه، محمد بن مفلح أبو عبد الله شمس الدين المقدسي الراميني ثم الصالحي الحنبلي، تحقيق فهد بن محمد السّدحان، مكتبة العبيكان، ط1، (1420 هـ . 1999م).
- 3/ الأصول من علم الأصول، محمد بن صالح بن محمد بن عثيمين، دار ابن الجوزي، ط1، (1430 هـ . 2009م).
- 4/ أدب المفتي والمستفتي، عثمان ابن عبد الرحمن أبو عمرو تقي الدين المعروف بابن الصلاح، تحقيق موفق عبد الله، مكتبة العلوم والحكم . المدينة المنورة . ط2، (1423 هـ . 2002م).
- فتح القدير، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، . دار الفكر. دط . دت.
- 5/ إعلام الموقعين عن رب العالمين، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية، تحقيق محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية . بيروت . ط1، (1411 هـ . 1991م). 9.

- 6/ إيقاظ همم أولي الأبصار للاقتداء بسيد المهاجرين والأنصار ، صالح بن محمد بن نوح بن عبد الله العمري المعروف بالفُلَّاني المالكي، دار المعرفة . بيروت . دط، دت.
- 7/ بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، محمود بن عبد الرحمن (أبي القاسم) ابن أحمد بن محمد، أبو الشفاء، شمس الدين الأصفهاني، تحقيق، محمد مظهر بقا، دار المدني، السعودية، ط1، (1406هـ / 1986م).
- 8/ الجامع لمسائل أصول الفقه وتطبيقاتها على المذهب الراجح، عبد الكريم بن علي بن محمد النملة، مكتبة الرشد - الرياض - المملكة العربية السعودية، ط1، (1420 هـ - 2000 م).
- 9/ جوهرة اللغة، أبو بكر محمد بن الحسن بن دريد الأزدي، تحقيق، رمزي منير بعلبكي، دار العلم للملايين - بيروت، ط1 (1987م).
- 10/ الورقات، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني أبو المعالي ركن الدين الملقب بإمام الحرمين، تحقيق عبد اللطيف محمد العبد، دط، دت.
- 11/ كتاب العين، أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم الفراهيدي البصري (المتوفى، تحقيق مهدي المخزومي، د إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال.
- 12/ المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل، عبد القادر بن أحمد بن مصطفى بن عبد الرحيم بن محمد بدران، تحقيق، عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة - بيروت، ط1، (1401هـ).
- معالم أصول الفقه عند أهل السنة والجماعة ، محمد بن حسين بن حسن الجيزاني، دار بن الجوزي، ط5، (1427هـ).
- 13/ الموافقات، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي، تحقيق، أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، ط1، (1417هـ / 1997م).
- 14/ المطلع على ألفاظ المقنع، محمد بن أبي الفتح بن أبي الفضل البعلي، أبو عبد الله، شمس الدين، تحقيق، محمود الأرناؤوط وياسين محمود الخطيب، مكتبة السوادي، (1423هـ - 2003 م).
- 15/ المنحول في تعليقات الأصول، أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي، تحقيق محمد حسن هيتو ، دار الفكر المعاصر . بيروت . لبنان . دار الفكر . دمشق . سورية . ط3 ، (1419 هـ . 1998م).
- 16/ المستصفي، أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي، تحقيق محمد بن عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية ، ط1، (1413هـ . 1993م).
- 17/ المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، إبراهيم مصطفى / أحمد الزيات / حامد عبد القادر / محمد النجار، دار الدعوة.

18/ معجم مقاييس اللغة، أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين، تحقيق عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، (1399هـ - 1979م).

19/ نهاية السؤل شرح منهاج الوصول، عبد الرحيم بن الحسن بن علي الإسنوي الشافعي، أبو محمد، جمال الدين، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان ط1، (1420هـ - 1999م).

20/ نفايس الأصول في شرح المحصول، شهاب الدين أحمد بن إدريس القراني، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود، وعلي محمد معوض، مكتب، نزار مصطفى الباز، ط1، (1416هـ - 1995م).

15/ الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، محمد بن الحسن بن العربي بن محمد الحجوي الثعالبي الجعفري الفاسي، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان ط1، (1416هـ - 1995م).

21/ فتاوى ورسائل سماحة الشيخ محمد بن إبراهيم بن عبد اللطيف آل الشيخ، محمد بن إبراهيم بن عبد اللطيف آل الشيخ، تحقيق محمد بن عبد الرحمن بن قاسم، مطبعة الحكومة - مكة المكرمة ط1، (1933م).

22/ الفقيه والمتفقه، أبو بكر محمد بن علي بن ثابت بن أحمد بن مهدي، الخطيب البغدادي، تحقيق أبو عبد الرحمن عادل بن يوسف الغرازي، دار ابن الجوزي - السعودية ط2، (1421هـ).

23/ شرح الورقات في أصول الفقه، جلال الدين محمد بن أحمد بن محمد بن إبراهيم المحلى الشافعي، تحقيق حسام الدين بن موسى بن عفانة، جامعة القدس - فلسطين ط1، (1420هـ - 1999م).

24/ شرح مختصر الروضة، سليمان بن عبد القوي بن الكرم الطوفي الصرصري، أبو الربيع، نجم الدين، تحقيق، عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة ط1، (1407هـ / 1987م).

25/ تاج العروس من جواهر القاموس، محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض، الملقب بمرتضى، الزبيدي، تحقيق مجموعة من المحققين، دار الهداية.

26/ التحبير شرح التحرير في أصول الفقه، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي الدمشقي الصالح الحنبلي، تحقيق عبد الرحمن الجبرين، عوض القرني، أحمد السراح، مكتبة الرشد - السعودية / الرياض ط1، (1421هـ - 2000م).

27/ التمهيد شرح مختصر الأصول من علم الأصول، أبو المنذر محمود بن محمد بن مصطفى بن عبد اللطيف المنجوي، المكتبة الشاملة - مصر ط1، (1432هـ - 2011م).

28/ التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، عبد الرحيم بن الحسن بن علي الإسنوي الشافعي، أبو محمد، جمال الدين، تحقيق، محمد حسن هيتو، مؤسسة الرسالة - بيروت ط1، (1400هـ).

29/ تعظيم الفتيا، جمال الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي، تحقيق أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، الدار الأثرية، ط2، (1427هـ - 2006م).

30/ التقرير والتحجير، أبو عبد الله، شمس الدين محمد بن محمد بن محمد المعروف بابن أمير حاج ويقال له ابن الموقت الحنفي، دار الكتب العلمية، ط1، (1403هـ - 1983م).

بعض ملامح تطور العدالة الإجرائية للأحداث

في مشروع قانون الأحداث الليبي

إعداد : عبد المنعم محمد الصراري

أستاذ مساعد بكلية القانون - جامعة المرقب.

المقدمة:

لك الحمد على ما أنعمت، ولك الشكر على ما أسديت، وعلى رسولك محمد الأمين ناقل شرعك، وحامل رسالتك، أفضل الصلاة وأزكى التسليم، ولصحابته الأكرمين أعلام الهدى رضوانك يارب العالمين.

أما بعد:

فقد حصل في السنوات الماضية تعاون ما بين وزارة العدل الليبية وبين مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة (UNODC)، وذلك في مجال تطوير نظام عدالة الأحداث في ليبيا، وتمثل هذا التعاون في الإشراف على دراسة لعدالة الأحداث؛ تمهيداً لإعادة النظر في التشريعات المتعلقة بعدالة الأحداث، واستحداث تشريع جديد يأخذ في الاعتبار القواعد التي أقرتها الأمم المتحدة في المعاهدة الدولية لحقوق الحدث، وكذلك الموائيق الدولية ذات العلاقة بشؤون الأحداث والتي صادقت عليها ليبيا. وقد كان ثمة هذا التعاون تكليف فريق من الخبراء الوطنيين بدراسة حول نظام عدالة الأحداث في ليبيا، خلصوا في نهايتها إلى صياغة مشروع قانون للأحداث، والذي هو محل الدراسة في هذا البحث. أولاً/ أهمية الدراسة:

تزايد الاهتمام بالسياسة الجنائية الحديثة للأحداث المنحرفين، في العقود الأخيرة من القرن الماضي، وذلك على الصعيد الإقليمي، إضافة إلى الاهتمام على الصعيد الدولي، والذي كان بارزاً في جهودات هيئة الأمم المتحدة من خلال مراكزها التي تعمل على إصلاح وتطوير عدالة الأحداث في كثير من الدول، في إطار سعيها لإصلاح أنظمة عدالة الأحداث، بما يتماشى مع خطى الإصلاح التي تقودها المعاهدات والحقوق الدولية.

ولما كان مشروع قانون الأحداث هو ثمرة التعاون الذي حصل بين مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة (UNODC)، بالاشتراك مع وزارة العدل في ليبيا، ولأسباب نجهلها لم يكتب له الصدور حتى الآن، لذلك فإن الباحث قد وجد أن دراسة مثل هذا المشروع قد تسهم في تسليط الضوء على بعض

ملاح تطور العدالة الإجرائية للأحداث ، وإظهاره إلى حيز الاهتمام من جديد ، إضافة إلى أن وزارة العدل الليبية هذه الأيام، تنادي بتشكيل فريق لصياغة مشروع قانون جديد للأحداث⁽¹⁾.

ثانيًا/ إشكالية البحث:

يثير موضوع البحث إشكالية مهمة تتعلق بكيفية معالجة مشروع قانون الأحداث محل الدراسة للعدالة الإجرائية لأحداث، حيث يحاول الباحث الإجابة على هذا التساؤل المهم وهو: إلى أي مدى نجح هذا المشروع في الاستجابة لمعايير السياسة الجنائية الحديثة في مجال العدالة الإجرائية للأحداث؟

ثالثًا / تساؤلات البحث:

بطبيعة الحال يتفرع عن الإشكالية الرئيسية مجموعة من التساؤلات الفرعية، نشير إلى أهمها، على النحو الآتي: هل توجد شرطة خاصة بالأحداث؟ وهل استحدث هذا المشروع نيابة خاصة بالأحداث؟ وما هو النظام المتبع في محاكمة الأحداث (اجتماعي - قضائي)؟ وما هو المعيار المتبع في الجرائم التي يجوز فيها حبس الحدث احتياطياً؟ وهل يجوز لولي الحدث والأخصائي الاجتماعي حضور التحقيق مع الحدث؟ وهل يتوقف رفع الدعوى الجنائية على الحدث على إذن من أبويه أو ممن له الولاية على نفسه في بعض الأحيان؟ وهل يتعين إجراء بحث اجتماعي للحدث قبل محاكمته؟ هل للأخصائي الاجتماعي الحضور أمامها؟ وهل يدخل حضوره في تشكيل المحكمة؟ وهل يوجد تخصص للمحاكم التي تنظر الاستئناف في قضايا الأحداث؟ وهل تقبل الدعوى المدنية أمام محاكم الأحداث؟ وهل تطبق محكمة الأحداث أحكام العود على الحدث؟ وهل يجوز لمحكمة الأحداث إعادة النظر في الحكم بعد صدوره؟ وهل يجوز للوالدين الطعن في الحكم لمصلحة الحدث؟ وهل يجوز إيقاف تنفيذ الحكم الصادر على الحدث؟ وأخيراً هل أخذ هذا المشروع بنظام العفو القضائي على الصغار؟

رابعًا / أهداف البحث:

يهدف الباحث من خلال هذه الدراسة إلى تحقيق الأهداف الآتية:

1- أقامت وزارة العدل الليبية ورشة عمل في 29 يناير 2019م حول معاملة الأحداث الجانحين بمرحلي التحقيق وجمع الاستدلالات في القانون الليبي، وأكد السيد وزير العدل على ضرورة تشكيل فريق لمراجعة النصوص القانونية المتعلقة بالأحداث الجانحين وصياغة مشروع قانون يراعي التطورات الحديثة في معاملة الأحداث الجانحين وفقاً للمعايير الدولية. للاطلاع على أعمال هذه الورشة يُراجع موقع وزارة العدل الليبية على شبكة المعلومات الدولية، ورابط الموقع هو:

1- إعادة تسليط الضوء على مشروع قانون الأحداث ، وبث الحياة فيه من جديد؛ حتى لا

يضيع المجهود الكبير الذي قام به فريق الخبراء الذي صاغ هذا المشروع.

2- تقييم هذا المشروع ومعرفة إلى أي مدى نجح في الاستجابة لمعايير السياسة الجنائية الحديثة

في مجال العدالة الإجرائية للأحداث.

3- اقتراح بعض التعديلات لما يكون قد اعترى هذا المشروع من أوجه القصور، من باب

تكملة هذا العمل.

خامسًا / نطاق البحث:

سوف تنصب البحث على دراسة ملامح تطور العدالة الإجرائية للأحداث في هذا المشروع،

ومن ثم فهي لا تشمل العدالة الموضوعية، والتي ربما تكون في بحث مستقل في قابل الأيام إن شاء الله تعالى.

منهج البحث وأسلوبه:

سيعتمد الباحث في دراسة هذا الموضوع على المنهج التحليلي التقدي؛ لأنه هو الأكثر إفادة

للباحث في فهم وتقييم النصوص القانونية محل الدراسة.

أما أسلوب البحث فسيتم التركيز على نصوص مشروع قانون الأحداث الليبي، مع الإشارة

أحيانًا لبعض النصوص الأخرى والمطبقة عليهم حاليًا والتي تتعلق بالأحداث. دون استبعاد الإشارة عرضًا

لبعض التشريعات المقارنة.

سادسًا / خطة البحث:

لا شك أن التطور في المعاملة الإجرائية للأحداث قد ينصب على السلطة التي تتعامل مع هذه

الفئة في مراحل الدعوى الجنائية المختلفة، وقد يتعلق بالإجراءات التي تتخذ في مواجهة الأحداث في مرحلة

التحقيق الابتدائي أو المحاكمة، ولهذا تتطلب دراسة هذا الموضوع تقسيمه إلى فرعين: يخصص الأول لبحث

التطور المتعلق بالسلطة التي تتولى التعامل مع الأحداث ، ويخصص الثاني لبحث ملامح التطور المتعلقة

بالإجراءات المتخذة في مواجهة الحدث أثناء التحقيق الابتدائي والمحاكمة والظعن في الأحكام.

والله ولي التوفيق

الفرع الأول

ملامح التطور المتعلقة بالسلطة التي تتولى التعامل مع الأحداث

تقسيم:

السلطات التي تتعامل مع الحدث تبدأ من مرحلة الاستدلال مروراً بالتحقيق الابتدائي وانتهاءً بالمحاكمة، وسيتم تناول ملامح التطور تباعاً في الفقرات الآتية:

أولاً- استحداث ضبئية متخصصة للأحداث:

مع ظهور فكرة المحاكم المتخصصة في مجال الأحداث في عدد كثير من الدول ، بدأ التفكير في إيجاد شرطة متخصصة ، تعنى بإجراءات الاستدلال في جرائم الأحداث، وذلك انسجاماً مع التطور الذي حصل بإنشاء محاكم ونيابات متخصصة للأطفال، تختلف عن تلك التي يخضع لها البالغون⁽¹⁾ . وبعد ظهور حركة الدفاع الاجتماعي ، ازداد الاهتمام بضرورة إيجاد شرطة متخصصة في مجال الأحداث ، وذلك عن طريق اختيار ضباط على درجة من الكفاءة القانونية والاجتماعية ، بما يؤهلهم للتعامل مع هذه الفئة الخاصة من المتهمين ، بما يسهم في الحد من المشكلات الاجتماعية ومن ثم الحد من الجرائم⁽²⁾ .

وفي التشريع الليبي ، لم تُنظم الضبئية القضائية في جرائم الأحداث بنصوص خاصة ، حيث يمارس مأمور الضبط القضائي وفقاً لقانون الإجراءات الجنائية، سلطة الضبط القضائي في جميع الجرائم ، بما في ذلك الجرائم الواقعة من الأحداث ، ومن ثم يخضع الحدث لذات المعاملة التي يخضع لها غيره من البالغين⁽³⁾ .

وبتتبع تاريخ الشرطة في ليبيا ، يلاحظ أنه كانت توجد إدارة عامة تعنى بالآداب والأحداث ، والتي كان من ضمن اختصاصها جمع الاستدلالات في الجرائم المرتكبة من الأحداث الجانحين وإحالتهم إلى

1- د.أحمد محمد وهدان، الحماية الجنائية للأحداث ، دراسة في الاتجاهات الحديثة للسياسة الجنائية ، "رسالة دكتوراه" ، كلية الحقوق . جامعة القاهرة ، 1992م، "غير منشورة" ، ص 337 .

2- نفس المرجع ، نفس المكان .

3- وفي التشريع الإنجليزي يتولى جهاز الشرطة مهمة التحري وجمع الأدلة في الجرائم عموماً بما في ذلك الجرائم التي تقع من الأحداث ، وذلك وفقاً لقانون الشرطة والإثبات الجنائي لسنة 1984م (The Police and Criminal Evident Act 1984) . فلا توجد في التشريع الإنجليزي شرطة متخصصة بالأحداث ، وإن كانوا قد حصّوا ببعض القواعد التي تميزهم عن غيرهم من المتهمين البالغين.

الجهة المختصة . ولكن للأسف لم يكن عناصر هذه الإدارة على دراية وخبرة في مجال التعامل مع الأحداث ، حيث لم يتم إفرادهم بأية تدريبات تمكنهم من تطوير قدراتهم ؛ حتى يكونوا قادرين على التعامل مع هذه الفئة⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن مشروع قانون الأحداث الليبي استحدث ضبطية متخصصة في مجال الأحداث ، حيث نص على إنشاء جهاز شرطة متخصص لمكافحة وضبط جرائم الأحداث المنحرفين ، يتضمن بيان الإجراءات المتبعة بشأن ما يرتكبونه من جرائم . وقد نصت المادة (14) من مشروع قانون الأحداث الليبي على أن: "ينشأ بالطرق المقررة في القانون جهاز شرطة متخصصة لمكافحة وضبط جرائم الأحداث يتضمن بيان الإجراءات المتبعة في جمع الأدلة بشأن ما يرتكبونه من جرائم".

وبهذا يكون المشروع قد استجاب للمواثيق الدولية وكذا النداءات والتوصيات في الدراسات والمؤتمرات ذات العلاقة بالأحداث، والتي تنادي بمبدأ تخصص السلطة التي تتعامل مع الأحداث. وإن كان يلاحظ أن هذا المشروع لم يتناول كيفية تشكيل جهاز شرطة الأحداث ، حيث اكتفى بالإشارة إلى أن قرار الإنشاء، هو الذي سيحدد كيفية عمل الجهاز، والوسائل التي تتبعها الشرطة في معاملة الأحداث، بما يتفق ومصلحتهم الفضلى . ويوصي الباحث بإعادة صياغة نص المادة (14) من مشروع قانون الأحداث الليبي المتخصص ، بحيث يراعى على وجه الخصوص ما يأتي :

- 1- ضرورة توافر مؤهلات معينة نفسية واجتماعية وقانونية ، فيمن يختار لعضوية شرطة الأحداث ، يتم اختيارهم من ضمن خريجي كليات العلوم الاجتماعية والشرطة والقانون .
- 2- ضرورة أن تكون شرطة الأحداث مستقلة تمام الاستقلال عن الشرطة العادية ، وذلك من حيث تكوينها واختصاصها ومكان عملها ، ويرتدي أفرادها الملابس العادية .
- 3- يتم توزيع الاختصاص بين أفراد شرطة الأحداث ، بحيث يتم إنشاء إدارات وأقسام متخصصة ؛ للتعامل مع الأحداث . فتوزيع العمل والتخصص ، من شأنه أن يساعد شرطة الأحداث على القيام بمهامها على الوجه المطلوب .
- 4- تكون تبعية شرطة الأحداث لوزارة الشؤون الاجتماعية والمرأة ، وليس وزارة الداخلية، كما هو الحال بالنسبة للشرطة العادية⁽²⁾.

1- راجع الدراسة التي قام بها فريق من الخبراء الوطنيين في ليبيا ، حول نظام عدالة الأحداث في ليبيا ، مقدمة إلى مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة ، طرابلس ، 2008 م ، "غير منشورة" ، ص 41 .

2- أوصت بعض الدراسات الحديثة حول عدالة الأحداث في ليبيا بضرورة إنشاء معهد خاص بتدريب شرطة خاصة بالأحداث ، وكذلك تأهيل كل من يتعاملون مع الأحداث عموماً . لمزيد من التفصيل راجع ، أ . فتحي سعد عون ،

ثانياً- استحداث نيابة متخصصة للأحداث:

تجدر الإشارة بداية إلى أنه كانت قد أنشئت في ليبيا نيابة خاصة بالأحداث في نطاق اختصاص دائرة محكمة طرابلس الابتدائية بموجب قرار وزير العدل رقم (1 لسنة 1976) الصادر في 27 (ديسمبر 1976)، وقد عدّل القرار السابق بموجب قرار وزير العدل رقم 148 لسنة 1977م بحيث قصر اختصاص نيابة الأحداث المشار إليها على دائرتي محكمتي المدينة وباب بن غشير الجزئيتين⁽¹⁾. ويعاب على هذا القرار، عدم اتساع نطاقه ليشمل جميع أنحاء ليبيا، وكذلك عدم اشتراط أية مؤهلات أو خبرات خاصة في أعضاء النيابة المستحدثة في ذلك الوقت، فالعاملون في هذه النيابة يحملون ذات المؤهلات التي يحملها نظراؤهم في النيابة الأخرى، ولا يتميزون عنهم بأية خبرات فيما يتعلق بالأحداث⁽²⁾.

كما تجدر الإشارة أيضاً إلى أن أغلب التشريعات تتجه إلى عدم إفراد الأحداث بسلطة خاصة تتولى التحقيق الابتدائي مع هذه الفئة⁽³⁾. في حين اتجهت بعض التشريعات إلى إفراد الأحداث بنيابة متخصصة، تتولى مهمة التحقيق الابتدائي في جرائم الأحداث، آخذة في الاعتبار طبيعتهم والتي تفترض ضرورة وجود قواعد خاصة للتعامل معهم⁽⁴⁾ وهو ما أخذ به مشروع قانون الأحداث الليبي حيث نص في مادته 22 على إنشاء نيابة تختص بالتحقيق ورفع الدعوى الجنائية، وطلب اتخاذ التدابير الوقائية في قضايا الأحداث. والحمود الذي أتى به هذا المشروع تأكيده على إنشاء نيابة متخصصة للأحداث داخل نطاق اختصاص كل محكمة أحداث جزئية، بحيث لم يعد يقتصر الأمر على نيابة واحدة بطرابلس.

=

"عدالة الأحداث في مرحلة الضبط وجمع الأدلة"، دراسة حول سبل التعامل مع الأحداث الجانحين أثناء ضبطهم وإحالتهم للنيابة العامة وعند تنفيذ الأحكام عليهم، المرجع السابق، ص 8.

1- د. مفتاح المطردي، تطويع الإجراءات الجنائية لإجرام الأحداث، "دراسة مقارنة"، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2008م، ص 399.

2- راجع الدراسة التي قام بها مجموعة من الخبراء الوطنيين في ليبيا حول نظام عدالة الأحداث، المرجع السابق، ص 68.

3- إمام حسنين، الضمانات الإجرائية لمحاكمة الأطفال في مصر - دراسة مقارنة بين التشريع الوطني والمواثيق الدولية، المجلة الجنائية القومية، ع 2، المجلد 46 يوليو 2003م، ص 58.

4- د. طه زهران، معاملة الأحداث جنائياً دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1978 م، "غير منشورة"، ص 277. محمد ناجي المنتصر، السياسة الجنائية بشأن الأحداث، دراسة مقارنة بين التشريع المصري واليمني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1998م، "غير منشورة"، ص 228.

لكن ما يعاب على هذا المشرّع أنه لم يشر لا من بعيد ولا من قريب ، إلى ما ينبغي أن يتمتع به أعضاء النيابة الذين يتم اختيارهم للعمل بهذه النيابة ، من خبرات أو مؤهلات خاصة في مجال الأحداث. ذلك أن التحقيق في جرائم الأحداث يتطلب نوعاً من التعمق في نفسية الحدث على خلاف المتهمين البالغين ، بحيث يتيسر الوقوف على أسباب الانحراف ودوافعه، التي تكتسي معرفتها أهمية بالغة في التحقيق مع الأحداث. فالتدابير في مجال العدالة الجنائية للأحداث لا تستهدف مجرد الجزاء ، بقدر ما تستهدف إصلاح الحدث وتهذيبه ، وهو ما يحتاج إلى دراية وكفاءة خاصة ⁽¹⁾.

ثالثاً- التأكيد على تبني النظام القضائي في محاكمة الأحداث:

تتجه أغلب التشريعات للأخذ بالنظام القضائي ، حيث تضطلع السلطة القضائية بسلطة النظر في قضايا الأحداث ⁽²⁾. ويلاحظ هنا أن المشرّع الليبي تبني النظام القضائي في معاملة الأحداث ⁽³⁾، حيث أفرد محاكم تتلاءم والطبيعة الخاصة لهذه الفئة من المتهمين ⁽⁴⁾، حيث نصت المادة (316) من قانون الإجراءات الجنائية على أن: "تشكل محكمة للأحداث في دائرة كل محكمة جزئية من قاض يندب لها". وقد تم التأكيد على تبني النظام القضائي لمحاكمة الأحداث في مشروع قانون الأحداث الليبي، بل إن نص المادة 21 من المشروع جاءت متطابقة تماماً مع نص المادة (316) من قانون الإجراءات الجنائية .

ويؤكد الباحث هنا على ضرورة مراعاة تخصص القاضي الذي يكلف بنظر قضايا الأحداث، بحيث يكون على درجة من الخبرة والكفاءة في مجال الأحداث ؛ حتى يتمكن من أداء عمله على أكمل وجه . وهو ما أكدت عليه المادة (40) من اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الحدث، وكذلك المادة (14) من قواعد

1- د. حسن محمد ربيع ، الجوانب الإجرائية لمعاملة الأحداث المنحرفين والمعرضين للانحراف "تقرير الإمارات" ، تقرير مقدم إلى المؤتمر الخامس للجمعية المصرية للقانون الجنائي ، المقام في مدينة القاهرة، 18 - 20 أبريل 1992م ، تحت عنوان "الآفاق الجديدة للعدالة الجنائية في مجال الأحداث ، والمنشور ضمن أعمال المؤتمر ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، 1992 م، ص 552 ، 553 .

2- د. حسن محمد ربيع ، الجوانب الإجرائية لانحراف الأحداث وحالات تعرضهم للانحراف ، "دراسة مقارنة" ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى ، 1991م ، ص 174 - 176 .

3- د. حاتم بكار ، الاتجاه نحو تكريس معيارية إجرائية لضمان محاكمة تعزيرية للأحداث الجنب ، تقرير مقدم للمؤتمر الخامس للجمعية المصرية للقانون الجنائي ، القاهرة ، 18 - 20 إبريل 1992 م، والمنشور ضمن أعمال المؤتمر، المرجع السابق ، ص 589 .

4- د. شعبان عصارة ، القضاء الجنائي بين التخصص والشعبية ، "رسالة ماجستير" ، كلية القانون ، جامعة قاريونس ، بنغازي، جامعة قاريونس ، 1991م، ص 123 .

بيكين المتعلقة بقضاء الأحداث، التي أوجبت أن تنظر في أمر الأحداث المنحرفين سلطة مختصة وفقاً لمبادئ المحاكمة المنصفة والعدالة⁽¹⁾.

كما تجدر الإشارة إلى أنه وفقاً لما نصت المادة (323) من قانون الإجراءات الجنائية الليبي، فإن جلسات محاكم الأحداث تعقد في غرفة المشورة، ولا يجوز أن يحضر المحاكمة سوى أقارب المتهم، ومندوبي وزارة العدل والجمعيات الخيرية المشتغلة بشؤون الأحداث، ومن تم فلا يسمح باشتراك عناصر غير قضائية في تشكيل محاكم الأحداث. أما الفئات التي أشير إليها في المادة (323) المشار إليها، فإن حضورهم مجرد إجراء شكلي، ولا يدخلون في تشكيل المحكمة. فسبب النص على حضورهم ربما يرجع إلى تجنب الحدث الشعور بالرهبة من المحكمة، والإجراءات التي تتم أمامها⁽²⁾.

ويهيئ الباحث بالمشروع إلى ضرورة إعادة صياغة هذا المشروع بحيث يفسح المجال لحضور أخصائيين اجتماعيين، تكون مهمتهم إعداد تقارير للمحكمة، بعد أن يمكنوا من حضور جميع جلساتها، إضافة إلى قيامهم ببحث حالة الحدث وظروفه من جميع الوجوه؛ كي تعطي تقاريرهم صورة كاملة عن ظروف الحدث الشخصية والبيئية، بحيث يتمكن القاضي من فرض التدابير المناسبة لحالة الحدث⁽³⁾. ويوصي الباحث بأن يكون حضورهم داخلياً في تشكيل المحكمة؛ حتى تلزم هذه الأخيرة بتمكينهم من القيام بدورهم على أكمل وجه، ولا يكون حضورهم مجرد حضور شكلي.

1- د. محمد الأمين البشري، د. محسن عبد الحميد أحمد، معايير الأمم المتحدة في مجال العدالة الجنائية ومنع الجريمة، الرياض، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الطبعة الأولى، 1998م، ص 80.

2- د. شعبان عسارة، القضاء الشعبي بين التخصص والشعبية، المرجع السابق، ص 126، 127.

3- د. أحمد محمد وهدان، الحماية الجنائية للأحداث، المرجع السابق، ص 439، 440.

الفرع الثاني

ملامح التطور المتعلقة بالإجراءات المتخذة في مواجهة الأحداث

تقسيم:

الإجراءات المتخذة في مواجهة الأحداث قد تتعلق بالتحقيق الابتدائي ، وقد تنصب على إجراءات المحاكمة والطعن في الأحكام، وسوف يعرض الباحث لبحث مناحي هذا التطور من خلال الفقرتين الآتيتين:

أولاً- بعض ملامح التطور المتعلقة بإجراءات التحقيق الابتدائي

استحدث مشروع قانون الأحداث العديد من أوجه التطور فيما يتعلق بإجراءات التحقيق الابتدائي مع الأحداث نعرض لها في الفقرات الآتية:

1- فيما يتعلق بالجرائم التي يجوز فيها حبس الحدث احتياطياً:

يلاحظ هنا أن المشرع الليبي تبنى معيار جسامة العقوبة عند تحديده للجرائم التي يجوز فيها الحبس الاحتياطي ، حيث نصت المادة (115) من قانون الإجراءات الجنائية على أنه: " إذا تبين بعد استجواب المتهم أو في حالة هربه أن الدلائل كافية وكانت الواقعة جنائية أو جنحة معاقباً عليها لمدة تزيد على ثلاثة أشهر جاز لقاضي التحقيق أن يصدر أمراً بحبس المتهم احتياطياً . ويجوز دائماً حبس المتهم احتياطياً إذا لم يكن له محل إقامة معروف في ليبيا وكانت الجريمة جنحة معاقباً عليها بالحبس " .

ويستفاد من النص السابق ، أن الحبس الاحتياطي جائز في الجنايات عموماً ، ومحظور في المخالفات لتفاهتها، أما الجنح فيشترط لجواز الحبس فيها أن تكون معاقباً عليها بالحبس مدة تزيد على ثلاثة أشهر، أو الحبس فقط إذا لم يكن للمتهم محل إقامة ثابت ومعروف في ليبيا⁽¹⁾. ويلاحظ أن الحد الأدنى المقرر للجنح التي يجوز فيها الحبس الاحتياطي في التشريع الليبي يعتبر متديناً، بحيث يشمل أغلب الجنح تقريباً.

ولكن يلاحظ أن مشروع قانون الأحداث لم يجز حبس الحدث إلا في الجرائم التي تزيد فيها عقوبة الحبس عن سنة (م 23)، وهو ما يحسب لهذا المشروع ، حيث يمتنع حبس الحدث احتياطياً في الجرائم

1- د. محمد محمود الشركسي ، ضمانات المتهم خلال مرحلة التحقيق الابتدائي والمحاكمة في قانون الإجراءات الليبي ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس ، جامعة الحقوق والاقتصاد والتصرف ، 1993 ، "غير منشورة" ، ص 212.

البسيطة التي تقل فيها العقوبة عن سنة، ولكن مع ذلك يرى الباحث منع حبس الحدث احتياطياً بالكلية في مواد الجرح ، وأن يقتصر الحبس على الجنايات فحسب متى دعت الحاجة لذلك.

2- السماح لولي الحدث والأخصائي الاجتماعي بحضور التحقيق:

وفقاً للقواعد العامة في قانون الإجراءات ، ليس ثمة ما يميز الأحداث المنحرفين عن غيرهم من المتهمين البالغين. ومما يحسب لمشروع قانون الأحداث الليبي تفتننه لهذه المسألة ، حيث نص في مادته الثالثة والعشرين على أن: "يراعى عند التحقيق مع الحدث بمعرفة النيابة العامة حضور ولي أمره والأخصائي الاجتماعي كلما كان ذلك ممكناً".

ويرى الباحث إعفاء الحدث من حضور إجراءات التحقيق بنفسه ، على خلاف ما هو معمول به مع البالغين . وذلك في إطار إبعاد الحدث قدر المستطاع عن رهبة الإجراءات الجنائية، وما يحدثه ذلك من أثر سيئ على نفسيته ، وما يؤدي إليه من عرقلة إصلاحه وتأهيله . ويكتفى في الأحوال السابقة بحضور محامي الحدث، ويعتبر الإجراء كأنه اتخذ في حضوره⁽¹⁾.

كما يوصي الباحث أن يكون حضور ولي أمر الحدث أو وصيه لإجراءات التحقيق وجوبياً ، بحيث يتعين على القائم بالتحقيق تبليغهما قبل مباشرة أي إجراء من إجراءات التحقيق ، حتى يتاح لهما الدفاع عن الحدث، وعرض ما يكون لهما من آراء وملاحظات⁽²⁾.

كما يؤكد الباحث على ضرورة حضور الأخصائي الاجتماعي، ويقترح تعديل صياغة نص المادة 23 من مشروع القانون بحيث يكون على النحو الآتي: "يجب عند التحقيق مع الحدث بمعرفة النيابة العامة حضور ولي أمره أو وصيه والأخصائي الاجتماعي".

3- توقف رفع الدعوى الجنائية على الحدث على إذن في بعض الأحيان.

كذلك مما يحسب له ما ورد النص عليه في المادة 16 من جعل رفع الدعوى الجنائية يتوقف على إذن سابق من والد الحدث أو من له الولاية على نفسه، وذلك في الحالة المنصوص عليها في الفقرة هـ من المادة 12 من المشروع والمتعلقة بالأحوال التي يعتبر فيها الحدث معرضاً للانحراف متى كان سيئ السلوك ومارقاً من سلطة أبيه أو من له الولاية على نفسه؛ حيث يتيح هذا النص للأبوين أو من له الولاية على النفس فرصة لتقدير ملائمة رفع الدعوى على الحدث، مما يعني إعطاءهما فرصة لمعالجة أمر الحدث بعيداً عن أروقة المحاكم .

1- د. حسن محمد ربيع ، الجوانب الإجرائية لانحراف الأحداث ، المرجع السابق ، ص 120 .

2- نفس المرجع ، ص 121 .

ثانياً- تحسين بعض إجراءات المحاكمة والطعن

من خلال الاطلاع على مشروع قانون الأحداث يلاحظ وجود بعض ملامح التطور فيما يتعلق بإجراءات المحاكمة والطعن نشير إلى أهمها على النحو الآتي:

1- وجوب إجراء بحث اجتماعي للحدث قبل المحاكمة

يهدف من هذا الإجراء مساعدة محاكم الأحداث وغيرها من المؤسسات الخاصة بهم، وكذا الأحداث الذين يعانون من مشكلات وانحرافات خلقية، في تشخيص علل هؤلاء بدقة، حتى تتم معالجتهم بنجاح⁽¹⁾. وقد أكدت القاعدة (16) من قواعد الأمم المتحدة الدنيا النموذجية لإدارة شؤون قضاء الأحداث (قواعد بكين) على هذا المبدأ، حيث نصت على أنه: " يتعين في جميع الحالات، باستثناء الحالات التي تنطوي على جرائم ثانوية، وقبل أن تتخذ السلطة المختصة قراراً نهائياً، يسبق إصدار الحكم إجراء تقصّ سليم للبيئة والظروف التي يعيش فيها الحدث، أو الظروف التي ارتكبت فيها الجريمة، وذلك حتى يتسنى للسلطة المختصة إصدار حكم في القضية عن تبصر". كما أكد على هذا المعنى المؤتمر الخامس للجمعية المصرية للقانون الجنائي، وذلك حين أوصى بضرورة إعداد تقرير فني بشأن شخصية الحدث، يتضمن الجوانب البدنية والعقلية والنفسية بهذه الشخصية، وذلك قبل إحالة الحدث للقضاء؛ حتى يعتمد عليه القاضي في تحديد التدبير الملائم للحدث.⁽²⁾

وقد أخذ المشرع الليبي بهذه الضمانة، فوفقاً للمادة (319) من قانون الإجراءات الجنائية، يجب في مواد الجناح والجنابات قبل الحكم على المتهم الصغير، التحقق من حالته الاجتماعية والبيئية التي نشأ فيها، وكذلك الأسباب التي دفعته إلى ارتكاب الجريمة، ويجوز الاستعانة في ذلك بالموظفين العموميين ذوي الاختصاص، وغيرهم من الأطباء والخبراء.

وقد تم التأكيد على هذه القاعدة في المادة (25) من مشروع قانون الأحداث الليبي، بل زاد على ذلك بالنص على ضرورة أن ينشأ في دائرة كل محكمة ابتدائية أو محكمة استئناف، مكتب للخدمة الاجتماعية، يعمل فيه عدد مناسب من الأخصائيين الاجتماعيين والنفسيين وغيرهم من ذوي الاختصاص.

1- د. كامل السعيد، الإجراءات الجنائية لمحاكمة الأحداث، تقرير مقدم للمؤتمر الخامس للجمعية المصرية للقانون الجنائي، والمنشور ضمن كتاب أعمال المؤتمر " الآفاق الجديدة للعدالة الجنائية في مجال الأحداث"، المرجع السابق، ص 523.

2- راجع توصيات المؤتمر الخامس للجمعية المصرية للقانون الجنائي، والمنشورة ضمن أعمال المؤتمر، المرجع السابق، ص

ومسلك المشرّع في هذا المشروع على النحو المشار إليه أعلاه مسلك محمود؛ وذلك لما يمثله حضور مثل هذه الطائفة من أهمية في مساعدة القضاء في التعرف على حالة الحدث الاجتماعية والأسرية والبيئية التي نشأ فيها ، والأسباب التي دفعته إلى ارتكاب الجريمة، حتى تؤتي العقوبة أو التدبير المفروض على الحدث ثماره المرجوة منه.

وإنما للفائدة يوصي الباحث بأن يكون حضور الأخصائي الاجتماعي أمام المحكمة وجوبياً بحيث يدخل في تشكيل المحكمة على النحو المعمول به في التشريع المصري⁽¹⁾.

مع الإشارة إلى أن المشرّع الليبي لم يكن موفقاً حين أسند مهمة إجراء البحث الاجتماعي للقضاء بداية ، وإن كان قد خوّل القاضي الاستعانة بأهل الاختصاص من الأطباء والخبراء الاجتماعيين؛ ذلك أن تحويل القاضي إجراء البحث الاجتماعي بنفسه ، أمر يتصادم مع الغاية من هذا الإجراء ، والتي تفترض إجراءه من أشخاص لهم خبرة في هذا المجال قد يفتقر إليها القاضي، والذي هو غالباً غير متخصص في مجال الأحداث ، علاوة على عدم إلمامه بالعلوم الأخرى المساعدة، وهو ما يجعل اتخاذ الإجراء بهذه الطريقة يبتعد عن الموضوعية ، قاصراً عن بلوغ أهدافه المرجوة منه⁽²⁾. ومن وجهة نظر الباحث وحتى يؤدي هذا الإجراء غايته ، ويكون له أثر من الناحية العملية، ينبغي أن يتولى مهمة القيام به ، أخصائيون اجتماعيون لهم من الخبرة والكفاءة والقدرة ما يؤهلهم للقيام بهذه المهمة . ولا يكفي هنا مجرد حمل مؤهل ما في مجال العلوم الاجتماعية ، بل لا بد أن تتوافر فيمن يختار الخبرة في مجال العلوم الاجتماعية ، إضافة إلى كونهم من المهتمين في مجال الأحداث، فبغير هذه الأوصاف يضحى إجراء هذا البحث مجرد إجراء شكلي ، القصد منه فقط استكمال إجراءات المحاكمة .

2- جواز اتخاذ بعض الإجراءات في غيبة الحدث

أجازت بعض التشريعات كالتشريع المصري ، اتخاذ بعض الإجراءات في غيبة الحدث ، حيث نصت المادة (126) من قانون الأحداث على أن: " لا يجوز أن يحضر محاكمة الطفل أمام محكمة الأطفال إلا أقاربه والشهود والمحامون والمراقبون الاجتماعيون ، ومن تجيز له المحكمة الحضور بإذن خاص .

1- أوجب قانون الأحداث المصري رقم (12) لسنة (1996م) على المحكمة ألا تفصل في أمر الحدث ، إلا بعد أن يقدم لها تقرير الخبيرين الاجتماعيين ، والذي يتضمن بحث ظروف الحدث من جميع الوجوه ، ويعتبر حضور الخبيرين الاجتماعيين داخلاً في تشكيل المحكمة ، ومن ثم يكون حضورهما إجراءات المحاكمة وجوبياً (م 121 قانون الطفل).

2- د. حاتم بكار ، الاتجاه نحو تكريس معيارية إجرائية لضمان محاكمة تعزيرية للأحداث الجرح ، تقرير ليبيا، مقدم للمؤتمر الخامس للجمعية المصرية للقانون الجنائي ، القاهرة ، 18- 20 أبريل 1992 ، منشور ضمن كتاب أعمال المؤتمر تحت عنوان "الآفاق الجديدة للعدالة الجنائية في مجال الأحداث" ، المرجع السابق، ص 591 .

وللمحكمة أن تأمر بإخراج الطفل من الجلسة بعد سؤاله أو بإخراج من ذكروا في الفقرة السابقة إذا رأت ضرورة لذلك ، على أنه لا يجوز في حالة إخراج الطفل أن تأمر بإخراج محاميه أو المراقب الاجتماعي ، كما لا يجوز للمحكمة الحكم بالإدانة إلا بعد إفهام الطفل بما تم في غيبته من إجراءات . وللمحكمة إعفاء الطفل من حضور المحاكمة بنفسه إذ رأت أن مصلحته تقتضي ذلك ، ويكتفى بحضور وليه أو وصيه نيابة عنه ، وفي هذه الحالة يعتبر الحكم حضورياً .

كما أجازت المادة (126) المذكورة ، للمحكمة إعفاء الحدث من حضور المحاكمة بنفسه ، إذا رأت أن مصلحته تقتضي ذلك ، ويكفي هنا حضور وليه أو وصيه نيابة عنه، حيث يعتبر الحكم في هذه الحالة ، حضورياً، حتى مع عدم حضور الحدث. وهذا مسلك محمود ؛ وذلك لما فيه من المحافظة على نفسية الحدث من الأضرار التي قد يتعرض لها ، إذا ما علم بنتيجة التقارير الاجتماعية والنفسية والعقلية التي أجريت بشأنه ، مما قد ما تتأذى به نفسه ⁽¹⁾ ، ويؤثر سلباً على عملية إصلاحه بعد ذلك .

أما في التشريع الليبي فلا يوجد نص مماثل لنص المادة (126) من قانون الأحداث المصري ، ولكن يوجد نص المادة (324) إجراءات ، والذي يمكن تطبيقه على الحدث ، حيث تملك المحكمة أن تسمع الشهود في غير مواجهة الحدث ، على أنه لا يجوز الحكم بالإدانة إلا بعد إفهامه بمؤدى شهادتهم عليه ، ويجب أن يكون النطق بالحكم في جلسة علنية ⁽²⁾ . وقد تم التأكيد على هذا الحكم في المادة 30 من مشروع قانون الأحداث الليبي والتي نصت على أن: " للمحكمة أن تسمع الشهود في غير مواجهة المتهم الحدث ، على أنه لا يجوز الحكم بالإدانة إلا بعد إفهامه بمؤدى شهادتهم ويجب أن يكون النطق بالحكم في جلسة علنية " .

ويهيئ الباحث هنا بالمشروع الليبي بضرورة تمييز الأحداث بنص خاص ينظم فيه الحضور أمام المحكمة ،على أن يجعل القاعدة هي عدم حضور الحدث للمحاكمة بنفسه ، والاستثناء هي حضوره بنفسه، متى رأت المحكمة أن مصلحته تقتضي ذلك ، ويتولى ولي أمر الحدث أو ممثله القانوني الحضور أمام المحكمة ، ومتابعة إجراءاتها بما يحقق مصلحة الحدث.

1- د. أحمد وهدان ، الحماية الجنائية للأحداث ، المرجع السابق ، ص 501 ، 502 .

2- د. مأمون سلامة ، الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي ، بنغازي ، جامعة قاريونس ، الطبعة الأولى ، ج2، 1971م ، ص

3- استحداث دائرة استئناف خاصة بالأحداث

مما يحسب لهذا المشروع أيضاً ، استحداثه لدائرة استئناف خاصة بالأحداث تشكل سنوياً بقرار من الجمعية العمومية، تتولى الفصل في هذا النوع من القضايا على وجه السرعة، حيث يجري نص المادة 32 من المشروع على النحو الآتي: " تشكل سنوياً دائرة خاصة بنظر استئناف قضايا الأحداث من دوائر المحكمة الابتدائية بقرار من جمعيتها العمومية ، ويفصل فيه على وجه السرعة". ومن وجهة نظر الباحث فإن هذا النص يعتبر خطوة نحو تخصص قضاء الأحداث، ولكن - كما سبق القول - لا بد من التأكيد على ضرورة مراعاة تخصص القاضي الذي يكلف بنظر قضايا الأحداث ، سواء أكان أمام محكمة الدرجة الأولى أو محكمة الاستئناف، بحيث يكون على درجة من الخبرة والكفاءة في مجال الأحداث ؛ حتى يتمكن من أداء عمله على أكمل وجه .

4- التأكيد على عدم قبول الدعوى المدنية أمام محاكم الأحداث

وفقاً للقواعد العامة في قانون الإجراءات الجنائية الليبي لا يجوز قبول المطالبة بحقوق مدنية أمام محكمة الأحداث ، حيث نصت المادة (322) على هذا المنع صراحة . كما تم التأكيد على هذا المبدأ في المادة (28) من مشروع قانون الأحداث الليبي ، وهي تتطابق حرفياً مع المادة (322) المشار إليها.

5- التأكيد على عدم جواز تطبيق أحكام العود

عدم تطبيق أحكام العود على الأحداث أمر تتطلبه طبيعة التدابير والعقوبات التي تفرض على هذه الطائفة، والتي هي في حقيقتها علاجية تقويمية ذات أبعاد تربوية⁽¹⁾ ، فإذا ما فرضت على الحدث ، ثم عاد هذا الأخير إلى ارتكاب الجريمة مرة أخرى ، دل ذلك على فشل هذه التدابير والعقوبات في إصلاحه ، ومن ثم تطلب الأمر هنا أن يعاد النظر في أمر الحدث بفرض تدابير وعقوبات مناسبة له ، وليس تشديد العقوبات عليه بسبب هذا العود .

وتطبيقاً للمادة (98) من قانون العقوبات الليبي ، لا يعتبر الحدث عائدًا حتى ولو ارتكب جنائية أو جنحة، وحكم عليه فيها ، ثم عاد وارتكب جريمة أخرى ، ما لم يكن قد بلغ سن الثامنة عشرة . وهو ما أكد عليه مشروع قانون الأحداث الليبي في المادة السابعة منه ، والتي تتطابق تمامًا مع نص المادة (98) من قانون العقوبات الليبي. مع الإشارة إلى أنه إذا كانت الجريمة الثانية قد ارتكبت بعد بلوغ الحدث سن الثامنة عشرة ، فهنا يطبق عليه نظام العود المقرر في المادتين (96،97) من قانون العقوبات ؛ لأنه في هذا

1- حمزة أحمد الأحمر ، نحو سياسة جنائية في مواجهة ظاهرة جنوح الأحداث في الجماهيرية ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة طرابلس "الفتاح سابقاً" ، 2007 ، "غير منشورة" ، ص 180 .

التاريخ صار بالغاً ، لما هو مقرر من أن المعوّل عليه في تطبيق أحكام العود ، هو الوقت الذي تطبّق فيه بالنسبة للجريمة الأخيرة الذي تتم محاكمة الحدث بشأنها ، لا بوقت صدور الحكم في الجريمة الأولى المتخذة أساساً للعود⁽¹⁾ . مع الإشارة إلى أن نظام العود لا يطبّق في الحالة السابقة، إذا كان الحكم السابق لم يتضمن عقوبة ، وإنما مجرد تدابير⁽²⁾ .

والباحث يرى استبعاد تطبيق أحكام العود تماماً ، سواء كانت الجريمة الثانية قد ارتكبت قبل بلوغ سن الثامنة عشرة أو بعدها ؛ وذلك حتى لا يكون للحكم الصادر في الجريمة الأولى ، أي أثر على توافر حالة العود . فالاعتداد بالحكم الأول سابقة في العود، يتعارض مع القول بأن المعوّل عليه في مجال الحكم على الأحداث ، هو إصلاح الحدث وتأهيله ، وليس مسألة الإدانة أو البراءة .

6- جواز إعادة النظر في الحكم الصادر من محكمة الأحداث

استحدث مشروع قانون الأحداث محل الدراسة حكماً جديداً يستحق الثناء، فوفقاً للمادة 19 يجوز لمحكمة الأحداث بناء على التقارير المقدمة لها من مكتب الخدمة الاجتماعية أن تعيد النظر في الحكم الذي أصدرته بناء على طلب النيابة العامة ، وأن تعدل حكمها إلى ما تراه ملائماً لحالة الحدث من التدابير الأخرى المنصوص عليها في القانون.

7- جواز الطعن لمصلحة الحدث من قبل والديه:

أكد مشروع قانون الأحداث محل الدراسة على جواز استعمال حق الطعن من والدي الحدث أو ممن له الولاية على نفسه، حيث نص في المادة 31 منه على أن: " كل إجراء مما يوجب إعلانه للحدث يبلغ إلى والديه أو إلى من له الولاية على نفسه ، أو لمن تعينه له المحكمة. ولهؤلاء أن يستعملوا في مصلحة الحدث كل طرق الطعن المقررة في الحكم الصادر ضده على أن يكون ذلك على أساس الإجراءات التي تتخذ في حقه هو." .

1- د. حاتم بكار ، الاتجاه نحو تكريس معيارية إجرائية لضمان محاكمة تعزيرية منصفة للأحداث الجنح ، المرجع السابق ، ص 604 .

2- د. موسى سليمان الرحومة ، الأحكام العامة لقانون العقوبات الليبي ، بنغازي ، جامعة قاريونس ، الطبعة الأولى ، ج 1 2009م ، ص 587 .

8- تبني نظام العفو القضائي على الصغار

العفو القضائي هو امتناع المحكمة عن الحكم بتوقيع الجزاء الجنائي على المتهم ، إذا قدرت أنه سوف يمتنع في المستقبل عن اقتراف جرائم جديدة" ⁽¹⁾. وقد أكد مشروع قانون الأحداث في مادته العاشرة على تبني هذا النظام، وذلك استجابة منه لمتطلبات السياسة الجنائية الحديثة ، التي تسعى لإيجاد بدائل لعقوبة الحبس قصيرة المدة ⁽²⁾. فإذا ارتكب الحدث دون الثامنة عشرة جريمة يعاقب عليها بعقوبة مقيدة للحرية لمدة تزيد على سنتين ، أو بغرامة لا تتجاوز خمسين جنيهاً أو بالعقوبتين معاً ، جاز للقاضي أن يمنحه العفو القضائي ، وذلك متى رأى من أخلاقه أو ماضيه ، أو الظروف التي ارتكب فيها الجريمة ، ما يبعث على الاعتقاد بأنه لن يعود إلى ارتكاب جرائم أخرى مستقبلاً .

ويترتب على العفو القضائي على الحدث سقوط الجريمة ، وذلك بصيرورة الحكم نهائياً . ولا يجوز منح هذا العفو إذا كان الحدث قد سبق ومنح العفو في مدة سابقة ؛ لعدم جواز منح العفو أكثر من مرة واحدة.

1- جواز وقف تنفيذ الحكم الصادر على الحدث

أكد مشروع قانون الأحداث على تبني نظام وقف التنفيذ بالنسبة للأحداث، وذلك في المادة العاشرة منه، وهي تتطابق تماماً مع نص المادة (112) من قانون العقوبات.

الخاتمة

بعد أن انتهينا من دراسة ملامح تطور العدالة الإجرائية للأحداث في مشروع قانون الأحداث الليبي ، نستطيع القول: إن هذا المشروع نجح إلى حد كبير في الاستجابة لملامح السياسة الجنائية الحديثة في مجال العدالة الإجرائية للأحداث، ولكن مع ذلك اعتراه بعض أوجه القصور، الأمر الذي يحتاج معه إلى اقتراح بعض التعديلات عليه نأتي في ختام هذه الدراسة لاستعراض أهم النتائج التي تم التوصل إليها والمقترحات التي يوصي بها الباحث ، وذلك على النحو الآتي:

1- د. حاتم بكار ، الاتجاه نحو تكريس معيارية إجرائية لضمان محاكمة تعزيرية منصفة للأحداث الجنح ، المرجع السابق ، ص 606 .

2- عبد الواحد الدالي ، خصوصية إجراءات المحاكمة والتنفيذ ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، ترونة ، جامعة المرقب ، 2005م ، "غير منشورة" ، ص 107 .

أولاً- النتائج:

تضمن مشروع قانون الأحداث محل الدراسة كثيراً من أوجه التطور في المعاملة الإجرائية للأحداث، والتي تحسب لهذا المشروع ، وسيعرض الباحث لبيان لأهم مناحي هذا التطور على النحو الآتي:

- 1- استحداث شرطة متخصصة لمكافحة وضبط جرائم الأحداث، وذلك في إطار الاعتراف بوجود قواعد لمعاملة الأحداث الجانحين ، تختلف عن القواعد المتبعة عند التعامل مع المتهمين البالغين، حيث استجاب مشروع القانون للمواثيق الدولية وكذا النداءات والتوصيات في الدراسات والمؤثرات ذات العلاقة بالأحداث، والتي تنادي بمبدأ تخصص السلطة التي تتعامل مع الأحداث.
- 2- استحداث نيابة متخصصة بالأحداث:

استحدث مشروع قانون الأحداث نيابة متخصصة ، تتولى مهمة التحقيق الابتدائي في جرائم الأحداث، حيث نص في مادته 22 على إنشاء نيابة تختص بالتحقيق ورفع الدعوى الجنائية، وطلب اتخاذ التدابير الوقائية في قضايا الأحداث . ومما يحسب لهذا المشروع نصه على إنشاء نيابة متخصصة للأطفال داخل نطاق اختصاص كل محكمة أحداث جزئية ، بحيث لم يعد يقتصر الأمر على نيابة واحدة بطرابلس.

3- التأكيد على تبني النظام القضائي في محاكمة الأحداث:

تم التأكيد على تبني النظام القضائي لمحاكمة الأحداث في مشروع قانون الأحداث الليبي حيث نصت المادة (21) من المشروع على أن: " تشكل محكمة للأحداث في دائرة كل محكمة جزئية من قاض يندب لها".

4- استحداث ضمانة مهمة للحدث في مواجهة الحبس الاحتياطي:

مما يحسب لمشروع قانون الأحداث رفعه للحد الأدنى للجنح التي يجوز فيها الحبس الاحتياطي ، حيث لم يجزه إلا في الجرائم التي تزيد فيها عقوبة الحبس عن سنة (م 23 من مشروع قانون الأحداث الليبي) ، ومن ثم يمتنع حبس الحدث احتياطياً في الجرائم البسيطة التي تقل فيها العقوبة عن سنة.

5- السماح لولي الحدث والأخصائي الاجتماعي بحضور التحقيق:

مما يحسب لمشروع قانون الأحداث الليبي تفتنه لمسألة حضور الأحداث في مرحلة التحقيق الابتدائي، حيث نص في مادته الثالثة والعشرين على أن: "يراعى عند التحقيق مع الحدث بمعرفة النيابة العامة حضور ولي أمره والأخصائي الاجتماعي كلما كان ذلك ممكناً".

6- إجراء بحث اجتماعي للحدث قبل المحاكمة:

وفقاً للمادة (25) من مشروع قانون الأحداث الليبي ، يجب في مواد الجرح والجنح والجنابات قبل الحكم على المتهم الصغير ، التحقق من حالته الاجتماعية والبيئية التي نشأ فيها ، وكذلك الأسباب التي دفعته إلى ارتكاب الجريمة ، ويجوز الاستعانة في ذلك بالموظفين العموميين ذوي الاختصاص ، وغيرهم من الأطباء والخبراء.

ويؤكد الباحث هنا على ضرورة تمييز الأحداث بنص خاص ينظم فيه الحضور أمام المحكمة ، على أن تكون القاعدة هي عدم حضور الحدث للمحاكمة بنفسه ، والاستثناء هي حضوره ، متى رأت المحكمة أن مصلحته تقتضي ذلك ، ويتولى ولي أمر الحدث أو مثله القانوني الحضور أمام المحكمة ، ومتابعة إجراءاتها بما يحقق مصلحة الحدث.

7- استحداث دائرة استئناف خاصة بالأحداث:

أيضاً مما يحسب لهذا المشروع استحداثه دائرة استئناف خاصة بالأحداث تشكل سنوياً بقرار من الجمعية العمومية ، وتتولى الفصل في هذا النوع من القضايا على وجه السرعة ، حيث يجري نص المادة 32 من المشروع على النحو الآتي: " تشكل سنوياً دائرة خاصة بنظر استئناف قضايا الأحداث من دوائر المحكمة الابتدائية بقرار من جمعيتها العمومية ، ويفصل فيه على وجه السرعة".

التأكيد على عدم قبول الدعوى المدنية أمام محاكم الأحداث في المادة (28) من مشروع قانون الأحداث محل الدراسة؛ على اعتبار أن هذا النوع من المحاكم شكّل لتوفير حماية أكثر للأحداث ، والعمل على الإسهام في إصلاحهم ، وليس فقط مجرد عقابهم.

9- جواز إعادة النظر في الحكم الصادر من محكمة الأحداث:

استحدث مشروع قانون الأحداث محل الدراسة حكماً جديداً يستحق الثناء ، فوفقاً للمادة (19) منه يجوز لمحكمة الأحداث بناء على التقارير المقدمة لها من مكتب الخدمة الاجتماعية ، أن تعيد النظر في الحكم الذي أصدرته بناء على طلب النيابة العامة ، وأن تعدل حكمها إلى ما تراه ملائماً لحالة الحدث من التدابير الأخرى المنصوص عليها في القانون.

10- جواز الطعن لمصلحة الحدث من قبل والديه:

كل إجراء مما يوجب إعلانه للحدث يبلغ إلى والديه أو إلى من له الولاية على نفسه ، أو لمن تعينه له المحكمة. ول هؤلاء أن يستعملوا في مصلحة الحدث كل طرق الطعن المقررة في الحكم الصادر ضده على أن يكون ذلك على أساس الإجراءات التي تتخذ في حقه هو".

11- تبني نظام العفو القضائي على الصغار:

أكد مشروع قانون الأحداث على تبني نظام العفو القضائي، وهو نظام تمتنع المحكمة فيه عن الحكم بتوقيع الجزاء الجنائي على المتهم ، إذا قدرت أنه سوف يمتنع في المستقبل عن اقتراف جرائم جديدة ، ويترتب على العفو على الحدث سقوط الجريمة ، وذلك بصيرورة الحكم نهائياً ، وذلك استجابة لهذا المشروع لمتطلبات السياسة الجنائية الحديثة، التي تسعى لإيجاد بدائل لعقوبة الحبس قصيرة المدة.

12- تبني وقف تنفيذ الحكم الصادر على الحدث:

أكد مشروع قانون الأحداث في مادته العاشرة على تبني نظام وقف التنفيذ بالنسبة للأحداث.

ثانياً- التوصيات:

ولما كان هذا المشروع لم ير النور بعد ، وحتى تكون الدراسة ذات فائدة أكثر كان من المفيد أن يشير الباحث إلى جملة من التوصيات التي يأمل أن تؤخذ في الاعتبار عند إعادة صياغة هذا المشروع من جديد، وهي على النحو الآتي:

1- وإن كان المشروع محل الدراسة قد استحدث شرطة متخصصة لمكافحة وضبط جرائم

الأحداث، لكن يلاحظ أنه لم يتناول كيفية تشكيل جهاز شرطة الأحداث ، حيث اكتفى

بالإشارة إلى أن قرار الإنشاء، هو الذي سيحدد كيفية عمل الجهاز، والوسائل التي تتبعها

الشرطة في معاملة الأحداث، بما يتفق ومصلحتهم الفضلى . ومن ثم يوصي الباحث بإعادة

صياغة نص المادة (14) من مشروع هذا القانون ، بحيث يراعى على وجه الخصوص ما يأتي :

- ضرورة توافر مؤهلات معينة نفسية واجتماعية وقانونية ، فيمن يختار لعضوية شرطة الأحداث ،

يتم اختيارهم من ضمن خريجي كليات العلوم الاجتماعية والشرطة والقانون .

- ضرورة أن تكون شرطة الأحداث مستقلة تمام الاستقلال عن الشرطة

العادية ، وذلك من حيث تكوينها واختصاصها ومكان عملها ، ويرتدي أفرادها الملابس

العادية .

- يتم توزيع الاختصاص بين أفراد شرطة الأحداث ، بحيث يتم إنشاء إدارات وأقسام متخصصة ؛

للتعامل مع الأحداث . فتوزيع العمل والتخصص ، من شأنه أن يساعد شرطة الأحداث على

القيام بمهامها على الوجه المطلوب .

- تكون تابعة شرطة الأحداث لوزارة الشؤون الاجتماعية ، وليس وزارة الداخلية، كما هو الحال

بالنسبة للشرطة العادية.

2- رغم استحداث مشروع القانون نيابة متخصصة للأحداث، لكن يعاب عليه عدم إشارته إلى

ما ينبغي أن يتمتع به أعضاء النيابة الذين يتم اختيارهم للعمل بهذه النيابة، من خبرات أو

مؤهلات خاصة في مجال الأحداث. ذلك أن التحقيق في جرائم الأحداث يتطلب نوعاً من التعمق في نفسية الحدث على خلاف المتهمين البالغين ، بحيث يتيسر الوقوف على أسباب ودوافع الانحراف ، التي تكتسي معرفتها أهمية بالغة في التحقيق مع الأحداث. فالتدابير في مجال العدالة الجنائية للأحداث لا تستهدف مجرد الجزاء ، بقدر ما تستهدف إصلاح الحدث وتهذيبه ، وهو ما يحتاج إلى دراية وكفاءة خاصة.

3- رغم تبني النظام القضائي في هذا المشروع ، إلا أن الباحث يوصي بضرورة أن يكون القاضي الذي يتولى النظر في قضايا الأحداث متخصصاً في مجال الأحداث ،. فالتخصص ينبغي ألا يقف فقط عند مجرد تخصيص قاعة أو مبنى ، أو قاض كي يفصل في قضايا الأحداث.

4- يوصي الباحث بإعفاء الحدث من حضور إجراءات التحقيق بنفسه. وذلك في إطار إبعاد الحدث عن رهبة الإجراءات الجنائية ، وما يحدثه ذلك من أثر سيئ على نفسيته ، وما يؤدي إليه من عرقلة إصلاحه وتأهيله . ويكفي في الأحوال السابقة حضور محامي الحدث، ويعتبر الإجراء كأنه اتخذ في حضوره.

5- يوصي الباحث بالنص صراحة على وجوب إجراء البحث الاجتماعي من قبل أخصائيين اجتماعيين لهم من الخبرة والكفاءة والقدرة ما يؤهلهم للقيام بهذه المهمة ؛ فتحويل القاضي إجراء البحث الاجتماعي ، أمر يتصادم مع الغاية من هذا الإجراء ، والتي تفترض إجراءه من أشخاص لهم خبرة في هذا المجال . كما يوصي الباحث بأن يكون حضور الأخصائي الاجتماعي أمام المحكمة وجوبياً، بحيث يدخل في تشكيلها كما هو الحال بالنسبة للنيابة وكاتب الجلسة.

قائمة بأهم المراجع

أولاً- المراجع العربية:

- 1- أحمد محمد وهدان : الحماية الجنائية للأحداث دراسة في الاتجاهات الحديثة للسياسة الجنائية، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 1992م ، "غير منشورة" .
- 2- إمام حسين : الضمانات الإجرائية لمحاكمة الأطفال في مصر دراسة مقارنة بين التشريع الوطني والمواثيق الدولية ، المجلة الجنائية القومية ، المجلد 46 ، العدد الثاني ، يوليو 2003م .
- 3- حاتم بكار : الاتجاه نحو تكريس معيارية إجرائية لضمان محاكمة تعزيرية للأحداث الجنح ، تقرير ليبيا ، مقدم للمؤتمر الخامس للجمعية المصرية للقانون الجنائي ، القاهرة ، 18- 20 أبريل

1992 ، منشور ضمن كتاب أعمال المؤتمر تحت عنوان "الآفاق الجديدة للعدالة الجنائية في مجال

الأحداث" ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، 1992م .

4- حسن محمد ربيع :

-الجوانب الإجرائية لانحراف الأحداث وحالات تعرضهم للانحراف ، "دراسة مقارنة" ، القاهرة ،

دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى ، 1991م .

-الجوانب الإجرائية لمعاملة الأحداث المنحرفين والمعرضين للانحراف ، تقرير مقدم إلى المؤتمر

الخامس للجمعية المصرية للقانون الجنائي ، المقام في مدينة القاهرة ، 18 - 20 أبريل 1992 ، تحت عنوان

"الآفاق الجديدة للعدالة الجنائية في مجال الأحداث ، والمنشور ضمن أعمال المؤتمر ، القاهرة ، دار النهضة

العربية ، 1992 .

5- حمزة أحمد الأحمر : نحو سياسة جنائية في الجماهيرية ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ،

جامعة طرابلس "الفتاح سابقاً" ، 2007 ، "غير منشورة" .

6- شعبان عصارة : القضاء الجنائي بين التخصص والشعبية ، "رسالة ماجستير" ، كلية القانون ،

جامعة قاريونس ، بنغازي ، جامعة قاريونس ، 1991 .

7- طه زهران : معاملة الأحداث جنائياً دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة

القاهرة ، 1978م ، "غير منشورة" .

8- عبد الواحد الدالي : خصوصية إجراءات المحاكمة والتنفيذ ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ،

كلية القانون ، ترهونة ، جامعة المرقب ، 2005م ، "غير منشورة" .

9- فتحي سعد عون : عدالة الأحداث في مرحلة الضبط وجمع الأدلة ، دراسة حول سبل التعامل

مع الأحداث الجانحين أثناء ضبطهم وإحالتهم للنسابة العامة ، وعند تنفيذ الأحكام عليهم ،

ورقة عمل مقدمة للجنة الخبراء الوطنيين المكلفة من أمانة اللجنة الشعبية العامة للعدل (وزارة

العدل) ، بإعداد دراسة حول عدالة الأحداث في ليبيا ، طرابلس ، 2008م ، "غير منشورة" .

10- كامل السعيد : الإجراءات الجنائية لمحاكمة الأحداث تقرير مقدم للمؤتمر الخامس للجمعية

المصرية للقانون الجنائي والمنشور ضمن كتاب أعمال المؤتمر "الآفاق الجديدة للعدالة الجنائية في

مجال الأحداث ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، 1992م .

11- مأمون سلامة : الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي ، بنغازي ، جامعة قاريونس ، الطبعة

الأولى ، الجزء الثاني، 1971م .

12- محمد الأمين البشري : د. محسن عبد الحميد أحمد ، معايير الأمم المتحدة في مجال العدالة

الجنائية ومنع الجريمة ، الرياض ، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية ، الطبعة الأولى، 1998م .

13- محمد محمود الشركسي : ضمانات المتهم خلال مرحلة التحقيق الابتدائي والمحكمة في

قانون الإجراءات الليبي ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس ، جامعة

الحقوق والاقتصاد والتصرف ، 1993 ، "غير منشورة" .

14- مفتاح المطردي: تطويع الإجراءات الجنائية لإجرام الأحداث ، "دراسة مقارنة" ، أطروحة

دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة الإسكندرية ، الإسكندرية ، دار الجامعة الجديدة ، 2008م .

15- موسى مسعود ارحومة : الأحكام العامة لقانون العقوبات الليبي ، بنغازي ، جامعة قاريونس ،

الطبعة الأولى ، الجزء الأول ، 2009م.

ثانيا- المراجع الأجنبية:

1- اللغة الإنجليزية:

1- Catherine Elliott and Frances Quinnm English Legal System. London, Pearson Longman. Fifth edition. 2004.

2- Laurie Chassin, Juvenile Justice and Substance Use, The future of Children, Vol, 18.NO.2. Fall. 2008.

2- اللغة الفرنسية:

1- Philippe BonfilsMarseille , La réforme du droit pénal des mineurs par la loi du 10 août 2011 , Recueil Dalloz 2011.

ثالثًا. مواقع إلكترونية على شبكة الإنترنت:

1 . باللغة الإنجليزية:

http: www.opsi.gov.uk

❖ أرشيف التشريعات الوطنية للمملكة المتحدة البريطانية (مكتب معلومات القطاع العام البريطاني) .

❖ Majesty's Courts Service. "Youth Court". <http://www.hmcourts-service.gov.uk>

❖ Her Majesty's Courts Service. "Youth Court". <http://www.hmcourts-service.gov.uk>

❖ www.judiciary.gov.uk. //Court. [http:Magistrates](http://Magistrates)

2 . باللغة الفرنسية:

موقع محكمة النقض الفرنسية

❖ <http://www.courdecassation.fr/>

موقع للحصول على التشريعات الفرنسية

❖ <http://www.Legifrance.gouv.fr>.

وزارة العدل الفرنسية

❖ <http://www.justice.gouv.fr>

النظام القانوني لمجلس فض المنازعات

في عقود الفيديك (FIDC)

دراسة تحليلية

إعداد الدكتور: جمال عمران المبروك أغنية

استاذ القانون التجاري المساعد

بكلية القانون - جامعة طرابلس

مقدمة :

تعد صناعة الإنشاءات الهندسية من أضخم مجالات الاستثمار على المستوى الدولي والوطني حيث تتميز هذه الصناعة الواعدة بحجم المشاريع المنشأة وما تتطلبه من مبالغ مالية طائلة جدا وما تأخذه من الزمن لإمكانية إنجازها ولتعدد أطرافها وتنوع عقودها وتشابكها وتعقيداتها وما يترتب على كل ذلك من نشوب العديد من المنازعات بين أطرافها وكثرة المطالبات العقدية المتعلقة بها، لذا فقد سعى الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين والمعروف اختصارا باسم الفيديك -وهو اختصار للحروف الأولى من كلمة (international Des Ingenious conseils Federation)- بوضع نماذج عقدية لتنظيم صناعة التشييد والبناء عرفت بعقود الفيديك والتي تنظم العديد من العمليات القانونية والفنية المتعلقة بالتشييد والبناء، وغالبا ما يكون أطرافها دولاً أو مؤسسات عامة أو هيئات عامة في علاقتها مع الشركات الأجنبية العاملة في مجال الإنشاءات الهندسية مثل بناء مشروعات الجسور والسكك الحديدية وإقامة المطارات بل إنها تشمل حتي اتفاقات نقل التكنولوجيا المرافقة لإقامة هذه المشروعات.

وعلى الرغم من النجاح الكبير الذي حققه نظام الفيديك إلا أن ما يورق المستثمرين في مجال البناء والتشييد هو كيفية حل المنازعات الكبيرة والمتداخلة والمعقدة التي تنشأ عادة في مثل هذه المشروعات الإنشائية العملاقة، حيث إن الواقع العملي قد أفرز العديد من هذه المنازعات بين أرباب الأعمال من جهة وبين المقاول من جهة أخرى والتي يكون منشؤها عقدي غالبا نظراً لأهمية الوقت في مثل هذه الانشاءات ولتنوع آليات تنفيذها ولوجود عناصر اجنبية تنفذ هذه المشاريع العملاقة مما فاقم من حدة النزاعات.

لذا ودرءاً لكل هذه المخاوف والحد من هذه المنازعات كان لازماً أن يتم استخدام طرق فَعَّالة ومقبولة لحل الخلافات في إطار عقود الفيديك بعيداً عن تعقيدات القضاء العادي أو قضاء التحكيم التجاري والتي تأخذ وقتاً وجهداً ومالاً كثيراً كما هو معلوم للجميع، ومن هنا ظهر إلى الوجود بعد تطور مستمر ومتتابع -مجلس فض المنازعات- الذي نظمت أحكامه المادة (20) من نموذج عقد الفيديك لعام 1999 المعمول به حالياً في كافة عقود الفيديك محلياً ودولياً باعتباره الوسيلة الأنجح والأسرع في حل إشكالات الفيديك.

وتكمن أهمية هذه الدراسة في كونها تتناول بالدراسة والتحليل المعمق أهم الإشكاليات التي تواجه صناعة الإنشاءات الهندسية ألا وهي كيفية فض منازعاتها المعقدة للغاية، وإرساء الطمأنينة في نفوس أطراف عقد الفيديك بأن أية نزاعات حالية أو مستقبلية سوف يتم احتواؤها من خلال مجلس فض المنازعات، الأمر الذي يدفع قدماً أطراف عقد الفيديك إلى المضي في تنفيذ عمليات ومشاريع التنمية المستدامة وخصوصاً في البلدان النامية والأقل نمواً والمتعطشة لمثل هذه التنمية.

كما أن دراسة النظام القانوني لمجلس فض المنازعات إنما يتمتع بأهمية قصوى وخصوصاً ونحن نتحدث عن عقد من عقود التنمية والذي تختلف فيه القوى الاقتصادية قوة وضعفاً بين أطرافه، لأن من ينفذ مثل هذه المشروعات العملاقة إنما هي مجموعة من الشركات المتعددة الجنسيات في مجال التشييد والبناء والتي تنتمي إلى دول مختلفة على درجة عالية من التقدم والقوة السياسية والاقتصادية التي لا تخفى على أحد بينما يمثل الطرف الثاني في عقد الفيديك إحدى الدول النامية أو الأقل نمواً والتي تعد الطرف الأضعف في معادلة الفيديك بما ينه الأذهان إلى مدى عدالة وتوازن الحقوق والالتزامات بين طرفي عقد الفيديك وهو ما دعانا صراحة إلى اختيار هذا الموضوع لإيضاح النظام القانوني لفض منازعات عقود الفيديك أي من خلال مجلس فض المنازعات والذي يستهدف حل كافة الإشكاليات التي تعترض سير المشروعات التنموية على أساس من التوازن العقدي في الحقوق والالتزامات بين طرفي الفيديك الدولة من جهة والمستثمر الأجنبي من جهة أخرى.

أما بخصوص إشكالية دراستنا فإننا ومن خلال هذا الجهد العلمي فإننا سنحاول إيجاد الحلول للعديد من الإشكاليات القانونية المتعلقة بالنظام القانوني لمجلس فض المنازعات من خلال طرح التساؤلات الآتية:

- ❖ ما المقصود بمجلس فض المنازعات ابتداءً وماهي آليات عمله؟
- ❖ هل آلية تشكيل المجلس وآلية عمله قادرة على تقديم الحلول الناجعة للمنازعات الانشائية المعقدة والمتداخلة؟

❖ ما مدى الزامية القرارات الصادرة عن مجلس تسوية المنازعات؟ وما هي طبيعتها القانونية؟ وهل توجد ثغرات قانونية في نظامه القانوني تؤدي واقعياً و قانونياً لعدم جدوى القرارات الصادرة عنه أو تفرغها من محتواها أصلاً؟

❖ هل يحتاج النظام القانوني لمجلس تسوية المنازعات للتعديل في آلية عمله لإطفاء القوة الملزمة لقراراته؟

❖ هل يعتبر مجلس التسوية الوسيلة الأنجح والأبجى لفض نزاعات عقود الفيدك؟ وما مدى حيادية واستقلالية أعضاء المجلس وما هو الحل لإشكالية تشتت آراء أعضاء المجلس ثلاثي التشكيل؟

تعد هذه التساؤلات المهمة للغاية مدار دراستنا وتحليلنا المعمق في هذه الدراسة لإمكانية إيجاد الاجابات الشافية والوافية لحل كافة هذه الإشكاليات القانونية متبعين في ذلك أسلوباً منهجياً وعلمياً تحليلياً قائماً على تحليل كافة النصوص القانونية المنظمة لعمل المجلس وآليات اتخاذ قراره الواردة في نموذج عقد الفيدك لعام 1999 باعتباره الصيغة النهائية المعمول بها حالياً مع محاولة المقارنة والموازنة حسب مقتضي الحال مع نموذج عقد الفيدك الذي كان سائداً قبل الألية الحديثة والذي يعتمد على المهندس الاستشاري حكماً وخصماً موضحين من خلال الفهم العميق للأحكام القانونية التي بين ايدينا لوجهات النظر الفقهية المقارنة حيال كلتا الاليتين القديمة والحديثة مع بيان وجهة النظر الفقهية المقيّمة لعمل مجلس فض المنازعات وبيان وجهة نظرنا الخاصة حيال كافة هذه المسائل.

هذا وتشمل هذه الدراسة من حيث نطاقها نموذج أحكام عقد الفيدك لعام 1999م، المعمول به حالياً والذي يمثل الصيغة النهائية المقدمة من الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين بالإضافة إلى بيان آراء الفقه المقارن كما سبق بيانه.

ومما تقدم فإننا سنقوم بتناول موضوع النظام القانوني لمجلس فض منازعات الفيدك من خلال تقسيم هذه الدراسة إلى ثلاثة مباحث نتناول في المبحث الأول منها المقصود بمجلس فض المنازعات في إطار عقود الفيدك وأما المبحث الثاني فإننا سنخصصه لدراسة آلية عمل المجلس وكيفية إصدار قراره، هذا ونتناول في المبحث الثالث التقييم الفقهي والخاص لمجلس فض المنازعات.

المبحث الأول

المقصود بمجلس فض المنازعات

تتطلب منا دراسة النظام القانوني لمجلس فض منازعات عقود الفيديك أن نوضح ابتداءً المقصود بمجلس فض المنازعات من خلال بيان نشأته وذلك في (المطلب الأول) ثم التعريفات التي أُضيفت عليه في (المطلب الثاني) حيث إن الحديث في كل هذه المسائل إنما يحظى بأهمية كبيرة لأنه يمثل حجر الأساس في إشكاليات هذه الدراسة حيث لا يمكننا الإجابة عن أيٍّ من التساؤلات المطروحة ما لم نتناول بعمق كبير ولادة هذا المجلس وتعريفه، وهو ما دعانا حقيقة للحديث عن المقصود بمجلس فض المنازعات باعتباره اللبنة الأولى في النظام القانوني لهذا المجلس، هذا وتتطرق في (المطلب الثالث) للحديث عن آلية فض المنازعات التي كانت سائدة فيما قبل الألية الحديثة .

المطلب الأول

الجدور التاريخية لمجلس فض المنازعات

سنحاول من خلال هذا المطلب إلقاء الضوء على التطور التاريخي لنشأة عقد الفيديك حيث أنه مر بالعديد من المحاولات الجادة لصياغته إلى أن توجت هذه الجهود بالوصول إلى الصيغة المعمول بها حالياً، لذا نود الإشارة إلى أن مصطلح فيديك (FIDC) المتداول على نطاق واسع محلياً ودولياً إنما هو اختصار للكلمة الفرنسية (conseils Ingenious international Des Federation)، والتي يقصد بها الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين حيث تم تأسيس هذا الاتحاد عام 1913 من خلال المساهمة الجادة لكلٍ من الجمعية الفرنسية للمهندسين الاستشاريين المعروفة اختصاراً (CICF)، والجمعية البلجيكية للمهندسين الاستشاريين المعروفة اختصاراً بـ (CICB) والجمعية السويسرية للمهندسين الاستشاريين المعروفة اختصاراً بـ (ASIC)، والذي يعود لهم قصب السبق في الدعوة إلى عقد أول مؤتمر يضم مجموعة من المهندسين الاستشاريين في مدينة (جنت) البلجيكية في عام 1913م، ثم عقد المؤتمر الثاني للفيديك في سويسرا في مدينة (بيرن) وذلك لمناقشة تشكيل اتحاد دولي يضم كافة المهندسين الاستشاريين في كافة

دول العالم الذي ضم (59) مهندساً استشارياً من عدة دول مختلفة وأسفر عن قيام الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين (FIDC)⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن بريطانيا لم تنضم إلى اتحاد الفيديك إلا في عام 1949م، أما الولايات المتحدة الأمريكية فقد انضمت إلى الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين في عام 1958 م، كما أن هناك مجموعة من الدول العربية قد حظيت بعضوية الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين وهي جمهورية مصر العربية والمملكة العربية السعودية وجمهورية تونس والمملكة المغربية، هذا وقد تم اصدار اول صيغة من نماذج عقود الفيديك في عام 1957 والمسمى بالكتاب الاحمر نسبة إلى لون الغلاف الذي يضمه وقد جاء منظماً لعقود المقاولات الهندسية المدنية و تم توالى العديد من الاصدارات المختلفة للفيديك والتي كانت تأتي مطوّرة ومعدّلة للعديد من الاحكام القانونية الواردة في نماذج الفيديك القديمة مما ادى إلى زيادة التوعية والاقبال على اعتماد نظام فيديك ليكون نظاماً فريداً و مرحباً به في كافة أوساط صناعة الانشاءات الهندسية العالمية⁽²⁾.

ويهدف نظام فيديك ابتداء إلى محاولة تجميع جهود كافة المهندسين الاستشاريين حول العالم في تشكيل مؤسسي موحد معني بمعرفة مشاكلهم وتوفير الحماية القانونية لهم وبذل الجهود لصقل خبراتهم العملية ودعم فئة المهندسين الاستشاريين على المستوى المحلي والدولي وتوفير مناخاً آمناً لقيامهم بمهامهم الإشرافية على أكمل وجه، ذلك كله كان هدفاً للفيديك عند تأسيسه إلا أن هذه المبادئ والأهداف قد تطورت وتغيّرت لدعم كل المهندسين الاستشاريين في كافة دول العالم وأن يكون لهم تمثيل قانونياً موقر على المستوى المحلي والدولي ودعم صناعة الإنشاءات الهندسية الاستشارية نحو الأداء الأفضل والامتثال لميثاق شرف لكافة أعضاء الفيديك وهو ما تم اعتماده فعلياً في مؤتمر بكنين المنعقد عام 2005م، حيث قامت الجمعية العامة للاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين باعتماد هذه الأهداف والرؤى لتكون ميثاق

-
- 1- لمزيد من التفصيل انظر، محمد ابراهيم بداح، عقود المقاولات الدولية الاسس القانونية لصياغة عقود المقاولات الدولية ضمن معايير عقود (FIDC)، دار الثقافة، عمان، الاردن، ط1، 2017، ص22 وما بعدها، الدليل الدولي لعقود الفيديك، منشورات الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين (FIDC)، ترجمة داؤود خلف، عمان، ط1، 2015، ص10 وما بعدها.
 - 2- لمزيد من التفصيل انظر، عصام عبدالفتاح - عقود الفيديك لمقاولات واعمال الهندسية المدنية ووسائل فض منازعاتها، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ط1، 2016، ص12 وما بعدها، محمد تقي الدين، الفيديك الاتحاد الدولي للمهندسين والاستشاريين، بحث مقدم إلى مؤتمر التحكيم التجاري الدولي، مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي، القاهرة، 2012، ص12 وما بعدها.

شرف يشجع عمل المهندسين الاستشاريين ويجعلهم أكثر قبولاً ومصدقية كمشرفين وحكاماء في حل إشكالات العمل الهندسي الاستشاري⁽¹⁾.

كما أن نظام الفيديك يقوم بالإشراف على كافة عقود المقاولات الدولية بمجال الهندسة الإنشائية وإعداد نماذج العقود المتعلقة بصناعة البناء والتشييد سواء أعمال الهندسة الإنشائية أو أعمال الكهرباء والميكانيكا وسواء كانت عقود الدفعة الأولى أو عقود المقايضة بالوحدة أو عقود تسليم المفتاح في إطار عقود نموذجية تم إعدادها بعناية واهتمام ومشاركة كبيرة من قبل كبار المهندسين الاستشاريين الذين وضعوا من خلالها كافة خبراتهم وتجاربهم العلمية والعملية في مجال المقاولات الهندسية الإنشائية⁽²⁾.

لذا جاءت صيغة عقود الفيديك على درجة من التمييز والمرونة في تنفيذ المشاريع العملاقة ومما دعم ثقة المتعاملين بها سواء أرباب الأعمال أم المقاولين الدوليين على حد سواء لأنها تشكل في محتواها ومضمونها نظاماً موحداً وشاملاً ومتكاملاً ومتوازناً من الأحكام القانونية الرصينة والتي كانت بادئ ذي بدء إنما تخول المهندس الاستشاري دوراً فاصلاً وحاسماً في الإشراف على تنفيذ هذه العقود الدولية بل وحكماً في النزاعات المختلفة التي كانت عادة ما تثور بين أطراف عقد الفيديك وهو ما كان سائداً قديماً إلا أنه ومع صدور الصيغة الحديثة لعقد الفيديك الصادرة في العام 1999 فقد تم التوصل إلى إقامة مجلس مختص بتسوية منازعات عقود الفيديك بعيداً عن تفرّد وتسلط المهندس الاستشاري حيث يكون هذا المجلس مشكلاً من عضو واحد أو تشكيل ثلاثي وذلك حسب قيمة النزاع المطروح .

وتجدر الإشارة إلى أن الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين (FiDC) قد قام منذ نشأته بإصدار العديد من نماذج عقود الفيديك وذلك بحسب المجال الإنشائي المراد تنظيمه حيث سميت هذه النماذج بأسماء نابعة من ألوان المغلفات التي احتوتها، فمنها الكتاب الأحمر الذي صدرت النسخة الأخيرة منه عام 1999م، والكتاب البرتقالي الذي صدرت النسخة الأولى منه عام 1995م والكتاب الأخضر الذي صدرت النسخة الأولى عنه عام 1963 والكتاب الفضي والأبيض والذي صدرت النسخ الأولى منهما عام 1990م. وذلك وفقاً للتسلسل الزمني لنشأة عقود الفيديك ووفقاً لنوع عقد المقاول المزمع تنفيذه فمنها ما هو متعلق بعقد البناء والتشييد، ومنها ما هو متعلق بالأعمال الميكانيكية والكهربائية وأعمال التركيب والتجهيز في الموقع ومنها ما ينظم العلاقة التعاقدية بين المقاول ورب العمل والمهندس الاستشاري الذي يشرف على

1- انظر، عصام عبدالفتاح، المرجع السابق، ص 13 وما بعدها.

2- محمد سعد خليفة، عقد الاستشارة الهندسية في مجال التشييد والبناء، دراسة تحليلية لعقود الفيديك، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2014، ص87-88، عصام البهجي، عقود الفيديك وأثرها على التزامات المهندس والمقاول ورب العمل، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ط1، 2018، ص 23 وما بعدها.

العقد، ومنها ما هو معنيّ بعقد التصميم والتشييد وتسليم المفتاح ومنها ما هو متعلق بعقود المشروعات الصغرى سواء حسب مدة تنفيذها أم حسب قيمتها المالية، وقد آثرنا مجرد تعداد وذكر هذه الأنواع من نماذج عقود الفيديك دون تفصيل كبير وذلك استجابة لإشكالية دراستنا التي تتعلق بمجلس تسوية منازعات الفيديك وفقاً لنموذج عقد الفيديك لعام 1999م، ما يفرض علينا عدم التوسع أو الاطناب فيما سواه إلا فيما ذكر على سبيل التوطئة للإلمام القانوني بموضوع الدراسة.

وكما يجب التنويه إلى أن مجلس تسوية منازعات الفيديك إنما ترجع جذوره التاريخية في أواخر الستينات وذلك في الولايات المتحدة الأمريكية، في مرحلة إقامة البنية الأساسية لبعض الولايات ببناء محطات الكهرباء والماء وشق الأنفاق والطرق وبناء الجسور والسدود، الأمر الذي تطلب إقامة مجلس استشاري معنيّ بالنظر في المنازعات التي قد تنشأ أثناء إقامة سد واشنطن الحدودي، هذا المشروع العملاق، ثم وفي تطور لاحق تم إنشاء ما يعرف بمجلس مراجعة النزاعات أثناء بناء نفق ايزنهاور في ولاية كولورادو بسبب العديد من النزاعات القانونية والفنية التي واكبت إقامة هذا المشروع، ثم وفي فترة حديثة نسبياً تم إنشاء المنظمة الأمريكية للتحكيم في عام 1994م، التي شكلت فريقاً مكوناً من نخبة من المهندسين الاستشاريين والمحامين يبلغ عددهم (55) لغرض إقامة دراسة مستفيضة وتصوراً متكاملاً وشاملاً لأفضل الوسائل التي يمكن اللجوء إليها لفض منازعات الإنشاءات الهندسية وعقود المقاولات الدولية وقد تم إعداد هذه الدراسة وتسليمها عام 1995م، حيث أرسلت نسخة منها لقراءة (9000) من المختصين في المجال القانوني والهندسي وإلى أعضاء المنظمة الأمريكية للتحكيم وأعضاء اللجنة الوطنية لفض النزاعات الهندسية بهدف تقييم هذه الدراسة وإبداء ملاحظاتهم ومقترحاتهم في جدوى هذه الدراسة، وفي نوفمبر عام 1995م، وردت كافة الملاحظات والتعديلات اللازمة على آلية فض المنازعات في عقود المقاولات الدولية وتم اعتماد هذا التقرير من قبل المنظمة الأمريكية للتحكيم بعد استكمال التعديلات المشار إليها وقد لاقت هذه الآلية الاستحسان والقبول في مجال مقاولات التشييد والبناء قام الفيديك بتبنيها لتمثل النواة الأولى لمجلس فض المنازعات في نظام الفيديك حيث اعتمدت في حل نزاعات عقود التصميم والتشييد وعقد تسليم المفتاح ثم ساد انتشار هذه الآلية وتم اعتمادها من البنك الدولي للبناء والتعمير ضمن عقود النموذجية للعطاءات الصادرة في يناير 1995 محدداً عدد الأعضاء وفقاً لقيمة النزاع المطروح⁽¹⁾.

1- لمزيد من التفصيل انظر، ربحي عارف، مجلس فض المنازعات في عقود الفيديك، بحث منشور في مجلة المهند القانوني، ع2، 2014، ص220، مها اشقر عبدالله، مدى كفاية التنظيم القانوني لمجلس فض المنازعات في عقد الفيديك الاحمر، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، 2015، ص20 وما بعدها.

المطلب الثاني

تعريف مجلس فض المنازعات

هناك جهود بُذلت لإيجاد تعريف لمجلس تسوية المنازعات في عقود الفيدك حيث حاول جانب واسع من الفقه القانوني إيجاد تعريفاً جامعاً مانعاً لهذا النظام الفريد والمميز من انظمة فض المنازعات وخصوصاً بعد الانتشار الواسع لهذه الآلية وتبنيها من قبل كافة أطراف عقود المقاولات الدولية بل من قبل العديد من المؤسسات الدولية المعنية بعقود الإنشاءات الهندسية الدولية، هذا بالإضافة إلى اعتماد هذه الآلية من قبل العديد من دول العالم المتقدم منه والنامي على حد سواء حيث باتت هذه الآلية لا غني عنها لحل إشكاليات عقود الفيدك واسعة الانتشار، لذا فقد تم تعريف مجلس تسوية المنازعات بأنه: "أداة لفض المنازعات في الموقع يضم إما شخصاً واحداً أو ثلاثة أشخاص أو أكثر حسب تعقيد المشروع من أناس مستقلين وحيايين من ذوي الاختصاص والكفاءة الذين يتم اختيارهم من قبل طرفي العقد"⁽¹⁾.

كما تم تعريفه بأنه: "هيئة من المستشارين من ذوي الخبرة غير المتحيزين والمستقلين والمزودين بوثائق العقد والمخططات والمواصفات والمطلعين على تطور وتقدم العمل بالمشروع من خلال الزيارات الميدانية الدورية للموقع والمعنيين قبل البداية في تنفيذ العقد"⁽²⁾.

هذا وقد عرفه آخر بأنه: "مجموعة من الخبراء المستقلين المحايدين تم اختيارهم من قبل طرفي العقد ليطالعوا باستمرار على سير العمل في المنشأة وحل المنازعات لحظة نشوؤها"⁽³⁾.

كما عُرِفَ بأنه: "هيئة تتكون من شخص أو مجموعة من الأشخاص المحايدين تتوافر فيهم النزاهة والاستقلالية والموضوعية والكفاءة الفنية والقانونية في موضوع النزاع الذي ينشأ بين أطراف عقد المقولة ويتم احالة هذا النزاع للبت فيه خلال مدة معقولة بقرار ملزم مالم يعترض الطرفان أو احدهما عليه"⁽⁴⁾.

يتضح للباحث من خلال مجموعة التعريفات التي أضفيت على مجلس تسوية المنازعات في إطار نظام فيديك بأنها في مجملها إنما تنهل من معين واحد حيث إنها ركزت على كون المجلس إنما يمثل هيئة

1- محمد سعيد فتحة، مجلس فض المنازعات، عقد الفيدك النموذجي، مجلة المهندس القانوني، ع1، 2013، ص7.

2- زيد عبدالعزيز السهلي، التحكيم في المنازعات الهندسية، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الامنية، الرياض، 2015، ص75.

3- مها اشقر عبدالله، مدى كفاية التنظيم القانوني لمجلس فض المنازعات في عقد الفيدك الأحمر، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، 2012م، ص20.

4- ربحي عارف، المرجع السابق، ص221.

مختصة في الفصل في المنازعات والإشكالات التي تنشأ عند تنفيذ عقد المقاول الدولي أي أن المقصود هو إيجاد حل ناجع للخلاف الناشب بين طرفي عقد الفيديك المقاول من جهة ورب العمل من جهة أخرى بشأن أيا من تفاصيل عقد البناء والتشييد وفي أية مرحلة من مراحل ذلك لرأب الصدع بين الأطراف المتخاصمة حيث يتكون هذا المجلس من شخص واحد أو ثلاثة اشخاص ممن تتوافر فيهم الكفاءة والخبرة والمصادقية والموضوعية والفهم العميق لجوهر الإشكال القائم، بعد قيامهم بالحوارات الميدانية داخل المشروع للوقوف على أصل النزاع ويتم اختيارهم من قبل الأطراف المتخاصمة ابتداءً، وهو ما يفهم صراحة من جملة التعريفات التي أوردها الفقه والتي وإن كان الباحث يؤيدها إجمالاً إلا أن هذه التعريفات الفقهية قد جاءت قاصرة عن إجمال العديد من المسائل الجوهرية التي يتسم بها مجلس تسوية المنازعات حيث أن الهيئة المختصة في نظر النزاع -من وجهة نظر الباحث- يجب أن تضم خبراء مختصين في المجال المحاسبي والهندسي بالإضافة إلى المجال القانوني، كما أن عدد أعضاء المجلس يجب أن يتحدد في ضوء قيمة النزاع المطروح، كما يشترط أن يكون عدد أعضاء المجلس واحداً أو ثلاثة أي أن يكون العدد فردياً؛ لأن من التعريفات السابقة من ذهب إلى القول ثلاثة اشخاص أو أكثر، والواقع الجاري به عملاً هو بثلاث أشخاص فقط منعاً لتساوي الأصوات الجزئية مما يُعرقل إصدار القرار، كما أن إحالة النزاع إلى مجلس فض المنازعات يجب أن يكون خطياً مما يستوجب الإشارة إلى ذلك في صلب التعريفات المشار إليها آنفاً.

لذا فإن الباحث يُعرف مجلس تسوية المنازعات بأنه: "هيئة مختصة بموجب احكام نموذج عقد الفيديك المعمول به فترة نشؤ النزاع بنظر كافة المنازعات المتعلقة بتنفيذ عقد الفيديك والناشئة بين المقاول ورب العمل وتكون من متخصص في المجال القانوني والفني والمحاسبي والهندسي من شخص واحد أو ثلاثة اشخاص بحسب قيمة النزاع المطروح يتميزون بالحيادية والاستقلالية والنزاهة في نظرهم للنزاع ويتم اختيارهم من قبل اطراف النزاع بموافقة خطية قبل البدء في تنفيذ عقد الفيديك"، وبذلك نكون قد اجتهدنا في إجمال كافة السمات التي يتميز بها مجلس فض المنازعات في محاولة منا لإيجاد تفصيلاً جامعاً مانعاً لهذا النظام الفريد والمتميز من أنظمة فض المنازعات.

المطلب الثالث

آلية فض منازعات الفيديك فيما قبل عام 1999

إن الإلمام الشامل والواقي بإشكالية هذه الدراسة يتطلب منا وقبل الحديث عن آلية فض المنازعات -المعمول بها حالياً- أن نتناول بالدراسة والتحليل القانوني المتوازن للآلية القديمة السائدة قبل عام 1999 والتي وإن كان لم يعد معمول بها إلا أننا ارتأينا تناولها بشيء من الإيجاز غير المخل للوقوف على المساوئ القانونية التي دعت الاتحاد العام للمهندسين الاستشاريين الدوليين إلى العدول عنها والتي ولاشك عند

دراستها يتبين لنا مدى أهمية وفاعلية الآلية القانونية الجديدة المتمثلة في مجلس فض المنازعات في عقود الفيديك والمعمول بها لأول مرة عام 1999م، وهذا يؤدي ولاشك إلى عموم الفائدة القانونية ويوضح لكل مضطلع بالمجال القانوني منهجية الدراسة الموازنة ومدى أهميتها القانونية ودورها في إثراء الفكر القانوني وإثراء المكتبة القانونية التي تفتقر ولاشك لمثل هذه الدراسات المهمة -من وجهة نظر الباحث- كما إننا لا نستطيع بأي حال من الأحوال أن نقف على مدى فاعلية وأهمية الآلية الحديثة لفض المنازعات ما لم ندرس الآلية القديمة للتعرف على سلباتها وعيوبها التي جعلت منها غير مواكبة للتطورات الجارية على ساحة الصناعة والانشاءات الهندسية الدولية والتي كانت سبباً في عزوف الأطراف المتنازعة عنها.

لذا فإن الآلية القديمة التي كانت سائدة عام 1987م إنما تقوم على فكرة مؤداها إعطاء المهندس والاستشاري سلطة الفصل في كافة النزاعات التي تنشأ بين رب العمل والمقاول أثناء تنفيذ عقد الفيديك، وهو ما نصت عليه المادة (76) من الشروط العامة والتي جاء فيها "إذا نشأ نزاع أياً كان نوعه بين رب العمل والمقاول مرتبط بالعقد أو ناشئ عنه أو مرتبط أو ناشئ عن تنفيذ الأعمال أو بعد تمامها، سواء قبل أو بعد أي إنكار أو أي صورة أخرى لإخفاء العقد، بما في ذلك أي نزاع متعلق برأي أو أمر أو قرار أو شهادة أو تقييم من قبل المهندس فيجب إحالة موضوع النزاع إلى المهندس كتابة مع إرسال نسخة إلى الطرف الآخر ويتعين أن يشار في كتاب الإحالة إلى أن تلك الإحالة تمت إعمالاً لهذه المادة على أن يحظر المهندس رب العمل والمقاول بقراره في مدة لا تتجاوز (84) يوماً تالية لتسلمه الإحالة، ويتعين عليه أن يشير في هذا القرار إلى أنه اتخذ إعمالاً لهذه المادة (.....)".

من خلال هذه المادة يتضح لنا أن آلية فض منازعات عقود الفيديك التي كانت سائدة قبل عام 1999 كانت تقوم أساساً على إعطاء المهندس الاستشاري دور الحكم الذي يفصل في النزاع في كافة المسائل محل الخلاف بين طرفي عقد الفيديك، حيث يتم إحالة هذا الخلاف الناشب إلى المهندس الاستشاري بشكل مكتوب وترسل نسخة من الإحالة إلى الطرف الثاني المعني بالخلاف ويشترط في هذه الإحالة كذلك أن يشار فيها إلى أنها تطبيقاً لنص المادة (76) بل أن القرار الذي يصدره المهندس الاستشاري يجب أن يكون مستنداً لأحكام هذه المادة.

كما يلزم المهندس الاستشاري وفقاً لنص المادة (76) من قائمة الشروط العامة فيدك المشار إليها أنفاً أن يصدر قراره النهائي في موضوع النزاع خلال مدة (84) يوماً تحتسب ابتداءً من تاريخ استلامه الإحالة وبذلك لا يحق لطرفي النزاع سواء أكان المقاول أو رب العمل أن يلجأ أياً منها إلى قضاء التحكيم التجاري أو القضاء العادي إلا في حالة رفض أحد الطرفين أو كلاهما لقرار المهندس الاستشاري أو عدم

صدور هذا القرار خلال المدة القانونية المحددة فهنا يحق لأي طرف في الخصومة أن يلجأ إلى التحكيم أو القضاء العادي⁽¹⁾.

هذا وقد ثار جدل فقهي واسع حول تحديد الطبيعة القانونية لاختصاص المهندس الاستشاري بفض منازعات عقود الفيديك وإن كان السائد بأن المهندس الاستشاري بمثابة محكماً أو شبه محكم باعتباره يقوم أثناء نظره لموضوع النزاع بالاستماع للدفاع طرفي الخلاف بناء على طلب أحدهم كما أنه يقوم بالتحقيق في الوقائع المعروضة ويضفي عليها التكييف والوصف القانوني المناسب، بل إنه يذهب حتى إلى تفسير بعض بنود العقد كما أنه يملك سلطة إصدار قرار نهائي في موضوع النزاع المطروح.

إلا أن هذا المسلك في تحديد الطبيعة القانونية لاختصاص المهندس الاستشاري لم يلقى التأييد الكافي في الفقه القانوني الذي انبرى لتوجيه سهام النقد إلى هذا المسلك ولم يعترف للمهندس الاستشاري بكونه محكم استناداً إلى أن المهندس الاستشاري وأثناء نظره للنزاع لا يقوم باتباع الإجراءات القانونية المعروفة في الخصومة التحكيمية، حيث لا يوجد تبادل لمذكرات الدفاع ولا للطلبات العارضة، كما أنه لا يوجد إلزاماً قانونياً على المهندس الاستشاري بإصدار قراره في الموضوع، هذا بالإضافة إلى عدم إلزامية هذا القرار بالنسبة لطرفي الخلاف اللذين بإمكانهم رفضه وعدم الاعتداد به، بينما الحكم التحكيمي يكون واجب النفاذ كالحكم القضائي تماماً، كما أن المهندس الاستشاري ومن ضمن سلطاته أن يبت في أي من القرارات التي كان قد أصدرها سابقاً أثناء نظر النزاع وأن يفصل فيها وهو ما يتنافى مع حيادية المحكم لأنه وبهذه الصفة إنما يكون حكماً وخصماً في نفس الوقت ذاته هو أمرٌ مرفوض قانوناً⁽²⁾.

كما أنه ومن مكامن الضعف في آلية فض المنازعات عام 1987 هو وجود عدم الرضى عن دور المهندس الاستشاري والتشكيك الدائم في مدى حياديته ومصادقته وموضوعيته في نظر النزاع، لأنه وبكل بساطة إنما هو تابع لرب العمل ومرتبطة به بعلاقة تبعية حيث يتقاضى أجره من رب العمل الأمر الذي

1- لمزيد من التفصيل حول هذا الموضوع انظر، محمد السادات، اليات تسوية المنازعات في عقود الفيديك، دراسة في ضوء قواعد الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين، بحث مقدم الى المؤتمر الثامن عشر لعقود التشييد والبناء بين القواعد القانونية التقليدية والنظم القانونية المستحدثة، 2018م، ص 623 وما بعدها، مشاعل عبدالعزيز الهاجري، اثر ظهور مجلس فض المنازعات على اضمحلال الدور شبه التحكيمي للمهندس الاستشاري في عقود الفيديك، بحث مقدم في مؤتمر دور القطاع الخاص في التنمية والابعاد القانونية، المنعقدة في جامعة الكويت، في الفترة من 9/8/2015، ص12 وما بعدها.

2- لمزيد من التفصيل حول هذه الآراء انظر، محمد السادات، المرجع السابق، ص626 وما بعدها، عصام عبدالفتاح، المرجع السابق، ص386 وما بعدها، محمد عبدالمجيد اسماعيل، عقود الاشغال الدولية، دار النهضة العربية، ط1، 2013، ص 58 وما بعدها.

يتناقى نزاهة وحياد المهندس الاستشاري المخول بفض منازعات عقود الفيديك، ومن ثم فإن المهندس الاستشاري في حقيقة الأمر لا يعد كونه مجرد شخصا يحاول فض الخلاف بشكل ودي لا يرقى إلى كونه محكما ولا حتي أشبه بالمحكم لأن فكرة اللجوء إليه ابتداء إنما نجد أساسها في بنود عقد الفيديك التي تنص على ضرورة اللجوء إلى المهندس الاستشاري قبل إمكانية اللجوء إلى قضاء التحكيم وإلا فقد التحكيم أحد شروطه الشكلية⁽¹⁾.

وهو ما أكد عليه حكم المحكمة العليا الإنجليزية⁽²⁾ في عام 1974 والتي رفضت إضفاء صفة المحكم أو شبه المحكم على دور المهندس الاستشاري وأعطت الحق للعميل بطلب التعويض عن أخطاء المهندس الاستشاري المهنية حيث قررت بأنه: "إذا كان المهندس له بمقتضى العقد سلطة إصدار قرارات بناء على رأيه الشخصي، وفي هذه الحالة فإنه يتعين عليه أن يعمل وفقا لمقتضيات العدالة تجاه الآخرين بصفة خاصة المكاوول وذلك لا يجعله محكما ولا شبه محكم".

هذا وتجدر الإشارة إلى أن هناك مواقفاً متباينة للغاية حيال تقييم دور المهندس الاستشاري في فض منازعات الفيديك وذلك أن التشريعات ذات المصدر الانجلوأمريكي تضيفي على المهندس الاستشاري صفة شبه المحكم في موضوع النزاع باعتباره شخص يتمتع بخبرة واسعة وتخصص دقيق في مجال الإنشاءات الهندسية تحوله القيام بهذا الدور وتجعله محايداً ومستقلاً ويضيفي على قراره الصفة القانونية، بينما نجد أن التشريعات ذات المصدر اللاتيني لا تعترف للمهندس الاستشاري بدور المحكم ولا شبه المحكم لأنه دائماً يستمد صفته في الفصل من النزاع بموجب احكام عقد الفيديك نص المادة (67) وهو مجرد متطلب شكلي لازم لامكانية اللجوء إلى قضاء التحكيم، ومن ثم لا تعدو جهوده إلا محاولة ودية لحل النزاع يتم بناء على طلب أحد أطراف النزاع⁽³⁾.

أما بخصوص رأي الباحث حيال آلية فض المنازعات لعام 1987 والقائمة على نص المادة (76) من الشروط العامة للفيديك فإننا نرى بأن إعطاء المهندس الاستشاري سلطة إصدار القرار الفاصل في النزاع بين المكاوول ورب العمل يعد مسلكاً غير موفق من الناحية القانونية، وذلك لأن المهندس الاستشاري إنما يفتقد إلى أهم صفة تخول له الفصل في النزاع ألا وهي الاستقلالية والحيادية لأنه مرتبط بعلاقة تبعية برب العمل بل أنه يتقاضى أجره منه فكيف نضمن يا ترى نزاهة ومصادقية هذا المحكم، لأنه

1- انظر، مشاعل عبدالعزيز الهاجري، المرجع السابق، ص12 وما بعدها، محمد السادات، المرجع السابق، ص627 المرجع السابق.

2- مشار إليه لدي، عصام عبدالفتاح، المرجع السابق، ص390-391.

3- عصام عبدالفتاح، المرجع السابق، ص392، محمد عبدالمجيد اسماعيل، المرجع السابق، ص414.

ومن الطبيعي أن يمنح بقراره لصالح رب العمل ولا شك، ولعل ذلك كان أهم أسباب هجر هذه الآلية العقيمة لفض منازعات عقود الفيديك، ومما أدى إلى عزوف أطراف عقد الفيديك عن هذه الآلية وتعالى الدعوات الملحة بضرورة إيجاد وسيلة تكون أكثر نجاحاً وفاعلية من آلية الفيديك التي كانت سائدة أبان العام 1987م، كما أن إضفاء صفة شبه المحكم على المهندس الاستشاري لا يستقيم البتة، لأن هذا المهندس الاستشاري وأثناء نظره للخصومة لا يتبع الإجراءات القانونية والمعروفة في الخصومة التحكيمية، كما أنه غير ملزم قانوناً بإصدار قرار نهائي في موضوع النزاع فقد تمر مدة (84) يوماً ولا يتمكن من إصدار قراره، فتكون النتيجة حق طرقي النزاع في اللجوء إلى التحكيم ويجعل من عمل المهندس المعماري خلال المدة المنقضية مجرد حبر على ورق ولا قيمة له، وذلك بعد أن أهدر الكثير من الوقت والجهد والمال من قبل أطراف الخصومة ليتم اللجوء أخيراً إلى التحكيم.

كما أن صلاحية المهندس الاستشاري في إعادة النظر فيما كان قد أصدره من قرارات أثناء نظر النزاع أمر مستغرب للغاية فكيف نخوله بذلك فيكون حكماً وخصماً في الوقت ذاته وكأن مصالح أطراف الخصومة لا تعني له شيئاً بل كأن نظر النزاع برمته لا طائل من ورائه حيث يفقد المهندس الاستشاري بذلك حياديته وهو أمر مرفوض قانوناً **من وجهه نظر الباحث-**، كما أن تحويل شخص واحد بفض النزاع دون النظر إلى نوع النزاع أو قيمته المالية، يجعل المهندس الاستشاري في بعض الأحيان غير قادر على الفصل في الإشكال القائم وخصوصاً في المنازعات الكبيرة وذات التعقيد الكبير حيث لا يستطيع شخص واحد البت في كافة أوجه الخلاف أو الإلمام بتفاصيله الكثيرة والمعقدة للغاية مما قد يضطره إلى إصدار قرار لا يراعي جوهر النزاع ولا يُنصف الأطراف، أو يهمل جوانب أساسية كثيرة في النزاع بسبب حجم المشكلات المطروحة عليه وتنوعها وتفاقمها أو تمر الفترة المحددة لإصدار القرار دون تمكن المهندس من فهم وتقييم بعض الخلاف أثناء نظر النزاع مما يتطلب وجود أكثر من شخص يحول نظر النزاع لإمكانية إصدار قرار سليم يعكس الحقيقة والعدالة ويكون مُنصفاً لأطراف النزاع ومدعاة لقبوله من قبلهم، لذا كان لازماً أن توجد آلية جديدة قادرة على فض منازعات عقود الفيديك المتنوعة والمعقدة والكبيرة في قيمتها المالية.

هذا ويريد الباحث هنا أن يُلفت الانتباه إلى مسألة غاية في الأهمية ألا وهي اختصاص

المهندس الاستشاري باعتباره في الأصل مهندساً مدنياً، ولا شك بأنه ملم بكافة المسائل الفنية في مجال الهندسة المدنية ولكنه حقيقة لا يمكنه الإلمام بأي حال من الأحوال بالجوانب القانونية للنزاع والتي ولاشك تحتاج إلى متخصص في علم القانون، وهنا نود طرح التساؤل عن كيفية قيام المهندس بإضفاء الوصف القانوني على الوقائع المعروضة عليه بل وتكييفها ابتداءً، بل الادهي من ذلك كيف يستطيع الإلمام بالإجراءات القانونية المتبعة من لحظة نظره للموضوع حتى إصدار قرار نهائي يحسم النزاع، حيث إن كل هذه التساؤلات المهمة لن نجد الإجابة عليها باعتبار المهندس الاستشاري ليس مختصاً في مجال القانون

ومن ثم فإننا نرى بأن آلية فض المنازعات وفقاً لنظام الفيديك 1987 قد ولدت عقيمة منذ البداية وترتب تعقيداً كبيراً في نهايتها مما كان له بالغ الأثر في قيام آلية جديدة لفض منازعات الفيديك تتمثل في ولادة مجلس فض منازعات عقود الفيديك لعام 1996 والتي تم تعديلها في صيغتها النهائية عام 1999 المعمول بها حالياً والتي وعلى رغم من المثالب التي تعترضها كما سيجري بحثه إلا أنها تجد قبولاً واسع النطاق محلياً ودولياً والذي خصص لها مبحثاً مستقلاً باعتبارها تمثل إشكالية هذه الدراسة.

المبحث الثاني

آلية فض المنازعات في عقد الفيديك (عام 1999)

نظراً لكثرة المساوئ والمثالب التي كانت قد عرقلت الآلية المتبعة لفض منازعات عقود -الفيديك والواردة في المادة (76) من الشروط العامة لعام 1987- حدث تطور متسارع كمحاولة لإيجاد آلية تكون أكثر توفيقاً من سابقتها، نتيجة لذلك تم تعديل نص المادة (76) المشار إليها آنفاً في عام 1996 حيث تم استبدال دور المهندس الاستشاري لأول مرة بمجلس مختص بتسوية المنازعات المتعلقة بعقد الفيديك، بأن ألزم هذا التعديل طرفي العقد بضرورة إحالة أية نزاعات بينهما أو بأي قرار أو رأي أو شهادة أو تقدير صادر عن المهندس الاستشاري إلى مجلس تسوية المنازعات بشكل مكتوب للبت فيه بقرار نهائي، وقد تم اعتماد هذه الآلية في الفترة من عام 1996 حتى صدر التعديل الأخير في عام 1999، وقام الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين بإصدار هذا التعديل لآلية فض منازعات عقود الفيديك وهو المعمول بها حالياً في صناعة التشييد والبناء والمقاولات الدولية عموماً، وجاء هذا التعديل بتنظيم متكامل وشامل لآلية فض النزاعات وبشكل أكثر دقة وتطوراً من سابقه (تعديل عام 1996)، متلافياً لأية مثالب كانت تعترض تطبيق الآلية السابقة، حيث تم اعتماد المادة (2/20) من الشروط العامة للفيديك 1999 والتي نصت على أنه: "يتم فض الخلافات من قبل مجلس تسوية المنازعات عملاً بالمادة (4/20) ويتعين على الطرفين أن يقوموا بتسمية أعضاء المجلس بصورة مشتركة ضمن التاريخ المحدد في ملحق عرض المناقصة".

هذا وسنقوم بتحليل نص المادة (2/20) وغيرها من مواد الشروط العامة من خلال تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، سنتناول في الأول منها تشكيل مجلس فض المنازعات والشروط الواجبة في أعضائه وفي المطلب الثاني نحدد آلية إحالة النزاعات للمجلس وإصدار القرار.

المطلب الأول

تشكيل مجلس تسوية المنازعات

يتضح لنا من خلال نص المادة (2/20) من دفتر المقابلة الموحد للمشاريع الإنشائية المشار إليها آنفاً الكيفية القانونية لتشكيل مجلس فض المنازعات حيث يتولى كلا طرفي الخصومة بتسمية أعضاء مجلس فض المنازعات، وذلك بالاتفاق بينهما، حيث أنه قد يتم تشكيل المجلس من حكم فرد أو من ثلاثة أشخاص يحدد كل طرف من أطراف المنازعة عضوه المسمى ثم يُختار الحكم الثالث وهو رئيس مجلس تسوية المنازعات بالاتفاق والمناقشة بين طرفي النزاع والعضوين المختارين ويشترط أن يكون عدد أعضاء المجلس وتراً، أي واحد أو ثلاثة لإمكانية التوصل إلى الأغلبية المرجوة لإصدار قرار المجلس، كما أن حرية طرفي النزاع سواء المفاوض أو رب العمل في اختيار العضو المسمى من طرفه لا يكون نهائياً إلا بعد موافقة الطرف الثاني على الشخص المسمى، هذا وقد نصت المادة (3/20) على أنه: "إذا انطبقت أي من الحالات الآتية تحديداً:

أ. لم يتفق الطرفان على تعيين عضو المجلس المنفرد في الموعد المحدد ضمن الفقرة الأولى من المادة (2/20) .

ب. أخفق أي فريق في تسمية عضو ما للموافقة عليه من قبل الطرف الآخر إذا كان المجلس من ثلاثة أعضاء في الموعد المذكور أعلاه.

ج. لم يتفق الطرفان على تعيين أي عضو بديل خلال (42) يوماً من انتهاء مهمة العضو المنفرد أو واحد الأعضاء الثلاثة للمجلس بسبب استنكافه أو بسبب الوفاة أو العجز عن أداء المهام أو بسبب الاستقالة أو إنهاء التعيين، فعندها تقوم جهة التعيين أو الشخص المسمى في الشروط العامة -بناءً على طلب أي من الطرفين أو كليهما وبعد إجراء التشاور اللازم مع كلا الطرفين- بتعيين عضو المجلس هذا، يكون هذا التعيين نهائياً وباتاً، كما يتعين على الطرفين أن يدفعاً مكافأة اللجنة أو الشخص الذي قام بالتعيين مناصفة (...).

وتجدر الإشارة إلى أنه من الجائز قانوناً وبعد الانتهاء من مهمة التشكيل القانوني لأعضاء مجلس تسوية المنازعات فإن بإمكان طرفي الخصومة الاتفاق على تعيين بدلاء لأعضاء مجلس التسوية وذلك لإحلالهم مكان العضو أو الأعضاء الشاغرة أماكنهم بسبب من الأسباب الطارئة كالوفاة أو العجز أو الاستقالة أو غيرها من الأسباب وذلك يتم بذات الإجراءات والوسائل التي يتم بها تعيين أعضاء المجلس

ابتداء⁽¹⁾، وبالمقابل لا يجوز إقصاء أيًا من أعضاء مجلس تسوية المنازعات وإنهاء تعيينه بإرادة أحد الأطراف منفردا وإنما يجب لإنهاء عمل أي عضو بمجلس التسوية من اتفاق أطراف الخصومة، المفاوض من جهة ورب العمل من جهة أخرى، كما أنه وفي الحالات التي يكون عقد المفاوضة قد نص على قائمة مرشحين لعضوية المجلس فلا يجوز لطرفي الخلاف تسمية أعضاء جدد من خارج قائمة الترشح للعضوية ما لم يكن أحد أعضاء القائمة غير قادر أو غير راغب في العمل ونوه هنا إلى أن مسألة التشكيل القانوني لمجلس تسوية المنازعات واختيار أعضائه وممارستهم لمهامهم يجب أن يكون تحت مظلة الشروط العامة للفيديك المتعلقة بفض المنازعات لعام 1999 المرفقة كملحق بهذه الشروط، أي يجب أن يشار دائما إلى أن عملية تعيين أعضاء المجلس وممارستهم للمهام قد تم وفقا لنص المادة (1/20) و(4/30) من نموذج الفيديك 1999⁽²⁾ يتضح لنا جليا ومن خلال نص المادة (3/20) من دفتر المفاوضة الموحد للمشاريع الانشائية بأنه في حالة عدم الاتفاق بين المفاوض ورب العمل على تسمية أحد أعضاء المجلس الثلاثي التشكيل أو العضو المنفرد في المجلس أحادي التشكيل أو اختلافهما على تسمية أحد الأعضاء البدلاء خلال فترة (42) يوم من انتهاء مهمة العضو بسبب الوفاة أو العجز أو لسبب طارئ، فإن الجهة المسؤولة عن تشكيل المجلس إبتداء المتمثلة في الاتحاد الدولي للمهندسين الدوليين أو من يقوم مقامه يقع عليهم واجب تعيين العضو المنفرد أو العضو في التشكيل الثلاثي أو العضو البديل حسب مقتضى الحال وذلك بعد الجلوس إلى طرفي النزاع والتشاور معهم ملياً يتم تسمية العضو ويكون تعيينه نهائياً وباتاً لا رجعة فيه مع تحمل أطراف الخصومة التكاليف المالية للشخص الذي قام بالاختيار والتعيين لهذا العضو ويكون تحمّل العبء المالي مناصفة بين المفاوض ورب العمل.

هذا ويجب أن نوه إلى أن تعيين أعضاء أو عضو مجلس تسوية المنازعات إنما يقوم أساسا بالنظر إلى القيمة المادية لموضوع النزاع فمتى كانت قيمة النزاع عالية كان التشكيل ثلاثيا للمجلس أما في المنازعات الأقل قيمة فيكون التشكيل أحادي وهو ما أكدته المادة (20-2) من دفتر المفاوضة الموحد للمشاريع الانشائية في جزئه الثاني، أما بخصوص تحديد المكافآت المالية والأتعاب بالنسبة لأعضاء مجلس التسوية أو كل خبير يتم اللجوء إليه في المسائل الفنية في النزاع يتم اقتسام هذه الالتزامات المالية مناصفة

1- لمزيد من التفصيل حول نص المادة (2/20)، انظر، عصام عبدالفتاح، المرجع السابق، ص 400 وما بعدها، محمد السادات، المرجع السابق، ص 629 وما بعدها، ريجي عارف المرجع السابق، ص 224 وما بعدها، خليل احمد السيد، بدائل التقاضي عن تسوية المنازعات الناشئة عن عقد مقاولات اعمال الهندسية المدنية، بحث مقدم إلى مؤتمر الثامن عشر لعقود البناء والتشييد، المنعقد في دولة الامارات العربية المتحدة، العام 2016، ص 576.

2- لمزيد من التفاصيل انظر، محمد السادات، المرجع السابق، ص 630، عصام عبدالفتاح، المرجع السابق، ص 401.

بين كل من المقاول ورب العمل، إلا أنه لا يمنع أن يتم الاتفاق علي أن يتحمل رب العمل بهذه الأتعاب كاملة دون مناصفة مع المقاول في حالة تشكيل المجلس وعدم نظره لأي نزاع أما بعد نشوء النزاع فيتحمل الطرفان المقاول ورب العمل هذه الأتعاب والمصروفات مناصفة، فيجب القيام بدفع كافة المصاريف والمكافآت والأتعاب خلال مدة (28) يوماً من تاريخ تسلم المطالبة بهذه المصاريف وهو ما نظمته المادة (17) من نموذج عقد الفيديك الشروط الإضافية الخاصة⁽¹⁾، ويبدأ مجلس فض المنازعات بمهام عمله خلال (60) يوماً من تاريخ توقيع اتفاقية فض المنازعات وفقاً لنص المادة (20) من دفتر المقاول الموحد الشروط العامة الإضافية وشروط فض المنازعات وفقاً لأحكام نموذج عقد الفيديك للعام 1999، إلا أنه لا يباشر أية اختصاصات إلا بعد نشوء النزاع بين رب العمل والمقاول، وفي هذه الحالة يجب علي المجلس أن يأخذ الوقت الكافي لدراسة النزاع وجلب الوثائق والقيام بالزيارات الميدانية الكافية لفهم جوهر الخلاف ومن ثم يبدأ في عقد جلسات الاستماع للأطراف المتنازعة، هذا وتنتهي مدة تعيين مجلس فض المنازعات عندما يكون قرر المخالصة نافذاً وهو ما نصت عليه المادة (14-2) من الشروط العامة، ويشترط في أعضاء مجلس تسوية المنازعات أن تتوفر فيهم الخبرة والكفاءة المهنية والفنية العالية والتي تمكنهم من فهم جوهر النزاع والإلمام بتفاصيله القانونية والفنية وان يكونوا علي درجة عالية من الحيادية والاستقلالية والموضوعية أثناء نظرهم للنزاع القائم بين المقاول ورب العمل لأن قيام مجلس فض المنازعات علي فكرة قيام الأطراف المتنازعة باختيار أعضائه هذا لا يعني بأي حال من الأحوال تبعية هؤلاء الأعضاء لأي من أطراف الخصومة بعيداً عن العلاقات المصلحية أو الشخصية مع المقاول أو رب العمل علي حد سواء، كما يجب علي أعضاء مجلس التسوية ألا تكون لهم أي علاقة مباشرة أو غير مباشرة بأية مؤسسة أو شركة أو جهة تتبع أطراف النزاع وان كانت هذه الجهة أو الشركة أو المؤسسة لا علاقة لها بالنزاع الناشب والمنظورة أمام المجلس⁽²⁾، وقد ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن مجلس فض المنازعات في عقود الفيديك إنما حقق نجاحاً بفضل توافر الخبرة المهنية والإلمام في أعضائه وخصوصاً متى كان هؤلاء الأعضاء مهندسون استشاريون سبق لهم العمل كمحكمين في نزاعات إنشائية سابقة لأنهم أفضل من يستطيع أن يؤدي مهمة

1- انظر حول هذا الموضوع، محمود فياض، عقود البناء والمقاولات بين قصور النظرية واشكاليات التطبيق، منشورات معهد

البحاث التنمية الاقتصادية (ماس)، 2015، ص 106.

2- لمزيد من التفصيل حول هذا الموضوع انظر، في لافي درادكه، آلية تسوية منازعات عقود البناء والتشييد، الحل بالتفاوض والحسم بالتحكيم؛ دراسة مقارنة بين عقود الفيديك القديمة لعام 1987 وقواعد الفيديك الحديثة لعام 1999، بحث مقدم الي المؤتمر الثامن عشر للبناء والتشييد المنعقد في دولة الامارات العربية المتحدة، 2013، ص 659 وما بعدها، رجي عارف، المرجع السابق، ص 228 وما بعدها، عصام عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 404، محمد عبدالله، المرجع السابق، ص 103.

فض المنازعات في عقود الفيدك هو ما يلاحظ في الواقع العملي باعتبارهم من ذوي الخبرة والمهارة والكفاءة بكافة أشكال العمل الهندسي الإنشائي، كما أن هناك من اشترط أن يتمتع أعضاء مجلس تسوية المنازعات بالإلمام الكافي بلغة العقد محل النزاع ألا وهي اللغة الإنجليزية حيث أن عقود الفيدك كما هو معلوم إنما تم صياغتها باللغة الإنجليزية ومن ثم فإن الإلمام بهذه اللغة يعد مطلباً أساسياً لفهم كافة إشكالات وتعقيدات مشهد النزاع، كما أنه أدعى وأصوب للتفاهم والتقارب والانسجام بين أعضاء الفريق الواحد أي فريق مجلس فض المنازعات لأنه في بعض الأحيان يلاحظ انتماء أعضاء المجلس إلى عدة دول مختلفة تلهج بلغات مختلفة الأمر الذي يتطلب أن تكون هناك لغة موحدة تجمع شتات هؤلاء الأعضاء علي كلمة سواء⁽¹⁾، كما يشترط في أعضاء مجلس التسوية لإمكانية الفهم العميق لجوهر الخلاف الناشب أن يكون على الأقل أحد أعضاء المجلس وحيداً لو كان رئيسه ذا تخصص في مجال القانون، وذلك لوضع الحلول القانونية في النزاع المطروح ومراعاة الإجراءات القانونية المسبقة أمام المجلس أثناء نظره للنزاع، كما يستحسن ألا يكون أحد أعضاء المجلس ممن يحملون ذات جنسية أحد أطراف النزاع وذلك تحقيقاً للحيادية والموضوعية في نظر النزاع الناشئ ما لم يكن أطراف النزاع -المقاول ورب العمل- يحملون جنسية واحدة فهنا لا يُغير من الأمر شيئاً كون أحد أعضاء المجلس أو جميعهم يحملون ذات الجنسية لانتهاء مغبة الميل أو المحاباة غير المرغوب بها، كما يشترط في أعضاء مجلس التسوية الالتزام بالسرية وعدم إفشاء أسرار الخصومة أو الخصوم وذلك في كافة جلسات الاستماع وحتى في حالات طلب الخبرة يجب أن يكون اختيار هذا الخبير بعد المشاورة مع أطراف النزاع وموافقتهم ذلك كله نظراً لحساسية عقود المقاولات الدولية حفاظاً علي السمعة التجارية وعلي الأسرار التجارية⁽²⁾.

1- انظر حسن بن فضل، آثار اعتماد عقد المقاولات أعمال التشييد فيديك 1999 كمصدر للتنظيم القانوني لعلاقة الأطراف في فلسطين، رسالة ماجستير، جامعة النجاح، نابلس؛ 2016، ص 310 وما بعدها، اسامة مجدوب، أهمية أن يكون المحكم مهندساً، بحث مقدم في المؤتمر الثاني للتحكيم الهندسي، المنعقد في السعودية، الرياض، في الفترة من 5-7 مايو 2013 ص 2 وما بعدها.

2- انظر، عصام عبدالفتاح، المرجع السابق، ص 403، ربحي عارف، المرجع السابق، ص 228، محمد عبدالله سراج الدين، معالجة منازعات مشاريع التشييد في المملكة العربية السعودية بإستخدام مجلس مرجعة النزاع، بحث منشور بمجلة جامعة الملك عبدالعزيز للعلوم الهندسية، ع 2، 2017، ص 103 وما بعدها.

المطلب الثاني

آلية إحالة النزاع إلى مجلس تسوية النزاع وإصدار القرار

إن طبيعة عقود المقاولات الدولية وما تتطلبه من وقت طويل لإنجازها وما تكلفه من مبالغ مالية هائلة يعد في حد ذاته مثار لنشوب العديد من المنازعات بين المقاول ورب العمل أثناء تنفيذ عقود الإنشاءات الهندسية التي تتميز وبكثرة تفاصيلها الفنية والقانونية بالمقاول مثلاً قد يطالب رب العمل بأحقته في الحصول على دفعات مالية متى ما وصل لإنجاز المشروع إلى نسبة معينة أو طلب تمديد العقد في حالات الظروف الاستثنائية أو بسبب النقص في توفير العمالة المدربة للعمل في المشروع أو بسبب ارتفاع أسعار المواد الأولية للبناء بسبب ظرف طارئ أو بسبب إجراءات حكومية تنفيذية، كما أن المطالبات والمنازعات قد تأتي من جانب رب العمل كالمطالبة بإجراء عمليات الإصلاح والصيانة للعيوب التي عرقلت بعض الإجراءات المنفذة من المشروع وغيرها من إشكالات العمل الهندسي الانشائي وهو ما يتطلب وبشكل ملح وجود آلية فض المنازعات بصيغتها الجديدة المتمثلة في مجلس فض منازعات عقود الفيدك النسخة الأخيرة عام 1999، فكل هذه النزاعات التي أشرنا إليها علي سبيل المثال لا الحصر لن تجد طريقها للتسوية إلا بإحالتها إلى مجلس فض المنازعات وهو ما نظمته المادة (20-4) من عقود الفيدك النموذجي عام 1999 التي نظمت مجموعة من الإجراءات القانونية والقواعد الإجرائية لنظر النزاع أمام المجلس منذ بدء النزاع وإحالاته للمجلس وحتى إصدار قرار نهائي فيه، حيث نصت المادة (20-4) على أنه: "إذا نشأ خلاف من أي نوع كان بين الطرفين فيما يتصل أو ينشأ عن العقد أو تنفيذ الأعمال، بما في ذلك أي خلاف حول أي شهادة أو تقديرات أو تعليمات أو رأي أو تحديد قيمة من قبل المهندس، فإنه يمكن لأي طرف إحالة الخلاف خطياً إلى المجلس لدراسته واتخاذ قرار بشأنه مع إرسال نسختين من ذلك الإشعار إلى الطرف الآخر والمهندس علي أن تتم التنويه بأن إحالة الخلاف قد تم وفقاً لأحكام هذه المادة..." ومن خلال هذه المادة تبين لنا بأنه عند نشوب أي نزاع بين الطرفين المقاول ورب العمل أياً كان نوعه أو موضوعه فبإمكان أي من الطرفين أن يحيل هذا الخلاف القائم إلى مجلس تسوية المنازعات بشكل رسمي مكتوب ودون رضي من الطرف الآخر وهي تسمى بالإحالة الرسمية والتي تكون في الخلافات ذات التعقيد الكبير والجدية والمهمة للغاية وليس مجرد نزاع بسيط سرعان ما يتلاشى بين الطرفين كما أن إحالة النزاع إلى المجلس قد تكون خطية ولكنها ليست بشكل رسمي وذلك متى تمت إحالة النزاع باتفاق بين المقاول ورب العمل مما يفهم منه رغبة الطرفين في عدم المخاصمة بقدر حرصهما على التوصل إلى أرضية مشتركة ومتوازنة من التفاهم تكون مرضية ومنهية للخلاف القائم بعيداً عن الإشكاليات والتعقيدات الإجرائية المعروفة في الإحالة الرسمية إلى المجلس، لذا فإن الملاحظ بأن الإحالة غير الرسمية لمجلس

تسوية المنازعات لا تمثل مخاصمة ونزاعات قائمة بين الأطراف بقدر ما تعتبر طلباً للرأي الاستشاري من المجلس أي أن الطرفين المختلفين يخولان المجلس سلطة إصدار قرار استشاري في المسألة المعروضة متى كانت غامضة وغير مفهومة بالنسبة للمقاول ورب العمل فيقوم المجلس هنا وبناء على هذه الإحالة غير الرسمية باستصدار قراره الاستشاري في موضوع الاستفهام المقدم وهو ما يقع كثيراً في الحالات التي يطلب فيها الطرفان تغيير حكم أو نص أو بند من بنود العقد متى كان غير واضح أو حتمياً لأوجهه⁽¹⁾، أما متى تم إحالة النزاع إلى مجلس التسوية في الشكل الرسمي فيجب أن يكون خطياً لا شفويًا وذلك لغايات إمكانية إرسال نسخة من هذه الإحالة إلى الطرف الآخر وإلى المهندس الاستشاري للمشروع وأن يتم الإشارة وبشكل واضح وصريح بأن هذه الإحالة قد تمت بموجب نص المادة (20-4) من الشروط العامة لعقد الفيديك 1999، فإذا كان المجلس ثلاثي التشكيل يعتبر قد استلم هذه الإحالة من التاريخ الذي يستلم فيه رئيس هذا المجلس للإشعار، كما يجب على أطراف الخصومة أن يقدموا بين يدي المجلس كافة المستندات والوثائق والرسومات المتصلة بالنزاع والداعمة لموقفهم في النزاع وكافة المعلومات التي يطلبها المجلس دون تأخير أو تباطؤ أو تلكؤ، لأن من شأن كل ذلك أن يسهل مهمة مجلس فض المنازعات للوصول إلى تفهم جوهر الخلاف القائم وبيان مدى أحقية كل طرف من أطراف الخصومة المعروضة، كما أنه من حق المجلس من تلقاء ذاته أو بناء على طلب أحد الخصوم أن يقوم بالزيارة الميدانية لموقع المشروع للوقوف على جوهر النزاع ومتابعة مراحل تنفيذ المشروع ومن ثم يعتمد جلسات استماع للأطراف الخصومة، هذا وما نصت عليه المادة (7) من دفتر المقابلة الموحد من المشاريع الإنشائية على ضرورة أن لا تزيد المدة عن الزيارة الميدانية والزيارة الأخرى عن (60) يوماً، وإن كان الواقع العملي يخول أعضاء المجلس بتحديد مواعيد الزيارات للموقع بحسب تعقيدات وملابسات موضوع النزاع فمن الممكن أن تصل عدد الزيارة إلى ثلاث زيارات في الشهر الواحد متى استدعت طبيعة النزاع ذلك، أما في النزاعات البسيطة غير البالغة التعقيد فقد يكتفي المجلس بالزيارة لمرة واحدة كل ثلاثة أشهر لإمكانية فهم أسس وتطورات الخلاف القائم، كما أن المادة (8) من دفتر المقابلة الموحد الشروط الإضافية الخاصة بالفيديك 1999، قد أعطت صلاحيات واسعة لمجلس تسوية المنازعات لإمكانية حل الخلاف القائم في أقرب الآجال حيث يمتلك المجلس صلاحية تحديد نطاق المنازعة المحالة إليه والتأكد من جدية ومصداقية الوقائع المعروضة والمطالبات المقدمة بالأسلوب الذي يراه المجلس مناسباً كما أن له الأحقية والصلاحيات في تقييم أي رأي أو استشارة أو شهادة صادرة عن المهندس الاستشاري المشرف على المشروع، هذا وبالإضافة لصلاحيات منع الغير ممن لا علاقة لهم بموضوع

النزاع من حضور جلسات الاستماع أو الزيادات الميدانية أو المداولات، كما يجوز للمجلس أن يقرر دفع نفقات التمويل المستحقة بموجب العقد محل النزاع، هذا ومن صلاحيته الاستمرار في عقد جلسات الاستماع والتشاور رغم غياب أحد أطراف النزاع بعد إبلاغه بضرورة الحضور وعدم امتثاله وتكون جلسات صحيحة من الناحية القانونية⁽¹⁾، وهنا يتعين علي المجلس وخلال مدة أقصاها (84) يوما تحتسب من تاريخ تسلمه لإشعار الإحالة أو في أي فترة بعد هذه المدة بشرط موافقة الأطراف أن يصدر قراره النهائي في موضوع النزاع وأن يكون هذا القرار مسبباً ومعللاً، ويشار فيه الي استناده لأحكام المادة (20-4)، وأن يكون مكتوباً وأن يذكر تاريخه لإمكانية احتساب المدة القانونية وهو ما نصت عليه المادة (20-4) من الشروط العامة الإضافية للفيديك 1999 المشار إليه، كما لا يجوز لمجلس فض المنازعات النظر في تفسير قراره الصادر أو تصويبه إلا بموافقة الأطراف بناء علي طلب مكتوب يقدمه للمجلس⁽²⁾، ويكون قرار المجلس نهائياً وملزماً بعد مضي مدة (28) يوماً من استلام القرار من قبل أطراف النزاع بين المقاول ورب العمل دون اعتراض عليه من قبلهما ومن ثم لا يحق لأي من الأطراف -بعد مضي هذه المدة دون اعتراض- الحق في اللجوء الي التحكيم، أما في حالة عدم رضا أحد أطراف الخصومة بقرار المجلس وخلال المدة المحددة (28) يوماً فإن له حق إبداء عدم رضاه عن القرار، وأن يرسل نسخة من إشعار عدم الرضا موضحاً فيه أسباب عدم الرضا الي الطرف الآخر خلال هذه المدة وقبل انتهائها ويشار إلى أن هذا الإشعار صادر وفقاً لأحكام المادة (20-4) المشار إليها، ومن ثم يحق لهذا الطرف المعارض اللجوء إلى القضاء والتحكيم التجاري الدولي، إلا أنه من باب الحرص من قبل الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين على عدم تفاقم الخلافات والمشاكل بين طرفي النزاع بعد صدور قرار مجلس فض المنازعات والذي تم رفضه من قبل المتخاصمين، أو من أحدهما يتعين على الطرفين الجلوس كمحاولة لفض الخلاف بطريق التسوية الودية التي لا تعد هنا شرطاً لازماً للجوء للتحكيم فبإمكان أي من الطرفين اللجوء إلى التحكيم دون المرور بمرحلة التسوية الودية المشار إليها آنفاً⁽³⁾.

وتجدر الإشارة أخيراً إلى أن مسألة إحالة النزاع إلى مجلس فض المنازعات ومن ثم استصدار قرار نهائي في موضوع الخصومة إنما تعترضه في بعض الأحيان إشكالات تتمثل في غياب أحد أعضاء المجلس ثلاثي التشكيل عن حضور الجلسات سواء جلسات الاستماع أو التقييم أو المداولة، فهنا قد أجاز نظام

1- انظر محمد ابراهيم، المرجع السابق، ص 150 وما بعدها، محمد سعيد فتحه، مرجع سابق، ص 12.

2- مها اشقر عبدالله، المرجع السادس، ص 76 وما بعدها.

3- انظر، رجي عارف، المرجع السابق، ص 253، عصام عبدالفتاح، المرجع السابق، ص 400، وما بعدها، مها اشقر، المرجع

السابق، ص 76 وما بعدها عصام البهجي المرجع السابق، ص 111

فيدك عام 1999، للعضوين الآخرين صلاحية الاستمرار في عقد الجلسات دون أي تأخير أو تباطؤ، بل وحتى استصدار قرار في الخصومة المعروضة رغم غياب العضو وذلك كله مرتبط بموافقة أطراف النزاع على استمرار الجلسات واستصدار القرار لانهما المعنيان بتقدير قيمة الوقت أثناء نظر النزاع ما لم يكن العضو المتغيب هو رئيس مجلس فض المنازعات وكان قد أوعز للعضوين الحاضرين بعدم استصدار قرار في غيبته، فهنا لا يجوز استصدار القرار النهائي حتي عودة رئيس المجلس المتغيب⁽¹⁾، كما أنه ومن الإشكاليات التي قد تواجه أعضاء مجلس فض المنازعات في استصدار قرارهم النهائي في الخلاف القائم هو إشكالية وجود رأي مخالف لأحد أعضاء المجلس ثلاثي التشكيل، لأنه وكما نعلم فإن غالبية قرارات مجلس فض المنازعات تصدر بالإجماع أو بالأغلبية وذلك بعد المداولة في جلسة مغلقة تقتصر على أعضاء المجلس فقط وإعداد مشروع القرار وذلك كله نظر لاشتراط وتيرة عدد أعضاء المجلس إلا أنه قد يصدر بالأغلبية وهنا يحق للعضو المخالف أن يقدم تقرير برأيه المخالف وتقديمه لأطراف النزاع وهو ما أكدته المادة (14) من دفتر المقابلة الموحد، كما أنه ومن الإشكاليات التي قد تواجه مجلس فض المنازعات، أثناء استصداره للقرار إشكالية تشتت الآراء⁽²⁾، في المجلس ثلاثي التشكيل وذلك عندما ينفرد كل عضو من أعضاء المجلس برأي مختلف عن العضو الآخر فنكون أمام ثلاثة آراء مختلفة تعيق تحقق الإجماع أو الأغلبية في استصدار قرار المجلس النهائي، وهنا يجب أن يتم إبلاغ أطراف الخصومة المداول ورب العمل بوجود إشكالية في إصدار القرار ذلك لأن نموذج عقد فيديك لعام 1999 لم يضع حلاً لهذه المسألة الشائكة، كما أنه لم يعطي لرئيس مجلس تسوية المنازعات سلطة إصدار قراره منفرداً مما يعد من معوقات وسلبات عمل مجلس فض المنازعات كما سيجري بيانه في التقييم الخاص لمجلس فض المنازعات وهو موضوع مبحثنا الثالث.

المبحث الثالث

تقييم النظام القانوني لمجلس تسوية المنازعات

سنحاول من خلال هذا المبحث تقييم النظام القانوني لمجلس تسوية المنازعات والذي يتطلب منا ولا شك الوقوف ابتداءً علي تحديد الطبيعة القانونية لقرارات مجلس تسوية المنازعات (المطلب الأول) ثم الحديث عن مميزات وعيوب نظام تسوية المنازعات المعمول به مدعمين كل ذلك بوجهة النظر الخاصة للباحث (المطلب الثاني).

1- محمد السادات، المرجع السابق، ص 630، وما بعدها ربحي عارف، المرجع السابق، ص 233 عصام عبدالفتاح، المرجع السابق، ص 400 وما بعدها.

2- حول هذه الإشكالية انظر، ربحي عارف، المرجع السابق، ص 234 محمد السادات، المرجع السابق، ص 630.

المطلب الأول

الطبيعة القانونية لقرارات مجلس تسوية المنازعات

لقد اختلفت مشارب الفقه القانوني في تحديده للطبيعة القانونية لقرارات مجلس تسوية المنازعات ومدي إلزاميتها وحجيتها لأطراف النزاع، حيث ذهب جانب من الفقه (1) إلى التركيز علي الطبيعة العقدية لإنشاء المجلس ابتداء ومن ثم فإن القرارات التي يصدرها مجلس التسوية تكتسب القوة الملزمة من خلال اتفاق الأطراف على الرضوخ لها وتحويلهم للمجلس سلطة إصدار القرار فيكون لهذا القرار ذات الاثر القانوني الذي يكون للاتفاقات العقدية أما في حالة عدم اتفاق الاطراف على منح مجلس التسوية سلطة إصدار القرار الملزم فإن دور المجلس لا يعد كونه جهة استشارية لأطراف عقد الفيديك تصدر قراراتها بناء علي طلبهم فيكون القرار عمل هيئة توصية أو استشارة غير ملزمة وإنما يستفاد منها في فهم وتفسير العديد من الاشكالات القانونية والفنية التي تكون غامضة على اطراف عقد الفيديك وهو ما اكدته المادة (20-4) من نموذج عقد الفيديك 1999⁽¹⁾.

كما ذهب فريق آخر من الفقه القانوني إلى القول بأن القرارات الصادرة عن مجلس تسوية منازعات عقود الفيديك هي بمثابة أحكام التحكيم الحائزة للقوة الإلزامية والحجية القانونية، وذلك لأن اتفاق الأطراف بموجب نموذج الفيديك على تسوية خلافاتهم عن طريق مجلس تسوية المنازعات إنما هو في حقيقته اتفاق تحكيم بغض النظر عن التسمية التي يعتمدها عقد الفيديك في هذا الصدد لأن العبرة بالمضمون لا بالتسمية، وذلك لأن اتفاق المفاوض ورب العمل على إحالة منازعاتهم التي قد تنشأ بموجب عقد المفاوضة إلى مجلس فض المنازعات إنما يمثل اتفاق على التحكيم في صورة شرط تحكيم هو ما يلزم الأطراف باللجوء إلى مجلس فض المنازعات ابتداء مثله مثل نظام التحكيم تماماً، كما أن ما يؤيد وجهة النظر هذه أن تكوين مجلس تسوية المنازعات ذاته تكوين هيئة التحكيم حيث أن كلا النظامين يقوم على إرادة الأطراف، وكذلك شروط تعيين اعضاء المجلس تم بالكيفية المتبعة في نظام التحكيم مما يعني بأن قرار مجلس فض المنازعات يعد حكم تحكيمياً له ذات الطبيعة القانونية لقرارات التحكيم⁽²⁾، إلا أن هذا الرأي لم يلق التأييد المطلوب وتم انتقاده باعتباره يخلط بين مهمة المحكم من جهة ومهمة عضو مجلس تسوية المنازعات من جهة أخرى، لأن مجرد إسناد مهمة فض الإشكال القائم إلى شخص أو عدة اشخاص لا يعني بالضرورة

1- انظر، محمود فياض، المرجع السابق، ص 80، زيد عبد العزيز السهلي، ص 25 وما بعدها،

2- انظر فتحي والي، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، ط1، 2014، ص25، وربحي عارف، المرجع السابق، ص237، وما بعدها

إننا أمام هيئة تحكيم، كما أن أعضاء مجلس تسوية المنازعات لا يلزمون بإصدار حكم ملزماً وغير متوقف على رضى الأطراف به ومن ثم لا تعد مهمة مجلس التسوية مهمة تحكيم⁽¹⁾ لأن القول بغير ذلك يناهض الواقع والقانون⁽²⁾، هذا وقد حاول آخرون تحديد الطبيعة القانونية لقرارات مجلس تسوية المنازعات على أساس اعتباره نوعاً من أنواع الخبرة باعتبار أن القرارات التي يصدرها مجلس التسوية كأراء الخبرة غير ملزمة وذلك لاعتمادها على رضى الطرفين بها خلال فترة معينة، ولكن هذا الرأي قد تعرض للانتقاد من قبل الفقه القانوني لاعتماد نظام الخبرة على تقديم الرأي الفني فقط في موضوع النزاع بينما قرارات مجلس التسوية إنما تتناول حقوق والتزامات طرفي النزاع وإن كانت هذه القرارات تفتقد للقوة الملزمة⁽²⁾، ومما تقدم يتضح لنا محاولات الفقه القانوني الحديثة في تحديد كنه الطبيعة القانونية للقرارات الصادرة عن مجلس تسوية المنازعات والتي رغم اختلافها إلا أنها تمثل إثراء كبيراً للفكر القانوني، وفي هذا الصدد فإن الباحث يرى عدم جواز أن يتم تحديد الطبيعة القانونية لقرارات مجلس التسوية جملة واحدة دون تمييز، فيجب أن يتم تناول مسألة الطبيعة القانونية لقرارات مجلس التسوية بالنظر إلى كل قرار يصدره هذا المجلس على حدة، فإذا كان القرار الصادر عن المجلس ذا طابع استشاري فلا يكون ملزماً لأطراف النزاع وإنما هو بمثابة رأي في مد يد العون والمساعدة لأطراف الخصومة في مسألة معينة تكون قد غمضت عليهم ولا يعتقد الباحث بأن هذا النوع من القرارات محل جدل فقهي أو قانوني، أما بالنسبة للقرارات الصادرة عن المجلس بشأن الفصل في النزاع القائم وتحديد الأحقية القانونية لأحد أطراف النزاع في المطالبات المقدمة فإننا هنا نؤكد على أن نظام الفيديك المعمول به للعام 1999 قد جاء قاصراً ومتعيباً، للتعديل حيث إننا لا نستطيع أن نعتمد وبشكل أساسي على أي من الوجهات الفقهية السابقة الإشارة إليها لأنها كانت متنفذة من قبل الفقه القانوني على نحو ما أوضحنا.

ومن ثم فإن الباحث يرى بأن القرارات التي يصدرها مجلس تسوية المنازعات إنما هي قرارات ملزمة لأطراف النزاع سواء أكان المفاوض أو رب العمل، وذلك لارتضاها المسبق بقبولها والالتزام بها أي أن القوة الإلزامية لقرارات مجلس التسوية إنما تستمد قوتها وحجتها من الاتفاق عليها من قبل أطراف عقد الفيديك ولكن تحليلنا هذا يظل حبراً على ورق ولا جدوى ولا فائدة منه ما لم يتم تعديل نموذج عقد الفيديك للعام 1999 بحيث تعدل المادة (20-4) من دفتر المفاوضة للمشاريع الإنشائية الشروط العامة

1- للمزيد حول الأراء، انظر خليل احمد السيد، بدائل التقاضي عند تسوية النزاعات الناشئة عن مقاولات اعمال الهندسة المدنية، بحث مقدم في المؤتمر الثامن عشر لعقود البناء والتشييد المنعقد في جامعه الامارات، 2016.

2- انظر، رجى عارف، المرجع السابق، ص234، خليل احمد السيد، المرجع السابق، ص 583، وما بعدها.

الإضافية بحيث تلغي الحكم القاضي بأحقية طرفي النزاع في الاعتراض على القرار وإبداء عدم رضاهم عنه خلال مدة معينة، حيث أن هذا النص هو من أريك المشهد القانوني وأضعف نظام تسوية المنازعات برمته بأن جعله قاصراً وعاجزاً عن تحقيق الهدف الذي أنشئ من أجله ألا وهو تسوية منازعات عقود المقاول الدولية، لذا وجب إلغاء هذا الحكم والنص صراحة على عدم أحقية الأطراف في الاعتراض على قرار المجلس أو رفضه أو عدم الرضا بمخرجاته وذلك لأنهم ارتضوا باختصاص وبأحقية المجلس بالفصل في النزاع ابتداءً بل إنهم هم من يقوموا باختيار أعضائه، فكيف نجيز لهم بأي حال من الأحوال ولأي سبب كان الاعتراض على الحكم الصادر في النزاع.

المطلب الثاني

تقييم مجلس فض المنازعات من حيث المزايا والعيوب

كما نعلم جميعاً يعد مجلس فض منازعات عقود الفيديك خطوة رائدة في مجال فض المنازعات القائم ابتداءً على اتفاق أطراف عقود المقاول الدولية المقاول ورب العمل واللذان يحيطان بحرية كبيرة وواسعة في اختيار أعضاء مجلس فض المنازعات على نحو ما تقدم مما يسرع ويسهل عملية الوصول إلى الحلول العادلة والمتصفة في كافة الخلافات التي قد تنشأ أثناء تنفيذ عقد الفيديك وذلك بفضل آلية فض المنازعات القائم عليها هذا المجلس فهو يعين ابتداءً وقبل نشوب أي خلافات بين الأطراف أي قبل البدء في تنفيذ العقد، كما أنه يتكون من مجموعة من الأشخاص المؤهلين وذوي الخبرة والكفاءة العالية فنياً في مجالات أعمال البناء والتشييد وهم يتمتعون بالنزاهة والحيادية والموضوعية المطلوبة في مثل هذه المنازعات التي تكلف الأموال الباهظة وذات الأثر الكبير على مشاريع التنمية الاقتصادية المستدامة في كافة بلدان العالم المتقدم منه والنامي وهو ما أعطى نظام فض المنازعات هذا الزخم الإيجابي والقبول الكبير في أوساط المتعاملين في عقود الفيديك، ولكون نظام فض تسوية المنازعات في عقود الفيديك إنما يقوم ابتداءً على رضا وقبول الأطراف به إنما سرع كثيراً من عملية فض المنازعات وقلل من مشاعر العدائية أو الشعور بالهزيمة وغلبة الخصم لأن وجود مجلس فض المنازعات قد خفف كثيراً من حدة الخلافات والتعنت الذي يبداه أطراف الخصومة حيال بعضهم البعض وذلك كله راجع إلى فكرة الرضاية في تكوين المجلس ونظام عمله⁽¹⁾، كما أن مجلس فض المنازعات إنما يقلل من تكاليف التقاضي بالمقارنة بقضاء التحكيم أو القضاء

1- لمزيد من التفاصيل، انظر، محمود فياض، المرجع السابق، ص105 محمد سعيد فتحه، المرجع السابق، ص 109، مها اشقر عبدالله، المرجع السابق، ص31، رجي عارف، المرجع السابق، ص240، وما بعدها.

العادي، حيث أن كلفة المنازعات بالنسبة لأطراف الخصومة تكون أقل بكثير، ولأن نظام الفيديك إنما يستعين بعضو فرد في فض الكثير من المنازعات السهلة والقليلة في قيمتها ولا يستعين بعدد كبير من الأعضاء إلا في بعض المنازعات الكبيرة في قيمتها أو تعقيدها ناهيك إذا علمنا بأن مكافآت أعضاء مجلس التسوية وكافة النفقات إنما يتم اقتسامها بين الطرفين المتخاصمين مناصفة حيث يقوم المقاول بسدادها كامله ثم يطالب رب العمل بدفع نصف هذه النفقات والمصاريف والالتعاب مما يدعم اللجوء الى مجلس فض المنازعات دون غيره من الوسائل⁽¹⁾، كما أن نظام عمل مجلس فض المنازعات يؤدي عملاً إلى سرعة الوصول إلى الحقائق والمعلومات اللازمة للفصل في النزاع مما يسرع عملية فض الخلاف ذلك بسبب قرب أطراف الخصومة من المجلس بفضل تكثيف جلسات الاستماع بين الأطراف وبفضل كثرة الزيارات الميدانية لمواقع النزاع هذا بالإضافة إلى جواز طلب الخبرة الفنية من المهندسين الاستشاريين في الموقع، كما أن العمل أثناء نظر النزاع يظل مستمراً من قبل المقاول الذي لا يجوز له إيقاف العمل هذا وتكون كل جلسات ومتداولات وقرارات مجلس فض المنازعات في إطار السرية اللازمة محافظة على السمعة التجارية لأطراف الخصومة وحفاظاً على الأسرار التجارية حتي في الحالات التي يفشل فيها مجلس التسوية في الوصول إلى حل في النزاع أو حالة عدم رضا أحد الاطراف بقرار فأنه من ناحية عملية يكون موضوع النزاع جاهزاً للحل بفضل المعلومات والوثائق والزيارات التي قام بجمعها مجلس التسوية خلال فترة نظره للموضوع، مما يوفر علي هيئته التحكيم فيما لو تم اللجوء إليها كثيراً من الوقت والجهد لأن أغلب المطالبات والوقائع قد تم التحقيق فيها من قبل المجلس فلا يحتاج المحكم وقتاً طويلاً وجهداً كبيراً في الحكم في النزاع المحال إليه⁽²⁾، أما بخصوص مساوئ وسلبات نظام فض المنازعات في عقود الفيديك فإنه تجدر الإشارة إلى أن أول ما يؤخذ على مجلس فض المنازعات هو عدم إلزامية قراراته حيث أن مسألة تنفيذها إنما هو منوط بقبولها الرضا بها من قبل أطراف النزاع، حيث أن وجود هذه الحرية الواسعة لأطراف النزاع إنما يعرقل عمل المجلس ويطيل أمد النزاع ويجعل من قرارات المجلس لا جدوى ولا طائل من ورائها، كما يجعل منها مجرد آراء تؤخذ على سبيل التوصية أو الاستئناس بها لا أكثر، كما أن مدة إصدار قرار المجلس ووفقاً لما حدده نظام الفيديك وهو مدة (84) يوماً تعد مدة طويلة للغاية، حيث أن بعض أنواع النزاعات ما يتطلب البت فيه وبسرعة دون تأخير كما أنه ما يلاحظ على نظام الفيديك أنه لم يتضمن أية أحكام

1- انظر، محمد عبدالله، سراج الدين، المرجع السابق، ص 109، وما بعدها، مها اشقر عبدالله، المرجع السابق، ص 32، محمد سعيد فتحه، المرجع السابق، ص 11.

2- محمد عارف، المرجع السابق، ص 241، وما بعدها، زيد عبدالله السهيلي، المرجع السابق، ص 81 وما بعدها.

بشأن مدى جواز رد أو تنحي أعضاء مجلس التسوية إسوة بنظام القضاء أو الخبرة متى ما توافرت إحدى أسباب الرد والتنحي الأمر الذي يكون له بالغ الأثر في صحة قرارات المجلس بسبب عيب عدم الحيادية أو عدم الاستقلالية أو عدم الموضوعية في نظر الخلاف، كما يؤخذ على نظام الفيديك بأنه وفي حالات المنازعات ذات القيمة أو التعقيدات الكبيرة بأنه مكلف لأطراف الخصومة مالياً وخصوصاً متى كان مجلس التسوية مكون من ثلاث أعضاء وما يتطلبه ذلك من مكافآت وأتعاب باهظة وخصوصاً نفقات الإقامة والمواصلات والتنقلات والمقابلات ونفقات ترجمة الوثائق والمستندات وغيرها من المصاريف الباهظة مما يثقل كاهل أطراف النزاع بنفقات لا داعي لها⁽¹⁾.

الخاتمة

نأتي إلى خاتمة دراستنا والتي كنا قد تناولنا فيها جانباً مهماً من جوانب عقود الفيديك ألا وهو النظام القانوني لمجلس فض المنازعات في عقود الفيديك تعديل 1999 المعمول به حالياً ، والذي تناولنا من خلاله التعريف بنظام الفيديك من حيث نشأته وتعريفه وكيفية اختيار وتعيين الأعضاء في هذا المجلس، ثم تحدثنا وبشيء من التفصيل والتحليل المعمق عن آلية ونطاق عمل مجلس فض المنازعات وكيفية استصدار القرارات وكان لازماً أن نتحدث عن تقييم مجلس فض المنازعات من منظور الفقه القانوني ومن المنظور الخاص للباحث وذلك من خلال الوقوف على الطبيعة القانونية للمجلس وللقرارات الصادرة عنه وتحديد كافة المزايا والعيوب الخاصة بنظام فض منازعات الفيديك مع إبداء وجهة النظر الخاصة حيال كافة إشكاليات هذه الدراسة التحليلية المعتمدة، والتي توصلنا من خلالها إلى مجموعة من النتائج العلمية وإلى العديد من التوصيات على النحو التالي:

النتائج:

أولاً: تعد آلية فض منازعات الفيديك المعمول بها حالياً والمتمثلة في مجلس فض المنازعات من الآليات المميزة في مجال فض منازعات عقود المقاولات الدولية، وذلك نظراً لما تتمتع به هذه الآلية من السهولة والمرونة في إجراءاتها سواء من حيث تشكيل المجلس أو آلية عمله أو نظامه أو استصدار القرارات مما زاد من قبول هذه الآلية في فض منازعات عقود الفيديك من قبل كافة أطراف عقود الإنشاءات الهندسية الدولية.

1- للمزيد من التفصيل حول عيوب نظام فض المنازعات انظر، مها اشقر عبدالله، المرجع السابق، ص29 وما بعدها، ربحي عارف، المرجع السابق، ص241 وما بعدها، حسن بني فصل، المرجع السابق، ص320 وما بعدها، عصام البهجي، المرجع السابق، ص283 وما بعدها.

ثانياً: تتميز آلية فض المنازعات بطريق مجلس التسوية بكونها تعد آلية معدة لفض الخلافات قبل البدء في تنفيذ عقد الفيديك، كما أن المجلس يضم في تشكيله عدداً وتراً من الأعضاء فقد يكون المجلس مُشكّل من حكم فرد أو من ثلاثة أعضاء، وذلك بحسب حجم وعظم القيمة المادية للنزاع أو تعقيدات حله، حيث يتميز الأعضاء بالمجلس بالحيادية والموضوعية والاستقلالية عن أطراف النزاع كما أنهم على درجة عالية من الخبرة والمعرفة الفنية الهندسية على حدٍ سواء، مما يجعل من القرار الصادر من المجلس أكثر قرباً وتوازناً وعدالة بالنسبة لأطراف الخصومة.

ثالثاً: لقد جاءت آلية فض المنازعات بموجب مجلس التسوية لتقدم الكثير من الحلول لأطراف النزاع ولتطمئن نفوسهم بعدالة وحيادية وموضوعية أعضاء المجلس لأن أطراف الخصومة يختارون أعضاء المجلس ابتداءً، وذلك بعكس ما كان سائداً العام 1987م، حيث أن آلية فض منازعات الفيديك كانت قائمة على المهندس الاستشاري الذي يتمتع بسلطات واسعة جداً في فض النزاع المطروح وذلك رغم تبعيته لرب العمل مما لاقى عدم القبول والانتقاد في أوساط صناعة المقاولات الدولية، ومن ثم فقد مثل مجلس تسوية المنازعات بصيغته الحديثة طوق الأمان للخصوم في منازعات عقود الفيديك.

رابعاً: على الرغم من مزايا آلية فض المنازعات إلا أنها لا زالت تفتقر لبعض الأحكام القانونية لسد الثغرات في بنائها الرصين ولعل إشكالية عدم إلزامية قرار مجلس التسوية تمثل المعضلة الكؤود في نظام فض منازعات الفيديك، مما يجعل من هذه القرارات حبراً على ورق، حيث أن النظام المعمول به حالياً لا يلزم الأطراف بقبول القرار وتنفيذه وإنما يشجع وبشكل مستغرب على عدم الالتزام بقرارات المجلس من خلال ترسيخه لإمكانية أن يرفضه أطراف الخصومة إذا لم يكن مُرضياً لهم وذلك خلال فترة محددة.

خامساً: إن إعطاء مدة طويلة لأعضاء مجلس التسوية لفض النزاع قد لا يشجع أعضاء المجلس على سرعة البت في النزاع، بل قد يكون مدعاة للمماطلة في إصدار القرار، لأن نظام الفيديك لفض المنازعات قد منح مجلس التسوية مدة (84) يوماً لاستكمال عمله بفض النزاع وإصدار القرار، وهذه مدة طويلة للغاية قد تكلف أطراف النزاع الكثير من الوقت والمال كانوا قد حاولوا تفاديها بلجوءهم إلى المجلس بدلاً من التحكيم أو إجراءات القضاء العادي.

سادساً: إن مجلس فض المنازعات إنما يستمد قوته القانونية والإلزامية من اتفاق الأطراف ابتداءً باللجوء إلى مجلس فض المنازعات من خلال الاتفاق على تشكيله وانتهاء برضاهم بالقرار الصادر من المجلس وهو ما يضمن على هذه القرارات القوة الإلزامية والتنفيذية، ولكنه وفي حالة عدم رضا أحد أطراف الخصومة على القرار الصادر وهو أمر غير مستبعد بل وطبيعياً جداً فإن قرار المجلس لن يجد طريقة للإلزام أو التنفيذ وبإمكان الأطراف اللجوء إلى القضاء العادي أو التحكيم التجاري، لأن اللجوء إلى

المجلس ابتداء إنما هو مطلب لازم لإمكانية لجوء الأطراف إلى التحكيم وهو ما يعيب آلية فض النزاع في عقود الفيديك الأمر الذي يستوجب وبشكل ملح للغاية وجود تعديل على نموذج عقد الفيديك المعمول به حالياً.

التوصيات:

أولاً: ضرورة الحرص كل الحرص على اختيار أعضاء مجلس التسوية الأحادي التشكيل أو الثلاثي التشكيل من ذوي الخبرة والكفاءة والمعرفة بأصول عمل مجالس التسوية وأن يكونوا ليسوا فقط من المؤهلين في مجال الهندسة المدنية بل يجب أن يتنوع أعضاء المجلس إلى عدة تخصصات قانونية وهندسية بل ومحاسبية، وذلك لكي نضمن سلامة قراراتهم الصادرة في موضوع النزاع.

ثانياً: ضرورة أن يتمتع أعضاء مجلس التسوية بالجدية والموضوعية والاستقلالية عن أطراف الخصومة حيث أن آلية اختيار أعضاء المجلس بموجب الفيديك لعام 1999 إنما تعطي الخصوم الحرية الكاملة في اختيار أعضاء مجلس التسوية وهو أمر مستحب وأدعى إلى قبول قرارات المجلس وتنفيذها من قبل أطراف الخصومة، ولكنه يجب أن لا يكون ذلك مدعاة للمحاباة والميل لصالح طرف على حساب طرف آخر في خصومة الفيديك، ومن ثم يجب أن يقوم معيار الاختيار على الكفاءة والخبرة والنزاهة وليس لوجود مصالح شخصية أو مادية أو علاقة تبعية تربط أي من أعضاء هذا المجلس بأحد أطراف الخصومة سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة.

ثالثاً: يوصي الباحث بضرورة إعادة النظر في المدة الممنوحة لأعضاء مجلس فض المنازعات لإمكانية نظرهم لموضوع الخلاف وإصدار قرار فيه وهي مدة (84) يوماً، حيث يرى الباحث ضرورة تقليص هذه المدة التي تعد طويلة نسبياً وخصوصاً إذا كنا نتحدث عن مجال المقاولات الدولية التي يلعب فيها عامل الوقت الدور الرئيس، لأن هذه المدة من وجهة نظر الباحث هي مدعاة للتأني والتباطؤ في فض النزاع وإلى التأخير في إصدار قرار بشأنه من قبل أعضاء مجلس التسوية، كما أن طول هذه المدة قد يُغيّر الكثير من معطيات النزاع المطروح أمام المجلس لأن ظروف عقود البناء والتشييد تتطلب الاستمرارية والتتابع وإلا تفرّج عن النزاع القائم عدة نزاعات جديدة لم تكن لتوجد لو تم البت في الخلاف القائم في مدة معقولة مما يدخل المجلس في حلقة مفرغة من المنازعات فما أن يفصل في نزاعٍ حتى يجد نزاعاً آخر قد نشب وهكذا دواليك.

رابعاً: تظل الإشكالية الكبيرة التي تواجه استمرارية وفعالية مجلس تسوية المنازعات هي عدم وجود القوة الإلزامية الكافية في القرارات التي يصدرها هذا المجلس ومن ثم عدم تنفيذها من قبل أطراف النزاع أو من أحدهما وذلك بسبب العيوب التي أصابت هيكل وبنیان مجلس فض النزاعات وذلك بإجازته للخصوم

الاعتراض على قرار المجلس خلال مدة معينة وإجازته اللجوء إلى نظام التحكيم في حالة عدم اقتناعهم وعدم رضاهم على القرار الصادر، ولذا فإن الباحث يقترح ويوصي بضرورة تعديل نموذج عقد الفيديك في شروطه العامة الإضافية المتعلقة بفض المنازعات بحيث لا يعطي للأطراف حرية الاعتراض على قرارات المجلس لأنهم قد ارتضوا مسبقاً بما يصدر عن هذا المجلس من قرارات وذلك منذ اختياريهم لأعضائه ابتداءً فليس لهم الحق في الاعتراض على قراراته انتهائاً، لأن القول بغير ذلك يعني عدم جدوى القرارات التي يصدرها المجلس بل أدهى من ذلك عدم جدوى وجود مجلس تسوية المنازعات أصلاً، الأمر الذي يتطلب وجود تعديلاً قانونياً على النموذج المعمول به حالياً لتكون قرارات المجلس ملزمة وقابلة للتنفيذ وعدم إتاحة الفرصة لأي من أطراف النزاع باللجوء إلى التحكيم متى كان قد صدر قرار المجلس الفاصل بموضوع النزاع ليكون هذا القرار بمثابة المانع من اللجوء إلى التحكيم، وهذا ما سيضطر الطرف المعارض إلى الرضوخ لقرار المجلس بعد تأكده من عدم أحقيته في اللجوء للتحكيم.

خامساً: يوصي الباحث بضرورة إضافة حكم قانوني في صياغة عقد الفيديك النموذجي المعمول به حالياً يعالج إشكالية تشتت الآراء والتي قد يواجهها المجلس في أيٍّ من النزاعات المطروحة عليه، حيث إنه قد يتشتت المجلس الثلاثي التشكيل إلى ثلاثة آراء مختلفة بخصوص مشروع القرار المزمع إصداره فنظام الفيديك لعام 1999 لم يتناول هذه المسألة بالحلول القانونية الناجعة، ومن ثم فإن الباحث يقترح إضافة حكماً أو بنداً قانونياً في نموذج الفيديك يقضي بتحويل رئاسة مجلس فض المنازعات اعتماد رأيه وحده وإصدار القرار منفرداً بمضمون هذا الرأي ويكون من حق العضوين الآخرين كتابة رأيهم المخالف وتقديمه إلى الأطراف المتنازعة للاطلاع عليه وإحالة نسخة إلى رئيس الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين للاطلاع عليه ومن ثم حفظه واعتماد القرار الصادر عن رئيس المجلس باعتباره قراراً ملزماً وواجب التنفيذ لأن عدم وضع حل لإشكالية تشتت الآراء قد يوقع المجلس بل والخصوم في مأزق قانوني يصعب التكهن بأضراره على طرفي الخصومة اللذين يتحملان كما نعلم بكافة مصاريف ومكافآت ونفقات أعضاء المجلس ثم يتفاجآن بعدم قدرة المجلس على إصدار قراره لوجود الاختلاف بين وجهات نظر الأعضاء حول مشروع القرار مما يرجع الأطراف إلى المربع الأول بعد ضياع الوقت والجهد والمال دون طائل.

تم بحمد الله تعالى وتوفيقه ،،،،

قائمة المراجع

أولاً: قائمة المراجع العلمية:

- 1- أسامة مجدوب، أهمية أن يكون المحكم مهندساً، بحث مقدم للمؤتمر الثاني للتحكيم الهندسي بتنظيم الهيئة السعودية للهندسة بالتعاون مع مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي، المنعقد في الرياض، خلال الفترة من 5-7 مايو 2013م.
- 2- حسن بني فضل، آثار اعتماد عقد مقاولات اعمال التشييد، فيديك 1999 كمصدر للتنظيم القانوني لعلاقة الاطراف في فلسطين، رسالة ماجستير، جامعة النجاح، نابلس، فلسطين، 2016م.
- 3- خليل احمد السيد، بدائل التقاضي عند تسوية المنازعات الناشئة عن عقود مقاولات الهندسة المدنية، بحث مقدم للمؤتمر الثامن عشر لعقود البناء والتشييد، المنعقد في جامعة الامارات 2016م.
- 4- داوود شحاته، مجلس فض المنازعات واساليب التسوية الودية، منشورات جمعية عمّال المطابع التعاونية، عمان، الاردن، ط 1، 2005م.
- 5- ربحي عارف، مجلس فض المنازعات في عقود الفيدك، بحث منشور في مجلة المهندس القانوني، ع 3، 2016م.
- 6- زيد عبدالعزيز السهلي، التحكيم في المنازعات الهندسية، رسالة ماجستير، جامعة نايف للعلوم الامنية، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2015م.
- 7- عصام احمد البهجي، عقود الفيدك وأثرها على التزامات المقاول والمهندس ورب العمل، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ط 1، 2017م.
- 8- عصام عبد الفتاح مطر، عقود الفيدك لمقاولات واعمال الهندسة المدنية ووسائل فض منازعاتها، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017م.
- 9- فتحي والي، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط 2، 2014م.
- 10- محمد ابراهيم بداح، عقود المقاولات الدولية، الاسس القانونية والفنية لصياغة عقود المقاولات الدولية ضمن معايير عقود الفيدك (FIDC)، دار الثقافة، الاردن، عمان، ط 1، 2017م.
- 11- محمد السادات، آليات تسوية المنازعات الناشئة من عقود الفيدك، دراسة في ضوء قواعد الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين، بحث مقدم للمؤتمر الثامن عشر لعقود البناء والتشييد بين القواعد القانونية التقليدية والنظم القانونية المستحدثة، المنعقد في جامعة الامارات، 2016م.

- 12- محمد تقي الدين، الفيديك الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين، بحث مقدم لمؤتمر التحكيم التجاري الدولي، والمنعقد في مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي، القاهرة، 2012م.
- 13- محمد سعد خليفة، عقد الاستشارة الهندسية في مجال التشييد والبناء دراسة تحليلية لعقود الفيديك، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2014م.
- 14- محمد سعيد فتحه، مجلس فض المنازعات لعقود الفيديك، بحث منشور في مجلة المهندس القانوني، التي تصدر عن مؤسسة جمعة وغص للمحاماة والاستشارات القانونية، عمان، الاردن، ع 2، 2013م.
- 15- محمد عبدالله سراج الدين، معالجة منازعات مشاريع التشييد بالملكة العربية السعودية باستخدام مجلس مراجعة النزاع، بحث منشور بمجلة جامعة الملك عبدالعزيز للعلوم الهندسية، ع2، 2017م.
- 16- محمد عبدالمجيد اسماعيل عقود الاشغال الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010م.
- 17- محمد لافي درادكه، آلية تسوية منازعات عقود البناء والتشييد الحل بالتفاوض والحسم بالتحكيم، دراسة مقارنة، بحث مقدم للمؤتمر الثامن عشر لعقود البناء والتشييد بين القواعد القانونية التقليدية والنظم القانونية المستحدثة، جامعة الامارات العربية المتحدة، 2013م.
- 18- محمود فياض، عقود البناء والمقاولات بين قصور النظرية وإشكاليات التطبيق، دراسة تم إنجازها بدعم من صندوق الأمم المتحدة الإئتماني بأشراف من معهد البحوث السياسات الاقتصادية الفلسطيني (ماس)، 2015م.
- 19- مشاعل عبد العزيز الهاجري، أثر صدور مجالس تسوية المنازعات على اضمحلال الدور شبه التحكيمي للمهندسين الاستشاريين في عقود الفيديك، بحث مقدم إلى مؤتمر دور القطاع الخاص في التنمية الاقتصادي والابعاد القانونية، المنعقد في جامعة الكويت، في الفترة من 8-9 مارس، 2015م.
- 20- مها اشقر عبدالله، مدى كفاية التنظيم القانوني لمجلس فض المنازعات في عقد الفيديك الاحمر، رساله ماجستير، جامعة الشرق الاوسط، 2012م.

ثانياً: الوثائق القانونية:

- 1- الدليل الدولي لعقود الفيديك (FIDC)، منشورات الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين، ترجمة داوود خلف، 2015م.
- 2- دليل استخدام عقد الاستشارات (فيديك 1999)، مدارك وتطبيقات، منشورات، جمعية عمان، مطابع الاردن، ط1، 2017م.

3- دفتر المقابلة الموحد للمشاريع الانشائية، الشروط الخاصة الاضافية، شروط إتفاقية فض المنازعات،
الجزء الثاني، 2017م.

من صور غش الخصوم في اتخاذ العمل الإجرائي

في قانون المرافعات الليبي

إعداد الدكتور: علي أحمد شكورفو

عضو هيئة التدريس بكلية القانون

جامعة مصراته / ليبيا

مقدمة

الحمد لله المعبود، والصلاة والسلام على أفضل خلق في الوجود، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه
ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

وبعد،،،

إن المبدأ الي يجب أن يمثل له الخصوم في علاقتهم أثناء الخصومة هو حسن النية، حيث بموجب
هذا المبدأ يمتنع على الخصوم اللجوء إلى أساليب الغش والخداع والتضليل، ويفترض هذا المبدأ أن يكون كل
خصم أميناً في ادعائه وفي إثباته ما يدعيه، وفي اتخاذه للإجراءات التي يتطلبها القانون طيلة مراحل
الدعوى.

لكن هل الالتزام بحسن النية واجب قانوني أم هو محض واجب أخلاقي؟
لقد ذهب القلة من التشريعات إلى اعتبار حسن النية واجب قانوني مثل القانون النمساوي في
المادة 178 من قانون المرافعات والقانون الإيطالي في المادة 88 من قانون المرافعات.

إلا أن أغلب التشريعات لم تنص على ذلك صراحة، ومن بينها القانون الليبي، حيث لم يتضمن
قانون المرافعات الليبي نصاً صريحاً يقضي باتباع حسن النية، لكن يمكن استخلاص هذا الواجب ضمناً من
النصوص الواردة فيه بخصوص عدم مباشرة الحقوق والواجبات الإجرائية بسوء نية أو بطريقة كيدية.

وإن كان مبدأ حسن النية يفرض على الخصوم توخي الأمانة، والإدلاء بالحقيقة، والعمل على
تحقيق الضمانات التي فرضها المشرع حماية لأطراف الخصومة؛ إلا أن الواقع العملي يكشف عكس ذلك،
وبثبت أن الإساءة تتحقق في العمل الإجرائي بغية الإضرار بالآخر، فالخصم لا يتوانى في اللجوء إلى
أساليب الغش والخداع والكيد من أجل الحصول على حكم لصالحه ضد خصمه.

ووسائل الإساءة إلى الخصم التي تتنافى مع مبدأ حسن النية في الخصومة المدنية عديدة، مثل اجتناب قول الحقيقة، واللجوء إلى أساليب الخداع، والتضليل، والغش والذي يعيننا منها في هذا المقام الغش المتعلق بالأعمال الإجرائية في الخصومة، حيث إنه المستهدف بالدراسة في هذه الورقة البحثية. والغش فكرة أخلاقية منتشرة على نطاق واسع في كافة فروع القانون، فهي لا تقتصر على فرع دون آخر، أو على القانون الداخلي وحده، بل نجد صدها أيضاً في القانون الدولي، وهي متعددة الصور، فالغش نحو القانون يعني إرادة التهرب من تطبيق قاعدة أمرة عن طريق إبرام تصرفات قانونية من شأنها أن تؤدي إلى إحداث تغيير في الظروف الملازمة للعلاقة القانونية، ويترب على ذلك تطبيق قاعدة قانونية مغايرة للقاعدة القانونية الواجبة التطبيق⁽¹⁾، فالتصرف قانوني لكنه يستهدف غاية التحايل على القانون. وفي مجال العقود قد يرتكب الغش كل المتعاقدين في مواجهة الغير، وقد يوجه الغش ضد القانون نفسه.

وقد يوجه الغش ضد الأحكام، وضد الإجراءات القانونية الواجب اتخاذها، ولهذا الأسباب اتخذ المشرع الليبي موقفاً سلبياً بشأن تعريف الغش فلم ينص على تعريف هذه الفكرة لكنه تناول بعض صورها في نصوص صريحة.

ففي القانون المدني مثلاً نص في المادة 2/220 على "2...- وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم، ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه".

ونص في المادة 1/241 منه على "1- إذا كان تصرف المدين بعوض اشترط لعدم نفاذه في حق الدائن أن يكون منطقياً على غش المدين وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش، ويكفي لاعتبار التصرف منطقياً على الغش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم بعسره، كما يعتبر من صدر له التصرف عالماً بغش المدين إذا كان قد علم أن هذا المدين في حالة عسر".

وفي قانون المرافعات نصت المادة 328 على "يجوز للخصوم ان يلتمسوا إعادة النظر في الأحكام الصادرة بصفة انتهائية في الأحوال التالية (1) إذا وقع من الخصوم غش كان من شأنه التأثير في الحكم ...".

ونصت المادة 363 "يجوز لمن يعتبر الحكم الصادر في الدعوى حجة عليه ولم يكن قد أدخل أو تدخل فيها أن يعترض على هذا الحكم بشرط إثبات غش من كان يمثل أو توطئه أو إهماله الجسيم".

ونصت المادة 720 على "يقبل مخاصمة القضاة وأعضاء النيابة في الأحوال التالية: 1- إذا وقع من القاضي أو عضو النيابة في عملهما غش أو تدليس أو غدر أو خطأ مهني جسيم".

وقد عبّر المشرع في هذا القانون "قانون المرافعات" أحياناً بلفظ آخر غير الغش، فقد استعمل لفظ الكيد في المادة 286 حيث جاء فيها "يجوز للمحكمة أن تحكم بالتضمينات في مقابل النفقات الناشئة عن دعوى أو دفاع قصد بها الكيد".

وكذلك ما نصت عليه المادة 359 حيث جاء فيها "إذا حكمت محكمة النقض بعدم قبول الطعن أو برفضه حكمت على رافعه بالمصاريف وجاز لها أن تحكم بمصادرة الكفالة كلها أو بعضها وإذا رأت أن الطعن أريد به الكيد فلها أن تحكم بتعويض للمدعى عليه في الطعن".

والغش في قانون المرافعات يتركز غالباً على العمل الإجرائي الذي تتكون منه الخصومة ويرتب آثاره بمجرد اتخاذه.

والعمل الإجرائي في قانون المرافعات متنوع ما بين إجراءات قضائية وأخرى غير قضائية، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن القائمين عليه متنوعون، فقد يصدر العمل الإجرائي من القضاة ومن يعاونهم، وقد يصدر عن الخصوم بأنفسهم أو بمساعدة أعوان القضاة.

وقد يتطلب القانون ترتيب بعض الأعمال الإجرائية على الأخرى، وقد تكون هذه التبعية لطبيعة هذه الأعمال في حد ذاتها.

فإذا شاب هذه الأعمال الإجرائية غش من القائم بها، فإن هناك جزاء يترتب بمجرد حصول هذه المخالفة "الغش"؛ ذلك أن المشرع في قانون المرافعات يحدد إجراءات معينة لحسم النزاع، ويضع لها مواعيداً محددة، ويتطلب لها شروطاً معينة؛ يهدف من ورائها إلى حماية الخصوم، وتحقيق مبدأ المواجهة بينهم، ليستطيع حسم النزاع.

إلا أن الغش الذي يلحق الإجراء؛ يجعله يهدر كافة الضمانات التي يستهدفها المشرع، ويخالف القاضي الحقيقة في حكمه، الأمر الذي تأباه العدالة ولا يقبله المنطق، ذلك أن الغش ما هو إلا تغيير للحقيقة بسوء نية من جانب من يقوم به، من خلال الأعمال الإجرائية؛ بقصد الإضرار بالغير، أو لتحقيق مصلحة خاصة أو غير مشروعة.

والغش يمكن أن يقوم من القضاة⁽¹⁾، ومن الخصوم، ومن أعوان القضاة، ومن الغير، والغش الذي تستهدفه هذه الورقة البحثية المتواضعة هو الغش الذي يقوم به الخصوم⁽²⁾ ضد بعضهم البعض، فهو تغيير الحقيقة بسوء نية من جانب الخصم من خلال اتخاذ الأعمال الإجرائية؛ بقصد الإضرار بالخصم الآخر، أو لتحقيق مصلحة خاصة أو غير مشروعة تتعارض مع هدف القانون من الإجراء، حيث تبين هذه الورقة بعض صور الغش التي يقوم بها الخصوم فيما بينهم، مع بيان الجزاءات التي قررها المشرع بشأنها؛ ذلك أن صور الغش متنوعة لا متناهية ومن ثم يصعب حصرها، وهناك من الحالات لا يمكن التنبؤ بها مقدماً؛ حيث لا تثار إلا لحظة حدوثها، ومن ثم فإن نصوص القانون تعجز عن ملاحقة كافة صور الغش؛ لأن الغش في الحقيقة فكرة أخلاقية تنتمي إلى قواعد الأخلاق.

ورأينا أن تكون خطة بحث هذا الموضوع وفقاً للتالي:

المطلب الأول: من صور الغش بالتعسف في استعمال الحق الإجرائي.

المطلب الثاني: من صور الغش في إعلان الأوراق القضائية.

المطلب الثالث: الجزاءات المترتب على الغش في هذه الصور.

وسيكون ذلك من خلال النصوص القانونية ذات العلاقة في قانون المرافعات الليبي، وبعض كتب فقه قانون المرافعات والأحكام القضائية في كل من ليبيا ومصر، وقد دفعنا إلى الكتابة في هذا الموضوع ما لاحظناه من انتشار للحيل التي تُرتكب بمهارة ودكاء؛ للتهرب من النصوص القانونية التي قد تقف حائلاً دون تحقيق المصالح الشخصية، باستغلال المظهر الخارجي للنصوص القانونية الإجرائية، وتعتمد إهدار جوهرها، وهدم كافة الضمانات القانونية للإجراء، ويتم ذلك في ساحات القضاء التي يفترض أن تكون حرماً مقدساً لا ينفذ إليه العبث، ولا يخفى ما لذلك من تأثير على أحكام القضاء، ونهدف من وراء ذلك إلى إبراز أهمية الموضوع علّه يكون دافعاً للباحثين للقيام بدراسة أشمل وأعم.

1- انظر نص المادة 720 من قانون المرافعات الليبي.

2- انظر في مفهوم الخصم د. أحمد أبو الوفا نظرية الأحكام قانون المرافعات، ط6، منشأة المعارف، 1988م، ص250، د. فتحي والي، الوسيط في شرح قانون المرافعات د.ن، د.ت، ص347.

المطلب الأول

من صور الغش بالتعسف في استعمال الحق الإجرائي

تتكون الخصومة من مجموعة إجراءات يلي بعضها بعضاً فكل إجراء يترتب على ما سبقه ويعتبر بداية لإجراء جديد يليه.

والأعمال الإجرائية سواء كانت واجبات على الخصم أو تمثل حقوقاً له مجال خصب للتعسف من قبل الخصوم.

فحق الحضور، وحق طلب التأجيل، وحق إبداء الدفوع حقوق كفلها المشرع بقصد تحقيق أهداف محددة؛ إلا أن الخصم قد يباشرها بطريقة تحقق الغش في ممارستها؛ وذلك بإساءة استعمال هذه الحقوق بقصد إطالة أمد النزاع والمماطلة، فكيف يمكن إساءة استعمال هذه الحقوق واستغلالها بسوء نية إلى غير هدفها؟ هذا ما نحاول بيانه في التالي:

1 - التعسف في الحضور:

تطبيقاً لمبدأ المواجهة بين الخصوم وكفالة واحترام حقوق الدفاع، فإن من الواجبات المفروضة على الخصوم الحضور أمام المحكمة لسماع أقوالهم وإحاطة القاضي علماً بمحتوى وفحوى النزاع المعروض عليه، أوجب القانون على الخصوم الحضور في اليوم المحدد لنظر الجلسة.

حيث نصت المادة 92 من قانون المرافعات على "في اليوم المعين لنظر الدعوى يحضر الخصوم بأنفسهم أو يحضر عنهم من يوكلونه من المحامين بمقتضى توكيل خاص أو عام، ولهم أن ينيبوا عنهم من يختارونه من الأقارب أو الأصهار إلى الدرجة الثالثة بموجب تقرير في الجلسة أو إقرار موقع من شيخ القبيلة أو مختار الحلة ومصدق عليه من القاضي الجزئي المختص"⁽¹⁾.

إلا أنهم قد يتخلفون، وفي الغالب يكون المتغيب هو المدعى عليه في الدعوى؛ وذلك إما لجهله بالدعوى لعدم إعلانه بها؛ لتعمد المدعي القيام بالإجراءات دون علمه، أي في غفلة منه، أو أن يكون

1- تناولت المواد 102، 103، 105، 106 مرافعات أحوال غياب الخصوم وتضمنت التفرقة في القواعد بين غياب المدعي وغياب المدعى عليه. لمزيد من التفصيل انظر: أستاذنا د. الكوني على عبوده، قانون علم القضاء، الجزء 2، النشاط القضائي، منشورات المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، 1998م، ص 135 وما بعدها، د. أحمد عمر أبوزقية، قانون المرافعات، دروس موجزة لطلاب القانون، ج 1، ط 2، منشورات جامعة قارونس، بنغازي، 2008م، ص 244 وما بعدها، د. مصطفى كامل كيرة، قانون المرافعات الليبي، منشورات الجامعة الليبية، دار صادر، بيروت، د.ت، ص 512 وما بعدها.

المدعي عليه متعسفاً في مباشرة الإجراءات؛ ويكون ذلك بتغيب المدعى عليه المعلن عن الحضور ليمسك ببطالان الإجراء.

فالمدعى عليه يعلم علماً يقيناً بالدعوى المقامة ضده، وتاريخ جلستها؛ لكنه يتعمد بسوء نية إلى التحلف عن الحضور، ويهدف بذلك إلى المماطلة في الخصومة؛ حيث يبقى متحياً الفرصة إلى أن تصدر المحكمة حكمها فيلجأ للطعن على الحكم بالاستئناف متمسكاً ببطالان صحيفة الدعوى الأصلية، استناداً إلى نص المادة 20 من قانون المرافعات التي رتب البطلان على عدم مراعاة المواعيد والإجراءات المنصوص عليها في المواد 7، 8، 10، 11، 12، 14، 16، 17، 18، 19 من قانون المرافعات.

إن المدعى عليه باستعماله هذا الحق، وتحلفه عن قصد عن حضور الجلسة لا يهدف سوى إضاعة الوقت وإطالة أمد الخصومة، ضارباً عرض الحائط بالغاية التي وُضعت هذه الإجراءات من أجلها.

2 - الطلب المتكرر للتأجيل لتقديم مستندات ودفع أو طلبات جديدة.

تطلب المشرع في المادة 82 من قانون المرافعات من المدعي أمام المحاكم الجزئية، أن يبين في صحيفة الدعوى موضوعها وطلباته بإيجاز، إذا كانت من الدعاوى التي تختص المحكمة الجزئية بالفصل فيها بحكم نهائي، وأن يبين في غيرها من الدعاوى التي تختص بها، وقائع الدعوى، وأدلتها، وطلباته وأسانيدها، حيث نصت على "يجب أن يبين في صحيفة الدعوى موضوعها وطلبات المدعي فيها بالإيجاز، وذلك في الدعاوى التي تختص المحكمة الجزئية بالحكم النهائي فيها، وفي الدعاوى المستعجلة والدعاوى التي يوجب القانون الحكم فيها على وجه السرعة.

وفي غير هذه الدعاوى يجب أن يبين في الصحيفة وقائع الدعوى وأدلتها وطلبات المدعي وأسانيدها".

ونصت المادة 1/114 من القانون نفسه على "يدخل الخصوم في الدعوى بإيداعهم قلم الكتاب، قبل جلسة الحضور صحيفة الدعوى والوكالة إذا لزمتم والمستندات المؤيدة للدعوى. ومن ثم يقوم قلم الكتاب بقيد الدعوى في الجدول العمومي وفي جدول الجلسات، ويكون في الوقت ذاته ملفاً يودعه نسخة من صحيفة الدعوى والمذكرات محررة على ورقة عادية ثم محاضر جلسات الدعوى وقرارات القاضي ومحاضر التحقيق وصورة من منطوق الحكم. وعلى المدعى عليه أن يقدم كافة دفعه وطلباته ومستنداته قبل الجلسة الثانية".

كل ذلك من أجل تلافي تأخير الفصل في الدعوى، ومع ذلك أخذ المشرع في الحسبان أن الخصوم قد لا يسعفهم الوقت فلا يتمكنون من إيداع كل ذلك في هذه الفترة فأجاز لهم الحق في طلب التأجيل ليتمكنوا من ذلك وهذا ما يستشف من نص المادة 2/114 حيث جاء فيه "... ويجوز للمحكمة

الابتدائية لأسباب وجيهة أن تسمح للخصوم أثناء سير الدعوى بتقديم دفعات وطرق إثبات جديدة أو أن يودعوا مستندات جديدة أو يعدلوا طلباتهم".

هذا ما يعطى للخصوم فرصة طلب التأجيل لتقديم مستندات أو دفعات أو طلبات جديدة لتدعيم موقفهم في الدعوى، وقد أعطى المشرع للمحكمة سلطة تقدير هذا الطلب فمتى اقتنعت بوجاهة الطلب استجابت للتأجيل.

فالتأجيل حق للخصوم للتمكن من الرد على ما يبدى في الجلسات من دفعات وما يقدم فيها من طلبات، حيث إن المشرع سمح للخصوم أثناء سير الدعوى بتقديم دفعات ومستندات وطلبات جديدة وفقاً لنص المادة 2/114 وهذا ما أكدته نص المادة 4/114 التي بينت طرق تبليغ الطلبات للخصوم أثناء سير الدعوى بالنص على "وتبلغ الطلبات والمذكرات بإيداعها قلم الكتاب أو بطريق تبادل المذكرات مع التأشير على النسخة الأصلية من الخصم أو وكيله".

إلا أن الخصم قد يستعمل هذا الحق لتحقيق غرض آخر غير ما ابتغاه المشرع، فيهدف من ورائه إلى المماطلة وإطالة أمد الخصومة فيطالب بالتأجيل مراراً مؤسساً طلب التأجيل في كل مرة على سبب مختلف عن السبب السابق.

ولم يعالج المشرع الليبي هذه المسألة على غرار ما فعله المشرع المصري، حيث نص في المادة 98 من قانون المرافعات على "لا يجوز تأجيل الدعوى أكثر من مرة لسبب واحد يرجع إلى أحد الخصوم على ألا تتجاوز فترة التأجيل ثلاثة أسابيع"، وإن كان جانب من الفقه يرى أن ورود هذا النص بهذه الكيفية لا يمنع من تكرار طلب التأجيل ولو كان السبب من ذات الخصم⁽¹⁾.

لاشك أن سلوكاً كهذا يشكل غشاً من الخصم الذي سلوكه يفرض على المشرع التدخل للحد

منه.

3 - التأخر في إبداء الدفع:

من المبادئ الأساسية التي تسود قانون المرافعات مبدأ احترام حقوق الدفاع، ويعني ذلك كفالة حق الرد من الخصم الموجه إليه الطلب؛ بما يحقق الدفاع عن مصالحه وحقوقه، وتمكينه من الاعتراض عليه أو على إجراءاته، وإبداء ما يراه من وسائل دفاع لتفادي الحكم عليه بما يطلبه خصمه.

1- د. أحمد أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون المرافعات، ط6، منشأة المعارف، 1989م، ص439.

ووسائل الدفاع التي يعترف بها المشرع هي الدفع، وهي الوسيلة التي يتقدم بها الخصم للقضاء للرد على طلب من يخاصمه بقصد تفادي الحكم عليه بما يدعيه هذا الخصم أو تأخير الحكم عليه⁽¹⁾. وتصنف الدفع إلى ثلاثة طوائف⁽²⁾:

دفع موضوعية: وهي الدفع التي تتعلق بالحق المراد حمايته.

دفع شكلية: وهي الدفع التي تتعلق بالإجراءات.

والدفع بعدم القبول: وهي الدفع التي تتعلق باستعمال حق الدعوى.

وافترضاً لحسن النية فإنه يجب على الخصم أن يبدي دفعه في الوقت المناسب، دون تراخي في إبدائها قد يؤدي إلى تأخير الفصل في الدعوى، غير أن الخصم قد يفعل عكس ذلك؛ حيث يعتمد إلى التراخي في استعمالها أو يثيرها بسوء نية. وقد تنبه المشرع الليبي إلى مثل هذا السلوك فتناول بالتنظيم بعض أنواع الدفع.

حيث حدد الوقت الذي يجب أن تبدى فيه، ويمكن أن نسوق الأمثلة التالية على ذلك:

أ - نصت المادة 3/76 من قانون المرافعات على أنه يجب الدفع بعدم الاختصاص المحلي في الجلسة الأولى عند نظر الدعوى ابتدائياً.

ب - نصت المادة 91 من قانون المرافعات على أنه يجب إبداء الدفع ببطالان أوراق التكليف بالحضور قبل الدفع بعدم قبول الدعوى وقبل أي طلب أو دفاع فيها أو في الطلب العارض وإلا سقط الحق فيه، ويجب إبداءه في صحيفة الاستئناف وإلا سقط الحق فيه أيضاً.

وقد جرى قضاء المحكمة العليا على أن الدفع الشككية لا يجيز القانون التراخي في إبدائها بل يوجب على الخصوم إبدؤها قبل التطرق لموضوع الدعوى وإلا سقط الحق فيها⁽³⁾.

فالدفع الشككية يجب أن تبدى قبل التعرض لموضوع الدعوى، وقبل إبداء أي دفع بعدم القبول، ولا يستثنى من ذلك سوى الدفع الشككية التي تتعلق بالنظام العام، كالدفع بعدم الاختصاص النوعي، وما ينشأ من دفع شككية بعد التعرض للموضوع، كالدفع بسقوط الخصومة.

1- د. أحمد ماهر زغلول، د. يوسف يوسف أبوزيد، أصول وقواعد المرافعات، د. ت، د. ن، ج3، ص1408، وانظر في هذا المعنى د. أحمد عمر أبوزقية، قانون المرافعات، مرجع سابق، ص181.

2- د. أحمد عمر أبوزقية، المرجع السابق، ص182، وما بعدها، أستاذنا د. الكوني علي اعبودة، قانون علم القضاء، ج2، النشاط القضائي، مرجع سابق، ص245، 246.

3- انظر على سبيل المثال طعن مدني 5/11 في جلسة 1961/5/6م قضاء المحكمة العليا الاتحادية، المبادئ المدنية ج2، منشورات المحكمة العليا الاتحادية، ص250، طعن مدني 29/35 في جلسة 1985/2/4 مجلة المحكمة العليا س22 العددان 3، 4، ص74.

إلا أن المشرع لم يتناول كل الدفع بالتنظيم حيث بقيت العديد من الدفع دونما أي تنظيم ويمكن للخصم مباشرتها وقت ما يشاء، وهذا ما يجعله يختار الوقت الذي يناسبه لإبدائها فلا يبيدها في الوقت الذي يفترض أن تبدى فيه أعمالاً لمبدأ حسن النية في الخصومة.

هذه النماذج من التعسف في استعمال الحق، تنبئ عن سوء نية الخصم مما يجعلها تدخل في حالات الغش في الإجراءات، وهذا ما جعلنا نتناولها كصور لأعمال الغش من الخصوم؛ إلا أن هذه النماذج ليست وحدها بل هناك حالات غش أخرى يقوم بها الخصوم تتمثل في حالات الغش المتعلقة بإعلان الأوراق القضائية، فالإعلانات القضائية مجال آخر فسيح وخصب لغش الخصوم وهذا ما نحاول تسليط الضوء عليه في المطلب التالي.

المطلب الثاني

من صور الغش في إعلان الأوراق القضائية

لقد نظم المشرع الليبي إعلان الأوراق القضائية، وأحاطه بضمانات عديدة بهدف وصول هذه الأوراق إلى شخص المعلن إليه؛ حتى يتسنى له الاطلاع على محتواها والعلم بها إعمالاً لمبدأ المواجهة بين الخصوم⁽¹⁾.

وقد نص المشرع الليبي على كيفية إعلان الأوراق القضائية والمخولون باستلامها في المواد 11، 12، 13 وحدد مواعيد استلامها وامتداد هذه المواعيد، إلا أن مسلك الخصوم في ذلك قد يشوبه الغش، ولعل أبرز صور الغش في إعلان الأوراق القضائية تظهر في صور تتعلق بالإعلان في الموطن وأخرى تتعلق بمن يتسلم الإعلان، هذا ما نحاول بيانه في الفقرات التالية:

أولاً: صور الغش المتعلق بالإعلان في الموطن:

يتحقق الغش المتعلق بالإعلان في الموطن إما بالتجهيل بالموطن، أو التحديد الخاطئ له، أو تغيير الموطن وعدم إخطار الخصم بالتغير، على النحو التالي:

أ - التجهيل بموطن الخصم:

قد يلجأ الخصم إلى التجهيل بموطنه وذلك بعدم تحديده تحديداً واضحاً ودقيقاً، وذلك ليفوت على خصمه سبل الاستفادة من امتداد المواعيد، حيث يعتمد إخفاء موطنه ليضع خصمه في حيرة من أمره فلا يتمكن من إعلانته.

وقد جاء في أحد أحكام محكمة النقض المصرية "أن الإعلان بطريقة تنطوي على غش لمنع المعلن إليه من الدفاع في الدعوى وتقويت مواعيد الطعن في الحكم باطل ولو استوفى ظاهرياً الشكل القانوني"⁽¹⁾.

ب - التحديد الخاطئ للموطن:

قد يلجأ الخصم إلى تحديد موطنه تحديداً خاطئاً ويرجع ذلك إما إلى إهمال من جانبه أو عن قصد، وفي كلا الحالتين يجب ألا يلحق المحكوم عليه ضرر من هذا التحديد الخاطئ للموطن أو يستغله ويستفيد منه المحكوم له.

ج - إلغاء الموطن المختار:

أوجب المشرع على الخصم إذا ألغى موطنه المختار وانتقل إلى موطن آخر أن يخبر خصمه بموطنه الجديد⁽²⁾.

وهذا الالتزام بالإضافة إلى أنه التزام قانوني، فهو التزام يفرضه مبدأ حسن النية في الخصومة، وإن أغفل الخصم القيام بهذا الإجراء فإن إعلانه يصح في موطنه القديم.

ولكن ماذا لو ثبت أن طالب الإعلان يعلم بموطن خصمه الجديد رغم عدم إخطاره به وقام بإعلانه في موطنه القديم؟

يرى جانب من الفقه أن إعلان الخصم في موطنه القديم مع العلم بالموطن الجديد له يجعل الإعلان باطلاً⁽³⁾.

ونحن نميل إلى ترجيح هذا الرأي لأن هذا المسلك من الخصم ينبئ عن سوء نيته حيث إنه بذلك يقصد عدم إعلانه وينبغي ألا يستفيد من فعله.

هذه بعض صور الغش المتعلقة بالموطن. فما هي صور الغش المتعلقة بمن يتسلم الإعلان؟ هذا ما نتناوله في التالي:

ثانياً: من صور الغش المتعلقة بمن يتسلم الإعلان:

نص المشرع في المادة 1/12 من قانون المرافعات على "إذا لم يجد المحضر الشخص المطلوب إعلانه في موطنه كان عليه أن يسلم الورقة إلى وكيله أو خادمه أو لمن يكون ساكناً معه من أقاربه

1- نقض مدني جلسة 1988/2/23م مجموعة أحكام النقض س39 ص278 مشار إليه لدى د. سنية أحمد محمد يوسف، غش

الخصوم كسبب للطعن بالتماس إعادة النظر، منشورات دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1998م، ص272.

2- وفقاً لنص المادة 2/13 من قانون المرافعات الليبي.

3- د. فتحي والي، الوسيط في شرح قانون المرافعات، د.ن، د.ت، ص377.

وأصهاره". هذا النص قد يستغل عملياً بسوء نية، فتتحقق صورة من صور الغش، مفادها أن يتم استلام الإعلان ممن تتعارض مصلحته مع مصلحة المراد إعلانه، كالزوجة التي تطلب الطلاق من زوجها، وهي تقيم معه في بيت الزوجية، وتعلنه بالدعوى في موطنه وتسلم الإعلان بدلاً عن الزواج. أو المؤجر الي يعتمد تسليم الإعلان الموجه منه إلى حارس المبنى بدلاً من تسليمه إلى المستأجر، أو مالك العقار الذي يريد طرد شاغله ويسلم الإعلان للحارس على العقار⁽¹⁾.

كل هذه الصور وغيرها من الصور المشابهة يتم الإعلان فيها بطريقة تنطوي على الغش لمنع الخصم من الدفاع، أو تفويت موعد الطعن في الحكم، والإعلان فيها يستوفي ظاهرياً الشكل القانوني، وفقاً للقانون لكنه لا يحقق غرضه.

لكن ما هو الجزاء المترتب على اتخاذ الإجراء الذي بني على غش. هذا ما نحاول بيانه في المطلب التالي:

المطلب الثالث

الجزاء المترتب على الغش في هذه الصور

إذا ما تم الإجراء مشوباً بالغش فإن بطلان ذلك الإجراء يكون هو الجزاء المباشر لعدم مراعاة ما تطلبه المشرع من إجراءات شكلية، فالغاية من الشكل لا تتحقق إلا باحترام القانون لا بالاحتياط عليه، بل إن الأمر لا يتوقف عند هذا الحد، بل يتعداه إلى انعدام الإجراء عند تعمد إهدار ما تطلبه المشرع من ضمانات لهذه الإجراءات. هذا ما تقتضيه القواعد العامة تأسيساً على أن الغش يتنافى مع مبادئ العدالة والقانون الطبيعي وفقاً لنص المادة 2/1 من القانون المدني ذلك أن المشرع الليبي نص على جزاء عام يوقع عند ارتكاب الغش، فمبادئ العدالة والقانون الطبيعي تقضي بأن الغش يبطل كل شيء، فالأخلاق تأبى أن يستفيد سيء النية من فعله، وهذا ما يقره ضمير الجماعة التي تأبى الظلم وتحاربه وتسند القوانين من أجل ذلك.

وجزاء الغش في القانون المدني هو عدم نفاذ التصرف وفقاً لما قرره المادة 240 منه فكل شخص وجه إليه التصرف المشوب بالغش يمكنه أن يطعن في هذا التصرف، عن طريق الدعوى البوليصة لكي يطالب بعدم الاحتجاج بالتصرف في مواجهته⁽¹⁾.

1- للمزيد انظر د. أحمد أبو الوفاء، التعليق على نصوص قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 132.

في مثل هذه الصور يكون الغش باتفاق مع المخضر القائم بالإعلان.

هذا عن جزاء الغش في القانون المدني الليبي، فماذا عن جزاء الغش في قانون المرافعات الليبي؟
الجزء الذي يرتبه قانون المرافعات على ممارسة الحق الإجرائي بالغش هو البطلان أو الانعدام وهذا ما نلقي الضوء عليه بإيجاز في التالي:

1 - البطلان جزاء للغش:

قرر المشرع الليبي جزاء البطلان للغش في قانون المرافعات وقد جاء ذلك بالتعبير عنه صراحة في بعض نصوصه، فقد نصت المادة 20 على أنه "يترتب البطلان لعدم مراعاة المواعيد والإجراءات المنصوص عليها في المواد 7، 8، 10، 11، 12، 14، 16، 17، 18، 19"⁽²⁾.
ونصت المادة 1/727 على "إذا قضت المحكمة بصحة المخاصمة حكمت على القاضي أو عضو النيابة المخاصم بالتضمينات والمصاريف وببطلان تصرفه".

وقد قُضي في مصر بأنه إذا ثبت أن الإجراءات التي اتبعت في إعلان الورقة كان الغرض منها إخفاء الإعلان عن صاحبه في المدة التي يحددها القانون لاستعمال حقه فيها حتى ترتب على ذلك انقضاءها فتكون الإجراءات باطلة لا ابتداء الإعلان على الغش حيث تعتمد المعلن إليه إخفاء موطنه الأصلي ليفوت على الخصم ميعاد الطعن⁽³⁾.

وقُضي أيضاً بأن تعتمد توجيه إعلان صحيفة الدعوى في موطن ما انتهازا لغياب المراد إعلانه عن هذا الموطن في تلك الفترة للحيلولة دون المثول في الدعوى وإبداء الدفاع فيها يعد من قبيل الغش في حكم المادة 228 مرافعات⁽⁴⁾.

2 - الانعدام جزاء للغش:

يتحقق الانعدام للخصومة وانعدام الحكم الصادر فيها عندما يعتمد الخصم فيها إهدار ما استلزمه المشرع من ضمانات عند اتخاذ الإجراءات في مواجهة الخصم الآخر والتي يكون هدفها علم

=

1- تنص المادة 240 مدني على أنه "لكل دائن أصبح حقه مستحق الأداء وصدر من مدينه تصرف ضار به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه إذا كان التصرف قد انقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته، وترتب عليه عسر المدين أو الزيادة في عسره، وذلك متى توافرت الشروط المنصوص عليها في المادة التالية". وحددت المادة 241 مدني شروط التمسك بدعوى الإبطال.

2- انظر نصوص المواد المذكورة في قانون المرافعات الليبي.

3- استئناف مصر في 14/5/1929 المحاماة س9 ص1077 مشار إليه لدى د. سنية أحمد محمد يوسف، غش الخصوم كسبب للطعن بالتماس المادة النظر مرجع سابق، ص279.

4- نقض مدني 52/209 مشار إليه لدى د. فتحي والي الوسيط في شرح قانون المرافعات، مرجع سابق، ص754، المادة 228 مرافعات مصري تطابق نص المادة 312 من قانون المرافعات الليبي.

الخصم بالخصومة إعمالاً لمبدأ المواجهة⁽¹⁾، والأمثلة على اختراق هذه الضمانات وإهدارها كثيرة نسوق بعضاً منها:

أ - لجوء الخصم نكايّة في خصمه إلى عدم إعلانه بصحيفة الدعوى أو بإعلانها إلى من لا ينوب عنه، أو بتعمد إعلانها في غير موطنه.

ب - إذا ثبت أن الإعلانات التي وجهت للمدعى عليه وهمية أو صورية لم تصل إليه فعلياً، وإن اتخذت شكلاً ظاهرياً خلافاً للواقع، ويكون ذلك بالتواطؤ مع المحضر حيث يقرر غير الحقيقة.

ج - أن يتم الإعلان إدارياً وفقاً لنص المادة 12 من قانون المرافعات بحجة عدم وجود من يستلم الإعلان، أو جود البيت مغلقاً، فيُرسل الإعلان بالبريد إلى عنوان غير عنوان الخصم الصحيح عن طريق التواطؤ.

وقد قضت محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها بأنه "إذا تجرد الحكم من أركانه الأساسية كالحكم الصادر على خصم في غيبته دون أن يعلن بصحيفة الدعوى أو أعلن بها غشا في موطن وهمي له، فإنه يجوز إهداره بدعوى مبتدأة أو إنكاره أو التمسك بعدم وجوده عند الاحتجاج به عليه"⁽²⁾.

وهذا الحكم يبين في الواقع يقظة القضاء المصري وفطنته، حيث أدرك خطورة تنفيذ حكم صادر في خصومة لم يعلم بها المحكوم عليه وسارت في غيبته فأهدر القاعدة الأساسية التي لا تجيز الطعن في الأحكام بدعوى البطلان وأجاز رفع مثل هذه الدعوى استثناءً.

الخاتمة

لما كانت حالات الغش في الإجراءات لم تخضع لتنظيم قانوني في قانون المرافعات الليبي، حيث لم يتناول المشرع ظاهرة الغش بالتنظيم من حيث بيان شروطها وأسبابها والجزاء المترتبة عليها، بل وجدت في نصوص متناثرة متباعدة حاولنا بجهدنا المتواضع استقصاء بعض صور حالات الغش التي يقوم بها الخصوم في الدعوى فيما بينهم، استهدفنا أهمها من وجهة نظرنا في هذه الورقة البحثية المتواضعة، وقد تناولناها تحت عنوان "من صور غش الخصوم في اتخاذ العمل الإجرائي في قانون المرافعات الليبي"، من خلال ثلاثة مطالب تناولنا في المطلب الأول بعض صور الغش بالتعسف في مباشرة الحق الإجرائي، وفي

1- د. فتحي والي الوسيط في شرح قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 230 وما بعدها.

2- نقض مدني 51/1376 ق مشار إليه لدى د. سنية أحمد محمد يوسف، غش الخصوم كسبب للطعن بالتماس إعادة النظر، مرجع سابق، ص 281.

المطلب الثاني بعضاً من صور الغش في إعلان الأوراق القضائية، وتناولنا في المطلب الثالث الجزاءات المترتبة على الغش في هذه الصور، وقد توصلنا من خلال هذه الدراسة المتواضعة إلى التالي:

- 1- إن المشرع لم يستطع أمام توسع فكرة الغش أن يضع لها تعريفاً محدداً.
 - 2- إن المشرع عبر عن حيل وألا عيب الخصوم التي تؤول إلى سوء النية بألفاظ مختلفة، حيث عبر عنها بالغش تارة وبالكيد تارة أخرى.
 - 3- إن الغش الذي يقوم به الخصوم لا يقف عند مرحلة معينة من الخصومة بل قد يظهر خلال سير الدعوى وحتى صدور حكم فيها.
 - 4- إن أساليب الغش متنوعة متعددة فقد يكتسى مظهرها الخارجي الاحترام الواجب لنصوص القانون إلا أن جوهرها يهدم كل الضمانات القانونية للإجراء.
 - 5- إن المشرع وازن بين حقوق الخصم وسوء استخدامه لها، أو استخدامها بطريقة غير مشروعة، فكلما استعمل الخصم حقوقه بقصد تحقيق غرض لم يستهدفه المشرع، كان متعسفاً في استعمال هذا الحق.
 - 6- إن المشرع رتب جزاء البطلان أو الانعدام عند تحقق الغش في الإجراء وثبوته.
- وأخيراً ومن خلال دراسة هذه الصور يمكن لنا القول بأن هذه المحاولة المتواضعة لم تف الموضوع حقه، فالموضوع لازال بكاراً بحاجة إلى دراسة أعمق، فالغش مازال بحاجة إلى دراسة متعمقة لتحديد مفهومه وصوره المتنوعة، خاصة في وقتنا الحاضر، حيث انتشر الفساد وضعفت النفوس وتفنن الخصوم في استخدام الأساليب الملتوية فأصبحت مشكلات عدة تواجه المشرع وتحتاج إلى جزاء رادع لها، ويظهر ذلك في الصور العديدة التي تنبئ عن سوء نية الخصم أثناء سير الدعوى، وإساءة استعمال حقوقه الإجرائية وحرته في الدفاع بإبداء أوجه دفاع صورية أو قيامه بتقديم أدلة مع علمه بعدم صحتها؛ لحصوله عليها عن طريق الغش والتحايل والأمر جد خطير، حيث إن ذلك يتم في ساحات القضاء التي يفترض أن تكون حرماً مقدساً لا ينفذ إليه العبث، والنتيجة جد أسوأ إذ بذلك السلوك سيقع القاضي في الخطأ؛ حيث تنطلي عليه غالباً مثل هذه الحيل وينهار العدل الذي يسعى لتحقيقه ويسود الظلم في المجتمع ويسبب الحرج للقضاء.

ونقر في ختام هذه الدراسة أنني أفدت منها كثيراً، حيث تفتحت لي كثيراً من الآفاق التي كانت معتمة، وأن ما دبحته فيها ما هو إلا نتاج قراءات في النصوص القانونية ومؤلفات من سبقونا فيلهم يرجع الفضل في إخراج هذه الدراسة التي نأمل أن تنفذ قارئاً وتفتح لباحث آخر طريقاً.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

المراجع

أولاً: الكتب.

- د. أحمد أبو الوفا، . التعليق على نصوص قانون المرافعات، الطبعة السادسة، منشأة المعارف، 1989م.
- . نظرية الأحكام في قانون المرافعات، الطبعة السادسة، منشأة المعارف، 1988م.
- د. أحمد عمر أبوزقية، قانون المرافعات دروس موجزة لطلاب القانون، الجزء الأول، الطبعة الثانية، 2008م.
- د. أحمد ماهر زغلول، د. يوسف يوسف أبوزيد، أصول وقواعد المرافعات، دون ناشر، دون تاريخ نشر.
- د. الكوني علي اعبوده، قانون علم القضاء، الجزء الثاني، النشاط القضائي، منشورات المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، 98.
- د. جميل الشرقاوي، نظرية البطالان في التصرف القانوني، دون ناشر، دون تاريخ نشر.
- د. سنية أحمد محمد يوسف، غش الخصوم كسبب للطعن بالتماس إعادة النظر، منشورات دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1998م.
- د. فتحي والي، الوسيط في شرح قانون المرافعات، دون نشر، دون تاريخ نشر.
- د. مصطفى كامل كيرة، قانون المرافعات الليبي منشورات الجامعة الليبية، دار صادر، بيروت، دون تاريخ نشر.

ثانياً: المدونات القانونية.

قانون المرافعات الليبي.

قانون المرافعات المصري.

القانوني المدني الليبي.

ثالثاً: المدونات القضائية.

قضاء المحكمة العليا الاتحادية، القضاء المدني، الجزء الثاني.

مجلة المحكمة العليا الليبية، السنة 22، العددان 3، 4.

العدالة التصالحية في المادة المدنية

إعداد الدكتور: أبو جعفر عمر المنصوري

عضو هيئة التدريس بقسم القانون الخاص

كلية القانون بجامعة طرابلس

مقدمة

اعترف التنظيم القانوني المقارن أخيراً بالوسائل البديلة والودية لحماية المصالح المعتدى عليها بعيداً عن العدالة الرسمية "محاكم الدولة" فظهرت عدة أشكال وأنواع من العدالة الموازية لفض المنازعات متضمنة عدالة تبدأ وتنتهي داخل النظام القانوني القضائي والمتمثلة في نظام الأوامر الولائية وعدالة تبدأ خارج القضاء لكنها قد تنتهي أحياناً بداخله مثل التحكيم، وعدالة تبدأ وتنتهي خارج القضاء مثل الصلح والوساطة والتوفيق.

تلك المسائل أصبحت لها الأولوية في حل المنازعات بعد أن تطورت الحياة الاقتصادية وتشابكت المصالح الاجتماعية وتنوعت عقود التجارة الوطنية والدولية ومن ثم ، أقتضى الأمر ضرورة البحث عن عدالة سريعة تلبي حاجة الأطراف المتنازعة عن طريق حل الخلافات بشكل ودي وعادل وفعال ورضائي، مع ضمان سرية وخصوصية تلك الخلافات .

فالمحاكم لم تعد قادرة وحدها على التصدي للكم الهائل والمتزايد من الخصومات بين الأفراد الطبيعيين بل وحتى المعنويين نتيجة عدة عوامل ،منها التقدم التقني في جميع المجالات وكافة المعاملات التي قد لا يستطيع القاضي غير المتخصص الحكم فيها، نظراً للإشكالات القانونية المتعددة، وهكذا أصبح الأمر لازماً لإحياء تلك الوسائل القديمة الجديدة والتي سبقت قضاء الدولة في حل المنازعات والخصومات، وعليه نحاول أن نخصص هذه الدراسة لأحد تلك الوسائل الودية في حسم الخلافات بين الأفراد الطبيعيين او المعنويين، فيما يتم عن طريق عدالة تصالحية أساسها التوافق والرضاء بالنتائج ، وعليه سنقسم هذا العمل الى مبحثين ندرس في الاول تلك القواعد العامة في العدالة التصالحية ، أما المبحث الثاني فسوف يكون خاصاً بأحكام تلك العدالة وقواعدها الخاصة .

المبحث الأول

المبادئ العامة في العدالة التصالحية

نعني بالعدالة التصالحية ذلك الصلح الذي يبرمه أطراف الخصومة بموجب اتفاق يحسم نزاعاً قائماً بينهما و يتوقع حدوثه مستقبلاً، وهذا العقد يكاد يخضع لكافة الشروط التي تطلبها المشرع في إبرام العقود، إلا أن الصلح ينفرد ببعض المسائل التي سوف نتطرق إليها من خلال دراستنا اليه تفصيلاً وتحليلاً، ومن ثم سوف نقسم هذا الفصل الى مبحثين بحيث يكون الأول خاص بالتعريف للعدالة التصالحية ثم أركانها في المبحث ثان .

المطلب الأول

القواعد العامة في العدالة التصالحية

قبل اللولج الى بعض المسائل الخاصة بالقواعد العامة للعدالة التصالحية ينبغي ان نعطي لمحة عامة عن هذه العدالة، حيث تعريفها وخصائصها في المطلب الأول، ثم نتطرق الى مظاهرها ومقارنتها مع بعض الأوضاع المشابهة في المطلب الثاني.

الفرع الأول

تعريف الصلح وخصائصه

مع بداية كل عمل فقهي ينبغي طرح بعض الأسئلة أو المفاهيم البديهية التي تعد كمدخل لفهم الموضوع المطروح، ولهذا أختص الامر ان نتناول هذا الفرع ضمن الفقرات الآتية:

أولاً - مفهوم الصلح في الشريعة الإسلامية:

لقد كان للشريعة الإسلامية موقف جلي وواضح في إقرار مبدأ الصلح الذي عرف حتى قبل ظهور الإسلام واجازته الشريعة مادام أنه لم يحرم حلالاً أو يحلل حراماً ⁽¹⁾ - ووصفته بأنه ⁽²⁾ والصلح خير ، فهو معاهدة يرجع بها النزاع بين الخصوم ويتوصل بها الى الموافقة بين المسلمين وهذا ما أكدته القرآن الكريم

1- روى ان النبي صلى الله عليه وسلم قال (الصلح جائز بين المسلمين الا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً) رواه احمد أبو داود وابن ماجة والترمذي زاد نقلاً عن الانصاري حسن الشيباني، الصلح القضائي ، الجامعة الجديدة 2009، ص55.

2- ابن النجيم زين الدين بن إبراهيم ، البحر الرائق بشرح كنز الحقائق، ط2 دار الكتب الإسلامية لبنان ، بيروت ج7، ص255.

((وإن طائفتان من المؤمنين اختلفوا فأصلحوا بينهما))⁽¹⁾ وقوله تعالى ((وإن خفت شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها))⁽²⁾ وأيضاً قوله عز وجل ((فاتقوا الله وأصلحوا ذات بينكم وأطيعوا الله ورسوله ان كنتم مؤمنين))⁽³⁾ كما أن السنة النبوية أكدت على ذلك من خلال الاحاديث الشريفة حيث ورد عن الرسول أنه قال: (ألا أنبئكم بصدقة يسيرة يحبها الله ، فقالوا بلا يا رسول الله قال: اصلاح ذات اليمين إذا تقاطعوا)⁽⁴⁾.

وعن ابي هريرة أنه قال سمعت رسول الله يقول (من أصلح بين اثنين أستوجب ثوب شهيد)⁽⁵⁾. فالصلح هو اتفاق ينتهي به النزاع بين الخصوم ويتوصل به الى الموافقة بين المسلمين⁽⁶⁾. كما عرفه الامام ابن عرفة المالكي ((بأنه انتقال عن حق أو دعوى لرفع نزاع أو خوف وقوعه))⁽⁷⁾ فالصلح عند فقهاء الشريعة هو انهاء الخصومة بزوال ما بين الخصوم من خلاف⁽⁸⁾. فالأئمة الأربعة لهم قول بشأن الصلح: فقد عرفه الفقه الحنفي⁽⁹⁾، بأنه عقد يرتفع به التشاجر والنزاع بين الخصوم وهما منشأ الفساد والفتن ، وزاد الفقه الشافعي بتدقيق المصطلح وعرفه، بأنه خصومة المتخاصمين فهو معاقدة يتوصل بها الى موافقة بين مختلفين ولهذا قيل بأن الصلح هو السلم أي قطع المنازعة بين المتخاصمين⁽¹⁰⁾.

ثانيا - مفهوم الصلح في القانون الوضعي:

أما المشرع الوضعي فقد تعرض لأحكام وقواعد وأثر عقد الصلح وبطلانه ضمن نصوص القانون المدني، وكذلك في بعض المواضع من قانون المرافعات، وأيضاً بعض القوانين الخاصة التي سوف نتطرق لها

- 1- الحجرات الآية 9.
- 2- النساء - الآية 34.
- 3- الانفال الآية 1.
- 4- رواه الترمذي في سنته في كتاب القيامة ، أيضا الجامع الاحكام والقرآن لابي عبدالله الانصاري القرطبي -الجزء الخامس، ص385.
- 5- رواه الترمذي - نفس المرجع السابق
- 6- تنص المادة (548) من القانون المدني الليبي كل ما يلي (عقد يحسم به الطرفان نزاعا قائما او يتوقفان به نزاعا محتملا).
- 7- إبراهيم السيد احمد ،عقد الصلح فقها وقضاءً ، دار الكتب القانونية 2005، ص12.
- 8- محمد بن احمد ، شهود العيان في اعمال الانسان ،لبنان -بيروت 1386 هـ الجزء9، ص132.
- 9- الامام حجة الإسلام ابوبكر احمد بن علي الحنفي، احكام القران ، دار الفكر العربي ، بيروت ، لبنان، بدون نشر ص 68،
- 10- بلقاسم شتوان /الصلح في الشريعة والقانون ، اطروحة لنيل درجة الدكتوراه ، كلية أصول الدين ، جامعة الأمير عبدالقادر للعلوم الإسلامية ، قسطنطينة، الجزائر 2000-2001، ص19.

في حينها ، الا ان جل التشريعات ومنها المشرع الليبي وضعت تعريفاً للصلح باعتباره نوعاً من العدالة الموازية ، فالمشرع الفرنسي من خلال نص المادة (1101 مدني) عرف العقد بشكل عام على انه : (اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص او اكثر اتجاه شخص أو أكثر بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو امتناع عن العمل) هذه القاعدة العامة انطبقت على الصلح باعتباره عقد بين طرفين .

فالصلح عقد كسائر العقود المدنية أساسه تلك الأركان الواجب توافرها في كل عقد والا عد باطلاً مثل التراضي والحل والسبب ، كذلك ضرورة توافر شروط لصحته وفقاً وتطبيقاً للنظرية العامة في العقود — لكن الامر اختلف قليلاً في عقد الصلح حيث استوجب ضرورة توفر شروط خاصة ، مثل قيام نزاع او احتمال قيامه مستقبلاً ، بالإضافة الى ان الهدف من الصلح هو حسم نزاع قائم بالطرق الودية عن طريق تنازل كل طرف عن بعض ادعاءاته فالصلح في القانون الفرنسي هو عقد بموجبه ينهي الأطراف خصومة قائمة أو يختاطوا لخصومة محتملة ، هذا الاتفاق يتعين ان يحرر كتابة .

وهكذا نجد المشرع الفرنسي⁽¹⁾ حدد معالم العدالة التصالحية ضمن المواد (2044 الى 2058) بشي من العناية في صياغة نصوصها وصناعتها بشكل دقيق .

أما المشرع المصري فقد حدد عقد الصلح من خلال نص المادة (549) مدني وعرفه بـ(الصلح يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً او يتوقعان نزاعاً محتملاً ذلك بأن ينزل كلا منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه) .

وهو نفس التعريف الذي يتبناه المشرع الليبي ضمن نص المادة (548) مدني ومن الملاحظ ان التعريفات السابق ذكرها منقولة عن بعضها باعتبار ان المشرع الفرنسي أسبق في وضع التشريعات بشكل مجمل⁽²⁾ .

1- محمد احمد عبدالرحمن ،عقد الصلح في الشريعة والقانون ،رسالة ماجستير جامعة الجزائر ، كلية الحقوق والعلوم الإدارية بن عنكوك 2002،2001،ص17.

راجع أيضاً — محمود جمال زكي ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري ، الجزء الأول في مصادر الالتزام ط1968،ص54.

2- الصلح تصرف قانون أساسه نزاع قائم او محتمل ، وقد يكون صوراً مع نية حسمه من قبل اطرافه بشرط نزول كل من المدعين عن جزء من طلباته —انظر عبدالحميد الشواربي ، التحكيم والتصالح في ضوء الفقه والقضاء والتشريع ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية 1996،ص411.

والصلح وفق مفهومه هو تصرف قانوني وليس واقعة قانونية، وهذا التصرف تطلب فيه الشارع إيجاب ثم قبول مع تطابق كل منهما، فهو الإجراءات التي تفرضها بعض القوانين على المتخاصمين لألزامهم امام القاضي، ومحاولة التقريب بين وجهات النظر بعد إقامة الدعوى⁽¹⁾.

إذا فالصلح هو عمل ناتج عن تصرف بين طرفين أو أكثر، وكل منهما يبدي مألديه من رغبات، ومن خلال تلك المفاوضات يتم التنازل المتبادل عن بعض متطلباتها من أجل الوصول إلى قاعدة أساسها تسوية المنازعة وديا تحفظ الامن والسلم الاجتماعي.

وعليه يتضح ان العدالة التصالحية وسيلة اختيارية وليست اجبارية عرفتها البشرية منذ القدم منظمة وفق اعراف وقواعد نتيجتها الوصول إلى حل المنازعات بشكل مرضي لهم⁽²⁾ فهي وسيلة من أنجح الوسائل التي يمكن بها المحافظة على تلك العلاقات الاجتماعية، باعتبارها وسيلة ودية وحيية، فمهما كبر النزاع واجتمع الأطراف بشأنه في جلسة تفاوضية وطرح المقترحات والحلول وآلية وكيفية حل تلك المنازعة، الا وقد وصل الخصوم إلى حل مرضي لهما بعدالة يرضى بها كل طرف باعتبار ان كل ماصدر عنهم من طلبات أو تنازلات كان بمحض إرادة توافقية .

ولهذا أصبح الصلح من الوسائل البديلة عن الدعوى القضائية مثله مثل باقي الوسائل ومن ثم وجب العودة إلى تلك الأعراف التي أرست تلك القواعد التوافقية في حل كافة المنازعات لما لها من فوائد في حفظ كيان الجماعة وسلامة بنائها من أي تصدع أو انشقاق في جوهره⁽³⁾.

الفرع الثاني

خصائص العدالة التصالحية

ذكرنا ان عقد الصلح من العقود التي تستلزم توافق بين ارادتين سواء في تلك الطلبات التي يتقدم بها الأطراف أو التنازلات التي يقدمها كل طرف من أجل حسم المنازعة وحتى يتضح الامر ينبغي الإشارة إلى تلك الخصائص التي تميزت بها العدالة التصالحية:

1- يسرى محمد محي ، عقد الصلح بين الشريعة والقانون المدني ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1987، ص 89-90.

2- مثل التحكيم والوساطة والتوثيق .

3- حديجة علاوي -الصلح والوساطة كآلية لحل النزاعات ، بحث منشور في مجلة القضاء المدني ، الرباط، المغرب ،

2013، ص 49.

راجع في ذلك محمد كامل مرسى ، شرح القانون المدني الجديد الالتزامات ، الجزء الأول طبعة 1954 ، ص 18.

أولاً - العدالة التصالحية أساسها عقد رضائي ملزم للجانبين:

عملاً بنص المادة (548) من القانون المدني التي أشارت إلى أن الصلح يتم بموجب عقد ينهي أو يحسم نزاع قائم بين الطرفين ولا يشترط فيه شكل خاص بل ينعقد بإيجاب وقبول حتى ينتج أثره، وهو الزاميته على أطراف العلاقة العقدية⁽¹⁾.

ثانياً - العدالة التصالحية من العقود الاحتمالية او المحددة:

عندما يلتقي الخصوم في مجلس العقد ويحددان المسائل التي يمكن التفاوض بشأنها مع إمكانية التنازل عن بعض منها، بحيث يتم تحديد النقاط التي تقدم بها كل طرف ووافق عليها الطرف الآخر، فمثلاً التنازل عن بعض الأشياء العينية التي يطالب بها أحد الطرفين مقابل أن يتنازل عن جزء من المبلغ النقدي الذي يُطالب به.

كما أن عقد الصلح يمكن أن يكون احتمالياً مثل تصالح الورثة مع وارث آخر على أن يرتب له إيراداً مدى الحياة في مقابل حصته من الميراث المتنازع فيه أو شعور الأطراف بإمكانية حصول المنازعة في المستقبل وعليه أجاز المشرع أن يتم التصالح على شيء مستقبلي⁽²⁾.

ثالثاً - عقد الصلح من عقود المعارضات:

جميع عقود الصلح من العقود التي تقوم على أساس المعاوضة، بمعنى كل طرف يتنازل في مقابل ما يأخذ⁽³⁾ فليس هناك بيع أو هبة أو أي شكل من أشكال التصرفات، سواء تنازل عن بعض الحقوق في مقابل الحصول على قدر من المنافع من الطرف الآخر، وكل ذلك يتم عن تفاهم وتراضي بين الأطراف.

رابعاً - عقد الصلح من العقود الفورية وليس من العقود الزمنية:

لا دخل لعنصر الزمن في عقد الصلح حتى ولو كان تنفيذ الالتزام المترتبة عنه مؤجلة إلى أجل غير معلوم، ولهذا فإن عقد التصالح يعد من العقود الفورية باعتبار أنها تبرم في مجلس المفاوضات والمساومات حول فض المنازعات.

خامساً - عقد الصلح عقد كاشف:

يعد عقد الصلح من العقود الكاشفة عن الحقوق التي تؤول إلى كل طرف تستند في مصدرها إلى مصدرها الأول لا إلى عقد الصلح، باعتبار تلك المسائل سبق وأن أبرمت منها عقود ثابتة، لكن ظهرت

1- عبدالرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 181.

2- يسرى محمد محي، عقد الصلح بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني دار الفكر القاهرة، ص 178، ص 180.

3- عبدالحكيم مودة، أحكام الصلح في المواد المدنية والجنائية، دار الفكر الإسكندرية، ص 18.

الخروقات التي قرر الخصوم انهاءها عن طريق الصلح ولهذا يقال أن العدالة التصالحية تأتي بعد المنازعة حول العقود الأساسية ومثال ذلك الوارث الذي يتخارج من التركة بالاتفاق مع باقي الورثة ، مقابل الحصول على حقوق تعتبر مملوكة له من تاريخ الوفاة ، وليس من تاريخ التصالح، ذلك أن عقد الصلح يكشف عن تلك الحقوق ولا ينشئوها⁽¹⁾.

المطلب الثاني

اركان العدالة التصالحية

من المعلوم أن الصلح أداة لفض المنازعات، وهو نوع من العدالة الموازية، ولا يتم إلا بترك بعض المسائل في مواجهة الطرف الآخر وبالمقابل يقوم هذا الأخير بالتنازل عن بعض طلباته، ولهذا فإن تلك المقترحات وتبادل الآراء أساسه طرح وسيلة فعالة لفض وانهاء خصومة قائمة أو يحتمل قيامها مستقبلا. إلا أن هذا الامر عادة ما يتم ابرامه في اتفاق مكتوب حتى يكون حجة على طرفيه، ولهذا أوجب المشرع بعض المسائل حتى يمكن تنفيذه والاحتجاج به، وبالرغم من أن الصلح يتولد بموجب اتفاق او عقد مبرم بين الأطراف وفقا للقواعد العامة لنظرية العقد مع احتفاظ الصلح ببعض المسائل، ولهذا لن نعوص في تلك الأركان او في شروط صحة العقد ولكن لا بأس من الإشارة إليها وفقا للآتي:

الفرع الأول

الرضا

بعد الرضاء الركن الأول في عقد الصلح وبدونه ينعدم هذا الأخير الا ان هذا الركن له أيضا شروط لصحة انعقاده وأخرى شروط لصحته.

أولا- شروط انعقاد العدالة التصالحية :

شرط الانعقاد اعتبره المشرع ركناً في الرضاء نفسه، باعتبار ان هذا العقد يعد من العقود الرضائية ومن ثم استوجب فيه القانون ضرورة صدور ايجاب صحيح خالٍ من العيوب ثم قبوله من القابل مع تطابق كل منهما⁽²⁾.

1- عبدالرزاق السنهوري و عبدالحكيم فودة ، احكام الصلح في المواد المدنية والجنائية، دار الفكر الإسكندرية، ص18.

2- عبدالحكيم فودة ، احكام الصلح في المواد الحديثة والجنائية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ص 7.

فالصلح نوع من المفاوضات والمساومات التي تجري بين الخصوم من أجل الوصول إلى نتيجة مفادها إنهاء المنازعة ودياً بعيداً عن عدالة الدولة، والمتمثلة في محاكمها العاملة، ولهذا يجب أن يلتقي الأطراف في مجلس واحد، وقد يشترك معهم آخرون في تقديم المساعدة أو المشورة من أجل المساعدة في طرح المقترحات البديلة، وعليه يتم تبادل الآراء أولاً عن تراضٍ وتوافق، ويقدم كل طرف طلباته والحلول التي فكر فيها مسبقاً من أجل إنهاء المنازعة وبعد المناقشات والمطالب المختلفة يصل الجميع إلى اتفاق من خلال إيجاب صادر من الموجب ويقبله القابل مع تطابقهما .

كما يمكن أن يتم الصلح عن طريق شخص آخر مثل الوكيل أو النائب أي غير الأصيل لكن نتائج ذلك تعود دائماً على هذا الأخير، ولهذا يقال أن الصلح لا يمكن أن يكون بإرادة منفردة لأنه تنازل عن بعض الادعاءات من كل طرف.

ثانياً - شروط صحة العدالة التصالحية:

شروط صحة الصلح لا تخرج أيضاً عن القواعد العامة في نظرية العقد، وبدون هذه الشروط يصبح الاتفاق قابلاً للإبطال ومن ثم يحق لمن تقرر البطلان لمصلحته ويطعن في ذلك الاتفاق، وهذا ما أشار إليه نص المادة (549) مدني ((يشترط فيمن يعقد صلحاً أن يكون أهلاً للتصرف يعرض في الحقوق التي يشملها عقد الصلح)).

أ- **شرط الأهلية:** ونقصد بالأهلية هي أهلية التصرف بعرض في الحقوق التي تصالح عليها الأطراف، باعتبار أن كل خصم لديه طلبات وتنازل عن بعض الحقوق أي تنازل عن بعض الادعاءات، وهذا يحصل بالمقابل من الطرف الآخر، ولهذا أستوجب المشرع في من أراد إبرام عقد الصلح أن يكون متمتعاً بالأهلية الكاملة دون عيوب، ودون الخوض في أحكام الأهلية باعتبار أن لها موضع آخر من حيث نقصها أو انعدامها يخرج عن نطاق هذا البحث.

ب- **شرط سلامة الرضا من العيوب**⁽¹⁾: لقد حدد المشرع تلك العيوب في النظرية العامة للعقود مثل خلو الإرادة من الغلط أو التدليس أو الإكراه أو الاستغلال فهذه المسائل إذا وجدت تجعل من الصلح قابلاً للإبطال ومن ثم يتقرر بحسب المصلحة - فإذا شاب غلط في اتفاق الصلح، كمثال تلك العجوز التي باعت حصتها من الميراث على أساس أنها تملك الثمن وفي الحقيقة أنها تملك الربع لعدم وجود وارث لها، فهذه المرأة أجاز لها القانون أن تطلب إبطال العقد حول ما

1- محمد علي البدوي الأزهرى، النظرية العامة للالتزامات المركز التومى للبحوث والدراسات العليا طرابلس، ط 4،

تصالح عليه، باعتبار انها وقعت في غلط ، كذلك اذا زور شخص مستندات كانت بحوزته وتصالح بها مع شخص آخر ثم يتبين انها مزورة ،جاز لهذا الأخير ان يطلب انهاء ذلك التصالح الذي حصل بموجب الاتفاق المبرم بينهم وهو نفس الحال في التاجر المفلس الذي يدلّس على دائنيه فيبرم معهم صلحا حتى لا يشهر افلاسه ،فهذا الامر غير جائز وبموجبه يجوز للدائنين ان يطعنوا في ذلك الاتفاق التصالحي ،وهو نفس الحال عند توفر حالة الاكراه او الاستغلال .

الفرع الثاني

محل وسبب العدالة التصالحية

أشترط المشرع في كل عقد لكي يكون صحيحا ومنتجا لأثاره ان يكون محله موجوداً ومعيناً، كذلك يجب أن يكون السبب غير مخالف للنظام العام والآداب العامة أي يجب ان يكون مشروعاً.

أولاً - محل العدالة التصالحية:

عقد المصالحة من العقود الرضائية التي تستوجب عدة أطراف عند ابرامه ،ولهذا لا يمكن تصور قيامه بإرادة منفردة ،كما ان الإرادة اللازمة لصحته يجب ان تكون خالية من العيوب إضافة الى وجود المحل باعتباره ركناً في ذلك العقد ، ويمكن ان يكون المحل قابلاً للوجود حتى يحصل الاتفاق وفقاً لما تطلبه القانون مع ضرورة ان يكون معيناً او قابلاً للتعيين ، تلك أمور أشار اليها المشرع المدني عند ابرام أي اتفاق الا ان الصلح لا يمكن ان يكون في تلك المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية للإنسان او المرتبطة بفكرة النظام العام والآداب العامة،⁽¹⁾ ولهذا لا يجوز ابرام عقد صلح يكون محله الاتجار بالممنوعات او ممارسة الأفعال غير المشروعة قانوناً فالإتجار بالمخدرات او المسكرات تعد مسائل غير مشروعة ولا يجوز ابرام مصالحة بشأنها.

ثانياً - سبب العدالة التصالحية:

سبب اتفاق المصالحة هو انهاء المنازعة او الخصومة بين الأفراد وبالرغم من أن هناك اتجاه⁽²⁾ يقول ان الصلح يختلط فيه المحل بالسبب احتلاطاً تاماً الا ان هذا القول لا يصدق على كل الحالات التي تبرم فيها عقود العدالة التصالحية ذلك ان الصلح هو عقد واتفاق بين طرفين او أكثر، وهذا العقد من اركانه ان

1- عدم جواز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية او بالنظام العام ، وضع قيد على زواج المصرية بأجنبي مؤدها تعلقها بالنظام العام فلا يجوز الصلح عليها قضاء محكمة اول درجة بالحاق عقد الصلح المتضمن بنود عقود الزواج المنعقد بين المصرية والاجنبي بحضور جلسة ،واثبت محتواه فيه وجعله في قوة السند التنفيذي دون مراعاة الشروط التي استوجبهها القانون أثره جواز استئنائه من التيار العامة عليه ذلك(يقتضي 31/3/1992 طعن رقم 33 لسنة 58 قضائية أحوال. نقلا عن إبراهيم السيد احمد ، عقد الصلح فقها وقضاء، 2005 دار الكتب القانونية ، مصر ص43.

2- عبدالحكيم فؤدة ، احكام الصلح دار الفكر الجامعي ، مرجع سابق ص28.

يكون سببه مشروعاً⁽¹⁾ وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة ، فالتصالح مع امرأة من أجل الاستمرار في علاقة غير مشروعة يعد باطلاً بطلاناً مطلقاً باعتبار أن الباعث أو الدافع لهذا العقد أساسه وسببه غير مشروع، فما بنى على باطل فهو باطل ،ولهذا اذا كان السبب غير مشروع أصبح العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً ولا يمكن تصحيحه وفقاً لنظرية تحول العقد.

المبحث الثاني

أحكام العدالة التصالحية

حدد الفقه احكام العدالة التصالحية من خلال النصوص التشريعية الواردة في الصلح مستعينا بالأحكام القضائية الصادرة بالخصوص، ولهذا تشكلت للصلح أنواع وطرق لإثباته من خلال الإشكاليات التي حصلت من تطبيق العدالة التصالحية كما ترتبت آثار ونتائج من إبرام العقد التصالحي، لكن هذا النوع من العدالة لا يمكن لها ان تستمر دون انقضاء، وعليه وجب التطرق لحل هذه الموضوعات من خلال المبحثين التاليين:

المطلب الأول

أنواع وطرق اثبات العدالة التصالحية

للصلح أنواع إذا ما رجعنا الى مصدره فهناك صلح اتفاقي وآخر قضائي وأخيراً صلح وفق قوانين خاصة أصدرها المشرع لكن الحقها بمسألة التصالح في بعض المسائل أما عن طرق اثباته فهي لا تخرج عن تلك القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني، ولهذا سوف نتطرق لهذه المسائل من خلال المطلبين الآتيين:

الفرع الأول

أنواع العدالة التصالحية

لقد تعددت العدالة التصالحية وفقاً لطريقة إنجازها، فهناك صلح اتفاقي يبرم بين الأطراف لينتهي نزاع قائم أو محتمل بالتراضي، كما ان هناك صلح يتم تقديمه امام السلطة القضائية، وأخيراً أعطى المشرع سلطة لجهة الإدارة أن تبرم صلحاً مع مرؤوسيه من أجل فض المنازعات ودياً.

1- أكرم الوائى ، العقود المدنية ،الصلح - الهبة - الوكالة ، المكتب القومية ، القاهرة ، 1988 ، ص21.

أولاً - الصلح الاتفاقي:

ان صاحب الحق ليس في حاجة الى عدالة الدولة طالما ان المنازعة يمكن حلها من خلال مجلس تفاوضي، استثمارا للوقت والجهد والمال فهذا النوع من العدالة يزيل الضغائن بين الافراد ويحافظ على اللحمة الاجتماعية، فهي عدالة ودية رضائية تبدأ بواسطتها النفوس وتحسم نزاعاً كان قائماً أو من المحتمل ان يحدث مستقبلاً على أساس من المحبة والآلفة.

إضافة الى ان هذا النوع من العدالة تتحقق به العدالة السريعة، مما تعطي ثقة للمتنازعين في الحصول على عدالة نزيهة وتوافقية ، ولهذا كان الصلح الرضائي دائماً يلعب دوراً كبيراً في انهاء الخصومات القائمة او المتوقع اثارها بصفة نهائية.

وأهم ما يميز هذا النوع من العدالة هو ارتياح الأطراف وسعادتهم بما توصلوا اليه، بل قد يصل الامر الى إحياء مآدبة أساسها السرور والبهجة من خلال العدالة التصالحية باعتبارها ودية وناجحة عن تراضٍ بينهم ، ولهذا يقال ان الصلح هو احد غايات القانون⁽¹⁾ المتمثلة في المحافظة على الأمن والاستقرار بين أفراد المجتمع ، ناهيك على الاستفادة من قلة التكاليف التي أصبحت تشكل عبئاً على كاهل الخصوم ، فارتفاع المصاريف التي يدفعها المتنازعون في العدالة القضائية قد تفوق أحيانا قيمة الدعوى المرفوعة منهم ، فضلاً عن إضاعة الوقت والجهد ، ولهذا أصبح الصلح خير وسيلة لفض المنازعات في عصرنا الحالي، فالعدالة التصالحية تحقق انعكاساً إيجابياً على كافة المعاملات خاصة التجارية ، فأصحاب المال لا يجذون الذهاب إلى محاكم الدولة من اجل المحافظة على مراكزهم الاجتماعية، وأيضاً ليس لهم الوقت الكافي للجلوس في أروقة المحاكم او في قاعات المحاكم والانتظار بالساعات حتى تفتتح الجلسات ومن ثم برزت هذه العدالة التصالحية لتحل محل الأولى باعتبار أن الحلول التي تطرحها أكثر نجاعة على جميع المستويات .

ثانياً - الصلح القضائي:

تنص المادة 116 مرفعات على أن (للمحكمة الابتدائية أن تحاول الصلح عندما ترى فيه الفائدة). ونعني بذلك أن للمحكمة المختصة بنظر النزاع ان تعرض الصلح على أطراف الخصومه، وبهذا يعد الصلح جائزاً أمام المحاكم، وعلى هذه الأخيرة أن تطرحه أمام الخصوم أولاً لإمكانية فض المنازعة عن تراضٍ ولهذا إذا ما تم الصلح أمام القضاء أو تم خارجه إلا أن توثيقه حصل أمام القاضي فإن ذلك يعد صلحاً قضائياً.

1- فاطمة الزهراء بن محمود ، الصلح في العمل القضائي ، مجلة القضاء والتشريع(تونس) أكتوبر ، 1993-ص34.

وتجدر الإشارة إلى أن العدالة التصالحية أساسها اتفاق يتم تفرغه في محضر موقع عليه من أطرافه وأيضاً إن كان هناك شهود عليه.

فتوثيق الاتفاق أمر مهم حتى يكون حجة على أطرافه — هذا الاتفاق يتم تقديمه إلى المحكمة لإثبات ما فيه وللنظر في صلاحيته من حيث توافر أركانه وشروطه وفي هذه الحالة يجب على المحكمة أن تعيد قراءة ذلك الاتفاق على الخصوم وفي حالة الموافقة عليه يتم تدوينه في محضر الجلسة ليتم قراءته مرة أخرى أمام الخصوم وفي جلسة علنية، وبعدها يطلب من المتنازعين التوقيع عليه ليتم بعد ذلك صدور قرار المحكمة بالمصادقة عليه وبإعطائه قوة السند التنفيذي⁽¹⁾، وهذا القرار يعتبر نهائياً لا يجوز استئنافه لكن يمكن رفع دعوى أخرى ببطالان ذلك الاتفاق إذا ما شابته مطاعن حول إجراءاته أو ما ثبت فيه من وقائع، والجدير بالذكر أن هذا القرار يصدر دون تسيب أو ذكر لوقائع المسألة المتصالح حولها⁽²⁾ ومع ذلك فهو حجة على أطرافه والغير، طالما لم يطعن فيه بالتزوير حيث يتم بموجب ذلك رفع دعوى جديدة لبطلان ذلك الصلح.

هناك سؤال آخر ينبغي الإشارة إليه وهو أن نص المادة 116 يشير إلى المحكمة الابتدائية وصلاحيتها في عرض الصلح قبل اللجوء إلى نظر الدعوى لكن ماذا لو حصل الصلح أمام المحكمة الجزئية فهل يرفض ذلك الصلح؟

نقول أن المشرع سمح بإجراء الصلح في المسائل التي لم يمنعها القانون أمام المحكمة الابتدائية وسكت عن ذلك أمام المحكمة الجزئية ولم ينص على خلاف ذلك ولهذا يجوز لهذه الأخيرة أن تقوم بعرض الصلح قبل مباشرة الدعوى المعروضة عليها، كما يجوز توجيه الأطراف إلى محاولة إجراء الصلح، لكن تبقى المحكمة الجزئية أيضاً مقيدة بالإجراءات المتبعة والمتخذة من المحكمة الابتدائية عند قيامها بعرض الصلح.

1- (القاضي وهو يصدق على الصلح لا يكن قائماً بوظيفة الفصل في خصومة لان مهمته تكون مقصورة على إثبات ما حصل امامه من الاتفاق ومن ثم فإن الاتفاق لا يعدوا ان يكون عقد ليس له حجة الثني المحكوم فيه).

كما جاء في حكم اخر (تصديق القاضي على الصلح أساسه سلطته الولائية لا القضائية مما مؤداه ان ما حصل امامه من اتفاق وتوثيق ليس له حجة الشيء المحكوم فيه وان اعطى شكل الاحكام عند اثباته). نقضي 28-4-1985، طعن رقم 1694 لسنة 49 قضائية ونقض 25-12-1988، طعن 1233 لسنة 56 قضائية نقلا عن إبراهيم سيد احمد، عقد الصلح فقها وقضاء مرجع سابق ص 43.

2- اختلف الفقه في طبيعة ذلك القرار ضمن الفقه من يرى انه بمثابة حكم قضائي واخرون يروون انه ذو طبيعة ولائية ومنهم من يرى انه ذو طبيعة مزدوجة —أنظر

الانصاري حسن النيداني ، الصلح القضائي ، دار الجامعة الجديدة ، 2009 الإسكندرية ص 125 الى (3)

ثالثا - العدالة التصالحية في قوانين خاصة:

سوف نعرض في هذه الفقرة وبإيجاز غير مخل بعض القوانين الخاصة التي سمحت بإجراء العدالة التصالحية لإنهاء أي منازعة تحدث بالخصوص دون الغوص في تنايها أو إهمال في محتواها.

ففي قانون علاقات العمل رقم 12 لسنة 2010م تشير المادة 102 الى أنه إذا رفع نزاع بين العامل وجهة العمل يتولى موظف التوفيق التابع لمكتب الشغل تسوية النزاع عن طريق المفاوضات خلال عشرة أيام وإلا عليه إحالة التقرير الى مدير مكتب الشغل، كما اشارت المادة 103 منه الى مسألة تسوية منازعات العمل عن طريق التحكيم الاختياري بناء على طرفي المنازعة فإذا لم يتم الاتفاق على تسوية النزاع عن طريق التحكيم يتم عرض المسألة على مجلس التوفيق وهيئة التحكيم المشار إليهما في قانون العمل.

وبالرغم من الصياغة التي نري أنها غير موفقة من المشرع حول نص المادة المذكورة لأنه يخلط بين التوفيق والتحكيم والصلح في حين ان هذه المفاهيم والمصطلحات يختلف كل منهما عن الآخر، ودون الخوض او التعمق في هذه المفاهيم لأنها تخرج عن نطاق هذا البحث، ولكن من المهم أن نذكر بأن المشرع في قانون علاقات العمل أجاز عملية الصلح بين العامل ورب العمل عند حصول منازعة او خصومه حول العمل بل نص صراحة في حالة عدم التوصل الى اتفاق في تلك اللجان المشكلة بالخصوص تحال المسألة الى مجلس التوفيق المشار اليه في نص المادة 104 منه والمشكل برئاسة قاضي وعضوية مندوب عن مكتب الشغل ومندوب عن هيئة العمل ومندوب عن هيئة الثقافة ليتولى البحث في أسباب المنازعة من اجل الوصول الى تسويتها وإذا تعذر ذلك يتم إحالة المسألة الى هيئة تحكيمية استنادا الى نص المادة 105 من نفس القانون علما بأن هذا المجلس يباشر عمله في نطاق كل دائرة محكمة ابتدائية .

كذلك قانون سوق المال رقم 11 لسنة 2010 م أشار في مواده من 56 إلى 61 إلى كيفية تسوية المنازعات وتشكيل مجلس التأديب والى الإجراءات الواجب اتباعها عند التحقيق حول الواقعة وأيضا لجنة التظلمات واختصاصاتها وطريقة تشكيل مجلس التوفيق والتحكيم.

والهم في هذا القانون ان نص المادة 66 منه تشير الى عدم جواز رفع الدعوى الجنائية الا بناء على طلب أمين لجنه الإدارة والذي يجوز له التصالح مع المتهم أو الحكم عليه إضافة إلى جواز انقضاء تلك الواقعة بالتصالح، وعلى الجهات المعنية أن تأمر عندها بوقف السير في الدعوى أو إيقاف العقوبة إن كانت هناك عقوبة بتمام الصلح.

أما قانون تشجيع الاستثمار رقم 9 لسنة 2010 م فقد أشار في نص المادة 24 إلى على كيفية تسوية المنازعات وديا عن طريق الصلح وهو نفس الحال في قانون الجمارك رقم 10 لسنة 2010 م حيث أشار في نص المادتين 212 و 211 إلى أحقية المدير العام أو من يفوضه أن يجري التصالح قبل صدور حكم المحكمة الابتدائية ويترتب على التصالح انقضاء الآثار المترتبة على جريمة التهريب.

كما ينبغي الإشارة الى القانون رقم 7 لسنة 2010 م بشأن الضرائب الذي اشارت المادة 17 منه إلى جواز أن تجري المصلحة صلحا مع الممول بناء على طلبه في أي وقت من خلال لجنة مشكلة بالخصوص من أمين المصلحة تتألف من ثلاثة من موظفي المصلحة على ان لا يكون من بينهم من أجرى التقدير الضريبي محل الصلح، فإذا تم الصلح اعتبر المتظلم متنازلا عن تظلمه.

وهو نفس الحال في قانون التأمين الاجباري رقم 28 لسنة 1971م وتعديلاته (قرار رقم 4 لسنة 2001م وقرار رقم 8 لسنة 2003م وأيضا القرار رقم 213 لسنة 2003م بشأن ضوابط التعويض) ذلك القانون وتعديلاته وأيضا هذا القرار الأخير أشار إلى جواز عملية المصالحة في تقدير قيمة التعويض المطلوب من طرف المضرور او المؤمن له وأخيرا نشير الى القانون رقم 23 لسنة 2010 م بشأن النشاط التجاري ضمن نص المادة 984 وما بعدها الى جواز اجراء الصلح مع الشخص المعرض للإفلاس لتوقي الحكم عليه بشهر افلاسه تلك بعض القوانين الخاصة التي حاولنا ابرازها وبتباين نصوصها حول مسألة العدالة التصالحية .

الفرع الثاني

اثبات العدالة التصالحية

البيئة وسيلة من وسائل الاثبات في العدالة التصالحية عملا بنص المادة 551 ق مدني (لا يثبت الصلح إلا بالكتابة أو بمحضر رسمي) وهو نفس النص القانوني لدى المشرع المصري (552) مدني ،ولهذا استجوب المشرع ضرورة كتابة الصلح من أجل توثيقه ليكون حجة على من كان طرفاً فيه ، وباعتبار أن هذا النوع من العدالة تتضمن شروط واتفاقيات معقدة لكونها نتاج مفاوضات صعبة ومساومات وتنازلات من كل طرف عن جزء أو بعض من ادعاءات ليتم اثبات ما تم التوصل اليه كتابه في عقد أو محضر رسمي يقوم بتوثيقه موظف عام ومختص ذلك ان الصلح لا يجوز ان يخلف لنا نزاع اخر قد ينشأ عن اباحة اثباته بالبيئة وتدوينه في ورقة مكتوبة .

والملاحظ أن الكتابة ليست شرط لصحة الانعقاد، بل شرط للإثبات باعتبار ان العدالة التصالحية هي بالأساس رضائية بين الأطراف، ومع ذلك اذا لم يستطع الأطراف اثبات صلحهم بالكتابة أجاز المشرع ان تتم عملية الاثبات بالشهادة او بالإقرار وهي نفس الوسائل المنصوص عليها في القانون المدني وأيضا قانون المرافعات.

فقد يضيع محضر الصلح او يتم اتلافه قصدا من أحد الخصوم ففي هذه الحالة لا خير من الالتجاء الى الوسائل البديلة عن الكتابة وهذا ما أكده القضاء المقارن واستند في ذلك ان الصلح بمثابة عقد رضائي يجب توافر فيه كامل الشروط والاركان والا ترتب عليه البطلان.

كذلك قد يتم تحرير الصلح امام المحكمة عملاً بنص المادة 116 مرافعات وفي جلسة صحيحة قانوناً وبإجراءات سليمة من اجل اثناء المنازعة صلحاً، ومن ثم يعد بمثابة قرار ينهي منازعة بموجب اتفاق. وهذا القرار لا يحتاج الى تسييب من القاضي ولا يجوز الطعن فيه بالطرق العادية او حتى بالطرق غير العادية، ولكن يمكن رفع دعوى مبتدأة لا بطلالة في حالة الادعاء بتزويره، ومع ذلك نرى ان المشرع قاصر في مثل هذا النهج عندما منع الطعن في المصادقة على محضر الصلح امام المحكمة، ذلك ان هذا العمل القضائي يمكن جعله من ضمن الأوامر التي تصدر عن القاضي، ومن ثم يمكن التظلم فيه امام درجة اعلى من الجهة التي أصدرته. وعليه نحبب بالمشرع النظر في هذه المسألة من اجل أداء وتحقيق عدالة سريعة ونزيهة، بدلاً من رفع دعوى جديدة للمطالبة ببطلان ذلك الاتفاق إذا ما تم فيه تزوير، لان ذلك يعد بطيء في العدالة وزيادة في المصاريف وضياح للوقت والجهد دون فائدة يذكر.

والجدير بالذكر انه بعد التصديق على محضر الصلح واعطائه قوة السند التنفيذي يصبح ذلك الصلح بمثابة سند يمكن الحصول بموجبه على الصيغة التنفيذية من اجل تنفيذ ما جاء به إلا في حالة نكو لأحد اطرافه فيما بعد.

المطلب الثاني

آثار وبطلان العدالة التصالحية

لكل عقد آثار تتحقق بعد إتمام الإجراءات المطلوبة قانوناً، والصلح شأنه شأن سائر الاتفاقات المبرمة بين المتنازعين إلا أن هذا النوع من العدالة له أثر نسبي وآخر كاشف، فهو مقصور على المحل الذي وقع عليه وما على الأطراف الذين ساهموا في ابرام ذلك الاتفاق إلا التقييد والتنفيذ بما جاء فيه باعتباره يعد أثراً من آثار إبرام الاتفاقات.

الفرع الأول

آثار العدالة التصالحية

تنص المادة 553 مدني على أن: (للصلح أثر كاشف بالنسبة الى ما تناوله من الحقوق ويقتصر هذا الأثر على الحقوق المتنازع فيها دون غيرها).

من قراءة هذا النص نلاحظ أنه يتناول الأثر الكاشف للصلح فهو مقصور على الحقوق المتنازع فيها دون غيرها أما إذا اشتمل على مسائل خارج نطاق الخصومة كان الأثر ناقلاً لا كاشفاً.

أولاً - الأثر الكاشف بالنسبة للحقوق المتنازع فيها:

ففي الأثر الكاشف أن الحق الذي يخلص للمتصالح بالصلح يستند إلى مصدره الأول لا إلى الصلح فمثلاً إذا اشترى شخصان قطعة أرض ثم حصل نزاع بينهما وبعدها توصلا إلى مصالحة توافقية

لفض المنازعة اعتبر كل منهما مالكا لذلك النصيب لا بعقد الصلح بل بعقد البيع الذي اشترى به قطعة الأرض، حيث استند كل منهما إلى مصدره الأول، وتذهب النظرية التقليدية في تقليل هذا الأثر الكاشف إلى أن الصلح هو إقرار من كلا المتصلحين أي لبعضهم البعض وفيما بينهم، فالإقرار في هذه الحالة هو إخبار لا إنشاء وعليه فهو يكشف الحق ولا ينشئه، بالرغم من الاعتراض على هذه النظرية إلا أن أصحابها يدافعون عنها بحجة أن هذا التنازل في الادعاءات يفترض إنه إقرار من المتصالح لصاحبه كشف عن الحق، فيكون الأثر الكاشف للصلح إنما هو محض افتراض.

أما النظرية الحديثة فتذهب إلى أن المتصالح في الواقع لا يقر لصاحبه بشي معين بل ينزل عن حق الدعوى في الجزء من الحق الذي تنازل عنه وسلم فيه للطرف الآخر فهذا الجزء بقي على وضعه السابق ولم يتغير، وإنما الصلح قد حسم النزاع فيه مخلص لصاحبه، هكذا يكون للصلح أثرا فهو حاسم للنزاع من حيث استئثار وخلوص الحق، وكاشف عن الحق من حيث بقاء الحق على وضعه الأول⁽¹⁾.

وهكذا فإن نتائج الأثر الكاشف للصلح تتلخص في أن المتصالح لا يعد متلقيا للحق المتنازع فيه من المتصالح الآخر، ولا يكون خلفاً في هذا الحق، وعليه لا يستطيع في مواجهة الغير أن يستفيد من مستندات الطرف الآخر، كذلك لا يلتزم هذا الأخير بضمان الحق المتنازع فيه الذي أسند للمتصالح الأول، لأنه لم ينتقل إليه هذا الحق.

فالالتزام بالضمان لا يكون إلا مكملًا للالتزام بنقل الحق، ومن ثم فكل التأمينات تبقى شاملة للدين محل الخصومة، والذي كان محلاً للمصالحة بين أطرافه، كما أن قيمة الصلح المبرم تظهر في مسألة الاجتماع به في مواجهة الطرف الآخر، حتى ولو انصب على حق عيني عقاري الذي أوجب المشرع ضرورة تسجيله، حتى يترتب أثره، فذلك الصلح يحتاج به ولو لم يتم تسجيل العقار وهذا بخلاف لو أن أحدهما باع العقار فلا يجوز عندها لمن خلص له العقار بالصلح أن يحتاج على المشتري إلا إذا سجل الصلح، كذلك إذا وقع الصلح على دين به خصومة في ذمة الغير، وخلص ذلك الدين لأحد المتصلحين فلا يعتبر هذا المتصالح متلقيا للدين من المتصالح الآخر، فلا تراعى هنا تلك الإجراءات الواجبة في حوالة الحق.

ثانيا - الأثر الناقل بالنسبة للحقوق المتنازع فيها:

قد يحصل صلح على مسألة معينة دون أن يكون فيها نزاع وفي هذه الحالة يصح أن يتم التصالح حول واقعة مستقبلية ومن ثم فهو ينشئ التزامات أو ينقل حقوق وعليه فإن هذا الصلح يكون له أثر

منشئ أو ناقل لا أثر كاشف، ومثال ذلك تحديد الدين بدين جديد أقل من الدين الأصلي ففي هذه الحالة يكون للصلح أثر منشئ.

ثالثاً- الأثر النسبي للعدالة التصالحية:

العدالة التصالحية شأنها شأن الاتفاقات التي تحصل بين الأطراف، فهي محددة ومقصورة على الطرفين، وأيضاً على محل التصالح و سببه، وهذا ما يطلق عليه بالأثر النسبي للصلح، فمثلاً إذا تصالح أحد الورثة مع الموصي له على الوصية فإن الورثة الآخرين لا يحتجون بهذا الصلح ولا يحتج به عليهم، كذلك إذا تصالح المصاب مع المسؤول ثم مات من الإصابة، فإن هذا الصلح لا يحتج به على ورثة المصاب فيما يختص بالتعويض المستحق لهم شخصياً بسبب وفاة المصاب، وهو نفس الحال بالنسبة للأثر النسبي للمحل حيث يجب أن يفسر الاتفاق دائماً تفسيراً ضيقاً فالصلح مسألة أخرى، وأخيراً بالنسبة للسبب فلا يتقيد بالصلح إذا ما اختلف السبب

رابعاً- انقضاء الحقوق والادعاءات:

تنص المادة 552 من القانون المدني على ما يلي: (1- تحسم بالصلح المنازعات التي تناولها 2- يترتب عليه انقضاء الحقوق والادعاءات التي نزل عنها أي من المتعاقدين نزولاً نهائياً). من خلال هذا النص يتضح ان للصلح اثر كاشف واساس، وهو انتهاء المنازعة بين الأطراف نهاية رضائية دون شرح في علاقتهما، فكما ذكرنا أن الصلح هو في المستقبل ومن ثم فإن الأطراف تبذل مجهوداً عن طرق التنازل عن بعض ادعاءات كل منهم على ان تنصرف نيتهم الى حل المنازعة بطريقة عادية وودية بعيداً عن العدالة الرسمية اقتصاداً في الوقت والجهد والمال، فالصلح قد يحصل حتى ولو استبدل محل الحق المتنازع فيه صلحاً، ولهذا تكون نتائج وآثار ذلك الصلح انقضاء الحقوق والادعاءات التي نزل عنها كل طرف نزولاً نهائياً، ويصبح ذلك الاتفاق حجة فيما ثم التصالح عليه.

وهكذا تبرز العدالة التصالحية في انهاء الخصومات بين الأفراد بطرق ودية محافظة بذلك على جوهر كيان الجماعة بالرغم من أن التضحية التي قد يقدمها أحد الأطراف مؤلمة بالنسبة إليه أي أنها ليست متعادلة مع ما يقدمه الطرف الآخر، ولهذا برزت هذه العدالة في وقتنا الحالي لتحتل مكانة العدالة القضائية ولتكون من بين الوسائل البديلة للدعوى.

الفرع الثاني

بطلان العدالة التصالحية وانهاؤها

قد يتعرض عقد الصلح الى مطاعن من قبل ذوي المصلحة مما يعرضه الى بطلانه أو فسخه إذا توفرت شروط لذلك، ولهذا سوف نعرض في الفقرتين التاليتين إلى بطلان إتفاق الصلح وإنهاؤه.

أولاً - بطلان اتفاق الصلح :

أشارت المادة 555 من القانون المدني الى عدم جواز الطعن على الصلح بسبب غلط في القانون، كذلك تضمنت أن الصلح يكون باطلا إذا تم على أسباب ووثائق تبين بعد ذلك أنها مزورة أو انصب الصلح على خصومة تم الفصل فيها قضائيا بحكم واجب النفاذ، وجهل ذلك أحد المتعاقدين، كذلك أشارت المادة 556 إلى مسألة عدم تجزئة الصلح وإلا كان باطلا، إلا إذا كان الاتفاقات التي تمت على أن أجزاء العقد مستقلة بعضها عن بعض، وبالرجوع إلى نص المادة 555 يتضح أن هذا النص يمثل استثناء صريحاً من القواعد العامة، حيث نجد أن الغلط في نظرية العقد يجعل العقد قابلاً للإبطال، بينما الغلط في القانون في اتفاق الصلح لا يجعل الصلح قابلاً للإبطال، وهذا ما أكدته القضاء المصري⁽¹⁾ ذلك ان المشرع كان حاسماً في هذه المسألة حيث ألزم أطراف الصلح بضرورة التروي والاطلاع واتخاذ القرار المناسب الذي ينهي المنازعة إضافة إلى أن المشرع جعل إرادة الأطراف في الصلح أقوى من تلك النصوص المدونة ضمن القواعد العامة في إبطال الاتفاقات، وإن كان لنا من رأي فإن هذا الاتجاه نخالفه تماماً ذلك أن الصلح إذا كان محله أو سببه غير مشروع فإن المشرع يأخذ بإبطال تلك التصرفات أما غير ذلك فيجعله لإرادة الأطراف ولهذا كان ينبغي على المشرع أن يكون الغلط في الواقع وحده لإبطال الصلح وأن يفسر هذا النص تفسيراً ضيقاً.

كما يكون باطلا الصلح إذا كان أساسه وثائق مزورة كان قد أستند عليها أحد الأطراف في إنهاء المنازعة وكان الطرق الآخر قد قدم هذه الأوراق بسوء نية قاصداً بذلك الإضرار بالطرف الأول، ولهذا فإن أي مستند⁽²⁾ مزور يبني عليه اتفاق الصلح يترتب عليه بطلان هذا الأخير، كذلك الحال إذا صدر حكم قضائي و فصل في منازعة بحكم واجب النفاذ وجهل ذلك أحد المتعاقدين فإن ذلك الصلح يكون باطلا باعتبار أن الصلح هي مسألة ودية لفض المنازعات ينبغي أن يكون الأطراف فيها حسنى النية قاصدين بذلك إنهاء منازعاتهم بمحبة وود دون تزوير أو سوء نية من أحد الأطراف كذلك في مسألة عدم تجزئة الصلح باعتبار بطلان جزء منه يقتضي بطلان الاتفاق بكامله إلا إذا أتفق الأطراف على أن كل بند مستقل عن الآخر، فعدم تجزئة الصلح عند بطلانه ليس مقصوراً على البطلان بسبب الغلط بل يشمل جميع أشكال البطلان المنصوص عليها في النظرية العامة للعقود من أهلية وتراضي ومحل وسبب، ولهذا إذا

1- عبدالرزاق الشهرزوي ، الوسيط في شرع القانون المدني ، العقود التي ترد على الملكية ص 590.

2- (للغير الذي أضر الصلح بحقوقه عن طرق الغش ان يرفع دعوى أصلية ببطلانه او يبدي الدفع بالتدخل في الدعوى التي حصل فيها الصلح)نقضي 14-5-1970 لسنة 21 ، ص 830 .

نقلا عن إبراهيم السيد احمد ، عقد الصلح فقها وقضاء ، مرجع سابق ، ص 47

بطل جزء من الصلح بطل جميع أجزائه ، لكن هذه المسألة ليست من النظام العام⁽¹⁾ لأنه يجوز للأطراف أن تتجه ارادتهم صراحة او ضمنا الى اعتبار أجزاء الصلح بعضها مستقل عن الجزء الآخر ، فإذا بطل جزء في هذه الحالة وكان الجزء الآخر صحيحا تم ابطال الجزء الباطل فقط دون الصحيح منه ، لأنه مستقل تماماً من حيث اتجاه الإرادة ، ولذلك فإن الصلح يتجزأ طبقاً لإرادة المتعاقدين ، ومع ذلك يمكن القول أن هناك بعض المسائل التي أشار إليها المشرع أن الصلح لا يجوز فيها أصلاً اما بقوانين خاصة او حتى ضمن القانون المدني ، فمثلاً لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو تلك المسائل المرتبطة بالحالة الشخصية او الأهلية او التصالح على شرعنة جريمة ، تلك مسائل تعد باطلة ، كما لا يجوز التصالح على الفوائد الربوية لأنها ممنوعة أصلاً ، او تقسيم تركة مستقبلية تلك مسائل تعد باطلة إذا ما حصل بشأنها تصالح لأنها ببساطة مخالفة لقواعد قانونية آمرة .

ثانياً - إنهاء العدالة التصالحية:

قد ينتهي عقد الصلح نتيجة الاحلال بالالتزامات المتقابلة الناجمة عنه ، بحيث يعطي مبرراً للمضرب بأن يرفع دعوى قضائية للمطالبة بفسخه ، باعتبار أن عقد الصلح من العقود الملزمة للجانبين كما ذكرنا ، ولهذا عندما يتصلح الافراد على شيء معين ثم يتلصق الطرف الآخر في التنفيذ فما على الطرف المضرب إلا اللجوء الى القضاء الرسمي لفسخ العقد⁽²⁾ إذا توافرت شروطه ، لكن وقبل اللجوء الى القضاء يمكن التصالح في بعض الأجزاء إذا ما كان هناك احلال في ذلك الجزء باعتبار أن نظرية العقود تقودنا إلى ضرورة الوفاء وتنفيذ الاتفاقات بتراضي الاطراف سواء عند ابرامها أو حتى عند انتهائها ، أما اذا أراد الطرف الاخر ان ينهك شريكه في الاتفاق أو كان ذلك الاتفاق على مسائل غير حقيقية أو غير موجودة أو مزورة كان على الخصم أن يلتجئ الى القضاء برفع دعوى أمام المحكمة المختصة يرجع فيها طبقاً للقواعد العامة للخصم أمام المحاكم - لكن السؤال الذي ينبغي الإجابة عنه وهو إذا ما فسخ اتفاق الصلح فما هو الجزء المترتب على ذلك ؟

1- (احكام الإرث ويقين الورثة وانتقال الحقوق في التركات لمن له حق فيها شرعاً تعليقها بالنظام العام الصلح على ما يخالفها باطل) .

نقضي 20-5-1982 ، طعن 792 سنة 44 قضائي نقلاً عن إبراهيم حميد احمد ، مرجع سابق ص 46.

2- (الفسخ يرد على الصلح ، كما يرد على سائر العقود الملزمة للجانبين فإذا لم يتم احد المتصلحين بما اوجبه الصلح في ذمته من التزامات جاز للمتعاقد الاخر ان يطلب الفسخ من التعويض اذ كان له محل) جلسة 30-12-1975 المكتب الفني لسنة 26 رقم 324 ، ص 1735.

من المعروف ان الصلح جاء نتيجة اتفاق ثان من اجل حسم نزاع حول عقد قديم وقد ذكرنا أن الأثر المترتب على عقد الصلح أنه عقد كاشف لعقد قديم - فإذا ما حصل فسخ لعقد الصلح فإن من حق الخصوم الرجوع الى النزاع القديم الذي ترتب على إبرام العقد الأول - القديم - والمطالبة بكامل الدين، باعتبار أن اتفاق الصلح قد أتى لاحقا عن العقد الأول الذي نشأ عنه نزاع بين الخصوم ولهذا استوجب المشرع ضرورة الرجوع الى العقد الأصلي عند الرغبة في اللجوء الى القضاء إذا ما تم فسخ العقد المتعلق بالصلح.⁽¹⁾

الخاتمة

أصبحت العدالة الموازية امرا مستحبا في وقتنا المعاصر بعد ان تشابكت الحياة وزادت الاتفاقات وتنوعت أشكال العدالة بحسب ظروفها ولهذا لم يكن من بد أن تظهر اشكال جديدة وسريعة لتطبيق العدالة الموازية حيث خرج علينا أحدها وهي العدالة التصالحية، التي بموجبها يتم فض المنازعات عن طرق التراضي بعد أن يتنازل كل طرف عن بعض من ادعاءاته او استبدالها بشي آخر طالما أن الاتفاق نهايته قفل باب الخصومة وديا، ومن ثم كانت هذه العدالة سببا في المحافظة على النسيج الاجتماعي وترابطه. وقد نظم المشرع الليبي العدالة التصالحية ضمن نصوص القانون المدني وتتبعها بعض القوانين الخاصة التي تمت الإشارة إليها إضافة إلى مسألة الصلح القضائي، وقد ركزنا على تلك الخصائص التي تتمتع بها العدالة التصالحية وأركانها وانتهينا إلى طرق اثباتها وكيفية انقضائها ووصلنا الى نتيجة مفادها أن العالم يتطور ويتجه رويدا رويدا إلى تلك الوسائل البديلة عن الدعوى القضائية خاصة بعد إزدياد عمليات التجارة الدولية وعبرها للقارات ، فلم تعد المسألة قاصرة على داخل الدولة كما أن أطراف المنازعة أصبحوا يحسبون للوقت ألف حساب ومن ثم اختصارا للوقت والجهد والمال أصبحت العدالة التصالحية هي الأهمى في حل المنازعات وديا عن طريق التراضي.

1- عبد الحكيم فودة ، مرجع سابق ، ص 46، (وقد جاء في حكم المحكمة المصرية ما يلي : (الصلح لا يترتب عليه قانونا انحلال التصرف الذي صدر الصلح في شأنه ليحل هذا الصلح محله ، وإنما يظل التصرف الأصلي قائما ومنتجا لأثاره المعدلة للصلح بحيث اذا ابطال هذا العقد او فسخ ظل التصرف الأصلي منتجا لأثاره دون ان ينال منها الصلح الذي ابطال او فسخ) ينقضي 25-5-1978، طعن رقم 654 لسنة 45 ق نقلا عن إبراهيم سيد احمد ، عقد الصلح فقها وقضاء مرجع سابق ص 67.

وعليه آن الأوان ان يقوم المشرع الليبي بوضع التشريعات اللازمة حول العدالة الموازية، كما فعلت بعض التشريعات المقارنة ومنها المصري والأردني ودول الخليج العربي، وكل ذلك من اجل تحقيق عدالة بسيطة يتمتع بها الافراد عن طريق التوافق والتصالح.

النتائج

- 1- تعد العدالة التصالحية من الوسائل الودية لفض المنازعات.
- 2- تساهم العدالة التصالحية في المحافظة على كيان الجماعة وتماسك نسيجها من التفكك او زرع العداوات.
- 3- العدالة التصالحية أصبحت تتعدد وتنوع بحيث نجد ان المشرع ادخلها في العديد من القوانين الخاصة علاوة على القانون المدني وقانون المرافعات.
- 4- العدالة التصالحية تحتاج إلى أناس ذوي خبرة ومركز اجتماعي ولهم القدرة على التأثير إيجاباً في حل المنازعات الاجتماعية والقانونية.
- 5- أصبحت العدالة التصالحية في عصرنا الحالي بديلاً عن العدالة الرسمية نتيجة تطور الحياة الاقتصادية وأصبح طالبوها يبتعدون عن محاكم الدولة اكتساباً للجهد والوقت والمال.
- 6- يعد الأثر الجوهري للعدالة التصالحية إنهاء المنازعة بشكل ودي ورضائي.
- 7- الصلح يعد عقداً او اتفاقاً بموجبه يحسم نزاعاً قائماً أو متوقعاً ونوعه مستقلاً.
- 8- الصلح لا يتم الا إذا تنازل أطراف الخصومة عن بعض ادعاءاتهم.
- 9- تطبيق القواعد العامة لنظرية العقود على مسألة اثبات عقد الصلح واركانه وبطلانه.
- 10- العدالة التصالحية من العقود الكاشفة وحجيتها قاصرة على الأطراف.

التوصيات

- 1- نتمنى من المشرع الليبي أن يدرج العدالة التصالحية في نصوصه كشرط لقبول الدعوى القضائية من أجل التحقيق من الكم الهائل من القضايا البسيطة المرفوعة امام محاكم.
- 2- آن الأوان ان يصدر المشرع الليبي قوانين خاصة بالعدالة الموازية كما فعلت بعض الدول العربية والأجنبية.
- 3- نتمنى من المشرع الليبي في الصلح القضائي ان يجيز الطعن أو التظلم منه أمام محاكم الدرجة الثانية بدلا من رفع دعوى جديدة لإبطاله إذا ما كان فيه تزوير.

- 4- نخب بالمشروع الليبي أن يعترف بالعدالة التصالحية ويعتبر ما يصدر عنها بمثابة سند رسمي وإذا ما أراد صاحب المصلحة تنفيذه بالقوة الجبرية ان يلتجئ الى قاضي الأمور الوقفية لإصدار امر بالتنفيذ اسوة بالتحكيم او بالوساطة في بعض الدول.
- 5- التصريح لمكاتب خاصة بتولي عملية تنفيذ العدالة التصالحية سواء بين الافراد الطبيعيين أم المعنويين لحل الخلافات بطرق ودية.

قائمة المراجع

أولا - الكتب:

- 1- الامام حجة الإسلام أحمد بن علي الحنفي ، أحكام القرآن، دار الفكر العربي ، بيروت ، لبنان.
- 2- ابن نجيم زين الدين بن إبراهيم، البحر الرائق بشرح كنز الحقائق، دار الكتب الإسلامية، ط2، لبنان، بيروت.
- 3- إبراهيم السيد احمد، عقد الصلح فقها وقضاء، دار الكتب القانونية 2005.
- 4- الانصاري حسن الشيباني، الصلح القضائي، دار الجامع الجديدة، 2009.
- 5- أكرم الواي العقود المدنية (الصلح، الهبة، الوصية)، المكتبة القومية، القاهرة 1988.
- 6- عبد الله الانصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، الجزء الخامس.
- 7- عبد الحميد الشواربي، التحكيم والتصالخ في ضوء الفقه والقضاء والتشريع، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 1996.
- 8- محمد كمال مرسي، شرح القانون المدني الجديد، الالتزامات، الجزء الأول، طبعة 1954.
- 9- محمد علي العدوي الازهري، النظرية العامة للالتزامات، المركز القومي للبحوث والدراسات العليا، طرابلس ط4، ج1.
- 10- يسرى محمد محي، عقد الصلح بين الشريعة والقانون المدني، دار الفكر العربي، القاهرة، 1978.

ثانيا - الرسائل والاطروحات :

- 1- بلقاسم شتوان ، الصلح في الشريعة والقانون، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه ، كلية أصول الدين ، جامعة الأمير عبدالقادر للعلوم الإنسانية ، قسطنطينة ، الجزائر، 2001.
- 2- محمد احمد عبد الرحمن، عقد الصلح في الشريعة والقانون، رسالة ماجستير ، جامعة الجزائر، كلية الحقوق والعلوم الإدارية بن عنكوك، 2002.

ثالثا- البحوث:

- 1- خديجة علاوي، الصلح والوساطة كآلية لحل النزاعات، بحث منشور في مجلة القضاء المدني، الرباط، المغرب، 2013.
- فاطمة الزهراء بن محمود، الصلح في العمل القضائي، مجلة القضاء والتشريع، تونس، 1993.

القيمة القانونية للقواعد الإجرائية

المنظمة لأعمال السلطة التأسيسية

(مدة ولاية الهيئة التأسيسية)

إعداد: دكتور عادل عبد الحفيظ كندير

أستاذ مشارك بكلية القانون جامعة طرابلس

مقدمة

تظهر الحاجة لصناعة الدستور في عدة أحوال أهمها: قيام ثورة⁽¹⁾ أو انقلاب يترتب على أي منهما إنهاء نظام دستوري قائم وبعث نظام آخر جديد يقوم على أسس وقواعد مختلفة، وإذا كانت صناعة الدساتير تتم عبر سلطة توصف بالتأسيسية، وتُمنح لها الصلاحية في ذلك بطرق شتى تختلف باختلاف الظروف والأحوال من دولة لأخرى حسب درجة النضج السياسي ودرجة تطور المجتمع، فإن أكثر الطرق شيوعاً في هذا العصر، هو الطريق الديمقراطي القائم على إرادة الشعب لا إرادة الحكّام؛ فالشعب هو مصدر كل سلطة، تأسيسية كانت أو غير ذلك - مؤسّسة أو مؤسّسة - ويعتبر طريق اختيار السلطة التأسيسية بالافتراع المباشر عبر انتخابات حرة ونزيهة بموجب قواعد دستورية مؤقتة الطريق الديمقراطي الأكثر شيوعاً في عالم اليوم، وتوصف القواعد الدستورية المؤقتة في هذه الحالة بأنها الإطار الدستوري الذي يتضمن مجموعة القواعد الإجرائية المنظمة لأعمال السلطة التأسيسية المنتخبة، وأنها بمثابة العقد الاجتماعي المؤقت بين الشعب وأعضاء السلطة التأسيسية المنتخبون فيما يتعلق بصناعة الدستور.

عليه، فإن السلطة التأسيسية المنتخبة، وإن اعتبرت سلطة تأسيسية أصلية عليها لا تعلوها سلطة أخرى، فإن تمتعها بالرفعة والسمو لا يرفع عنها الالتزام بأحكام وقواعد الإطار الدستوري المؤقت التي انتخبت في ظلّه وضمن حدوده؛ لأنها لم تنشأ من عدم، وإنما جاءت في ظل هذا الإطار وضمن هذه الحدود؛ فهذه القواعد هي المعبر عن ضمير الشعب أو الأمة في المرحلة المؤقتة أو الانتقالية، وهو ما يعني

1- ولهذا السبب ظهرت الحاجة في ليبيا إلى صناعة دستور جديد عقب قيام ثورة 17 فبراير بهدف إنهاء النظام القانوني القائم في ليبيا قبل قيام هذه الثورة وبعث نظام قانوني جديد يقوم على أسس وقواعد جديدة تنسجم مع الأهداف والمبادئ التي قامت لأجلها الثورة، وقد أكدت الفقرة 10 من المادة 30 من الإعلان الدستوري المؤقت الصادر بتاريخ 2 أغسطس 2011 وتعديلاته الحاجة لوضع هذا الدستور.

حكما وعقلا أن الإخلال يمثل هذه القواعد يشكل مخالفة دستورية ليس فقط فيما يتعلق بعمل السلطة التأسيسية، بل ووجودها، ولذلك فإن الإشكالية القانونية التي تعالجها الورقة تتمثل في الأبعاد القانونية أو الدستورية المتعلقة بعدم التزام الهيئة التأسيسية في ليبيا لصياغة مشروع الدستور - التي انتخبت بطريق الاقتراع الحر المباشر بتاريخ 20 فبراير 2014م بموجب القواعد الدستورية الواردة في الإعلان الدستوري المؤقت الصادر بتاريخ 2 أغسطس 2011م وتعديلاته - بأحكام القواعد الدستورية الإجرائية الواردة في المادة 30/ 10 المقطع ب من الإعلان الدستوري المشار إليه والتي تشكل الإطار الدستوري الذي انتخبت في ظله وضمن حدوده الهيئة التأسيسية، ونصها الآتي:

(إعادة تشكيل المفوضية الوطنية العليا لانتخاب هيئة تأسيسية بطريق الاقتراع الحر المباشر من غير أعضائه لصياغة مشروع دستور دائم للبلاد تسمى الهيئة التأسيسية لصياغة الدستور، وتتكون من ستين عضوا على غرار لجنة الستين التي شكلت لإعداد دستور استقلال ليبيا عام 1951م ويتولى المؤتمر الوطني العام بموجب قانون خاص تحديد معايير وضوابط انتخابها، ويراعى فيها وجوب تمثيل مكونات المجتمع الليبي ذات الخصوصية اللغوية والثقافية "الأمازيغ- الطوارق- التبو".

وتصدر قرارات الهيئة التأسيسية لصياغة مشروع الدستور بأغلبية الثلثين زائد واحد مع وجوب التوافق مع مكونات المجتمع الليبي ذات الخصوصية الثقافية واللغوية في الأحكام المتعلقة بهم، على أن تنتهي من صياغة مشروع الدستور واعتماده في مدة لا تتجاوز مائة وعشرين يوما من انعقاد اجتماعها الأول).

لعل أهم إخلال وقع من قبل الهيئة التأسيسية لأحكام القواعد الدستورية الإجرائية الواردة في النص المشار إليه، هو المتعلق بمدة إنجاز عملها، فهي لم تلتزم المدة المحدد لها دستوريا للانتهاء من صياغة مشروع الدستور، الأمر الذي انتهى بتقديم طعن دستوري أمام الدائرة الدستورية للمحكمة العليا، بعدم دستورية وبطلان انعقاد جلسات الهيئة التأسيسية لصياغة مشروع الدستور بعد 11 أغسطس 2014م وما ترتب عنها من آثار، تحت رقم 4 لسنة 62 قضائية⁽¹⁾، أودع بتاريخ 9 يناير 2015م. لاشك أن هذا الطعن يثير العديد من التساؤلات لدى البعض أهمها: هل الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا مختصة بنظره؟ وإذا كانت الإجابة بنعم، ما مدى حظوظ الحكم بقبول الطعن؟ وإذا ما حكمت الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا بقبول الطعن، فما البديل للهيئة الحالية في ظل الظروف الراهنة التي تعيشها البلاد؟

الإجابة على هذه التساؤلات وغيرها تقتضي إقامة دراسة تحليلية لنص المقطع ب من الفقرة 10 من المادة 30 من الإعلان الدستوري المؤقت سابق الذكر أعلاه، وستنطلق هذه الدراسة من الأحكام

1- تم إيداع تقرير الطعن لدى قلم كتاب المحكمة العليا بتاريخ 9 يناير 2015 من قبل الأستاذ المحامي البشير عمر قوبشة.

الفقهية لتقسيمات القاعدة القانونية، ولما كان شُراح القانون يتفقون أو يجمعون على تقسيم قواعد القانون إلى فئات متعددة؛ فإن هذه الدراسة ستنبص تحديدًا على التقسيم من حيث العموم، ومن حيث ما تتركه من حرية للمخاطبين بها، ومن حيث ما تمنحه من سلطة تقديرية للمعنيين بأحكامها، وهو ما يقتضي إتباع الخطة المنهجية التالية:

المبحث الأول: من حيث العموم

المبحث الثاني: من حيث ما تتركه من حرية ومن سلطة تقديرية

المبحث الأول

من حيث العموم

تكمن أهمية هذا التقسيم في الإجابة على التساؤل المتعلق باختصاص الدائرة الدستورية للمحكمة العليا بالنظر في موضوع الطعن الدستوري رقم 4 لسنة 62 قضائية، بشأن عدم دستورية وبطلان انعقاد جلسات الهيئة التأسيسية لصياغة مشروع الدستور بعد 11 أغسطس 2014م، وللوصول إلى هذه الإجابة، سيتم التعرض لتعريف القاعدة الموضوعية والقاعدة الإجرائية (المطلب الأول)، ثم التعرض بعد ذلك لما جرى عليه قضاء المحكمة العليا، من حيث مدى اختصاص الدائرة الدستورية بالنظر في القواعد الدستورية الإجرائية؟ (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تعريف القاعدة الموضوعية والقاعدة الإجرائية

تنقسم القاعدة القانونية من حيث العموم إلى قاعدة موضوعية وقاعدة إجرائية، والقاعدة الموضوعية هي: تلك القاعدة القانونية التي تتضمن أحكامًا موضوعية تُبين الحقوق والواجبات أو المراكز القانونية. أما القاعدة الإجرائية⁽¹⁾ فهي: تلك القاعدة القانونية التي تتضمن أحكامًا إجرائية تُبين الأوضاع والإجراءات التي تُتبع لاقتضاء الحقوق أو للوفاء بالالتزامات التي تقرر في القاعدة الموضوعية. فالقواعد الإجرائية هي قواعد قانونية تعكس الشق الإجرائي في مقابل الشق الموضوعي؛ فهي الوسيلة لإدراك تطبيق أحكام القواعد الموضوعية⁽²⁾، ومنها تلك القواعد الواردة في قانون المرافعات المدنية

1- لمزيد التفصيل حول القواعد الإجرائية، انظر د. بومره، الهادي علي، الموجز في قانون الإجراءات الجنائية الليبي، مكتبة طرابلس العلمية العالمية، الطبعة الأولى، 2012، ص 3.

2- المرجع السابق، ص 3.

أو في قانون الإجراءات الجنائية. والهدف من وضع قواعد إجرائية في مقابل القواعد الموضوعية هو تحقيق وظيفتين، الأولى: تتمثل في وضع آلية قانونية لتفعيل النصوص الموضوعية. والوظيفة الثانية: تتمثل في وضع إطار قانوني لا يمكن لسلطات الدولة تجاوزه في سعيها لإدراك الوظيفة الأولى⁽¹⁾.

عليه، ومن خلال ما تقدم، لا يمكن القول بأن القواعد الإجرائية ما هي إلا قواعد شكلية لا قيمة قانونية لها، فعلى العكس من ذلك، نجد أن قيمتها القانونية لا تقل عن تلك القيمة المتعلقة بالقواعد الموضوعية؛ لأنها لا تضع فقط آلية قانونية واجبة الإلتباع لتفعيل أحكام النصوص الموضوعية، بل هي ترسم الإطار القانوني الذي لا يمكن للمخاطبين بأحكامها تجاوزه عند سعيهم لوضع أحكام القواعد الموضوعية موضع التنفيذ، أي كانت الجهة المعنية بحكم القاعدة الإجرائية، سلطة تأسيسية أو تشريعية أو تنفيذية أو غير ذلك.

كما أن قضاء المحكمة العليا في حكمها الصادر بتاريخ 14/6/1970م. استقر على أن السلطة التقديرية والمطلقة التي ترد على أركان القرار هي كالتالي: ترد السلطة التقديرية على ركني السبب والحل؛ أما السلطة المقيدة فإنها ترد على أركان الاختصاص والشكل والغاية وهو ما يجعل من التقييد بهذه الأركان مسألة متعلقة بالنظام العام.

عليه، فإذا كان الحكم فيما يتعلق بالسلطة التقديرية والمقيدة هو على هذا النحو في حال صدور قرارات إدارية بالاستناد إلى قواعد قانونية عادية؛ فكيف الحال إذا ما كانت المسألة المثارة ذات صلة بقرارات صادرة بالاستناد إلى قواعد قانونية دستورية، ولم ترع فيها ركني الاختصاص والشكل المنصوص عليه في مثل هذه القواعد الدستورية؟

المطلب الثاني

قضاء المحكمة العليا

تطبيقاً لأحكام المادة 23 من القانون رقم 6 لسنة 1982م بشأن إعادة تنظيم المحكمة العليا وتعديلاته⁽²⁾ اتجه قضاء الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا إلى عدم اختصاصه بالنظر في القاعدة الدستورية

1- انظر، المرجع السابق، ص 4.

2- تنص المادة 23 من القانون رقم 6 لسنة 1982م بشأن إعادة تنظيم المحكمة العليا على ما يلي: (تختص المحكمة العليا دون غيرها منعقدة بدوائرها الجمعية برئاسة رئيسها أو من يقوم مقامه بالفصل في المسائل الآتية :-
أولاً : الطعون التي يرفعها كل ذي مصلحة شخصية مباشرة في أي تشريع يكون مخالفاً للدستور .

الموضوعية بالمطلق، أما القاعدة الدستورية الإجرائية فقد جرى قضائها على التمييز بين الطعن المنصب على ذات النص الدستوري وبين الطعن المنصب على إجراء مخالف للإجراء والأوضاع المنصوص عليها في النص الدستوري، فبينما لا ينعقد اختصاصها بنظر الحالة الأولى، جرى قضائها على الاختصاص بنظر الثانية.

فعلى سبيل المثال ورجوعاً إلى أحكام المادة 30/10 مقطع ب من الإعلان الدستوري المؤقت سابق الإشارة إليها، فإنه على فرض رفع طعن دستوري بإلغاء الإجراء المتعلق بوجوب توفّر نصاب الثلثين زائد واحد لإقرار مسودة الدستور، لاستحالة تحقيقه عملياً داخل الهيئة التأسيسية؛ فإن الدائرة الدستورية ستقضي حتماً بعدم اختصاصها بنظر الطعن؛ لأنه طعن موجه لذات النص، غير أن الأمر على خلاف ذلك تماماً حال افتراض إصدار الهيئة التأسيسية لمسودة مشروع الدستور في أجل المحدد دون النصاب المحدد دستورياً (الثلثين+1)، فهنا يمكن القول بأن الطعن في هذا الإجراء هو طعن موجه لإجراء مخالف للإجراء لا للنص ذاته، وعندئذ سينعقد الاختصاص للدائرة الدستورية بالمحكمة العليا للنظر فيه. وزيادة في الفهم، فإنه على فرض إيداع طعن أمام الدائرة الدستورية متعلق بالمدة المحددة في المادة 30/10 مقطع (ب) لصياغة مشروع الدستور لعدم كفايتها لكتابة مسودة المشروع؛ فإنه من المؤكد - تطبيقاً لما جرى عليه قضاء المحكمة العليا - عدم انعقاد الاختصاص للدائرة الدستورية بالنظر فيه لأنه طعن موجه لذات النص، والحال سيكون على خلاف ذلك عندما يكون موضوع الطعن تجاوز الهيئة التأسيسية للمدد المحددة لها لصياغة مشروع الدستور في المادة المشار إليها أعلاه؛ حيث يتوقع قبول الدائرة الدستورية للمحكمة العليا لموضوع الطعن، على اعتبار أنه موجه لإجراء مخالف للإجراء، لا موجه للنص ذاته.

ولتأكيد هذه القول سيتم الاستشهاد بعدد من الأحكام القضائية للدائرة الدستورية بالمحكمة العليا ذات الصلة بالموضوع، ففي حكمها الصادر في الطعن الدستوري رقم 12 لسنة 60 قضائية بتاريخ 24 مارس 2014م بشأن عدم دستورية الإعلان الدستوري المؤقت الصادر بتاريخ 3 أغسطس 2011م لمخالفته

=

ثانياً : أية مسألة قانونية جوهرية تتعلق بالدستور أو بتفسيره تثار في قضية منظورة أمام أية محكمة .
ثالثاً : تنازع الاختصاص بين المحاكم وأية جهة قضاء استثنائي .

رابعاً : النزاع الذي يثور بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادر أحدهما من المحاكم والآخر من جهة قضاء استثنائي، ويجوز للمحكمة في هذه الحالة أن تأمر بوقف تنفيذ أحد الحكمين أو كليهما إلى أن تفصل في موضوع النزاع .
خامساً : العدول عن مبدأ قانوني قرره أحكام سابقة بناء على إحالة الدعوى من إحدى دوائر المحكمة .
وتشكل الدوائر المجتمعة من عدد كاف من المستشارين بقرار من الجمعية العمومية على أن يكون من بين أعضائها مستشار من كل دائرة من دوائر المحكمة على الأقل).

للدستور 1951 في المادة 30 منه⁽¹⁾، قضت الدائرة الدستورية بعدم اختصاصها بنظر الدعوى؛ لأن الطعن فيه انصب على نص دستوري بعينه لا على إجراء أو وضع متعلق بتعديله. أما في الطعن الدستوري رقم 28 لسنة 59 قضائية بتاريخ 26 فبراير 2013م بشأن عدم دستورية التعديل الثالث⁽²⁾ الذي أجراه المجلس الوطني الانتقالي على الإعلان الدستوري بتعديل آلية تشكيل لجنة الستين من التعيين إلى الانتخاب، بالمخالفة للإجراءات والأوضاع الواردة في الإعلان الدستوري؛ فقد قبلت الدائرة الدستورية الطعن الدستوري؛ لأنه منصب على إجراء مخالف للإجراء لا على النص الدستوري ذاته وجاء في حيثيات حكمها ما يلي:

(... وإن كانت الرقابة الدستورية وفقاً للمادة 23 من القانون رقم 6 لسنة 1982 م المعدلة بالقانون رقم 17 لسنة 1994 بشأن إعادة تنظيم المحكمة العليا مقصورة على مراقبة مدى التزام القانون محل الطعن أحكام الدستور ولا تمتد إلى رقابة النصوص الدستورية ذاتها، إلا أنه متى نص الدستور على طريقة أو إجراء معين لتعديل النصوص الدستورية تعين على السلطة التشريعية عند إصدار التشريع التزامها؛ فإن طعن في نص التعديل بأنه مؤسس على إجراءات تخالف الإجراءات والأوضاع الواردة في الإعلان الدستوري فإن من اختصاص الدائرة الدستورية أن تتصدى لمراقبة مدى التزام تلك السلطات بالقيود الواردة بالدستور، إعمالاً لمبدأ أساسي في التقاضي الذي مقتضاه هو صاحب الولاية العامة في الفصل في المنازعات إلا ما استثنى بنص خاص ولو قيل بغير ذلك لكان للسلطة التشريعية أن تتحلل من القيود الواردة في الدستور بشأن إجراءات التعديل وهو إطلاق لسلطتها وفتح لباب مخالفة النصوص الدستورية وهو ما لا يستقيم قانوناً...)⁽³⁾

وقد أكدت الدائرة الدستورية على هذا المبدأ القضائي مرة أخرى عندها نظرها للطعن الدستوري رقم 17 لسنة 61 قضائية بتاريخ 6 نوفمبر 2014م بشأن عدم دستورية الفقرة 11 من المادة 30 المعدلة بموجب التعديل السابع للإعلان الدستوري المؤقت⁽⁴⁾، بل أن الدائرة الدستورية أكدت في هذا الطعن على أن النظر في الطعون المتعلقة بالإجراءات المخالفة للإجراءات هو ما جرى عليه قضاء المحكمة العليا ولو تعلق الأمر بقاعدة دستورية وجاء في حكمها ما يلي:

- 1- انظر، حكم المحكمة العليا في الطعن الدستوري رقم 12 لسنة 60 قضائية بتاريخ 24 مارس 2014.
- 2- انظر، حكم المحكمة العليا في الطعن الدستوري رقم 28 لسنة 59 قضائية بتاريخ 26 فبراير 2013.
- 3- انظر، حكم المحكمة العليا في الطعن الدستوري رقم 28 لسنة 59 قضائية بتاريخ 26 فبراير 2013.
- 4- انظر، حكم المحكمة العليا في الطعن الدستوري رقم 17 لسنة 61 قضائية بتاريخ 6 نوفمبر 2014.

(... حيث أنه عن شكل الطعن فإن ما دفعت به إدارة القضايا من عدم اختصاص المحكمة بنظره وعدم قيام مصلحة شخصية ومباشرة لدى الطاعنين غير سديد ذلك أن قضاء هذه المحكمة جرى على أنه وإن كانت الرقابة الدستورية وفقاً للمادة 23 من القانون رقم 6 لسنة 1982 م المعدلة بالقانون رقم 17 لسنة 1994 بشأن إعادة تنظيم المحكمة العليا مقصورة على مراقبة مدى التزام القانون محل الطعن أحكام الدستور ولا تمتد إلى رقابة النصوص الدستورية ذاتها إلا أنه متى نص الدستور على طريقة أو إجراء معين لتعديل النصوص الدستورية تعين على السلطة التشريعية عند إصدار التشريع التزامها فإن طعن في نص التعديل بأنه مؤسس على إجراءات تخالف الإجراءات والأوضاع الواردة في الإعلان الدستوري فإن من اختصاص الدائرة الدستورية أن تتصدى لمراقبة مدى التزام تلك السلطات بالقيود الواردة بالدستور وهذا ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة...⁽¹⁾).

خلاصة المبحث، هو أنه لما كان الطعن رقم 4 لسنة 62 قضائية منصب على إجراء مخالف للإجراء والأوضاع المنصوص عليها في نص المقطع (ب) من الفقرة 10 من المادة 30 من الإعلان الدستوري المؤقت لا على النص الدستوري ذاته؛ فإنه وفقاً لما استقر عليه قضاء الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا وبما أرسته من مبادئ قضائية في الطعنين الدستوريين رقمي 29 لسنة 59 ق و 17 لسنة 61 ق، فالدائرة الدستورية ستكون مختصة بنظر الطعن الدستوري رقم 4 لسنة 62 ق، ما لم تُرْسِ الدائرة الدستورية مبدئاً قضاياها جديداً في الموضوع.

المبحث الثاني

من حيث الحرية ومن حيث السلطة التقديرية

تكمن أهمية دراسة هذين التقسيمين في الإجابة على السؤال المتعلق بمدى حظوظ قبول الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا للطعن الدستوري رقم 4 لسنة 62 قضائية بشأن عدم دستورية وبطلان انعقاد جلسات الهيئة التأسيسية لصياغة مشروع الدستور بعد 11 أغسطس 2014 م وما ترتب عنها من آثار، وللوصول إلى هذه الإجابة، سيتم التعرض بداية لتقسيم القاعدة القانونية من حيث ما تتركه من حرية للمخاطبين بها (المطلب الأول)، ثم لتقسيم القاعدة القانونية من حيث ما تتركه من سلطة تقديرية للمعنيين بأحكامها (المطلب الثاني).

1- انظر، حكم المحكمة العليا في الطعن الدستوري رقم 17 لسنة 61 قضائية بتاريخ 6 نوفمبر 2014.

المطلب الأول

من حيث ما تتركه من حرية للمخاطبين بها

تنقسم القاعدة القانونية من حيث ما تتركه من حرية للمخاطبين بأحكامها، إلى قاعدة أمرة وقاعدة مخيرة. والقاعدة الأمرة هي: تلك القاعدة التي لا تُجيز للمخاطبين بأحكامها الاتفاق على خلاف ما تقضي به، أما القاعدة المخيرة فهي: تلك القاعدة التي تُجيز للمخاطبين بأحكامها الاتفاق على خلاف ما تقضي به، وللتمييز بين هذه وتلك، فإن الأمر لا يحتاج إلى جهد كبير لاسيما فيما يتعلق بالنص الدستوري الوارد في المقطع (ب) من الفقرة 10 من المادة 30 من الإعلان الدستوري المؤقت المحدد للمدة اللازم، فنظرة بسيطة إلى الألفاظ التي صيغ بها نص هذا المقطع نجد أنها قاعدة أمرة؛ فالألفاظ وسيلة مناسبة لمعرفة نوع القاعدة، فإن دلت الألفاظ والعبارات الواردة بالنص على ما يفيد الوجوب فهي أمرة، وإن دلت على ما يفيد الجواز فهي مخيرة، وحيث أن نص المقطع (ب) من الفقرة 10 من المادة 30 من الإعلان الدستوري المؤقت جاء فيه: (على أن تنتهي من صياغة مشروع الدستور واعتماده في مدة لا تتجاوز مائة وعشرين يوما من انعقاد اجتماعها الأول). فإن دلالة الألفاظ فيه تفيد الوجوب، وبالتالي فهو نص أمر لا يجوز لأعضاء الهيئة التأسيسية الاتفاق على خلاف ما تقضي به مهما كانت الظروف والأحوال.

علاوة على ما تقدم، وعلى فرض المجادلة في دلالة ألفاظ وعبارات المقطع (ب) من الفقرة 10 من المادة 30 من الإعلان الدستوري المؤقت، بأنها لا تفيد الوجوب، فيمكن الاستدلال في تأكيد الطبيعة الأمرة لنص المقطع المشار إليه بمعيار آخر وهو معيار النظام العام⁽¹⁾ الذي يشكل وسيلة أخرى لتحديد طبيعة ونوع القاعدة من حيث ما تتركه من حرية للمخاطبين من أحكامها، فقلد أرست المحكمة العليا مبدئا قضائيا في حكمها في الطعن الدستوري رقم 17 لسنة 61 قضائية بتاريخ 6 نوفمبر 2014م جاء فيها: (...القواعد الدستورية موضوعية كانت أو إجرائية هي قواعد أمرة تسمو على ما دونها من القواعد القانونية ذلك أنها تعبر عن ضمير الأمة وتعكس إرادتها الشعبية العارمة وهي الضابط للقيم التي ينبغي أن

1- النظام العام هو: مجموعة القواعد التي بما تحقق مصلحة عامة تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد، سواء كانت هذه المصلحة اجتماعية أو اقتصادية أو سياسية، وعليه فإن النظام العام يتعلق بالأسس والدعامات التي لا غنى للمجتمع عنها لكي يسير بانتظام واستقرار. لمزيد التفصيل، انظر، عبودة، الكوي علي، أساسيات القانون الوضعي الليبي، المدخل إلى علم القانون، القانون 1، مركز البحوث والدراسات العلمية، الطبعة الثانية، 1992، ص 93. وأيضا السنهوري، عبد الرزاق، الوجيز في شرح القانون المدني، 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1966، بند 169، ص 157.

تقوم عليها الجماعة والمحددة لنظام الحكم في الدولة فقد أحاطها المشرع بضمانات تكفل قدسيتها وعدم الخروج عنها إلا في الإطار الذي يحدده الدستور⁽¹⁾.

وقد يرد بعضهم بأن القول السابق به تمسك مفرط بالشككية وحرفية النص على نحو لا يدع مجالا أمام الهيئة التأسيسية للتقدير أو التفسير الذي يستجيب مع ظروف عمل الهيئة وفق الأوضاع الراهنة التي تعيشها البلاد.

يمكن الرد ببساطة على أصحاب هذا القول من خلال التقسيم التالي للقاعدة القانونية من حيث ما تركه من سلطة تقديرية للمعنيين بأحكامها.

المطلب الثاني

من حيث ما تركه من سلطة تقديرية للمعنيين بها

تنقسم القاعدة القانونية من حيث ما تركه من سلطة تقديرية للمعنيين بأحكامها إلى قاعدة جامدة وقاعدة مرنة⁽²⁾.

والقاعدة الجامدة هي: تلك القاعدة التي تتضمن أحكاما محددة تحديدا نافيا قاطعا وواضحا، باستخدام ألفاظ أو عبارات أو أرقام أو حسابات جامدة لا تتسع لجميع الاحتمالات أو الوقائع.

أما القاعدة المرنة فهي: القاعدة التي تتضمن أحكاما غير محددة تحديدا دقيقا ولا نافيا أو قاطعا باستخدامها لألفاظ أو عبارات مرنة تتسع لجميع الاحتمالات والوقائع.

ولعل ما يهم في مجال هذه الدراسة هو القاعدة الجامدة التي يكون التحديد محكما بتقيد صارم ولا يترك أي مجال أو سلطان للمعنيين بأحكامها في التقدير عند التطبيق أو الأعمال؛ فالقاعدة الجامدة تواجه فرضا معيناً تعطيه حلا ثابتا لا يتغير بتغير الظروف والأوضاع أو الملابسات التي تندرج تحت هذا الفرض؛ فصياغة القاعدة الجامدة تحدد ثبات هذه القاعدة سواء بالنسبة للوقائع أو بالنسبة للحل المطبق بشأنها، ولذلك يكون عمل المطبق للقاعدة الجامدة أو المنفذ لها عمل شبه آلي.

فالصياغة الجامدة لا تحقق إلا فكرة العدل المجرد؛ لأنها لا تواجه إلا فرضا مجردا ولا تملك بالتبعية إلا إعطائه حلا مجردا يقف عند متابعة التطور الاجتماعي والسياسي وغيره، وذلك بخلاف الصياغة المرنة التي تعطي نوعا من الاستجابة لظروف العمل المختلفة التي تتسع لإدخال الملابسات.

1- انظر، حكم المحكمة العليا في الطعن الدستوري رقم 17 لسنة 61 قضائية بتاريخ 6 نوفمبر 2014.

2- انظر، اعبودة، المرجع السابق، ص 121.

وللتمييز بين القاعدة الجامدة والمرنة، يمكن القول بشكل عام بأن استخدام لغة الأرقام عند صياغة القاعدة القانونية يعتبر أبرز أنواع صياغات القاعدة القانونية الجامدة، ويقال في هذه الصياغة أنها إحلال الكم محل الكيف؛ لأن واضعي القاعدة اعتدوا برقم معين دون أن يعتدوا بما إذا كان هذا الرقم يعبر حقيقة عن الصفة الموضوعية التي جعلت هذا الرقم دليلاً على توافرها أم لا.

ورجوعاً إلى نص المقطع (ب) من الفقرة 10 من المادة 30 من الإعلان الدستوري المشار إليها أعلاه، نجد أن واضعي النص اعتمدوا في صياغته لغة الأرقام عند العمل على تحديد المدة اللازمة لعمل الهيئة التأسيسية في صياغتها لمشروع الدستور فجاء النص على النحو التالي:

(... على أن تنتهي من صياغة مشروع الدستور واعتماده في مدة لا تتجاوز مائة وعشرين يوماً من انعقاد اجتماعها الأول...). ولم يستخدم واضعي النص عبارة (في مدة معقولة) أو عبارة (في مدة لا تتجاوز مائة وعشرين يوماً متى كان ذلك ممكناً)، مما يدل على أن القاعدة الدستورية المتعلقة بمدة عمل الهيئة التأسيسية هي قاعدة جامدة لا تملك الهيئة التأسيسية لصياغة مشروع الدستور أو غيرها من السلطات بما في ذلك السلطة القضائية - لا تملك أدنى سلطة تقديرية سواء فيما يتعلق بمدى انطباق القاعدة أو نوع الحل الذي يترتب على انطباقها، فالفرض في هذا النص يتضمن شروط انطباق القاعدة وهو ضرورة توفر هيئة تأسيسية لصياغة مشروع الدستور، أما الحل الوارد بالنص فهو يتضمن الأمر المقرر في هذه القاعدة وهو ضرورة الانتهاء من صياغة المشروع خلال مدة لا تتجاوز مائة وعشرين يوماً من انعقاد اجتماعها الأول، وهو الإطار الدستوري الذي ضمن حدوده انتخبت الهيئة، وأن تجاوزها لهذا الإطار يجعل منها هيئة تأسيسية غير دستورية، وينصرف الوصف بعدم الدستورية بالتبعية عن كل أعمالها وتصرفاتها الصادرة خارج الإطار المشار إليه.

الخلاصة

نخلص مما تقدم إلى أنه إذا كان طريق اختيار السلطة التأسيسية بالاقتراع المباشر عبر انتخابات حرة ونزيهة بموجب قواعد دستورية مؤقتة يعتبر الطريق الديمقراطي الأكثر شيوعاً في عالم اليوم، فإن القواعد الدستورية المؤقتة في هذه الحالة تمثل إطاراً دستورياً يتضمن مجموعة القواعد الإجرائية المنظمة لأعمال السلطة التأسيسية المنتخبة، وهي بمثابة العقد الاجتماعي المؤقت بين الشعب وأعضاء السلطة التأسيسية المنتخبون فيما يتعلق بصناعة الدستور.

وبناء على ما تقدم فإن السلطة التأسيسية المنتخبة، وإن اعتبرت سلطة تأسيسية أصلية عالياً لا تعلوها سلطة أخرى، فإن تمتعها بالرفعة والسمو لا يرفع عنها الالتزام بأحكام وقواعد الإطار الدستوري المؤقت التي انتخبت في ظله وضمن حدوده؛ لأنها لم تنشأ من عدم، وإنما جاءت في ظل هذا الإطار

وضمن هذه الحدود؛ فهذه القواعد هي المعبر عن ضمير الشعب أو الأمة في المرحلة المؤقتة أو الانتقالية، وهو ما يعني حكما وعقلا أن الإخلال بمثل هذه القواعد يشكل مخالفة دستورية ليس فقط فيما يتعلق بعمل السلطة التأسيسية، بل ووجودها، وهو ما يعني أن تجاوز الهيئة التأسيسية للمدة المنصوص عليها في المادة 30 من الفقرة 10 مقطع (ب) من الإعلان الدستوري المؤقت الصادر بتاريخ 2 أغسطس 2011 يُعد مخالفة دستورية صريحة، وأن حظوظ قبول الطعن الدستوري رقم 4 لسنة 62 قضائية في الشكل والموضوع كبيرة جدا أمام الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا؛ لأن الطعن المقدم يتعلق بإجراء مخالف للإجراء لا بذات النص، وهو ما يأتي متماشيا مع ما جرى عليه قضاء المحكمة العليا في ليبيا منذ العام 2011.

وما يزيد المسألة تعقيدا حول مدة ولاية الهيئة التأسيسية لصياغة مشروع الدستور، أنه عند إبرام الاتفاق السياسي الليبي بتاريخ 17 ديسمبر 2015 بمدينة الصخيرات المغربية نصت المادة 52 منه على ما يلي: (يستمر عمل هيئة صياغة مشروع الدستور الليبي حتى موعد غايته 24 مارس 2016 وفي حال لم تتمكن الهيئة من الانتهاء من مهمتها بحلول ذلك الموعد، تشكل لجنة من خمسة ممثلين عن كل من مجلس النواب ومجلس الدولة وبمشاركة مجلس رئاسة الوزراء، في موعد غايته أسبوعان من ذلك التاريخ للتداول في هذا الشأن).

ومقتضى النص السابق أن انتهاء الهيئة التأسيسية من صياغة مشروع الدستور في 29 يوليو 2017 يأتي بالمخالفة لاستحقاقاتها الدستورية المتعلقة بمدة ولايتها مرتين: الأولى، بالمخالفة للمادة 30/10 (ب) من الإعلان الدستوري المؤقت 2011. والثانية، بالمخالفة للمادة 52 من الاتفاق السياسي الليبي 2015. وختاما، يمكن القول، بالرغم من أن المشروع المقدم من الهيئة التأسيسية عام 2017 هو في مجمله عمل جيد (وتحديدا في يتعلق بالتوازن بين السلطات، والموازنة بين الحقوق والقيود، والعلاقة بين الدين والدولة) وبالرغم من أن القضاء الدستوري الليبي لم يقل كلمته في موضوع الطعن المقدم بخصوص تجاوز الهيئة لمدد عملها، الأمر الذي قد يدفع بعضهم إلى القول بأن استفتاء الشعب الليبي - مصدر السلطات - على المشروع بـ (نعم) يُجِبُّ ما قبله ويُنتهي الخلاف القائم، وهو ملخص الحراك الشعبي الذي ظهر في طرابلس عام 2018 تحت شعار "الدستور أولا"، إلا أنه - ومع ذلك - تجدر الإشارة إلى أن المحكمة العليا بتباطأت وقررت (عمدا) عدم النظر في موضوع الطعن الدستوري رقم 4 لسنة 62 ق المشار إليه أعلاه، وذلك من خلال قرار جمعيتها العمومية رقم 7 لسنة 2016م المؤرخ 10 نوفمبر 2016، والذي نص في مادته الأولى على تأجيل البت في الطعون الدستورية إلى أجل يحدد فيما بعد بقرار يصدر من هذه الجمعية؛ فهذا القرار فضلا عن كونه يشكل جريمة انكار العدالة ومخالفة صريحة لأحكام المادة 237 من قانون العقوبات الليبي، ولأحكام المادة 2/720 من قانون المرافعات الليبي، فهو يرسخ الجدل القانوني القائم

حول مدى صحة المشروع الذي أقرته الهيئة التأسيسية بتاريخ 29 يوليو 2017 لتجاوزها المدد المحددة لها لإصدار المشروع بموجب الإعلان الدستوري المؤقت وبموجب الاتفاق السياسي الليبي.

المراجع

أولا/ الكتب:

- 1- السنهوري ، عبد الرزاق، الوجيز في شرح القانون المدني، 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1966.
- 2- اعبودة، الكوني علي، أساسيات القانون الوضعي الليبي، المدخل إلى علم القانون، القانون 1، مركز البحوث والدراسات العلمية، الطبعة الثانية، 1992.
- 3- بوحمر، الهادي علي، الموجز في قانون الإجراءات الجنائية الليبي، مكتبة طرابلس العلمية العالمية، طرابلس 2011-2012.
- 4- يونس، منصور ميلاد:
- الوجيز في القانون الدستوري والنظم السياسية، دار الكتب الوطنية، الطبعة الثانية، 2013.
- القانون الدستوري والنظم السياسية، طرق ممارسة السلطة (أنواع الحكومات) النظرية العامة للدستور، دار الكتب الوطنية، الطبعة الثانية، 2013.

ثانيا/ الوثائق:

- 1- الإعلان الدستوري الليبي المؤقت بتاريخ 2 أغسطس 2011 وتعديلاته.
- 2- الاتفاق السياسي الليبي الموقع بالصخيرات بتاريخ 17 ديسمبر 2015.
- 3- قانون المرافعات الليبي.
- 4- قانون العقوبات الليبي.
- 5- القانون رقم 6 لسنة 1982 بشأن إعادة تنظيم المحكمة العليا الليبية.

ثالثا/الأحكام القضائية:

- 1- حكم المحكمة العليا في الطعن الدستوري رقم 28 لسنة 59 قضائية بتاريخ 26 فبراير 2013.
 - 2- حكم المحكمة العليا في الطعن الدستوري رقم 12 لسنة 60 قضائية بتاريخ 24 مارس 2014.
 - 3- حكم المحكمة العليا في الطعن الدستوري رقم 17 لسنة 61 قضائية بتاريخ 6 نوفمبر 2014.
- مذكرة الطعن الدستوري رقم 4 لسنة 62 قضائية المقدمة من المحامي بشير قوينة بتاريخ 9 يناير 2015.

التهرب الضريبي ووسائل مكافحته

إعداد دكتور: عبدالله إبراهيم البربار
محاضر بكلية الشريعة والقانون جامعة طرابلس

مقدمة

بما أن الضرائب هي المصدر الأهم وحجر الزاوية في إيرادات الدولة، فلم تعد الضرائب أداة تمويلية فقط بل أصبحت لها أهداف تتجاوز مد الدولة بالإيرادات اللازمة لتغطية النفقات العامة وتزويد الخزنة العامة بالموارد.

فالضريبة بهذا الوصف تقوم على فكرة التضامن الاجتماعي الذي قوامه مساهمة كل فرد في تحمل الأعباء العامة بصفته فرد في الجماعة، إلا أنه بالنظر إلى طبيعة الضريبة المتمثلة في كونها أداء نقدي الزامي، فإن الدولة وبوصفها صاحبة السيادة والسلطان هي وحدها من يستأثر بهذا الأمر وتستقل بوضع نظامها القانوني دون أن يكون ذلك محلاً للاتفاق والتفاوض مع الأفراد، فحتى في ظل أكثر الأنظمة ديمقراطية فإن الفرد مطالب بدفع الضريبة المفروضة عليه ولو كان رافضاً لها ولأوجه إنفاقها.

وفي الواقع يعد التهرب الضريبي من الناحية العلمية ملازماً لفرض الضرائب في كل الأنظمة دون استثناء بالنظر إلى طبيعة الضرائب وإن اختلفت حدثه من مجتمع إلى آخر، فالتهرب الضريبي على هذا النحو علاوة على أن يشكل ضياعاً لأموال الخزنة العامة فهو ظاهرة أخلاقية مشينة ويمثل عدواناً على المجتمع ككل، فكم من أموال ضلت طريقها إلى الخزنة العامة أما لخطأ تشريعي أو لقصور تنفيذي، وذلك سواءً عن طريق التشريع واستغلال ثغراته أو التنفيذ واستغلال إخفاقه دون أن نتجاهل دور الممول في العملية الضريبية.

إذا لا يستطيع دافع الضرائب أن يغفل جانب المقارنة بين ما يدفعه من ضرائب، وما يؤدي إليه من خدمات وما يحصل عليه من منافع، هذه المقارنة أصبح من اليسر تلمسها.

أسباب اختيار الموضوع:-

وقع اختيارنا على موضوع التهرب الضريبي أولاً بالنظر إلى أهميته ضمن مواضيع المالية العامة وثانياً لشعورنا بمدى الجهل لدى فئة كبيرة من الأفراد بالضرائب وأهميتها المتزايدة، وبدورهم الفعال في تحقيق العدالة الاجتماعية والنهوض والرفي بمستوى التنمية من خلال الالتزام بدفع الضرائب.

فإذا ميزنا التهرب الضريبي عن غيره من المفاهيم الضريبية أصبح لزاماً علينا أن نُعرف التهرب الضريبي عموماً ونقف على أسبابه وأنواعه وآثاره وتعريف التهرب الضريبي في ليبيا بوجه خاص من خلال بيان صوره وأسبابه وآثاره أيضاً.

أهداف البحث:-

تهدف دراسة هذا الموضوع إلى دراسة جذور هذه الظاهرة من خلال البحث في أسبابها وصورها والثغرات التي ينفذ منها الممول المتهرب، والبحث في أعماق الشخصية الضريبية المتهربة والعوامل التي أدت إلى خلقها في مجتمع كمجتمعنا الليبي، ودور الإدارة الضريبية في ذلك، للوصول إلى حقيقة هذه الظاهرة ودلالاتها في محاولة أكاديمية صرفة للبحث عن وسائل وسبل مكافحتها بأساليب متنوعة بين أساليب وقائية وعقابية وعلاجية منصوص عليها في صُلب التشريعات الضريبية.

صعوبات البحث:-

الصعوبة كانت في قلة بل انعدام التقارير والإحصائيات بشأن حجم الأداء الضريبي وحجم التهرب الضريبي بوجه عام وبشأن كل نوع من أنواع الضرائب إذ لم تتعلق هذه الدراسة بنوع محدد من الضرائب فقد ارتكزت بالدرجة الأولى على ضرائب الدخل فذلك يرجع لأهمية هذه الضرائب ولوضوح هذه الظاهرة في هذا النوع من الضرائب.

اشكالية البحث:-

تجمع الممولين خصيصة نفسية تحرك فيهم السلوك الإنساني وتلك الخصيصة تتمثل في الشعور بالقلق نحو المستقبل وهو ما يحرك الدافع نحو تأمينه بشقئ السبل ابتداءً بالاحتفاظ بما لديهم من أموال وعدم التفريط فيها بسهولة حتى يصل بهم الأمر إلى مقاومة الاقتطاع الضريبي الذي غالباً ما ينجح إذا ما صادفته عوامل أخرى تتعلق بالتشريع الضريبي أو الإدارة الضريبية وهذا ما يعطي لظاهرة التهرب من الضرائب صفة العمومية، قوامها توافق البشر على الاحتفاظ والتعلق بالأموال خاصة إذا كانت في حوزتهم وتحت تصرفهم ويشور التساؤل هنا حول اشكالية البحث هل التهرب الضريبي في ليبيا يُشكل ظاهرة تستوجب الوقوف عندها والتصدي لها بالبحث والعلاج.

وعلى ذلك سنقسم بحثي هذا الى مبحثين:

المبحث الأول: أسباب التهرب الضريبي وأنواعه.

المطلب الأول: أسباب التهرب الضريبي

المطلب الثاني: أنواع التهرب الضريبي

المبحث الثاني: صور التهرب الضريبي ووسائل مكافحته.

المطلب الأول: صور التهرب الضريبي في التشريع الليبي

المبحث الأول

أسباب التهرب الضريبي وأنواعه

اختلف فقهاء القانون المالي في تعريف التهرب الضريبي فمنهم من أخذ بمفهوم واسع للتهرب ومنهم من أخذ بمفهوم ضيق.

- فيرى من أخذ بالمفهوم الواسع للتهرب بأنه "التخلص من الالتزام بدفع الضريبة"⁽¹⁾
- وفي تعريف آخر هو الإفلات من دفع الضريبة ومن تحمل عبئها في وقت واحد.⁽²⁾

ويذهب رأي آخر إلى القول بأنه "وسيلة من وسائل التخلص من دفع الضريبة، وهو لا ينطوي حتماً على العبث بالقانون أو الإخلال بأحكامه، وذلك لأنه قد ينحصر في تجنب العمل أو التصرف الذي قد يؤدي إلى تحصيل الضريبة."⁽³⁾

أما من أخذ بالمفهوم الضيق للتهرب فقد عرفه بأنه "الوسيلة غير المشروعة التي لا تقرها القوانين في دولة ما للتخلص من العبء الضريبي"⁽⁴⁾

واشترط البعض لتحقيق التهرب الضريبي وجوب التجاء الممول إلى وسائل غير مشروعة من شأنها أن تؤدي إلى ضياع حق الدولة في الضريبة كأن يقدم الممول إقراراً كاذباً عن دخله أو يمتنع عن دفع الضريبة حيث عرف التهرب الضريبي بأنه كل عمل أو امتناع عن عمل يرتكبه الممول بالمخالفة لأوامر المشرع الضريبي مستعملاً إحدى الطرق والوسائل الاحتيالية المنصوص عليها في القانون على سبيل الحصر بقصد التهرب من سداد الضرائب المستحقة عليه كلياً أو جزئياً، ويقرر المشرع على ارتكابه عقوبة جنائية⁽⁵⁾.

فالتهرب الضريبي ينحصر في عدم قيام المخاطبين بأحكام التشريعات الضريبية بالوفاء بالتزاماتهم على نحو كلي أو جزئي وأن يؤدي ذلك بالضرورة إلى التأثير في حصيلة الدولة من الضرائب وضياع حقها في ذلك ولو بشكل جزئي.

1- محمد حلمي مراد، مالية الدولة، المطبعة الحديثة، القاهرة، الطبعة الأولى، 1959م، ص259.

2- محمد السعيد صالح، المالية العامة، دار الكتب القانونية ن القاهرة، 1996ص36.

3- عبد المنعم فوزي، مالية الدولة، نقلاً عن فوزي شمس، ظاهرة التهرب الضريبي، رسالة دكتوراه، 1982م، جامعة عين شمس، ص28.

4- إبراهيم محمد البرايري: أثر الضريبة في توزيع الدخل، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، بدون تاريخ، ص106.

5- مجدي محمد علي، جريمة التهرب الضريبي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، 1992، ص31.

المطلب الأول: أسباب التهرب الضريبي:

ظاهرة التهرب الضريبي تعد من الظواهر الشائعة في كل المجتمعات وتبذل الدول قصارى جهدها لمكافحتها والحد منها بشتى الوسائل وأنجح هذه الوسائل ما كانت الغاية منها القضاء على أسباب التهرب.

هذه الأسباب التي تكون أحياناً من القوة إلى درجة لا يشعر معها الممول بأنه يرتكب أية مخالفة بل يجد نفسه محقاً في الدفاع عن أمواله وتأمين مستقبله. وأسباب التهرب الضريبي كثيرة وكل منها يصلح ذريعة للتهرب كما قد يجتمع لدى الممول أكثر من سبب، ويمكن إرجاع أسباب التهرب الضريبي إلى مجموعة من الأسباب الرئيسية وهي:

1: الأسباب التاريخية:

إن ما أسفرت عنه تصرفات الحكام في الأزمنة الغابرة من أثر عميق في نفوس الأفراد تمخض عنها كره كبير للضرائب ومن ثم إتباع كل سبيل ممكن للتخلص منها، فإذا كان الخلف يتوارث معتقدات السلف فلا جدال في أن ما انغرس في نفوس الأقدمين من بغض للضريبة ومشروعية التهرب منها أوجد تربة صالحة في نفوس المحدثين لتبرير التخلص منها، حتى بعد أن بان الواجب الاجتماعي في فرض الضرائب وعودة الفائدة من حصيلتها على المجموع⁽¹⁾.

فلقد كانت الحقبة التاريخية السيئة للضرائب والتي لازال أثرها بادياً كسبب من أسباب كره الضريبة تلك الحقبة الزمنية التي اعتبرت فيها حصيلة الجباية مالاً خاصاً للمملوك والأمراء الذين كانوا يفرضونها ويقومون على جبايتها وكان الأمراء في البداية لا يسددون منها شيئاً للملوك ثم استعاد الملوك سلطاتهم في فرض الضرائب بمفردهم دون الأمراء.

كل ذلك جعل دافع الضريبة يشعر أنها تقتطع منه عنوة وظلماً وبغير مقابل فعد كارهاً لها، فالشعور بعبء الضريبة الظالم والكره لها كانا من أكبر أسباب التهرب الضريبي بالإضافة إلى الطريقة التي كانت تُجبي بها الضريبة ففي عهد الرومان كانت تُجبي عيناً أو بالاستيلاء على أقرب الأقارب الملتزم كزوجته وأولاده- أو بيعهم كرقيق سداداً للضريبة ومن ثم انطبعت صورة جابي الضرائب بأبشع الصور، ورغم ما حدث من تقدم في أسلوب فرض الضرائب وجبايتها سواء من حيث السعي نحو تحقيق العدل والمساواة واختيار الأساليب الملائمة للحصول إلا أن الأفراد لم يستطيعوا التخلص كلية من نظرتهم السلبية

1- حسن المرصفاوي، التجريم في التشريعات الضريبية، دار المعارف، الطبعة الأولى، 1993، ص23.

والمعادية للضريبة. فالظروف التاريخية التي صاحبت فرض الضرائب أثرت تأثيراً كبيراً في ترك الانطباع بالكرهية للضرائب لدى الأفراد.⁽¹⁾

2: الأسباب المتعلقة بالتشريع الضريبي

إذ لا تظهر السياسة الضريبية التي تتبعها الدولة لتحقيق أهدافها المالية وغير المالية إلا من خلال التشريعات التي تفصح عن مسلك الدولة نحو هذه السياسة وبعد ذلك يأتي دور السلطة التنفيذية المتمثلة في الإدارة الضريبية، ولهذا فإن الأسس التي يقوم عليها النظام الضريبي والتشريعات التي تحكم صياغتها لتحقيق أهداف هذه السياسة لها دور هام ومؤثر في سلوك المخاطبين بأحكام القانون الضريبي؟ إذ تصدر التشريعات دائماً صدى لحاجات المجتمع وظروفه ثم تدخل عليها يد التعديل بين الحين والآخر وفقاً للتطورات السياسية والاقتصادية والاجتماعية، ومن ثم فإن التشريع وأن كان الأصل فيه أن يطبق على الجميع على قدم المساواة، إلا أن الواقع العملي قد يختلف عن هذا، فيتهرب أو يتخلص من أحكامه بعض الأفراد.⁽²⁾ أو بمعنى آخر أن التشريع القائم في الدولة قد يساهم بتذليل الطريق نحو التهرب. وأهم هذه الأسباب المتعلقة بالتشريع ما يلي:

أ- عدم دقة الصياغة وكثرة الثغرات التي ينفذ منها المكلفون ويتخلصون من دفع الضريبة⁽³⁾ فـقانون الضرائب لا يقل أهمية عن أي قانون آخر إن لم يزد عنه حيث أنه يمس جانباً حساساً لا يستطيع أي إنسان أن يتجاهله إلا وهو المال لذلك يجب أن تتسم نصوصه بالصرامة والدقة والوضوح حتى لا يضع الممولين في حية أو يضع المنفذين لأحكامه في مجال التوسع في معانيه، فالخلاف الذي يحدث بين الإدارة الضريبية والممول بسبب الغموض الذي قد يشوب بعض أحكام القانون قد يؤدي إلى تفسيره على نحو لم يقصده المشرع إذا ما رُفع الأمر للقضاء.

ب- ارتفاع أسعار الضرائب وتعدددها. من الأسباب الهامة التي تدفع بالمول إلى التهرب، مبالغة ومغالة في أسعار الضرائب المفروضة وتعدددها لأن من شأن ذلك أن يجعل الممول ينظر إلى الضريبة كأداة لمصادرة إيراده وعمله ومجهوده أو ثروته لا كأداة لتوزيع التكاليف العامة وخاصة في الضرائب المباشرة سواءً كانت على الدخل أو على رأس المال.⁽⁴⁾

1- أحمد ماهر عبدالحميد: التهرب في القانون المصري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كناية الحقوق، 1980، ص60.

2- حسن صادق المرصفاوي، المرجع السابق، ص64.

3- مجدي محمد علي، جريمة التهرب الضريبي، مرجع سابق، ص31.

4- أحمد ماهر عبدالحميد، المرجع السابق، ص113.

ج- عدم الاستقرار التشريعي، فالأصل هو أن يتسم القانون بالاستقرار النسبي حتى يسهل على منفذيه تطبيقه وحتى يُسلم به الخاضعون لإحكامه ويألفونه فيصبح احترامه عادة لديهم. إلا أنه مواكبة للتطورات التي يشهدها المجتمع وخاصةً أن القانون الضريبي يرتبط بالأعمال والأنشطة وما يتحقق عنها من دخول واستجابة للتطور المستمر في نوعية هذه الأعمال والأنشطة، فإننا نجد المشروع ما أن تبدأ بعض أحكام هذا القانون في الاستقرار حتى يتدخل فيه بالتعديل، وهذا التعديل من شأنه أن يكون في كثير من الأحيان مساعداً على التهرب من أداء الضريبة. وإذا كان المشرع يجد نفسه في بعض الأحيان مجبراً على التدخل لإحداث التعديل في بعض النصوص الضريبية نظراً لعدم ملاءمتها للظروف المستجدة والتي قد ينتج عنها أن تصبح الضريبة المفروضة مخافية للقواعد الضريبية التي يجب مراعاتها عند فرض الضريبة.

د- ضعف الجزاءات الضريبية، ويقصد بالجزاء القانوني كل أثر يترتب بحكم اللزوم على إتيان سلوك سلبي أو إيجابي بالمخالفة لأوامر المشرع.⁽¹⁾

والجزاء قد يكون ذي طابع إداري أو جنائي وحيث أن القوانين توضع لصالح المجموع حتى يستتب الأمن ويعاقب كل خارج عنها، وحيث أن الضرائب ذات دور خطير مالياً واقتصادياً واجتماعياً وبالتالي فإن التشريع الضريبي شأنه وكل التشريعات يمس المجموع بل هو أكثر من ذلك يمس الخزانة العامة، لذلك يجب أن يكون التجريم الضريبي يقصد منه بالإضافة إلى العقاب والزجر ووضع حد للمخالفين.

3: الأسباب الفنية

وهي الأسباب المتعلقة بالجهة الإدارية المختصة بتنفيذ قوانين الضرائب ابتداءً من حصر الممولين حتى تحصيل الضريبة. فالممول الذي يشعر بعبء الضريبة فيؤديها كرهاً عنه لا شك تزداد كراهيته لها إذا ما رأى أن الوفاء بها محوط بإجراءات معقدة تضيق عليه وقتاً وأحياناً ماله، فمنذ أن تبدأ الإجراءات الضريبية نرى الممول مكلفاً بتحرير عديد من النماذج تحوي بيانات تفصيلية كثيرة من شأنها إرهاقه وتضع في نفسه الخشية من خطأ مسألته.⁽²⁾

كما أنه من الإجراءات التي تتبعها الإدارة الضريبية عن طريق موظفيها ما يبعث الممولين على التخفي عن أنظار هؤلاء حتى بالامتناع عن دفع الضريبة ومن هذه الإجراءات المبالغة من موظفي الضرائب في التقدير والتجائم إلى التقدير الجزافي دون أخذهم في الاعتبار ما يقدمه الممول من مستندات ووثائق.

1- أحمد ماهر عبد الحميد، المرجع السابق، ص 122.

2- المرصفاوي، المرجع السابق، ص 68.

كما أنه من الأسباب الفنية المتعلقة بالإدارة الضريبية تلك الإجراءات المطولة والمعقدة في إجراءات الفحص الضريبي وبالتالي تأخير تحديد المراكز الضريبية للممولين وتحديد ما هم مطالبين بدفعه وبالتالي عدم معرفة الممولين لأوضاعهم الضريبية على وجه الدقة، أو تراكم المستحق عليهم من الضرائب، وهذا بدوره يؤدي إلى محاولة التخلص من الضرائب والتهرب منها مما قد يدفعهم إلى تهريب أموالهم أو التصرف فيها، وبالتالي لا تجد المصلحة ما يفني بمستحقاتها.⁽¹⁾

4: الأسباب الاجتماعية والاقتصادية

مما لا شك فيه أن الظروف الاجتماعية والاقتصادية السائدة في مجتمع ما تلعب دوراً كبيراً في مدى مساهمة الممول في أداء الضريبة أو عدم أدائها كلياً أو جزئياً، فتركيبية المجتمع ودى التزامه بالقيم ينعكس على ردود أفعاله تجاه واجباته الوطنية.

فقد درس الشراح الذين تعرضوا للتهرب الضريبي موضوع الوطنية الضريبية وقصدوا بهذا إحساس الممول بأنه حينما يقوم بسداد الضريبة المفروضة عليه وفقاً للقانون فإنه إنما يشترك في أداء واجب وطني وهو المساهمة في جزء من ميزانية الدولة لتواجه الأعباء العامة التي تعود فائدتها بدورها على مجموع أفراد الأمة.⁽²⁾ وبالتالي عندما ينعدم هذا الإحساس لدى الممول لن يتوان عن التهرب من أداء الضريبة لأنه سينظر إليها نظرة مغايرة مملوءة بالكراهة وخالية من أي حس بالواجب، ولهذا الأمر علاقة بالعامل الأخلاقي والنفسى للممول ومدى انخفاض أو ارتفاع الوعي الضريبي لديه .

المطلب الثاني: -أنواع التهرب الضريبي

يفرقون بين ما يسمى بالتهرب المشروع والتهرب غير المشروع⁽³⁾ ويصنفونها في الكثير من المؤلفات ضمن أنواع أو صور التهرب الضريبي وهو تقسيم معارض من جانب كبير من الفقه.

أولاً: - التهرب المشروع والتهرب غير المشروع:

1- التهرب المشروع:-

بالرغم من عدم استساغة البعض لهذا الوصف لبعض الأفعال التي يأتيها الممول للتخلص من الضريبة، إلا أن هذا الوصف ذائع بين كتاب وشرائح المالية وللتهرب المشروع صورتان:

1- أبوبكر النيهوم، مرجع سابق، ص 263.

2- حسن المرصفاوي، المرجع السابق، ص 69.

3- على سبيل المثال: 1- عبدو الأمير شمس الدين، الضرائب وتطبيقاتها العملية، دار الكتب القانونية، القاهرة، ص 59.

2- محمود رياض عطية، موجز في المالية العامة، دار المعارف، مصر، 1962، ص 258.

الأولى: وهي الصورة التي يقوم فيها الممول بتجنب الضريبة بطريقة ل يشوبها الاحتيال على القانون أو العبث بأحكامه.

الثانية: وهي تتفق مع الحالة الأولى في أن الممول لا يرتكب أية مخالفة للقوانين الضريبية ولكنه يختلف عنه فيما يشوبه من سوء القصد، إذ أن التهرب في هذه الحالة يكون بنية عامدة في اجتناب الضريبة مع البقاء في حظيرة القانون كأن يقرر المشرع إعفاء بعض أصناف الثروة من الضرائب.

2- التهرب غير المشروع:

وهو موضوع البحث والذي يقصد به امتناع الممول الذي توافرت فيه شروط الخضوع للضريبة عن الوفاء بما مستعينا في ذلك بكافة أنواع الغش وهي مختلفة ومتعددة، ولذلك فعاداً ما يعرف التهرب الضريبي بالغش الضريبي.

أ. التهرب الكلي:

أن تحمل الأعباء العامة إذ يجد الممول المستقر بحكم طبيعة نشاطه نفسه ملزماً بتحمل نفقات ومصروفات بالإضافة إلى التزامه بالضرائب المفروضة عليه بينما الممول المتهرب كلياً يمارس نشاطه في الخفاء دونما نفقات ومصاريف وكذلك بدون ضرائب تصادر جزء من دخله.

ب. التهرب الجزئي:

ويتحقق التهرب الجزئي بقيام المكلف بالتخلص من جزء من الضريبة المستحقة عليه ويتخذ العديد من الصور منها تقديم إقرار عن ضريبة الدخل مغاير للحقيقة أو تسجيل عقود بقيمة أقل من قيمة العقود الحقيقية أو التلاعب في ثمن البضائع المشتراة أو المباعة وكذلك من الصور الشائعة في التهرب الجزئي تضخيم المصاريف الإدارية التي تستنزل من الأرباح عند احتساب الضريبة.⁽¹⁾

ويترتب على التهرب الجزئي ما يترتب على التهرب الكلي من ضياع حق الخزنة العامة والخلاف بينهما أن التهرب الكلي عادة ما يتحقق بسلوك سلبي يتمثل في إمتناع الممول عن الإعلان عن نشاطه بممارسته خفية دون أن يضطر إلى التلاعب في مستنداته ودفاتره أو إقراراته أما التهرب الجزئي فيتحقق بسلوك إيجابي يقتضي ضرورة تدخل الممول بإتيانه أفعال يترتب عنها تخفيض وعاء الضريبة.

1- عبد الأمير شمس الدين، الضرائب وتطبيقاتها العملية، مرجع سابق، ص36.

ثالثاً: - التهرب الدول والتهرب الداخلي:

1- التهرب الدولي:

وهو قيام الممول باستعمال طرق احتيالية غير مشروعة لنقل كل أو جزء من الأرباح أو الإيرادات والتي من المفروض خضوعها للضريبة في داخل الدولة إلى دولة أخرى لا تخضع فيها هذه الأرباح والإيرادات في الغالب للضرائب أو تخضعها لوع أقل وطأة على الممول من التي يخضع لها في الدولة الأولى. وبالرغم من أن نسبة التهرب الدولي تبدو قليلة إذا ما قورنت بالتهرب الداخلي إذ يقتصر التهرب الدولي في الغالب على الممولين الذين يتمتعون بالمام ودراية بقوانين الدول الأخرى وقدرة مالية كبيرة إلا أنه بالغ الخطورة وتكمن خطورته في عدة أمور وهي:

أ. إنه إذ ما تم التهرب دولياً فإنه يكون على مستوى عالي جداً ويقع على مبالغ ضخمة.
ب. أنه يضر بشرة البلاد الوطنية إذ يترتب عليه خروج جزء منها إلى دولة أجنبية تكون فيها المعاملة الضريبية أفضل.

ج. أن مكافحته بالضرورة لا تتحقق بتدخل المشرع الوطني وحده وإنما بضرورة التضامن بين الدول.

2- التهرب الداخلي:

حيث يقوم على أساس إقليمية الضريبة وهو الذي يتم داخل حدود الدولة عندما يقوم الممول الذي توافرت فيه شروط الخضوع للضريبة بعدم الوفاء بالتزاماته المفروضة عليه بموجب القوانين الضريبية متخذاً في ذلك موقفاً مخالفاً للقانون.

وإذا كان التهرب في حد ذاته ليس بالشيء الملموس وهو عادةً ما يتم في الخفاء إلا أن تلمسه بالنسبة للفرد أو للدولة ككل ليس بالأمر المستحيل فيمكن التقرير بوجود التهرب من خلال بعض المؤشرات والدلالات، فالفرد الذي تظهر عليه مظاهر الثراء الملحوظ والتي لا تتناسب مع مركزه الضريبي تعد مؤشراً على وجود تهرب من أداء الضرائب أما بمزاويلته لأنشطة أخرى في الخفاء أو بقيامه بتخفيض وعاء الضريبة والذي يمكن أن يسلك في سبيل تحقيقه عدة طرق.

وبالنسبة للدولة فإنه يمكن الاستدلال على وجود ظاهرة التهرب من عدة مظاهر، فعدم تناسب عدد الممولين المقيدین بمصلحة الضرائب مع عدد السكان أو عدم تناسب حصيلة أي نوع من الأنشطة أو المهن مع حصيلة الأموال المستثمرة فيها أو إيراد العاملين بها، أو ظهور مظاهر الرخاء والرفاهية على فئة من الشعب دون أن تظهر أي زيادة في حصيلة الدولة من الضرائب كل ذلك يقطع على الدلالة بوجود تهرب

ضريبي. وعلى كل فالبرغم من خطورة التهرب الداخلي شأنه شأن التهرب الخارجي ألا أنه وأن أضر بالخزانة العامة فأن مصدر الضرائب أو وعائها ما يزال موجوداً في إقليم الدولة ويكون جزءاً من ثروتها الوطنية⁽¹⁾.

المبحث الثاني- صور التهرب الضريبي ومسائل وكافحته

يعتبر التهرب الضريبي من التحديات التي تواجه السياسة الضريبية ، وذلك لتعدد أشكالها واختلاف صورها مما يطرح صعوبة كشفه وتتبع سيرورته مما يجعل فرض العقوبات والغرامات غير كافية ، مما يستلزم التفكير في ضرورة إيجاد اليات او وسائل لمعالجته، ذلك أن التهرب ليس قدراً وإنما ميلاده ناتج عن اختلالات عديدة ومختلفة ، وبالتالي معالجة هذه المشكلة يتطلب اصلاح الاختلالات وخلق ممانعات قوية لمحاربتها،

المطلب الأول - صور التهرب الضريبي في التشريع الضريبي الليبي

يتخذ التهرب من الضرائب في ظل أي نظام ضريبي عدة صور تختلف نسبتها من مجتمع إلى آخر بالنظر إلى اختلاف ظروف كل مجمع ضريبي، وتكاد تكون صور التهرب الضريبي في ليبيا هي ذات صور التهرب الضريبي في المجتمعات الأخرى المتقاربة معه في المستوى الاقتصادي والفكري ودرجة التطور والوعي فيه وإذا كان التهرب الضريبي إحصائياً لم ينل حظه من البحث في ليبيا حي لا توجد إحصائيات بالمعنى العلمي لنسبة التهرب وحجمه سواء بالنسبة لنوع محدد من الضرائب أو بالنسبة لفة معينة من الممولين إلا أن المشتغلين والمهتمين بالضرائب يجزمون بأن نسبة التهرب من الضرائب في ليبيا تبدو مرتفعة بالنظر إلى حجم الأعمال والأنشطة التي أصبحت تمارس بشكل ملحوظ وعليه وعلى الرغم من ذلك فإن مزاويلها لازالوا مجهولين بالنسبة لمصلحة الضرائب ويمكن القول بأن أهم صور التهرب الضريبي في ليبيا هي الصور التالية:

أولاً: عدم قديم الاقرارات و الإخطارات

لكي يتيسر لمصلحة التعرف على أرباح الممولين ومراكزهم القانونية وربط الضريبة عليهم أوجب المشرع على كل الممولين الخاضعين للضريبة على دخل الزراعة أو دخل التجارة والصناعة والحرف أو دخل المهن الحرة أو الدخول الخارجية للمقيمين في البلاد أن يقدموا إلى مصلحة الضرائب إقراراً كتابياً عن

دخلهم الخاضع للضريبة وذلك على النماذج المعدة لذلك⁽¹⁾، أو على أية ورقة متضمنة جميع البيانات الواردة فيه.

ويقدم الإقرار عن ودخل التجارة والصناعة والمهن والحرف ودخل المهن الحرة إلى المصلحة خلال الستين يوماً التالية لانتهااء السنة الضريبية وهي فترة الإثنى عشر شهراً التي تبدأ من أول أي النار من كل عام مع مراعاة من تقتضي طبيعة نشاطه اختلاف سنته المالية عن السنة الضريبية⁽²⁾.

أما الإقرار عن الدخول الخارجية للمقيمين في البلاد فيقدم خلال ثلاثين يوماً من تحقق الدخل ولو لم يقبض فعلاً أو كان صاحبه قد احتفظ به في الخارج ويجب أن يشتمل الإقرار على بيان مصدر الدخل ومقدار إجمالي الدخل المحقق دون خصم أية ضريبة منه أو أية مبالغ أخرى، كما ألزم المشرع بموجب المادة، الشركات العامة والشركات المساهمة الأهلية وفروع الشركات الأجنبية والأشخاص الاعتبارية سواء كانت عامة أو أهلية إذا كان نشاطها تجارياً أو صناعياً أو حرفياً أو استثماراً عقارياً، ويجوز للمصلحة أن تلزم الشركات الأجنبية أن ترفق بالإقرار صورة من الميزانية العمومية لنشاط المركز الرئيسي وكذلك صورة من حساباته الختامية، ونظراً لتقديم الإقرارات الضريبية من أهمية في تحصيل الضرائب إذ يشمل هذا الالتزام شريحة واسعة من الممولين وبالتالي يغطي حصيلة من الضرائب فقد اعتبر المشرع الليبي شأنه شأن التشريعات الضريبية تقاعص الممول بتقديم الإقرار الضريبي عن هذا الالتزام جريمة ضريبية أوقع عليها جزءاً تمثل في غرامه لا تقل عن (25%) خمسة وعشرين في المائة من الضريبة.

ولقد جعل المشرع مبلغ الغرامة في حالة التخلف عن تقديم الإقرار طبقاً للربط النهائي للضريبة ذلك أنه في الأحوال التي تربط فيها الضريبة بناء على إقرار الممول تدفع الضريبة من واقع الإقرار في المواعيد المحددة قانوناً إلى حين ربط الضريبة بصفة نهائية فإذا قبلت المصلحة هذا الإقرار كما هو يتم الربط بصفة نهائية ويكون في هذه الحالة غير قابل للطعن فيه⁽³⁾.

وإذا اعتبر المشرع عدم التزام الممول بتقديم الإقرار إخلالاً بأحكام القانون الضريبي، فبالإضافة إلى توقيع عقوبة الغرامة سألغة الذكر عليه أجاز لمصلحة الضرائب أن تقدر الدخل وفق ما تراه مناسباً وأن تربط الضريبة بناءً على هذا التقدير، ويجب التمييز هنا بين حالة عدم تقديم الإقرار الضريبي أو تقديمه غير مستوف للشروط أو تضمين هذا الإقرار بيانات غير صحيحة والتي سنتناولها بالبيان عند الحديث عن

1- النماذج الملحقة بقرار اللجنة الشعبية لعامة سابقاً "رئاسة الوزراء" رقم (157) لسنة 2004م بشأن اللائحة التنفيذية لقانون ضراب الدخل رقم 11 لسنة 2004.

2- المادة 22 من القانون رقم 7 لسنة 2010م السابق الإشارة إليه.

3- المادتين (2) (3) من قانون ضرائب الدخل رقم 11 لسنة 2004م.

جرائم الاحتيال الضريبي إذ ساوى المشرع في العقوبة بين حالة عدم تقديم الإقرار وحالة تقديمه بشكل مغاير للشكل الذي بينه النموذج المعد لذلك فيكون الإقرار غير مستوف للشروط ويعتبر في حكم الإقرار غير المقدم، إلا أنه لا يجوز التماس العذر للمولين الذين تخلفوا عن تقديم إقراراتهم الضريبية في الموعد القانوني بحجة عدم الوعي القانوني⁽¹⁾.

ثانياً: عدم أداء الضريبة في المواعيد المحددة قانوناً

من أهم الالتزامات التي تقع على عاتق الممول الالتزام بدفع الضرائب في المواعيد المحددة قانوناً إذ يتعين عليه أن يبادر بدفع الضريبة في الوقت والمكان الذي يحدده القانون مع السماح له في حالات معينة بتأجيل دفع الضريبة أو بعضها أو السماح بتقسيطها، وفي بعض الحالات إسقاطها أو العفو عما لم يدفع منها.

وتعمل التشريعات الضريبية على أن لا يستفيد الممول من تأخير الوفاء بالضريبة وذلك باستثمار أموال الضرائب المتأخرة في نشاطه الخاص أو ادخارها والحصول على ربح أو فائدة منها، وذلك بتقرير مقابل تأخير يزيد عن معدل سعر الفائدة أو معدل التضخم في قيمة النقود، يضاف إلى قيمة الضرائب المتأخرة⁽²⁾، وذلك حتى ما قد يسفر عنها من زيادة في الديون الضريبية بأكثر من الربح أو الفائدة التي يمكن أن تعود في حال استبقائه تلك الديون سدادها، لذلك أوجب المشرع الليبي على كل الممولين المخاطبين بأحكام القانون الضريبي ضرورة أداء الضريبة، أو توريدها في الميعاد وذلك وفقاً لنص المادة 76 من القانون رقم 7 لسنة 2010م بشأن ضرائب الدخل⁽³⁾.

كما فرض المشرع بموجب المادة (73) من قانون ضرائب الدخل رقم (7) لسنة 2010م عقوبة الغرامة التي لا تقل (1000) ألف دينار ولا تزيد عن (50000) خمسون ألف دينار على كل ممول لا يسدد الضريبة في موعدها أو يتسبب بخطئه أو إهماله في تأخير توريد الضريبة للخزينة العامة.

ثالثاً: عدم الإخطار عن البدء أو توقف النشاط

تتعدد وسائل الرقابة التي يضعها المشرع للتحقق من صحة تطبيق القانون الضريبي، وذلك بفرض الالتزامات التي من شأن تنفيذها أن يكفل لمصلحة الضرائب التحقق من الواقعة المنشئة للضريبة وتحديد الإيرادات الداخلة في وعاء الضريبة، ومن أهم مظاهر تلك الرقابة ما يفرضه القانون الضريبي من واجب

1- خالد الشاوي، نظرية الضريبة والتشريع الضريبي الليبي، منشورات جامعة بنغازي، ص 283.

2- رمضان صديق، الإدارة الضريبية الحديثة، المرجع السابق، ص 127.

3- الجريدة الرسمية : العدد 4، السنة العاشرة ، ص 150.

تقدم الأخطار بمزاولة النشاط والتوقف عنه نولاً عند متضمناً بيانات معينة مع الالتزام بالصدق في كل ما يتضمنه من بيانات حتى يحقق الإخطار الضريبي ما يتضمنه الإبلاغ بواقعة البدء أو التوقف التي يوجب القانون على الممول الخاضع للضريبة إحاطة مصلحة الضرائب بها، إذ قد يعتمد الممول إلى مزاولة النشاط خلال السنة الضريبية ثم التوقف عن مزاولة هذا النشاط الذي قد يكون في بعض الأحيان بصورة نهائية ما يؤدي إلى بقاء الدخل الذي تحقق له خلال تلك الفترة بمنأى عن الضرائب.

رابعاً: التخلف عن مسك الدفاتر والسجلات والامتناع عن تقديمها

تعدد الوسائل التي يضعها للتحقق من صحة تطبيق القانون الضريبي وتحقيقه للغاية المنشودة وهي ضمان حقوق الخزنة العامة وذلك بفرض الالتزامات التي من شأن تنفيذها أن يكفل للإدارة الضريبية التحقق من الواقعة المنشئة للالتزام وصحة ربطها وتقديمها عند طلبها، فالزم المشرع الليبي بموجب المادة 75 من قانون ضرائب الدخل المذكور الأشخاص الطبيعيين الخاضعين لأحكام ضرائب الدخل بمسك الدفاتر التي يتم تحديدها بموجب أحكام اللائحة التنفيذية للقانون، كما يجوز إلزام الأشخاص الاعتبارية الخاضعة لأحكام هذا القانون بمسك دفاتر وحسابات هذا بالإضافة إلى الملزمين بمسكها بمقتضى التشريعات الأخرى.

وأوجب المشرع عند تقديم الإقرارات الضريبية عن دخل التجارة والصناعة والحرف أن تكون هذه الإقرارات مشفوعة بالمستندات والوثائق المؤيدة للبيانات المذكورة في الإقرارات واشترط لاعتبار حسابات الممول منتظمة أن يحسب عدد من الدفاتر متمثلة في دفتر اليومية ودفتر الجرد والميزانية ودفتر الصنف، بالإضافة إلى ما يلتزم بمسكه من دفاتر وسجلات بمقتضى القانون التجاري أو أي قانون آخر بالنظر إلى طبيعة النشاط.

لذلك يعتبر تخلف الممول عن الالتزام بهذا الأمر من الصور التي يتخذها التهرب الضريبي إذ في الكثير من الأحيان لا يستطيع الممول إخفاء نشاطه حسب طبيعة هذا النشاط وإنما نتيجة عدم مسكه للدفاتر والسجلات بإمكانه الحيلولة دون تحصيل الضرائب المستحقة عليه إذ يتعذر على موظف الضرائب في الكثير من الأحيان الوقوف على حقيقة حركة نشاط الممول في كثير من الأنشطة كما في حالة المهن الحرة.

وقد يحصل أن يقوم الممول بمسك الدفاتر والسجلات إلا أنه يتمتع عن تقديمها عند الطلب والمشرع الليبي أيضاً تناول هذه الصورة في المادة 73/2 من القانون فعاقب الممول الذي يتمتع عن تقديم ما يُطلب منه في البيانات أو الدفاتر أو السجلات التي يلزم بمسكها بغرامة لا تقل عن (1000) ألف دينار. والمشرع لم يميز في المعاملة بين الممول الذي يتقاعص عن مسك الدفاتر والسجلات وذلك الذي يقوم بمسكها إلا أنه يتمتع عن تقديمها فترك ذلك لقاضي الموضوع.

خامساً: استعمال الطرق الاحتيالية:

يعتبر التهرب باستعمال أساليب احتيالية من أخطر صور التهرب الضريبي بالنظر إلى ما تنطوي عليه الطرق الاحتيالية من انحدار في المستوى الأخلاقي لدى الممول الذي لم يتوان عن التهرب من الضريبة.

ويقصد بالطرق الاحتيالية في المجال الضريبي حسبما يعرفها جانب من الفقه بأنها محاولة الممول تغطية النقص الذي يتضمن إقرار الأرباح الخاص به والمقدم للمصلحة وذلك بترتيب وقائع مادية أو إعدادها إعداداً خاصاً الغرض منه التموه على المصلحة وحملها على تصديق ما ورد في هذا الإقرار المعيب.⁽¹⁾

وعرفها البعض الآخر بأنها الوقائع المادية التي تحيط بالإقرار لغش إدارة الضرائب فهو وسيلة فقط وفي حالة الطرق الاحتيالية يكفي تحقيق الوسيلة ولا يلزم تحقيق الغاية.⁽²⁾

أما المشرع الليبي فإنه لم يعرف الطرق أو الأساليب الاحتيالية على سبيل الحصر وإنما نص في المادة (75) من قانون ضرائب الدخل رقم 7 لسنة 2010م على عقاب كل من ارتكب بقصد التخلص من كل أو بعض الضريبة أو حرض أو اتفق أو ساعد على ارتكاب أي فعل من الأفعال الآتية:

- 1- الإدلاء ببيانات غير صحيحة في الإقرارات والأوراق التي تقدم تنفيذاً لأحكام هذا القانون.
- 2- إعداد أية حسابات أو دفاتر أو سجلات أو تقارير أو ميزانية غير صحيحة.
- 3- استعمال أية طريقة احتيالية لإخفاء أو محاولة إخفاء مبالغ تسري عليها الضريبة.

وبلاحظ في هذا الشأن بالطرق الاحتيالية عندما لا يحدد هذه الطرق والأساليب على سبيل الحصر وبالتالي فإن التهرب من الضريبة في التشريع الليبي وفق ما نصت عليه المادة 84 من قانون ضرائب الدخل يتحقق بكل الصور التي يعتمد فيها الممول على إخفاء حقيقة وضعه المالي، بغية التخلص من أداء الضرائب المستحقة عليه كلياً أو جزئياً، ولو لم تتحقق هذه النتيجة إذ قد لا يصل الممول إلى مبتغاه رغم سعيه للتخلص من كل أو بعض الضرائب المستحقة عليه.

فتعد طريقة احتيالية كل وسيلة لجأ إليها الممول يكون من شأنها إخفاء نشاطه الخاضع للضريبة، ومن هذا القبيل:

1- محمد رشاد، ضريبة الأرباح التجارية والصناعية، ص300، مُشار إليه في أسباب البراءة في جرائم التهرب الضريبي، المرجع السابق، ص28.

2- مجدي محمد علي، المرجع السابق، ص28.

أ- اصطناع مستندات عن مصروفات غير صحيحة.

ب- اصطناع ديون خيالية وغير حقيقة.

ج- تقديم حسابات صورية وتضخيم المشتريات والمصروفات مع تخفيض المبيعات.

د- إدخال مصروفات شخصية إلى مصروفات المنشأة بقصد تقليل أرباحها.

هـ- تقديم فواتير شراء غير مطابقة للحقيقة أو إسقاط عمليات أنتجت ربحاً للمول.

مما تقدم يتضح أن الطرق الاحتيالية لا تقع ضمن طائفة محددة من الأفعال إذ يتفنن الممولون بشتى الطرق متى عقدوا عزمهم على التهرب من الضريبة كلها أو بعضها بحيث يتدعون طرقاً للتحايل على لا تتسع النصوص الضريبية التجريمية لإحتوائها.

المطلب الثاني: - وسائل مكافحة التهرب الضريبي

هناك من الوسائل ما يمكن أن تكون أكثر وضوحاً في مجتمع ما عن غيره وتتنوع وسائل التهرب الضريبي فمنها التي ترجع للتشريع الضريبي نفسه وإلى السلطة التنفيذية القائمة على تنفيذ أحكام القانون الضريبي ثم تلك الأسباب التي مردها الممول المخاطب بأحكام القانون الضريبي باعتبارهم جميعاً أطراف العلاقة الضريبية ويقع على كل منهم جزء من عبء العملية الضريبية، والخلل الذي يشوب أداء أي منهم يمكن أن يعد وسيلة للتهرب من الضرائب وذلك على النحو الآتي:-

أولاً: أحكام صياغة التشريعات

مما لا جدل فيه أن النظام الضريبي يعتبر انعكاساً للظروف والأوضاع الاقتصادية والاجتماعية والسياسية في الدولة التي يطبق فيها، ولما كانت هذه الظروف والأوضاع تختلف وتتغير في الدولة من وقت لآخر، لذلك فإن النظام الضريبي يجب أن يتطور بما يلاءم ظروف المرحلة التي تمر بها الدولة ومتى كان التشريع الضريبي في الدولة غير متلائماً مع الظروف السائدة فيها فإن أية محاولة من قبل السلطة التنفيذية لوضع هذه التشريعات موضع التنفيذ سيؤدي في النهاية إلى تمكين العديد من الممولين من التهرب من أداء الضريبة أما بسبب عدم وقوعهم تحت طائلة هذا التشريع أو لوجود ثغرات فيه تمكنهم من النفاذ خلالها. وبالرغم من أن التشريع الضريبي اللبي فيما يخص ضرائب الدخل وضريبة الدمغة هو تشريع حديث نسبياً⁽¹⁾ والوقوف على مدى فاعليته أو عدمها في مكافحة التهرب الضريبي يبدو أمراً مبكراً، إلا أننا يمكن

1- يقصد بهذا الشأن القانون رقم 7 لسنة 2010م بشأن ضرائب الدخل باعتباره ركيزة التشريع الضريبي في ليبيا.

القول نظرياً أن هذا التشريع أيضاً تشوبه العديد من العيوب والثغرات التي يمكن للممول النفاذ منها والتخلص من العبء الضريبي وتُعد هذه العيوب والثغرات سبباً هاماً للتهرب على النحو الذي سيلبي بيانه:

1- أنه بالرغم من خصوصية التشريعات الضريبية التي ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالظروف القائمة إلا أن المشرع الليبي سلك بشأنها ذات الطريقة في سائر التشريعات الأخرى إذ نجد هذه التشريعات عادة مستقاة من تشريعات سارية في دول أخرى كالقانون المصري أو الفرنسي، الأم الذي تأتي معه التشريعات الضريبية غير مواكبة لطبيعة الأوضاع القائمة.

2- أن أغلب نصوص التشريع الضريبي الليبي هي مجرد تكرار لقانون ضرائب الدخل المصري - وبعد صدور قانون ضرائب الدخل في ليبيا خلال سنة 2004م شهدت التشريعات الضريبية بشأن ضرائب الدخل في مصر طفرة كبيرة وتطورات على نحو مغاير لما كانت عليه وتبنت فلسفة جديدة أكثر احتراماً للممول وأكثر جدوى للخزانة العامة على النحو الذي سنراه لاحقاً وتجاوزت بذلك العديد من الثغرات التي نقلها المشرع الليبي إلى تشريعه الجديد رقم 7 لسنة 2010م.

3- من المعلوم أن الضريبة تفرض لتحقيق جملة من الأهداف، وحتى تحقق الضريبة هذه الأهداف لبد من مراعاة تلك المبادئ والقواعد التي تحكم التنظيم الضريبي والتي كان من روادها آدم سميث في مؤلفه الشهير "ثروة الأمم"، وهذه القواعد هي "العدالة واليقين والملاءمة والاقتصاد"⁽¹⁾

وقد تبلورت الأفكار التي قبلت في تحقيق العدالة الضريبية في الوقت الحاضر بقاعدتين هما "عموم الضريبة ومبدأ المساواة".

- ويقصد بعموم الضريبة: شمول الضريبة للمقيمين في مجتمع معين والذين يتمتعون بخدمات الدولة سواء كانوا وطنيين أو أجانب مقيمين، وكذلك فرض الضريبة على كل مصادر الدخل وعلى الثروات.

- ويقصد بمبدأ المساواة: ولو ليس بشكل نهائي المساواة في التضحية بين الممولين أي عدم دفع الأغنياء والفقراء لنفس النسبة من دخولهم بل يجب أن يوزع العبء الضريبي بنسب متفاوتة لكي يحقق العدالة الضريبية.⁽²⁾

وإذا كان المشرع الليبي قد أخذ في الاعتبار هذه المعايير لفرض الضريبة على كل المقيمين من وطنيين وأجانب مقيمين وفرض ضرائب نوعية طالت كل الدخول المتحققة لهؤلاء وميز بين أسعار الضرائب

1- منصور ميلاد يونس، مبادئ المالية العامة، طرابلس، 2000م، ص115.

2- عبدالأمير شمس الدين، المرجع السابق، ص45.

وفقاً للمصدر المستمد منه الدخل وجعل هذه الضرائب تصاعدية وأقر بعض الإعفاءات، إلا أنه يكفي أخذ المشرع بما تقدم حتى يمكن وصف النظام بأنه نظام من شأنه تحقيق العدالة الضريبية.

تشير أسعار الضرائب الواردة في القانون إلى أن المشرع ميز بين الدخل الناتج عن العمل وما في حكمه عن غيره من أنواع الدخول الأخرى بأن وضع جدول أسعار حدية تقل في البداية عن غيرها من مصادر الدخل الأخرى إلا أنه ضيق من شرائح الدخل لهذا الجدول ووسع في شرائح هياكل الأسعار بالنسبة للنشاطات الأخرى، ففي ضريبة مقابل العمل يصل سعر الشريحة إلى (15%) بمجرد أن يتجاوز دخل الممول (9.600) د سنوياً أي (800) د. شهرياً في حين أن هذه النسبة تفرض على شريحة أعلى في الدخل الناتج من أرباح الصناعة والحرف ودخل المهن الحرة وهي (10.000) د. سنوياً وإذا يقول قائل أن أسعار الضرائب ترتفع في نسق تصاعدي حتى تصل في أرباح التجارة إلى (35%) وفي أرباح الصناعة والحرف ودخل المهن الحرة إلى (30%) فإن هذه الأسعار يجب عدم النظر إليها مجردة عن شرائح الدخل التي يصل إليها الممول والتي هي عالية جداً بالمقارنة إلى دخل مقابل العمل والذي في أغلب الأحيان لا يمكنه أن يتجاوز سقف محدد بموجب القوانين.

4- عدم جدية العقوبات وعدم كفايتها، فمن المآخذ التي تؤخذ على التشريع الضريبي الليبي والتي يرى المهتمون بالضرائب أنها من أكثر العوامل التي تشجع الممول على التهرب أن العقوبات المنصوص عليها في القانون تبدو غير رادعة، ولا تجد من يتولى تنفيذها إذ تلعب جدية العقوبة دوراً مهماً في تحديد موقف الممول تجاه الضريبة، فهو يوازن بين النفع العائد من عدم دفع الضريبة والمخاطر التي يتعرض لها إذا ما اكتشف أمره، فكلما كان الخطر مؤكداً كلما اتجه الفرد نحو الالتزام بالضريبة وتفادي العقاب والعكس صحيح.

وبالتالي فإن تفقد تأثيرها إذا كان في مقدور الممول الإفلات منها أو أن الإدارة الضريبية غير جادة في تنفيذها⁽¹⁾، ولا يتعلق الأمر هنا بمقدار العقوبة ونوعها بقدر ما يتعلق الأمر بجدية تنفيذها.

ثانياً: تطوير الإدارة الضريبية ودعمها:

تعتبر مصلحة الضرائب هي الأداة التنفيذية للقوانين الضريبية، وإذا كان إقرار مبدأ العدالة الضريبية يعتمد بداية على مدى مراعاة المشرع لهذا المبدأ عند فرضه للضرائب وذلك من خلال مراعاة الظروف المعيشية السائدة إلا أن الأمر لا يتوقف عند حد سن هذه التشريعات وإنما العبرة بتنفيذها إذ في مرحلة

1- أحييت هذه القضايا إلى نيابة العجالات الكلية، بتاريخ 2006/11/9م.

التنفيذ تظهر مساوئ النظام الضريبي وحسناته، ومن أهم وسائل مكافحة التهرب من الضريبة في ليبيا ترجع تتمثل فيما يلي:

1- رفع مستوى الأداء الوظيفي لدى الجهاز الضريبي:

يعد العنصر البشري راس الإدارة المدير وساعدها المنفذ فالاهتمام به يعد من الأولويات التي يجب ان توليها جهة الإدارة حتى تتمكن من القيام بدورها على أكمل وجه، وذلك من خلال الآتي:-

أ. ضرورة توفر واعداد الفاحصين والفنيين للضرائب بالمعنى الفني ذلك أن مهمة موظف الضرائب لا تنحصر في تلقي القرارات وتحصيل الضريبة من وقاع هذه القرارات بل المحافظة على حقوق الخزانة العامة التي أوكلت في هذا الشأن إلى موظف الضرائب، مما يتطلب منه الكشف عن تلك البيانات التي لم تظهر في لإقرارات الممول وهي أمور لا يمكن الكشف عنها من قبل أي موظف فليس كل موظف في مصلحة الضرائب هو فاحص فني. وقد تلمس الباحث هذا العيب من خلال ضخامة عدد الملفات المعروضة على الفاحصين في المكاتب الضريبية.

ب. توفير الأجواء المناسبة للعاملين بالإدارة الضريبية من الناحية المادية والمعنوية والتركيز على العديد من مقومات الإدارات الجيدة بالرغم من طبيعة عمل هذه الإدارة و عدم تعرض الموظف الضريبي إلى المضايقات والممارسات غير الأخلاقية من الممولين مع انعدام الحوافز المادية.

ج. ضرورة حصر المجتمع الضريبي وضرورة التعاون بين إدارة الضرائب والجهات العامة، إذ لا يمكن لإدارة الضرائب دون مساعدة الجهات العامة الأخرى أن تكفل وحدها حماية حقوق الخزانة العامة وذلك للأسباب التي سبق ذكرها لذلك يُعاب على الجهات الإدارية في ليبيا والمنوط بها أيضاً حماية حقوق الخزانة العامة عدم تعاونها مع مصلحة الضرائب وإلقاء عبء تحصيل الضرائب على الإدارة الضريبية وحدها مما سبب في تزايد حالات التهرب الضريبي في ليبيا نتيجة ضعف مستوى الإدارة بوجه عام.

2- مراعاة الأصول الضريبية والفنية من قبل الإدارة الضريبية.

ان مراعات الاصول الفنية والضريبية من قبل مصلحة الضرائب من شأنها المساهمة في الحد من التهرب الضريبي فهي حجة على إدارة الضرائب وليست لها وتعد هذه الوسائل الأخيرة في واقع الأمر في ليبيا من أهم عيوب ومساوئ الإدارة، وهذه الأساليب هي:

أ. عدم التغول في التقدير الجزائي:

من الأسباب التي تدفع بالممولين إلى التهرب مبالغة موظفي مصلحة الضرائب في التقدير الجزافي دون أخذهم في الاعتبار في كثير من الأحيان ما يقدمه الممول من مستندات ووثائق.⁽¹⁾ مع الأخذ في الاعتبار أن هذا التقدير الجزافي قد يقوده إليه الممول نفسه في بعض الأحيان بعدم تقديمه للإقرارات الضريبية، أو تقديمها غير شاملة لكل المعلومات الهامة عن حقيقة أرباحه، لذلك فمن شأن مراعات هذا الأمر يساهم في الحد من التهرب.

ب. عدم التأخير في الفحص والربط

يرجع التأخير إلى محدودية الفاحصين الضريبيين ونقص الكفاءات في هذا المجال وعدم توافر البيانات الدقيقة التي تمكن من سرعة إنجاز الفحص والربط وما يترتب على ذلك من تأخير في الفحص والربط ويقصد بذلك الفحص الذي تجريه المصلحة بعد الربط المؤقت حسب الإقرار المقدم من الممول إذ تأخذ المصلحة بما جاء في الإقرار تمهيداً للربط النهائي الذي يأتي بعد الفحص الذي تجريه المصلحة من خلال ما يتوافر لديها من مستندات وما تجريه من تحريات. ويعد تأخير الربط في ليبيا ظاهرة شائعة إذ يتأخر الربط النهائي في بعض الأحيان إلى سنوات متتالية فتكون الضرائب قد تراكت على الممول وبصبح التزامه بالوفاء بها مرهقاً مما يدفعه إلى التهرب من أداء الضريبة المستحقة عليه ، لذلك يجب إعادة النظر في ذلك للمساهمة في الحد من التهرب.

و أخيراً و بالإضافة إلى ما تقدم فإنه على موظفي الإدارة الضريبية اهتمامهم بإقامة علاقات مبنها الثقة بين الممول و الإدارة الضريبية و أداءهم لمهامهم على نحو يقوم على تفهم نفسية الممول وإحساسه بعبء وثقل الضريبة مما يفقد التواصل بين الطرفين، واعتبار الممول شريك الادارة الضريبية " الدجاجة التي تبيض ذهباً".

ثالثاً: وسائل تعود إلى الممول:

1- رفع مستوى الوعي الضريبي لدى الممولين:

يعد المجتمع الليبي كمجتمع مدني بالصورة التي هو عليها الآن مجتمع حديث نسبياً لا سيما فيما يتعلق بإحساسه بواجبه الوطني إذ أن فترات الاستعمار والاحتلال التي مر بها هذا المجتمع حالت دون تكوينه كمجتمع متجانس ومتوافق، إذ ظلت البلاد فترات طويلة مقسمة إلى ولايات ترزح تحت وطأة الاستعمار وظلت الضرائب مرتبطة في أذهان أبناء الشعب بمعنى السطوة والغلبة والقهر.

2- ضرورة قيام أجهزة الدولة بدورها في التوعية:

1- أبوبكر النيهوم، الضريبة على الشركات والمحاسبة عليها، مرجع سابق، ص262.

على الرغم من أن القوانين الضريبية تخاطب كافة فئات وشرائح المجتمع إلا أنها من أكثر التشريعات جهلاً من قبل المواطنين لصعوبة فهمها وإنطوائها على جوانب محاسبية وجنائية يستلزم الإلمام بها قدر من الوعي والثقافة، وهو الأمر الذي يجب أن تتجشم الأجهزة الإدارية في بلادنا القيام به، إذ ينحصر دور مصلحة الضرائب في قبول الإقرارات و الإخطارات وإجراء التقديرات دون أن تُبصر الممول إلى أهمية الضرائب وأهميته كمول في العملية الضريبية، كما أن الأجهزة الأخرى في الدولة يجب أن تقوم بدورها في نشر الوعي الضريبي من خلال وسائل الإعلان أو عن طريق إصدار دوريات أو نشرات بالخصوص، كل هذه الظروف تؤدي إلى خلق مواطن واعي غير متقاعس في مجال الوفاء بحقوق الخزنة العامة، إذ الكثير من المواطنين لا يعلمون أين تذهب أموالهم التي تستقطع منهم جبراً دون اختيار منهم وكثيرون ممن يزالون أنشطة يعتمد أداء الضريبة عنها على مبادرة الممول.

ويعتبر نقص وانخفاض الوعي الضريبي بحق من أبرز العوامل المؤدية إلى التهرب الضريبي في ليبيا وقليلون هم الذين ينظرون إلى الضريبة كواجب وطني ودلالة على روح التضامن والتعاقد بين أبناء المجتمع ويشعرون بواجبهم في تمويل الخزنة العامة.

الذاتمة

يتضح جلياً في خاتمة هذا البحث الذي تطرقت فيه لأسباب التهرب الضريبي ووسائل مكافحته أن مكافحة هذه الظاهرة ليس بالأمر الهين، وذلك نظراً للأشكال التي يتخذها والتقنيات المتبعة من طرف المكلفين باستعمال طرق مختلفة ومتنوعة الاحتمالية لتهرب، مما يجعل الرقابة الجبائية عاجزة وقاصرة عن أداء مهامها، لمحدودية الوسائل المادية والبشرية وخاصة الكفاءات العليا المتخصصة في الميدان المحاسبي والقانوني. وفي هذا الإطار توصلت الى عدد من التوصيات يمكن للدولة اللجوء إليها وتمثل هذه التوصيات فيما يلي:-

1- نشر الوعي الضريبي وبث الاطمئنان لدى الممولين بتطبيق العدالة الضريبية دون محاباة، واتباع سياسة يشعر معها الممول بأن ما يدفعه سيعود عليهم بالنفع، حتى يتحسسون بواجبهم في المساهمة في تمويل النفقات العامة، وذلك بخلق تواصل مستديم مع الممولين واعتبارهم شركاء في تدبير الشأن الضريبي .

2- دعم الادارة الضريبية وجعلها قادرة على القيام بمهامها على أحسن وجه، وتعزيز مختلف أشكال الرقابة عليها.

3- قروئية و وضوح وإحكام النصوص التشريعية الضريبية، بما لا يدع مجالاً للثغرات، و النص على تحصين الدين الضريبي "صرافة" من التقادم.

4- الاعتماد على أبحاث ميدانية معمقة تعتمد على تقنيات علم النفس الاجتماعي للضريبة في تحليل آراء المكلفين وردود فعلهم، من أجل استكشاف الأسباب العميقة للنفور الضريبي، ثم الاعتماد على نتائج هذه الأبحاث في تطوير النظام الضريبي، الذي يجب أن يأخذ بعين الاعتبار جميع العوامل التي تؤثر في سيره ونجاحه بما فيها شخص المكلف.

فالضريبة العادلة تحتاج إلى إدارة ناجعة، ذلك أن الدولة هي الكفيلة بإلزام الجميع على احترام قانونها، سواء تعلق الأمر بالممولين أو بالأجهزة التي تطبق القانون الضريبي.

المراجع

- 1 - أحمد فتحي سرور: الجرائم الضريبية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990م.
- 2- أحمد ماهر عبد الحميد: التهرب في القانون المصري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، 1980م.
- 3 - جمال فوزي شمس: ظاهرة التهرب الضريبي، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1982م.
- 4- خالد الشاوي: نظرية الضريبة في التشريع الضريبي الليبي، منشورات جامعة بنغازي، 1986م.
- 5 - سوزي عدلي ناشد: ظاهرة التهرب الضريبي الدولي وأثارها على اقتصاديات الدول النامية، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 1999م.
- 6 - عبدالامير شمس الدين: الضرائب وتطبيقاتها العملية، دار الكتب القانونية، القاهرة، 1993م.
- 7 - عاطف صدقي: مبادئ المالية العامة: دار النهضة العربية، القاهرة، 1970م.
- 8 - مجدي محمد علي: جريمة التهرب الضريبي، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1992م.
- 9 - محمد حسن المرصفاوي: التجريم في التشريعات الضريبية، دار المعارف، الطبعة الأولى، 1993م.
- 10 - محمد حلمي مراد: مالية الدولة، المطبعة الحديثة، القاهرة، الطبعة الأولى، 1959م.
- 11 - الجريدة الرسمية: العدد 4، السنة العاشرة، 2010م.

النظام القانوني للعقد الإداري

" دراسة تحليلية "

إعداد دكتور: العارف صالح عبد الدائم

جامعة طرابلس - كلية القانون

قسم القانون العام

مقدمة

يحكم التنظيم الإداري ، وسائل قانونية توضح المسار الشرعي للعملية الإدارية ، ومن بين تلك الوسائل العقد الإداري ذو الطبيعة الخاصة المغايرة للعقود المدنية والتجارية وفق ما تتمتع به جهة الإدارة من امتيازات مقابل الطرف المتعاقد معها .

وعلي هذا الأساس تتناول هذه الورقة تبيان النظام القانوني للعقد الإداري من حيث مفهومه وطابعه المميز وفق ما استقر عليه القضاء الإداري ، وسنه المشرع في القوانين التي تحكم الوظيفة العامة ، وصولاً إلى تحديد العقود الإدارية في مبحثين هما:

المبحث الأول : المفهوم والطابع المميز للعقد الإداري.

المبحث الثاني: تحديد العقود الإدارية في القانون والقضاء.

المبحث الأول

المفهوم والطابع المميز للعقد الإداري

سيتم التعرض في هذا المبحث إلى مفهوم العقد الإداري، والطابع المميز للعقد الإداري عن غيره من العقود الأخرى، وذلك سنوضحه في المطلبين التاليين :

المطلب الأول- مفهوم العقد الإداري :

لقد اختلفت القضاء والفقه في وضع تعريف محدد للعقود الإدارية، وبالتالي فقد اختلفت أفكارهم وتباينت آراؤهم في هذا الخصوص.

وقد حاول القضاء الإداري في فرنسا ، ومصر، وليبيا حسم هذا الخلاف بتحديد المبادئ الرئيسية للعقود الإدارية، وعليه سأقوم بتعريف العقد الإداري فقهاً، وقضاً ثم التطرق إلى تعريف العقد الإداري وفقاً لللائحة العقود الإدارية النافذة لسنة 2005م.

تعريف العقد الإداري فقهاً وقضاءً:

العقد في اللغة العربية: الربط والتوثيق مادياً كان أم معنوياً فيقال عقد الحبل أي ربط بين طرفيه، ويقال عقد العزم أي ألزمه نفسه بأمر مستقبل، ويقول القرطبي "العقود الربوط" واحداً عقد يقال عقدت العهد والحبل، وعقد العسل فهو يستعمل في المعاني والأجسام⁽¹⁾.
 "العقد نقيض الحل، عقده يعقده عقداً، والعقود التي يعقدها بعضهم على بعض على ما يوجبه الدين⁽²⁾."

وفي استعمال القرآن العقد هو العهد وجمعه العقود قال تعالى ((يأيها الذين آمنوا افو بالعقود))⁽³⁾.
 وتعني التوثيق والتأكيد⁽⁴⁾ وقال تعالى ﴿وَلِكُلِّ جَعَلْنَا مَوَالِي مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَالَّذِينَ عَقَدْتَ إِيمَانَكُمْ﴾⁽⁵⁾

ويقول الله تبارك وتعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ﴾⁽⁶⁾ أي وثقتموها بالقصد والنية.

ويقول القرطبي في تفسير هذه الآية (والعقد على ضربين حسي كعقد الحبل، وحكمي كعقد البيع، في اليمين المنعقدة منفصلة من العقد، وهي عقد القلب في المستقبل ألا يفعل ففعل)⁽⁷⁾.
 وبعد هذا العرض الموجز للتعريف اللغوي للعقد سأعرض إلى تعريفه فقهاً وقضاءً.
 ويعرف العقد بصفة عامة بأنه توافق إرادتين على إحداث أثر يرتبه القانون⁽⁸⁾.
 والعقد في اصطلاح الفقه القانوني "توافق الإرادة بين شخصين أو أكثر على انشاء التزامات معينة فيما بينهم"⁽⁹⁾

1- الجامع لأحكام القرآن للقرطبي، المجلد الثالث، الجزء السادس، ص5.

2 - ابن منظور، أبي الفضل جمال الدين، لسان العرب، بيروت: دار صادر، الطبعة الأولى، ب. د سنة النشر، ج 3، ص 296-297.

3 - سورة المائدة: الآية (1).

4 - راجع معجم الفاظ القرآن الكريم، مجمع اللغة العربية الادارة العامة للمعجمات وأحياء التراث، جمهورية مصر، الهيئة العامة لشؤون المطابع الميرية، جزء (2)، 1990، ص 776.

5 - سورة النساء: الآية (33).

6- سورة البقرة، الآية: 89.

7- الجامع لأحكام القرآن للقرطبي، المرجع السابق، ص198.

8- د. علي خطار شطناوي، الوجيز في القانون الإداري، دار وائل للطباعة والنشر، ط1، 2005، ص87.

9 - عبد الواحد كرم، معجم مصطلحات الشريعة والقانون (عربي، فرنسي، انجليزي) ط1، 1995، ص287.

والعقد الإداري " عقد يبرم بين جهتين إداريتين فرد أو شركة ، يتعلق بتنظيم أو تسير مرفق عام ، ويتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص (كحق الإدارة في تعديل العقد أو أنهاءه قبل بلوغ أجله أو فرض غرامات تأخيرية على المتعاقد الآخر)⁽¹⁾

والعقد الإداري يتفق مع العقد المدني في أركانه ، وهو لا يخلو عن كونه تطابق إرادة الطرفين المتمثلة في الإيجاب والقبول بينهما الدولة أو إحدى الجهات الإدارية أو الوحدات الإدارية المنظمة بقواعد القانون العام والخاضعة له.⁽²⁾

1. أن يكون توافق إرادتين بإيجاب وقبول لإنشاء التزامات تعاقدية تقوم على التراضي بين طرفين أحدهما هو الدولة أو أحد الأشخاص الإدارية

2. ويتميز بأن الإدارة تعمل في إبرامها بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها وذلك بقصد تحقيق نفع عام أو مصلحة مرفق من المرافق العامة.

ولقد عرفت المحكمة الإدارية العليا في مصر العقد الإداري بأنه (العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام، بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره، وإن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك بتضمين العقد شرطاً أو شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص)⁽³⁾.

وبهذا فإن العقد يعتبر إدارياً إذا كان أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً، ومتصلاً بمرفق عام، ومتضمناً شروطاً غير مألوفة في نطاق القانون الخاص، فإذا تضمن أي عقد هذه الشروط الثلاثة مجتمعة كان العقد إدارياً بحسب تعريف المحكمة الإدارية العليا في مصر⁽⁴⁾.

وقد أيد جانب كبير من الفقهاء في مصر هذا الاتجاه ومنهم الدكتور سليمان الطماوي الذي عرف العقد الإداري بأنه (ذلك الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه وتظهر فيه نية

1 - عبد الواحد كرم ، المرجع السابق ، 288.

2 - راجع مجموعة المبادئ في عشر سنوات ، ج 2 ، ص 1351

3- الحكم الصادر من المحكمة الإدارية العليا في 1967/12/30، القضية رقم (576) لسنة 11ق، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في العقود الإدارية في خمسة عشر عاماً.

4- د. مازن ليلو راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي والمعارف، دار المطبوعات الجامعية، 2002م، ص 18

الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام و أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص أو أن يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشر في تسيير المرفق العام⁽¹⁾.

وقد سار المستشار سمير صادق على نفس النهج ولم يختلف تعريفه للعقود الإدارية عن الدكتور الطماوي حيث عرف العقد الإداري بأنه (العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام وبمناسبة تسييره وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك بتضمين العقد شرطاً أو شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص)⁽²⁾.

كما عرفه الدكتور محمود حلمي، بأنه (ذلك الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر فيه نية جهة الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام)⁽³⁾.

ولقد عرفت المحكمة الدستورية العليا في مصر العقد الإداري بأنه (هو الذي يكون أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً، يتعاقد بوصفه سلطة عامة وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام بقصد تسييره أو تنظيمه وأن يتسم بالطابع الممتد للعقود الإدارية وهو انتهاج أسلوب القانون العام)⁽⁴⁾.

وتبنت المحكمة العليا الليبية في العديد من أحكامها الاتجاه ذاته فقضت في حكمها الصادر 1970/06/20م (ومن حيث أنه يتبين من الاطلاع على العقدين موضوع التداعي إنهما يتصلان بمرفق عام هو مرفق الحج ويهدفان إلى تحقيق مصلحة عامة هي تمكين الحجاج الليبيين الراغبين في أداء الفريضة المقدسة على أكمل وجه وأتمه... وإنهما قد تضمنتا شروطاً غير مألوفة في العقود الخاصة المماثلة... ومن حيث أنه على مقتضى ما تقدم يكون العقدان المذكوران قد اتسما بالطابع المميز للعقود الإدارية من حيث اتصالهما بمرفق عام وأخذهما بأسلوب القانون العام فيما تضمنتا من شروط استثنائية ومن ثم يكونان عقدين إداريين)⁽⁵⁾.

وما يفهم من ذلك هو أن القضاء الليبي اقتفى أثر نظيره المصري ولم يختلف عنه، إذ اشترط توافر ثلاثة شروط لكي يكون العقد إدارياً، وهي أن تكون الإدارة أحد أطراف العقد، وأن يتعلق موضوعه بمرفق عام وأن يتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص.

1- د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، الطبعة الخامسة، سنة 1991، ص 59.

2- المستشار سمير صادق، العقد الإداري في مبادئ الإدارة العليا، مطبعة الهيئة المصرية العامة للكتاب، سنة 1991، ص 9.

3- د. محمود حلمي، القضاء الإداري، دار الفكر العربي، ط 1، سنة 1974، ص 248.

4- د. حسام عبدالسميع هاشم: الجزاءات المالية في العقود الإدارية، الناشر، دار النهضة العربية القاهرة، سنة 2002، ص 10.

5- طعن إداري رقم 17/4، مجلة المحكمة العليا، السنة الثامنة، العدد الأول، ص (57).

وكما أشرنا إلى آراء بعض الفقه المصري، فإنه يتوجب علينا أن نتطرق إلى آراء الفقه الليبي القليلة ومنها رأي الدكتور محمد عبدالله الحراري الذي يقول (غير أن النظام الإداري الليبي ونظراً لتأثره الشديد بالقضاء الفرنسي والمصري قد لجأ في كثير من الأحيان إلى تبني اتجاهاتهما في مجال تحديد العقد الإداري داخل نطاق العقود الثلاثة، التي نص عليها المشرع، ففي فرنسا ومصر يتمتع القضاء الإداري باختصاص عام وشامل لكافة العقود الإدارية، وبالتالي اضطر القضاء الإداري إلى البحث عن معايير معينة لتحديد العقود الإدارية التي تختص بها...) ⁽¹⁾.

ومن خلال ما تقدم فإن العقد الإداري هو " عقد تبرمه الدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة من جهات ووحدات إدارية بقصد تسيير مرفق عام، وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام".

إن العقد الإداري هو "العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره وان تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتضمين العقد شرطاً أو شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص" ⁽²⁾.

أنه يجوز إبرام عقود بين إحدى الجهات الإدارية والأفراد العاديين دون أن تعتبر عقوداً إدارية بل تبقى عقوداً تخضع للقانون الخاص باعتبارها عقود مدنية تتعامل فيها الإدارة وكأنها شخص طبيعي ، فتخضع لأحكام القانون الخاص ⁽³⁾.

وعلى هذا الأساس ليس كل عقد تبرمه الإدارة بقصد إدارة مرفق عام أو تسييره يصبح عقداً إدارياً ما لم تظهر نية جهة الإدارة واضحة من تطبيق القانون العام عليه.

المطلب الثاني- الطابع المميز للعقد الإداري:

إن المعيار المميز للعقود الإدارية عما عداها من عقود الأفراد وعقود القانون الخاص (العقد المدني) والتي تبرمها الإدارة ليس هو صفة المتعاقد بل موضوع العقد نفسه متى اتصل بالمرفق العام على أية صورة من الصور سواء أكانت من حيث تنظيم المرفق العام أو استقلاله أو تسييره أو المعاونة والمساهمة في ذلك

1- د. محمد عبدالله الحراري: الرقابة على أعمال الإدارة، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، طرابلس، ليبيا، الطبعة الثالثة 1999، (ص199).

2- طعن غداري رقم 576 لسنة 11ق ، بتاريخ 12/30/ 1967 ، المحكمة الادارية العليا المصرية ، مجموعة المبادئ في خمسة عشر عاماً ج 2 ، ص 1831.

3 - راجع د . نصر الدين مصباح القاضي ، أصول القانون الاداري ، القاهرة ، دار الفكر العربي ، ط 2 ، 2016م ، ص 374.

أو استخدام المرفق ذاته عن طريق العقد مشتركاً في ذلك وعلى درجة متساوية مع الشروط الاستثنائية غير المألوفة المضمنة في العقد.

والواضح مما تقدم أن وجود جهة الإدارة كطرف في العقد شرط لازم لاعتباره من العقود الإدارية ويشترط كذلك أن يكون ملحوظاً في العقد سلطة الإدارة في الإشراف على تنفيذه ومراقبة كيفية سيره بما لها من سلطة عامة بوصفها المهيمنة على المرفق العام.

فالعقد يعتبر إدارياً إذا كان أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً ومتصلاً بنشاط بمرفق عام وملحوظاً فيه سلطة الإدارة في الإشراف على تنفيذه ومراقبة كيفية سيره بما لها من سلطة عامة ومتضمناً شروطاً غير مألوفة في نطاق القانون الخاص فإذا تضمن عقد هذه الشروط مجتمعها كان عقد إدارياً يختص به القضاء الإداري بحسب ولايته.

وعلى هذا الأساس فإن ذاتية العقد الإداري الذي يخضع لرقابة القضاء الإداري ، ويكيف كونه عقداً إدارياً يتصف بالاتي :

1. كون الشخص المعنوي العام يعتمد في إبرامه وتنفيذه على أساليب القانون العام ووسائله أما بتضمينه شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص سواء كانت هذه الشروط إرادة في ذات العقد أو مقررة بمقتضى القوانين واللوائح.
2. أو بمنح المتعاقد مع الإدارة فيه حقوقاً لا مقابل لها في روابط القانون الخاص بسبب كونه لا يعمل لمصلحة فردية بل يعاون السلطة الإدارية ويشترك معها في إدارة المرفق العام وتسييره واستغلاله تحقيقاً للنفع العام.
3. فبينما مصالح الطرفين في العقد المدني متساوية ومتوازنة إلا أن كفتي المتعاقدين غير متكافئة في العقد الإداري⁽¹⁾ (تغليباً) على المصلحة الفردية مما يجعل للإدارة في هذا الأخير سلطة مراقبة تنفيذ شروط العقد وتوجيه أعمال التنفيذ واختبار طريقة وحق تعديل شروطه المتعلقة بسير المرفق وتنظيمه والخدمة التي يؤديها، وحق توقيع جزاءات على المتعاقد وحق فسخ العقد وإنهائه بإجراء إداري دون رضا هذا المتعاقد إنهاءً مبتسر دون تدخل القضاء.

1- تؤكد المحكمة العليا الليبية مبدأ عدم تكافؤ مصلحة المتعاقد مع الإدارة ، حيث تعلو المصلحة العامة على المتعاقد معها ، راجع الطعن الإداري رقم 13 / 23 قضائية ، مجلة المحكمة العليا الليبية ، السنة والعدد - 14/3 تاريخ الطعن 1978/2/16 م ، ص 59 .

4. إن العقد الإداري تتبع في إبرامه أساليب معينة كالمناقضة والمزايدة العامة أو الممارسة ويخضع في ذلك لإجراءات وقواعد مرسومه من حيث والاختصاص وشرط الكتابة فيه التي تتخذ عادة صورة دفتر شروط ملزم إذا أبرم بناء على مناقضة أو مزايدة عامة أو تتم بممارسة جاوزت قيمتها قدرًا معيناً

5. العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطة احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد الإداري تسييره أو سد حاجته وتغليب وجه المصلحة العامة على المصلحة الفردية الخاصة.

6. إن شروط العقد الموضوعية وهو دستور العقود الإدارية يعطى جهة الإدارة سلطة الإشراف والتوجيه والرقابة على تنفيذ العقد وسلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها إذا أحل بالتزاماته ثم سلطة تغيير شروط العقد بالإضافة والحذف ولها سلطة تعديل العقد من جانبها وحدها، بل إن لها حق فسخ العقد وإنهائه بإجراء إداري دون رضا المتعاقد معها إنهاء مبسّراً ودون تدخل القضاء، وتمتتع الإدارة بهذه الحقوق والسلطات حتى ولو لم ينص عليها العقد لأنها تتعلق بالنظام العام، ودون أن يحتج عليها بقاعدة قوة العقد الملزم أو القاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين.

فالغاية والمهدف من التمييز بين العقد الإداري والعقد المدني هي رعاية المصلحة العامة وضمان حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد.

بناءً على ما سبق تميزت العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص، أساسه احتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد تسييره، وتغليب وجه المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، فإن ذلك استتبع خضوعها لمجموعة من القواعد القانونية المتميزة عن القواعد القانونية التي تحكم العقود المدنية.

ومع أن التنظيم القضائي الليبي قد اعتنق مبدأ وحدة القضاء لازدواجه، إلا أنه أخذ بفكرة الدوائر المتخصصة في محاكم التنظيم القضائي الواحد، كما هو الشأن بالنسبة لدوائر القضاء الإداري بمحاكم الاستئناف المدنية، المخصصة لنظر بعض المنازعات الإدارية، من بينها تلك العقود المتعلقة بعدد من العقود الإدارية.

وقد ورد النص على العقود الإدارية بقانون المحكمة العليا الصادر بتاريخ 10/11/1953م، ثم القانون رقم (88) لسنة 1971م بشأن القضاء الإداري، وبعد ذلك تناولته لوائح العقود الإدارية التي صدرت منذ عام 1980م، وقرار اللجنة الشعبية العامة سابقاً رقم 563 لسنة 1375 و.ر 2007م بإصدار لائحة

العقود الإدارية بالقرار رقم 926 لسنة 2007م⁽¹⁾ كما أن القضاء تكفل بالبحث في الطبيعة القانونية للعقد وفق معايير محددة سلفاً إذا ما توفرت يكون العقد إدارياً.

المبحث الثاني

تحديد العقود الإدارية في القانون والقضاء

سيتم التعرض في هذا المبحث إلى تحديد العقود الإدارية التي يضيف عليها المشرع الصفة الإدارية وهي عقود إدارية بنص القانون وعقود إدارية بتحديد القضاء وهذا ما سنوضحه في المطلبين التاليين :

المطلب الأول- العقود الإدارية بنص القانون :

العقود الإدارية بنص القانون هي العقود التي يضيف عليها المشرع الصفة الإدارية، وينص القانون على اختصاص القضاء الإداري بالنظر في المنازعات الناشئة عنها⁽²⁾. ووسيلته في ذلك فضلاً عن الوصف الصريح لها بأنها إدارية، أن يقر اختصاص القضاء الإداري بالنظر فيما تثيره من منازعات، ويطلق عليها عقود إدارية بنص القانون⁽³⁾.

وقد ظهر هذا التحديد عندما أضفى نص المشرع الفرنسي لأول مرة في بداية عهد الثورة الفرنسية على بعض العقود وصف إدارية، ونص على اختصاص مجلس الدولة فيما تثيره تلك العقود من منازعات ومن ذلك قانون (28) بليفور للسنة الثامنة الذي جعل من اختصاص مجالس الإقليم النظر في المنازعات المتعلقة بعقود الأشغال العامة، وعقود بين أملاك الدولة⁽⁴⁾.

أما في ليبيا فقد مر النص على العقود الإدارية بمرحلتين هما: المرحلة السابقة على صدور القانون رقم (88) لسنة 1971م بشأن القضاء الإداري، والمرحلة الثانية بعد صدور هذا القانون.

1 - لائحة العقود الإدارية رقم (563) لسنة 2007م وتعديل اللائحة بالقرار رقم (926) لسنة 2007م . دولة ليبيا : وزارة العدل،

صدر في : 19 شوال الموافق 1375/10/30 و.ر 2007 م ، عدد خاص ، ص 2015 .

2- د. ارحيم سليمان الكبيسي، مبادئ في القانون الإداري الليبي، محاضرات لطلبة كلية القانون بالجامعات الليبية، 2006، ص 162.

3- د. عمر حلمي، معيار تمييز العقد الإداري، القاهرة، دار النهضة العربية، (ب،ت)، ص 27.

4- د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، القاهرة، دار الفكر العربي، الطبعة الخامسة، 2005، ص 57.

أولاً- المرحلة السابقة لصدور القانون رقم 88 لسنة 1971م :

في هذه المرحلة كانت المحكمة العليا تقوم بوظيفة محكمة القضاء الإداري، بالإضافة إلى اختصاصها كمحكمة نقض في غير المواد الإدارية، وذلك حسب قانون إنشائها الصادر بتاريخ 10/11/1953م والذي نص في المادة(24) على أن (تفصل محكمة القضاء الإداري في المنازعات الخاصة بعقود الامتياز وعقود الالتزام، وعقود الأشغال العامة، وعقود التوريد، التي تنشأ بين الحكومة والطرف الآخر من العقد، إلا إذا نص العقد أو القانون على خلاف ذلك).

وعقد الالتزام، كما عرفته المادة (677) من القانون المدني الليبي، (هو عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذي صفة اقتصادية بين شخص من أشخاص القانون العام، وفرد أو شركة يعهد عليها باستغلال المرفق فترة معينة من الزمن).

أما عقد الأشغال العامة، فقد عرفته المحكمة العليا في حكمها الصادر بتاريخ 26/1/1983م بأنه (عقد مقاوله بين شخص من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء، أو الترميم، أو الصيانة في عقار، لحساب هذا الشخص المعنوي العام، وتحقيقاً لمصلحة عامة، مقابل ثمن يحدده العقد)⁽¹⁾.

وعقد التوريد هو (عقد بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام، وفرد أو شركة بمقتضاه يتعهد المورد بتوريد مواد أو منقولات معينة، لازمة لمشروع ذي نفع عام، لقاء ثمن يحدد في العقد)⁽²⁾.

وبهذا النص، جعل المشرع الليبي اختصاص النظر في المنازعات التي تنشأ حول العقود الإدارية الثلاثة المذكورة، معقوداً للمحكمة العليا، باعتبارها محكمة القضاء الإداري، وذلك إذا خلا العقد من النص على الجهة التي تولى حسم المنازعات عنه، أو لم ينص القانون على تحديد جهة معينة لذلك غير المحكمة العليا، حيث يجوز لأطراف العقد مخالفة هذا الاختصاص بالنص على اختيار جهة أخرى، للنظر في النزاع بدلاً عن المحكمة العليا.

وبذلك يكون المشرع الليبي، قد أرسى قاعدة مكتملة بالنسبة لاختصاص دائرة القضاء الإداري بالمحكمة العليا في مجال المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية المحددة بالمادة(24) من قانون المحكمة العليا لسنة 1953⁽³⁾. متأثراً في ذلك على ما يبدو بقانون مجلس الدولة المصري رقم(9) لسنة 1949م.

1- طعن إداري 26/1/1983، 24/28، م.م.ع، س19، ع4، ص36.

2- حكم محكمة القضاء الإداري، 2/12/1952، 4/625.

3- د. خالد عبدالعزيز عريم، القانون الإداري الليبي، منشورات الجامعة الليبية، ج2، 1971، ص356.

وقد توسعت المحكمة العليا في مفهوم عقد التوريد، حيث اعتبرت أن عقد النقل البحري هو صنف منه، وذلك في حكمها الصادر في 1971/6/20م بصدد عقدي نقل أبرمتها وزارة العمل والشؤون الاجتماعية، لنقل الحجاج الليبيين بحراً إلى الأراضي المقدسة، لأداء فريضة الحج، إذ قالت (إن العقدين سألني الذكر، يتصلان بمرفق عام، هو مرفق الحج، ويهدفان إلى تحقيق مصلحة عامة تمكين الحجاج الراغبين في الحج من أداء هذه الفريضة المقدسة على أكمل وجه، وذلك بتهيئة جميع السبل التي تكفل لهم ذلك في يسر وسهولة وأمان، وتكفل السهر على راحتهم وسلامتهم في الذهاب والإياب، وأنهما قد تضمنتا شروطاً، غير مألوفة في العقود الخاصة المماثلة، وحيث إن هذين العقدين يكونان بمقتضى ما تقدم قد اتسما بالطابع المميز للعقود الإدارية، من حيث اتصالهما بمرفق عام واخذهما بأسلوب القانون العام، فيما تضمناه من شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، فإنهما يكونان عقدين إداريين، ومن جهة أخرى، فإن عقود النقل الإدارية، تعتبر في نظر الفقه والقضاء نوعاً من عقود التوريد وذلك لاتفاق النوعين في جميع الأحكام باستثناء موضع كل منهما)⁽¹⁾.

ومن هنا تكون المحكمة العليا - بوصفها محكمة قضاء إداري - هي المختصة بنظر هذه الدعوى المتعلقة بالعقدين السابقين، رغم النص على اختصاص القضاء المدني بذلك، وهكذا استطاعت المحكمة العليا فرض رقابتها على العقود الإدارية، ولم يكن ممكناً أن تنعقد لها هذه الرقابة، لو كانت قد التزمت بحرفية النص⁽²⁾.

ثانياً - المرحلة اللاحقة لصدور القانون رقم 88 لسنة 1971م :

كانت دائرة القضاء الإداري بالمحكمة العليا هي قاض أول، وآخر درجة في هذه المسائل، وذلك طيلة الفترة الواقعة من أوائل 1953م وحتى آخر 1971م، أي إلى حين صدور قانون القضاء الإداري رقم (88) بتاريخ 1971/10/31م والذي آلت بموجبه اختصاصات دائرة القضاء الإداري بالمحكمة العليا إلى دوائر القضاء الإداري، التي نص هذا القانون على إنشائها بمحاكم الاستئناف المدنية.

1- طعن إداري 1971/6/20، 17/4، م.م.ع، س، 8، ع، 1، ص52.

2- د. صبيح مسكوني، مبادئ القانون الإداري الليبي، طرابلس، دار الكتب والتوزيع والإعلان والمطابع، الطبعة الثالثة، (ب،ت)، ص485.

د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المعيار المميز للعقد الإداري في التشريع الليبي، رسالة ماجستير (منشورة)، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، (ب،ت)، 2007، ص48.

ومن هنا أصبحت دوائر القضاء الإداري بمحاكم الاستئناف، هي قاض أول وآخر درجة في المنازعات الإدارية الداخلة في اختصاصها، وأصبحت دائرة القضاء الإداري بالمحكمة العليا، بمثابة قاضي نقض بالنسبة للأحكام الصادرة في هذه الدوائر.

وعلى الرغم من أن القانون رقم (88) لسنة 1971م بشأن القضاء الإداري، عهد لدوائر القضاء الإداري المنشأة بمحاكم الاستئناف بنفس وذات الاختصاصات، التي كانت تتمتع بها دائرة القضاء الإداري بالمحكمة العليا، دون أي تعديل جوهري يذكر⁽¹⁾، فإن أهميته تكمن في تقريب القاضي الإداري من المواطنين وفي تعدد درجات التقاضي بالنسبة للمنازعات الإدارية.

فمن جهة بدلاً من أن كان القضاء الإداري متمركزاً في هيئة قضائية واحد وهي دائرة القضاء الإداري بالمحكمة العليا، فبمقتضى قانون (88) لسنة 1971م أصبح هذا القضاء الإداري بالمحكمة العليا، موزعاً على ست هيئات قضائية، هي دوائر القضاء الإداري المنشأة بداخل محاكم الاستئناف الموجودة في كل من طرابلس وبنغازي ومصراته والزاوية والجبل الغربي وسبها.

ومن جهة أخرى، فإن قانون رقم (88) لسنة 1971م بنصه على إمكانية الطعن بالنقض على أحكام دوائر القضاء الإداري بمحاكم الاستئناف، أمام المحكمة العليا، يكون قد خلق ضمانة جديدة تكفل للأفراد والإدارة الذين لم يكن بإمكانهم قبل صدور هذا القانون الطعن على أحكام دائرة القضاء الإداري العليا إلا بطريق التماس إعادة النظر.

وحيث إن المشرع نص في المادة (14) من قانون المحكمة العليا لسنة 1953م على أن اختصاصها في مجال العقود الإدارية محصور في هذه العقود الثلاثة، بل إن اختصاصها لم يكن مانعاً، وإنما اختصاصاً مشتركاً بينها وبين المحاكم المدنية، ذلك أن المشرع في المادة المشار إليها بعد أن أورد اختصاص دائرة القضاء الإداري بالمحكمة العليا في مجال العقود الإدارية، أجاز لأطراف العقد أو للقانون النص على مخالفة هذا الاختصاص.

ويشير الفقه⁽²⁾ إلى أن المشرع الليبي عدل في القانون (88) لسنة 1971م بشأن القضاء الإداري عن موقفه السابق، وذلك بأن منح دوائر القضاء الإداري بمحاكم الاستئناف اختصاصاً مانعاً في المنازعات الناشئة عن عقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد، حيث نصت المادة (4) من القانون سالف الذكر على

1- د. محمد عبدالله الحراري، الرقابة على أعمال الإدارة في القانون الليبي، طرابلس، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، الطبعة الثالثة، 1999، ص 62.

2- د. محمد عبدالله الحراري، الرقابة على أعمال الإدارة، المرجع السابق، ص 125، د. خليفة علي الجبراني، القضاء الإداري الليبي والرقابة على أعمال الإدارة، طرابلس، ط 1، 2005، ص 235.

أنه (تفصل دائرة القضاء الإداري في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد)، وبهذا قصر المشرع اختصاص الفصل في المنازعات الناشئة عن هذه العقود الثلاثة على دوائر القضاء الإداري وحدها، حيث حذف الفقرة الواردة في المادة (24) من قانون المحكمة العليا والتي نصها ((إلا إذا نص العقد أو القانون على خلاف ذلك) أي أن المشرع في القانون (88) لسنة 1971م استبدل القاعدة المكملية التي أرسنها المادة (24) من قانون المحكمة العليا بقاعدة آمرة، بدليل أنه لم يسمح لأطراف العقد الاتفاق على رفع منازعتهم بشأن هذه العقود إلى محكمة أخرى، غير دوائر القضاء الإداري.

ومع ذلك أرسن المحكمة العليا مبدأ مخالفة لكل الاعتبارات السابقة، بقولها (إن القانون رقم (88) لسنة 1971م في شأن القضاء الإداري، إذ ينص في المادة الثانية منه على أن تختص دائرة القضاء الإداري - دون غيرها - بالفصل في المسائل الواردة فيها، وتنص المادة الرابعة منه على أن تفصل دائرة القضاء الإداري في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام، والأشغال العامة، والتوريد، يدل على أن المشرع أراد التفرقة بين المسائل المبينة في المادة الثانية، وبين العقود المشار إليها في المادة الرابعة، فجعل الاختصاص في تلك المسائل مقصوراً على هذا القضاء الإداري ولم يجعل الاختصاص مقصوراً على القضاء في العقود المبينة بالمادة الرابعة مقصوراً على هذا القضاء دون غيره، وإنما جعله مشتركاً بين القضاء الإداري والقضاء العادي...⁽¹⁾.

إن هذا التفسير الذي أجرته المحكمة العليا لنصوص المادتين الثانية والرابعة من قانون (88) لسنة 1971م منتقد من بعض الفقه⁽²⁾ وذلك للاعتبارات التالية :

أولاً: أنه تفسير التزم حرفية النص، حيث إن توصل المحكمة عن طريق المفهوم العكسي إلى أن خلو المادة الرابعة من عبارة (دون غيرها) يدل على أن المشرع، لم يقصر النظر في المنازعات الناشئة عن العقود المبينة فيها على دائرة القضاء الإداري، وإنما جعله مشتركاً بينها وبين المحاكم المدنية.

ثانياً: أنه تفسير يتعارض مع حقيقة إرادة المشرع الصريحة، وذلك حين نص المشرع في قانون المحكمة العليا لسنة 1953م، أراد فعلاً أن يجعل الاختصاص في مجال منازعات العقود الإدارية مشتركاً بين دائرة القضاء الإداري والمحاكم المدنية، حيث نصت المادة (24) منه على أنه (إلا إذا نص العقد أو القانون على خلاف ذلك).

1- طعن مدني، 7/1/1979م، 24/32ق، م.م.ع، س15، ع4، ص99.

2- د. محمد عبدالله الحراري، مرجع سابق، ص128.

وعليه فإن عدم ورود هذه العبارة الأخيرة التي تعطي للمتعاقد الحق في اختيار محكمة أخرى غير دائرة القضاء الإدارية بالمادة الرابعة من قانون (88) لسنة 1971م يدل دلالة تامة على إرادة المشرع الصريحة بجعل الاختصاص في مجال العقود المبنية فيها مقصوراً على دوائر القضاء الإداري وحدها.

وفي خطوة أخرى من اللجنة الشعبية العامة سابقاً، تم توسيع طائفة العقود الإدارية المحددة بالنص، وذلك بقرارها رقم (563) لسنة 2007م، والذي تضمن تعريفاً للعقد الإداري، اخذت فيه بنفس المعيار الفقهي والقضائي السائد في تعريف العقود الإدارية، وقد حددت المادة الثانية من هذه اللائحة مدى سريانها، حيث جاء نصها كالتالي: (تسري أحكام هذه اللائحة على العقود الإدارية التي تبرمها الجهات والوحدات الإدارية، وكذلك على العقود التي تبرم لتنفيذ مشروعات التنمية الممولة من الميزانية العامة أياً كانت جهة التعاقد، ويجوز للجنة الشعبية العامة سابقاً- تحقيقاً للمصلحة العامة- استثناء بعض الجهات والمشروعات من تطبيق أحكام هذه اللائحة)، ثم وضعت المادة الثالثة تعريفاً للعقد الإداري على النحو التالي: (يقصد بالعقد الإداري في تطبيق أحكام هذه اللائحة، كل عقد تبرمه جهة من الجهات، المشار إليها في المادة السابقة، بقصد تنفيذ مشروع من المشروعات المعتمدة في خطة التنمية، أو الميزانية، أو الإشراف على تنفيذه، أو تقديم المشورة الفنية، أو تطويره، أو في تسيير مرفق من المرافق العامة بانتظام واطراد، متى كان العقد يشتمل على شروط استثنائية غير مألوفة في العقود المدنية وتستهدف تحقيق المصلحة العامة⁽¹⁾).

وتعتبر العقود الآتية من العقود الإدارية، متى توافرت بشأها الشروط السالف ذكرها:

- أ- عقود مقاولات الأشغال العامة.
- ب- عقود التوريد وعقود التوريد والتركيب.
- ج- عقود الصيانة والتشغيل للمشروعات والمرافق العامة.
- د- عقود الإدارة بمختلف أنواعها للمرافق العامة والمنشآت الصناعية أو السياحية أو غيرها.
- هـ- عقود بيع الأشياء التي تقرر الاستغناء عنها.
- و- عقود استخدام المكاتب الاستشارية.
- ز- عقود تنفيذ المشروعات غير الممولة من الميزانية العامة.

المطلب الثاني - العقود الإدارية بتحديد القضاء :

إزاء الانتقادات الموجهة لتحديد المشرع للعقود الإدارية، سعى القضاء نحو توسيع اختصاصه، ليشمل عقوداً أخرى، لسد ما في التشريع من نقص، حيث تكفل القضاء بالبحث في الطبيعة القانونية للعقد وفق معايير محددة سلفاً إذا ما توافرت يكون العقد إدارياً.

اتجه القضاء الإداري في ليبيا إلى القول بضرورة توافر العناصر الثلاثة في العقد، وهي كون الإدارة العامة طرفاً فيه، وأن يتصل بتنظيم مرفق عام أو تسييره، وأن يتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، لكي يكون عقداً إدارياً.

ورد هذا في حكم للمحكمة العليا، حيث جاء فيه (إن اختصاص القضاء الإداري ولائياً بالفصل في المنازعات المتعلقة بعقد التوريد، مناطه أن يكون هذا العقد وفقاً لمقصود المشرع منه في نص المادة الرابعة من القانون رقم (88) لسنة 1971م بشأن القضاء الإداري إدارياً، بمعنى أن يكون أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً، ومتعلقاً بمرفق عام، ومحتوياً لما يفيد أن نية الإدارة قد اتجهت في إبرامه إلى الأخذ بأسلوب القانون العام، فإن فقد إحدى هذه الخصائص الثلاث التي تميز بها العقود الإدارية يخرجها عن كونه عقد توريد إداري، ويخرج النزاع بشأنه عن نطاق اختصاص القضاء الإداري)⁽¹⁾.

أولاً- أن تكون الإدارة طرفاً في العقد :

لكي يوصف العقد الذي تبرمه الإدارة بأنه عقد إداري، يتعين أن يكون أحد طرفيه شخصاً من أشخاص القانون العام، ومن ثم لا تعد من العقود الإدارية الاتفاقات المبرمة بين الأفراد العاديين، أو بين أشخاص القانون الخاص، والتي لا تكون الإدارة طرفاً فيها، ولو كان موضوع العقد يرتبط بأداء خدمة عامة.

وقد سنحت الفرصة لدائرة القضاء الإداري بمحكمة استئناف بنغازي بتاريخ 1974/6/24م لتحديد العقد الإداري بقولها (إن العقد يعتبر إدارياً إذا كان أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً...)⁽²⁾.

وقد أكدت المحكمة العليا هذا الشرط، بقولها: (إن من شروط العقد الإداري، أيّاً كان نوعه، أن يكون لحساب شخص من أشخاص القانون العام، ولما كان العقد محل المنازعة الراهنة غير متحقق فيه هذا الشرط، لأنه كان لحساب شركة الخطوط الجوية العربية الليبية، وهذه الشركة ليست من أشخاص القانون

1- طعن إداري 13/11/1983، 16/27/27ق، م.م.ع، س21، ع1، ص35.

2- حكم محكمة استئناف بنغازي دائرة القضاء الإداري، 1974/6/24، 17/22ق، حكم غير منشور.

العام طبقاً لقانون إنشائها رقم (5) لسنة 1975م، فإنه لا يكون عقداً إدارياً، وتتحسر تبعاً لذلك ولاية القضاء الإداري واختصاصه بنظر المنازعة فيه، لخروجها عن نطاق العقود الإدارية⁽¹⁾.

ومن ثم فإن المبدأ العام الذي استقر عليه القضاء، أن يكون أحد أطراف العقد الإداري شخصاً من أشخاص القانون العام، ويستوي بعد ذلك أن يكون الطرف الثاني في التعاقد شخصاً معنوياً أو خاصاً، فوجود الشخص العام طرفاً في العقد شرط ثابت لا يتغير، وهو ضروري لإعطاء العقد الصفة الإدارية.

وفي مجال تحديد الجهة الإدارية كطرف في العقد الإداري، نصت المادة الثانية من لائحة العقود الإدارية، الصادرة بقرار من اللجنة الشعبية العامة رقم (563) لسنة 2007م (تسري أحكام هذه اللائحة على العقود الإدارية، التي تبرمها الجهات والوحدات الإدارية، وكذلك على العقود التي تبرم لتنفيذ مشروعات التنمية الممولة من الميزانية العامة أيّاً كانت جهة التعاقد).

وعلى هذا الأساس، فإن المشرع الليبي في هذه اللائحة، قد أضاف الأشخاص الذين لا يتمتعون بالصفة الاعتبارية العامة، وأعطاهم الحق في إبرام العقود الإدارية، بعد أن حرّمهم القضاء الإداري من هذا الحق، وذلك بأخذه بالمعيار الشكلي لتحديد مفهوم الإدارة العامة، وبالتالي اقتصر مفهوم الإدارة العامة على المرافق التي تديرها الدولة أو أحد الأشخاص التابعين لها، أما المرافق التي تدار بواسطة أشخاص اعتبارية خاصة، فلا تعتبر مرافق عامة وإن كانت ذات نفع عام فهي خاضعة لأحكام القانون الخاص، وفي ذلك قضت المحكمة العليا (مصرف الجمهورية منشأة تجارية تتعامل مع الناس بقصد الكسب والربح، وهي وإن كانت تهدف إلى تدعيم الاقتصاد الوطني، إلا أنها بحكم القانون رقم (66) لسنة 1970م تعتبر شركة ليبية مساهمة... لذا أصبحت أمواله من الأموال المملوكة للدولة ملكية خاصة... قلّه شخصيته الاعتبارية، وميزانيته المستقلة عن ميزانية الدولة، ولا يمكن والحالة هذه اعتباره من المصالح أو المؤسسات العامة، بل هو من أشخاص القانون الخاص...)⁽²⁾.

وقد استقر القضاء الإداري أيضاً على عدم اعتبار العقود الإدارية التي تبرمها الشركات والمنشآت العامة مع الأفراد عقوداً إدارية، من ذلك حكم محكمة استئناف بنغازي بتاريخ 1974/6/24م، حيث تقول (إن عد ثبوت الشخصية الاعتبارية العامة للشركة المدعي عليها، المبرم بينها وبين المدعي أيّاً كانت طبيعته

1- طعن إداري 2004/11/28، 48/19، حكم غير منشور.

2- طعن جنائي، 102/20، م.م.ع، س10، ع1، ص102.

ونوعه، لا يتصور أن يدخل في نطاق أحد العقود الثلاثة التي يدخل في اختصاص هذه المحكمة الفصل في المنازعات الخاصة بها⁽¹⁾.

إلا أن جانباً من الفقه، قد انتقد ما استقر عليه القضاء الإداري في نفي صفة الشخصية الاعتبارية العامة لشركات القطاع العام، ويطلب القضاء بضرورة التخلي عن المعيار الشكلي، ويتمثل هذا الرأي الفقهي في رأي الدكتور محمد عبدالله الحراري (إن هذا الاتجاه لا يمكن قبوله في نظرنا، فمن غير المنطقي أن تعامل الشركات والمنشآت العام على قدم المساواة مع الشركات التجارية الخاصة من حيث النظام القانوني، الذي يحكم كلاهما، فإذا كانت الشركات والمنشآت العام قد تعد في حقيقتها حلقة من حلقات الجهاز الإداري في الدولة... ومن هنا نرى ضرورة أن يتخلى القضاء عن موقفه، ويعتبر الشركات والمنشآت العامة بمثابة أشخاص اعتبارية عامة ليعاملها نفس معاملة المؤسسة العامة)⁽²⁾.

وبالتالي، فإن المشرع الليبي في لائحة العقود الإدارية لسنة 2007م في المادة الثانية سابقة الذكر، قد منح الأشخاص الذين لا يتمتعون بالصفة الاعتبارية العامة حق إبرام العقود الإدارية، وذلك بنصه (...). وكذلك على العقود التي تبرم لتنفيذ مشروعات التنمية الممولة من الميزانية العامة أي كانت جهة التعاقد).

ثانياً- أن يكون العقد متصلاً بمرفق عام :

لا يكفي لاعتبار العقد إدارياً أن تكون أحد أطرافه شخصاً من أشخاص القانون العام وإنما يجب البحث فيما إذا كان العقد متعلقاً بمرفق عام على وجه من الوجوه⁽³⁾.

فقد ورد في المادة (3) من لائحة العقود الإدارية الليبية رقم (563) لسنة 2007م بشأن تعريف العقد الإداري، إن العقد الإداري ينبغي أن يكون (... بقصد تنفيذ مشروع من المشروعات المعتمدة في خطة التنمية أو الميزانية، أو الإشراف على تنفيذه، أو تقديم المشورة الفنية، أو تسيير مرفق من المرافق العامة بانتظام واطراد...)⁽⁴⁾، أما المحكمة العليا، فقد عرفت المرفق العام في حكمها الصادر بتاريخ 1993/5/16م بقولها: (... هو كل مشروع يعمل باطراد وانتظام، تحت إشراف الدولة، لسد حاجة عامة، مع خضوعه

1- حكم محكمة استئناف بنغازي، دائرة القضاء الإداري، 17/2، 24/6/1974، حكم غير منشور.

2- د. محمد عبدالله الحراري، أصول القانون الإداري الليبي، ج 1، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، طرابلس، الطبعة الثانية، 1998م، ص 84.

3- مازن ليو راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية (ب.ط)، 2002، ص 29.

4 - راجع لائحة العقود الادارية رقم (563) لسنة 2007 ، مرجع سبق ذكره ، ص 8 .

لنظام قانون معين، فإذا نص المشرع صراحة على الطبيعة القانونية للمشروع، تعين النزول على حكم النص، وإذا لم يفصح عن طبيعته، فإنه يلزم استجلاء مقاصده من مجموعة القواعد التي تحكمه⁽¹⁾.

والمرفق العام له معياران أحدهما شكلي ويفيد للمنظمة التي تعمل على أداء الخدمات وإشباع الحاجات العامة ويكون تابعاً للدولة، والآخر موضوعي ويتمثل في النشاط الصادر عن الإدارة بهدف إشباع حاجات عامة ويخضع لتنظيم وإشراف ورقابة الدولة⁽²⁾.

وقد عرف الدكتور وحيد رأفت - وهو من أصحاب المعيار الشكلي - المرافق العامة بأنها (الهيئات والمشروعات التي تعمل بانتظام واطراد، تحت إدارة الدولة أو أحد الأشخاص الإدارية الأخرى المباشرة، أو تحت إدارتها العليا لسد حاجات الجمهور والقيام بأداء الخدمات العامة)⁽³⁾.

أما أنصار المعيار الموضوعي، ومنهم الدكتور سليمان الطماوي، فقد عرف المرفق العام بأنها: (مشروع يعمل باطراد وانتظام، تحت إشراف رجال الحكومة بقصد أداء خدمة عامة للجمهور مع خضوعه لنظام قانوني معين)⁽⁴⁾.

وهناك من اعتنق رأياً وسطاً بحيث جمع بين المعيارين، ومنهم الدكتور محمد عبدالله الحراري، الذي أوضح في معرض تحديده لمفهوم المرفق العام مدى قصور كل من المفهوم العضوي والمفهوم المادي كل لوحده على التعبير عن حقيقة المرفق العام في القانون الإداري واتساعها، إذ لا يمكن الاعتماد على المفهوم العضوي وحده، والقول بأن المرفق هو كل جهة إدارية عامة، فهناك جهات إدارية لا تتمتع بالشخصية الاعتبارية العامة كالشركات العامة، ولكنها رغم ذلك تخضع للقواعد القانونية للمرافق العامة، كما لا يكفي من جهة أخرى أن نقرر أن النشاط المستهدف للمصلحة العامة هو الأساس الوحيد في تعريف المرفق العام، ذلك لأن استهداف المصلحة العامة لم يعد حكراً على الإدارة، بل أصبحت تشاركها فيه المشروعات الفردية الخاصة بالمؤسسات الخاصة ذات النفع العام⁽⁵⁾.

هذا، وبالرجوع إلى نص المادة الثالثة من لائحة العقود الإدارية، سألقة الذكر يلاحظ أن المشرع الليبي تناول تعريف المرفق العام بالمفهوم المادي، إذ نص على أنه (... وتستهدف تحقيق مصلحة عامة) إلا أنه لم يتخل عن المفهوم العضوي والذي أشار إليه (... بانتظام واطراد...) ومن خصائص المعيار العضوي،

1- طعن إداري 1993/5/16، 38/14، م.م.ع، س23، ع4، ص45.

2- ثروت بدوي، مبادئ القانون الإداري، القاهرة، دار النهضة العربية، (ب، ط)، 1973، ص105.

3- د. أحمد سلامة، بدر، العقود الإدارية وعقد البوث B.O.T، القاهرة، دار النهضة العربية، (ب، ط)، 2003، ص16.

4- د. سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، القاهرة، دار الفكر العربي، الطبعة العاشرة، الجزء الثاني، 1979م، ص25.

5- د. محمد عبدالله الحراري، اصول في القانون الإداري الليبي، مرجع سبق ذكره، ص189.

وقد أدركت المحكمة العليا ذات الاتجاه حيث قضت (... هو كل مشروع يعمل باطراد وانتظام...) وأن يكون (تحت إشراف الدولة...) وبهذا يكون المشروع خاضعاً لإشراف الدولة، ولا يشترط أن يكون أحد الأشخاص الاعتبارية العامة التابعة للدولة، وبالتالي فإن المبدأ يشمل الشركات العامة، لأنها خاضعة لإشراف الدولة وفي نفس الوقت مستقلة عنها بشخصية اعتبارية خاصة، بشرط أن تكون مهمتها (... لسد حاجات عامة مع خضوعها لنظام قانون معين...) إذ يكفي تكون خاضعة لنظام قانوني محدد مثل قانون إنشائها، فإذا نص هذا القانون على تحديد طبيعتها فلا اجتهد مع صراحة النص، أما في حالة عدم النص، فإنه يمكن التوصل إلى ذلك من خلال الأهداف المخصصة لها، فإذا كان هدفه تقديم خدمات للجمهور وإشباع حاجات عامة لتحقيق الكسب المادي، فإنه لا يعتبر مرفقاً عاماً⁽¹⁾، وهو ما قضت به المحكمة العليا في حكمها السابق حيث تقول (إذا لم يفصح عن طبيعته، فإنه يلزم استجلاء مقاصده من مجموعة القواعد التي تحكمه...).

نخلص إلى ضرورة تعلق العقد بمرفق عام، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في حكم لها بتاريخ 1983/11/13م والذي جاء فيه (لكي يكون عقد التوريد التي تبرمه الجهات الإدارية عقداً إدارياً أن يكون متعلقاً بمرفق عام...)⁽²⁾.

ثالثاً- احتواء العقد على شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص :

اختلف الفقهاء في وضع تعريف محدد للشروط الاستثنائية، كان كل فقيه يقدم رأيه في هذا المجال، فظهرت تعريفات غامضة، وغير محددة ومختلفة إلى حد كبير، فذهب الأستاذ (Walne) إلى تعريف الشرط الاستثنائي بأنه الشرط الذي يعد باطلاً في عقود القانون الخاص لمخالفته للنظام العام. وقد شاعت هذه الفكرة، فأيدها أيضاً الأستاذ (Rene Chap us) وذهب إلى أن هذا الشرط يعد غير مشروع في القانون الخاص، ولا يستطيع الأفراد إدراجه في عقودهم⁽³⁾. وذهب فريق آخر من الفقهاء إلى القول: إن الشروط الاستثنائية، هي تلك التي لا يمكن إدراجها في عقود الأفراد لاستحالتها أو اصطدامها بالنظام العام، وإنما لاتسامها بطابع السلطة العامة أو لمخالفتها لما اعتاده الأفراد من شروط.

1- أ. عثمان سعيد الحيشي، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري في القانون الليبي، رسالة ماجستير (غير منشورة) جامعة الفاتح سابقاً، كلية القانون، 2400م، ص32.

2- طعن إداري 1983/11/13، 27/6، م.م.ع، س.س، ع1، ص25.

3- د. مازن ليو راضي، دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة بغداد، كلية الحقوق (منشورة)، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، (ب،ط)، ص71.

وقد عد (Vedel) معيار الشروط الاستثنائية المعيار الحقيقي للعقد الإداري، وهو الوحيد الذي يكشف عن إرادة المتعاقدين في اتباع أسلوب القانون العام.

ويعتبر هذا الاتجاه الشروط الاستثنائية غير المألوفة، وسيلة يتمكن من خلالها القاضي من الكشف عن نية الإدارة في استخدام أساليب القانون العام، وتبدو هذه النية جلية من حيث تمتع الإدارة بحقوق أكثر من تلك التي يتمتع بها الأفراد في عقود القانون الخاص، والتزامها بقيود لا يلتزم بها الأفراد عادة في إبرامهم لعقود القانون الخاص⁽¹⁾.

وقد حاول مجلس الدولة الفرنسي وضع تعريف لما يعد شرطاً استثنائياً، رغم أنه درج على ترك هذا الأمر للفقه، فقد ذهب في حكه في قضية (Stein) في 20/10/1950م إلى تعريف الشروط الاستثنائية على أنها (تلك التي تمنح أحد الطرفين المتعاقدين حقوقاً، أو تحمله التزامات غريبة في طبيعتها عن تلك التي يمكن أن يوافق عليه)⁽²⁾.

أما المحكمة الإدارية العليا المصرية، لم تعرف الشرط الاستثنائي، ولكن أشارت إلى ضرورة توافر هذا الشرط كأحد الشروط الواجب توافرها في العقد الإداري، حيث قضت أنه (من حيث إن المستقر عليه في قضاء هذه المحكمة أن العقد الإداري، هو العقد الذي برمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام، بقصد إدارة مرفق عام، أو بمناسبة تسييره وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك بتضمين العقد شرطاً أو شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص، وأنه من المسلم به في فقه القانون الإداري أن اختيار جهة الإدارة لوسائل القانون العام، هو الشرط الفاصل في تمييز العقود الإدارية، ذلك أن اتصال العقد الذي تبرمه الإدارة بالمرفق العام، إذا كان شرطاً لازماً لكي يصبح العقد إدارياً... ومن أمثلة الشروط الاستثنائية أن يتضمن العقد شروطاً تخول للجهة الإدارية الحق في تعديل التزامات المتعاقد معها وسلطة إنهاء التعاقد بإرادتها المنفردة...)⁽³⁾.

وهو ما استقر عليه قضاء المحكمة العليا، التي لام تترد في نفي الصفة الإدارية عن عقد أبرمته الإدارة يتعلق بتوريد عدد من إشارات المرور المعدنية، لعدم اشتغال العقد على شروط استثنائية وغير مألوفة في عقود القانون الخاص، إذ قضت في 13/11/1983م (ومن حيث إن قوام الدفع المبدئي من النيابة، هو عدم اختصاص محكمة القضاء الإداري ولائياً بنظر النزاع المطروح عليها، لأن العقد الذي يدور حوله هذا

1- مازن راضي، المرجع السابق، ص 80.

2- سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، القاهرة، دار الفكر العربي، 2005، ص 88.

3- حكم المحكمة الإدارية العليا، 24/1/1995، 35/3128، نقلاً عن د. عبد الحميد الشواربي، العقود الإدارية في ضوء الفقه - القضاء - التشريع، الإسكندرية: منشأة المعارف، (ب، ط)، 2003، ص 31.

النزاع- وإن كان متعلقاً بمرفق عام أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً- إلا أنه لا يعتبر مع ذلك من العقود التي عنها المشرع بنص المادة الرابعة من القانون رقم 1971/88 بشأن القضاء الإداري، وهي عقود التوريد الإدارية، لأنه لم يشتمل على شروط استثنائية، وغير مألوفة في عقود القانون الخاص، ومن ثم فإن النزاع بشأنه، لا يكون من اختصاص القضاء الإداري، وإذ قضى الحكم بغير ذلك يكون قد خالف القانون، ومن حيث إن الدفع المبدئي من النيابة في محله، ذلك إن اختصاص القضاء الإداري ولائياً بالفصل في المنازعات المتعلقة بعقد التوريد مناطه أن يكون أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً، ومتعلقاً بمرفق عام، ومحتوياً على شروط استثنائية، وغير مألوفة في العقود الخاصة، أو متضمناً لما يفيد أن نية الإدارة، قد اتجهت في إبرامه إلى الأخذ بأسلوب القانون العام، فإن فقد إحدى هذه الخصائص الثلاث التي تتميز بها العقود الإدارية، فإنه لا يكون عقد توريد إداري ويخرج النزاع بشأنه عن اختصاص القضاء الإداري⁽¹⁾.

وهو الاتجاه ذاته الذي اعتمدته لائحة العقود الإدارية رقم 563 لسنة 2007م في المادة الثالثة، إذ اشترطت فيه لاعتبار العقد إدارياً أن (تبرمه جهة من الجهات المشار إليها في المادة السابقة، بقصد تنفيذ مشروع من المشروعات المعتمدة في خطة التنمية أو الميزانية، أو الإشراف على تنفيذه، أو تقديم المشورة الفنية أو لتطويره، أو في تسيير مرفق من المرافق العامة بانتظام واطراد، متى كان ذلك العقد يشتمل على شروط استثنائية غير مألوفة في العقود المدنية، وتستهدف تحقيق المصلحة العامة).

الخاتمة

من خلال هذه الورقة تبين أن طبيعة النظام القانوني للعقد الإداري ذات طابع خاص في مجال الالتزامات القانونية فما لا يعتد به في نطاق القانون الخاص يكون صفة مهمة ومميزة للوسيلة القانونية التي تعبر بها الإدارة عن إرادتها .

ولقد أكد الفقه والقضاء الليبيان ذاتية العقود الإدارية ومن خلال استقراء التشريعات المنظمة للوظيفة العامة واللوائح الخاصة بالعقود الإدارية، حيث خص المشرع دوائر القضاء الإداري بمحكمة الاستئناف صلاحية الفصل في المنازعات المتعلقة بعقد التوريد والاشغال العامة والالتزام وسياق مألوف يتفق وخصائية القانون الإداري ذو الطابع القضائي المميز بالحيداء يحمي الإدارة ويحفظ للمتعاقدين تعويضاً عادلاً في حالة ما إذا لحقه ضرر .

قائمة المراجع

أولاً- القرآن الكريم :

1. القواميس

2. الجامع لأحكام القرآن للقرطبي، المجلد الثالث، الجزء السادس.

ثانياً- الكتب العامة والمتخصصة :

1. ثروت بدوي، مبادئ القانون الإداري، القاهرة، دار النهضة العربية، (ب، ط)، 1973م.

2. د. أحمد سلامة، بدر، العقود الإدارية وعقد البوث B.O.T، القاهرة، دار النهضة العربية، (ب، ط)، 2003م.

3. د. ارحيم سليمان الكبيسي، مبادئ في القانون الإداري الليبي، محاضرات لطلبة كلية القانون بالجامعات الليبية، 2006م.

4. د. حسام عبدالسميع هاشم: الجزاءات المالية في العقود الإدارية، الناشر، دار النهضة العربية القاهرة، سنة 2002م.

5. د. خالد عبدالعزيز عريم، القانون الإداري الليبي، منشورات الجامعة الليبية، ج2، 1971م.

6. د. خليفة علي الجبراني، القضاء الإداري الليبي والرقابة على أعمال الإدارة، طرابلس، ط1، 2005م.

7. د. سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، القاهرة، دار الفكر العربي، الطبعة العاشرة، الجزء الثاني، 1979م.

8. د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، الطبعة الخامسة، سنة 1991م.

9. د. سمير صادق، العقد الإداري في مبادئ الإدارة العليا، مطبعة الهيئة المصرية العامة للكتاب، سنة 1991م.

10. د. صبيح مسكوني، مبادئ القانون الإداري الليبي، طرابلس، دار الكتب والتوزيع والإعلان والمطابع، الطبعة الثالثة، (ب، ت).

11. د. عبدالحميد الشواربي، العقود الإدارية في ضوء الفقه القضاء، التشريع، الإسكندرية: منشأة المعارف، (ب، ط)، 2003م.

12. د. علي خطار شطناوي، الوجيز في القانون الإداري، دار وائل للطباعة والنشر، ط1، 2005م.

13. د. عمر حلمي، معيار تمييز العقد الإداري، القاهرة، دار النهضة العربية، (ب، ت).

14. د. مازن ليلو راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي والمعارف، دار المطبوعات الجامعية، 2002م.

15. د. مازن ليو راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية (ب.ط)، 2002م.
16. د. محمد عبدالله الحراري: الرقابة على أعمال الإدارة، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، طرابلس، ليبيا، الطبعة الثالثة 1999م.
17. د. محمد عبدالله الحراري، أصول القانون الإداري الليبي، ج1، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، الطبعة الثانية، 1998م.
18. د. محمود حلمي، القضاء الإداري، دار الفكر العربي، ط1، سنة 1974م.
19. د. نصر الدين مصباح القاضي، أصول القانون الإداري، منشورات دار الفكر العربي، مصر، القاهرة، ط2، 2016م.

ثالثاً- الرسائل العلمية :

1. أ. عثمان سعيد المحيشي، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري في القانون الليبي، رسالة ماجستير (غير منشورة)، مقدمة إلى جامعة الفاتح، كلية القانون، 2004م.
2. د. مازن ليو راضي، دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة كلية الحقوق (منشورة)، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، (ب.ط).
3. د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المعيار المميز للعقد الإداري في التشريع الليبي، رسالة ماجستير (منشورة)، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، (ب.ط)، 2007م.

رابعاً- الأحكام :

1. طعن إداري 1983/1/26م، 28/24ق، م.م.ع، س19، ع4.
2. حكم محكمة القضاء الإداري، 1952/12/2، 4/625ق.
3. طعن إداري رقم 17/4ق، مجلة المحكمة العليا، السنة الثامنة، العدد الأول.
4. طعن إداري 1971/6/20م، 17/4، م.م.ع، س8، ع1.
5. طعن مدني، 1979/1/7م، 24/32ق، م.م.ع، س15، ع4.
6. طعن إداري 1983/11/13م، 27/16ق، م.م.ع، س21، ع1.
7. حكم محكمة استئناف بنغازي دائرة القضاء الإداري، 1974/6/24م، 2/17ق، حكم غير منشور.
8. طعن إداري 2004/11/28م، 48/19ق، حكم غير منشور.
9. طعن جنائي، 20/102ق، م.م.ع، س10، ع1.
10. طعن إداري 1993/5/16م، 38/14ق، م.م.ع، س23، ع4.

تطبيق القانون المختار على الالتزامات التعاقدية

والقيود المفروضة عليه

الاسم واللقب : شريف هنية

الرتبة العلمية : أستاذة محاضرة أ

تخصص : القانون الخاص (عقود ومسؤولية)

مؤسسة العمل : 1 - جامعة لونيبي علي البلدية

2 - كلية الحقوق والعلوم السياسية -

البريد الالكتروني : cherifhania@hotmail.fr

ملخص :

كل الدول تتفق على أن يخضع العقد الدولي لقانون يختاره المتعاقدان، ضابط الاسناد هذا أساسه بند يدرج في العلاقة العقدية يحدد للقاضي في حالة وجود خلاف القانون المطبق لحل النزاع، لكن هذا القانون يثير مجموعة من الاشكالات التي ينبغي على النصوص القانونية المحددة للضابط أن تأخذها بعين الاعتبار وتجد لها حالا مناسباً بما فيها المدونة المغربية .

أهم هذه الاشكالات نذكر : تهرب المتعاقدين من القانون الواجب التطبيق الذي يتم حله عن طريق تقييد القانون المختار بشرط الصلة الحقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد، وكذا الغموض في تحديد طبيعة اختيار أطراف العقد للقانون الواجب التطبيق، أضف لذلك أن تقرير هذا الضابط قد يؤدي بالأطراف إلى عدم إخضاع العقد لقانون واحد أو إخضاعه لقانون يبطل العقد ، كل هذه المسائل وغيرها سيتم مناقشتها ضمن ورقة بحثية، يتم فيها وضع حلول مناسبة أساسها ما استقر عليها الفقه والقضاء وحتى بعض القوانين التي أهمها القانون الفرنسي .

الكلمات الدالة:

منهج التنازع، قواعد الاسناد، القانون الدولي الخاص، قانون الإرادة، شرط الصلة، تجزئة العقد، إبطال العقد ، العقد الدولي .

Résumé:

Tous les États acceptent de soumettre leurs contrats internationaux à la loi choisie par les contractants, cette règle de rattachement est basé sur un article dans le contrat qui détermine au juge en cas de conflit la loi applicable au litige, mais cette loi soulève une série de problèmes qui devraient être réglé par des textes juridiques , qui doivent trouver des solutions raisonnables, y compris dans le code marocain.

Parmi ces problématiques nous citons : l'évasion des contractants à la loi applicable qui va être résolu par la limitation de leur choix à une loi liait aux contractants ou aux contrats, ainsi que l'incertitude dans la détermination de la nature du choix des parties selon la loi applicable au contrat , ajouter que la libre volonté dans ce choix est d'amener les parties à choisir divers lois ou laisser le contrat sans loi régi .

Toutes ces questions et d'autres seront discutées dans cette recherche, en développant des solutions appropriées reposant sur la jurisprudence et la doctrine et même certaines lois dont le droit français.

Mots clés : méthode conflictuelle, les règles de rattachement, droit international privé, principe d'autonomie, condition de lien , division de contrat, annulation de contrat, contrat international.

مقدمة :

إن العقد الدولي باعتباره وسيلة قانونية لتنظيم العلاقة التي تجاوزت حدود الدولة بتوفر عنصر أجنبي فيها قد يكون في أشخاص العلاقة أو في موضوعها وكذا الغاية من إبرامها، يفرض ضرورة اللجوء لقواعد القانون الدولي الخاص وبالضبط ضمن أحكام تنازع القوانين، هذه الأخيرة تحدد ضابط الاسناد المعتمد في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي .

والملاحظ أن أغلبية الدول تتفق على أن تخضع العلاقة العقدية ذات الطبيعة الدولية عامة بما فيها عقود التجارة الدولية لمبدأ سلطان الارادة أو ما يعرف بقانون الارادة، هذا القانون يمثل أهم وأقدم قواعد القانون الدولي الخاص التي أرستها قواعد تنازع القوانين في جل الأنظمة القانونية ، و يعني تطبيق القانون الذي يختاره المتعاقدان، إذ من حق أطراف العقد وضع ومعرفة منذ البداية القانون الذي يحكمها، لكي لا يفاجئوا مستقبلا عند حدوث نزاع بتطبيق قانون آخر لم يكن في حسابهم أو يقع ضمن دائرة توقعاتهم.

لهذا منحهم الحق في اختيار قانون يناسبهم لم يتم فقط على مستوى الأنظمة القانونية لمختلف الدول بل نجد هذا الاقرار حتى الاتفاقيات الدولية ، فيتم تحديد القانون المطبق إما أثناء الإبرام بإدراج الأطراف المتعاقدة بند في العقد يحدد للقاضي الوطني أو هيئة التحكيم (المحكم الدولي) النظام القانوني

المطبق في حال وجود نزاع كما يمكن أن يتم الاختيار عكس السابق أي بعد الإبرام النهائي للعقد، كما أنه يشترط لتحقيقه مجموعة من الشروط ليطبقه القاضي .

لكن هذا القانون يثير مجموعة من الاشكالات التي ينبغي على النصوص القانونية المحددة للضابط أن تأخذها بعين الاعتبار وتجد لها حالا مناسباً بما فيها المدونة المغربية، لهذا الاشكالية التي سنطرحها من خلال هذه الدراسة تصب في مدى إطلاق الحرية للمتعاقدين في اختيار القانون المطبق على علاقتهم التعاقدية ؟، أو بعبارة أخرى هل ضابط الارادة المطبق على العقد الدولي يخضع لقيود لازمة تحمي الطرفين من جهة والعلاقة العقدية من جهة أخرى ؟، سنحجب على هذه الاشكالية وغيرها من خلال التطرق لعدة مسائل أهمها مدى وجوب توافر صلة بين القانون المختار والمتعاقدين أو العقد، ومجال الحرية في اختيار قواعد قانونية لا يكون مصدرها النظام القانوني لأي دولة ...

المبحث الأول:

قانون الارادة ضابط إسناد يطبق على موضوع العقد الدولي

إن تعيين القانون الواجب التطبيق على المعاملات ذات الطابع العقدي تم حلها بمقتضى منهج التنازع، الذي يمثل جزءاً هاماً من مجالات القانون الدولي الخاص، إذ مجموع قواعد التنازع هذه سواء كانت من خلق القضاء أو المشرع هي التي تساعد القاضي المرفوع أمامه النزاع في تحديد القانون الذي يرجع إليه لحكم النزاع المثار أمامه متى تعلق الأمر بعلاقة منطوية على عنصر أجنبي، والدليل على ذلك أنها طبقت قانون الارادة كضابط الاسناد في العقد الدولي .

المطلب الأول :

الاعتراف بقانون الارادة بين الحرية والتقييد

إن إقرار حرية المتعاقدان في اختيار قانون العقد قد تأكدت من قبل فقهاء القانون الدولي الخاص بصفة نسبية في القرن التاسع عشر، لكن لم يتم لدى الاجتهاد القضائي الفرنسي إلا في نهاية هذا القرن وبداية القرن العشرين، على إثر حكم شهير في قضية *Affaire American Trading company* وصدر فيها الحكم في 5 ديسمبر 1910 بمناسبة عقد النقل البحري، أين حدد بصفة صريحة وواضحة أن القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية سواء فيما يتعلق بتكوينه أو من حيث شروطه وآثاره هو القانون الذي يختاره الأطراف .

على أن هذا الاختيار في البداية تجاذبه اتجاهين :

الفرع الأول :

الاتجاه الحر في الاختيار

يرى فيه تقديس الارادة بإعطاء الحرية المطلقة للمتعاقدين في اختيار القانون المطبق، فلا يخضع العقد الدولي لحكم القانون لأنه وحسب هذا الاتجاه لا يوجد قانون معدّ سلفاً لحكم هذه الرابطة، بل يتولى المتعاقدان وضعه، ففي هذا الاتجاه تظهر الإرادة بمثابة مصدر للالتزام وليس القانون هو مصدر الالتزام، ويعني أن العقد الدولي إرادة الأطراف فيه هي الشريعة الأساسية لهم، وهي التي تفرض الالتزام بها دون الحاجة إلى القانون، مما يترتب عليه اندماج قانون الإرادة في العقد ويفقد بذلك صفته الإلزامية ويصبح مجرد شرط تعاقدى مما يرتب النتائج التالية :

- أنه يدفع إلى وجود حد فاصل بين شرط اختيار القانون المطبق على العقد التجاري الدولي، والقانون الذي أخذ منه هذا الشرط و بذلك تنقطع الصلة نهائياً به، وما تدخل القانون في بعض الحالات إلا ويكون الهدف منه السعي إلى احترام العقد الدولي لبيان شروط صحتها أو لتمكين البنود التعاقدية من ترتيب بعض آثارها .

- أن شرط الصلة يصبح تطبيقه غير الزامي إذ يمكن للأطراف اختيار قانون لا يمت بصلة بالمتعاقدين و لا بالعقد، وهو ما أخذ به الفقهاء الانجليز على أن هذا الرأي يرى وجوب استبعاد القانون المختار إذا انطوى هذا الاختيار على غش نحو القانون .

- يمكن للأطراف إدراج في العقد شروط متعددة متعلقة بالقانون المختار والمأخوذة من قوانين مختلفة، بحيث يمكن بذلك تجزئة العقد واختيار أكثر من نظام قانوني واحد لتنظيم العلاقة العقدية .

الفرع الثاني :

الاتجاه المقيّد للإرادة

يجعل الأطراف يتمتعون بحرية الاختيار، لكن في حدود القانون، فيجب أن يكون للقانون قوة ملزمة بحيث لا يمكن إحداث تغيير فيه وذلك باستبعاد الأطراف النصوص الآمرة، وحتى المكملّة التي لا تخدم مصالحهم، لأن هذه النصوص وضعت لحماية المصالح العامة، وتقييد إرادة المتعاقدين .

هذا ما يجعل الاتجاه مناقض في النتائج الذي توصل له الاتجاه الحر بحيث :

- لا يمكن منح الأطراف حرية تجعلهم لا يخضعوا عقدهم لأي قانون أي ما يسمى "بالعقد المتجرّد من كل قانون"، فالمسألة مرفوضة عن غالبية التشريعات إن لم نقل كلها لسبب أن عدم اختيار قانون تابع لدولة معينة يدفع في بعض الأحيان إلى تعسف القاضي في تحديد القانون الذي امتنع الأطراف عن تحديده مدعياً رجوعه إلى ظروف وملابسات التعاقد، كما أنه يمكن للقاضي عند تحديد هذا الأخير أن ينسبه إلى قانون لم يفكر فيه المتعاقدان بتاتا .

- كما لا يتصور وفقا لهذا الاتجاه تجزئة العقد ذلك لأن العقد يركز في مكان معين أي في دولة معينة، وتصبح هذه الدولة هي التي تحكمه برمته وليس بجزء منه، فمحاولة إخضاع أجزاء العقد إلى أنظمة قانونية مختلفة يؤدي إلى المساس بفكرة تركيز العقد، لأن العقد يصبح خاضعا إلى دولة أخرى غير الدولة التي ركر فيها .

- بالإضافة أنه يجب اختيار الأطراف لقانون له علاقة وصلة بالعقد الدولي أو بالمتعاقدين باختيار قانون جنسيتهم المشتركة أو محل إبرام العقد... وغيرها من القوانين المحققة لهذا الشرط .

المطلب الثاني :

طبيعة اختيار الأطراف لقانون المطبق على العقد

مما تقدم يتبين أن فقه القانون الدولي الخاص منذ القديم أعطى الاختصاص للأطراف في تحديد القانون المطبق على العقد الدولي، كما منح لهم حرية تحديد طبيعة اختيارهم له سواء بالاستناد للاختيار الصريح أو للإرادة الضمنية التي يستشفها القاضي بوجود قرائن معينة سيتولى هو تحديدها متى ترك له المشرع ذلك، وهذا ما تم إقراره في قوانين دول المغرب العربي .

الفرع الأول :

اعطاء الحرية للأطراف في الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق

إذا كان الأصل أن لأطراف العقد الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بينهم تطبيقا لنص المادة 19 من القانون المدني الليبي والتي تقابلها نص المادة 18 من القانون المدني الجزائري، فإن لهم كذلك الحرية مطلقة من حيث طبيعة الاختيار، فيمكن اللجوء للاختيار الصريح كأصل عام لأن العبرة في هذا الاختيار هو إعلان الإرادة *La déclaration de la volonté* أو الاختيار الضمني الذي يستشفه القاضي أو يحددها المشرع صراحة .

بالتالي يسمح للأطراف وفق ضابط الاسناد المحدد في المواد السابقة الذكر باختيار القانون الواجب التطبيق على العقد صراحة وذلك عن طريق إدراج شرط في العقد المبرم بينهم يحدد القانون الواجب التطبيق على العقد، وهو ما يسمى بشرط الاختصاص التشريعي، فينصب اختيارهم على القانون الوطني لأحدهم وهو القانون الشخصي المرتبط بجنسية أحدهما أو موطنهما، كما يمكن أن يختارا قانون محل إبرام العقد أو قانون محل تنفيذ العقد أو أي قانون آخر يكون له صلة بالعقد أو المتعاقدين، ويجوز للأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بينهم سواء في العقد الأصلي أو في عقد مستقل عن العقد الأصلي، كما يجوز لهم أيضاً تعديل القانون المختار في أي وقت لاحق لإبرام العقد بشرط ألا يؤدي هذا التعديل إلى المساس بصحة العقد الأصلي .

لكن حرية اختيار الصريح للقانون المطبق على العقد قد تثير مشكل إمكانية اختيار الأطراف للأكثر من نظام قانوني أو اختيار قانون يبطل العلاقة العقدية، فما هو الحل لهذه الاحتمالات ؟
- بالنسبة للفرض الأول :

أين يختار الأطراف قواعد قانونية تابعة لتشريعات داخلية مختلفة، فهذه المسألة لم يتنبه لها المشرع المغربي أو ترك السلطة التقديرية للقاضي في الأخذ بهذا الاختيار لوجود رأيين في هذا الشأن الأول يرى عدم ترك الحرية المطلقة لدرجة تجزئة العقد حتى ولو توفر قيد الصلة المطلوب تحقيقه ومبرر ذلك لوحدة شروط العقد ، وأنه يمكن للأطراف على إثره التهرب من الأحكام الآمرة في القانون المختار، أما الثاني فيرى إمكانية ذلك بتطبيق على كل عنصر القانون الملائم وأيده في هذا محكمة النقض الفرنسية .

و في رأينا أنه لا يجوز للمتعاقدين تجزئة العقد و إخضاع كل عنصر منه إلى قانون مختلف، إلاّ يكون له أساس موضوعي، كأن تكون العلاقة العقدية موضوع النزاع هي بذاتها علاقة مركبة تقبل التجزئة فلا يؤثر ذلك على تجانس العقد وأن لا يكون الهدف من التجزئة تجنب الأحكام الموجودة في القانون المختص من أجل منع التهرب من القواعد الآمرة .
- أما الفرض الثاني :

فقد يختار الأطراف دون انتباه قانون يتبين بعد ذلك أنه يبطل أو يبطل الشرط الذي يعتبر أساسيا للأطراف عند تعاقدهم، هنا أغلبية ما اتجه له القضاء وحتى الفقهاء أن الإبطال لا يمكن تصوره و لا قبوله ، ومبررهم أن العقد وجد من أجل أن يكون صحيحا ومنتجا لآثاره، لكن هذا لم يمنع في بعض القضايا من إبطال العقد نتيجة لتطبيق القانون المختار من الناحية العملية حيث أقرت ذلك محكمة النقض في حكم صدر في 25 أكتوبر 1989 وكانت الجزائر طرفا فيه .
-لكن هناك فرض ثالث :

هذا الفرض الأخير يجمع بين الفرضين السابقين، وذلك بأن يتم فيه تعيين الأطراف لقانونين أحدهما ينظم هذه العلاقة التعاقدية ويعتبر فيها العقد صحيحا، أما القانون الثاني فيعتبر فيها العقد باطلا، وهذه الحالة قد فضل فيها القضاء الفرنسي تطبيق القانون الذي يصحح العقد .

الفرع الثاني :

تضييق مجال عمل القاضي في البحث عن الإرادة الضمنية

إذا لم يتفق الأطراف صراحة على تحديد القانون الواجب على العقد فإنه يتعين البحث في الإرادة الضمنية للمتعاقدين، فتظهر مهمة القاضي جلية في استنتاج هذا الاختيار عن طريق تفسير العقد وبالتالي يمكنه تحديد انصراف إرادة المتعاقدين إلى قانون دولة معينة حتى ولو لم يتفق الأطراف صراحة على هذا

القانون لأنهم يضعون بعض البنود في عقدهم تحدد بطريقة غير مباشرة هذا القانون المطبق على العقد الدولي ، ولاشك أن هناك العديد من القرائن التي تكشف عن هذه الإرادة ومنها :

- لغة العقد أو محل إبرام العقد،

- شرط الاختصاص القضائي المحدد للمحكمة المختصة لفض المنازعات الناشئة عن العقد ، إضافة أن إمكانية الأطراف للجوء إلى محكمة تحكيمية كائنة في دولة معينة دليل على وجود إرادة ضمنية لتطبيق قانون هذه الدولة تلك المحكمة .

وقد أكدت كافة التشريعات الوطنية على ضرورة البحث عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين في حالة عدم الاتفاق الصريح على تحديد القانون المطبق على العقد، لكن تصريحهم لها جاء مختلفا فبعض التشريعات وكذا الاتفاقيات الدولية تركت الحرية للقاضي في البحث عنها من خلال ظروف وملابسات التعاقد، وهو ما فعله القضاء الفرنسي عندما أصدر قرار في 6 جويلية 1959 أقر بصريح العبارة أن "الأطراف هم الذين يحددون القانون المطبق على العقد سواء في تكوينه أو آثاره أو شروطه وفي غياب الإرادة الصريحة يتولى القاضي (قاضي الموضوع) تحديد القانون الواجب التطبيق وذلك بالرجوع إلى محتوى العقد أو ظروف الدعوى " .

اما البعض الآخر فاستبعدت دور القاضي في تكملة إرادة المتعاقدين عند تخلف إرادتهم الصريحة بوضع ضوابط محددة ومرتبطة بإرادة الأفراد بوصفها إسنادا معبرا عن الصلة الوثيقة التي تربط عقدتهم بقانون دولة محل الإبرام أو جنسية المتعاقدين أو موطنهما المشترك، ومن التشريعات التي تنبت الاتجاه الثاني نجد القانون المدني المصري والليبي في المادة 19، والقانون المدني الجزائري في المادة 18 أين ألزما القاضي تطبيق ضابطين للإسناد وهما:

- قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة للمتعاقدين.

- قانون مكان إبرام العقد.

فكلها ضوابط إسناد احتياطية أوردتها المشرع كقرائن قانونية بسيطة لتسهيل مهمة القاضي في إعمال قانون الدولة الأوثق صلة بالعقد، شرط أن لا يتبين من ظروف أن قانون آخر هو الذي يراد تطبيقه. حتى وإن اختلف موقف القانون المقارن في ترتيبها حسب أهميتها ، غير أن تحديد تلك الضوابط وفقا لفكرة الاسناد الجامد صحيح أنه يحقق شرط العلم المسبق بالقانون المطبق على العقد الدولي، لكنه غير متطابقة مع فكرة القانون الأوثق صلة بالعقد الذي يتطلبه الاسناد المرن من خلال فتح المجال للقاضي في البحث عن القانون المطبق على العقد الدولي .

المبحث الثاني :

قيود المفروضة على القانون المختار

اتفقت الاتجاهات في مسألة خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة لكنها اختلفت بشأن حدوده، ففي البداية أقر الفقه وتبعته بعض التشريعات وكذا الاتفاقيات الدولية على أن هذا القانون يأخذ على إطلاقه، لكن نظرا للنتائج التي لم تتقبلها بعض التشريعات ما دفعها لتطبيقه لكن في حدود معينة على أساس أن حرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق ليس مسألة مطلقة بل هي مقيدة بعدة قيود كما سنرى .

بالتالي النظرية الموضوعية المطبقة حديثا بشأن العقود الدولية لا تتجاهل إرادة الأطراف كليا، بل تترك لهم حرية اختيار القانون المطبق سواء بشكل صريح أو ضمني، لكن ومنعا لاحتمال الغش نحو القانون فرضت على هذا الاختيار قيودا ينبغي على التشريعات أخذها بعين الاعتبار .

المطلب الأول :

تبني فكرة اختيار المتعاقدين لقانون دولة معينة

إن وجود نص عام في التشريعات الوطنية يقر بخضوع العقد المتوفر على عنصر أجنبي للقانون الذي يختاره المتعاقدين كما هو شأن في القوانين المغاربية، يجب أن يفهم منه القاضي الوطني ضرورة الخضوع إلى قواعد قانونية تابعة لدولة معينة دون إمكانية الرجوع إلى القواعد الدولية الخاصة التي يطبقها المحكم الدولي في المسائل التجارية ذات الطبيعة الدولية.

الفرع الأول :

تضييق مفهوم القانون المختار أمام القاضي الوطني

في بداية تطبيق مبدأ سلطان الإرادة على العقد الدولي ظهرت النظرية الشخصية (الاتجاه الحر) والذي وجدت لها مجالا واسعا خلال الثورة الفرنسية، كونها قدست الإرادة إلى أقصى حد من خلال اعتبار إرادة المتعاقدين هي شريعتهم الملزمة، إذ يمكن للأطراف وفقا للحرية التي يتمتعون بها أن لا يخضعوا عقدهم لأي قانون لأن الإرادة العقدية وحدها تكفي بذاتها، فالمسألة هي إرادية صرفة .

لكن فكرة عدم إخضاع العلاقة العقدية لحكم القانون على أساس أنه لا يوجد قانون معد سلفا لحكم هذه الرابطة بل يتولى المتعاقدان وضعه، لاقت رفضا من محكمة النقض في قرار صدر 21 جوان 1950 التي أقر فيه أن "كل عقد دولي هو مستند ومرتببط بقانون دولة ما " ، مما يعني ذلك أن دور القانون

لا يقتصر على تأكيد وضمان احترام التوقعات المشروعة للمتعاقدين باستخدامه لتحديد القانون الواجب التطبيق من ناحية، ومعطيا للأطراف فرصة التحكم في هذا القانون من ناحية أخرى.

بالتالي نظرا للنتائج المبالغ فيها المتعلقة بالإنقاص من القيمة الملزمة للقانون ويجعله مجرد شرطا تعاقديا يدرج في العقد مثله مثل البنود الأخرى، ما يسمح باستبعاد قانون معين أو تغيير في طبيعة القانون الذي يختارونه، ليتحول بذلك من مبدأ لحل تنازع القوانين إلى مبدأ يسمح بالحرية التعاقدية في المجال التجاري والاقتصادي الدولي ، هذا ما أدى إلى هجران هذه النظرية إذا ما عرض النزاع على القاضي الوطني، خاصة فكرة تجزئة هذا الاختيار بتطبيق أكثر من نظام قانوني على عقد دولي واحد يمكن تحقيقها في ظل هذه النظرية .

بالتالي منعا من تهرب أطراف العقد من القواعد الآمرة التابعة للقانون الذي من المفروض تطبيقه، حلت النظرية الموضوعية محل النظرية الشخصية ليصبح العقد يخضع للقانون وليس العكس، فالإرادة التي يتمتع بها الأطراف لاختيار القانون المطبق على العقد الدولي مصدرها المشرع من خلال وضعه لقواعد التنازع ، هذه الأخيرة في العقود الدولية لا تتغير و تعترف بالإرادة كضابط إسناد توكل لها مهمة تحديد القانون المطبق .

لهذا نجد غالبية التشريعات بما فيها المشرع الجزائري والليبي وكذا بعض الاتفاقيات الدولية قصرت حرية أطراف العقد في اختيار القانون الذي ينظم العقود التي يبرمونها على القوانين الوطنية الصادرة عن دولة معينة تتمتع بهذا الوصف وفقاً لأحكام القانون الدولي العام، وعلى ذلك إذا اختار أطراف العقد قانوناً معيناً ليحكم عقدهم فيتعين أن يكون قانوناً وطنياً أي قانوناً داخلياً لدولة معينة .

الفرع الثاني :

توسع مجال القانون المختار في التحكيم التجاري الدولي

إن القواعد المطبقة على العقد الدولي يختلف مجالها إذا تم الفصل في النزاع من قبل محكم دولي، فمسألة خضوع هذه العلاقة للقانون الوطني المعمول بها والسابقة الذكر لا تجد لها مجالاً في التحكيم التجاري الدولي، كون هذا الأخير ينظر يوسع من مجال قانون الإرادة بأن يمنح الحرية الكاملة لأطراف العقد في تحديد القانون الذي يحكم علاقاتهم إلى درجة إمكانية تطبيق قانون التجارة الدولية LEX MERCATORIA الذي يعبر على القواعد الغير تشريعية والعابرة للدول TRANSNATIONAL ويكون مصدره أعراف التجارة الدولية ومصطلحات التجارة الدولية وكذا العقود النموذجية ، وهذا ما هو إلا دليل على تطبيق فكرة تدويل العلاقة العقدية في التحكيم التجاري الدولي الذي أصبحت تشريعات الوطنية تعتنقه .

لهذا جسدت عدة أنظمة قانونية القواعد الدولية في مبادلاتها التجارية الدولية، فبادرت لتعديل قوانينها بما يتماشى ومصالح التجارة الدولية من خلال إدراج وتنظيم التحكيم التجاري الدولي، ومن هذه الأنظمة نجد المسطرة المدنية المغربية من خلال الفصل 44-327 الذي ينص على أنه "تحدد في اتفاق التحكيم، بكل حرية، القواعد القانونية التي يتعين على الهيئة التحكيمية تطبيقها على جوهر النزاع"، كما يوجد كذلك قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري الذي نظم أحكام التحكيم الداخلي و التحكيم التجاري الدولي من المادة 1006 إلى المادة 1061، لم تخرج عن هذا الطريق المشرع الليبي عندما أدرج في الباب الرابع من قانون المرافعات المدنية والتجارية أحكام التحكيم من المادة 739 إلى المادة 777. وفي حالة عدم اختيار الأطراف للقواعد المذكورة، فإن الهيئة التحكيمية تفصل في النزاع طبقا للقواعد التي تراها ملائمة .

في جميع الأحوال، تأخذ الهيئة التحكيمية بعين الاعتبار مقتضيات العقد الذي يربط بين الأطراف والأعراف والعادات السائدة في ميدان التجارة "

إذ الملاحظ من خلال هذا الفصل أن المشرع المغربي سار على درب نص المادة 1511 قانون الإجراءات المدنية الفرنسي في فقرتها الأولى التي نصت أن "تفصل محكمة تحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة " ، أين فسر الفقه الفرنسي استعمال عبارة قواعد القانون المدرجة في المادة بطريقة موسعة من خلال عدم اقتصار مجالها على القواعد الوطنية، بل يمتد ليشمل القواعد العابرة للحدود، واستندوا في ذلك كونه لم يستعمل مصطلح التشريع LOI في ذات المادة والتي تعني الرجوع إلى التشريعات الداخلية .

على أنه يتقيد المحكم على إثر ذلك بما اختاره الخصوم صراحة، وهذا ما أكدته المحكمة التحكيمية في قضية فصل فيها في سنة 1971 حيث أقرت هذه الأخيرة أنه "لا يمكن للمحكم أن يستبدل القانون المختار من الأطراف صراحة بقانون آخر يختاره دون عذر مقنع لذلك، خاصة عندما يكون الاختيار واضحا لا يدع مجالا للالتباس، لكن هذا لا يدفعنا لعدم تقييد الأطراف في بعض المسائل التي تكون معارضة للقواعد القانونية لدولة معينة التي من المفروض أن تكون مستبعدة لو عرض النزاع على قاضٍ وطني، فقانون الإرادة مقيد بالنظام العام في الدولة التي سينفذ القرار التحكيمي على إقليمها .

المطلب الثاني :

حتمية صلة القانون المختار بالعقد أو المتعاقدين

إن ترك التشريعات بما فيها المدونة المغربية الحرية المطلقة للمتعاقدین في اختيار القانون المطبق على الالتزامات التعاقدية ذات الطبيعة الدولية يؤدي إلى حدوث صعوبات للقاضي المغربي أثناء فصله في النزاع

من بينها أن يطبق قانون آخر لا يمت بصلة بالعقد أو المتعاقدين تهربا منهم من القانون الذي من المفروض أن يكون مختصا .

لهذا حرص المشرع في قانون العقد على ضمان احترام إرادة الأطراف لا يحول دون قيد أو حدود تفرضها الدولة ضد مخاطر تطبيق القانون الأجنبي الذي عينته إرادة المتعاقدين خاصة إذا اختارا الطرفان قانون لا يمت بأي صلة بالعلاقة العقدية أو بأطرافها، وهذا الدور الذي يضطلع به المشرع ويطبقه القاضي ما هو إلا دورا حائيا بالدرجة الأولى .

الفرع الأول :

أساس تطبيق قيد الصلة على قانون المختار

إن تطبيق قانون الإرادة على العقد الدولي، في عمق مفهومه، يعني خضوع العقد للقانون كما بينه، إلا أنه تعرض، من جانب الفقه التقليدي، للنقد الشديد بحجة أنه يؤدي إلى "تشويه مضمون القانون، ويجعل من المقبول أن قانونا ملزما في الروابط بين المواطنين يصبح اختياريا عندما يتعلق الأمر بروابطهم مع الخارج"، وإلى اختيار القانون الأكثر استجابة لمصالحهم، على خلاف القانون الذي يرتبط به العقد موضوعيا وواقعيا .

ففكرة قيد الصلة على القانون المختار أساسها النظرية الموضوعية بطريقة غير مباشرة، لأن هذه الأخيرة لا تتجاهل إرادة الأطراف كليا، بل تترك للأطراف حرية اختيار القانون الواجب التطبيق سواء بشكل صريح أو ضمني، لكنها تفرض بعض القيود يجب عدم تجاهلها، منعا لاحتمال الغش نحو القانون .
بالتالي مسألة فرض قيود على الإرادة التي أصبحت تطبق حديثا هي في الحقيقة بديلا عن فكرة قديمة أساسها "تركيز العقد"، هذه الفكرة تعتبر القانون الذي تعينه القاعدة إنما تحدده على أساس أنه قانون مركز العلاقة العقدية، لأن العقد لا يملك هو بذاته وبصفته مركزا ماديا ملموسا، بعدها تحولت الفكرة إلى فرض شرط "وجود صلة وثيقة بين العقد والقانون المختار أو القانون المختار والمتعاقدين". من خلال البحث عن العناصر المميزة لعلاقة العقدية أي تحديد العنصر الذي يمثل مركز الثقل فيها من بين كافة العناصر المختلفة، وذلك على هدى ضوابط الإسناد المتعارف عليها، والتي يتصل بعضها بعقد والبعض الآخر يتصل بأطراف العلاقة، وكل هذا من أجل منع اختيار قانون لا يمت للعقد بأي صلة.

ويرجع أصل فكرة التركيز الموضوعي إلى الأستاذ الألماني "سافيني" ثم تطورت بعد ذلك على يد الفقيه الفرنسي "باتيفول" الذي رأى بوجوب التركيز المكاني للرابطة العقدية في ضوء ظروف التعاقد وأحداثه الخارجية في كل حالة على حدى، ذلك أن إرادة الأطراف لا تعين القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، وإنما تركز العقد في مكان معين بالنظر إلى موضوع العلاقة العقدية وظروف التعاقد، ومتى تم تركيز العلاقة بهذا الشكل فإن القانون الذي اختاره الأطراف هو الذي يطبق على العقد، وبذلك تبقى

نظرية "باتيفول" على دور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق باعتبارها عنصراً مؤثراً لتركيز العلاقة في مكان معين .

الفرع الثاني :

الاعتراف بشرط الصلة كقيد على قانون المختار

إن تطبيق قانون الإرادة دون قيد يؤدي بالضرورة إلى توفر احتمال تطبيق قانون لا يمت بصلة يختاره المتعاقدان، متى وجدت لهم نية في التهرب من القانون الذي من المفروض أن يكون مختصاً لحكم ذات العقد ، لهذا أوجد الفقه حلاً في ربط القانون المختار بالعقد أو بالمتعاقدين من خلال البحث وتأكيد القاضي من وجود الصلة الموضوعية بينهما .

هذا ما دفع التشريعات حالياً إلى النص ضمن أحكام تنازع القوانين وبالضبط في مجال القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي بأنه وإن كان من حق أطراف العقد اختيار القانون إلا أنه يتعين أن يكون لهذا القانون صلة وثيقة بالعقد أو المتعاقدين بأن يكون مثلاً قانون الدولة محل إبرام العقد أو قانون جنسية المتعاقدين أو قانون محل تنفيذ العقد..... الخ ، لكن مسألة الاعتراف بقيد الصلة كشرط لازم لتطبيق قانون الإرادة وجد تضارب في الآراء بشأنه كما سنرى :

الرأي الأول :

يمثل ما ذهب إليه غالبية الآراء في الموافقة على تطبيق شرط صلة القانون المختار بالعقد أو المتعاقدين متى كان النزاع معروض على القاضي الوطني .

أما الرأي الثاني :

فيذهب البعض الآخر إلى الاعتراف بالحرية المطلقة للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد بغض النظر عن وجود صلة بينه وبين العقد من عدمه، وكل ما اشترطه أنصار هذا الرأي هو ألا ينطوي هذا القانون المختار على غش أو يكون متعارضاً مع النظام العام .

لكن الرأي الثالث :

حاول التوسط بين الموقفين من خلال استلزام وجود صلة بين القانون الذي اختاره الأطراف لتطبيقه على العقد المبرم بينهم ولكنه لم يشترط أن تتحقق هذه الصلة عن طريق عناصر شخصية كقانون جنسية المتعاقدين أو مادية كقانون محل إبرام العقد . وإنما يكفي أن تكون هذه الصلة تفرضها حاجة المعاملات والتجارة الدولية، كأن يقوم المتعاقدين بإبرام العقد وفقاً لأحكام أحد العقود النموذجية في مجال سلعة معينة وتقبله أوساط التجارة الدولية فيخضع الأطراف للقانون الذي يحكم هذا العقد بالرغم من عدم وجود صلة بين هذا القانون والعقد .

وكنتيجة يمكن استخلاصها أنه يجب على التشريعات الوطنية إدراج هذا القيد على إرادة المتعاقدين ضمن أحكام تنازع القوانين لأن هذا الشرط لا يجد له صدى إذا أعطيت مهمة الفصل في النزاع إلى المحكم الدولي، فهذا الأخير يتمتع بحرية مطلقة في تحديد النظام القانوني المطبق على موضوع النزاع ولا تحكمه في ذلك ضوابط الاسناد كما هو شأن القاضي الوطني، وقد تنبه المشرع الجزائري لشرط الصلة عندما عدل المادة 18 الفقرة الأولى من القانون المدني الجزائري سنة 2005، بحيث قيد اختيار الأطراف للقانون المطبق بهذا الشرط وجعل نص المادة يكون على النحو التالي : "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد....".

الفرع الثالث :

صور تطبيق شرط الصلة على القانون المختار

إن شرط الصلة الذي تفرضه حاليا التشريعات الوطنية فيما فيها التشريع الجزائري ضمن نص المادة 18 الفقرة الأولى السابقة الذكر، عبر على وجود علاقة بين القانون المختار وموضوع العقد الدولي أو القانون المختار والمتعاقدين، لهذا تحقق الشرط يتم بأحد صورتين :

الصورة الأولى :

وجود صلة بين القانون المختار والمتعاقدين : إذ على القاضي الوطني عامة وحتى القاضي المغربي إذا اختار الأطراف تطبيق قانون معين على عقدهم الدولي أن يتحقق من توفر هذا الشرط بالبحث أولا في مدى وجود علاقة بين القانون المختار والعنصر الشخصي المرتبط مباشرة بأحد المتعاقدين أو كلاهما، والذي يتمثل في ضابط الموطن أو الجنسية... وغيرها، لهذا يتعين على الأطراف المتعاقدة التقيّد باختيار إما قانون جنسية أحدهما أو كلاهما إذا اتحدت جنسيتهما أو قانون الموطن أو محل الإقامة .

الصورة الثاني :

وجود صلة بين القانون المختار وعناصر العقد الدولي : هذه العناصر تكون ظاهرة في العلاقة العقدية كونها تمثل بنود تتعلق بموضوع العقد، لهذا يجب على الأطراف لتحقيق هذا الشرط والالتزام بالقيد اختيار إما قانون محل تنفيذ العقد أو قانون موقع المال محل التعاقد ... إلى غير ذلك من القوانين المتصلة بالعقد .

مما تقدم يتبين وجوب فرض الرقابة من القاضي المغربي على قانون الإرادة، فهذا القانون وإن كان الأطراف يتمتعون بحرية في اختياره لكن يبقى للقاضي دورا حاسما فيه متى ألزمته بذلك قواعد تنازع القوانين بالنص على شرط الصلة، فيصبح للقاضي سلطة تقديرية في استبعاد القانون المختار إذا اتضح بعد تحرير بنود العقد وحدوث نزاع بشأنه أن القانون المختار ليس له علاقة بالعقد أو المتعاقدين ووجد قانون آخر يوفر هذا الشرط لم يختاره المتعاقدين تهربا منهم من قواعد الآمرة .

خاتمة :

يتبين من خلال هذه الدراسة أن المشرع المغربي اعتنق قانون الارادة كضابط اسناد يطبق على العقد الدولي، كما أنه حدد طبيعة الاختيار بأن يكون للأطراف حرية مطلقة في الاختيار الصريح للقانون المطبق دون قيد يفرض عليهم مما يجعل فرض عدم خضوع العقد الدولي لأي قانون ممكن أي ما يعرف بالعقد المتجرد من القانون (contrat sans loi) التي رفضته أغلبية الآراء .

كما أنه بين موقفه من سكوت الارادة من خلال النص على الارادة الضمنية التي يتولى القاضي البحث عنها بصفة عامة دون أن توضع له قرائن يعتمد عليها كما فعلته بعض التشريعات العربية والاتفاقيات الدولية، هذا دفع للتفكير في وجود قصور وعدم كمال القواعد المنظمة للقانون المختار في القانون المغربي.

لذلك نوصي :

- المشرع المغربي بعدم ترك النصوص المتعلقة بتحديد ضابط الاسناد المطبق على العقد الدولي على عموميتها وبالضبط الفصل 13 من الظهير، لأن هذه المسألة تثير عدة صعوبات على القاضي لاحتمال قهر الأطراف من القواعد الآمرة للقانون المختص .

- كما عليه تبيان موقفه من فكرة تجزئة العقد بإرادة المتعاقدين هل تترك على إطلاقها أو يجب توفر أساس موضوعي لذلك كحال شكل العقد الدولي الذي يخضع لقاعدة لويس locus regit actum، وكذا بالنسبة لاختيار الأطراف المتعاقدة لقانون يتبين بعدها للقاضي أنه يبطل العقد خاصة وأنهم أرادوا أن يكون عقدهم صحيح

- كما نوصي أيضا التشريعات الوطنية بما فيها التشريع المغربي أن يدرجوا في نصوصهم المتعلقة بالعقد الدولي فكرة تقييد إرادة الأفراد في الاختيار إذ يقع على الأطراف المتعاقدة اختيار قانون تابع للدولة معينة من جهة، وله صلة بالعقد أو المتعاقدين من جهة أخرى متى عرض النزاع على القاضي، وليس أمام المحكم الدولي الذي يأخذ بنظرية تدويل العقد - .

قائمة المراجع :

المراجع باللغة العربية :

الكتب :

-زروقي الطيب : القانون الدولي الخاص الجزائري - تنازع القوانين - ، مطبعة الفسييلة، الجزائر، ط. الثانية، 2008 .

-سامي بديع منصور : الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار العلوم العربية، بيروت - لبنان-، ط. الأولى، 1992 .

-سامي بديع منصور و عكاشة عبد العال : القانون الدولي الخاص، بدون طبعة ، مكتبة القانونية - الدار الجامعية - ، 1987، مصر .

-علي علي سليمان : النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط. الثالثة ، 1993 .

-هشام صادق : تنازع القوانين ، الطبعة الثالثة ، القاهرة 1974 .

المجلات العلمية :

- شريف هنية : إعمال القواعد العابرة للحدود في التحكيم التجاري الدولي، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، الصادرة عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، المجلد 10، ع. 02، 2014، ص 146 وما يليها .

-هشام خالد : عقود الدولية الخاصة، مجلة المحاماة المصرية، العدد. الأول و الثاني، السنة 71، 1991 .

الرسائل العلمية :

-جبار محمد : قانون العقد والمسؤولية العقدية في القانون الجزائري والمقارن، القانون الخاص، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم الادارية -"بن عكنون" -، الجزائر، السنة الجامعية 1987 / 1988 .

- خالد شويرب : القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، فرع الملكية الفكرية، جامعة الجزائر- بن يوسف بن خدة -، كلية الحقوق،الجزائر، السنة الجامعية 2008/2009 .

- زروقي الطيب : النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري والمقارن، القانون الخاص، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم الادارية، الجزائر، السنة الجامعية 1989 / 1990 .

المراجع باللغة الفرنسية :

- B.Goldman (1964) : Frontière du droit et lex mercatoria , arch . phil . dr.
- Dominique Bureau (1999): L'influence de la volonté individuelle sur les conflits de lois , Mélanges en hommage a François terrée , édition D , PARIS , presses universitaires de France .
- Henri Batiffol (1968): contrats et conventions , Encyclopédie Dalloz Droit International Privé.
- Jean Michel Jacquet(1983) : principe d'autonomie et contrats internationaux, PARIS, éconómica.
- Royea Dayant : juris classeur droit commerciale 1953 Fascicule 1 .
- Patrick Courbe , Revue .Critique .Droit International Privé 1990.
- Pierre Mayer (1998) : Droit international privé , 6 eme édition ,PARIS , Montchrestien.
- Vincent Henzé (2000) : La vente internationale de marchandises (droit uniforme) L.G.D.J. , PARIS, éditions DELTA.

مبدأ المشروعية في الوظيفة الإدارية

(مدة ولاية الهيئة التأسيسية)

إعداد دكتور: يوسف الدوكالي بناصر

عضو هيئة التدريس بالجامعة الاسمرية الاسلامية

مقدمة

يقتضي مبدأ احترام القاعدة القانونية خضوع الكافة إلى إرادة المشرع، ولما كانت القاعدة القانونية تتصف بالعمومية، وتخاطب الأشخاص الطبيعيين، والاعتباريين من هنا ألزم الجميع بالامتثال للقانون، وتطبيق أوامره واجتناب نواهيه⁽¹⁾، ولعل المتتبع للتطور التاريخي للإدارة ولمدى خضوعها لمبدأ المشروعية يلاحظ أن نشأتها قد مرت بعدة مراحل تدهور حالها من الإدارة القاضية إلى أن وصفت بالقضاء المعلق، ثم القضاء المستقل ومن ثم خضعت لمبدأ المشروعية الإدارية.

كما أن هذا المبدأ صاحبه العديد من الظروف، والمتغيرات جعلته يتخذ طبيعة خاصة في مجال الإدارة؛ لكونها تستقي سندها القانوني من السلطات الثلاثة، فضلاً عن ذلك متغيرات الظروف المتصفة تارة بالعادة وتارة أخرى بالاستثنائية، وما تبرره ضرورة المحافظة على سير المرفق العام بانتظام واطرد، وتلعب السلطة التنفيذية دوراً في ترجمة نصوص المشرع إلى واقع مادي ملموس، وتنفيذ السياسات العامة للدولة، وما ترتب على ذلك من أهمية تمثلت في منح المشرع الإدارة سلطة واسعة عند تنفيذها أهدافها.

وعلى هذا الأساس فإن نطاق مبدأ المشروعية يتجسد في تصرفات الإدارة عند قيامها بأعمالها، ومن بينها القرارات الإدارية ذات الإرادة المنفردة للإدارة، والتي تُعدّ خطراً على المتعامل مع الإدارة، الأمر الذي يتطلب توفير ضمانات قانونية للموظف، والمتعامل مع الإدارة، ولعل خير وسيلة لتوفير أكبر قدر من الضمانة هي خضوع الإدارة للقضاء الإداري، كما أن للمعالجة الإدارية للقرارات غير المشروعة؛ المتمثلة في

1- وعلى هذا الأساس صُنفت الدول من حيث كونها دولة قانون أم دولة بوليس، والأخيرة قانونها من صنع الحاكم، ويسري على المحكوم ويخضع له، وتتحرك إرادة الحاكم من كل قيد راجع في ذلك الدكتور محمود عمر معتوق، مبدأ المشروعية وتطبيقاته في النظام الجماهيري "دراسة مقارنة"، طرابلس: مطابع العدل، ط1، 2004-2005 ف، ص13. وبعد كتاب الدكتور محمود عمر معتوق أول مؤلف تناول مبدأ المشروعية دراسة أكاديمية وضحت الأحوال الإدارية، والسياسة، والقانونية، والقضائية لمبدأ المشروعية في النظام السياسي الليبي منذ الاستقلال حتى النظام الجماهيري.

سحبها، والرقابة عليها داخل المرفق العام قبل صيرورتها النهائية، وبعد جاهزيتها للتنفيذ، والنظر فيما يرفع بشأنها من تظلمات إدارية، يشكل رافداً أساسياً لتقوية جدار مبدأ المشروعية.

وبناء على ما سبق فإن دراسة مبدأ المشروعية في الوظيفة الإدارية يكمن في المبحثين التاليين :

المبحث الأول: مبدأ المشروعية الإدارية ومصادره.

المبحث الثاني: المعالجة الإدارية والقضائية للقرار الإداري المعيب.

المبحث الأول

مبدأ المشروعية الإدارية ومصادره

يتم التعرض في هذا المبحث الى مفهوم مبدأ المشروعية الإدارية في مطلب أول ثم بيان مصادره في مطلب ثاني.

المطلب الأول

مفهوم مبدأ المشروعية

عَرَّفَ الفقه الإداري الليبي⁽¹⁾ مبدأ المشروعية الإدارية " بأن الإدارة ملزمة عند مباشرتها لأوجه نشاطها باحترام القواعد القانونية النافذة أيًا كان شكلها ومصدرها"

وفي معجم مصطلحات الشريعة والقانون يعرف عبدالواحد كرم مبدأ الشرعية بأنه "ضرورة مطابقة الأعمال الإدارية سواء كانت قانونية أم مادية للقانون وأن يكون للأفراد حق الطعن في أعمال الإدارة أمام القضاء لأبطال الأعمال غير الشرعية، والتعويض عنها إن كان له مفترض"⁽²⁾

وفي ذات السياق ترسي المحكمة العليا الليبية مفهوماً لمبدأ المشروعية أو مبدأ خضوع الإدارة للقانون في قولها "أنَّ كلَّ أعمال الإدارة يجب أن تكون أعمالاً مشروعة لا تخالف القانون، والرأي الذي يؤيده الفقه [القانوني] والقضاء في تفسير مبدأ المشروعية يلخص في أن عمل الإدارة لكي يكون مشروعاً يجب أن يستند إلى قانون يجيزه، وليس معنى هذا أن يكون هناك نصّ تشريعي يجيز عمل الإدارة، وإنما يكفي أن يكون عمل الإدارة مستنداً إلى مبدأ قانوني عام، أو قاعدة قانونية سواء كانت هذه القاعدة

1- محمد عبدالله الحراري، الرقابة على أعمال الإدارة في القانون الليبي (رقابة دوائر القضاء الإداري) طرابلس: منشورات مجمع الفاتح للجامعات، 1990، ص 11.

2- عبدالواحد كرم، معجم مصطلحات الشريعة والقانون (عربي - فرنسي - إنكليزي) العراق: مطبعة المركز العالمي، 1995، ص 352.

مكتوبة، أو غير مكتوبة، إذا يترتب على مخالفة مبدأ المشروعية أن عمل الإدارة يصبح باطلاً سواء كان قانونياً، أو فعلاً مادياً⁽¹⁾.

والذي يبدو من التعريفات السابقة أن حدود مباشرة الإدارة العامة لمهامها تنحصر وفق النطاق القانوني المنظم للوظيفة العامة، وتتسع تلك الحدود لتشمل كل ما نص عليه المشرع في القوانين الأساسية، والفرعية، واللائحية، أضف إلى ذلك المبادئ القانونية التي ترسيها المحكمة العليا الليبية، وما تعارفت عليه الإدارة، في عملها التطبيقي الوظيفي، وعليه يقع باطلاً كل إجراء يخالف نصوص القانون أو المبادئ أو العرف الإداري.

أذن يجسد مبدأ المشروعية الواقع التطبيقي لمبدأ الفصل بين السلطات، ويكفل تطبيق القواعد القانونية الجامدة، ويحولها إلى واقع عملي ملوس.

المطلب الثاني

مصادر مبدأ المشروعية الإدارية

إذا كانت القاعدة الأساسية لاحترام مبدأ المشروعية تكمن في خضوع الإدارة للنظم القانونية التي تحكمها، فما هي تلك المصادر التي تستقي منها الإدارة نصوصها حتى توصف أعمالها بالمشروعية؟ سنوضح ذلك علي النحو التالي:-

الفرع الأول- المصادر الأساسية "الدستورية" :

يذهب جانب من فقهاء القانون أن مصادر الدستور تتمحور حول أربعة مصادر يستمد منها أحكامه، وهي: الفقه والقضاء، والعرف، والتشريع⁽²⁾.

أولاً- الفقه القانوني :

تقلب دور الفقه القانوني من حيث كونه مصدراً للقاعدة القانونية، يكتسب صفة الإلزام من عدمه؛ فقدما كانت القاعدة القانونية الصادرة منه ملزمة يتقيد بها القاضي عند نظره النزاع المطروح أمامه، ومع التطور الذي مرّ به القانون بفروعه المختلفة، أصبح الفقه مصدراً مادياً للقانون، أي أنه الطريق الذي

1- مجلة المحكمة العليا الليبية، السنة الأولى، العدد الثالث، طعن إداري رقم 14\9ق، بتاريخ 5-9-1964م، ص 9.

2- توفيق بن عبد العزيز السديري، الإسلام والدستور، وكالة المطبوعات والبحث العلمي وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، ط1، 1425هـ، ص 46.

تتكون به القاعدة القانونية، وتستمد منه مادتها وموضوعها، ثم انتفت الصبغة الإلزامية لمنتجات الفقه القانوني⁽¹⁾، وأصبح دوره شارحاً، ومفسراً للقاعدة القانونية، ومبوّأ، ومرتباً، ومعلقاً على الأحكام القضائية⁽²⁾؛ فوظيفة الفقه تتمحور في شرح نصوص القانون، وأحكام المحاكم، والتعليق عليها، ودراساتها دراسة علمية أكاديمية بغية معالجة القصور الذي يعتريها، وسده عن طريق توصيات، ومقترحات يستأنس بها المهتمين بتطبيق القانون من رجال السلطة التشريعية، والقضائية، وكذلك التنفيذية.

ثانياً- القضاء :

تمارس السلطة القضائية مهام الفصل بين المتنازعين، وإقامة العدل، وضمان سيادة القانون، وحماية الحقوق والحريات، والقضاة مستقلون في أداء وظائفهم⁽³⁾، وينفرد القضاء الإداري بخاصية تساهم في خلق المبادئ القانونية التي تتناسب، وطبيعة المرافق الإدارية⁽⁴⁾؛ باعتبار أن القانون الإداري قضائي النشأة، وللقضاء الإداري دور في تأسيس نظرياته، ومبادئه التي لم يرد بها حين ولدت في علم القانون نص تشريعي⁽⁵⁾.

ولما تمتعت السلطة التنفيذية بامتيازات هي في أصلها تدعم المسيرة الوظيفية في تحقيق أهدافها، وتشكل في ذات الوقت خطراً على مركز الشخص الطبيعي المتعامل معها، وعلى هذا الأساس أوجد المشرع القضاء؛ كحصن يحمي الطرف الضعيف، وهذا ما أكدته المحكمة العليا الليبية في الطعن الدستوري رقم 1 لسنة 14 ق حين عرفت القضاء بأنه "هو الركن الركيز والحصن الحصين الذي يحمي كل مواطن حاكماً كان أو محكوماً من كل حيف في يومه، وفي غده، وفي مستقبله"⁽⁶⁾.

-
- 1- إسماعيل بدوي، مبادئ القانون الدستوري، القاهرة: دار الكتاب الجامعي، 1399هـ، ص 57 وما بعدها.
 - 2- راجع أستاذنا الدكتور نصر الدين مصباح القاضي، أصول القانون الإداري، القاهرة: دار الفكر العربي، ط2، 2016، ص28.
 - 3- راجع المادة 120 من الباب الرابع الوارد في مقترح مسودة توافقية لمشروع الدستور الليبي، الصادر في البيضاء، 16-ابريل 2017.
 - 4- سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، القاهرة: دار الفكر العربي، 1979، ص15.
 - 5- د. سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق ص 13، وتكمن خصوصية القضاء الإداري الليبي في كون قضائه غير متخصصين، وغير مختصين، وهو ما يسميه الفقه الليبي بأزمة القضاء الإداري الليبي راجع أستاذنا الدكتور نصر الدين مصباح القاضي، أصول القانون الإداري، المرجع السابق ذكره، ص 31 وكذلك ص488.
 - 6- مجلة المحكمة العليا الليبية، السنة والعدد 7 / 1، طعن دستوري رقم 1 / 14 ق، بتاريخ 14/06/1970، ص11.

كما وصفت - المحكمة العليا الليبية - القضية بأنهم "هم بعد الرسل ظل الله في أرضه، وحكامه بين خلقه، وبالعدل قامت السموات، والأرض، ورفعته القاضي هي رفعة للأمة التي هي مصدر السلطات، وتمكين للعدالة التي هي تمكين لذوى السلطات، والملك"⁽¹⁾.

ونصت المادة 28 من قانون المحكمة العليا لسنة 53م على أن "تكون المبادئ التي تقررها المحكمة العليا في أحكامها ملزمة لجميع المحاكم والسلطات في الدولة" كما نصت المادة 30 من القانون رقم 6 لسنة 82م بشأن إعادة تنظيم المحكمة العليا على ما يلي "تكون المبادئ القانونية التي تقررها المحكمة العليا في أحكامها ملزمة لجميع المحاكم وكافة الجهات الأخرى في الجماهيرية".

وعليه تلتزم الإدارة عند مباشرتها لأعمالها بكافة المبادئ القانونية التي تقررها المحكمة العليا وفي ذلك تقول "يجب أن يكون القرار الإداري مطابقاً للدستور والقوانين واللوائح وإلا يخالف حكماً قضائياً صادراً عن القضاء المدني أو الإداري له قوة الشيء المحكوم فيه"⁽²⁾.

وألزم المشرع الوزراء ورؤساء المصالح تنفيذ الأحكام النهائية المشمولة بالصيغة التنفيذية في الفقرة الثانية من المادة الحادية والعشرين من القانون رقم 71 لسنة 1988 بشأن القضاء الإداري.

ثالثاً- العرف الإداري :

العرف في الحياة الاجتماعية هو "أطراد سلوك الأفراد في مسألة معينة على نحو معين يجعل هذا السلوك قاعدة ملزمة"⁽³⁾، أما في السلك الإداري فهو نهج الإدارة طريقة معينة عند مباشرتها لواجباتها المناطة بها، والاستمرار عليها حيناً من الزمن مما يكون للإدارة والأخرين الشعور بالزامية هذا السلوك والتقيد به، وتكمن دواعي احترام طبيعة المنهج العملي التطبيقي للإدارة عند ممارستها أعمالها، في ضمان خلق الثقة العامة للجمهور فيما يقوم به المرفق العام، كما تُسهل عملية تحقيق الأهداف الموكلة لها، دون مخالفة العرف للتشريع، والقضاء، والمبادئ القانونية.

وعلى هذا الأساس تصدت المحكمة العليا الليبية لأعمال الإدارة عند نظرها للمسائل التأديبية في طعنها الإداري رقم 3 لسنة القضائية 29 ولم تطلق يد الإدارة في تقرير ما تشاء أو تؤسس من الأعراف ما يناسبها دون مراعاة السلم التشريعي، والسلطة القضائية، وفي هذا تقول المحكمة العليا "... العرف وإن كان مصدر القانون إلا أنه لا يجوز الاستناد إليه في مجال العقوبات لأنه لا يتمشى مع تطبيق مبدأ لا

1- المحكمة العليا، المرجع السابق.

2- حكم المحكمة العليا الصادر في 1957/6/26م

3- عبدالواحد كرم، معجم مصطلحات الشريعة والقانون، (مرجع سبق ذكره)، ص 284.

عقوبة إلا بنص وهو أصل من أصول القانون التأديبي التي لا يجوز مخالفتها وعلى هذا الأساس فإن الحكم المطعون فيه وقد قضى بإلغاء القرار التأديبي المطعون فيه استناداً إلى عدم شرعية العقوبة التي تم توقيعها على المطعون ضده لا يكون قد جانب الصواب⁽¹⁾.

ولقد أسهمت الإدارة من خلال الصلاحيات التي منحت لها من قبل المشرع في إجراءات غير منصوص عليها في نظامها القانوني، مثل اقرار بعض السلوكيات، والتصرفات التي تعتبر وسيلة لتحقيق غاية المرفق العام، والمتمثلة في المصلحة العامة، والعمل بها لفترة ليست بالقليلة مما جعل ذلك التمسك أن تلتزم الإدارة بها، ومن هنا تكون العرف الإداري، وأصبح للسلطة التنفيذية دوراً مهماً في تأسيس مبدأ المشروعية الإدارية.

رابعاً- التشريع : يتنوع التشريع بحسب درجاته إلى عدة أنواع وهي :-

1- القانون الأساسي :

نصت القوانين الأساسية في النظام الملكي على احترام الإدارة مبدأ المشروعية، حيث وضحت المنهج العملي للإدارة المتمثل في المنهج الإسلامي ، فجاءت المادة 5 من دستور 1951 الليبي على أن "الإسلام دين الدولة" وتعاقبت من بعده الأنظمة السياسية على نفس المنوال حيث نصت الفقرة الثانية من وثيقة إعلان قيام سلطة الشعب الصادر في 1977/3/2م على أن "القرآن الكريم هو شريعة المجتمع في الجماهيرية" سابقاً.

وكذلك الوثيقة الخضراء الكبرى لحقوق الإنسان "سابقاً" حيث نصت في فقرتها 26 على "أن أبناء المجتمع الجماهيري يلتزمون بما ورد في هذه الوثيقة، ولا يجوز الخروج عليها، ويحرمون كل فعل مخالف للمبادئ والحقوق التي تضمنتها ولكل فرد الحق في اللجوء إلى القضاء لا نصافه من أي مساس بحقوقه وحرياته الواردة فيها".

وبعد التطورات السياسية التي طرأت على الدولة الليبية جاءت المادة الحادية والعشرون من مشروع الدستور الليبي، والمتعلقة بإدارة المرافق العامة على تأكيد خضوع الإدارة لنصوص القانون حيث نصت على "تؤسس المرافق العامة وتدار وفق معايير الحكومة الرشيدة واحترام حقوق الإنسان وتضمن حق المنتفعين بها في تلقي خدماتها بانتظام واطراد وبشكل متكافئ وفي معالجة شؤونهم بنزاهة وفي تقديم إلتماساتهم وشكاويهم والرد عليها، وتلتزم بتسيب قراراتها، وتبسيط إجراءاتها، والتقييم الدوري لأدائها وفق ما يحدده القانون".

1- مجلة المحكمة العليا الليبية، السنة والعدد 22 / 3-4، طعن دستوري رقم 3 / 29، بتاريخ 31/03/1985، ص26.

2- القوانين :

يقصد بالقوانين مجموعة القواعد القانونية العامة والمجردة الصادرة عن السلطة التشريعية في المجتمع (البرلمان في النظم التقليدية، المؤتمرات الشعبية الأساسية في النظام الجماهيري، المؤتمر الوطني)، ولقد نظم المشرع الليبي أحكام الوظيفة العامة في ليبيا منذ الاستقلال حتى الآن في القوانين التالية :

1. القانون رقم 2 لسنة 1951
 2. القانون رقم 36 لسنة 1956
 3. القانون رقم 19 لسنة 1964
 4. القانون رقم 55 لسنة 1976 بشأن الخدمة المدنية
 5. القانون رقم 12 لسنة 2010 بشأن علاقات العمل وللائحته التنفيذية رقم 595 لسنة 2010م.
 6. القانون رقم 88 لسنة 1971م بشأن القضاء الإداري.
 7. قانون رقم (59) لسنة 2012م. بشأن نظام الإدارة المحلية.
 8. القانون رقم 20 لسنة 2013م بإنشاء هيئة الرقابة الإدارية.
 9. قانون رقم 51 لسنة 1976م بشأن إصدار قانون نظام القضاء.
- تلك هي القوانين التي تحكم النشاط الإداري، وتلتزم بها المرافق العامة المتمتعة بالشخصية الاعتبارية العامة، وتعد مصدرًا ملزمًا للسلطة التنفيذية التي يقع على عاتقها تنقيذ ما ورد فيها من نصوص، وتعتبر مخالفة الإدارة للقواعد القانونية الواردة فيها بطلان تصرفاتها.

3- المبادئ العامة للقانون :

يقصد بالمبادئ العامة للقانون مجموعة من القيم السائدة عند المجتمعات البشرية عبر مسيرتها التاريخية، وتولد عنها مبادئ، وحقوق طبيعية مربوطة الصلة بالحياة الانسانية، وجدت معها، وسبقت الدولة، وهي غير مكتوبة، وتضمنتها أغلب الشرائع القديمة، والتشريعات الحديثة، واستخلصها القضاء من أحكام القانون، واعترف بها كأساس للمسائل التي لم يرد بشأنها حكم قضائي⁽¹⁾، ومن هذه المبادئ مبدأ المساواة، والعدالة، ومبدأ العقوبة شخصية، ومبدأ لا جريمة ولا عقوبة الا بنص، ومبدأ المتهم بريء حتى تثبت إدانته، وحق التقاضي، وحق الدفاع، وحق العمل، وحق التعليم، وحق تقرير المصير، وحرية التعبير،... الخ.

1- عبدالواحد كرم، معجم مصطلحات الشريعة والقانون (مرجع سبق ذكره)، ص 352.

فالمبادئ العامة للقانون هي مصدر من مصادر المشروعية التي تعمل الإدارة على احترامها، وتطبيقها عند قيامها بواجبات الوظيفة العامة، وإلا كانت أعمالها عرضة للطعن أمام دوائر القضاء الإداري إما بالإلغاء أو التعويض.

المبحث الثاني

المعالجة الإدارية والقضائية للقرار الإداري المعيب

عُرف عن الإدارة أياً كان نوعها أنها تعمل وفق أداة تعبر بها عن إرادتها، ويكاد يجمع الفقه القانوني على أن للإدارة العامة، وسيلتين قانونيتين هما: العقد الإداري، والقرار الإداري، والإدارة عند استخدامها لهاتين السيلتين تتقيد بمبدأ المشروعية حتى توصف بالإدارة القانونية، ويضفي على سلوكها الطابع الشرعي.

وتأسيساً على ذلك منح المشرع للإدارة صلاحية إصدار القرارات الإدارية التي بواسطتها تنفذ إرادة المشرع، وتحولها إلى واقع ملموس، غير أن المشرع لم يترك الباب مفتوحاً للإدارة عند إصدارها لقراراتها بل قيدها بمبدأ المشروعية.

وعليه يقتضي الأمر تعريف القرار الإداري المشروع، وتبين أركانه، ومدى تصحيح الإدارة والقضاء القرارات الإدارية المخالفة لمبدأ المشروعية الإدارية في المطلبين التاليين :

المطلب أول

ماهية القرار الإداري وأركانه

يتم التعرض في هذا المطلب إلى ماهية القرار الإداري وبيان أركانه :

أولاً- تعريف القرار الإداري :

أوردت المحكمة العليا الليبية عدة تعريفات للقرار الإداري في القضايا المعروضة أمامها المتعلقة بقراراتها ذات الطابع الاحادي منها "إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح، وذلك بقصد إحداث مركز قانوني معين متى كان ممكناً وجائزاً قانوناً وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة⁽¹⁾.

1- عن رقم (1) لسنة (1) قضائية، بجلسة 1954/4/5م. قضاء المحكمة العليا) من تاريخ انشائها في 10 نوفمبر 1953 لغاية 14 يونيو 1958) - القضاء الإداري والدستوري، ط2، سنة 1967، ج 1، ص9.

وفي حكم آخر لها توصف القرار بأنه أمر يصدر من الإدارة " .. إن الأمر أو العمل أو القرار الإداري . كما استقر القضاء على تعريفه " هو إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح، وذلك بقصد إحداث مركز قانوني معين، متى كان ممكناً أو جائزاً قانوناً، وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة .. " (1).

ثانياً- أركان القرار الإداري :

تمثلت أركان القرار الإداري في ركن الاختصاص، وركن المحل، وركن السبب، وركن الغاية، وركن الشكل، ولقد تعرضت المحكمة العليا إلى توضيح تلك الأركان.

1. ركن الاختصاص: يقصد بعيب عدم الاختصاص صدور القرار الإداري من شخص أو جهة

إدارية غير مختصة بإصداره ويتحقق هذا العيب في جميع الحالات التي تخالف فيها القواعد القانونية المنظمة لاختصاصات الوحدات الإدارية (2). ويتسم عيب عدم الاختصاص بكونه من العيوب المتعلقة بالنظام العام.

ولقد أكدت المحكمة العليا في حكمها الصادر بتاريخ 27/2/1960م حين قالت (إن الفقه والقضاء الإداري قد استقر على أن عيب عدم الاختصاص هو من الأمور المتعلقة بالنظام العام) (3).

ويتربط على ذلك جواز الدفع به من قبل دوائر القضاء الإداري من تلقاء نفسها، وفي أي حالة كانت عليها الدعوى، كما يقع باطلا كل اتفاق بين الإدارة والأفراد من شأنه تعديل قواعد الاختصاص.

2. ركن الشكل: يمارس الشخص الاعتباري وظائفه المنوطة به وفق أسلوب يناسب التعبير عن

إرادته، إما صراحة أو ضمناً، شفاة أو كتابياً، ومفاد ذلك أن القرار الإداري ليس له شكلاً معيناً يتعين أن يصدر فيه بل إن طبيعة نشاط الإدارة هو من يحدد ذلك الأسلوب، والشكل الذي تبين فيه الإدارة عن تصرفاتها.

ولقد أكدت المحكمة العليا الليبية ذلك الاتجاه في الطعن الإداري رقم 20 حيث نصت على "عدم تقييدها بشكل معين أو صورة معينة تفصح عن إرادة الإدارة، ما لم يوجب القانون إتباع ذلك الشكل، أو تلك الصورة في إصدار قراراتها، ذلك لأن القرارات الإدارية لا تحصرها أشكال ولا ألوان، وكما يكون القرار

1- حكم المحكمة العليا الليبية، جلسة 5 أبريل سنة 1954، (مجموعة القضاء الإداري والدستوري)، الجزء الأول، ص9، وكذلك حكمها الصادر بملسة 24 يونيو 1961 في قضية الطعن الإداري رقم 8/1، (مجموعة القضاء الإداري والدستوري)، الجزء الثاني، ص116.

2- محمد عبد الله الحارثي، الرقابة على أعمال الإدارة في القانون الليبي، مرجع سبق ذكره، ص 196.

3- قضاء المحكمة العليا، الطعن الإداري رقم 2 / 3 ق، القضاء الإداري والدستوري، الجزء الثاني، ص31.

الإداري بالقول يكون بالكتابة أيضاً، وهو جازع بالبرق أو بالبريد أو بالهاتف، وكما يمكن أن يكون صريحاً يكون ضمناً، هذا كله إذا لم ينص القانون على صدور الأمر الإداري في شكل خاص، فإذا أوجب القانون ذلك وجب النزول على حكمه، وإلا أعيب القرار في شكله"⁽¹⁾.

وعلى هذا الأساس تستخلص قاعدة عامة، مفادها أن الإدارة غير ملزمة بالإفصاح عن إرادتها في شكل معين، إلا إذا ألزمها المشرع بطريقة معينة يتوقف على توافرها مشروعية ذلك القرار، وتتجلى أهمية احترام الإدارة لقواعد الشكل، والإجراءات المنظمة له؛ في كونه يحقق مصلحة الإدارة تارة، ومصالح الأفراد تارة أخرى، فضلاً عن ذلك يشكل ضماناً مهمة من الضمانات المقررة لهم"⁽²⁾.

3 - ركن المحل : وهو الأثر القانوني الذي يترتب على القرار الإداري، وذلك بإنشاء أو إلغاء أو تعديل مركز قانوني عام أو فردي، ويشترط في محل القرار أن يكون ممكناً من الناحية القانونية أو الواقعية، وأن يكون جائزاً قانوناً، أي أن الأثر القانوني الذي يحدثه القرار يجب أن يكون من الجائز قانوناً إحداثه أو ترتيبه طبقاً للقواعد القانونية القائمة، فإذا كان الأثر القانوني للقرار يتعارض مع تلك القواعد، سواء كان تشريعاً بمختلف درجاته أو عرفاً إدارياً، أو مبادئ قضائية مستقرة، أو مبادئ قانونية عامة، فإن هذا يعيب القرار الإداري، ويجعله حقيقياً بالإلغاء"⁽³⁾.

وقد أشارت المحكمة الإدارية الليبية إلى هذا الركن عندما عرفت القرار الإداري على أنه "هو إفصاح الإدارة في الشكل الذي يحدده القانون عن إرادتها الملزمة بمالها من سلطة عامة بمقتضى القوانين واللوائح وذلك بقصد أحداث مركز قانوني معين متى كان ممكناً وجائزاً قانوناً. وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة فمن الأركان الأساسية للقرار الإداري أن يكون له محل وهو أحداث المركز القانوني الذي تتجه إرادة مصدر القرار إلى إحداثه والأثر القانوني الذي يترتب عليه حالاً ومباشرة وهذا الأثر هو إنشاء حالة قانونية معينة أو تعديلها أو إلغائها. وبهذا يتميز محل العمل القانوني عن العمل المادي الذي يكون دائماً نتيجة مادية واقعية"⁽⁴⁾.

4 - ركن السبب : هو الحالة الواقعية أو القانونية الخارجة عن إرادة وقصد مصدر القرار، والتي تملئ عليه إصداره لإحداث مركز قانوني معين، ولقد استقر قضاء المحكمة العليا الليبية ودوائر القضاء الإداري بمحاكم الاستئناف على اعتبار السبب ركناً جوهرياً من أركان القرار الإداري، يترتب على تخلفه

1- مجلة المحكمة العليا الليبية، السنة الثانية، العدد الثالث، طعن إداري رقم 20 لسنة 6 قضائية، ص 13.

2- راجع سليمان محمد الطماوى، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة: 1991، ص 222.

3- حكم المحكمة العليا الليبية، جلسة 5 إبريل سنة 1954، (مجموعة القضاء الإداري والدستوري)، الجزء الأول، ص 9.

4- مجلة المحكمة العليا الليبية، السنة، والعدد 4/15، طعن إداري رقم 33 لسنة 23 قضائية، 14/12/1978، ص 21.

عدم مشروعية القرار، ففي أول قرار لها والصادر بتاريخ 5 / 4 / 1954م تشير المحكمة العليا الليبية إلى الأركان الأساسية للقرار الإداري ومن بينهما (أن يكون له سبباً أي حالة واقعية أو قانونية، توجي للإدارة بالتدخل واتخاذ القرار) وتؤكد المحكمة العليا على ذلك في قرارها الصادر بتاريخ 17 / 3 / 1977 وتقول (يلزم أن يتوفر في القرار الصادر عن الإدارة جميع أركان القرار الإداري ومن بينهما ركن السبب والأصل أن الإدارة غير ملزمة بأن تفصح عن أسباب قرارها إلا إذا ألزمها القانون ببيان الأسباب وفي هذه الحالة يصبح التسبب شرطاً شكلياً يترتب على إغفاله بطلان القرار حتى ولو كان له سبب صحيح في الواقع⁽¹⁾.

5 - ركن الغاية أو الهدف: يقصد به الهدف الذي تسعى إليه الجهة الإدارية مصدرة القرار، أو النتيجة النهائية التي تريد تحقيقها⁽²⁾.

فالهدف من صدور قرار بتعيين أحد الموظفين، العمل على استمرار سير العمل في المرفق الذي عين به، والهدف من القرار الصادر بتوقيع جزاء على أحد الموظفين هو منع الموظف من تكرار الخطأ، وتنبيه الغير حتى لا يقعوا في نفس الخطأ بما يحقق المصلحة العامة، والأصل أن كل قرار إداري يستهدف تحقيق المصلحة العامة⁽³⁾.

كما أن الغاية من القرار التأديبي تتمثل في ردع الموظف حتى لا يعاود الوقوع في الخطأ، ليكون عبرة لأقرانه من الموظفين لمنعهم من اقتراف ذات الخطأ⁽⁴⁾.

وركن الغاية أو الهدف أو الغرض هو آخر أركان القرار الإداري، وهو في ذات الوقت أدقها وأصعبها تحديداً، كما يمكن تعريفه أيضاً بأنه النتيجة النهائية التي يسعى رجل الإدارة إلى تحقيقها، وكثيراً ما يحدث في العمل خلط بين ركني السبب والغاية، فإذا كان السبب يمثل الجانب المادي في القرار الإداري، كما رأينا هو حالة واقعية أو قانونية تنشأ وتتم بعيداً عن إرادة رجل الإدارة، فإن الغرض أو الغاية يمثل الجانب الشخصي في القرار الإداري، ذلك إن رجل الإدارة عندما يواجه حالة واقعية معينة، ويرى أنه قد سنحت له فرصة التدخل واستعمال اختصاصاته، فإنه يفكر ويقدر على ضوء ما لديه من اعتبارات،

1- مجلة المحكمة العليا الليبية، السنة والعدد، 13 / 4، طعن إداري رقم 40 / 23 قضائية، 17/03/1977، ص41.

2- محمد عبدالله الحراري، أصول القانون الإداري الليبي، وسائل مباشرة الإدارة الشعبية لوظائفها، ط2، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، ج2، طرابلس: ليبيا، ص172.

3- أنس جعفر، القرارات الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 2005، ص136.

4- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، القرارات الإدارية، الصور والنفاذ ووقف التنفيذ والإلغاء في الفقه وقضاء مجلس الدولة، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، 2007، ص162.

والنتائج التي يمكن أن تنجم عن تدخله، فإذا ما وضع له الهدف أو الغرض الذي يجب تحقيقه، فإنه يتدخل ويتخذ قراره⁽¹⁾.

المطلب الثاني

معالجة القرارات الإدارية المخالفة لمبدأ المشروعية بالطرق الإدارية والقضائية

يتم التعرض في هذا المطلب إلى بيان معالجة الإدارة للقرار الإداري المعيب :

أولاً- معالجة القرارات الإدارية المخالفة لمبدأ المشروعية بالطرق الإدارية :

تتمتع الإدارة بخاصية الرقابة أثناء الأداء، وبعد الانتهاء من العمل، وعند قيامها بذلك تعالج الأخطاء التي تكتشفها فتعدل عنها عن طريق سحب القرار أو تعديله، أو إلغائه؛ لدواع تبرر سحبه تتلخص في معالجة الخطأ الذي وقعت فيه الإدارة، الذي وصف القرار بعدم المشروعية⁽²⁾، كما يعد التظلم الإداري أسلوب وقائي يسمح للإدارة تفادي مساءلتها أمام القضاء.

أ- التظلم الإداري :

التظلم الإداري هو تنبيه الإدارة من جانب المتعامل معها، أو صاحب الحق الذي وقع عليه الظلم من جراء تصرفاتها القانونية أو المادية، فالظلم كما يعرفه (المناعي) هو "التصرف في ملك الغير، ومجاوزة الحد، وقيل: وضع الشيء في غير محله بنقص، أو زيادة، أو عدول عن زمنه"⁽³⁾.

وقد ذكر شراح القانون الإداري للتظلم تعاريف متعددة، فقد عرفه أستاذنا الدكتور محمد عبد الله الحراري وفقاً لأنواع الرقابة التي تمارسها الإدارة، المسماة بالرقابة الداخلية على نفسها - رقابة بناءً على تظلم- إما أن يكون تظلماً ولائياً، أو رئاسياً، والتظلم الولائي: "هو التظلم الذي يتقدم به صاحب الشأن إلى الجهة الإدارية ذاتها التي أصدرت القرار طالباً منها تعديل أو إلغاء القرار ... والتظلم الرئاسي هو التظلم الذي يتقدم به صاحب الشأن إما مباشرة أو بعد رفض تظلمه الولائي إلى الجهة الإدارية التي تعلو الجهة مصدرة القرار طالباً منها تعديل القرار أو إلغائه"⁽⁴⁾، ويعرفه الدكتور نصر الدين مصباح القاضي بأنه:

1- سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص363.

2- رمزي طه الشاعر، تدرج البطالان في القرارات الإدارية، (رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة: 2000، ص476.

3- زين الدين محمد المدعو بعبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي بن زين العابدين الحدادي ثم المناوي القاهري، التوقيف على

مهمات التعاريف (عبد الخالق ثروت - القاهرة: عالم الكتب، ط1، 1410هـ-1990م)، ج1، ص492.

4- محمد عبدالله الحراري، الرقابة على أعمال الإدارة في القانون الليبي، (مرجع سبق ذكره)، ص25.

"وسيلة لإصلاح ذات البين، وفضّ النزاع بين الموظف والإدارة، وهو في أساسه وسيلة اختيارية يترخص الموظف في استعمالها، والالتجاء إليها إذا رأى وجهاً لذلك"⁽¹⁾.

ويعرفه الدكتور محمد إبراهيم خيرى الوكيل بأنه: "اعتراض كتابي يقدمه من صدر بشأنه القرار الإداري، أو التأديبي إلى السلطة المختصة، ييدي فيه المعارض عدم رضائه عما تضمنه القرار الصادر بشأنه؛ لأنه - في رأيه - مخالف للحقيقة، ويتسم بعدم المشروعية، ويطلب فيه إعادة النظر بتعديل القرار، أو سحبه، أو إلغائه، وهو طريق يسلكه المعارض قبل اللجوء إلى القضاء، ويمثل لسريان ميعاد دعوى الإلغاء، وحالة من حالات إطالة مدتها"⁽²⁾.

فالتظلم الإداري إذن مراجعة الإدارة كتابياً خلال الميعاد المحدد قانوناً، عن تصرف قانوني، أو مادي صدر منها ضدّ المتظلم المخالف لمبدأ المشروعية الإدارية، مما أحدث تغييراً سلبياً لمركزه القانوني، مطالباً بذلك مُصدره، أو رئيسه الأعلى بإلغاء، أو سحب القرار الذي أضرّ بمصلحته، وهو وسيلة، وقائية، وعلاجية تتمّ قبل اللجوء إلى القضاء المختصّ، وتمنح الإدارة فرصة معالجة الخطأ الإداري، ومن أنواعه تظلم المَرؤوس من أوامر رئيسه المخالفة للقانون، الأمر الذي يحمي المَرؤوس من المساءلة القانونية، ويمنح الإدارة فرصة مراجعة تصرفاتها وتصحيحها، أو العدول عنها بعد التأكد من عدم مشروعيتها.

ب- تعريف سحب القرار الإداري المخالف لمبدأ المشروعية :

السحب هو إعدام آثار القرار بالنسبة إلى الماضي والمستقبل، بحيث يعتبر القرار كأنه لم يولد إطلاقاً⁽³⁾.

ويذهب الأستاذ الدكتور نصر الدين مصباح القاضي إلى أن "ضابط مفهوم السحب يتحدد في: إلغاء الإدارة للقرار بأثر رجعي، وإعدام آثاره بالنسبة للماضي والمستقبل"⁽⁴⁾.

وقد بينت المحكمة العليا الليبية جانب من المبادئ المنظمة لسحب القرار الإداري تمثلت في: مبدأ عدم جواز المساس بالحقوق المكتسبة، ومبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية، وتتجلى الحكمة من هذين المبدأين في تأسيس فكرة ضمان استقرار المعاملات والأوضاع القانونية في الدولة⁽¹⁾.

1- نصر الدين مصباح القاضي، النظرية العامة للتأديب في الوظيفة العامة في القانون الليبي (رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس) سنة 1997، ص 551.

2- محمد إبراهيم خيرى الوكيل، التظلم الإداري ومسلك الإدارة الإيجابي في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء (الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، ط 1، 2008م)، ص 15-16.

3- سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية (المرجع السابق ذكره)، ص 653.

4- نصر الدين مصباح القاضي، النظرية العامة للتأديب في الوظيفة العامة في القانون الليبي (رسالة السابق ذكرها)، ص 355.

ويظهر السحب بصور قد يكون صريحاً، أو ضمناً، وفي ذلك تقول المحكمة العليا الليبية "لا يشترط في سحب القرار الإداري أن يكون السحب صريحاً، ويجوز أن يكون ضمناً بأن تتخذ الإدارة قراراً جديداً لا يستقيم إلا على أساس سحب القرار السابق...."⁽²⁾.

ج- الوضع التشريعي للقرارات المحصنة :

تمثل القرارات المحصنة إهداراً قوياً لفاعلية مبدأ المشروعية الإدارية، ولعل المحكمة من التحصين تكمن في استقرار المعاملات التي مضى عليها وقت، وتجد فكرة التحصين أساسها القانوني في نص المادة السادسة والعشرين من القانون رقم 6 لسنة 1982م⁽³⁾ بإعادة تنظيم المحكمة العليا على أن "لا تختص المحكمة العليا بنظر الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة" وكذلك المادة السادسة من القانون رقم 88 لسنة 1971م بشأن القضاء الإداري على أن "لا تختص دوائر القضاء الإداري بنظر الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة ولا تقبل الطلبات المقدمة من أشخاص ليست لهم فيها مصلحة شخصية مباشرة"⁽⁴⁾، كما نصت المادة الثامنة من القانون رقم 88 لسنة 71م على أن "ميعاد دعوى الإلغاء أمام دوائر القضاء الإداري فيما يتعلق بطلبات الإلغاء ستون يوماً من تاريخ نشر القرار المطعون فيه أو إبلاغ صاحب الشأن به، وينقطع سريان هذا الميعاد في حالة التظلم إلى الهيئة الإدارية التي أصدرت القرار أو الهيئة الرئاسية. ويعتبر في حكم قرار بالرفض فوات وقت يزيد عن ستين يوماً دون أن تصدر السلطة الإدارية قراراً في التظلم المقدم إليها، ويكون رفع الدعوى في هذه الحالة الأخيرة ستين يوماً من تاريخ انقضاء مدة الستين يوماً المذكورة".

ويقرر قضاء المحكمة العليا الليبية أن الغاية من التحصين إضفاء الطابع التنظيمي للعملية الوظيفية، والمحافظة على التقدم العملي، وطوي صفحة الماضي بما يحقق هدف النظام العام، مؤكداً ذلك في قوله (قضاء المحكمة العليا الليبية) في الطعن رقم 6 / 3 ق " لما كانت دعوى الإلغاء يتجسم فيها أكبر خطر يهدد القرارات الإدارية وبالتالي استقرار الحياة الإدارية فقد حرص المشرع على أن يحدد رفعها بميعاد ستين يوماً وهو ميعاد من النظام العام لتعلقه بحجية الأوامر الإدارية وما يتعلق بها من المصالح العامة. ويسرى هذا الميعاد من تاريخ نشر القرار الإداري أو إعلان صاحب الشأن به"⁽⁵⁾.

=

1- محمد عبد الله الحراري ، أصول القانون الإداري الليبي (المرجع السابق ذكره) .. ج 2 ، ص 202.

2- عمر عمرو، المجموعة المفهرسة، طعن إداري رقم 5 لسنة 15 قضائية جلسة بتاريخ 1970/5/3. ح 1، ص 382.

3- منشور في الجريدة الرسمية، السنة العشرون، العدد 22، ص 754.

4- موثق في الجريدة الرسمية، السنة التاسعة، العدد 59، ص 1233.

5- مجلة المحكمة العليا الليبية، السنة والعدد ج 1/أ طعن إداري رقم 6 / 3 ق، بتاريخ 26/06/1957، ص 79.

وخلاصة الأمر في تحصين القرار الإداري هو كف يد القضاء عن النظر في موضوع ذلك القرار، فلا يجوز لها تعديله أو إلغائه، بينما تستطيع الإدارة معالجته عن طريق قرار آخر مضاد، وفي جميع الأحوال يشترط أن يوافق الإجراءات التي نص عليها القانون، غير أن مسألة تحصين القرار الإداري في القانون الليبي بعد التغييرات السياسية التي طرأت على دول الربيع العربي، خالفت العرف التشريعي المقارن المنظم لفكرة تحصين لقرارات الإدارية بما فيها أعمال السيادة، حيث أكد التشريع الأساسي مبدأً جديدًا تمثل في عدم تحصين أي تشريع أو قرار إداري من الطعن فيهما أمام القضاء فجاء؛ في مشروع مسودة الدستور الليبي ما يؤكد زوال فكرة تحصين القرارات الإدارية في مادته الحادية والستين التي نصت على أن "الحق في اللجوء للقضاء مكفول للجميع، ولكل شخص الحق في محاكمة عادلة أمام قاضيه الطبيعي وفي أجل مناسب يحدده القانون ويؤمن له فيها الضمانات كافة.

ولا يجوز تحصين أي تشريع أو قرار إداري من رقابة القضاء. ولا أن يستبعد من الولاية القضائية أي سلوك ضار بالحقوق والحريات أو مهدد لها"⁽¹⁾ وهو بادئ الرأي قد يشير إلى أن أعمال الإدارة جُلها خاضعة للرقابة القضائية، وأن حماية الموظف، والمتعامل مع الإدارة تكون بذلك قد توافرت على أكبر مدى، ومع ذلك يُعدُّ نهج غريب باعتباره لا يؤمن للإدارة استقرار معاملاتها، فضلاً عن ذلك زعزعة النظام العام الذي يشكل أساس السلطة التنفيذية.

ثانياً- معالجة القرارات الإدارية المخالفة لمبدأ المشروعية بالطرق القضائية :

منح المشرع الليبي للسلطة القضائية مكنة إلغاء القرار الإداري المخالف لمبدأ المشروعية، كما خص المشرع القاضي الإداري صلاحية النظر في دعوى التأديب المرفوعة من الموظف العام والتعويض⁽²⁾، عن الأضرار التي ترتكبها الإدارة أو تابعيها إذا كانت بسبب الوظيفة العامة، وعُدَّ خطأً مرفقياً.

1- نصت المادة الثالثة والثلاثون من الباب الرابع من الإعلان الدستوري على أن :

التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة، ولكل مواطن حق اللجوء إلى قاضيه الطبيعي، وتكفل الدولة تقريب جهات القضاء من المتقاضين، وسرعة الفصل في القضايا.

يحظر النص في القوانين على تحصين أي قرار من رقابة القضاء.

الإعلان الدستوري الصادر من المجلس الوطني الانتقالي المؤقت - ليبيا بتاريخ 3-8-2011 بتاريخ بنغازي وكذلك مقترح مسودة توافقية لمشروع الدستور، مقدم من عدد من أعضاء لجنة التوافقات الدستورية، البيضاء: 6 إبريل 2017.

2- راجع في ذلك سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري (الكتاب الأول) قضاء الإلغاء، القاهرة: دار الفكر العربي، 1996م، وكذلك مؤلفه القضاء الإداري (الكتاب الثاني) قضاء التعويض، القاهرة: دار الفكر العربي، 1986م، وايضاً القضاء الإداري (الكتاب الثالث) قضاء التأديب، القاهرة: دار الفكر العربي، 1995م.

ولما تنوعت صلاحية القاضي الإداري من إلغاء إلى تأديب وأخرى تعويض فإن أنسب الدعاوى لمعالجة القرارات الإدارية المخالفة لمبدأ المشروعية بالطرق القضائية، هي دعوى الإلغاء التي تهدف إلى مخاصمة القرار الإداري، ومعالجة آثاره، وفي هذا تقول المحكمة العليا الليبية "إن دعوى إلغاء القرار الإداري تنتمي إلى القضاء العيني فهي لذلك دعوى عينية القصد منها إزالة كل أثر قانوني للقرار الإداري..."⁽¹⁾. وبناء على ما سبق يتطلب الأمر معرفة الشروط المتعلقة بالقرار محل دعوى الإلغاء، وكذلك ضوابط رافعها وقبولها أمام القضاء الإداري.

أ- الشروط المتعلقة بالقرار محل دعوى الإلغاء وهناك عدة شروط وهي :

- 1- أن يكون القرار الإداري المطعون فيه صادراً عن جهة إدارية عامة، متمتعة بالشخصية الاعتبارية العامة غير تشريعية أو قضائية، أو تفقد الشخصية الاعتبارية العامة؛ كالشركات العامة والمنشآت العامة.
- 2- أن يكون القرار الإداري تصرفاً قانونياً، بأن يكون نابغاً من صميم إرادة الإدارة الملزمة، وتشير دائرة القضاء الإداري بمحكمة استئناف طرابلس في دعواها رقم 72/51م جلسة المنعقدة في 27-1-1974 " .. كل تصرف من جانب الإدارة لا يفصح عن إرادتها الذاتية وإنما يعبر عن إرادة أخرى ولا يستحدث بذاته أثراً قانونياً لا يعد قراراً إدارياً..."⁽²⁾.
- 3- أن يكون القرار المطعون فيه تصرفاً قانونياً أحادي الجانب أي صادراً من الإدارة بإرادتها المنفردة دونما مشاركة من الأشخاص الطبيعيين الذين لا دخل لهم بالوظيفة العامة، ولقد أكدت دائرة القضاء الإداري بمحكمة استئناف طرابلس في حكمها الصادر في الدعوى رقم 72/ 24م جلسة 30-8-73م "...القرار الإداري الذي يقبل الطعن بالإلغاء يجب أن يكون من عمل الإدارة وحدها ومقصوراً عليها دون مشاركة من شخص آخر ومن ثم فإن أي عمل يكون نتيجته توافق إرادة أخرى مع إرادة جهة الإدارة لا يعتبر قراراً إدارياً مما يطعن عليه بدعوى الإلغاء ..." ⁽³⁾.
- 4- أن يكون القرار المطعون فيه قراراً إدارياً نهائياً : ألزم المشرع دوائر القضاء الإداري في مادته الثانية من قانون رقم 71/88م بشأن القضاء الإداري في فقرتها الثانية ... بالطعن في القرارات الإدارية النهائية الصادرة بالتعيين في الوظائف العامة أو بالترقية أو بمنح العلاوات، وفي فقرتها الثالثة ...

1- مجلة المحكمة العليا، الطعن الإداري 3 / 2 ق، السنة والعدد ج 1 / أ، بتاريخ 28-11-1956 ص57.

2- مجلة المحكمة العليا، الطعن الإداري رقم 27/21 ق، السنة العشرون ، العدد الرابع ، ص38.

3- مجلة المحكمة العليا، الطعن الإداري رقم 6/14 ق، السنة الأولى، العدد الأول، ص55.

بالغاء القرارات النهائية للسلطة التأديبية، وفي فقرتها الرابعة ... بإلغاء القرارات النهائية الصادرة بإحالتهم إلى التقاعد أو الاستبعاد أو فصلهم بغير الطريق التأديبي، وفي فقرتها الخامسة الطلبات التي يقدمها الأفراد أو الهيئات بإلغاء القرارات الإدارية النهائية"⁽¹⁾.
وتبين المحكمة العليا الليبية مفهوم النهائية التي تخص في قولها أن "قابلية القرار للتنفيذ هي معيار نهائيته في مجال دعوى الإلغاء"⁽²⁾.

5- أن يكون القرار المطعون فيه مؤثراً في المركز القانوني للطاعن : ويكون القرار المطعون فيه مؤثراً في المركز القانوني للطاعن عندما يخلق مركزاً جديداً للطاعن سواء كان إيجابياً أو سلبياً، أو يعدل في مركز الطاعن بالزيادة أو النقصان أو يسمح ذلك المركز عن طريق إلغائه، وفي تطبيق هذا الشرط يقول القضاء الليبي "إن تصرفات الإدارة ليست جميعها قابلة للطعن بالإلغاء بل يجب أن يكون التصرف المطعون فيه قراراً إدارياً تنفيذياً من شأنه أن يحدث تغييراً في المركز القانوني لأحد الأفراد وكل تصرف من تصرفات الإدارة لا تتوافر فيه هذه المقومات لا يمكن الطعن عليه بدعوى الإلغاء وإذا كان الواقع في الدعوى أن الطاعن ..."⁽³⁾

ب- الشروط المتعلقة برفع دعوى الإلغاء :

يقرر المشرع، وكذلك القضاء الإداري أن الشروط المتعلقة برفع دعوى الإلغاء تكمن في المصلحة الشخصية المباشرة في إلغاء القرار المطعون فيه، حيث ورد النص عليها في المادة السادسة من قانون 71/ 88 بشأن القضاء الإداري التي تنص على أن "لا تختص دوائر القضاء الإداري بنظر الطلبات المتعلقة بإعمال السيادة ولا تقبل الطلبات المقدمة من أشخاص ليست لهم مصلحة شخصية مباشرة" بناء على ذلك استند قضاء المحكمة العليا الليبية في تبيان طبيعة دعوى الإلغاء، وأنواع المصلحة على الأساس التشريعي الوارد في نص المادة سالفة الذكر حين قالت "إن دعوى إلغاء القرار الإداري تنتمي إلى القضاء العيني فهي لذلك دعوى عينية القصد منها إزالة كل أثر قانوني للقرار الإداري غير المشروع أو المخالف للقانون؛ ولذلك تختلف المصلحة فيها عن المصلحة والصفة في الدعاوى العادية فلا يلزم أن يكون رافع الدعوى صاحب حق بل يكفي أن توجد له مصلحة بمسح القرار الإداري وأن تكون هذه المصلحة شخصية ومباشرة مادية أو أدبية سواء كان المدعى هو الشخص الذي أصدر بشأنه القرار الإداري أو غيره

1- منشور في الجريدة الرسمية، السنة التاسعة، العدد 59، ص 1233.

2- مجلة المحكمة العليا، الطعن الإداري رقم 2 / 13 ق، السنة الرابعة، العدد الأول، ص 42.

3- مجلة المحكمة العليا، الطعن الإداري 24 / 24 ق، السنة، 17 العدد الثالث، بتاريخ 19-11-1980 ص 39.

مضى كان لهذا القرار أثر على المركز القانوني للمدعى - ولا ريب أن سعي المدعين لتحقيق مصلحة عامة بطعنهم في قرار إداري غير مشروع ينطوي في الوقت نفسه على تحقيق مصلحة شخصية بإتاحة الفرصة لهم في دخول مسابقات لاقتناء الصيدليات حتى ولو كان مرخصاً لهم بصيدليات لأن من حق كل منهم أن يتنازل عن صيدليته ليقتني صيدلية أخرى أكثر نفعاً والمصلحة في دعوى الإلغاء لا يلزم أن تكون حالة بل يكفي أن تكون محتملة ذلك لأن دعوى الإلغاء مقيد رفعها بوقت قصير فإذا انتظر المدعى حتى تصبح محققة فقد تنقضي المدة المقررة لرفع الدعوى كما أن دعوى الإلغاء تستهدف دائماً المصلحة العامة وهي محققة دائماً لأن المجتمع يعنيه أن تتحقق المشروعية على أكمل وجه. ويكفي أن تتحقق هذه المصلحة حالة أو محتملة في يوم رفع الدعوى⁽¹⁾.

ج- الشروط المتعلقة بمواعيد رفع دعوى الإلغاء :

حدد المشرع في المادة الثامنة من القانون رقم 88 لسنة 1971 ميعاد رفع دعوى الإلغاء أمام دوائر القضاء الإداري ستون يوماً ... "ميعاد دعوى الإلغاء أمام دوائر القضاء الإداري فيما يتعلق بطلبات الإلغاء ستون يوماً من تاريخ نشر القرار المطعون فيه أو إبلاغ صاحب الشأن به، وينقطع سريان هذا الميعاد في حالة التظلم إلى الهيئة الإدارية التي أصدرت القرار أو الهيئة الرئاسية. ويعتبر في حكم قرار بالرفض فوت وقت يزيد عن ستين يوماً دون أن تصدر السلطة الإدارية قراراً في التظلم المقدم إليها، ويكون رفع الدعوى في هذه الحالة الأخيرة ستين يوماً من تاريخ انقضاء مدة الستين يوماً المذكورة".

وجاءت المحكمة العليا الليبية مؤكدةً على ذلك في حكمها الصادر بتاريخ 76/6/10 م "الأصل أن ميعاد الطعن يبدأ من تاريخ نشر القرار أو إعلان صاحب الشأن به وقد جرى القضاء على اعتبار علم صاحب الشأن بالقرار قائماً مقام النشر والإعلان في هذا الخصوص ويجب أن يكون العلم يقينياً لا ظنياً ولا افتراضياً بحيث يكون شاملاً لجميع محتويات القرار"⁽²⁾.

وبينت المحكمة العليا الليبية أهمية التنظيم الإداري، والحفاظة على استقرار المعاملات عند تحديد ميعاد رفع دعوى الإلغاء "إن دعوى الإلغاء يتجسم فيها أكبر خطر يهدد القرارات الإدارية وبالتالي استقرار الحياة الإدارية فقد حرص المشرع على أن يحدد رفعها بميعاد ستين يوماً وهو ميعاد من النظام العام لتعلقه

1- مجلة المحكمة العليا، الطعن الإداري 3 / 2 ق، السنة والعدد ج 1 / أ، بتاريخ 28-11-1956 ص 57.

2- مجلة المحكمة العليا، السنة الثالثة عشر، العدد الثاني، الطعن إداري رقم 11 / 13 ق، ص 31.

بحجية الاوامر الإدارية وما يتعلق بها من المصالح العامة . ويسرى هذا الميعاد من تاريخ نشر القرار الإداري أو اعلان صاحب الشأن به⁽¹⁾

ومن مستجدات مشروع مسودة الدستور الليبي أن رفع القيد المتعلق بقبول دعوى الإلغاء القرارات الإدارية أمام القضاء؛ فأورد في مادته الحادية والستين التي نصت على أن "الحق في اللجوء للقضاء مكفول للجميع، ولكل شخص الحق في محاكمة عادلة أمام قاضيه الطبيعي وفي أجل مناسب يحدده القانون ويؤمن له فيها الضمانات كافة. ولا يجوز تحصين أي تشريع أو قرار إداري من رقابة القضاء. ولا أن يستبعد من الولاية القضائية أي سلوك ضار بالحقوق والحريات أو مهدد لها"⁽²⁾ وهو بذلك قد يكون وفر أكبر قدر من الضمانات القانونية لرافع الدعوى المتضرر من الإدارة، غير أن التوازن المنطقي للأشياء يقتضي مراعاة جانب الإدارة من حيث استقرارها، وتطلعها للمستقبل.

الذاتمة

بهذا تكون دراسة مبدأ المشروعية في الوظيفة العامة قد انفردت بخصوصية تتفق مع طبيعة العمل المرفقي؛ فمبدأ المشروعية هو نتاج تدخل السلطات الثلاثة في الوظيفة العامة، فتحكم نصوص القانون الوظيفة العامة في وسيلتها القانونية المعبرة عن إرادة الإدارة المتكونة من قراراتها الإدارية، وعقودها، وكافة تصرفاتها بحكم خضوعها للقانون، وتعدّ السلطة القضائية ركناً أساسياً لمبدأ المشروعية الإدارية؛ لكونها انشائية تستقل بصلاحيات بناء الأساس القانوني لأعمال الإدارة بما يسهم في إبداع الحلول المناسبة للمنازعات التي لم ينظمها المشرع، وذلك لما يتمتع به القاضي الإداري من دور في خلق القاعدة القانونية، اضم إلى ذلك أن المبادئ التي ترسيها المحكمة العليا ملزمة للتنفيذ للإدارة، كما أنه لم يغيب دور الإدارة نفسها في تكوين مصدرًا مهمًا أفرزته طبيعة الإدارة عند تنفيذها أهدافها، المتعارف عليها عند موظفيها والأشخاص المتعاملين معها فأصبح عرفًا إداريًا ملزمًا للإدارة، وغير المتعامل معها، وبهذا يكون مبدأ المشروعية الإدارية قد حقق ضمانات للطرف الضعيف حيال امتيازات السلطة العامة، وأسهم في دعم المرفق العام.

وما توفيقى إلا بالله،،،

1- مجلة المحكمة العليا، السنة والعدد ج 1 / أ ، الطعن إداري رقم 6 / 3 ق ، -6-1957م، 26 ص 79.

2- مقترح مسودة توافقية لمشروع الدستور، مقدم من عدد من أعضاء لجنة التوافق الدستورية، البيضاء: 6 إبريل 2017.

قائمة المراجع

أولاً- الكتب المتخصصة :

1. محمد عبدالله الحراري، الرقابة على أعمال الإدارة في القانون الليبي (رقابة دوائر القضاء الإداري) طرابلس: منشورات مجمع الفاتح للجامعات، 1990.
2. محمد عبدالله الحراري، أصول القانون الإداري الليبي، وسائل مباشرة الإدارة الشعبية لوظائفها، ط2، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، ج2، طرابلس ليبيا.
3. عبدالواحد كرم، معجم مصطلحات الشريعة والقانون (عربي- فرنسي- إنكليزي) العراق: مطبعة المركز العالمي، 1995.
4. توفيق بن عبد العزيز السديري، الإسلام والدستور، وكالة المطبوعات والبحث العلمي وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، ط1، 1425هـ.
5. نصر الدين مصباح القاضي، أصول القانون الإداري، القاهرة: دار الفكر العربي، ط2، 2016.
6. سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، القاهرة، دار الفكر العربي، 1979.
7. راجع سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1991.
8. أنس جعفر، القرارات الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة: ط2، 2005.
9. محمود عمر معتوق، مبدأ المشروعية وتطبيقاته في النظام الجماهيري "دراسة مقارنة"، طرابلس: مطابع العدل، ط1، 2004-2005.
10. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، القرارات الإدارية، الصور والنفاد ووقف التنفيذ والإلغاء في الفقه وقضاء مجلس الدولة، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، 2007.
11. نصر الدين مصباح القاضي، النظرية العامة للتأديب في الوظيفة العامة في القانون الليبي (رسالة دكتوراه، كلية الحقوق-جامعة عين شمس) سنة 1997.
12. سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري (الكتاب الأول) قضاء الإلغاء، القاهرة: دار الفكر العربي، 1996م.
13. سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري (الكتاب الثاني) قضاء التعويض، القاهرة: دار الفكر العربي، 1986م.
14. سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري (الكتاب الثالث) قضاء التأديب، القاهرة: دار الفكر العربي، 1995م.

15. زين الدين محمد المدعو بعبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي بن زين العابدين الحدادي ثم المناوي القاهري، التوقيف على مهمات التعاريف (عبد الخالق ثروت - القاهرة: عالم الكتب، ط1، 1410هـ-1990م)، ج1.

16. محمد إبراهيم خيرى الوكيل، التظلم الإداري ومسلك الإدارة الإيجابي في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، ط1، 2008م.

17. رمزي طه الشاعر، تدرج البطالان في القرارات الإدارية، (رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة: 2000.

ثانياً- المجالات :

1- مجلة المحكمة العليا الليبية.

ثالثاً- القوانين :

1- الجريدة الرسمية.

2- قانون المحكمة العليا لسنة 1953م.

3- القانون رقم 6 لسنة 1982م بشأن إعادة تنظيم المحكمة العليا الليبية.

4- قانون رقم 51 لسنة 1976م بشأن إصدار قانون نظام القضاء.

5- القانون رقم 2 لسنة 1951

6- القانون رقم 36 لسنة 1956

7- القانون رقم 19 لسنة 1964

8- القانون رقم 55 لسنة 1976م بشأن الخدمة المدنية

9- القانون رقم 12 لسنة 2010م بشأن علاقات العمل

10- القانون رقم 88 لسنة 1971م بشأن القضاء الإداري.

11- قانون رقم (59) لسنة 2012م. بشأن نظام الإدارة المحلية.

12- القانون رقم 20 لسنة 2013م بإنشاء هيئة الرقابة الإدارية.

13- مجموعة القوانين، الصادرة عن اللجنة الشعبية العامة للعدل خلال سنة 1378 و.ر (2010 م)، مطابع العدل.

14- اللائحة التنفيذية رقم 595 لسنة 2010م بشأن القانون رقم 12 لسنة 2010م بشأن علاقات العمل.

15- نصت المادة الثالثة والثلاثون من الباب الرابع من الإعلان الدستوري على أن:

- التقاضي حق مضمون ومكفول للناس كافة، ولكل مواطن حق الالتجاء إلى قاضيه الطبيعي، وتكفل الدولة تقريب جهات القضاء من المتقاضين، وسرعة الفصل في القضايا.
 - يحظر النص في القوانين على تحصين أي قرار من رقابة القضاء.
- الإعلان الدستوري الصادر من المجلس الوطني الانتقالي المؤقت - ليبيا بتاريخ 3-8-2011 بتاريخ بنغازي وكذلك مقترح مسودة توافقية لمشروع الدستور، مقدم من عدد من أعضاء لجنة التوفقات الدستورية، البيضاء: 6 إبريل 2017.

شرعية إنشاء المحكمة الدولية الجنائية الخاصة

بيوغسلافيا السابقة عن طريق

مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة

La légalité de la création du Tribunal international pénal
pour l'ex-Yougoslavie par le Conseil de sécurité de l'ONU

إعداد دكتور: كمال التواتي

محاضر / كلية القانون جامعة عمر المختار

ليبيا - مدينة البيضاء

لعله من المتأخر الكتابة في موضوع ربما يكون قد عفا عنه الزمن كما يقال، فهو يتعلق بتقييم شرعية محكمة دولية اسمها المحكمة الجنائية الخاصة بيوغسلافيا السابقة أنشأها مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة عام 1993 وأغلقت أبوابها في الآخر من ديسمبر من عام 2017، وبالتالي فإن التساؤل الذي يطرح نفسه حول جدوى الكتابة في موضوع تأخرت الكتابة فيه مدة قاربت على ثلاثين سنة.. ألا يعد ذلك هروبا من المواجهة والتصدي لموضوعات حديثة وأجدر بالاهتمام (وهي كثيرة) وأيضا تستهوي أقلام الباحثين في القانون الدولي الجنائي.

لكن وفي جانب آخر فإن ما يدعو إلى تقديم دراسة في هذا الصدد وبعد طول تردد هو عدم وجود دراسات باللغة العربية على حد علمنا تناولت هذا الموضوع ونقول هنا على حد علمنا ، لأنه لم تتح لنا فرصة القراءة باللغة العربية منذ عام 2009 فرمما كانت هناك كتابات في هذا الصدد من قبل قدمت من الباحثين ويكون من الطبيعي أن لا نعلم عنها شيئا، غير أن عملية بحث بسيط قمنا بها باستخدام محركات البحث على شبكة الانترنت ، فإن عملية البحث هذه قد جاءت خلوا من الإشارة إلى أية كتابات تتعلق بمدى شرعية إنشاء قضاء دولي جنائي عن طريق مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة ، لكن وفي جميع الأحوال فإن عملية بحث سريع على الانترنت ليس من شأنها الجزم بعدم وجود أية دراسات في هذا الصدد.

234 شرعية إنشاء المحكمة الدولية الجنائية الخاصة بيوغسلافيا السابقة عن طريق مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة

وحتى مع التسليم بوجود دراسات سابقة فإن ذلك لا يعنى بالضرورة انتهاء كافة التساؤلات التي تثار بمناسبة انشاء هيئة قضائية عن طريق مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة وهي تساؤلات يتعين الإجابة عنها والتي تتلخص بشكل أساسي في مدى اختصاص هذا المجلس كجهاز سياسي في إنشاء محاكم جنائية ذات طابع دولي وما مدى استقلالية وحيادية هذه الأخيرة ؟ ، فضلا عن علاقة انشاء هذه المحاكم بمسألة حرص ميثاق الأمم المتحدة نفسه على حمايتها وتحريم انتهاكها وهي مسألة السيادة الوطنية للدولة صاحبة الاختصاص الأصيل وفق مبدأ اقليمية القوانين الجنائية بسبب أن هذه المحاكم الدولية الجنائية الخاصة تقوم في الأساس على فكرة نزع الاختصاص الجنائي الاقليمي من الدولة التي حصل على اقليمها الانتهاكات الخطيرة لقواعد القانون الدولي الإنساني وإعطائه إلى محكمة دولية جنائية نشأت بعد حصول هذه الجرائم أو الانتهاكات ، وتزداد هذه التساؤلات أهمية إذا عرفنا أن كافة المسائل المذكورة كانت محل طعن من قبل أصحاب المصلحة أمام هذه المحاكم الدولية الجنائية الخاصة بيوغسلافيا السابقة نفسها ومن أول قضية عرضت عليها ، فكيف تعاملت هذه المحكمة بدرجاتها المختلفة مع هذه الدفوع ؟ .. والواقع فإن منطق التحليل الذي تعاملت به محكمة يوغسلافيا السابقة في كيفية الرد على هذه الدفوع المثارة هو منطق تفتقد إليه الأحكام القضائية التي تصدر في مجتمعاتنا بصورة عامة وقد كان ذلك سببا آخر يدفع إلى محاولة التصدي لهذا الموضوع.

ولالإجابة عن هذه التساؤلات المذكورة آنفا فإننا سنقوم بتقسيم هذا الورقة البحثية إلى مباحث ثلاث ، حيث سنتحدث في المبحث الأول عن اختصاص مجلس الأمن بإنشاء محكمة دولية جنائية أو جهاز قضائي دولي جنائي وهل يتلاءم هذا الانشاء مع طبيعته كجهاز سياسي ، وذلك كله وفق قواعد القانون الدولي المتمثلة بشكل أساسي في ميثاق الأمم المتحدة، وفي المبحث الثاني سنتحدث عن موقف المحكمة الدولية الجنائية الخاصة بيوغسلافيا السابقة نفسها من مسألة اختصاص مجلس الأمن بإنشائها ، خاصة وكما ذكرنا في السابق فإن أولى الدفوع التي قدمت إلى هذه المحكمة وفي أول قضية نظرتها كانت تلك المتعلقة بمدى شرعية هذه المحكمة في ضوء إنشائها بموجب قرار من مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة، وأخيرا سنتناول في المبحث الثالث موضوع استقلالية وحيادية المحكمة الدولية الجنائية الخاصة بيوغسلافيا السابقة في ضوء إنشائها عن طريق مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة ثم ننتهي إلى خلاصة أساسية تتعلق بمستقبل هذا النوع من المحاكم .

المبحث الأول

اختصاص مجلس الأمن بإنشاء محاكم دولية جنائية

وفق ميثاق الأمم المتحدة

La compétence du Conseil de sécurité pour créer des tribunaux
internationaux pénaux selon la Charte de l'ONU

إن اختصاص مجلس الأمن بإنشاء محاكم دولية جنائية كان دائما موضعاً للتشكيك خاصة عند إنشاء محكمتي يوغسلافيا السابقة وروندا، وهو الأمر الذي دفع جانبا من الفقه إلى القول بأن مجلس الأمن غير مختص بإنشاء هذه المحاكم ومن ثم فإن هذه المحاكم تعد غير مشروعة⁽¹⁾، لكن في الواقع ومن أجل تحليل اختصاص مجلس الأمن في إنشاء محاكم دولية جنائية، فإنه يتعين علينا دراسة الخلفية القانونية لإنشاء هذه المحكمة في مطلب أول، ثم نقوم بدراسة الأساس القانوني لاختصاص مجلس الأمن في مطلب ثان.

المطلب الأول

الخلفية القانونية للمحكمة الدولية الجنائية الخاصة بيوغسلافيا السابقة

Le contexte juridique du Tribunal international pénal pour l'ex-Yougoslavie.

إن فحص التعامل الدولي فيما يتعلق بإنشاء أو نشأة هذه المحاكم الدولية الجنائية الخاصة منذ محكمة نورومبرغ وطوكيو اللتين قام بإنشائهما المنتصرون عقب انتهاء الحرب العالمية الثانية عام 1945 يسمح لنا بأن نقول أو نستخلص أن هناك طريقتين لإنشاء هذه المحاكم، الطريقة الأولى وتسمى بالطريقة الطبيعية أو الحكيمة Sage وهي إنشاء هذه المحاكم عن طريق المعاهدات الدولية، وذلك كما حصل مع محكمتي نورومبرغ وطوكيو ومحاكم سيراليون ولبنان والمحكمة الجنائية الدولية والطريقة الثانية وتسمى بالطريقة غير الطبيعية أو غير الحكيمة Sauvage وتتمثل في إنشاء هذه المحاكم بتصرفات دولية انفرادية عن طريق المنظمات الدولية وذلك مثل المحكمة الادارية الخاصة بالأمم المتحدة، والتي تم إنشاؤها عن طريق الجمعية

1- Zappalà, S. La justice pénale internationale, Paris, Montchrestien, 2007., p.63. Pour plus de détails, voy Jeangène Vilmer. J-B. Pas de paix sans justice ? Le dilemme de la paix de la justice en sortie de conflit armé, Paris, Presse de Sciences po, 2011., p.42.

236 شرعية إنشاء المحكمة الدولية الجنائية الخاصة بيوغسلافيا السابقة عن طريق مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة

العامة للأمم المتحدة والمحكمتين الدوليتين الجنائيتين الخاصتين بيوغسلافيا السابقة وروندا واللتين تم إنشائهما عن طريق مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة بالاستناد إلى أحكام الفصل السابع من الميثاق، والواقع فإن التصرفات الدولية سواء تعلق الأمر بإنشاء هذه المحاكم أو غيرها من التصرفات الدولية الأخرى، لا تخرج عن أن تكون إما تصرفات متعددة الأطراف تأخذ شكل المعاهدات الدولية أو تصرفات ذات انفرادية تصدر عن منظمات دولية ، لأننا وفي هذه المرحلة من مراحل تطور القانون الدولي لا نستطيع أن نتصور أنماطا أخرى من التصرفات الدولية خارج هذين النمطين أو هذين النوعين من أنواع التصرفات القانونية الدولية.

والواقع فإن تتبع العمل الدولي فيما يتعلق بإنشاء هذه المحاكم يظهر بأن المعاهدات الدولية تحتل الصدارة في إنشاء هذه المحاكم الدولية الجنائية ويوفر هذا النوع من المعاهدات الفرصة لكافة الدول في أن تكون طرفا في النظام الأساسي المنشئ لهذه المحاكم، وهو الأمر الذي دفع ببعض الفقه إلى القول بأن القضاء الدولي (مؤسسة تنشأ بواسطة معاهدة أو تفاهم، وأن الطابع الدولي للقضاء الدولي يحتم بالضرورة أن الأخير لا يمكن له أن يتواجد دون توافق الدول)⁽¹⁾.

وهو عين ما أكدته مجموعة العمل الخاصة بلجنة القانون الدولي حول موضوع القضاء الدولي الجنائي حيث ذكرت في تقريرها (إن أية محكمة دولية جنائية يجب أن يكون لها نظام أساسي خاص بها، يأخذ شكل معاهدة دولية ولا توجد وسيلة أخرى تعطي للمحكمة الضمان اللازم كي تتمكن من العمل بشكل فعال)⁽²⁾.

1- Lambert-Abdelgawad, E. « Quelques brèves réflexion sur les actes créateurs des tribunaux pénaux internationalisés », in Les juridictions pénales internationalisées (Cambodge, Kosovo, Sierra Leone, Timor Leste), Hervé Ascensio, Elisabeth Lambert-Abdelgawad, Jean- Marc Sorel (dir), Paris, Société de législation comparée, 2006, p.29.

2- Les rapports de ces groupes de travail sont reproduits dans les rapports de la CDI à l'Assemblée générale « documents officiels 47, session, supplément n° 10, A/47/10, Annexe, pp.161.2003. Pour plus de détails, voy. également, Pellet, A. « Le Tribunal criminel international pour l'ex-Yougoslavie, poudre aux yeux ou avancée décisive ? », in R.G.D.I.P., 1994, p.25.

237 شرعية إنشاء المحكمة الدولية الجنائية الخاصة بيوغسلافيا السابقة عن طريق مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة

ولم تكن وجهة نظر الأمين العام للأمم المتحدة بعيدة عن هذا الاتجاه حينما ذكر في تقريره المقدم إلى مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة بمناسبة إنشاء محكمة يوغسلافيا السابقة بتاريخ 23 مايو 1993 (إن الطريقة المعتادة والمتعارف عليها في إنشاء المحاكم الدولية هي المعاهدات الدولية)⁽¹⁾.

ونجد أيضا نفس التأكيد والاتجاه في تقريره الصادر بتاريخ 20 مارس 2006 بمناسبة إنشاء المحكمة الخاصة بلبنان حيث صرح (إن الممارسة الفعلية لعمل الأمم المتحدة في خلال الثلاثة عشر عاما الأخيرة يظهر ثلاثة أنماط مختلفة من النصوص المنشئة للمحاكم الدولية أو يجعلها تستفيد من مساعدات ودعم المجتمع الدولي، فهناك محاكم نشأت بواسطة قرارات من مجلس الأمن أو بواسطة اتفاقات دولية بين الأمم المتحدة وبعض الدول المعنية)⁽²⁾.

وقد أشارت مجموعة العمل الخاصة بلجنة القانون الدولي، حول موضوع القضاء الدولي الجنائي إلى أن أية محكمة دولية جنائية (يجب أن يكون لها نظام أساسي خاص تحت صيغة معاهدة دولية، ولا توجد طريقة أخرى لضمان الدعم الدولي لهذه المحكمة من أجل أن تعمل بطريقة مرضية وصحيحة)⁽³⁾.

غير أن جانبا كبيرا من الفقه يعارض وجهة النظر التعاقدية في إنشاء هذه المحاكم الدولية الجنائية، ويقول إن إنشاء محكمة دولية جنائية عن طريق الجمعية العامة التابعة لمنظمة المتحدة يعطيها أساسا علميا وأكثر تماسكا مما يسمح لها بالاندماج الحقيقي داخل منظومة الأمم المتحدة⁽⁴⁾.

ولم تكن إحدى اللجان القانونية الفرنسية بعيدة عن وجهة النظر هذه، حيث قررت إن إنشاء محكمة دولية جنائية خاصة بواسطة الجمعية العامة للأمم المتحدة أو مجلس الأمن سوف يعطيها القوة الملزمة⁽¹⁾.

1- Les rapports de ces groupes de travail sont reproduits dans les rapports de la CDI, à l'Assemblée générale «documents officiels 47, session, supplément n° 10, A/47/10, Annexe », pp.161-2003.

2- Rapport du Secrétaire général s/25704 en application du paragraphe 2 de la résolution du Conseil de sécurité de l'ONU 808 (1993).

3- Les Rapports de ces groupes de travail sont reproduits dans les rapports de la CDI, à l'Assemblée générale documents officiels 47, session, supplément n° 10, A/47/10, Annexe, pp.161-2003.

4- Pellet, A. « Le Tribunal criminel international pour l'ex-Yougoslavie, poudre aux yeux ou avancée décisive ? », in R.G.D.I.P., 1994., p.25.

شرعية إنشاء المحكمة الدولية الجنائية الخاصة بيوغسلافيا السابقة 238 عن طريق مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة

وقد تأكدت وجهة النظر هذه في الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية في قضية الآثار القانونية للأحكام الصادرة عن المحكمة الادارية الخاصة بالأمم المتحدة والصادرة بالتعويض حيث أشارت فيما أشارت إلى أن هذه المحكمة هي جهاز ثانوي bsidairesSu من أجهزة الجمعية العامة في الإطار المحدد لتأدية وظيفتها⁽²⁾.

والواقع فإننا نتفق مع الرأي الذي انتهت إليه محكمة العدل الدولية، فوفقا لنصوص المواد 10 و 11 من الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة ، فإن الجمعية العامة لديها اختصاص عام يعطيها النظر في كافة المسائل التي تدخل في الميثاق بالرغم من أنها لا تملك إلا اصدار توصيات في الخصوص، ومن ثم فإنه ووفقا للمادة 22 من الميثاق فإنها أي الجمعية العامة تستطيع إنشاء أجهزة ثانوية كلما قدرت أن ذلك ضروريا من أجل ممارسة وظيفتها، وبالنتيجة فإنه لا يوجد ما يمنع الجمعية العامة من إنشاء محكمة دولية جنائية، وأن هذا الاختصاص يعد اختصاصا أصيلا ويدخل ضمن أهداف الأمم المتحدة من أجل العمل على احترام قواعد حقوق الانسان والحريات الاساسية⁽³⁾.

وبقدر ما يتعلق الامر بالمحكمة الدولية الجنائية الخاصة بيوغسلافيا السابقة فإن اللجوء إلى نظام المؤتمرات العامة في إنشاء هذه المحاكم يعد أمرا ممكنا وفق نصوص الميثاق، لكنه يواجه العديد من الصعوبات والاعتراضات، ومن بين هذه الصعوبات أنه إذا تم إنشاء المحكمة عن طريق معاهدة فإن ذلك يعني أن الدول المعنية عليها التزام بالتصديق على المعاهدة وإلا فإن المعاهدة تعتبر غير موجودة ومنعقدة، بكلمة أوضح إن رفض دولة يوغسلافيا السابقة التصديق على المعاهدة من شأنه أن يفرغ هذه المعاهدة من محتواها.

أما الاعتراض الأساسي فقد جاء من الأمين العام للأمم المتحدة، حيث صرح في هذا الصدد (إن إنشاء محكمة دولية جنائية عن طريق معاهدة دولية لا يبدو ملائما، حيث أنه يتطلب الكثير من

=

1- Id, p.25 .

2- CIJ, Recueil 1954, p.53.

3- Pellet, A. «Le Tribunal criminel international pour l'Ex-Yougoslavie, poudre aux yeux ou avancée décisive ? », op.cit., p.26.

239 شرعية إنشاء المحكمة الدولية الجنائية الخاصة بيوغسلافيا السابقة عن طريق مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة

الوقت من أجل الوصول إلى توقيع المعاهدة، وأيضا يتطلب الكثير من الوقت لإيداع التصديقات من أجل أن تدخل المعاهدة حيز التطبيق⁽¹⁾.

ولم يكن مجلس الأمن نفسه بعيدا عن وجهة نظر الأمين العام للأمم المتحدة، حيث دافع عن حقه في إنشاء هذه المحكمة استنادا إلى عامل السرعة Célérité فاللجوء إلى الاجراءات التقليدية في إنشاء هذه المحاكم سيأخذ وقتا طويلا، بالإضافة إلى الصعوبات المتعلقة بوضع المعاهدة موضع التنفيذ إذا لم تشارك الدول المعنية في إبرام هذه المعاهدة وأيضا إحجام الدول الأخرى عن المشاركة فيها والتي يمكن أن تستعمل هذه المعاهدة كسابقة في مواجهتها⁽²⁾.

وهنا تجدر الإشارة إلى إن هذه الاعتراضات التي أدت إلى استبعاد الطريق الاتفاقي أو طريق المعاهدة الدولية في إنشاء المحكمة الدولية الجنائية الخاصة بيوغسلافيا السابقة، واستبعاد الجمعية العامة لذات السبب، أدت في نفس الوقت إلى دفع بعض الدول الأوروبية إلى أن تتبنى مبادرة تهدف إلى إنشاء هذه المحكمة بواسطة مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة وهذه المبادرة في الأساس كانت مبادرة فرنسية⁽³⁾.

ووفقا لهذه المبادرة فإن الأعضاء الدائمين بمجلس الأمن قاموا بإرساء سابقة وحققوا بموجبها هدفين أساسيين، أو ضربوا عصفورين بحجر واحد كما يقال « Faire d'une pierre deux coups » ، الأول ويتمثل في أن الجمعية العامة للأمم المتحدة تم استبعادها في عملية إنشاء هذه المحكمة على اعتبار أنها إذا كانت مقبولة في الوقت الحاضر لكن هذا القبول لن يكون بنفس الدرجة في المستقبل وبالنتيجة فإن الاختصاص العام الممنوح للجمعية العامة بالنظر في كافة المسائل التي تتعلق بنصوص الميثاق تم تقييده بالمسائل التي تتعلق بتهديد الامن والسلم الدوليين على الاقل فيما يتعلق بإنشاء هذه المحاكم.

1- Rapport établi conformément au paragraphe 2 de la résolution 808 (1993) du Conseil de sécurité du 3 mai 1993, S/25704.

2- Mubiala, M. « Le Tribunal international pour le Rwanda : vrai ou fausse copie du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie ? », in R.G.D.I.P., 1995/4 , p. 939.

3- Weckel, Ph. « L'institution d'un tribunal international pour la répression des crimes de droit humanitaire en Yougoslavie », in A.F.D.I., 1993, vol 39, n°39, p. 235.

240 شرعية إنشاء المحكمة الدولية الجنائية الخاصة بيوغسلافيا السابقة عن طريق مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة

أما الهدف الآخر فيتمثل في أن إنشاء المحكمة بواسطة مجلس الأمن استنادا إلى أحكام الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة والمتعلق بالمسائل التي تهدد السلم والأمن الدوليين سيعطي لمجلس الأمن سلطة الرقابة وبالتالي رقابة الاعضاء الدائمين على إنشاء أية سلطة قضاء دولي جنائي في المستقبل⁽¹⁾.

إن أعضاء مجلس الأمن في مذكراتهم المقدمة إلى مجلس الأمن في معرض تبريرهم لهذه المبادرة ذكروا الاعتبارات الواقعية ومتطلبات العدالة في مواجهة ضحايا جرائم الحرب التي تم ارتكابها في يوغسلافيا السابقة وكذلك عن الآثار المتمثلة في الردع العام والخاص لمرتكبي هذه الجرائم ولمنع تكرارها⁽²⁾.

والواقع أنه لا يوجد أدنى شك في أن إنشاء هذه المحكمة بواسطة مجلس الأمن من شأنه أن يعطيها صفة الدولية أو العالمية في تحقيق العدالة والدفاع عن حقوق الانسان وقواعد القانون الدولي الانساني والتي شكلت موضوعا للانتهاكات الخطيرة خلال الحرب التي جرت في يوغسلافيا السابقة في سنوات التسعينيات، خاصة وأن هذه الانتهاكات أثارت عاطفة المجتمع الدولي، وهو الأمر الذي برر تدخل هذا الأخير في مواجهة هذه المأساة، بكلمة أوضح إن الطابع المنظم والممنهج للهجوم والقتل الذي مورس ضد القوميات الأخرى في يوغسلافيا السابقة من قبل القومية الصربية ومعاملة المنتمين الي هذه القوميات ليسوا كبشر وإنما كأدوات أو آلات لتنفيذ سياسة التطهير العرقي من شأنه أن يمنع الضمير الانساني من أن يقبل بشكل سلبي هذه الوحشية، وهي عين الاسباب التي جعلت مجلس الأمن يتدخل بإنشاء هذه المحكمة بالاستناد إلى الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة على اعتبار أن ذلك هو صميم اختصاصه وهو المحافظة على السلم والأمن الدوليين.

وهو عين الاتجاه الذي أكدته الأمين العام للأمم المتحدة نفسه، حين شرح الأساس القانوني لاختصاص مجلس الأمن بإنشاء المحكمة الدولية الجنائية الخاصة بيوغسلافيا السابقة بقوله (فيما يتعلق بالحالة الخاصة بيوغسلافيا السابقة، فإن الأمين العام يعتقد بأن إنشاء المحكمة الدولية بموجب قرار بالاستناد إلى أحكام الفصل السابع من الميثاق مبررا وفق القانون خاصة إذا نظرنا إلى موضوع القرار والأهداف المبتغاة من ورائه (...))، إن مجلس الأمن سبق وأن قرر بأن الوضع في يوغسلافيا السابقة والمعلومات الواردة من هناك تبين أن هناك انتهاكات عامة لقواعد القانون الدولي الانساني

1- Pellet, A. «Le Tribunal criminel international pour l'Ex-Yougoslavie, poudre aux yeux ou avancée décisive ? », op.cit., p . 28 .

2- Id, p.235.

شرعية إنشاء المحكمة الدولية الجنائية الخاصة بيوغسلافيا السابقة 241 عن طريق مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة

وهذه الانتهاكات مهددة للسلم والأمن الدوليين (....)، وفي مناسبات متعددة فقد سبق لمجلس الأمن أن تبنى بالاستناد إلى الفصل السابع من الميثاق قرارات تهدف إلى إعادة السلم والأمن الدوليين وتضمنت هذه القرارات إنشاء أجهزة ثانوية للحفاظ على هذا الأمن، (....)، وفيما يتعلق مرة أخرى بالوضع في يوغسلافيا السابقة، فإن مجلس الأمن وبموجب التدابير الاكراهية والمتخذة بموجب الفصل السابع، فإنه يمكن انشاء جهاز فرعي بالمعنى الذي تقرره المادة 29 من الميثاق ، لكن جهاز فرعي ذات طبيعة قضائية⁽¹⁾.

ووفقا لوجهة نظر الأمين العام للأمم المتحدة وطبقا للمصطلحات المستعملة (إن إنشاء هذا الجهاز القضائي وبواسطة مجلس الأمن، يقدم العديد من المزايا المتمثلة في السرعة في هذا الانشاء والفاعلية بحيث تتمكن كافة الدول من أن تقوم باتخاذ كافة التدابير الضرورية من أجل تنفيذ كافة القرارات المتخذة تطبيقا للفصل السابع من الميثاق)⁽²⁾.

وفي هذا الصدد ، فإننا نود أن نؤكد بأنه لا يمكن لنا الاتفاق مع الأمين العام عندما قرر بأن إنشاء هذه المحكمة بواسطة مجلس الامن هو الاجراء الاسرع والفعال، وأن إنشائها بواسطة الجمعية العامة وما يترتب عليه من استغراق للوقت في مناقشة النظام الاساسي للمحكمة ، وأن هذا الوقت لا يتناسب مع الحالة المستعجلة وحالات التطهير العرقي التي تجري أحداثها في يوغسلافيا السابقة في بداية التسعينيات، ذلك أن حالات الاستعجال لا تبرر علي الاطلاق انتهاك القواعد المقررة للاختصاص، فاختصاص مجلس الأمن إن وجد أو كان له محل فيجب أن يؤسس وفق نصوص ميثاق الأمم المتحدة نفسه وبصرف النظر عن حالات السرعة أو الاستعجال، إذ يجب التحفظ كثيرا في اعطاء حالات السرعة والاستعجال الدور الأساسي و الأولوية في تجاوز أو التعديل في قواعد الاختصاص.

1- Doc .S/25704, 3 mai 1993, pp.8-9.

2- Rapport du Secrétaire général du 3 mai 1993, S/25704. P.8, § 23

المطلب الثاني

الأساس القانوني لاختصاص مجلس الأمن

La base juridique de la compétence du Conseil de sécurité

وفقا لنص المادة 24 من ميثاق الامم المتحدة، فإن المسؤولية الأساسية والملقاة على عاتق مجلس الأمن هي المحافظة على الأمن والسلم الدوليين، وأنه يقوم بهذه المهمة باسم جميع الدول الأعضاء في الأمم المتحدة، ووفقا للمادة 29 من الميثاق فإن مجلس الأمن يستطيع إنشاء أجهزة ثانوية تابعة له كلما قرر أن ذلك ضروريا لممارسة وظيفته.

وتعطي المادة 39 من الميثاق المجلس السلطة في تحديد ما إذا كان هناك تهديد للسلم العالمي أو حالة من حالات العدوان، وبناء على ذلك يستطيع أن يقرر توصيات في الخصوص أو يقرر أي تدابير يمكن أن يتم اتخاذها وفقا للمواد 41 و 42 من الميثاق من أجل المحافظة على الامن والسلم الدوليين.

وبفحصنا لهذين النصين الأخيرين ، نقول أن اختصاص مجلس الأمن في إنشاء قضاء دولي يجب أن يؤسس على نص المادة 41 من الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة والذي يعطي صراحة لمجلس الأمن أن يتخذ في الحالات التي يوجد فيها تهديد للأمن والسلم الدوليين تدابير *Mesure* لا تتضمن استخدام القوة المسلحة ويستطيع أيضا وفقا لنص نفس المادة أن يدعو أعضاء الأمم المتحدة إلى تطبيق هذه التدابير، وهذه التدابير التي يمكن اتخاذها تتمثل في قطع العلاقات الاقتصادية وطرق الاتصالات البرية والبحرية والجوية وكافة أنواع الاتصالات البريدية وأيضا قطع العلاقات الدبلوماسية.

ويبدو لنا أن هذه المادة أعطت اختصاصا وصلاحيات واسعة لمجلس الأمن فيما يتعلق بالتدابير التي لا تتضمن استخدام القوة العسكرية والتي يمكن اتخاذها، والتدابير الوحيدة التي تم استبعادها هي تلك التدابير المتعلقة باستخدام القوة المسلحة وما عداها فإن مجلس الأمن يكون حرا في اختياراته، وبهذا المعنى فإن مجلس الأمن يستطيع إنشاء أجهزة قضائية إذا قرر أن ذلك ضروريا لممارسة اختصاصه في الحفاظ على السلم والأمن الدوليين.

وهذا المعنى أكدته المحكمة الدولية الجنائية الخاصة بيوغسلافيا السابقة كما سنتحدث على ذلك بالتفصيل لاحقا، حيث قررت (إنه بكل تأكيد، إن إنشاء محكمة دولية لا يعد احد التدابير التي تم اتخاذها وفقا لنص المادة 42 من الميثاق، إذ أن الأخيرة تتضمن التدابير المسلحة ذات الطابع العسكري ، كما أن إنشاء هذه المحكمة لا يمكن إلا أن يكون من ضمن التدابير التي يمكن اتخاذها بالاستناد إلى الفصل السابع ، إن إنشاء المحكمة الدولية الخاصة بيوغسلافيا السابقة يأتي

243 شرعية إنشاء المحكمة الدولية الجنائية الخاصة بيوغسلافيا السابقة عن طريق مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة

متطابقا مع نص المادة 41 من الميثاق كإحدى التدابير التي لا تتضمن استخدام القوة العسكرية المسلحة، والتي يستطيع مجلس الأمن اللجوء إليها⁽¹⁾.

وغني عن البيان أن إنشاء المحكمة الدولية في هذه الحالة لن يكون مشروعا ما لم تتوفر الشروط الأولية التي تبرر اللجوء إلى نص المادة 41 من الميثاق وهي وجود تهديد للسلم والأمن الدوليين، ويبدو أن هذا التهديد سبق وأن أشار إليه المجلس في مناسبات متعددة، فمنذ بداية الأزمة نلاحظ أن مجلس الأمن بموجب قراره رقم 713 لسنة 1991 قرر (إن مجلس الأمن يتابع بقلق كبير ما يحصل في يوغسلافيا وأن توسع العمليات القتالية من شأنه أن يهدد الأمن والسلم الدوليين).

وهو النهج الذي سلكه مجلس الأمن فيما يتعلق بالوضع في يوغسلافيا السابقة وتكييفه بأنه مهدد للسلم والأمن الدوليين في كافة القرارات التالية لهذا القرار والتي استندت جميعها على الفصل السابع من الميثاق، ففي قراره التالي رقم 771 الصادر في 13 أغسطس 1992، طالب المجلس من كافة الأطراف احترام كافة القواعد المتعلقة بقواعد القانون الدولي الانساني التي تدل المعلومات الواردة إلى المجلس أنه يوجد انتهاكا خطيرا لها.

وتبعاً لذلك قام مجلس الأمن بتشكيل لجنة للتحقيق في هذه الانتهاكات مكونة من خمسة اشخاص محايدين برئاسة المرحوم الدكتور (محمد شريف بسيوني)، وكانت مهمتها فحص وتحليل المعلومات الواردة في قرار مجلس الامن رقم 771 (1992) والمتعلقة بانتهاك قواعد القانون الدولي الانساني، وكذلك كافة المعلومات التي تصل إلى علم اللجنة بواسطة التحقيقات التي تقوم بإجرائها علي أرض يوغسلافيا.

وقد كانت المعلومات ونتائج التحقيقات الواردة في تقارير هذه اللجنة والتي تم الحصول عليها بناء على تعاون الدول والمنظمات الحقوقية والمنظمات الدولية غير الحكومية والاشخاص العاديين، والمتعلقة بانتهاك قواعد القانون الدولي الانساني هي الأساس في إنشاء المحكمة الدولية الجنائية الخاصة بيوغسلافيا السابقة.

1- TPIY, Le Procureur c/ Dusko Tadic, IT-94-1-A, jugement, 7 mai 1997, § 33, disponible sur <http://www.icty.org/case/tadic/>, consulté le 12.03.2016 à 15h59.

المبحث الثاني

موقف المحكمة الدولية الجنائية الخاصة بيوغسلافيا

فيما يتعلق باختصاص مجلس الامن

La situation du TPIY face à la compétence du Conseil de sécurité

إن مسألة اختصاص مجلس الأمن في إنشاء محاكم دولية جنائية، كانت محل جدال ونزاع أمام محكمة يوغسلافيا السابقة، ففي قضية Tadic وهي أول قضية دولية جنائية نظرتها المحكمة المذكورة، دفع المحامون عن المتهم المذكور بجملة من الدفوع ومن بينها الدفع بعدم اختصاص مجلس الأمن بإنشاء محكمة دولية جنائية، وانتهاك السيادة الوطنية وهذه الدفوع تم تأسيسها على الآتي:

1) إن إنشاء محكمة دولية جنائية كأحد التدابير التي يمكن اتخاذها في مواجهة المسائل التي تهدد السلم والأمن الدوليين كما ذهب في ذلك مجلس الأمن لم يخطر على بال واضعي ميثاق الامم المتحدة ولم يتم ذكره في المواد 41 و 42.

2) إن مجلس الأمن باعتباره جهازا تنفيذيا وفق أحكام الميثاق لا يستطيع إنشاء جهاز قضائي كجهاز فرعي يتبع مجلس الأمن كجهاز تنفيذي.

3) إن إنشاء محكمة دولية جنائية لا علاقة له بتحقيق السلم والأمن الدوليين كما يظهر الوضع في يوغسلافيا السابقة.

4) إن إنشاء محكمة دولية جنائية من شأنه أن يتضمن مساسا بالسيادة الوطنية لدول يوغسلافيا السابقة ، إذ يجب محاكمة السيد Tadic إما في دولة البوسنة والهرسك حيث مكان ارتكاب الجريمة وذلك تطبيقا لمبدأ اقليمية القانون الجنائي وإما في المانيا الاتحادية باعتبارها المكان الذي تم القبض عليه فيه، حيث ذكر المحامي في مرافعته أمام المحكمة (إن المادة 2 من ميثاق الأمم المتحدة نصت على مبدأ المساواة في السيادة بين الدول الاعضاء في منظمة الأمم المتحدة ، ولا تستطيع دولة أن تنزع الاختصاص القضائي من دولة أخرى متى كانت الجريمة وقعت على إقليمها، ما لم تكن المصلحة العالمية تقرر ذلك، على أن يكون ذلك بموجب معاهدة دولية أو وفقا للقانون الدولي العرفي والتسامح العام، ومن ثم فإن

245 شرعية إنشاء المحكمة الدولية الجنائية الخاصة بيوغسلافيا السابقة عن طريق مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة

إنشاء محكمة دولية من أجل التدخل في المجال المخصص لدولة أخرى كما هو الحال في الواقعة المعروضة ، فإننا نستطيع القول إن مبدأ سيادة الدولة تم انتهاكه⁽¹⁾.
غير أن محكمة أول درجة رفضت الرد على هذه الدفوع معللة رفضها بأن اختصاص المحكمة فقط ينحصر في المحاكمة عن الجرائم التي تدخل في اختصاصها وفق النظام الاساسي المنشئ لها ولا يدخل في اختصاصها مراقبة صحة القرارات الصادرة عن الأجهزة والمؤسسات الدولية مع قواعد القانون الدولي، حيث ذكرت المحكمة في أسبابها (إن قيام مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة بإنشاء محكمة دولية جنائية كان من أجل ضمان محاكمة عادلة للمتهمين بانتهاك قواعد القانون الدولي الانساني فقط، ولم يخطر في باله ولم يرد إنشاء محكمة تراقب شرعية قرارته)⁽²⁾.

لكن وبالمقابل فلقد كان لمحكمة الاستئناف رأيا آخر يقوم على أنه للمحكمة الدولية الحق في مراقبة شرعية وصحة قرار مجلس الأمن المتعلق بإنشاء المحكمة على اعتبار أن الاختصاص الأصيل للمحكمة هو محاكمة المسؤولين عن انتهاك قواعد القانون الدولي الانساني، لكن ومن أجل أن تقوم المحكمة بهذه المهمة فإنها تستطيع أيضا أن تراقب شرعية إنشائها، على اعتبار أن تلك مسألة أولية يتعين النظر والفصل فيها قبل البت في اختصاصها الأصيل، لأنه في القانون الدولي العام هناك مبدأ يعتبر التوسع في عملية الاختصاص أمرا ضروريا نظرا لغياب نظام قضائي متكامل ينظم توزيع الاختصاصات بين المحاكم المختلفة على غرار ما هو مطبق في الأنظمة القضائية الوطنية⁽³⁾، وفي هذا المعنى ذكرت المحكمة في حيثيات أسبابها (بأن مجلس الأمن لم يقرر فقط إنشاء جهازا فرعيا ، لكن أيضا كانت له النية الواضحة أيضا في إنشاء نمط خاص من الأجهزة الفرعية تسمى بالمحاكم، إن سلطة هذه المحاكم في إطار القانون الدولي محكومة بقاعدة تسمى الاختصاص على الاختصاص، وهي قاعدة أساسية تعني أنه إذا كان للمحكمة اختصاص معين بمسألة معينة ، فإن هذا الاختصاص يعطيها الحق بأن تحدد حدود هذا الاختصاص وهي قاعدة مقررة ضمنا في القانون الدولي وليس من الضروري أن

1- Sassoli, M. « La première décision de la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie : Tadic (compétence) », in R.G.D.I.P., 1996-1, p.107.

2- TPIY, Le Procureur c/ Dusko Tadic, IT-94-1-A, la Chambre de première instance, jugement 7 mai 1997, §8, disponible sur <http://www.icty.org/case/tadic/4>, Consulté le 12.03.2016 à 12h31.

3- Sassoli, M. « La première décision de la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie : Tadic (compétence) », op.cit., p.107.

246 شرعية إنشاء المحكمة الدولية الجنائية الخاصة بيوغسلافيا السابقة عن طريق مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة

ينص عليها في النظام الأساسي للمحاكم، وإذا كان من المؤكد أنه ليس لهذه المحاكم السلطة في رقابة شرعية القرارات الصادرة عن مجلس الأمن والسبب في أن مجلس الأمن أعطاه الميثاق سلطات واسعة في تقدير ما يعد مهددا للسلم والأمن الدوليين وما لا يعد في ضوء المقاصد العامة للميثاق، وفي المقابل لم يعط الميثاق أية سلطة أو اختصاص في مراقبة شرعية قرارات مجلس الأمن، إلا أن ذلك لا يعني بالضرورة أن هذه السلطة تهرب نهائيا من أية رقابة خاصة في بعض المسائل التي يظهر فيها تعارضا واضحا وظاهريا مع الميثاق⁽¹⁾.

وانتهت المحكمة في رأيها بأن المخطور على المحكمة فيما يتعلق بالرقابة على قرارات مجلس الأمن هي فيما لو رفعت امامها بطريق الدعوى الأصلية، لكنها تستطيع ممارسة هذه الرقابة وهذا الاختصاص بطريق استثنائي عندما يكون ذلك ضروريا لممارسة اختصاصها القضائي، تطبيقا لقاعدة الاختصاص على الاختصاص.

وقد انتقلت المحكمة الاستئنافية بعد ذلك إلى فحص اختصاص مجلس الأمن بإنشاء المحكمة الدولية الجنائية الخاصة بيوغسلافيا، ودون أية صعوبة في هذا الصدد فقد رأت المحكمة أن مجلس الأمن مختص وفق نص المادة 41 من الميثاق بإنشاء محكمة دولية جنائية متى رأى أن ذلك تدييرا ضروريا من أجل المحافظة على السلم والأمن الدوليين، حيث جاء في أسباب حكم المحكمة (من المؤكد أن مجلس الأمن ليس جهازا قضائيا ولا يملك تبعا لذلك سلطات قضائية، وأن وظيفته الأساسية هي المحافظة على السلم والأمن الدوليين، ويملك في هذا الصدد اتخاذ القرارات وتنفيذها. إن إنشاء محكمة دولية بواسطة مجلس الأمن لا تعني ان هذا الأخير فوض هذه المحكمة في القيام بوظيفته، ولا يعني أيضا أن المجلس اغتصب الوظيفة القضائية أو جزء منها، وإنما أي مجلس الأمن قام بإنشاء هذه المحكمة كي يمارس هو اختصاصه الاصيل والاساسي في المحافظة على السلم والأمن الدوليين في يوغسلافيا السابقة)⁽²⁾.

وهنا فإننا نستطيع أن نسجل إن رأي المحكمة مطابق لقواعد القانون الدولي وللسوابق القضائية الدولية الصادرة في مواضيع مشابهة للواقعة التي تصدت لها الدائرة الاستئنافية بالمحكمة الدولية الجنائية

1- La Chambre d'appel du TPIY, du 5 octobre 1995, § 37.

2- TPIY, Le Procureur c/ Dusko Tadic, Chambre d'appel, affaire, n° : IT-94-1-A, jugement du 15 juillet 1997, § 20..

247 شرعية إنشاء المحكمة الدولية الجنائية الخاصة بيوغسلافيا السابقة عن طريق مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة

الخاصة بيوغسلافيا السابقة، ذلك أنه وإن كان من المسلم به أن القضاء الدولي لا يستطيع أن يراقب صحة القرارات الصادرة عن المنظمات الدولية ومنها تلك الصادرة عن مجلس الأمن، لكن إذا كان اختصاص القضاء الدولي لا يمكن أن يمارس ولا يستطيع هذا القضاء ممارسة الوظيفة التي نشأ من أجلها إلا بالقيام بفحص شرعية هذا القرار فإنه يمكنه القيام بذلك بشكل استثنائي وبمناسبة ممارسته لاختصاصه الأصلي، لذلك فإن الدفع الذي قدم إلى محكمة البداية بمحكمة يوغسلافيا السابقة لم يكن الغرض منه على الإطلاق فحص مشروعية قرار مجلس الأمن بواسطة المحكمة الدولية، ولكنه كان القصد منه الرد على دفع أولي حتى تستطيع المحكمة أن تقوم بإنجاز مهمتها الأصلية، بكلمة أوضح أنه لأي محكمة دائما الحق في أن تبحث في أصل نشأتها إذا أصبح ذلك محل نزاع.

وإضافة إلى ذلك وكما سبق وأن أشرنا أن المنع يشمل فقط إذا طلب ممارسة هذه الرقابة بواسطة الدعوى الأصلية، أما إذا كانت ممارستها بمناسبة نظر نزاع آخر وبشكل استثنائي فإن ذلك لا يشمل المنع، وهذا ما أكدته محكمة العدل الدولية في قضية ناميبيا عام 1971 حيث قررت أن المحظور هو ممارسة هذه الرقابة بطريقة أصلي ولكنها قبلته وبشكل استثنائي حينما يكون ذلك ضروريا لممارسة اختصاص المحكمة القضائي⁽¹⁾.

وهو ما أكدته محكمة العدل الدولية مرة أخرى في حكم آخر في قضية nottebohm حينما قررت أنه (منذ قضية الالباما فقد صار وأصبح من المقبول وفقا للسوابق القضائية أنه ما لم تقرر اتفاقية دولية خلاف ذلك، فإن للمحكمة أن تراقب صحة اختصاصها وترتب عليه النتائج المقررة)⁽²⁾.

وفيما يتعلق بالرد على الدفع المتعلق بأن إنشاء هذه المحكمة من شأنه المساس بسيادة دولة البوسنة كوتها بلد ارتكاب الجريمة أو دولة ألمانيا الاتحادية كونها البلد التي تم القبض فيها على السيد Tadic، فقد ردت المحكمة على الدفع بما يكفي لدحضه قائلة بانعدام الصفة، ذلك أن من يحق له تقديم هذا الدفع هي تلك الدول المعنية وليس للأفراد أن يحلوا أنفسهم محل الدول في ذلك لاسيما أمام محكمة دولية جنائية فقد

1- L'avis de la CIJ dans l'affaire de la Namibie, Rec. 1971, p. 45. Sur ce jugement aussi, voy. Bollecker-Stern,

B. « L'avis consultatif du 21 juin 1971 », in A.F.D.I., vol.17, 1971, p. 299.

2- Rec. 1953, p. 11.

شرعية إنشاء المحكمة الدولية الجنائية الخاصة بيوغسلافيا السابقة 248 عن طريق مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة

جاء في أسباب حكم المحكمة (إن المتهم المائل ليس دولة حتى يتمسك بالحق في الدفع بانتهاك هذه السيادة ، وأن هذه الأخيرة هي فقط من يستطيع أن يقدم هذا الدفع أو يتنازل عنه)⁽¹⁾.

ويبدو لنا أن المحكمة استندت في هذا الخصوص على سابقة قضائية قررتها محكمة أور شليم الاسرائيلية Jérusalem في قضية Eichmann حيث قررت هذه المحكمة (إن الحق في إبداء الدفع المتعلقة بانتهاك سيادة الدول هو حق حصري للدولة ... فقط الدول صاحبة السيادة تستطيع إثارة هذا النوع من الدفع وأن المتهم يظل متهما ولا يحل محل الدولة أبدا في حق من حقوقها)⁽²⁾.

وما قررته هذه المحكمة الاسرائيلية يتشابه كثيرا مع مبدأ قررته محكمة ميامي الأمريكية في قضية رئيس بنما السابق (مانويل نوريغا) ، والذي تم القبض عليه بسبب تجارته للمخدرات وأدين بالسجن في عام 1992 لمدة 40 عاما ثم جرى تخفيضها إلى 17 سنة ، حيث قررت المحكمة بخصوص انتهاك سيادة دولة بنما ما يلي (إن هناك مبدأ عام في القانون الدولي العام يقول إن الشخص الطبيعي ليست له أية صفة في الدفع بانتهاك سيادة دولته الوطنية ، وليس له أن يحل محل دولته في دفع تخلت الأخيرة عن إبدائه أمام المحكمة)⁽³⁾.

كما أن المحكمة قامت بالرد على هذا الدفع، لكن من زاوية أخرى وبشكل أشمل، وذلك بأن ذكرت بأن المحكمة تم نشأت بالاستناد إلى أحكام الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة المتعلق بالمسائل التي تهدد السلم والأمن الدوليين، وأن القرارات التي يتم اتخاذها في هذا الاتجاه من شأنها أيضا تقييد سيادة الدولة الوطنية وفق ميثاق الأمم المتحدة نفسه.

بل إن الأمر في رأينا في بعض الأحيان يشمل ما هو أكثر من هذا التقييد، فمن الممكن أن يصل الأمر إلى اتخاذ تدابير مسلحة، وذلك كما حصل لاحقا في قصف كوسوفو نتيجة لقيام بلغراد بعمليات التطهير العرقي ضد ألبان كوسوفو، وليبيا في عام 2011 لحماية المدنيين الليبيين، وهذا ما أكدته محكمة

1- TPIY, Le Procureur c/ Dusko Tadic, Chambre d'appel, affaire, n° : IT-94-1-A, jugement du 15 juillet 1997, § 26.

2- TPIY, Le Procureur c/ Dusko Tadic, affaire N° IT-94-1-A, Chambre d'appel, jugement du 2 octobre 1995, § 55.

3- TPIY, Le Procureur c/ Dusko Tadic, affaire N° IT-94-1-A, Chambre d'appel, jugement du 2 octobre 1995, § 55.

249 شرعية إنشاء المحكمة الدولية الجنائية الخاصة بيوغسلافيا السابقة عن طريق مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة

يوغسلافيا السابقة بقولها (سيكون هناك نوعا من الغش في القانون وخداع للمصلحة العالمية للعدالة إذا تم قبول الدفع المتعلقة بالسيادة في مواجهة القواعد المتعلقة بحقوق الانسان، إن الحدود الخاصة بالدول لا يجب اعتبارها كدرع ضد تطبيق القانون أو كحماية للذين يدوسون على الحقوق والقيم الانسانية (...))، كما أن الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة ليست جرائم ذات طابع محلي وإنما جرائم ذات طابع عالمي معروفة ومقررة في القانون الدولي مثل الانتهاكات الخطيرة لقواعد القانون الدولي الانساني والتي تتجاوز مفهوم الدولة الواحدة⁽¹⁾.

ويمكن أن نضيف في هذا الصدد إنه في الحياة اليومية الدولية نلاحظ أن الدول تكون أقل حساسية إذا كان تقييد السيادة يأتي من منظمة دولية ، بينما تكون الدول أكثر حساسية وإصرارا على التمسك بهذه السيادة إذا كان تقييد هذه السيادة أو الاعتداء يأتي من جانب دولة أخرى أو مجموعة من الدول، وهذا يفسر لنا عدم احتجاج أية دولة بسيادتها عن تشكيل محاكم دولية جنائية تختص في مواجهة جرائم وقعت على إقليمها، بل أكثر من ذلك نلاحظ أنه في بعض الاحيان أن بعض الدول هي من تقدمت بطلبات لغرض إنشاء محاكم دولية جنائية إما لعجز هذه الدول عن القيام بهذه المحاكمة L'absence de volonté du système judiciaire national أو عدم رغبتها في هذه المحاكمة ، وذلك كما حصل بخصوص المحكمة الدولية الجنائية الخاصة بروناندا 1994 والمحكمة الجنائية الخاصة بلبنان 2007، حيث طلبت حكومات هذه الدول من الأمم المتحدة التدخل لإنشاء هذه المحاكم.

1- TPIY, Le Procureur c/ Dusko Tadic, affaire N° IT-94-1-A, Chambre d'appel, jugement du 2 octobre 1995, §

المبحث الثالث

استقلالية وحيادية المحكمة الدولية الجنائية الخاصة بيوغسلافيا

السابقة في ضوء إنشائها عن طريق مجلس الأمن

التابع للأمم المتحدة

L'indépendance et l'impartialité du TPIY par rapport à sa création par
le Conseil de sécurité de l'ONU

إن استقلالية محكمة يوغسلافيا السابقة كانت دائما محلا للطعن بسبب إنشائها عن طريق مجلس الأمن الذي هو في الاصل جهاز سياسي وفق ما تقرره المادة 25 من الميثاق، ففي قضية الرئيس الصربي السابق (سلوبودان ميلنوفيتش) ، دفع هذا الأخير بأن هذه المحكمة هي محكمة سياسية أنشأها مجلس الأمن الذين اغلب اعضائه هم أعضاء في حلف الناتو، وهي نفس الدول التي قامت بالقصف علي كوسوفو وقتل نتيجة لذلك العديد من المدنيين، وبالرغم من ذلك فإن المحكمة لم تقم بفتح أي ملف للتحقيق في الواقعة⁽¹⁾.

والواقع فإن لاستقلالية القضاء وحيادته مفهومين، المفهوم الأول للاستقلال وهو الاستقلال المؤسسي والمفهوم الثاني للاستقلال هو الاستقلال المالي.

وفيما يتعلق بالاستقلال المؤسسي، فإننا نستطيع القول، أن هذا النوع من الاستقلال تم ضمانه في نصوص النظام الأساسي للمحكمة، خاصة في نص المادة 13 حيث قررت هذه الأخيرة بأن القضاة الدائمين والاحتياط يجب أن يكونوا من الاشخاص المشهود لهم بالأخلاق والحيادية ولديهم تأهيل عال في مجال القانون في بلدانهم، وكذلك المادة 16 في فقرتها الثانية والتي تقضي بأن المدعي العام للمحكمة يجب أن يتصرف بكل استقلالية ولا يطلب أو يتسلم تعليمات من أية حكومة أو أية جهة أخرى.

واستقلالية محكمة يوغسلافيا السابقة تم تأكيدها من قبل المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان، حيث رفع امامها أحد المتهمين امام محكمة يوغسلافيا ويدعي Naletilic Mladen دعوى قضائية عارض فيها تسليمه إلى المحكمة الأخيرة وأن ذلك يتعارض مع المادة 6 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان على

1- Hama, K. Le statut et les fonctions du juge pénal international, Paris, L'Harmattan, 2014, p.55.

251 شرعية إنشاء المحكمة الدولية الجنائية الخاصة بيوغسلافيا السابقة عن طريق مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة

أساس من القول إن محكمة يوغسلافيا السابقة لا يتوافر فيها شرطي الاستقلال والحيادية⁽¹⁾ الواجب توافره في الجهاز القضائي.

إلا أن المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان رفضت هذه الدعوي علي اعتبار أنها تفتقر للأساس القانوني الصحيح، وقد أسست المحكمة قضائها على أن (المدعي تم تسليمه إلى محكمة دولية تقدم كافة الضمانات الضرورية بما فيه الحيادية والاستقلالية كما يظهر ذلك وبوضوح نظامها الاساسي ونظام الاجراءات والاثبات الذي قرره قضاة هذه المحكمة)⁽²⁾.

وقد أظهر عمل هذه المحكمة تمسك الأخير باستقلاليتها ومن أول دعوى نظرتها وهي المعروفة بقضية Tadic ، حيث أكدت المحكمة في أسبابها بأنه يقع عليها التزام بتقديم كافة الضمانات المتعلقة بالإنصاف Equité والعدالة Justice والحيادية impartialité والتي تتطابق مع كافة المواثيق الدولية المعترف بها وخاصة تلك المرتبطة بحقوق الانسان⁽³⁾.

وفي قضية الرئيس الصربي السابق (ميليزوفيتش) أكدت المحكمة أيضا بأن استقلاليتها لا يمكن أن تكون محلا للشك أو للطعن بالرغم من أن مجلس الأمن هو من طلب التحقيق حول أحداث كوسوفو⁽⁴⁾.

ومن أجل تأكيد الاستقلالية ، نجد أن محكمة يوغسلافيا السابقة، تمنع قضاتها من يتولوا مناصب تنفيذية أو تشريعية لا تتناسب مع طبيعة أعمالهم في المحكمة أو تؤثر على استقلاليتهم ، ففي قضية Delalic قررت الدائرة الاستئنافية بمحكمة يوغسلافيا السابقة بأنها (تقبل بأن يكون القاضي Benito Odio عضوا في المجلس الاداري لضحايا الحرب في يوغسلافيا السابقة بصفته الشخصية، ويقدم مساعداته للصندوق الذي تم إنشاؤه لدعم الضحايا من أجل أن ينجح الصندوق في أداء

1- De Frouville, O. « Les juridictions pénales internationales et hybrides », in Collection contentieux international, indépendance et impartialité des juges internationaux, Hélène Ruiz Fabri et Jean-Marc Sorel, (dir), Paris, Pedone, p.153.

2- Id, p.153.

3- TPIY, Le Procureur c/ Tadic, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, IT-94-1-AR72, 2 octobre 1995, §§ 42-47.

4- TPIY, Le Procureur c/ Milosevic, Décision relative aux exceptions préjudicielles, IT-99-37-PT, 8 novembre 2001, § 14.

مهامه، ولا ترى محكمة الاستئناف أية تعارض أو تأثير على الحكم الذي أصدرته محكمة أول درجة أو حيادته في دعوى التعذيب المنظورة⁽¹⁾.

كما أن هذه الاستقلالية تم ضمانها وتشغيلها بوسائل أخرى تضمن لها السير المنتظم، حين أعطى النظام الأساسي الحق للمتهمين أمام هذه المحاكم أن يطلبوا الرد أو الترحي، إذا أظهر أحد القضاة أو المدعي العام مصلحة شخصية في الدعوى، أو بدر منه تصرف يؤثر على استقلاليته.

وتجدر الإشارة إلى أن الأصل في القاضي هو الاستقلالية، وعلى من يدعي العكس أن يقيم الدليل على ذلك، كأن يثبت صاحب المصلحة أن للقاضي مصلحة مالية في الدعوى، أو سبق وأن أبدى رأيا في الدعوى، وفي هذا المعنى قررت المحكمة الدولية الجنائية الخاصة بسيراليون بأن القاضي Robertson لا يستطيع نظر الدعوى المتعلقة بالجبهة الثورية المتحدة في سيراليون كونه سبق وأن قام بتأليف كتاب حول الحرب في سيراليون وانتهى إلى مسؤولية قادة الجبهة عن هذه الحرب⁽²⁾.

غير أن مجرد المشاركة البسيطة لأحد القضاة في إعداد تقرير خاص باليونيسيف والذي أدان تجنيد الأطفال في الحروب، أو أن يكون القاضي عضوا في لجنة تتعلق بظروف المرأة داخل الأمم المتحدة أو أن يقوم بإجراء عملية مقابلة تليفزيونية تتعلق بإعداد تقرير عسكري، كل هذه المشاركات ليس من شأنها التأثير على استقلالية القاضي⁽³⁾.

ونرى أنه لا يمكن بحال من الاحوال التشكيك في استقلالية وحيادية هذه المحكمة، ذلك أن مثل هذا النوع من المحاكم نشأ في الأساس لعدم قدرة محاكم يوغسلافيا السابقة في محاكمة المتهمين بارتكاب جرائم الحرب وجرائم التطهير العرقي، ويدخل ضمن عدم القدرة هنا عدم ضمان استقلال وحيادية هذه المحاكم في ظل حرب أهلية احدث طابعا دينيا وعرقيا وقوميا وكانت الحرب الأعنف في أوروبا بعد الحرب العالمية الثانية، ومن ثم قدم القضاء الدولي على أنه البديل الطبيعي لعدم قدرة هذه المحاكم في القيام بالتزاماتها بخصوص المحاكمة، بكلمة أوضح أن من ضمن البواعث والموجهات التي جعلت هذه المحكمة ترى النور وهو الاستقلال والحياد، ومن ثم فهي محاكم ولدت مستقلة بالطبيعة.

1- TPIY, Le Procureur c/ Delalic et consorts, la Chambre d'appel, IT-96-21-A, jugement, 20 février 2001, § 698,

2- TPIY, Le Procureur c/ Furundzija, IT-95-17/1-A, Chambre d'appel, jugement, 21 juillet 2000, §§ 189 .

3- TPIY, décision du Président du Tribunal relative à la demande de dessaisissement du juge Arpar Prandler, dans l'affaire Procureur c/ Jadranko Prlic et Bruno Stojic, n° : IT-04-74-T, 4 octobre 2010, §§ 16 et ss.

253 شرعية إنشاء المحكمة الدولية الجنائية الخاصة بيوغسلافيا السابقة عن طريق مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة

وفيما يتعلق بالاستقلال المالي للمحكمة، فإن هذا الاستقلال تم ضمانه في نص المادة 32 من النظام الاساسي للمحكمة حيث نصت بأن مصاريف المحكمة تأتي من ميزانية خاصة تخصص من منظمة الأمم المتحدة وفق نص المادة 17 من ميثاق هذه الأخيرة.

الخلاصة

إن قيام مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة بإنشاء محاكم دولية جنائية لمواجهة حالات أو ظروف خاصة، يقع ضمن اختصاصه الاصيل المتعلق بالمحافظة على السلم والأمن الدوليين، والواقع فإن إنشاء المحكمة الدولية الجنائية الخاصة بيوغسلافيا السابقة، أرسى سابقة وأكد أن لمجلس الأمن الحق الدائم في التدخل السريع وإنشاء قضاء دولي جنائي كلما قدر أن ذلك ضروريا للقيام بمهامه للحفاظ على الأمن والسلم الدوليين.

والواقع فإن اختصاص مجلس الأمن في هذا الصدد سيظل دائما مهما وفعالا حتى بعد انشاء المحكمة الدولية الجنائية بموجب اتفاقية روما عام 1998 ودخولها حيز التنفيذ اعتبارا من الأول شهر يوليو 2002، ذلك أن الأخيرة لا تختص إلا في مواجهة أربع جرائم دولية فقط، وهي جرائم التطهير العرقي وجرائم ضد الانسانية وجرائم الحرب وجريمة العدوان وهذه الأخيرة كانت قد دخلت في الاختصاص الفعلي للمحكمة اعتبارا من عام 2017 بعد التوصل الي تعريف العدوان بموجب التعديل الذي طرأ على النظام الاساسي للمحكمة في مؤتمر كمبالا عام 2010.

ومن ثم يظل دور مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة غاية في الأهمية في إنشاء محاكم دولية أخرى كلما دعت الحاجة إلى ذلك وذلك للمحاكمة عن الجرائم الأخرى والتي لا تدخل في اختصاص المحكمة الدولية الجنائية وتهدد في الوقت نفسه السلم والأمن الدوليين والتي تقوم بها العديد من الجماعات العابرة للقارات كجرائم الارهاب وجلب المرتزقة وتجارة المخدرات وغسيل الاموال وتغلغل التيارات الاصولية الاسلامية بكافة موجهاتها وتوجهاتها وما تقوم به جميع هذه التيارات من جرائم وفساد متعمد وغير متعمد للحياة السياسية في دول تتلمس طريقها نحو الاستقرار والتنمية بعد أن عاثت فيها الدكتاتوريات العسكرية المقيتة فسادا لعقود عدة، وما رأيناه من دور لمجلس الأمن فيما يتعلق بإنشاء المحكمة الدولية الخاصة بلبنان عام 2007 لمحاكمة كبار المسؤولين من حزب الله عن اغتيال رئيس الوزراء اللبناني الأسبق رفيق الحريري بتهمة الارهاب وبعد أربع سنوات من بدء المحكمة الدولية الجنائية في لاهاي أعمالها رسميا يؤكد على الدور المحوري والضروري لمجلس الأمن في إنشاء محاكم دولية جنائية بدأت الحاجة الى إنشائها ملحة في الحاضر قبل المستقبل.

Le résumé

En fait, la prérogative du Conseil de sécurité de l'ONU pour créer des tribunaux internationaux pénaux est toujours conformément à la Charte de l'ONU, surtout les articles 41 et 42 du Chapitre VII de la Charte de l'ONU. La création du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie par le Conseil de sécurité a établi une précédente pour ce dernier à l'avenir pour créer des tribunaux internationaux dans chaque fois que le Conseil de sécurité estime que cela est nécessaire pour exercer sa fonction principale selon la Charte pour maintenir la paix et la sécurité internationales.

Nous constatons qu'il existe certains comportements qui échappent à la compétence de la Cour pénale internationale, comme le terrorisme, le trafic de stupéfiants, le crime de mercenaire et le terrorisme islamique. Si nous retournons au cas libanais, la création du TSL en 2007 et le rôle du Conseil de sécurité ont eu lieu à cause de l'incompétence du tribunal international pénal, en l'occurrence la CPI, face au terrorisme et de l'incapacité du système judiciaire libanais de traduire les responsables devant la juridiction libanaise.

Nous pouvons confirmer à cet égard qu'en dépit de l'entrée en fonction de la CPI depuis treize ans on pourrait continuer de créer des tribunaux *ad hoc* par le Conseil de sécurité de l'ONU afin de répondre à des questions particulières sous les conditions de l'absence de compétence de la CPI, du manque de volonté ou de l'incapacité du système judiciaire des Etats concernés et avec la volonté politique de la Communauté internationale de créer cet appareil judiciaire international.

Bibliographie

I- OUVRAGES

Ascensio, H. et Maison, R. « L'activité du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie 1993-1995 », in *A.F.D.I.*, vol. 41, 1995.

Ascensio, H. et Pellet, A. « L'activité du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie (1995-1997 et pour le Rwanda 1994-1997) », in *A.F.D.I.*, vol. 43, 1997.

Berlia, G. « Jurisprudence des tribunaux internationaux en ce qui concerne leur compétence », in *R.C.A.D.I.*, 1955-11, vol. 88.

Bollecker-Stern, B. « L'avis consultatif du 21 juin 1971 », in *A.F.D.I.*, vol.17, 1971.

Condorelli, L. « L'ONU et la crise yougoslave », in *A.F.D.I.*, 1992, pp.33-38.

De Frouville, O. « Les juridictions pénales internationales et hybrides », in *Collection contentieux international, indépendance et impartialité des juges internationaux*, Hélène Ruiz Fabri et Jean-Marc Sorel, (dir), Paris, Pedone .

Hama, K. *Le statut et les fonctions du juge pénal international*, Paris, L'Harmattan, 2014.

Jeangène Vilmer, J-B. *Pas de paix sans justice ? Le dilemme de la paix de la justice en sortie de conflit armé*, Paris, Presse de Sciences po, 2011.

Kerbrat, Y. *La référence au Chapitre VII de la Charte des Nations Unies dans les résolutions à caractère humanitaire du Conseil de sécurité*, Paris, L.G.D.J, 1995.

Kot, J-Ph. « Les droits de la défense », in *Droit international pénal*, Hervé Ascensio, Emmanuel Decaux et Alain Pellet, « dir », Paris, Pedone, 2012,

Lambert-Abdelgawad, E. « Quelques brèves réflexion sur les actes créateurs des tribunaux pénaux internationalisés », in *Les juridictions pénales internationalisées (Cambodge, Kosovo, Sierra Leone, Timor Leste)*, Hervé Ascensio, Elisabeth Lambert-Abdelgawad, Jean- Marc Sorel (dir), Paris, Société de législation comparée, 2006.

Mubiala, M. « Le Tribunal international pour le Rwanda : vrai ou fausse copie du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie ? », in *R.G.D.I.P.*, 1995/4.

Pellet, A. « Le Tribunal criminel international pour l'ex-Yougoslavie, poudre aux yeux ou avancée décisive ? », in *R.G.D.I.P.*, 1994.

Sassoli, M. « La première décision de la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie : Tadic (compétence) », in *R.G.D.I.P.*, 1996-1.

Thierry, H. « Les résolutions des organes internationaux dans la jurisprudence de la Cour internationale de justice », in *R.G.D.I.P.*, tome 167-II, 1980, pp.385-450.

Verhoeven, J. « Vers un ordre répressif universel », in *A.F.D.I.*, 1999, pp. 55-71.

Weckel, Ph. « L'institution d'un tribunal international pour la répression des crimes de droit humanitaire en Yougoslavie », in *A.F.D.I.*, 1993, vol 39, n°39.

Zappalà, S. *La justice pénale internationale*, Paris, Montchrestien, 2007.

II- JURISPRUDENCES ET DES JURIDICTIONS INTERNATIONALES

TPIY, Le Procureur c/ Tadic, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, IT-94-1-AR72, 2 octobre 1995.

TPIY, Le Procureur c/ Milosevic, Décision relative aux exceptions préjudicielles, IT-99-37-PT, 8 novembre 2001,

TPIY, Le Procureur c/ Delalic et consorts, la Chambre d'appel, IT-96-21-A, jugement, 20 février 2001.

TPIY, Le Procureur c/ Furundzija, IT-95-17/1-A, Chambre d'appel, jugement, 21 juillet 2000.

TPIY, décision du Président du Tribunal relative à la demande de dessaisissement du juge Arpar Prandler, dans l'affaire Procureur c/ Jadranko Prlic et Bruno Stojic, n° : IT-04-74-T, 4 octobre 2010.

Avis de la CIJ dans l'affaire de la Namibie, Rec. 1971.

البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي

اعداد: سارة أبوبكر محمد كريدان

عضو هيئة تدريس القسم الجنائي

كلية القانون جامعة طرابلس

مقدمة

تشير الشواهد العلمية الحديثة إلى أن المجتمع الإنساني يشهد الآن إلى جانب عصر المعلوماتية والعولمة ثورة بيولوجية تحدث تغيرات جذرية وخطيرة في العالم، وانعكست آثارها على كافة نواحي الحياة ومنها الميدان الجنائي الذي لم يكن بمنأى عن هذه التأثيرات.

وتعد الهندسة الوراثية جزءاً من الثورة البيولوجية الحديثة التي استطاع الميدان الجنائي الاستفادة من تطبيقاتها من خلال اكتشاف البصمة الوراثية على يد العالم الإنجليزي الدكتور "أليك جيفرنز" عام 1985م، عن طريق تحليل الحامض النووي (DNA)، وقد غير هذا الاكتشاف المثير الكثير من مجريات أنظمة القضاء في الدول المختلفة، الأمر الذي تسارعت من أجله الندوات والمؤتمرات العلمية لدراسته.⁽¹⁾

لذا فإن البصمة الوراثية تعد وسيلة تقنية حديثة أخذت تلجأ إليها الدول للكشف عن الجناة وتحديد هوية الجاني والتفريق بين الأشخاص من خلال تحليل الحامض النووي للعينة التي تم العثور عليها في مسرح الجريمة ومقارنتها مع العينة التي تؤخذ من جسد المشتبه فيه أو المخزنة في بنوك المعلومات. ويأتي استخدام البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي في ضوء ضرورة الاستفادة من معطيات العلوم الحديثة، ولمواجهة الأساليب المتطورة للمجرمين في ارتكاب جرائمهم.⁽²⁾

أولاً: إشكالية البحث:

تتركز إشكالية البحث حول التساؤلات الآتية:-

- ما هي البصمة الوراثية؟ وما هي مميزاتها وخصائصها كدليل علمي في الإثبات؟

1- هشام متولي، تقنية الحامض النووي في مجال البحث الجنائي، مجلة العلوم الطبية الشرعية، الجمعية المصرية للعلوم الطبية،

القاهرة، القسم العربي، 1998م، ص1-2.

2- عبد الباسط محمد الجمل، موسوعة تكنولوجيا الحامض النووي في مجال الجريمة، ج1 (بصمة الحامض النووي)، دار العلم

للجميع، القاهرة، ط1، 2006، ص12.

- ما مكانة البصمة الوراثية (DNA) كدليل إثبات في ميزان النظرية العامة للإثبات ؟
- هل تقنية البصمة الوراثية قطعية الدلالة ومعصومة من الخطأ ؟ أم أنّ هذه التقنية يكتنفها غموض وقابلة للخطأ ؟
- ما مدى مشروعية الأخذ بالبصمة الوراثية في الإثبات الجنائي ؟
- ما مدى مساهمة البصمة الوراثية - كدليل علمي - عملياً في التأثير على الاقتناع الشخصي للقاضي ؟

ثانياً: أهمية البحث:

تبرز أهمية البحث في أنه يتناول أحدث الوسائل العلمية وأكثرها تطوراً واستخداماً في قضايا الإثبات الجنائي، وذلك من خلال عرض تحليلي للجدل والنقاش الدائر في الأوساط الفقهية والقضائية حول مدى إمكان الاعتماد على هذه الوسيلة، وكذلك بيان مدى أهميتها ومشروعيتها بغية الاعتماد على النتائج المترتبة على استخدامها في مجال الإثبات الجنائي، وما هي مكانتها كوسيلة إثبات في ميزان النظرية العامة للإثبات، ولما يتضمنه هذا البحث من طرح لأفكار وحقائق علمية تتعلق بهذه الوسيلة.

ثالثاً: منهج البحث:

نظراً لخصوصية الموضوع وأهميته ومحاولة منا لتغطية الموضوع اعتمدنا على المنهج التحليلي المقارن، وذلك إدراكاً منا بالفائدة التي نحصلها من الدراسة المقارنة، حيث تسمح لنا بمعرفة موقف التشريعات المقارنة حول موضوع الدراسة، والاجتهادات القضائية والوقوف على أهم الاختلافات والنقائص الموجودة.

رابعاً: خطة البحث:

تم تقسيم هذا البحث وفقاً "للخطة التالية":

المبحث الأول: ماهية البصمة الوراثية

المطلب الأول: التعريف بالبصمة الوراثية وبيان خصائصها ومميزاتها

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للبصمة الوراثية وتطبيقاتها العملية في مجال الإثبات الجنائي

المبحث الثاني: القيمة القانونية للبصمة الوراثية

المطلب الأول: مدى مشروعية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي

المطلب الثاني: حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي

المبحث الأول

ماهية البصمة الوراثية

لا شك أنَّ الدراسات العلمية الحديثة في مجال مكافحة الجريمة قد أضافت الكثير من التقنيات المتطورة ذات الصلة الوثيقة بكشف الجرائم والعملية الإثباتية، فتطبيق العلم في حل القضايا الجنائية يُعين المحققين والقضاة في الوصول إلى الحقيقة ويعتبر الدليل المادي الركيزة الأساسية في عملية الإثبات ووسيلة الوصول إلى الحقيقة وإثبات الحقوق أمام القضاء، وبالتالي تحقيق العدالة التي هي مطلب الجميع وغاية الغايات، ويمكن استنباط الأدلة المادية من إجراء تحاليل للآثار المادية محل البحث في النزاع لكشف غموض مجرى الأحداث، وهو ما يعرف بتحليل الحامض النووي DNA والمسؤول عن تحليل الأثر المادي، وتقديمه للمحكمة كدليل علمي هم خبراء التخصصات الفنية المختلفة.

ويعتبر الأثر المادي البيولوجي الذي مصدره جسم الإنسان أساس الأدلة المادية التي تساعد القضاة على تحديد هوية الأشخاص في مختلف القضايا، خاصة في ظل الاكتشاف الحديث (البصمة الوراثية) التي تستخدم كدليل علمي للإثبات أمام القضاء.

ولبحث ماهية البصمة الوراثية يكون من المتعين علينا أن نتناول التعريف بها وبيان خصائصها ومميزاتها ومدى أهميتها وطبيعتها القانونية في مجال الإثبات الجنائي، الأمر الذي يتطلب أن نقسم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: التعريف بالبصمة الوراثية وبيان خصائصها ومميزاتها.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للبصمة الوراثية وتطبيقاتها العملية في مجال الإثبات الجنائي.

المطلب الأول

التعريف بالبصمة الوراثية وبيان خصائصها ومميزاتها

ظل البحث الجنائي لسنوات طويلة يعتمد على الطرق التقليدية المختلفة والأدلة الجنائية المتداولة في التحقيقات للكشف عن غموض الجرائم والحوادث بأنواعها.

ومن أبرز الأدلة، بصمات الأصابع التي ظلت إلى عهد قريب أكثر الأدلة الجنائية مساهمة في كشف وتحديد شخصيات مرتكبي الأعمال الإجرامية والضحايا، إلا أن اكتشاف الأهم في هذا المجال هو ما جاء به عالم الوراثة الدكتور "إليك جيفري" سنة 1984م، حيث صار اختبار البصمة هو الدليل الأوحد للكشف عن الهوية بدقة متناهية سواء كانوا من المجرمين أو الضحايا في الأعمال الإجرامية. فما هو معنى البصمة الوراثية وما هي خصائصها ومميزاتها.

الفرع الأول/ التعريف بالبصمة الوراثية

نتطرق في هذا الفرع إلى مفهوم البصمة الوراثية من الناحية اللغوية والاصطلاحية، والمعنى العلمي على النحو التالي:

أولاً: المعنى اللغوي للبصمة الوراثية

في لسان العرب البُصْم هو: فوت ما بين الخنصر إلى طرف البنصر والفوت هو ما بين كل إصبعين طولاً.⁽¹⁾

معنى الوراثة: هي مصدر ورث يقال ورث فلان المال ومنه وعنه ورثاً وإرثاً أي صار إليه بعد موته وفي الحديث "لا يرث المسلم الكافر" وأورث فلاناً: جعله من ورثته والميراث جمع موارث وهو تركة الميت.⁽²⁾

وعلم الوراثة: هو العلم الذي يبحث في انتقال صفات الكائن الحي من جيل إلى جيل آخر، وتفسير الظواهر المتعلقة بطريقة هذا الانتقال.⁽³⁾

ثانياً: المعنى القانوني للبصمة الوراثية

على الرغم من تنصيب عدد من التشريعات الوضعية على البصمة الوراثية في قوانينها الداخلية، وإقرار العمل بها في المحاكم كدليل نفي وإثبات في المجالات المدنية والجنائية، إلا أنها لم تتعرض لتعريفها، أو تحديد مفهومها تاركة الأمر للفقه للقيام بتلك المهمة، ورغم إلقاء مهمة تعريف البصمة الوراثية على عاتق الفقه القانوني إلا أن هذا الأخير لم يشغل باله كثيراً في البحث عن تعريف قانوني للبصمة الوراثية، وإن كان هناك بعض الاجتهادات والمحاولات، نورد بعضها على النحو التالي:

عرف أحد الفقهاء بأنها: "المادة الحاملة للعوامل الوراثية والجينات في الكائنات الحية".⁽⁴⁾
كما عرفها أحد الفقهاء بأنها: "الصفات الوراثية التي تنتقل من الأصول إلى الفروع والتي من شأنها تحديد شخصية كل فرد عن طريق تحليل جزء من حامض DNA والذي يحتوي على خلايا جسده".⁽⁵⁾

- 1- العلامة ابن منظور، لسان العرب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط2، 1999، ج1، ص423.
- 2- سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، دار الفكر، سوريا، الطبعة الأولى، 1998م، ص377.
- 3- مجمع اللغة العربية - المعجم الوجيز، شركة الإعلانات الشرقية، مصر، ص664.
- 4- رمسيس بھنام، البوليس العلمي أو فن التحقيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1999م، ص150.
- 5- أبو الوفا محمد أبو الوفا، مدى حجية البصمة الوراثية في الإثبات في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة بين الشريعة والقانون، من 5 إلى 7 مايو 2002م، الإمارات، مج2، ص685.

وتم تعريفها بأنها: "العلامة أو الأثر الذي ينتقل من الآباء إلى الأبناء أو من الأصول إلى الفروع".⁽¹⁾

ثالثاً: التعريف العلمي للبصمة الوراثية

المعروف علمياً أن بناء جسم الإنسان يبدأ بإدماج خليتين متشابهتين في الصغر أحدهما مذكرة "حيوان منوي" والأخرى مؤنثة "بويضة"، وينتج عن اندماج النطفتين نطفة مختلطة عبارة عن بويضة ملقحة بالحيوان المنوي وتبدأ هذه النطفة بالانقسام فتكرر مرات عديدة من أجل بناء جسم الإنسان بكافة خلاياه المتعددة وأنسجته المتخصصة وأعضائه المتوافقة التي تعمل مع بعضها البعض بنظام دقيق، وما ينقسم من الخلية نواتها التي تحتوي على عدد من جسيمات متشابهة في الدقة تعرف باسم الصبغيات أو الكروموزومات وهي تتكون من تجمعات للحمض النووي.

وقد سمي هذا بالحمض النووي نظراً لتواجده دائماً في أنوية خلايا جميع الكائنات الحية والحروف الثلاثة DNA هي اختصار للاسم العلمي "Nucleic Acid Deoxyribo"، ويسمى هذا بالبرنامج المشفر للحياة لأن DNA هو العنصر المكون للخصائص الوراثية للإنسان.⁽²⁾

كما عرفها أحد الفقهاء بأنها: "هي تلك التتابعات اللصيقة المتكررة يمكن أن تميز شخصاً عن آخر، حيث يكون لكل شخص تتابعات بتكرارات مختلفة من هذه التسلسلات اللصيقة التي تختلف عن الكروموزومات شخص آخر، وهذه الاختلافات تشمل جميع البشر، بما في ذلك أفراد الأسرة الواحدة، وقد أطلق على تلك التتابعات المميزة للشخص اسم البصمة الوراثية "Genet ice Finger Print"، وبما أن هذه التتابعات تقع على الحامض النووي فقد سميت "DNA Finger Print"، وقد تابعت الدراسات لاكتشاف المزيد من التتابعات اللصيقة، وسميت هذه التتابعات اللصيقة بالبصمة الوراثية لأنها تحدد هوية الإنسان من بين كل البشر فيما عدا التوائم المتماثلة".⁽³⁾

الفرع الثاني/ خصائص ومميزات البصمة الوراثية

تتميز البصمة الوراثية بمجموعة من المميزات والخصائص التي تجعلها تفوق كثيراً الأدلة العلمية الأخرى كبصمات الأصابع وفصائل الدم.... إلخ، وأهم ما يميز تقنية البصمة الوراثية نذكر ما يلي:

- 1- سعد الدين الهلالي، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، الكويت، الطبعة الأولى، 2008، ص 25-35.
- 2- أحمد الجمل، البصمة الوراثية ودورها في الإثبات الجنائي، المجلة الجنائية القومية، المجلد السادس والأربعون، العدد الثالث، 2003، ص 85.
- 3- عبد الباسط محمد الجمل ومروان عادل عبده، تكنولوجيا الحامض النووي في مجال الجريمة، الجزء الأول، بصمة الحامض النووي المفهوم والتطبيق، الطبعة الأولى، يوليو 2006، دار العلم للجميع، القاهرة، ص 77.

- 1- يمكن تطبيق هذه التقنية على جميع العينات البيولوجية، وهذه ميزة هامة في حالة عدم وجود بصمات أصابع المجرم حيث يمكن استخلاصها من أي خلية في جسم الإنسان ما عدا خلايا الدم الحمراء.
- 2- الحمض النووي (DNA) يمتاز بقوة إثبات كبيرة جداً في أقصى الظروف البيئية المختلفة.
- 3- تظهر البصمة الوراثية على هيئة خطوط عريضة تسهل قراءتها وحفظها في جهاز الكمبيوتر حين الحاجة إليها للمقارنة.⁽¹⁾
- 4- كما أن الفحوص البيولوجية العادية تعتمد على حجم وعمر الأثر المادي والحالة الموجودة عليها، بينما تكمن قوة تحليل DNA من حيث أنه لا يلزم لهذا الفحص إلا كميات قليلة فقط، كما أن إمكانية تزويره تصبح مستحيلة، لهذه الأسباب تم تعميم الأخذ بهذه التحاليل لقوتها هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن الحامض النووي يقاوم عوامل التحلل والتعفن لفترات طويلة تصل إلى سنوات عديدة حيث يقاوم عوامل الحرارة والرطوبة، فالحمض النووي موجود في منطقة صغيرة جداً في الخلية تسمى النواة وتحتوي على جميع الخلايا لذا يمكن استخلاصه من اللعاب الرطب أو الجاف، أو الشعر والعظام والأنسجة والدم والمني.
- 5- مقارنة بالاختبارات البيولوجية الأخرى التي تعتمد على تحديد العلامات البيولوجية فإن هذه الأخيرة لا يمكنها إلا كشف الاختلاف الموجود فقط، لأن التشابه في علاماتها منتشر بين الناس.⁽²⁾
- 6- ثبت بالتجارب العلمية أن لكل شخصاً رسماً معيناً لهذه التقنية داخل مواد الخلية ولعل مرجع ذلك أن (DNA) في الخلية تشمل جميع الكروموزومات بداخل نواة الخلية، وتشكل تلك الجينات نظاماً، وهذا النظام أو الترتيب للجينات هو الذي يحدد خصائص كل فرد باعتبار اختلافها من شخص لآخر.⁽³⁾

1- محمد أحمد غانم، الجوانب القانونية والشرعية للإثبات الجنائي بالشفرة الوراثية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص62.

2- عبد الباسط محمد الجمل ومروان عادل عبده، المرجع السابق، ص89.

3- حسني محمود عبد الدائم، البصمة الوراثية حجيتها في الإثبات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2009، ص107.

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية للبصمة الوراثية وتطبيقاتها العملية

في مجال الإثبات الجنائي

على الرغم من مرور وقت قصير على اكتشاف البصمة الوراثية، إلا أنها استطاعت أن تحقق تحول سريع من البحث الأكاديمي إلى العلم التطبيقي الذي يستخدم في الحالات التي عجزت وسائل الطب الشرعية التقليدية في إيجاد حل لها، مثل جرائم الاغتصاب والسرقة والقتل.... إلخ. وعلى الرغم من أهميتها الكبيرة في إثبات أخطر الجرائم، إلا أنها أثارت جدلاً كبيراً بين فقهاء القانون الجنائي بخصوص تحديد طبيعتها القانونية. وبناء على ذلك سنتطرق إلى طبيعتها القانونية في (الفرع الأول) ثم إلى تطبيقاتها العملية (الفرع الثاني).

الفرع الأول/ الطبيعة القانونية للبصمة الوراثية في مجال الإثبات الجنائي

اختلف الفقه القانوني حول ما إذا كانت البصمة الوراثية تعد عملاً من أعمال التفتيش⁽¹⁾، أم عملاً من أعمال الخبرة الطبية⁽²⁾، وذلك على فريقين:

الفريق الأول: يذهب غالبية الفقه الفرنسي، ويؤيده جانب من الفقه المصري إلى القول بأن تحليل (البصمة الوراثية) بغرض الإثبات يعد عملاً من أعمال التفتيش، وأن جوازه في هذا المجال مؤسس على هذا التعليل، ويعللون ذلك بأنَّ النتائج المترتبة على هذا التحليل هي أقرب إلى التفتيش من غيره، فكل إجراء يهدف على التوصل إلى دليل مادي في جريمة يجري البحث على أدلتها ويتضمن الاعتداء على سر الإنسان، يعد تفتيشاً ويدخل في نطاق التفتيش.⁽³⁾

1- يقصد بالتفتيش: الإجراء الذي يقوم به مأمور الضبط القضائي في الأحوال المعينة بالقانون بحثاً عن أدلة الجريمة، وأدلة ثبوتها ونسبتها إلى المتهم، راجع: مأمون سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ج1، 1992، ص503.

2- يقصد بالخبرة: طلب الرأي في مسألة فنية معينة مما يدخل في اختصاص العاملين من أطباء ومهندسين وكيميائيين ومحاسبين وخبراء الأسلحة، راجع: عبد الرحمن أبو توتة، شرح قانون الإجراءات الجنائية الليبي، دار الكتب الوطنية، بنغازي، ج1، ط1، 2016، ص302.

3- أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ج1، 1985، ص457، حسني محمود عبد الدائم، المرجع السابق، ص431.

أما الفريق الثاني من الفقه القانوني: فقد ذهب لاعتبار البصمة الوراثية، ما هي إلا نوع متقدم من أنواع الخبرة مما يترتب أن دورها في الإثبات متساوٍ مع باقي الأدلة ولا يتميز عنها في شيء معتمدين في تكييفهم هذا على طبيعة هذا التحليل (DNA) والأشخاص المكلفين بالقيام به.⁽¹⁾

ويبدو أن هذا الرأي هو الراجح في الفقه والقضاء العربي. وأما كان الخلاف في هذا الشأن، وسواء كانت البصمات الوراثية تعد عملاً من أعمال التفتيش، أو تعد عملاً من أعمال الخبرة الطبية، فإنها في كلتا الحالتين تعتبر من قبيل الأدلة المادية⁽²⁾، والتي تعد من القرائن القضائية⁽³⁾، حيث أن فقهاء القانون الجنائي يعتبرون الأشياء المادية التي توجد بمكان الجريمة، والتي يتم العثور عليها مع المتهم أو بجسمه من قبيل القرائن القضائية⁽⁴⁾، ويطلق عليها بعض الشراح: (القرائن العلمية) أو (الأدلة العلمية أو الفنية)⁽⁵⁾، ومن جهتنا فإننا نؤيد الرأي الثاني، استناداً إلى طبيعة هذا التحليل والأشخاص المكلفين بالقيام به.

الفرع الثاني/ التطبيقات العملية للبصمة الوراثية في مجال الإثبات الجنائي

تتميز البصمة الوراثية بأنها دليل إثبات ونفي قاطع بعكس فصائل الدم التي تعد وسيلة نفي لا إثبات لاحتمال الشبه بين البشر في هذه الفصائل، وقد استخدمت تقنية البصمة الوراثية في دراسة الأمراض الجينية وعمليات زرع الأنسجة، لكنها سرعان ما دخلت عالم الطب الشرعي إذ أصبح بالإمكان من خلالها كشف العديد من الجرائم وخاصة جرائم القتل وتحديد نسب الأطفال وأصولهم المختلفة في حالة إنكار نسب الوليد.

1- محمد عابدين، الأدلة الفنية للبراءة والإدانة في المواد الجنائية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، بدون تاريخ، ص 95.
2- الأدلة المادية هي الأدلة التي تتكون من أشياء مادية تدرك بالحواس دون أن يضاف إليها دليل آخر لإثبات الواقعة التي يثور الخلاف بشأنها، ووصف الدليل المادي بأنه يتحدث عن نفسه ولذلك فهو يتمتع بثقة كبيرة في الإثبات، انظر: رمزي رياض عوض، مشروعية الدليل الجنائي في مرحلة المحاكمة وما قبلها (دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997م، ص 257.

3- القرائن القضائية أو الدلائل هي: القرائن التي يستخلصها القاضي من ظروف الدعوى، ومنها يستنتج القاضي الواقعة المراد إثباتها من وقائع أخرى أو ظروف مادية من أوراق الدعوى، ومن أمثلتها: وجود بقعة دموية من نفس دم القاتل المتهم، أو مشاهدة الجاني يزرع من منزل المحني عليه في ساعة متأخرة من الليل بعد سماع صوت الاستغاثة... فهذه كلها قرائن يستخلص منها القاضي أن المتهم لا بد أن يكون هو مرتكب الفعل الإجرامي، راجع: مأمون سلامة، المرجع السابق، ص 251، 252.

4- محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 1998، ص 487.

5- محمود محمود مصطفى، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مطبعة القاهرة والكتاب الجامعي، ط12، 1988م، ص 485.

وتتعدد مصادر الحصول على البصمة الوراثية في الجسم الإنساني، وبالتالي تتوسع دائرة الأدلة المادية، إذ يمكن الحصول عليها من أي مخلفات آدمية سائلة كالدم واللعاب والمني أو أنسجة لحم أو عظم، جلد أو شعر.⁽¹⁾

ولا شك أن هذا التعدد يسمح بتعدد السبل إلى معرفة المتهم، فعلى سبيل المثال كان استخدام الشعر سابقاً في مجال البحث الجنائي مقتصرًا على توفير بيانات عن شخصية الجاني من حيث عمره وسلالته وجنسه، أما اليوم فبفضل البصمة الوراثية أصبح الشعر يعد دليل إثبات على ارتكاب الجريمة، فإذا شاء القدر أن تسقط شعرة من رأس الجاني لأي سبب في مكان ارتكاب الجريمة، أصبح ذلك أحد أدلة الإتهام المهمة والحاسمة في ظل استخدام البصمة الوراثية استناداً على أن جسم الشعرة أو بصيلتها يحتويان على خلايا الجسم البشري.

ولا تقتصر أهمية البصمة الوراثية في مجال الإثبات الجنائي على تعدد المصادر ودقة النتائج التي توصل إلى معرفة الجاني، بل إن هذه الأهمية تأتي أيضاً من أن جزيء الحامض النووي شديد المقاومة لعوامل التحلل والتعفن والعوامل المناخية المختلفة من حرارة وبرودة ورطوبة وجفاف لفترات طويلة، وهذه الميزة بالإضافة إلى ميزة تعدد المصادر تغني عن الحاجة إلى وجود بصمات الأصابع للمجرمين.⁽²⁾

ومن أهم تطبيقات هذه التقنية في مجال الإثبات الجنائي:

- 1- إنه يمكن من خلال شعرة رأس واحدة تم إيجادها في حلق إحدى الضحايا أو تحليل اللعاب الموجود على عقب السجائر والطوابع البريدية التعرف على الجاني.
- 2- يمكن من خلال فحص العينة التي تؤخذ من محل الجريمة تحديد جنس صاحبها (الجاني) ذكراً كان أم أنثى وصلة القرابة بينه وبين الجاني عليه ومعرفة جنسه البشري (أصغر، أبيض، هندي، آسيوي، أفريقي).
- 3- في حوادث الاغتصاب يمكن أخذ مسحة من الجاني عليها تحتوي على مني وإسنادها إلى صاحبها (الجاني) وفي حالة التعدد يمكن إسناد كل مسحة إلى مصدرها كما يمكن معرفة الجاني من خلال شعرة قد تكون سقطت من المعتصب متخلفة في جسم الضحية.

1- حسنين المحمدي بواوي، الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008، ص 56.

2- أحمد حسام طه تمام، الحماية الجنائية لاستخدام الجينات الوراثية في الجنس البشري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005،

- 4- في حوادث السرقات يمكن أخذ عينة من آثار تركت في محل الجريمة بسبب استخدام العنف، فيمكن إجراء المطابقة بين هذه العينة والعينة المأخوذة من المشتبه فيه.
- 5- في قضايا الزنا يمكن إثبات زنا الزوجة بتأكيد أن العينة المأخوذة منها تخالف عينة الزوج.⁽¹⁾

المبحث الثاني

القيمة القانونية للبصمة الوراثية

إنّ القيمة القانونية للبصمة الوراثية في مجال الإثبات الجنائي، تتوقف على المشروعية واليقينية (الحجية) في دلالتها على الوقائع المراد إثباتها.

وبناء عليه سنتطرق في هذا المبحث إلى مدى مشروعية البصمة الوراثية في الإثبات (المطلب الأول) ثم حجيتها في الإثبات (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مدى مشروعية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي

يشير استخدام تقنية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي تساؤلاً هاماً عن مشروعية هذا الإجراء، نظراً لتعرضه إلى معلومات تعد انتهاكاً لخصوصية الفرد، وما فيه من اعتداء على السلامة الجسدية من خلال الوسيلة المستخدمة في الحصول على عينات البصمة الوراثية، وبعبارة أخرى هل هذا الإجراء يتعارض مع المبادئ العامة للإجراءات الجنائية والحقوق المقررة للمتهم كعدم جواز المساس بجسده وخصوصياته والحق في التزام الصمت وعدم إجباره على تقديم دليل ضد نفسه، وحول هذا الموضوع تعددت الآراء الفقهية واختلفت التشريعات الوطنية، بل إن هذا الموضوع كان موضع اهتمام الجهات الدولية والإقليمية والدينية، حيث تطرقت إليه في مؤتمراتها وإعلاناتها، لذلك سنتناول في هذا المطلب موقف الفقه (الفرع الأول)، موقف التشريعات الوطنية (الفرع الثاني).

الفرع الأول/ الموقف الفقهي من هذه المسألة

حول هذا الموضوع انقسم الفقه إلى فريقين:

الأول: يرى جانب من الفقه عدم مشروعية البصمة الوراثية معللين ذلك بأنّ الفحص الطبي على المتهم وأخذ عينات منه يتطلب اقتطاع جزء من خلايا جسمه ولا بد من موافقة المتهم المسبقة على هذا

1- حسين محمود إبراهيم، الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981م، ص319.

الإجراء، لأنَّ هذا الإجراء يشكل اعتداء على سلامة الجسم ويسبب نوعاً من الألم، كما أنه إجراء مخالف لقاعدة عدم إجبار المتهم على أن يقدم دليلاً ضد نفسه، ويعلل بعضهم ذلك بأنَّ مقياس مشروعية أي وسيلة مستحدثة في الإثبات الجنائي يتمثل في عدم جواز مساس الوسيلة بحياة الفرد الخاصة أو النيل بأي قدر مهما صغر حجمه من كرامته الإنسانية أو سلامته الشخصية المادية أو المعنوية دون أي اعتبار للقيمة العلمية والتي يمكن أن تحظى بها النتائج المترتبة عليها أو المستخلصة منها.⁽¹⁾

الثاني: وهو الرأي الغالب الذي يرى أنَّ الجرم الذي ارتكبه المتهم وهناك دلائل كافية على ارتكابه يفوق أثره على المجتمع مما تحدّثه تلك الإجراءات من آلام يسيرة ضد سلامة جسم المتهم، لذا فإنَّ تحقيق أمن المجتمع واستقراره تختم التضحية بمصلحة المتهم اليسيرة الناجمة عن مثل هذه الإجراءات، كما أنَّ قاعدة عدم إجبار المتهم على تقديم دليل ضد نفسه ليست مطلقة، إذ أنَّ لها استثناءات، فقد أباح القانون في معظم الدول اتخاذ إجراءات أشدَّ عنفاً وأعظم خطراً من مجرد إجراء الفحص الطبي أو أخذ عينات من المتهم كالقبض عليه وتفتيشه وتفتيش مسكنه، وأخذ بصمات أصابعه وأثار أقدمه، بالإضافة إلى أنَّ المتهم في حالة اختبار البصمة الوراثية لا يتم إجباره على الإدلاء بأيّة معلومات رغماً عن إرادته، فالقاعدة السابقة تشمل الاعتراف فحسب.⁽²⁾

ومن جهتنا نؤيد الرأي الأخير، فلا غبار على مشروعية إخضاع المتهم إلى اختبار البصمة الوراثية، لأنَّ حقوق الفرد ليست مطلقة وتحدّها حقوق الآخرين ومصلحة المجتمع، إذ ينبغي أن يصل حق المتهم في الدفاع عن نفسه إلى حدٍّ يمنع العدالة من الوصول إلى حقيقة الجريمة، على أن يحاط هذا الإجراء بضمانات خاصة بالنظر إلى النتائج التي تتمخض عنه والتي تمس حق الفرد في خصوصيته.

الفرع الثاني/ الموقف التشريعي من مشروعية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي

أما على مستوى التشريعات الوطنية، فإنه على الرغم من وجود تأييد واضح لاستخدام البصمة الوراثية في مجال الإثبات الجنائي سواء من قبل التشريعات العربية أو الأجنبية، إلّا إننا نجد هناك بعض التشريعات التي تنص صراحة على استخدام هذه التقنية الحديثة، في حين هناك تشريعات لم تتناول هذه التقنية بنصوص صريحة، وهذا كان مسلك المشرع الليبي، فهو لم يشر وبصورة صريحة إلى استخدام البصمة

1- حسين محمود إبراهيم، المرجع السابق، ص319، محمد السعيد عبد الفتاح، أثر الإكراه على الإرادة في المواد الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002م، ص198.

2- موسى مسعود ارحومة، قبول الدليل العلمي أمام القضاء الجنائي، جامعة قارونس، بنغازي، ط1، 1999م، ص216، أشرف توفيق شمس الدين، التوازن بين السلطة والحرية ووجوب تقييد النيابة العامة في التحقيق الابتدائي، مینوافست للطباعة، ط1، 2006، ص79.

الوراثية بوصفها وسيلة إثبات علمية جديدة من وسائل الإثبات، إلا أنه أشار إليها بصورة ضمنية، وهو ما يستفاد من بعض النصوص الجنائية الواردة في بعض القوانين الخاصة ونذكر منها على سبيل المثال:

1- نص المادة (9) من القانون رقم 13 لسنة 1996م بشأن إقامة حدي السرقة والحرابة التي تنص

على أنه "ثبت جريمتا السرقة والحرابة المنصوص عليها في المادتين الأولى والرابعة من هذا القانون

باعتراف الجاني بمرحلة التحقيق أو المحاكمة أو بالشهادة أو بأية وسيلة إثبات علمية"⁽¹⁾

والملاحظ من هذا النص أنه جاء مطلقاً بخصوص وسائل الإثبات والتي تعد البصمة الوراثية من

بينها كوسيلة علمية حديثة يمكن الاعتماد على نتائجها في إثبات هاتين الجريمتين.

2- أيضاً نص المادة (6 مكرر) من القانون رقم 70 لسنة 1973م بشأن إقامة حد الزنا المضافة

بموجب القانون رقم 10 لسنة 1999م، والتي تنص على أن: "ثبت جريمة الزنا المنصوص عليها

بالمادة الأولى من هذا القانون باعتراف الجاني أو شهادة أربعة شهود أو بأية وسيلة إثبات

علمية"، وبناء على النص المذكور فإنه ليس هناك ما يمنع من الاعتماد على البصمة الوراثية في

ثبوت جريمة الزنا الجدية أو نفيها على اعتبار أنها من أهم القرائن التي تستند عليها المحاكم في

هذه الجريمة.⁽²⁾

ونظراً لحداثة هذه التقنية المتطورة، ورغم أن المشرع الليبي لم يتناولها بشكل صريح، إلا أنه حاول

مسايرة الأنظمة الحديثة التي اعتمدت الشفرة الوراثية، حيث تم افتتاح مركز صغير سنة 2009م في طرابلس

لإجراء تحاليل الحمض النووي.

وفي هذا المقام، نأمل من مشرعنا الليبي، أن يصدر قانون صريح وواضح ينظم العمل بالبصمة

الوراثية أسوة بكثير من التشريعات على النحو الذي سنراه لاحقاً، بحيث ينص فيه على الشروط والضوابط

العلمية والقانونية اللازمة لإجراء تحليل الحمض النووي واستخدامه في الإثبات الجنائي، علماً بأنه قد تمت

الاستعانة بتحليل الحمض النووي للتعرف على هويات الضحايا بعد 17 فبراير 2011.

ولا يختلف موقف المشرع الجزائري عن موقف المشرع الليبي فهو أيضاً على الرغم من أنه قد جاء

بقواعد مستحدثة يمكن الاستفادة منها في إثبات العديد من القضايا، إلا أنه لم يتطرق إليها بشكل

صريح.⁽³⁾

1- موسوعة القوانين الجنائية والقوانين المكمل لها، قانون العقوبات الليبي، ليبيا، مطابع العدل، ط1، ج1، 2008م، ص439.

2- موسوعة القوانين الجنائية والقوانين المكمل لها، قانون العقوبات الليبي، المرجع السابق، ص232.

3- بن لاعة عقيلة، حجية أدلة الإثبات الجنائية الحديثة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، رسالة ماجستير، 2011 - 2012،

أما في مصر فإنه يمكن تأسيس العمل بالنسبة للبصمة الوراثية في القانون المصري على ما قرره في قانون المرور رقم 66 لسنة 1973م في المادة (66) منه، حيث نصت هذه المادة على جواز إجراء الفحص الطبي على قائد المركبة الذي يشتبه في قيادته وهو تحت تأثير خمر أو مخدر، وقد استقر قضاء محكمة النقض المصرية على أحقية سلطات التحقيق بإصدار الأمر بإجراء هذا الفحص متى اقتضت ضرورات التحقيق ذلك، ومنذ عام 1996م بدأ الطب الشرعي في مصر في استخدام تقنية البصمة الوراثية في قضايا النسب، وجرائم السرقة والاغتصاب، كما أنه تم إدخال تلك التقنية في المعمل الجنائي التابع لمصلحة الأدلة الجنائية بوزارة الداخلية المصرية.⁽¹⁾

وقد أجاز قانون الجينوم الأمريكي الصادر سنة 1990م اللجوء إلى البصمات الوراثية في مجال العدالة الجنائية، لكن شرط أن تكون المعلومات الجينية لازمة للحصول على الحقيقة في دعوى أو تحقيق جنائي، إذ يجب في هاتين الحالتين أن يكون الأمر بالكشف عن المعلومات الجينية الخاصة صادر من محكمة مختصة.

في حين اعتبر المشرع الفرنسي البصمة الوراثية دليلاً مستقلاً وهو ما نصت عليه صراحة المادة (266 - 28) من قانون العقوبات الفرنسي الصادر عام 1994م، والتي حددت نطاق وشروط استخدام البصمة الوراثية.⁽²⁾

ولم تكن مسألة استخدام تقنية البصمة الوراثية في مجال الإثبات الجنائي موضع اهتمام في العديد من التشريعات الوطنية فحسب، بل أنها كانت موضع اهتمام دولي تطرقت إليه الجهات الدولية والإقليمية والدينية في مؤتمراتها وإعلاناتها، فقد أجازت المادة (14) من الإعلان العالمي للطائفة الوراثي الإنساني وحقوق الإنسان الصادر من منظمة اليونسكو في 11/11/1997م للدول الاستفادة من تطبيقات الهندسة الوراثية ومنها تقنية البصمة الوراثية وفقاً لثقافتها الأخلاقية والقانونية والاجتماعية.⁽³⁾

كما أن المجلس الأوروبي قد أقر في 22/2/1991م التوصية رقم 1 - 92 R بناءً على اقتراح وزراء الدول الأعضاء ونظم فيها شروط اللجوء لتحليل الحامض النووي وإجراءاته لكي لا تتعارض التشريعات الأوروبية فيما يتعلق بإمكانية استخدام الحامض النووي (البصمة الوراثية) في مجال الإثبات

1- اشرف توفيق شمس الدين، المرجع السابق، ص89، حسنين المحمدي بوادي، المرجع السابق، ص58.

2- عباس فاضل سعيد ومحمد عباس حمودي، استخدام البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 11، العدد 41، السنة 2009، ص14.

3- القرار السابع بشأن البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها منشور على شبكة المعلومات الدولية (الإنترنت) على الموقع:

الجنائي⁽¹⁾، وقد أقر مجلس المجمع الفقهي الإسلامي من حيث المبدأ مشروعية استخدام البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي ولكنه قيد هذا الاستخدام في غير جرائم الحدود والقصاص.⁽²⁾

المطلب الثاني

حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي

لما كانت البصمة الوراثية من الناحية العلمية البيولوجية المحضة تكتسي حجية في الإثبات، فإن الاقتناع الشخصي للقاضي سيتأثر لذلك إما إيجاباً وإما سلباً.

وبناءً عليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الفرع الأول حجية البصمة الوراثية كدليل علمي في الإثبات، ونتناول في الفرع الثاني تأثير البصمة الوراثية على الاقتناع الشخصي للقاضي الجنائي.

الفرع الأول/ حجية البصمة الوراثية كدليل علمي في الإثبات الجنائي

البصمة الوراثية لم يكن أحد ليتعرف عليها إلا سنة (1984م) حينما أعدَّ الدكتور "أليك جيفري" عالم الوراثة بجامعة "ليستر" بلندن بحثاً أوضح فيه أن المادة الوراثية قد تتكرر عدة مرات وتعيد نفسها في تتابعات عشوائية، وبعد عام واحد اكتشف "جيفري" إن هذه التتابعات مميزة لكل فرد، إذ أنَّ كل إنسان ينفرد ببصمته الخاصة به والتي لا تتشابه أبداً مع أي إنسان آخر، كون الحمض النووي يوجد في أنوية الخلايا في صورة كروموزومات مشكلة وحدة البناء الأساسي لها⁽³⁾، وبناءً عليه أثّر التساؤل حول الحجية التي يتميز بها الـ (DNA) أي هل تقنية البصمة الوراثية قطعية الدلالة ومعصومة من الخطأ؟ أم أنَّ هذه التقنية يكتنفها غموض، وقابلة للخطأ؟ ولإلقاء الضوء على هذه الإشكالية نتطرق إلى الحجية المطلقة للبصمة الوراثية كدليل علمي في الإثبات (أولاً) ثم إلى الحجية النسبية للبصمة الوراثية كدليل علمي في الإثبات (ثانياً).

أولاً: الحجية المطلقة للبصمة الوراثية كدليل علمي في الإثبات

انطلاقاً من أنَّ كل إنسان ينفرد بنمط خاص في التركيب الوراثي ضمن كل خلية من خلايا جسده، ولا يشاركه فيه أي شخص آخر في العالم، فإنَّ البصمة الوراثية من الناحية العلمية وسيلة لا تكاد تخطي في الإثبات لنسبة الجرائم لمرتكبيها.⁽⁴⁾

1- وثيقة منشورة على شبكة المعلومات الدولية على الموقع: <http://www.islamonline.com>

2- وثيقة منشورة على شبكة المعلومات الدولية (الإنترنت) على الموقع: <http://www.jmuslim.naseej.com>

3- عبد الباسط محمد الجمل، المرجع السابق، ص92.

4- سيد السخاوي، الهندسة الوراثية بين الشريعة والعلم الحديث، دار التوزيع والنشر الإسلامية، القاهرة، 2005، ص209.

ولعل قطعية دلالة تقنية الـ (DNA) تتجلى في انفراد كل شخص بنمط وراثي مميز لا يوجد عند أي كائن آخر في العالم، إذ لا يمكن أن يتشابه الـ (DNA) لشخصين إلا مرة واحدة في كل 86 بليون حالة، أي أن نسبة التشابه تساوي من 1 إلى 86 بليون، وبالتالي يمكن القول أن نسبة منعدمة تماماً ولا يمكن أن تكون إلا بعد مئات القرون من الزمن.⁽¹⁾

وانطلاقاً مما سبق ذكره، فإن البصمة الوراثية تعد دليل إثبات ونفي بنسبة 100% إذا ما تم تحليل الحمض النووي بطريقة سليمة، حيث أن احتمال التشابه بين البشر غير وارد، على خلاف فصائل الدم التي تعتبر وسيلة إثبات نسبية لاحتمال التشابه بين البشر، وما يؤكد الحجية المطلقة لـ (DNA)، إمكانية أخذها من أي مخلفات آدمية سائلة (الدم، اللعاب، المنى، أنسجة، عظم، لحم، جلد، شعر)، كما أنها تقاوم عناصر التحلل والتعفن والعوامل المناخية المختلفة من حرارة وبرودة ورطوبة وجفاف لفترات طويلة، بل أنه يمكن الحصول على البصمة الوراثية من الآثار القديمة والحديثة.⁽²⁾

ومن القضايا التي أثارت ضجة إعلامية كبيرة، ووجدت حلولاً شافية لها بواسطة البصمة الوراثية للحمض النووي باعتبارها قطعية الدلالة قضية الرئيس الأمريكي السابق "بيل كلينتون" مع "مونيكا ليونيسكي"⁽³⁾ إلا أنه وفي الحقيقة وجود البصمة الوراثية مكان الحادث يعتبر فعلاً قرينة على وجود الشخص مكان الحادث لكن لا يعتبر دليلاً قاطعاً على ارتكابه الجريمة، ذلك أن وجود متهم في مسرح الجريمة لا يعني بالضرورة أنه هو الفاعل الأصلي، فربما كان شريكاً أو كان وجوده لأمر عارض هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن وجود عينة أو أثر من المتهم على ملابس المجني عليه، لا يعني بالضرورة ارتكابه الفعل الإجرامي فقد يكون ذلك قد حصل قبل وقوع الجريمة.

ثانياً: الحجية النسبية للبصمة الوراثية كدليل علمي في الإثبات

لقد تنبه القليل من الباحثين وعلماء العصر بخصوص الأخطاء التي ترتكب في البصمة الوراثية، شأنها كشأن أي تقنية تخضع لسيطرة الإنسان، وبالتالي يقع منها ما يقع من الأخطاء البشرية، مما جعلها ليست مطلقة أو مؤكدة لكي تكون ذات دلالة قطعية ولهذا ذهب اتجاه من الفقه كما أسلفنا إلى القول أن البصمة الوراثية وباعتبارها دليلاً علمياً يندرج تحت عنوان الخبرة، فإن دورها في الإثبات لا يتعدى باقي الأدلة التي تكون خاضعة لتقدير محكمة الموضوع، وحجتهم في هذا القول أن هناك بعض من الأمور التي

1- رمسيس بهنام، مرجع سابق، ص 119.

2- عبد الباسط محمد الحمل، المرجع السابق، ص 94، حسني محمود عبد الدائم، البصمة الوراثية حقيقتها في الإثبات، مرجع سابق، ص 688.

3- حسني محمود عبد الدائم، مرجع سابق، ص 564.

من شأنها أن تقلل من القيمة الإثباتية للبصمة الوراثية، إذ هناك احتمال وقوع خطأ أثناء رفع العينات البيولوجية من مكان الحادث، وبالتالي إذا وقع الخطأ سواء في عملية الرفع أو تعرض هذه العينات للتلوث، أو اختلاطها بعينات أخرى، أدى ذلك إلى ضياع وفساد العينة المرفوعة، وذلك سيؤدي لا محالة على أن يضعف من القوة الإثباتية للبصمة الوراثية في المجال الجنائي.⁽¹⁾

ويتضح لنا مما سبق أن البصمة الوراثية كوسيلة علمية متطورة تساهم في حل الكثير من القضايا المعقدة، هي من دون شك لها حجية قطعية من حيث أنها حقيقية بيولوجية وعلمية ثابتة لا يرقى إليها الشك، ومن جهة أخرى فإن دورها في الإثبات لا تتعدى باقي الأدلة الأخرى لكي تكون في المقابل ذات دلالة قطعية بل هي ذات دلالة نسبية خاضعة لتقدير محكمة الموضوع.

الفرع الثاني/ تأثير البصمة الوراثية على الاقتناع الشخصي للقاضي

إذا كان الدليل العلمي المتحسد في البصمة الوراثية يتساوى نظرياً من حيث قيمته القانونية مع سائر الأدلة الأخرى للإثبات، إعمالاً لمبدأ الاقتناع الشخصي للقاضي الجنائي الذي له كامل الحرية في الأخذ بأي دليل أطمأن له وجدانه وإهدار ما دون ذلك من أدلة دون أن يكون خاضعاً في ذلك لرقابة محكمة النقض⁽²⁾، وإذا كان المشرع الليبي في نص المادة (275) من قانون الإجراءات الجنائية⁽³⁾، قد فتح الباب على مصريه أمام القاضي الجنائي للأخذ بكل الوسائل التي تساعد في تكوين اقتناعه الشخصي بغض النظر على درجة حجيتها وقطعيتها، فإنه عملياً ونظراً للقوة الثبوتية للأدلة العلمية خصوصاً تقنية البصمة الوراثية وما تتميز به من دقة وموضوعية، وما توفره للقاضي من نتائج غاية في الدقة والقطعية، نتج عنها أن أصبح الاقتناع الشخصي للقاضي إذا ما لجأ إلى هذه التقنية المتطورة في الإثبات الجنائي، في حد ذاته مهدداً بالزوال خصوصاً مع تطور العلم والطب الذي فرض عليه معطيات وحقائق علمية غير قابلة للتشكيك فيها، الأمر الذي ساهم من جهة في تقليص حرية القاضي الجنائي في تكوين قناعته الذاتية أو حتى إلغائها، ومن جهة أخرى غلق كل المنافذ التي كان بمنحها وجود هامش الشك للمتهم لإثبات براءته

1- أنس حسن محمد ناجي، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، بدون طبعة، 2010، ص 53.

2- عبد الحميد الشواربي، الإثبات الجنائي في ضوء الاجتهاد القضائي (النظرية والتطبيق)، الإسكندرية، 1996م، ص 46، رمزي رياض عوض، سلطة القاضي في تقدير الأدلة، بدون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 154.

3- تنص المادة (275) على أنه: "يحكم للقاضي في الدعوى حسب العقيدة التي تكونت لديه بكامل حريته، ومع ذلك لا يجوز له أن يبني حكمه على أي دليل لم يطرح في الجلسة"، موسوعة القوانين الجنائية والقوانين المكملة لها، قانون الإجراءات الجنائية الليبي، مطابع العدل، ليبيا، ط 1، ج 2، 2008، ص 75.

إذ وجد هناك دليل قطعي يفرض نفسه على ضمير القاضي ليدفعه إلى إدانة هذا الأخير، وهو الأمر الذي نجده عموماً في أغلب الأدلة العلمية دون غيرها من باقي الأدلة.⁽¹⁾

وهنا يثور الإشكال حول مدى تأثير الاقتناع الشخصي للقاضي الجنائي عملياً بهذا الدليل العلمي أي البصمة الوراثية الذي أعطى نتائج على قدر عالٍ من الدقة جعلته مقبولاً أمام القضاء كنظام جديد يغني عن الحاجة إلى العملية الذهنية التي يسعى إليها القاضي وصولاً إلى الحقيقة، فكيف يكون للقاضي الذي يقر بجهله متى عين الخبير أن يناقش خلاصة تقريره أو أن يستبعد أمراً بخبرة جديدة؟ وهو التساؤل الذي يترجم وبحق مدى مساهمة البصمة الوراثية - كدليل علمي - عملياً في التأثير على الاقتناع الشخصي للقاضي وللحديث عن مدى تأثير تقنية البصمة الوراثية في تكوين القناعة الشخصية للقاضي، رأينا أن نبدأ (أولاً) بالتعرض إلى البصمة الوراثية وتأثيرها في اقتناع سلطة التحقيق والإتهام، وصولاً إلى المجال الأمثل لإعمال القناعة الشخصية للقاضي ومدى تأثيرها عملياً في مرحلة الحكم (ثانياً).

أولاً: تأثير البصمة الوراثية في تكوين قناعة سلطة التحقيق والإتهام

لما كان عبء الإثبات يقع على عاتق النيابة العامة باعتبارها سلطة إتهام، فإنها كثيراً ما تحتهد في البحث عن الأدلة التي من شأنها إقامة الدليل على وقوع الجريمة وإسنادها للمتهم، ومع ذلك فإنها وقبل أن تبحث عن الوسيلة الفعالة التي يمكن بواسطتها التأثير في الاقتناع الشخصي لسلطة الحكم، وبالتالي إفادتها بالتماساتها فمن باب أولى أنها تبدأ أولاً بتكوين اقتناعها هي حتى تتمكن من اتخاذ الإجراء المناسب بشأن الدعوى العمومية، وفي سبيل ذلك فإنها تلجأ إلى استخدام كل الطرق القانونية التي حولها إياها المشرع، والتي من بينها تسخير الخبراء في المسائل الطبية والبيولوجية، وهو الإجراء الذي كثيراً ما يتحكم في سير الدعوى العمومية، إذ غالباً ما تجد النيابة نفسها في وضع المنتظر للخبرة قبل اتخاذ أي إجراء بشأن مصير هذه الدعوى.⁽²⁾

وإذا كان تقرير الخبرة المنصب على نتائج فحوصات وتحاليل البصمة الوراثية يلعب دوراً مهماً في التأثير على قناعة جهة التحقيق والادعاء لدرجة أنه قد يتحكم في تكييف الجريمة، فإن هذا التأثير يزداد حدة في بعض الحالات، إذ قد يصل إلى إقناعها باتخاذ إجراء الحفظ، وبالتالي وضع حد للدعوى، كما هو الشأن في الجرائم الجنسية، فعلى سبيل المثال فإن جريمة (المواقعة) دون رضا المجني عليه التي يتطلب القانون لقيامها إقامة الدليل على حصول الإيلاج في قبل أو دبر المجني عليه، وأن يكون الفعل قد تم في غياب رضا

1- أبو العلا علي أبو العلا النمر، الجديد في الإثبات الجنائي، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص203.

2- عبد الحميد الشواربي، الإثبات الجنائي في ضوء الاجتهاد القضائي، المرجع السابق، ص50.

الضحية، فقد يلجأ في إثباتها إلى الخبرة وقد ذهب إلى ذلك أغلب القضاء العربي حتى النظم الأكثر تطوراً، كالمملكة العربية السعودية والأردن التي تأخذ بهذه التقنية، لا تعتمد على البصمة الوراثية دليلاً قاطعاً وحدها، ولكنها تعد قرينة قوية فيما لو تعززت بأدلة وقرائن أخرى.⁽¹⁾

كما سار القضاء المصري في نفس الاتجاه، فقد قضت محكمة النقض المصرية بأن: "محكمة الموضوع لها كامل الحرية في تقدير القوة التدللية لتقرير الخبر شأنه شأن سائر الأدلة، فلها مطلق الحرية في الأخذ بما تطمئن إليه منها"⁽²⁾، هذه الأخيرة التي قد تتحكم في سير الدعوى العمومية تحريكاً أو حفظاً، فإذا كانت نتائج الخبرة مثلاً قد جاءت مؤكدة أنه لا وجود لأثار الإيلاج أصلاً ولا أثر لعلامات العنف أو الإكراه فهنا ستبادر النيابة دون شك استناداً لما جاء في الخبرة إلى حفظ الملف، وإن حدث وأحاطته على جهة من جهات التحقيق أو الحكم فإن أثر الخبرة يمتد ليشمل هذه الأخيرة، وبالتالي فإن أثر الخبرة يمتد ليشمل هذه الأخيرة، وبالتالي فإن الملف سيعرف نفس المصير، بمعنى أنه سينتهي إما بإصدار أمر بالآ وجه لإقامة الدعوى الجنائية أو حكم بالبراءة.⁽³⁾

كما أن قاضي التحقيق عندما يتم ندبه للتحقيق سواء بناءً على طلب من النيابة العامة أو بناءً على طلب من المتهم بجناية، أو بناءً على نص القانون (م/217.1.ج.ج)⁽⁴⁾، فإنه لا يتأثر بأي نوع من الأدلة إلا أثناء تكوين اقتناعه الشخصي، الأمر الذي لا يتم إلا في مرحلة إصدار أوامر التصرف في الملف. فإذا كانت النصوص القانونية قد كرست مبدأ الاقتناع الشخصي ليطبق أمام جهات الحكم، وهو يستخلص ضمناً من أحكام نص المادة (134) من قانون الإجراءات الجنائية التي تنص على أنه: "إذا رأى القاضي أن الواقعة لا يعاقب عليها القانون، أو أن الأدلة غير كافية ضد المتهم فعندما يبحث قاضي التحقيق في وجود أدلة مكونة للجريمة ضد المتهم، فإنه يقرر كفاية أو عدم كفاية الأدلة، وبالتالي فإنه يقرر الإحالة أو إصدار أمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى بناءً على ما يمليه عليه ضميره أي حسب اقتناعه الشخصي."⁽⁵⁾

1- عباس فاضل سعيد ومحمد عباس حموي، المرجع السابق، ص 17.

2- حسني محمود عبد الدائم، مرجع سابق، ص 466.

3- علي عوض حسن، الخبرة في المواد المدنية والجنائية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص 55.

4- الهادي علي أبو حرة، الموجز في قانون الإجراءات الجنائية الليبي، مكتبة طرابلس العلمية العالمية، ط 1، 2012م، ص 57.

5- العربي شحط عبد القادر، أ. نبيل صقر، الإثبات الجنائي في المواد الجزائية على ضوء الفقه والاجتهاد القضائي، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2006م، ص 31 - 32.

وفي الحالة التي يجد فيها القاضي المحقق نفسه أمام تقرير طبي فاصل في مسألة فنية، قد يتوقف عليها إصدار الأمر ولا يستأنس من نفسه الكفاية العلمية اللازمة للفصل فيها، فهنا وإن كان هذا الدليل يخضع نظرياً كغيره من أدلة الإثبات إلى السلطة التقديرية للقاضي وإلى مبدأ حرية الإثبات الذي بموجبه لا يتقيد المحقق بوسيلة إثبات ولو كانت علمية، إلا أنه ومن الناحية العملية كثيراً ما يجد هذا الأخير نفسه مضطراً للأخذ بهذا النوع من الأدلة، ويرجع ذلك إلى قوة هذه الأخيرة وحجيتها من جهة وإلى عدم قدرة القاضي على مناقشة الدليل العلمي لعدم تحكمه في هذا المجال من المعرفة من جهة أخرى، الأمر الذي يدفعه إلى إهمال اقتناعه الشخصي وإعمال الدليل العلمي الذي قد يشكل في بعض الأحوال مصدراً من مصادر اليقين في مجال الإثبات.⁽¹⁾

غير أنه وإن كان قاضي التحقيق مدعو هو الآخر إلى إعمال اقتناعه الشخصي عند إصداره للأوامر المتعلقة بالتصرف في الملف، والذي قد يلعب الدليل العلمي دوراً حاسماً في التأثير عليه لدرجة أنه قد يصل إلى حد تهديد الاقتناع الشخصي له وبالتالي إهماله في بعض الحالات، إلا أن هذا التأثير يبقى ضئيلاً إذا ما قارناه بالدور الذي يلعبه هذا الدليل في تكوين الاقتناع الشخصي للقاضي الجنائي في مرحلة الحكم.⁽²⁾

ثانياً: تأثير البصمة الوراثية في الاقتناع الشخصي لسلطة الحكم

إذا كانت البصمة الوراثية تساهم - كما رأينا - مساهمة مباشرة في التأثير على سلطة التحقيق والإتقان، لدرجة أنه قد يصل أحياناً إلى حد إلغاء السلطة التقديرية لهذه الأخيرة لما تتسم به من دقة وموضوعية، فإنه وأمام قاضي الحكم يشكل هذا الدليل عاملاً أكثر تهديداً لمبدأ حرية القاضي في تكوين اقتناعه الشخصي، ذلك أن طبيعتها العلمية البحتة قد تجعل القاضي عاجزاً حتى على تكييفها ومناقشتها باعتبارها وسيلة إثبات، مما قد يسهم في التقليل من سلطته التقديرية، وهو ما يؤثر على الاقتناع الشخصي للقاضي في حد ذاته أو حتى إلغائه في بعض الأحيان.⁽³⁾

فالحجية التي غالباً ما تتسم بها هذه الأدلة تضع القاضي في مأزق حقيقي خصوصاً في الحالة التي لا يتفق فيها هذا الدليل مع ما استقر عليه اقتناعه الشخصي، وهنا يجد القاضي نفسه أمام خيارين إما أن

1- أبو العلا علي أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص205، رمزي رياض عوض، المرجع السابق، ص164.

2- العربي شحط عبد القادر، نبيل صقر، المرجع السابق، ص34.

3- فاضل زيدان محمد، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2006م، ص311 وما بعدها.

يلغي اقتناعه الشخصي ويستسلم لما خلصت إليه نتائج الخبرة العلمية، أو يستبعد الأخذ بهذه الأدلة حتى وإن كانت قطعية وبأثة.⁽¹⁾

وفي هذا الإطار فإنه من الطبيعي سيحتكم القاضي الجنائي في حكمه إلى العقل والمنطق، ومن ثمة فإنه سيميل إلى اعتماد أدلة الإثبات التي يمكنه أن يقف على صحة مطابقتها مع المنطق والعقل واستخلاصها علمياً بالحكمة والدقة، فهو لن ينشد من الأدلة إلا تلك التي يتوسم فيها أنها ستكون من مصادر اليقين عنده، وهو ما يجعلها أكثر قبولاً لديه مقارنة بغيرها من الأدلة الكلاسيكية الأخرى، كالاعتراف والشهادة التي تعتربها من المؤثرات النفسية ما يفرض على القاضي الحيطه والحذر في التعامل معها في مرحلة تكوينه لاقتناعه الشخصي⁽²⁾، إذ قد يكون من غير المتصور مثلاً من القاضي الجنائي المختص بالنظر في جريمة واقعة أن يعتمد في بناء اقتناعه على شهادة شاهد يسند فيها فعل الواقعة إلى المتهم بدعوى أنه شاهده وهو يواقع الجني عليها، في حين أن تقرير تحليل البصمة الوراثية يشير إلى أن قطرات المني المنتزعة من فرج الجني عليها لا تعود إلى المتهم الذي أنكر التهمة المنسوبة إليه، أو كان يظهر من نفس التقرير بعد الفحص الطبي على المتهم أن هذا الأخير يعاني ضعفاً جنسياً متقدماً لدرجة أنه لا يقوى حتى على الانتصاب، ففي مثل هذه الحالة وغيرها وحتى على فرض أن المتهم اعترف بارتكاب جرمته، فإن القاضي لا يجد هامشاً لإعمال قناعته الشخصية وهو ما يدفعه إلى إهمالها تحت تأثير قطعية الدليل العلمي، وبالتالي سيكون مدفوعاً تحت تأثير الدليل إلى الإجابة بـ (لا) عن السؤال الأصلي المتعلق بإدانة المتهم، مع أن القانون لا يفرض عليه تسبب اقتناعه الشخصي.⁽³⁾

فقد حكم بأنه: "لا يشترط في التقرير للاعتداد به حصول الواقعة، إلا أن يقرر من الناحية الفنية حصولها من عدمه، وأن يقرب قدر الإمكان وقت حصولها، ومتى أثبت التقرير حصول الفعل في وقت معاصر أو متقارب كان ذلك كافياً".⁽⁴⁾

كما حكم بأنه: "لا حاجة بما قرره الطبيب الشرعي من وجود البكارة لأن هذا التقرير قد أوضح أن غشاء البكارة من النوع الهلالي الذي يتمدد أثناء الواقعة دون أن يزال".⁽⁵⁾

1- رمزي رياض عوض، المرجع السابق، ص 165.

2- محمد مروان، نظام الإثبات في المواد الجزائية في القانون الوضعي والقانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999م، ص 417، 418.

3- فاضل زيدان محمد، المرجع السابق، ص 321 وما بعدها.

4- المحكمة العليا جلسة 24 يناير 1982م، مجلة المحكمة العليا، س 19، ع 1، ص 183.

5- المحكمة العليا جلسة 12 مايو 1981م، مجلة المحكمة العليا، س 18، ع 2، ص 140.

إن درجة تأثير البصمة الوراثية كدليل علمي على الاقتناع الشخصي للقاضي الجنائي في مجال الإثبات الجنائي يظهر أكثر في جانبه المتعلق بإثبات وقوع الجريمة بعناصرها القانونية أكثر من الجانب المتعلق بإسناد هذه الوقائع إلى المتهم، إذ في الجانب الأول قد يصعب بل ويستحيل على قاضي الحكم في بعض الحالات الفصل في مسألة توافر الأركان المشكلة للركن المادي للجريمة في غياب الاستعانة بخبرة علمية، وبالتالي فإنه وبدون مبالغة ستكون الخبرة هنا هي الدليل الوحيد على توافر هذه الأركان.⁽¹⁾

فعلى الرغم من أن القانون قد حول القاضي حق مناقشة التقرير المقدم له من الخبير ومن ثمة استبعاده والأمر بخبرة جديدة إذا تراءى له أنه غير مقتنع أو إهماله كلية وبناء الحكم على الأدلة الأخرى المقدمة له في معرض المناقشات طالما أن القانون يؤهلها نفس قيمة الدليل العلمي، إلا أنه وفي الواقع العلمي فإن الأمر يسير عكس ذلك، إذ لا يجد القاضي الذي سبق له أن أقر بجعله عند تعينه للخبير في مسألة معينة إلا الأخذ بما خلص إليه هذا الأخير في تقريره من نتائج واعتمادها كأساس لبناء اقتناعه الشخصي متى لمس فيه النزاهة والموضوعية التي تجعله يحكم وهو مطمئن على سلامة حكمه، طالما أن الأمر يتعلق بدليل علمي مبني على أسس علمية دقيقة لا تحتل في الغالب أي مجال للظن والتخمين.⁽²⁾

الخاتمة

لقد حاولنا من خلال بحثنا هذا استجلاء الدور الذي تلعبه البصمة الوراثية وأهميتها في الإثبات لاسيما الإثبات الجنائي، وفعاليتها في استظهار الدليل التي أضحت مسألة الحصول عليه أمراً في غاية التعقيد أمام تطور الأساليب الإجرامية التي يستعملها المجرم عادة في تنفيذ جرمته، هذا الأخير الذي بالغ في استغلال التكنولوجيا الحديثة التي أصبحت سلاحاً ذا حدين، فمن جهة فقد ساهمت في الكشف عن عدد كبير من القضايا، ومن جهة أخرى فهي نفسها التي وضعت بين أيدي محترفي الإجرام الوسائل المتقدمة لاستخدامها في ارتكاب أخطر الجرائم وإخفائها.

ومن هنا كان لزماً مسايرة هذا التطور بإرساء سياسة تشريعية جنائية مستندة على التقدم العلمي في كافة الميادين لاسيما منها ميدان البصمة الوراثية، التي أظهرت الممارسات القضائية تحقيقها لنتائج على قدر عالٍ من الأهمية خصوصاً في مجال الإثبات الجنائي، جعلت منها وسيلة إثبات مقبولة أمام المحكمة التي تغني القاضي عن الحاجة إلى العملية الذهنية التي يسعى إليها وصولاً إلى الحقيقة، وبالتالي أعطته فرصة لتفعيل دوره في البحث عن الدليل عن طريق الاستعانة بالأطباء والخبراء البيولوجيين في سبيل الحصول على

1- علي عوض حسن، المرجع السابق، ص 56 - 57.

2- العربي شحط عبد القادر، أ. نبيل صقر، المرجع السابق، ص 34.

الأدلة البيولوجية - البصمة الوراثية - التي أصبحت تتحكم عملياً في مصير الدعوى، بعد أن أصبحت لها الكلمة الأخيرة في الدعوى التي لا يملك القاضي سوى التسليم أو بالأحرى الاستسلام لنتائجها دون أي تقدير لها من جانبه.

وهو الأمر الذي وقفنا عليه من خلال سبر أغوار هذا البحث، إذ لاحظنا حجم الدور الذي تلعبه الخبرة العلمية المنصبة على الشفرة الوراثية في جميع مراحل الدعوى التي تدفع القاضي لأن ينحني المنحنى الذي يرسمه له تقرير البصمة الوراثية وهو مطمئناً على سلامة أمره أو حكمه المتخذ بناءً على هذا النوع من الأدلة التي لا تحمل في الغالب للظن أو التخمين، لاسيما في مرحلة الحكم التي تتدخل فيه البصمة الوراثية كأداة قوية يعتمد عليها في الإثبات.

وعلى الرغم من عدم إلزامية الخبرة العلمية البيولوجية المنصبة على الشفرة الوراثية للقاضي، إلا أنها تبقى مع ذلك ذات وزن لا يستهان به، لأن الحقيقة العلمية الثابتة لا يمكن دحضها إلاً بحقيقة علمية أخرى في إطار خبرة مضادة، وهو ما يجعل لهذه الأدلة حجية لا تترك للقاضي أي هامش لن ينحني بحكمه منحني غير الذي رسمته له هذه الأخيرة، بل وقد تقلص حتى من هامش المناورة لدى الخصم الذي قد تكشف له عن أمور قد لا يكون يعلمها عن نفسه الأمر الذي قد يدفعه إلى الاعتراف بجرمته من تلقاء نفسه.

وبالرغم من أنّ اختبار البصمة الوراثية يستلزم التعرض إلى جسد المتهم فإنّ تحقيق أمن المجتمع واستقراره والوصول بالعدالة إلى حقيقة الجريمة يحتم الأخذ بهذه الوسيلة والإقرار بمشروعيتها حتى مع غياب النص طالما أنّ القانون قد أباح اتخاذ إجراءات أشد عنفاً وأجلّ خطراً من مجرد إجراء الفحص الطبي، وقد تبين من خلال هذا البحث أنّ العديد من المؤتمرات الدولية والإقليمية والتشريعات الوطنية، قد أقرت بمشروعية هذا الإجراء.

من كل ما تقدم يمكن القول أنّ البصمة الوراثية صارت وبدون منازع دليلاً على قدر عالٍ من الأهمية في مجال الإثبات الجنائي لدرجة أنها قد أصبحت من الناحية العملية عاملاً مهدداً لمبدأ حرية القاضي في تكوين اقتناعه الشخصي بعد أن أصبح هذا الأخير يعول عليها كثيراً في تكوين هذه القناعة وفي كافة مراحل الدعوى خصوصاً في ظل التطور العلمي والتقني في مجال البصمة الوراثية والأدلة العلمية عموماً، إلا أنه ورغم ما لها عملياً من أهمية فإنه لم تشفع لها في أن تحظى بموقع موازٍ لأهميتها هذه من بين أدلة الإثبات الجنائي، وهو ما لاحظناه نظرياً باستقراءنا لأدلة الإثبات المعتمدة من طرف المشرع الليبي الذي جعل للخبرة بصفة عامة قيمة قانونية مساوية لسائر الأدلة الكلاسيكية الأخرى للإثبات، بل إن المشرع الليبي على الرغم من أهميتها هذه في الإثبات، إلا أنه لم يصدر بعد قانون ينظم العمل بالبصمة الوراثية في الإثبات، بل أنه لم يدرج على الأقل حتى نص في قانون الإجراءات الجنائية الليبي يميز بشكل

صريح اللجوء إلى تحليل الحمض النووي للحصول على البصمة الوراثية، وقد كان المسوغ التشريعي الذي اعتمدنا عليه في اعتبار البصمة الوراثية دليل من بين أدلة الإثبات المعتمدة في التشريع الجنائي الليبي، بعض النصوص الواردة في قوانين جنائية خاصة، حيث أشار فيها المشرع الليبي بشكل ضمني إلى هذه التقنية المتطورة وإمكانية الاعتماد على نتائجها في الإثبات الجنائي باعتبارها من بين الوسائل العلمية الحديثة، الأمر الذي يطرح وبإلحاح:

أولاً: ضرورة مجاراة التطور التقني والتكنولوجي لاسيما في مجال الإثبات الجنائي والحدو حذو بعض التشريعات العربية والأجنبية التي تناولت هذه التقنية في قوانينها بشكل صريح وفقاً لشروط وضوابط علمية وقانونية محددة.

ثانياً: إعطاء الدليل المستمد من استخدام هذه التقنية مركزاً يحتل بموجبه صدارة قائمة الوسائل الأخرى للإثبات ولما لا ؟

ثالثاً: إنشاء قاعدة بيانات وطنية للبصمة الوراثية للاستفادة منها في الكشف عن الجناة.

المراجع

أولاً: الكتب

- 1- أبو العلا علي أو العلا النمر، الجديد في الإثبات الجنائي، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000م.
- 2- أحمد حسام طه تمام، الحماية الجنائية لاستخدام الجينات الوراثية في الجنس البشري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005م.
- 3- أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ج1، 1985م.
- 4- أشرف توفيق شمس الدين، التوازن بين السلطة والحرية ووجوب تقييد النيابة العامة في التحقيق الابتدائي، مینوافست للطباعة، ط1، 2006م.
- 5- العربي شحط عبد القادر، أ. نبيل صقر، الإثبات الجنائي في المواد الجزائية على ضوء الفقه والاجتهاد القضائي، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2006م.
- 6- العلامة ابن منظور، لسان العرب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط2، 1999، ج1.
- 7- الهادي علي أبو حميرة، الموجز في قانون الإجراءات الجنائية الليبي، مكتبة طرابلس العلمية العالمية، ط1، 2012م.

- 8- أنس حسن محمد ناجي، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، بدون طبعة، 2010م.
- 9- حسني محمود عبد الدائم، البصمة الوراثية حجيتها في الإثبات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر الجامعي، 2009م.
- 10- حسين محمود إبراهيم، الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981م.
- 11- حسنين المحمدي بوادي، الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008م.
- 12- رمزي رياض عوض، مشروعية الدليل الجنائي في مرحلة المحاكمة وما قبلها (دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997م.
- 13- رمسيس بھنام، البوليس العلمي أو فن التحقيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1999م.
- 14- سعد الدين الهاللي، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، الكويت، الطبعة الأولى، 2008م.
- 15- سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، دار الفكر، سوريا، الطبعة الأولى، 1998م.
- 16- سيد السخاوي، الهندسة الوراثية بين الشريعة والعلم الحديث، دار التوزيع والنشر الإسلامية، القاهرة، 2005م.
- 17- عبد الحميد الشواربي، الإثبات الجنائي في ضوء الاجتهاد القضائي (النظرية والتطبيق)، الإسكندرية، 1996م.
- 18- عبد الرحمن أبو توتة، شرح قانون الإجراءات الجنائية الليبي، دار الكتب الوطنية، بنغازي، ج1، ط1، 2016م.
- 19- عبد الباسط محمد الجمل، موسوعة تكنولوجيا الحامض النووي في مجال الجريمة، ج1 (بصمة الحامض النووي)، دار العلم للجميع، القاهرة، ط1، 2006م.
- 20- علي عوض حسن، الخبرة في المواد المدنية والجنائية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007م.
- 21- فاضل زيدان محمد، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2006م.
- 22- مأمون سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ج1، 1992.
- 23- محمد أحمد غانم، الجوانب القانونية والشرعية للإثبات الجنائي بالشفرة الوراثية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008م.

24- محمد السعيد عبد الفتاح، أثر الإكراه على الإرادة في المواد الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002م.

25- محمد مروان، نظام الإثبات في المواد الجزائية في القانون الوضعي والقانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999م.

26- محمد عابدين، الأدلة الفنية للبراءة والإدانة في المواد الجنائية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، بدون تاريخ.

27- محمود محمود مصطفى، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مطبعة القاهرة والكتاب الجامعي، ط12، 1988م.

28- محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 1998م.

29- موسى مسعود ارحومة، قبول الدليل العلمي أمام القضاء الجنائي، جامعة قارونس، بنغازي، ط1، 1999م.

30- مروان عادل عبده، تكنولوجيا الحامض النووي في مجال الجريمة، الجزء الأول، بصمة الحامض النووي المفهوم والتطبيق، الطبعة الأولى، يوليو 2006م، دار العلم للجميع، القاهرة.

31- مجمع اللغة العربية - المعجم الوجيز، شركة الإعلانات الشرقية، مصر.

ثانياً: الرسائل العلمية

1- بن لاغة عقيلة، حجية أدلة الإثبات الجنائية الحديثة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، رسالة ماجستير، 2011 - 2012.

ثالثاً: البحوث والمجلات العلمية

1- أبو الوفا محمد أبو الوفا، مدى حجية البصمة الوراثية في الإثبات في القانون الوضعي والفقہ الإسلامي، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة بين الشريعة والقانون، من 5 إلى 7 مايو 2002م، الإمارات، مج2.

2- أحمد الجمل، البصمة الوراثية ودورها في الإثبات الجنائي، المجلة الجنائية القومية، المجلد السادس والأربعون، العدد الثالث، 2003م.

3- المحكمة العليا جلسة 24 يناير 1982م، مجلة المحكمة العليا، س 19، ع1.

4- عباس فاضل سعيد ومحمد عباس حموي، استخدام البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 11، العدد 41، السنة 2009م.

5- هشام متولي، تقنية الحامض النووي في مجال البحث الجنائي، مجلة العلوم الطبية الشرعية، الجمعية المصرية للعلوم الطبية، القاهرة، القسم العربي، 1998م.

رابعاً: المواقع الإلكترونية

1- القرار السابع بشأن البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها منشور على شبكة المعلومات

الدولية (الإنترنت) على الموقع: <http://www.gulfkids.com>

2- وثيقة منشورة على شبكة المعلومات الدولية على الموقع: <http://www.islamonline.com>

3- وثيقة منشورة على شبكة المعلومات الدولية (الإنترنت) على الموقع:

<http://www.jmuslim.naseej.com>

خامساً: القوانين

1- موسوعة القوانين الجنائية والقوانين المكملة لها، قانون الإجراءات الجنائية الليبي، مطابع العدل،

ليبيا، ط1، ج2، 2008م.

2- موسوعة القوانين الجنائية والقوانين المكملة لها، قانون العقوبات الليبي، ليبيا، مطابع العدل، ط1،

ج1، 2008م.

خصوصية التحقيق في جرائم الارهاب

إعداد الأستاذة . ابتسام حسن سالم بن عيسى .

استاذة في القانون الجنائي .

كلية القانون / جامعة المرقب .

الخميس / ليبيا .

مقدمة

ملخص البحث

استهدفت هذه الدراسة مناقشة إشكالية مهمة من الإشكاليات التي تطرح على بساط البحث في المجال الجنائي؛ وتحديدًا حول خصوصية التحقيق في قضايا جرائم الإرهاب ، حيث حاولت من خلال هذه الدراسة تقييم السياسة الجنائية للمشرع الليبي في مدى وجود خصوصية للتحقيق في جرائم الإرهاب ، وقد تطلب هذا تقسيمه البحث إلى مطلبين . خصص الأول لدراسة القواعد الأساسية للتحقيق الابتدائي في جرائم الإرهاب ، وخصص الثاني إلى الاستثناءات الواردة عن القواعد العامة في إجراءات التحقيق ، وقد رصدت الدراسة مجموعة من الاخفاقات في الجانبين لخصوصية التحقيق ، وأوصينا بضرورة إجراء مجموعة من التعديلات الجوهرية على بعض النصوص في التشريع الليبي .

Abstract

The current study aims to discuss one of the most crucial problems that has continually been the subject of research in criminal sector, especially in the specialty of investigations in cases of crimes of terrorism. The researcher has tried to evaluate the criminal policy of the Libyan legislator regarding the existence of the specialty in the Libyan investigation process relating to the cases of crimes of terrorism. Based on this, the study progress has demanded to divide the research into two chapters. The first one has been devoted to explain the basic rules for the preliminary investigations in the crimes of terrorism. The second chapter has been devoted to conclude the general rules of the investigation procedures in the cases of crimes of terrorism . Hereinafter, the study has explained clearly some of the issues in the two sides of specialty on investigators. The researcher has strongly recommended to do some basic amendments for the texts in which the defaults in the Libyan Legislation have been explained . However, the researcher has also highlighted some advantages of the Libyan legislation as per the issues in regard.

المقدمة

تخطيط المنظمات الإجرامية نفسها بسياح من الحماية ؛ لكي لا تقع في قبضة أجهزة الملاحقة ولها طرقها ووسائلها في التخفي واخفاء معالم جريمة ، ومحورها والتأثير في رجال تنفيذ القانون أو الشهود بالأغراء تارة ، وبالوعيد وإفساد المسؤولين عن تطبيق القانون تارة أخرى .

مما أدى إلى التفكير في تبني مبدأ التخصص في التحقيق في قضايا جرائم الإرهاب .
فالتحقيق الابتدائي هو المرحلة الأولى من مراحل الخصومة الجنائية ، إذ يجوز لسلطة التحقيق اتخاذ كافة إجراءات التحقيق القانونية التي تساعد في كشف الحقيقة ، لذا كان من الضروري إسناد هذه المرحلة إلى جهة تتوفر فيها ضمانات تكفل تحقيق مصلحة المجتمع في الكشف عن الحقيقة ، دون افتيات على حقوق المتهم .

ولذلك فإن تحديد طبيعة الجريمة والكشف عن ملابساتها مهم جدا لأجل مواجهتها ، مما أدى إلى التفكير في مبدأ خصوصية التحقيق الابتدائي في هذه الجرائم ، وكنيجة لذلك بادرت دول عديدة إلى إنشاء جهاز متخصص بالتحقيق في جرائم الإرهاب ، وجاءت بأحكام تختلف بعض الشيء عن قواعد التحقيق في قانون الإجراءات الجنائية .

وعليه سوف يقتصر بحثنا على خصوصية التحقيق الابتدائي في جرائم الإرهاب ، على ما يتميز به التحقيق في هذه الجرائم من أحكام ، مع الإشارة إلى الأحكام العامة كل ما تطلب الأمر ذلك ، من باب الوقوف على مظاهر الخلل ومعرفة ما ينبغي إدخاله من مظاهر الخصوصية .

اشكالية الدراسة :

تنصب هذه الدراسة على تلك الجوانب الإجرائية الخاصة التي تتعلق بالتحقيق في جرائم الإرهاب ؛ والتي تفرقت أحكامها بين قوانين متعددة ؛ بهدف جمع شتاتها ، وبيان محاسن ومساوئ التشريعات النافذة في هذا الخصوص ، واقتراح التعديلات المناسبة ، وصولا إلى خصوصية أكثر لهذه الجرائم وتكمن مشكلة الدراسة في الاجابة عن السؤال : ما هي أهم مظاهر خصوصية التحقيق في جرائم الإرهاب ؟ .

منهج الدراسة :

ستعتمد هذه الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي والمقارن ، الذي يقوم على وصف الظاهرة أو المشكلة وتحليلها وتفسيرها ، وحتى تكون الدراسة ذات فائدة أكثر ويتسنى لنا معرفة أوجه القصور في التشريع الليبي اعتمدت أيضا على المقارنة مع التشريع التونسي باعتباره من أفضل القوانين التي تصدت لمكافحة جرائم الإرهاب ، فكما يقال " بضدها تتميز الأشياء " .

وسيتيم تقسيم هذه الدراسة إلى مطلبين ، **المطلب الأول** : نتناول فيه القواعد الأساسية للتحقيق الابتدائي في جرائم الإرهاب ، **والمطلب الثاني** : نوضح فيه الاستثناءات الواردة عن القواعد العامة في إجراءات التحقيق الابتدائي ، والذي نبين فيه السلطات الاستثنائية للنيابة العامة المتعلقة بالتحقيق الابتدائي في حد ذاته، ونعرف فيه على الإجراءات و السلطات الممنوحة للنيابة العامة في التحقيق المتمثلة في استجواب المتهم ، والضبط ، والتفتيش وشهادة الشهود ، والحبس الاحتياطي ، ونبين أيضاً السلطات الاستثنائية للنيابة العامة المتعلقة بأمور متصلة بالتحقيق الابتدائي، المتمثلة في السلطات الاستثنائية المتعلقة بالحسابات في البنوك ، ثم عدم تقييد النيابة العامة بقيد الطلب .

المطلب الأول : القواعد الأساسية للتحقيق الابتدائي

في جرائم الإرهاب

سوف نتناول بالدراسة القواعد الأساسية للتحقيق في جرائم الإرهاب ، وذلك طبقاً لما نص عليه قانون مكافحة الإرهاب ، والقواعد الأساسية في قانون الإجراءات الجنائية الليبي ، من حيث بحث الجهة المختصة للتحقيق أولاً ، وضمانات المنصوص عليها للمتهم في ثانياً .

أولاً : السلطة المختصة بالتحقيق الابتدائي

للجريمة الإرهابية خصوصية تميزها عن بقية الجرائم العادية⁽¹⁾ ، الأمر الذي دفع المشرع إلى منح الاختصاص بالتحقيق في هذه الجريمة لجهة معينة (أ) ، ويلزم أيضاً أن تتوافر شروط معينة لهؤلاء المحققين (ب) .

أ - مبدأ التخصص بالتحقيق في جرائم الإرهاب :

تنص المادة 23 من قانون رقم 3 لسنة 2014 م بشأن مكافحة الإرهاب الليبي⁽²⁾ على أنه "تباشر إجراءات جمع الاستدلالات والتحقيق في جرائم الإرهاب طبقاً للأحكام المقررة في قانون الإجراءات الجنائية ، وذلك عدا ما هو منصوص عليه في المواد التالية " . وتنص المادة 1 من قانون الإجراءات الجنائية الليبي على أنه " تختص النيابة العامة دون غيرها برفع الدعوى الجنائية ومباشرتها ، ولا ترفع من غيرها إلا في الأحوال المبينة في القانون " .

1- نزار كرمي ، تنامي الظاهرة الإرهابية في البلاد التونسية ، مجمع الأطرش للطباعة ، تونس ، الطبعة الاولى ، 2017 ، ص

2- القانون رقم (3) لسنة 2014 ، بشأن مكافحة الإرهاب ، المؤرخ في 2014/9/9 .

وتنص أيضاً المادة 24 من قانون رقم 3 لسنة 2014 م بشأن مكافحة الإرهاب الليبي على أنه " تنشأ نيابة خاصة لجرائم الإرهاب في النيابة العامة كنيابة تخصصية لهذا النوع من الجرائم ضمن النظام القضائي القائم بالدولة " .

ويفهم من هذه النصوص أن المشرع الليبي تبنى مبدأ تخصص التحقيق في جرائم الإرهاب وأعطى للنيابة العامة وحدها سلطة التحقيق في هذه الجرائم ، وألزم أن تكون نيابة متخصصة وهذه تعتبر ميزة تميز بها هذا القانون عند إعطائه صلاحية التحقيق في جرائم الإرهاب إلى هيئة خاصة ، إذ يمثل من وجهة نظرنا إجراءً سليماً يلعب دوراً في مكافحة المنظمات والعصابات الإرهابية والحد من انشطتها الاجرامية .

ومن الملاحظ أنه لم يتم أنشأ النيابة المنصوص عليها في قانون مكافحة جرائم الإرهاب إلى الآن ، على الرغم من ضرورتها أمام تفاقم ظاهرة الجريمة الإرهابية والسؤال المطروح من هي الجهة المختصة بإصدار قرار إنشاء نيابة مكافحة جرائم الارهاب ؟ . يمكن القول أن الجهة المختصة بأنشاء نيابة مكافحة جرائم الإرهاب هو المجلس الأعلى للهيئات القضائية في ليبيا طبقا قانون رقم 6 لسنة 2006 م بشأن الهيئات القضائية وتعديلاته⁽¹⁾ ، حيث تنص المادة 40 هذا القانون على أنه " .. ويكون إنشاء النيابة وتحديد دائرة اختصاص كل منها بقرار من مجلس بناء على عرض من رئيسه " .

وبالتالي فإن المجلس الأعلى للهيئات القضائية هو المختص بأنشاء نيابة مكافحة جرائم الإرهاب مع الإشارة أن القانون الليبي لديه تطبيقات للنيابات المتخصصة ، كما هو الحال في نيابة مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية⁽²⁾ ، ونيابة الصحافة⁽³⁾ .

وتشير المادة 24 من قانون مكافحة الإرهاب الليبي إشكالية ، هل النيابة المتخصصة تكون في المكتب النائب العام وتغطي كل التراب الليبي ، أما تنشأ نيابة تخصصية لمكافحة جرائم الإرهاب في كل نيابة ابتدائية ؟ .

من الملاحظ أن نص المادة 24 لم تحيب على هذه الإشكالية بشكل واضح ، إذ أن النص جاء عاماً بحيث تنشأ نيابة متخصصة بجرائم الإرهاب في النيابة العامة ، وأرى أن مصطلح النيابة العامة يعني النيابة الابتدائية ، وبالتالي يكون في كل نيابة ابتدائية نيابة لمكافحة الارهاب .

1- مدونة التشريعات ع 3 ، س 7 ، ص 82

2- قرار أمين اللجنة الشعبية العامة للعدل رقم 1992/45 ، ع 8 ، س 992 ، ص 295 .

3- القانون رقم 76 لسنة 1972 م ، بشأن المطبوعات الجريدة الرسمية ، ع 35 ، ص 1712 .

ونفس النهج الذي سار عليه المشرع المصري في تبنيه مبدأ التخصص ، وفق نص المادة 43 من قانون مكافحة الإرهاب لسنة 2015 م ، بإعطاء النيابة العامة سلطة التحقيق في جرائم الإرهاب⁽¹⁾ .

ومن بين التشريعات الأخرى التي تبنت مبدأ تخصص التحقيق في جرائم الإرهاب وكان ذلك استجابة لما تدعو إليه طبيعة هذه الجرائم من ضرورة وجود قواعد خاصة للتعامل معها قانون مكافحة الإرهاب التونسي رقم 26 لسنة 2015⁽²⁾ . حيث ابتعد المشرع التونسي عن التركيبة الكلاسيكية للتحقيق وفق نص الفصل 41⁽³⁾ ، ومُنح القطب القضائي لمكافحة الإرهاب⁽⁴⁾ . كل السلطات والصلاحيات التي

1- وتنص المادة "43" من قانون مكافحة الإرهاب المصري 2015م انه " تكون للنسبة العامة أو سلطة التحقيق المختصة بحسب الاحوال أثناء التحقيق في جريمة إرهابية بالإضافة إلى الاختصاصات المقررة لها قانونا السلطات المقررة لقاضي التحقيق وتلك المقررة لمحكمة الجناح المستأنفة منعقدة في غرفة الشورى وذلك وفقا لذات الاختصاصات والقيود والمدد المنصوص عليها بالمادة (143) من قانون الاجراءات الجنائية " .

2- قانون أساسي عدد 26 لسنة 2015 يتعلق بمكافحة الإرهاب ومنع غسل الأموال ، منشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية - 7 أوت 2015 .

3- ينص الفصل 41 أنه " يختص وكيل الجمهورية لدى المحكمة الابتدائية بتونس بإثارة الدعوى العمومية وممارستها في الجرائم الإرهابية المنصوص عليها بهذا القانون والجرائم المرتبطة بها ، ويساعده في ذلك ممثلون له من الرتبة الثانية على الأقل ممن وقعت تسميتهم بالقطب القضائي لمكافحة الإرهاب .

لوكلاء الجمهورية لدى بقية المحاكم الابتدائية الإذن بالقيام بالأبحاث الأولية المتأكدة بقصد معاينة الجريمة وجمع أدلتها والكشف عن مرتكبيها، ويتلقون المعلومات الاختيارية والشكاوي والمحاضر والتقارير المحررة بشأنها، ويستنتقون ذا الشبهة بصفة إجمالية بمجرد مثوله أمامهم، ويأذنون بوضعه على ذمة وكيل الجمهورية لدى المحكمة الابتدائية بتونس مع التقارير والمحاضر المحررة والأشياء المحجوزة لكشف الحقيقة .

لوكيل الجمهورية لدى المحكمة الابتدائية بتونس وحده التمديد كتابيا في أجل الاحتفاظ مرتين ولنفس المدة المنصوص عليها بالفصل 39 من هذا القانون، ويكون ذلك بمقتضى قرار معلل يتضمن الأسانيد الواقعية والقانونية التي تبرره . على وكيل الجمهورية لدى المحكمة الابتدائية بتونس أن يعلم فورا الوكيل العام لدى محكمة الاستئناف بتونس بجميع ما تمت معاينته من جرائم إرهابية وأن يطلب حالا من قاضي التحقيق الذي بدائرته إجراء بحث... " .

قانون الاساسي عدد 26 لسنة 2015 يتعلق بمكافحة الإرهاب وغسل الأموال التونسي .- الرائد الرسمي للجمهورية التونسية .

4- القطب القضائي هو ليس محكمة وإنما هو جهة استثنائية تابع للمحكمة الابتدائية بتونس ذات الاختصاص الحصري بالنسبة لقضايا الإرهاب أيا كان مكانها .

وأنة لا يدخل في إطار المحاكم الاستثنائية وإنما كل ما في الأمر أنه وقع تخصيص قضاء قضائي سيتفرغ للجرائم الإرهابية مثل ما هو الحال بالنسبة للقطب القضائي المالي المخصص للنظر في قضايا الفساد المالي وذلك للحد من الضغط على محكمة تونس ولضمان النجاعة في الأبحاث وسرعة الفصل في القضايا مشيرا إلى أنه لا يوجد أي إشكال قانوني بخصوص ذلك لأنه من الطبيعي جدا أن تتم إحالة قضايا معينة إلى محاكم متخصصة في إطار التخصص .

تتعلق بالتحقيق في هذه الجرائم ، في جميع مراحل الدعوى الجنائية سواء في مرحلة ما قبل المحاكمة أم مرحلة ما بعد المحاكمة .

وكانت حكمة المشرع التونسي في تخصيصه لجهة معينة هي ضمن النفاذ إلى المعلومة وسرعة الإنجاز ، وهذا يندرج في إطار استراتيجية واضحة لمكافحة الإرهاب .

وكانت حكمة المشرع التونسي في تخصيصه لجهة معينة هي أنه سيضمن النفاذ إلى المعلومة وسرعة الإنجاز وهذا يندرج في إطار استراتيجية واضحة لمكافحة الإرهاب .
والسؤال الذي يطرح نفسه الآن: هل نص المشرع الليبي على شروط يلزم توافرها في أعضاء النيابة الذين يباشرون التحقيق في هذه الجرائم ؟ .

ثانيا - الشروط التي يجب توافرها في أعضاء النيابة :

رغم تبني المشرع الليبي مبدأ التخصص بالتحقيق في جرائم الإرهاب ، إلا أنه لم ينص في قانون مكافحة الإرهاب على شروط معينة يلزم أن يتمتع بها أعضاء النيابة العامة بنبابة مكافحة جرائم الإرهاب .
إلا أن المادة 187 مكرراً (أ) من قانون الإجراءات الجنائية الليبي ، والتي أعطت للنباية العامة الاختصاص بالتحقيق في الجرائم الواردة في الباب الأول من الكتاب الثاني من قانون العقوبات والتي من ضمنها جرائم يمكن وصفها بأنها جرائم إرهابية ، كانت تتضمن شروط يلزم توافرها في عضو النيابة المحقق ، إلا أن هذه الشروط تم إلغاؤها بموجب تعديل المادة 187 مكرر (أ) بالقانون رقم 3 لسنة 2013 في شان تعديل بعض أحكام قانون الإجراءات الجنائية ⁽¹⁾ في مادته الأولى ⁽²⁾ وسمحت لجميع أعضاء النيابة العامة مهما كانت درجاتهم التحقيق في هذه الجرائم ، واستبعدت الخبرة الواجبة والمطلوبة لهم ، وهذا يمثل عيب

=

يتكون القطب القضائي لمكافحة الإرهاب من ممثلين للنباية العمومية وقضاة تحقيق وقضاة بدوائر الاتهام وقضاة بالدوائر الجنائية والجناحية بالطورين الابتدائي والاستئنائي ويقع اختيارهم حسب تكوينهم وخبراتهم في القضايا المتعلقة بالجرائم الإرهابية ، ويباشروا مأمورو الضابطة العدلية بدائرة المحكمة الابتدائية بتونس المكلفون بمعاينة الجرائم الإرهابية وظائفهم بكامل تراب الجمهورية دون التقيد بقواعد توزيع الاختصاص الترابي ويباشروا مأمورو الضابطة العدلية العسكرية وظائفهم المتعلقة بمعاينة الجرائم الإرهابية

1- مدونة التشريعات ع 5 ، س 2 ، ص 244 .

2- تنص المادة الأولى من القانون المعدل رقم (3) لسنة 2013 انه " يعدل نص المادتين 187 مكرر (أ) و 187(ب) من قانون الإجراءات الجنائية بحيث يجرى على النحو الآتي :

مادة (187 أ مكرراً) تباشر النيابة العامة التحقيق في الجرائم المنصوص عليها في الباب الأول من الكتاب الثاني من قانون العقوبات وكذلك الجرائم المرتبطة بها ويكون لها عند التحقيق الجرائم المشار إليها واحالتها للمحكمة كافة السلطات المخولة للنباية العامة ولقاضي التحقيق ... " .

جوهري وقع فيه المشرع الليبي الذي كان من المفترض أن يُقي على هذه الشروط ، لما تحققه من مزايا في التحقيق .

وعندما نقارن مع التشريعات الأخرى بخصوص اشتراطها شروطاً معينة يجب توافرها للمحققين في جرائم الإرهاب ، نجد جل التشريعات توجب أو تشترط شروطاً معينة يلزم توافرها لسلطة التحقيق في هذه الجرائم ، منها مثلاً اشتراط المشرع التونسي لشروط يجب توافرها لجهة التحقيق في جرائم الإرهاب الذي يكون فيه التحقيق وجوباً مهما كانت طبيعتها ، حيث يختص وكيل الجمهورية لدى المحكمة الابتدائية بتونس بإثارة الدعوى الجنائية ويساعده في ذلك ممثلون له من الدرجة الثانية على الأقل ممن وقعت تسميتهم بالقطب القضائي لمكافحة الإرهاب⁽¹⁾ .

ونص أيضاً المشرع المصري على شروط معينة تتعلق بدور وكيل النيابة المحقق ، وهي أن يكون أعضاء النيابة العامة من درجة رئيس نيابة - على الأقل - وله سلطات قاضي التحقيق في تحقيق الجنايات الإرهابية (وقد نص عليها في الباب الأول من الكتاب الثاني طبقاً لنص المادة مكرر 206 إجراءات جنائية مصري)⁽²⁾ .

الأمر الذي يدعونا إلى حث المشرع الليبي إلى تبني ما نصت عليه المادة 187 مكرر (أ) قبل التعديل بأن يشترط أن يكون عضو النيابة نيابة مكافحة جرائم الإرهاب من درجة وكيل نيابة من الدرجة الأولى على الأقل ، لما يمثل ذلك من خبرة وحكمة في العمل .

وبعد أن أوضحنا جهة التحقيق وشروطها ؛ يلزمنا معرفة الضمانات التي أقرها المشرع .

ثانياً : ضمانات التحقيق

نظراً إلى أهمية هذه المرحلة ، وما يترتب عليها في الدعوى الجنائية من آثار ، فقد أحاطها المشرع بجملة من الضمانات التي رأى أنها تساعد في اتخاذ الإجراءات بحياء ومصادقية دون أن تمس بشكل كبير حق المتهم وحرية الشخصية ، خاصة في ظل وجود قرينة البراءة التي تكرسها جل الدساتير⁽³⁾ ، هذه الضمانات تتمثل في عدم علانية التحقيق الابتدائي بالنسبة للجمهور (أ) ، وعلانيته بالنسبة للخصوم (ب)، تدوين التحقيق الابتدائي (ج) .

1- الفصل (41) من قانون مكافحة الإرهاب وغسل الأموال التونسي السابق الإشارة له .

2- قانون مكافحة الإرهاب المصري الصادر 16 اغسطس 2015 م .

3- أمين مصطفى محمد ، قانون الإجراءات الجنائية ، الجزء الثاني ، التحقيق الابتدائي والمحاكمة ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، 2012 ص7 .

أ - عدم علانية التحقيق الابتدائي بالنسبة للجمهور :

يقصد بعدم علانية التحقيق الابتدائي أن يتم اتخاذ اجراءات التحقيق في جو من السرية والكتمان، بحيث يمنع من حضور جلساتها كل من لا يعنيه أمرها ، هو ما أخذ المشرع الليبي⁽¹⁾ عكس مرحلة المحاكمة، حيث قررت المادة 59 إجراءات جنائية ليبي ، اعتبار اجراءات التحقيق ذاتها ، والنتائج التي تسفر عنها من الأسرار ، ويجب على المحققين وأعضاء النيابة ومساعدتهم (من كتاب وخبراء وغيرهم ممن يتصلون بالتحقيق أو يحضرونه بسبب

وظيفتهم - مهنتهم) عدم إفشائها ولم يكتف المشرع الليبي بالنص على سرية التحقيق الابتدائي، بل إنه نص في نهاية المادة السابقة على أن إفشاء سرية التحقيق يعتبر جريمة يعاقب عليها بموجب المادة 236 من قانون العقوبات الليبي ، والتي نصت على أن " يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر كل موظف عمومي يخل بواجبات وظيفته أو يسيء استعمالها بأن يفشي معلومات رسمية يلزم بقاؤها سرية ، أو يسهل بأي طريقة كانت الوصول إلى الإفشاء بها" .

على أن سرية التحقيق الابتدائي تزول بإحالة الدعوى إلى المحكمة المختصة ، لتتم مناقشتها في جلسة علنية .

خلاصة القول : إن سرية التحقيق الابتدائي بالنسبة للجمهور ، تمثل القاعدة العامة فيما يتعلق بالتحقيق مع المتهمين، وتطبيق هذه القاعدة بالنسبة للإرهابيين يكون من باب أولي ، نظراً للطبيعة الخاصة التي يتطلبها التعامل مع هذه الفئة⁽²⁾، إلا أن قاعدة سرية التحقيق لا تمس حق الخصوم في علانية التحقيق.

ب - علانية التحقيق الابتدائي بالنسبة للخصوم :

القاعدة في قانون الإجراءات الليبي أنه لا يجوز أن يتم التحقيق في غيبة الخصوم في الدعوى الجنائية، وقد ورد النص على هذه القاعدة ، وتحديد الخصوم الذين يجب ألا يتم التحقيق في غيبتهم في المادة 61 إجراءات ليبي، والتي نصت على أنه " للنيابة العامة وللمتهم وللمجني عليه وللمدعي بالحقوق المدنية والمسؤول عنها ولكلائهم أن يحضروا جميع إجراءات التحقيق ..."

1- للمزيد أنظر : حسن محمد ربيع ، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الاولى ، 2000 م . 2001 م ، ص 120.

2- د. حسن محمد ربيع ، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري ، مرجع السابق ، ص 122 .

وعلى ذلك يكون المشرع الليبي نص على مبدأ علانية التحقيق الابتدائي بالنسبة للخصوم وبين المقصود بالخصوم الذين لهم حق حضور إجراءات التحقيق ، وحتى تتحقق العلانية بالنسبة لمن ورد ذكرهم من الخصوم ، أوجبت المادة 62 إجراءات ليبي ، ضرورة أن يخطر الخصوم باليوم الذي تباشر فيه إجراءات التحقيق .

والحكمة من وراء وجوب هذا الإعلان تكمن في إتاحة المجال للخصوم للممارسة حقهم في الدفاع عن أنفسهم ، وذلك بالرد على الأدلة التي تقدم ضدهم وتنقيدها ؛ و ممارسة حقهم في الطعن فيما قد يُتخذ من إجراءات ضدهم ⁽¹⁾ .

وتسري علانية التحقيق أيضا بالنسبة لوكلاء الخصوم فلا يجوز الفصل بين المتهم ومحاميه ، ونصت على هذه القاعدة المادة 4/61 إجراءات ليبي بقولها " وللخصوم الحق دائما في استصحاب وكلائهم في التحقيق " .

ويجب الإشارة إلى إن إجراء التحقيق في غيبة الخصوم محظور ، لكن المتبع لقانون الاجراءات الجنائية الليبي ، يجده يخرج عن هذا الأصل في حالتين : وردت الإشارة إليهما في المادة 1/61 ، 2 إجراءات ليبي ⁽²⁾ ، وذلك عند الضرورة (1) ، وفي حالة الاستعجال (2) .

1 . حالة الضرورة :

أورد المشرع هذا الاستثناء في المادة 1/61 إجراءات ليبي حيث نصت على أنه " لقاضي التحقيق أن يجري التحقيق في غيبتهم (أي الخصوم) متى رأى ضرورة ذلك لإظهار الحقيقة وبمجرد انتهاء تلك الضرورة يبيح لهم الاطلاع على التحقيق " .

وفهم من النص السابق أن مناط الضرورة ، هو أن يكون إجراء التحقيق في غيبة الخصم ضروريا كي تنكشف الحقيقة ⁽³⁾ . ومن قبيل ذلك أن يجري المحقق التحقيق في غير حضور المتهم ؛ خوفاً من أن يؤثر على الشهور بنفوذ ، أو لوجود علاقة قرابة بهم ⁽¹⁾ .

1- د . أمين مصطفى محمد ، قانون الإجراءات الجنائية ، التحقيق الابتدائي والمحاكمة ، مرجع سابق ، ص 15 .

2- تنص المادة (1/61) إجراءات ليبي على أنه " لقاضي التحقيق أن يجري التحقيق في غيبتهم (أي الخصوم) متى رأى ضرورة ذلك لإظهار الحقيقة وبمجرد انتهاء تلك الضرورة يبيح لهم الاطلاع على التحقيق " . وتنص المادة (2/61) " " لقاضي التحقيق أن يباشر في حالة الاستعجال بعض إجراءات التحقيق في غيبة الخصوم ، سواء كانت سلطة التحقيق هي النيابة العامة أو قاضي أو مستشار التحقيق .

3- عبد المنعم الصراعي ، خصوصية الإجراءات الجنائية للطفل المنحرف في التشريع الليبي "دراسة مقارنة " ، رسالة دكتوراه ، جامعة الاسكندرية ، 2012 ، ص 92 .

ويدور المنع مع ضرورة وجوداً عديماً ، فإنه ما انتهت لم يجز لمحقق أن يستمر في المنع ، وإذا قامت حالة الضرورة بالنسبة لإجراء ، فلا تنسحب على بقية الإجراءات ، كما أنه قامت الضرورة في حق أحد الخصوم ، فلا يمتد لتشمل غيره ، فالضرورة تقدر بقدرها . وتقدر حالة الضرورة بداية ، أو من حيث نطاقها وانتهائها متروكاً لتقدير المحقق تحت رقابة محكمة الموضوع .

2. حالة الاستعجال :

أشارت المادة 61 إجراءات ليبي ، على أن القاضي التحقيق أن يباشر في حالة الاستعجال بعض إجراءات التحقيق في غيبة الخصوم ، سواء كانت سلطة التحقيق هي النيابة العامة أو قاضي أو مستشار التحقيق .

ونشير هنا إلى أن الاستعجال هو أحد صور الضرورة⁽²⁾ ، إلا أن ما يتميز به هو عنصر الوقت وتوافر حالة الاستعجال متى كان على المحقق أن يباشر الإجراءات في الحال ، وإلا تعذر الوقت . اتخاذ بعد ذلك ، وذلك كأن يصل إلى علم المحقق أن أحد الشهود سيموت ، فيتنقل على الفور لسماع شهادته ، دون أن يخطر الخصوم بهذا الانتقال .

وعلى ذلك فالفارق بين حالة الضرورة والاستعجال ، يمكن إرجاعه إلى أن المنع في الأولى مقصود ، وفي الثانية غير مقصود ، ولكن ضيق الوقت جعل المحقق يتحلل من واجب إخطار الخصوم⁽³⁾ .

تقدير حالة الاستعجال ، متروك لمحقق تحت رقابة محكمة الموضوع ، وذلك كما في تقدير حالة الضرورة ، وللخصوم الذين تم الإجراءات في غيبتهم أن يطلبوه الإطلاع على الأوراق المثبتة لهذه الإجراءات " م 3/61 إجراءات ليبي .

وترتيباً على ما تقدم ذكره فإنه في غير حالة الضرورة والاستعجال لا يجوز منع الخصوم من الحضور إذا حصل باشر أي إجراء من إجراءات التحقيق في غيبة الخصوم كان هذا الإجراء باطلاً ، ويذهب بعض إلى إن هذا البطلان متعلق بالنظام العام يجوز التمسك به في أي مرحلة كانت عليها الدعوى ، وتقتضي به المحكمة من تلقاء نفسها ولو من غير طلب⁽⁴⁾ . في حين جانب آخر من الفقه إن هذا البطلان مقرر

=

1- أمين مصطفى محمد ، نفس المرجع السابق ، ص 18 .

4. مأمون سلامة ، الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي ، جامعة بنغازي ، ليبيا ، الطبعة الأولى ، 1971م ، ص 589 .

3- عوض محمد عوض ، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، 2008م ص 373 .

4- من هذا الرأي : محمود محمود مصطفى ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص 268 .

لمصلحة الخصم الذي جرى التحقيق في غيبته ، فله إن يتمسك بالبطلان أو يتنازل عنه ، ولا يجوز للمحكمة إن تقضي به من تلقاء

نفسها⁽¹⁾ ، ومذهب هذا الفقه في تقديرنا هو الصحيح .

ج . تدوين التحقيق الابتدائي :

لم ينص المشرع الليبي صراحة على وجوب تدوين التحقيق الابتدائي ، إلا أنه يمكن أن يستخلص من نص المادة 57 إجراءات ليبي⁽²⁾ ، التي نصت على أن " يستصحب قاضي التحقيق في جميع إجراءاته كاتباً من كتاب المحكمة يوقع معه المحاضر ، وتحفظ هذه المحاضر مع الأوامر وباقي الأوراق في قلم كتاب المحكمة " والملاحظ أن هذه المادة لم تنص صراحة على وجوب التدوين ، لكن يستفاد الوجوب بحكم اللزوم العقلي ، فالتوقيع على محاضر التحقيق يفترض بداية أن تثبت إجراءاته كتابة ، مع الإشارة إلى أن وظيفة الكاتب الأساسية تكمن في توليه كتابة المحاضر ، وليس فقط مجرد التوقيع عليها.

خلاصة القول أن مبدأ تدوين التحقيق الابتدائي يكتسي أهمية خاصة عند مباشرة التحقيق مع الإرهابيين ، إذ من شأنه أن يفسح المجال أمام المحقق في أن يتفرغ لمناقشة الإرهابي والحصول منه على معلومات تعينه على معرفة الأسباب التي دفعته لارتكاب الجريمة .

فالتحقيق مع الإرهابيين لا يهدف فقط مجرد إثبات مسألة الادانة أو البراءة ، بقدر ما يسعى إلى معرفة الأسباب والعوامل التي دفعت بهم إلى ارتكاب الجريمة وتتبع باقي الجناة ، خاصة أن هذه الجرائم تتخطى الدولة ، مما تساعد في الكشف على بقية العصابات الإرهابية والتعاون مع جهات التحقيق في الدول الأخرى .

والسؤال المطروح هل هناك خروج أو استثناءات عن القواعد العامة في إجراءات التحقيق بجرائم الإرهاب ؟ .

المطلب الثاني : الخروج عن القواعد العامة في إجراءات التحقيق

يفهم من المادة 187 المعدلة بالقانون رقم 3 لسنة 2013 في مادته الأولى أن المشرع أعطى للنيابة العامة سلطات أوسع من السلطات الممنوحة لها عند التحقيق في جرائم الإرهاب ، ومنحها بعض الاختصاصات الاستثنائية التي تختلف عن تلك السلطات الممنوحة لها في الجرائم العادية .

1- من هذا الرأي : مأوم سلامة ، مرجع السابق ، ص 592 .

2- تقابلها وتتطابق معها تماماً المادة 73 إجراءات جنائية مصري ، وتناول المشرع التونسي هذا الحكم في المادة 53 من قانون الإجراءات الجنائية .

ندرس هذه السلطات الاستثنائية الممنوحة للنيابة العامة ، من خلال السلطات الاستثنائية المتعلقة بالتحقيق الابتدائي في حد ذاته أولاً ، والسلطات الاستثنائية للنيابة العامة المتعلقة بأمور متصلة بالتحقيق ثانياً .

أولاً : السلطات الاستثنائية للنيابة العامة المتعلقة بالتحقيق الابتدائي في حد ذاته

لم ينص قانون مكافحة الإرهاب الليبي على منح سلطات استثنائية للنيابة العامة أثناء في جرائم الإرهاب، وإنما وردت هذه الاستثناءات في قانون الإجراءات الجنائية الليبي في المادة 187 مكرر المعدلة بموجب الفقرة الأولى من المادة الأولى من قانون رقم 3 لسنة 2013م في شأن تعديل بعض أحكام قانون الإجراءات الجنائية .

إذ منح المشرع النيابة العامة سلطات استثنائية وهي سلطات قاضي التحقيق بالإضافة الى سلطاتها الأصلية في التحقيق . ومعنى هذا أن النيابة العامة تجمع بين اختصاصاتها الأصلية واختصاصات قاضي التحقيق .

فالسؤال الذي يطرح نفسه ؛ ماهي الإجراءات أو السلطات الممنوحة للنيابة العامة في التحقيق في جرائم الإرهاب ؟ .

للإجابة عن هذا السؤال سوف نتبع إجراءات التحقيق في جرائم الإرهاب التي نص عليها قانون مكافحة الإرهاب ، وما نصت عليه القواعد العامة في قانون الإجراءات الجنائية لتتعرف من خلالها على هذه الإجراءات الممنوحة للنيابة العامة ومعرفة مدى وجود خصوصية من عدمه من خلال دراسة سلطاتها في الاستجواب والضبط والتفتيش (أ) ، والتوسع الممنوح للنيابة العامة فيما يتعلق بسماع شهادة الشهود والحبس الاحتياطي (ب).

أ . استجواب المتهم وضبطه وتفتيشه :

سنتناول الاستجواب (1) ؛ ثم نبين الضبط والتفتيش (2)

1 . استجواب المتهم :

يعد الاستجواب إجراء من إجراءات التحقيق الذي بمقتضاه يتثبت المحقق من شخصية المتهم ويناقشه في التهمة المنسوبة إليه على وجه التفصيل في الأدلة القائمة في الدعوى نفيًا وإثباتًا⁽¹⁾، وهو يختلف عن مجرد سماع الأقوال⁽¹⁾ .

1- طعن جنائي 16/85 ق ، جلسة 7 -4-1970 ، س6 ع4 ص 113 ، مشار إليه لدى . فائزة الباشا ، قانون الإجراءات الجنائية الليبي ، دار النهضة ، القاهرة ، الطبعة الأولى 2003-2004 .، ص 380 .

ونظراً لخطورة هذا الإجراء ؛ ولما قد تسفر عنه مباشرة من اعتراف المتهم ، ونظراً أيضاً لما يشكله هذا الإجراء في ذات الوقت من أهمية للمتهم ؛ بما يعطيه له من فرصة الرد على أدلة الإثبات ضده ، وثبات ما يبرره ؛ أوجب المشرع على سلطة التحقيق مباشرة هذا الإجراء خلال مدة لا تتجاوز الأربع والعشرين ساعة ، وإلا أخلت سبيله في الجرائم العادية م112 إجراءات ليبي .

بيد أن المشرع خرج على هذه القاعدة في المادة 187 مكرر (ب) المعدلة بالقانون رقم 3 لسنة 2013 م بشأن تعديل بعض أحكام قانون الإجراءات الجنائية ، والتي تنص أنه " تكون إحالة المتهم إلى النيابة العامة في الجرائم المشار إليها في المادة السابقة خلال سبعة أيام من تاريخ ضبطه ، ويجب على النيابة العامة أن تستجوبه خلال ثلاثة أيام عند إليها ثم تأمر بحبسه احتياطياً أو الإفراج عنه .

ولا يكون أمر النيابة العامة بالحبس نافذاً إلا لمدة أسبوعين ، فإذا رُئي مد الحبس عرض الأوراق على القاضي المختص ليصدر أمراً بعد سماع أقوال المتهم بالإفراج عنه ، أو بمد حبسه لمدة ، أو لمدد متعاقبة لا تزيد كل منها على خمسة وأربعين يوماً إلى أن ينتهي التحقيق "

يفهم النص أن المشرع لم يلتزم بهذه القاعدة في حالة ما إذا كان الاستجواب متعلقاً بجريمة الواردة في الباب الأول من الكتاب الثاني من قانون العقوبات والجرائم المرتبطة بها من ومن بينها الجرائم التي تأخذ صبغة الجرائم الإرهابية ، حيث قرر زيادة هذه المدة بحيث أصبحت ثلاثة أيام بدلاً من 24 ساعة .

ويبدو أن المشرع قد أنطلق في خروجه هذا على تلك القاعدة من خطورة هذا النوع من الجرائم حيث رأى في هذه الخطورة ما يبرر منح النيابة العامة وقتاً أطول ؛ لتتمكن من جمع بعض الأدلة ضد المتهم من خلال هذا الإجراء ؛ لتكون فرصة الحكم بالإدانة وتوقيع الجزاء المناسب أرجح على فرصة الحكم بالبراءة ؛ وبهذا يكفل تضيق الخناق على مرتكبي هذا النوع من الجرائم وعدم إفلاتهم من توقيع الجزاء المناسب عليهم (2) .

=

1- إذ يختلف الاستجواب عن مجرد سماع الاقوال ، حيث يعرف الاستجواب لغة طلب الجواب على أمر ، واصطلاحاً مناقشة المتهم تفصيلاً في تهمة موجهة إليه بارتكاب جريمة ، ودعوته إلى الرد على الادلة القائمة ضده . إما بتفنيدها أو التسليم بها . انظر في ذلك ، د . فاروق الكيلاني ، محاضرات في اصول المحاكمات الجزئية الاردني والمقارن ، عمان ، الجامعة الاردنية ، ط1، 1981 ، ص 371 . ويعرف سماع الاقوال الذي يقصد به مطالبة المتهم بالإجابة على التهمة المسندة اليه ، دون المناقشة التفصيلية والذي يملكها مأمور الضبط القضائي في مرحلة الاستدلال . انظر في ذلك . أمين مصطفى محمد ، قانون الإجراءات الجنائية ، التحقيق الابتدائي والمحاكمة ، مرجع سابق ذكره ، ص 56 .

2- مصطفى إبراهيم العربي ، السلطات الاستثنائية الممنوحة للنسبة العامة ، بحث منشور بمجلة البحوث القانونية ، كلية القانون مصراته ، العدد الثاني ، 2014 ، ص 243242 .

2. الضبط والتفتيش :

ستكلم عن الضبط "1" ، ثم التفتيش "2" .

"1". الضبط ⁽¹⁾ :

لم ينظم قانون مكافحة الإرهاب الليبي إجراءات الضبط ، وعليه يتحتم علينا الرجوع إلى القواعد العامة في قانون الإجراءات الجنائية، حيث نصت المادة 79 من قانون الإجراءات الجنائية أنه "للقاضي التحقيق أن يضبط لدى مكاتب البريد كافة الخطابات والرسائل والجرائد والمطبوعات والطرود ولدى مكاتب التلغرافات والبرقيات كما يجوز له مراقبة المحادثات التلفونية متى كان لذلك فائدة في ظهور الحقيقة".

وبالاطلاع على نص المادة 187 مكرراً (أ) المعدلة بموجب الفقرة الأولى من المادة الأولى من قانون رقم 3 لسنة 2013م في شأن تعديل بعض أحكام قانون الإجراءات الجنائية يتضح أن المشرع الليبي أراد أن يمنح النيابة العامة بعض السلطات الإجرائية الاستثنائية التي لا تتمتع بها أثناء التحقيق في الجرائم عامة ، بحيث منحها سلطات قاضي التحقيق ، والتي تباشرها بإحدى الصفتين : القاضي أو المحقق ، وتتمثل الأولى في الحكم على الشهود بالعقوبة المحددة قانوناً في حالة امتناعهم عن القيام بما يوجب المشرع القيام به أثناء التحقيق ، وتتمثل الثانية في ضبط الخطابات والرسائل ومراقبتها .

من حيث ضبط الخطابات والرسائل والمحادثات الهاتفية:

القاعدة أن النيابة العامة لا تستطيع مباشرة أيّاً من الإجراءات التي يباشرها قاضي التحقيق إلا إذا أخذت الإذن من القاضي الجزئي ، وفي هذا ضمان من ضمانات التحقيق قررت لمصلحة المتهم ؛ حيث أخضع المشرع سلطة النيابة العامة في مباشرة هذا الإجراءات لرقابة القضاء ، بحيث يأذن لها إذا وجد مبرراً لمباشرة الإجراء ويرفض منح الإذن إذا لم يجد هذا المبرر .
الواردة في الباب الأول من الكتاب الثاني من قانون العقوبات غير أن المشرع رأى - على ما يبدو - أن مصلحة التحقيق في الجرائم والتي تتضمن جرائم الإرهاب تقتضي التضحية بهذه الضمانة ؛ نظراً لخطورة هذه الجرائم على مصالح المجتمع الأساسية

1- الضبط هو وضع اليد على شيء يتصل بجريمة وقعت وفيد في كشف عنها وعن مرتكبها . للمزيد انظر : د أمين مصطفى محمد ، قانون الإجراءات الجنائية ، التحقيق الابتدائي والمحاكمة ، مرجع سابق ، ص 72 . وأيضاً حسنى الجندى ، شرح قانون الاجراءات الجزائية الليبي ، الجزء الاول ، 1990م ، ص 568 حيث يرى (أن الاستجواب ليس وسيلة حصول على دليل ولا وسيلة دفاع عن المتهم ، وإنما هو وسيلة سعى إلى الحقيقة ، فهو إجراء استقصائي شأنه في ذلك شأن كافة الإجراءات الاستقصائية الهادفة إلى استكشاف الحقيقة في شأن قضية ما) .

فقرر رفع القيد الموضوع عليها عند مباشرتها لتلك الإجراءات أثناء التحقيق في إحدى هذه الجرائم؛ حيث أجاز لها مباشرتها دون أخذ الأذن من القاضي الجزئي ، وذلك عندما منحتها - بموجب نص المادة 187 مكرر (أ) المشار إليها أعلاه - كل سلطات قاضي التحقيق ويكون لها عند تحقيق الجرائم المشار إليها وإحالتها إلى محكمة كافة السلطات المخولة للنياية العامة ولقاضي التحقيق . .

وعلى هذا ، فإن النياية العامة تستطيع بموجب هذا النص إذا انصب التحقيق على الجرائم الإرهابية، أن تضبط لدى مكاتب البريد الخطابات والرسائل والجرائد والمطبوعات والطرود ولدى مكاتب التلغرافات والبرقيات كما يجوز له مراقبة المحادثات التلفونية ⁽¹⁾ دون أن تنقيد بمحصول إذن على ذلك من قاضي التحقيق .

واضح من ذلك، أن المشرع الليبي انحاز إلى جانب فاعلية الإجراءات على حساب ضمانات الحريات الشخصية المقررة للمتهم ⁽²⁾ .

ونعتقد أن المشرع لم يكن موفقاً في منحه النياية العامة هذه السلطات دون إخضاعها لرقابة القضاء، التي تعتبر حصن الحصين ضد ما قد يعتري النياية العامة من تعسف في بعض الأحيان. حيث تنازل المشرع الضمانات المقررة للأفراد بشأن سرية الاتصالات والمرسلات التي يلزم أن يكون اختراقها بإذن من القاضي الجزئي وليس بقرار من النياية العامة التي قد تتأثر بكونها سلطة اتهام في اتخاذ هذا القرار، دون الموازنة بين التبريرات اختراق السرية ومبررات عدم جواز ذلك . وإذ قيل أن سرعة السيطرة على أدلة الجريمة الإرهابية ونشاط الجماعات الإرهابية هي التي تبرر مثل هذا الإجراء الشاذ، وأن الضرورات تبيح المحظورات، نقول إن الإذن من القاضي الجزئي ، يمكن أن يوفي بالغرض ذاته، إذ الإذن يجب ان يصدر على وجه السرعة متى توافرت أدلة كافية تثبت وجود جريمة إرهابية .

وفي هذا مخالفة أيضاً لما تقضي به بعض النصوص الدستورية في هذا المجال، حيث

1- ويقصد بالمراقبة " تعمد الإنصات والتسجيل ، ومحملها المحادثات الخاصة سواء كانت مباشرة أو غير مباشرة ، أي سواء كانت مما يتبادلها الناس في مراجعة بعضهم البعض ، أو عن طريق وسائل الاتصال السلكية واللاسلكية " ، انظر في ذلك : عوض محمد عوض ، المبادئ العامة في الاجراءات الجنائية ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، مصر ، د . ط ، 2008 . ، ص 404

2- محمود صالح العدلي، موسوعة القانون الجنائي للإرهاب، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، الطبعة الاولى، 2005م. ص 127

تنص المادة 12 من الإعلان الدستوري الصادر عن المجلس الوطني الانتقالي بتاريخ 2012/8/3م على حرمة الحياة الخاصة وعدم جواز المساس بها إلا بإذن قضائي وذلك بقولها : " حياة المواطنين الخاصة حرمة يحميها القانون ، ولا يجوز للدولة التجسس عليها إلا بإذن قضائي وفقاً لأحكام القانون " ، وتؤكد المادة 13 من ذات الإعلان على حرمة المراسلات والمحادثات الهاتفية وعدم جواز الاطلاع عليها أو رقابتها إلا بإذن قضائي ، وذلك بقولها : " للمراسلات والمحادثات الهاتفية وغيرها من وسائل الاتصال حرمتها وسريتها ، وهما مكفولتان ، ولا يجوز مصادرتها أو الاطلاع عليها أو رقابتها إلا بأمر قضائي ، ولمدة محددة وفقاً لأحكام القانون " .

وعلى كل حال ، نأمل من المشرع تعديل النص ، أو على الأقل يستأثر بالاختصاص بالأمر لاختراق سرية الاتصالات والمراسلات للنائب العام أو المحامين العامين ، حتى نوازن بين فاعلية الإجراءات والضمانات الواجب توافرها قبل المساس بسرية الاتصالات والمراسلات . ليس هذا فحسب بل يجب النص على مدة محددة لهذا الإجراء ، تكون كافية للمراقبة أو التنصت وتكون قابلة للتמיד إن اضطر الأمر .

ونفس الإجراء الذي تبناها المشرع الليبي سار عليه المشرع المصري وتميز عليه بتحديد مدة هذا الإجراء ، وذلك بأن يكون للنيابة العامة سلطات قاضي التحقيق في جنايات الإرهاب وفقاً ما نصت عليه المادة 206 مكرر من إجراءات جنائية مصري ، وعليه يحق للنيابة العامة ممارسة إجراءات ضبط الخطابات والمراسلات والبرقيات ومراقبة المحادثات السلكية واللاسلكية أو إجراء تسجيلات لأحداث جرت في مكان خاص ، وذلك لمدة لا تزيد ثلاثين يوماً قابلة للتجديد لمدة أو مدد مماثلة المادة 46 من قانون مكافحة الارهاب المصري لسنة 2015م .

"2" . التفتيش (1) :

منح المشرع النيابة العامة بموجب القانون رقم 3 لسنة 2013 في مادته الاولى ، صلاحية قاضي التحقيق عند مباشرتها للتحقيق في جرائم الإرهاب إذ بموجب هذا القانون يسمح للنيابة العامة تفتيش غير المتهمين ، وتفتيش مساكن غير المتهمين من غير إذن .

1- التفتيش هو : البحث عن شيء يتصل بجريمة وقعت ويفيد في كشف الحقيقة عنها وعن مرتكبيها ، ويكون محل التفتيش إما مسكناً وإما يكون شخصاً وقد يكون متعلقاً إما بالمتهم أو بغيره " . انظر في ذلك : عوض محمد عوض ، المبادئ العامة للإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص 377 .

. تفتيش غير المتهمين من قبل قاضي التحقيق نصت عليه المادة 78 إجراءات ليبي على أنهى " لقاضي التحقيق أن يفتش المتهم ، وله أن يفتش غير المتهم إذا اتضح من أمارات قوية أنه يخفي أشياء تفيد في كشف الحقيقة ، ويراعى في التفتيش حكم لفقرة الثانية من المادة 35⁽¹⁾

وللنيابة العامة تفتيش مساكن غير المتهمين إذا توافرت قرائن وأمارات تفيد حيازته لأشياء تساعد على الوصول للحقيقة ، وفقاً للصلاحيات التي منحها إياها المادة الأولى من قانون رقم 3 لسنة 2013 بشأن تعديل بعض نصوص الإجراءات الجنائية، إذ تباشر النيابة العامة صلاحيات قاضي التحقيق لتفتيش غير متهمين التي نصت عليها المادة 75 إجراءات ليبي، التي تنص على " تفتيش المنازل عمل من أعمال التحقيق ، ولا يجوز الالتجاء إليه إلا في تحقيق مفتوح وبناء على تهمة موجهة إلى شخص مقيم في المنزل المراد تفتيشه ، بارتكاب جناية أو جنحة أو باشتراكه في ارتكابها أو وجدت قرائن على أنه حائز لأشياء تتعلق بالجريمة.

وللمحقق أن يفتش أي مكان ويضبط فيه الأوراق والأسلحة والآلات وكل ما يحتمل استعمال في ارتكاب الجريمة ، أو نتج عنها ، أو وقعت عليه وكل ما يفيد في كشف الحقيقة . " وقد وردت عبارة المشرع " أي مكان " عامة دون تحديد ، ومتى كانت عبارة المشرع مطلقة جرت على إطلاقها ، الأمر الذي يحملنا على اعتبارها تستوعب جميع الأماكن العامة أو الخاصة .

أن هذا التحرر الذي منحه المشرع للنيابة العامة في تفتيش غير المتهمين وتفتيش منازل غير المتهمين دون إذن من قاضي الجزئي ، يعطى فاعلية لسرعة اتخاذ الإجراءات القانونية ضد المتهمين ، إلا أنه يمثل انتقاصاً من حرمة الحرية الشخصية ، وحرمة المسكن المقررة لأشخاص من المفترض أنهم مازالوا بعيدين عن دائرة الاتهام ، وفي هذا مخالفة صريحة أيضاً لما تقضي به بعض النصوص الدستورية في هذا المجال⁽²⁾ .

ونعتقد أن المشرع لم يكن موفقاً في منح النيابة العامة هذه السلطات دون إخضاعها لرقابة القضاء .

وعند المقارنة مع التشريعات الأخرى كالتشريع التونسي ، فلم يشير إلى مسألة تفتيش

1- إذا كان المتهم انثى وجب أن يكون التفتيش بمعرفة أنثى يندها لذلك مأمور الضبط القضائي طبقاً للمادة 35 إجراءات جنائية.

2- المادة 12 من الاعلان الدستوري التي تنص " حياة المواطنين الخاصة حرمة يحميها القانون ، ولا يجوز للدولة التحسس عليها إلا بحكم قضائي وفقاً لأحكام القانون " .

الامان في قانون مكافحة الارهاب ، وانما يرجع للقواعد العامة في قانون الاجراءات الجنائية المتعلقة بالتفتيش والتي قيدها المشرع التونسي بالعديد من القيود أهمها وجود شاهد أو محام وكاتب وقت إجراء التفتيش .

ب - الشهادة والحبس الاحتياطي :

سنعرض الشهادة (1)، ثم الحبس الاحتياطي (2)

أ . الشهادة :

أعطى المشرع الليبي في المادة 99 إجراءات جنائية لقاضي التحقيق صلاحية معاقبة الشاهد إذا لم يحضر رغم إعلانته إعلاناً صحيحاً بغرامة لا تتجاوز عشرة دنانير ، ويجوز لقاضي التحقيق طبقاً للمادة 10 إجراءات جنائية الحكم على الشاهد بالحبس مدة لا تزيد عن ستة أشهر أو بالغرامة التي تتراوح بين العشرة الجنيهات والخمسين جنيهاً في حالة امتناعه عن حلف اليمين أو عن الإدلاء ببياناته الشخصية أو عن أداء الشهادة . وما يهمنا من أمر الحكم على الشهود بتلك العقوبات أثناء التحقيق ، أن المشرع . لم يمنح هذا الحق للنياية العامة إذا كانت هي القائمة بالتحقيق في الجرائم العادية ، وكل ما لها حيال هذا الأمر أن تطلب ذلك من القاضي الجزئي الذي يحكم على الشاهد بتلك العقوبات في الأحوال المشار إليها أعلاه طبقاً للمادة 181 / 2 إجراءات جنائية .

ويعد هذا تطبيقاً لمبدأ قضائية العقوبة الذي يعني أن يكون الحكم بالعقوبة المقررة قانوناً حكراً على القضاء وحده ، دون أن تزاخمه في ذلك أية سلطة . ولا يقدح في ذلك أن يجيز المشرع لقاضي التحقيق أو غرفة الاتهام الحكم على الشهود في مثل تلك الأحوال ؛ لأنهما وإن باشرا التحقيق في بعض الجرائم، إلا أن ذلك لا ينزع عنهما صفتيهما الأساسية ، كونهما أحداً قضاة المحكمة الابتدائية أو أحداً مستشاري محكمة الاستئناف .

غير أن المشرع خرج عن هذه القاعدة ، وأعطى للنياية العامة سلطة الحكم على الشاهد في مثل هذه الأحوال بالعقوبات المحددة قانوناً، في حالة استدعائه للشهادة في دعوى جنائية مرفوعة عن ارتكابه جريمة إرهابية ، وذلك بموجب نص المادة 187 مكرر (أ) إجراءات ليبي ، المعدلة بالمادة الأولى من القانون رقم 3 لسنة 2013 م .

والواقع أن هذا الأمر لا يمكن أن يكون محل قبول إطلاقاً؛ لتعارضه الصارخ مع ضمانات المحاكمة العادلة التي تعتبر مبدأ قضائية العقوبة إحدى ركائزها ، فهو غير تعبيراً جوهرياً من طبيعة النياية العامة⁽¹⁾ ،

1- مصطفى إبراهيم العربي ، السلطات الاستثنائية الممنوحة للنياية العامة ، مرجع سابق ذكره ، ص 237.

التي هي في الأساس سلطة تحقيق واتهام وليست سلطة حكم، الأمر الذي يدعو إلى المشرع إلى إلغاء هذا التحول وقصر معاقبة الشاهد على السلطة القضائية.

هذا وقد نظمت أغلب التشريعات الشهادة تقديرًا لأهمية ، وما يترتب عليها من آثار في إثبات الواقعة ونسبتها للفاعل .

والذي يؤخذ على قانون مكافحة الإرهاب الليبي لسنة 2014 ، وقانون الإجراءات الجنائية أنه لم ينظم أي حماية للشاهد ، بحيث لم يوضع له أحكام من شأنها أن تساهم في التشجيع على الإدلاء بالمعلومات حول الجريمة الإرهابية دون أن يكون لدى الشاهد أدنى خوف من مرتكب الجريمة ، أو من جهة أخرى ، وهذا يشكل قصورا تشريعيا كان أولى من المشرع الليبي تفاديه خاصة في ظل تشريع ينظم أحكام الجريمة الإرهابية بشكل تفصيلي .

بعكس بعض القوانين التي وفرت حماية للشهود كقانون مكافحة الإرهاب وغسل الأموال التونسي 2015م، الذي لم يوفر حماية للشهود فقط ، بل وفر حماية لجميع من شارك في البحث والكشف عن الحقيقية الفصل 70 من هذا القانون⁽¹⁾ ، وتجدد الإشارة هنا إلى نظرية حديثة نسبياً ينادي بها أغلب فقهاء القانون ويروا أنه يجب أن تتضمنها التشريعات - فالأخذ بهذه النظرية تمليها خطورة الجريمة الإرهابية وخطورة الجناة، وهذه النظرية هي نظرية الشاهد المجهول⁽²⁾ ، الذي يدلى بشهادته أمام سلطة التحقيق دون

1- ينص الفصل (71) من قانون مكافحة الإرهاب التونسي أنه " تتخذ التدابير الكفيلة بحماية كل من أوكل لهم القانون مهمة معاقبة الجرائم الإرهابية المنصوص عليها بهذا القانون. وزجرها من قضاة ومأموري ضابطة عدلية ومأموري الضابطة العدلية العسكرية وأعوان ديوانه وأعوان سلطة عمومية وتشمل تدابير أيضا مساعدي القضاء والمخبر والمتضرر والشهود وكل من تكفل بأي وجه من الأوجه بواجب إشعار السلطات ذات النظر بالجريمة .. " .

2- من أهم أسانيد هذه النظرية هي - أ - خطورة الجريمة الإرهابية وكذا خطورة القائمين بها والذين يخططون لها ولتنفيذها ، خاصة إذا كان الفاعل - وفي الغالب - جماعة إرهابية أو منظمة إرهابية ، فلا يخفى على أحد مدى ترابط هذه الجماعة وقدرتها على تصفية أي شخص يحاول الكشف عن هويتها أو يدلى بمعلومات تتعلق بالجنحة .
ب . يحق للمحكمة وفقاً لقواعد الإجراءات الجنائية أن تقرر تلاوة شهادة الشاهد التي أدلى بها في التحقيق إذا تعذر حضوره لأي سبب من الأسباب وغياب الشاهد في الجريمة الإرهابية له ما يبرره بحيث يكفى أن تتلى الشهادة وتكون معلومة لدى جهة التحقيق.

ج - يمكن الاستناد إلى مبدأ سرية التحقيقات لتبرير هذه النظرية بحيث أنه إذا كان من الأصح للإجراء القيام به في حضور أطراف الدعوى من نيابة وخصوم إلا أنه يوجد استثناء في أغلب التشريعات يبيح اتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق في غيابهم متى رأت جهة التحقيق أن ذلك ضروري لإظهار الحقيقة في غيابهم متى رأت جهة التحقيق أن ذلك ضروري لإظهار الحقيقة ، كما إجازت ذلك في حالة الاستعجال . ولا أهمية بعد ذلك، ذكر الأسم الحقيقي للشاهد متى كان معلوماً لدى جهة التحقيق وكان الخصوم الاطلاع على الشهادة كجزء من أوراق التحقيق التي يجوز للخصوم في الدعوى الاطلاع عليها.

أن يشار إلى اسمه الحقيقي أو بيان محل إقامته. فيمكن استعمال اسم مستعار ويكون اسمه الحقيقي معلوما لدى جهة التحقيق.

وفي جميع الأحوال يحق لجهة التحقيق تقدير شهادة الشاهد ولها أن تجزئها بحيث تأخذ ما تطمئن إليه وتطرح ما عدا . إذ يكفي في الشهادة أن تكون منصبة على واقعة تفيد في كشف عن الحقيقة ولا يلزم بعد ذلك أن تكون منصبة على الجريمة ، أو ماديات الجريمة الإرهابية التي يجري التحقيق بشأنها .

وبهذا الشكل نلفت نظر المشرع الليبي إلى ضرورة التدخل السريع لتعديل نصوصه بتوفير الحماية للشاهد وضحايا الجريمة في جرائم الإرهاب التي ندرك مدى خطورتها في غياب هذه الحماية⁽¹⁾ ، التي بدونها تشكل هاجساً من الرعب والخوف في نفس أي شاهد له معلومات يريد أن يدلي بها .

=

للمزيد أنظر : حليلة مصطفى ابو زيد ، المواجهة التشريعية للإرهاب في القانون الدولي الجنائي وقوانين المغرب العربي رسالة ماجستير ، جامعة طرابلس ، طرابلس ، (غير منشورة) ، 2010م ، ص 124-125 .

1 - تختم الخطوة التي تتميز بها جرائم الإرهاب اتخاذ جملة من القواعد والإجراءات الاستثنائية تتوفر حماية للشاهد بل لجميع من شارك في البحث و الكشف عن حقيقتها ؛ فمن بين هذه الإجراءات يمكن لوكيل النيابة في حالات الخطر الملم وإن اقتضت الضرورة ذلك إجراء أعمال البحث والتحقيق بغير مكان التحقيق المعتاد مع اتخاذ التدابير اللازمة لضمان حق المتهم في الدفاع عن نفسه ، وبالتالي يمكن حصر قواعد لتوفير هذه الحماية وهي : القاعدة الأولى : نقل مكان التحقيق والبحث مع اتخاذ الإجراءات التي تكفل ضمان المتهم ، القاعدة الثانية : يمكن تغير وسيلة السماع المتداخلة ، حيث يمكن لوكيل النيابة أو القاضي أن يقرر استنطاق المتهم وتلقي تصريحات من يَرَى فائدة في سماعه باستعمال وسائل الاتصال السمعية والبصرية الملائمة دون ضرورة لحضور المعني شخصياً ، وتتخذ حينئذ التدابير الكفيلة بعدم الكشف عن الاشخاص الواقع سماعهم . فمن الممكن استعمال شبكات الاتصال الحديثة وما بها من تطبيقات للأتماء الغاية ، القاعدة الثالثة: من يرى اللجوء إلى سرية الجلسات دون تغير مكان انعقادها وهو تجيزه الإجراءات العامة ففي الحالات الاستثنائية وعند وجود خطر حقيقي يمكن للجهة القضائية المتعده ان تقرر من تلقاء نفسها أو بطلب النيابة أو بناء على من له مصلحة بذلك إجراء الجلسات بصورة سرية . ويُحْضَر في هذه الحالة نشر عن المرافعات او القرارات التي من شأنها النيل من الحياة الخاصة للضحايا أو سمعتهم دون المساس بالضمانات الأخرى المقررة بالنصوص . القاعدة الرابعة: كذلك يجوز إخفاء هويات الاطراف المتداخلة أو عناوينهم حيث يمكن للأشخاص المشار اليهم سابقاً في صورة دعوتهم إلى الادلاء بتصريحاتهم أمام النيابة او قاضي التحقيق أو غيره من الهيئات القضائية ؛ وتضمن في هذه الحالة هوياتهم ومقراتهم الأصلية بدفتر سري مرقم ومضني يقع فتحه لهذا الغرض لدى النيابة العامة ، ويمكن في حالات الخطر الملم وان اقتضت الضرورة ذلك تضمين جميع المعطيات التي من شأنها الكشف عن هوية المتضرر والشهود وكل ما تكفل بأي وجه من الوجوه بواجب اعلان السلطات ذات النظر بالجريمة في محاضر مستقلة تحفظ بملف منفصل عن الملف الاصلي ، وتضمن في هذه الحالة هوية الاشخاص المشار إليهم وغيرها من البيانات الاخرى التي من شأنها الكشف عنهم ، بما في ذلك بمضاءتهم بدفتر سري مرقم ومضني من النيابة العامة. للمزيد انظر ، محمود صالح العدلي ، موسوعة الإرهاب ، مرجع سابق ، ص 487 - 488 .

2. الحبس الاحتياطي :

يعتبر الحبس الاحتياطي من أخطر الإجراءات الاحتياطية التي تتخذ ضد المتهم في مرحلة التحقيق؛ لكونه يشكل مساساً مباشراً بحريته ، وحرقاً واضحاً لمبدأ قرينة البراءة ، والذي تقضي باعتبار كل متهم بريء حتى تثبت إدانته بحكم نهائي⁽¹⁾ . وهذا ما أكدته الاعلان الدستوري الليبي في المادة 13 التي نصّ صراحة على " أن المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة عادلة "⁽²⁾ .

ولم ينص المشرع الليبي على قواعد خاصة بالحبس الاحتياطي للمتهمين في جرائم الإرهاب ، بل تطبق بشأنه القواعد العامة الواردة في قانون الاجراءات الجنائية .

وبعد التعديل الذي خضعت له المادة 187 مكرر (ب) السابقة بالقانون رقم 3 لسنة 2013 حيث حدد المشرع للنياية العامة مدة الحبس الاحتياطي للمتهم في جريمة إرهابية وهى أسبوعان ولا يجوز لها تمديدتها إلا بعد إذن القاضي الجزئي لمدة لا تزيد على خمسة وأربعين يوماً . وهذا نصت عليه المادة الأولى من القانون رقم 3 لسنة 2013 م في شأن تعديل بعض احكام قانون الإجراءات الجنائية الليبي أنه " تكون إحالة المتهم إلى النياية العامة في الجرائم المشار إليها في المدة السابقة خلال اسبوع من تاريخ ضبطه ويجب على النياية العامة أن تستجوبه خلال ثلاثة ايام عند إحالته إليها ثم تأمر بحبسه احتياطاً أو الافراج عليه . ولا يكون أمر النياية العامة بالحبس نافداً إلا لمدة اسبوعين ، فإذا رُوي مدّ الحبس وجب عرض الأوراق على القاضي المختص ليصدر أمراً بعد سماع أقوال المتهم بالأفراج عنه أو يمدد حبسه لمدد متعاقبة لا تزيد كل منها على خمسة وأربعين يوماً إلى أن ينتهي التحقيق " .

وبهذا التعديل أحسن المشرع الليبي بإعطائه الاختصاص للقاضي الجزئي باعتبار أن القاضي الجزئي متواجد بالمحكمة بشكل يومي ، وهذا يسهل إجراء التمديد بالنسبة للنياية العامة ، بعكس النص الملغي 187 مكرراً ب إجراءات ليبي الذي اشترط أن يكون التمديد بالمحكمة الجنائيات إذا كانت منعقدة ، أو أحد دوائر محكمة الاستئناف المختصة ، ومن المعلوم أن محكمة الجنائيات في العادة لا تعقد إلا جلسة واحدة أسبوعياً وبالتالي يكون النص المعدل موفقاً في منح الاختصاص للقاضي الجزئي ومن الملاحظة أن المشرع الليبي لم يضع سقف لمدة الحبس الاحتياطي الذي يعد ضماناً من ضمانات التحقيق للمتهم.

1- محمد أبراهيم زيد ، نظم العدالة الجنائية في الدول العربية " المراحل السابقة على المحاكمة " ، الرياض ، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية ، الرياض ، السعودية الطبعة الأولى ، 1422 هـ ، 2001 ، ص 113 .

2- الاعلان الدستور الليبي الصادر في 03 / 08 / 2012 م .

بل ترك الأمر مفتوحاً للقاضي الجزئي بأن يقوم بالتمديد إلى أن ينتهي التحقيق ، وهذا مسلك غير محمود من المشرع وخاصة فيما يتعلق بجرائم الإرهاب ، وكان من الأنسب وضع حد أقصى لانتهاة مدة الحبس الاحتياطي ، وخاصة أن الحبس الاحتياطي لا يعد عقوبة بل هو إجراء من إجراءات التحقيق الذي يجب أن يكون محدد بحد أقصى، والذي نرى أن يكون الحد الأقصى للحبس الاحتياطي ستة أشهر، وهي مدة مناسبة لاستيفاء التحقيق والتصرف في الأوراق، وفي نفس الوقت تلزم النيابة العامة سرعة استيفاء التحقيق وعدم ترك المتهم لمدة غير محددة في الحبس الاحتياطي .

خلاصة القول أنه ومن خلال اطلعنا على تنظيم المشرع الليبي لإجراءات التحقيق في جرائم الارهاب نلاحظ أن المشرع لم يفرد نصوصاً خاصة لجميع هذه الإجراءات ، بل تركها للقواعد العامة ؛ وبالتالي ستطبق النيابة العامة ما نصت عليه القواعد العامة في قانون الإجراءات الجنائية من إجراءات التحقيق في مواجهة هذه الجرائم مما يدعو إلى عرض الملاحظات الآتية :

أولاً : أن ما نصت عليه المادة 187 مكرراً (أ) ، (ب) ، المعدلة بالقانون رقم 3 لسنة 2013 م إجراءات جنائية ، والتي أعطت للنياة العامة سلطات قاضي التحقيق بالنسبة للتحقيق في الجرائم التي نص عليها الباب الأول من الكتاب الثاني من قانون العقوبات ، لا تشمل كل الجرائم الإرهابية التي نص عليها قانون مكافحة الإرهاب ولا تغطي قانونياً كافة الاعمال الإرهابية التي يقوم عليها الركن المادي للجريمة الإرهابية ، فالبعض من هذه الجرائم تتضمن مساساً بإحدى مؤسسات الدولة ، والبعض الآخر جرائم ذات طبيعة سياسية ، والبعض الآخر ايضاً جرائم التي تتضمن مساساً بجهة إدارية و اقتصادية ، وبعض منها جرائم إرهابية ، فعند تعميم النص على كافة الجرائم الإرهابية وهو تحويل النيابة العامة سلطة قاضي التحقيق في التحقيق في جرائم الإرهاب المستمدة من هذا النص ، يعتبر خطأ جوهرياً يخالف مبدأ الشرعية، ويترتب عليها بطلان كافة الإجراءات المتخذة من سلطة غير صاحبة الاختصاص . الأمر الذي يدعو تدخل المشرع الليبي وإعادة تنظيم صلاحيات واختصاصات النيابة العامة في صلب قانون مكافحة الارهاب لسنة 2014 .

ثانياً . على افتراض أن محتوى المادة السابقة يغطي قانونياً كافة الاعمال الارهابية ، فإن السلطات الاستثنائية الممنوحة للنياة العامة سلطات واسعة في مجال تحقيق الجرائم الإرهابية حيث غالى المشرع كثيراً في التوسع في هذه السلطات إلى الدرجة التي غير فيها من طبيعة النيابة العامة وصيرها سلطة حكم بدلاً من سلطة تحقيق واتهام ، الذي يعد مخالفاً لجملة من المبادئ القانونية الراسخة في هذا المجال ، كمبدأ الفصل بين السلطات ومبدأ قضائية العقوبة.

كما ترتب على التوسع في السلطات إهدار للكثير من ضمانات المحاكمة العادلة الراسخة في الضمير الإنساني ، والتي أكد عليها الإعلان الدستوري ، الأمر الذي سيكون عرضه للحكم بعدم الدستورية في حالة الطعن عليها أمام الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا .

ثانياً : السلطات الاستثنائية للنياية العامة المتعلقة بأمور متصلة بالتحقيق الابتدائي

سنتناول السلطات الاستثنائية للنياية العامة المتعلقة بالحسابات في البنوك (أ) ؛ ثم عدم تقييد النياية العامة بقيد الطلب (ب).

أ - للسلطات الاستثنائية للنياية العامة المتعلقة بالحسابات في البنوك اختراق سرية

الحسابات :

تنص المادة 94 من قانون رقم 1 لسنة 2005 ⁽¹⁾ بشأن المصارف أنه " على المصارف الاحتفاظ بسرية حسابات زبائنها وأرصدها وكافة عملياتهم المصرفية ، ولا يجوز أن تسمح بالاطلاع عليها أو الكشف أو إعطاء بيانات عنها للغير ، إلا بإذن كتابي من صاحب الحساب أو من جهة قضائية مختصة " . يفهم من هذا النص أن المشرع سمح باطلاع على حسابات في حالتين وهي اما من صاحب الحساب أو جهة قضائية كالنباية العامة أو قاضي التحقيق . وهنا يكون المشرع موفق عندما سمح بهذا الإجراء ، بشكل غير مخالف للقانون او الدستور .

إلا أن المادة 2/7 من القانون رقم 2 لسنة 2005 بشأن مكافحة غسل الأموال ⁽²⁾ نصت على أنه " لرئيس النباية المختصة أن يأمر بالتحفظ على الحسابات ، أو الأموال ، أو الوسائط المشتبه في علاقتها بجرمة غسل الأموال على ألا تزيد مدة الحجز التحفظي بموجب هذه الفقرة ثلاثة أشهر " بموجب هذا النص يجوز لرئيس للنباية العامة أن الأمر بالتحفظ على الحسابات البنكية دون الحاجة إلى طلب من محافظ مصرف ليبيا المركزي . وفي حالة إحالة الدعوى إلى المحكمة المختصة ، فإن الاختصاص باتخاذ هذا الاجراء ينتقل إليها ، وبالتالي لها أن تأمر به ، أو أن تحجم عنه ، بحسب ما يترأى لها من أوراق الدعوى وملايساتها ومدى أهمية الأمر باتخاذ هذا الإجراء من عدمه ، فالأمر كله موكل لها . وذلك تطبيقاً لنص المادة 7/ ثالثاً من قانون غسل الأموال ⁽³⁾ .

1- مدونة التشريعات ، ع 4 ، س 5 ، ص 109 .

2- مدونة التشريعات ع 4 ، س 5 ، ص 158 .

3- تنص المادة 7/ ثالثاً من قانون غسل الاموال أن " للمحكمة التي تُحال إليها الدعوى الجنائية عن الجريمة الواقعة في نطاق اختصاصها أن تأمر بالحجز التحفظي على الحسابات أو الأموال أو الوسائط المشتبه في علاقتها بجرمة غسل الأموال ، على ألا تزيد مدة الحجز التحفظي ، بموجب هذه الفقرة ، على ثلاثة أشهر .

إلا أن المأخذ على هذا النص أن المشرع أغفل الضمانات المقررة للأفراد بشأن سرية الحسابات التي يلزم أن لا يكون اختراقها إلا بإذن من القاضي الجزئي وليس بقرار من النيابة العامة التي قد تتأثر بكونها سلطة اتهام في اتخاذ هذا القرار ؛ دون الموازنة بين تبريرات اختراق السرية ومبررات عدم جواز ذلك . وإذ قيل أن سرعة السيطرة على أعمال العمل الإرهابي ونشاط الجماعات الإرهابية هي التي تبرر مثل هذا الإجراء الشاذ ، وإن الضرورات تبيح المحظورات ، نقول إن الإذن من القاضي الجزئي يمكن أن يوفي بالغرض ذاته ، إذ أن الأذن يجب ان يصدر على وجه السرعة متى توافرت ادلة كافية تثبت وجود جريمة تمويل او غسل الاموال .

وعلى كل حال ، نأمل تعديل هذا النص 2/7 من القانون رقم 1 لسنة 2005 بشأن غسل الأموال أو على الأقل قصر الاختصاص بإصدار أمر التحفظ على الحسابات البنكية من النائب العام أو المحامين العامين ، حتى توازن بين فاعلية الإجراءات والضمانات الواجب توافرها قبل المساس بسرية الحسابات والمعاملات المصرفية .

ولضمان سرية أعمال التحري والفحص، حتى تنتج ثمارها في التأكيد من وجود جريمة غسل الأموال أو تمويل الارهاب وجمع المعلومات والأدلة بشأنها ، فقد جرم المشرع الليبي إفشاء أسرار تلك المعلومات الذي تعتبر معاملاته قيد المراجعة أو محل التحري ، وعاقب على ذلك في المادة 5 / 2 من قانون غسيل الاموال الليبي بالحبس وبالغرامة التي لا تزيد على عشرة آلاف دينار ولا تقل عن الخمسمئة دينار أو بإحداها .

ب . عدم تقييد النيابة العامة بقتيد الطلب :

الاصل العام أن النيابة العامة هي المختصة بتحريك الدعوى الجنائية ، ولها في ذلك سلطة تقديرية بمقتضاها تملك تحريك أو عدم تحريك الدعوى الجنائية طبقاً لما تراه غير أن هذه السلطة التقديرية للنيابة العامة مقيدة في أحوال معينة بقيود لا تستطيع في حالة عدم وجودها تحريك الدعوى الجنائية الناشئة عن جرائم معينة وهذه القيود هي : شكوى المجنى عليه ، أو الحصول على إذن من جهة خاصة ⁽¹⁾ أو الطلب .

1- ولقد تحدثت محكمة النقض المصرية عن هذه القيود بقولها " أوضح الشارع بما أورده في المذكرة الايضاحية لمشروع الحكومة عن قانون الاجراءات الجنائية عن قصده من تقييد حق النيابة في رفع الدعوى الجنائية على صور ثلاث ، الشكوى وقصد بها حماية صالح المجني عليه الشخصي . والطلب وهو يصدر من هيئة عامة بقصد حمايتها سواء بصفتها مجنياً عليها أو بصفتها أمينة على مصالح الدولة ، والاذن وقد اريد به شخص معين ينتسب إلى إحدى الهيئات التي قد يكون في رفع الدوى مساس بما لها من استقلال " نقض 1965/10/25 أحكام النقض س 16 ق 141 ، ص 743 ، مشار اليه في مرجع د. محمود صالح العدلي ، موسوعة القانون الجنائي للإرهاب ، مرجع سابق ذكره ، ص 241 .

وعلة تعليق حرية النيابة العامة في تحريك الدعوى الجنائية على قيد الطلب ⁽¹⁾ ترجع إلى أن المشرع رأى أن ملائمة تحريك الدعوى الجنائية ستحقق الصالح العام بشكل أفضل ، لو استندت إلى جهة إدارية أو سياسية تكون - بحكم اتصال الجريمة بقوانين تختص هذه الجهة بالسهر على تنفيذها - أجدر الجهات لتقدير مدى ملائمة تحريك الدعوى الجنائية من عدمها على مصالح الدولة بأسرها ⁽²⁾ .

وعليه تنص المادة 8 إجراءات لبي على أنه " لا يجوز أن ترفع الدعوى الجنائية إلا بناء على طلب كتابي من وزير العدل في الجرائم المشار إليها في الفقرة الأخيرة من المادة 224 من قانون العقوبات وكذلك في الأحوال الأخرى التي ينص عليها القانون " .

والمادة 224 قانون عقوبات لبي ، تنص أنه " لا تجوز إقامة الدعوى بشأن الجرائم المنصوص عليها في المواد 167 ، 168 ، 175 ، 177 ، 178 ، 180 ، 181 ، 195 ، 208 إلا بإذن من وزير العدل .

أما فيما يتعلق بالجرائم المنصوص عليها في المادتين 219 و 220 والمادة 221 بالنسبة للمادتين المذكورتين ، وكذلك الجرائم المنصوص عليها في المادة 222 فلا تقام الدعوى إلا بناء على طلب من وزير العدل " .

هذه القيود تعد معرقة لسلطة التحقيق في مباشرتها للدعوى الجنائية وخاصة إذا قلنا إن هذه المواد محل تطبيق على جرائم الإرهاب ، إلا أنه بالرجوع إلى قاعدة الخاص يقيد العام ، فإن قانون محل التطبيق هو قانون مكافحة الإرهاب ، والذي لم يضع قيود على سلطات النيابة العامة إلا أنه يجب الرجوع للقواعد العامة في قانون العقوبات ، في حالة عدم وجود نص تجرمي في قانون مكافحة الإرهاب الليبي ووجود هذا النص في قانون العقوبات .

وفي هذه الحالة تجد النيابة نفسها مُصْطَلِمَةً بقيود تقيد سلطاتها في مباشرة الدعوى الجنائية طبقاً لمحتوى نص المادة 224 /عقوبات لبي .

ومن هنا أرى أن خطورة الجرائم الإرهابية هي التي فرضت هذا الاستثناء ، فهذه الخطورة فاقت - في نظر المشرع - خطورة الأفعال التي ترتب المسؤولية السياسية طبقاً لنص المادة السابقة فقد أحسن المشرع صنعا برفع قيد الطلب عن الجرائم الإرهابية المتصلة بجرائم الطلب المشار إليها في قانون مكافحة الإرهاب .

1- الطلب هو : عبارة عن إجراء تُفَصِّحُ به جهة محددة في القانون عن رغبتها في تحريك الدعوى الجنائية ورفعها في الجرائم التي اشترط المشرع فيها ضرورة هذا الإجراء. للمزيد أنظر في ذلك : . انظر د . محمود صالح العدلي ، الارهاب والعقاب ، مرجع سابق ذكره ، ص 136

2- للمزيد راجع : د . محمود نجيب حسني ، شرح قانون الاجراءات الجنائية ، مرجع سابق ذكره ، ص 134 وما بعدها.

الخاتمة

بعد أن تعرضنا لدراسة خصوصية اجراءات التحقيق في جرائم الارهاب في التشريع الجنائي الليبي ، تبين لنا أن المشرع لم ينظمها في قانون خاص ، حيث مازالت هذه الاحكام موزعة في قانون الاجراءات الجنائية وبعض التشريعات الاخرى . ورغم صدور قانون مكافحة الارهاب . إلا أنه لم ينظم الجانب الإجرائي بشكل دقيق ، حيث ركز القانون المذكور على الجانب الموضوعي لمكافحة الارهاب دون الاهتمام بالجانب الاجرائي مما يدعو إلى عرض النتائج والتوصيات الآتية :

أولا : نتائج الدراسة :

يمكن إجمال نتائج الدراسة في النقاط الآتية :

- لم يتضمن التشريع الليبي قواعد خاصة فيما يتعلق بالسلطة التي تتولي التحقيق في جرائم الارهاب، حيث تتولى النيابة العامة مباشرة إجراءات التحقيق واستجواب المتهمين في الجرائم العادية والمتهمين في جرائم الإرهاب على حد السواء بدون اشتراط درجة معينة للأعضاء النيابة العامة المشتغلين في نيابة مكافحة جرائم الارهاب ، كما أنه تنشأ في ليبيا الي يومنا هذا نيابة متخصصة للتحقيق في جرائم الإرهاب .
- منح المشرع النيابة العامة سلطات واسعة في مجال التحقيق في الجرائم الإرهابية وعَمَّ كثيراً في التوسع في هذه السلطات إلى درجة غير فيها طبيعة النيابة وصيرها سلطة حكم بدلاً من سلطة تحقيق واتهام فيما يتعلق بجرائم الارهاب المنصوص عليها في الباب الأول من الكتاب الثاني من قانون العقوبات .
- خطة المشرع فيما يتعلق بالحبس الاحتياطي تستحق الثناء عليها ، عندما اعطي التمديد للقاضي الجزئي ولم يشترط أن يكون التمديد بالمحكمة الجنائية إذا كانت منعقدة أو أحد دوائر محكمة الاستئناف المختصة .

ثانيا : التوصيات :

- نخب بالمشرع الليبي تعديل قانون مكافحة الإرهاب لسنة 2014 والاهتمام أكثر بالجانب الإجرائي والذي له دور فعال في التصدي للجريمة ، وأن يمنح للنيابة سلطات تكون غير مخالفة او متعديه على المبادئ القانونية الراسخة في هذا المجال .
- تأمل من المشرع الليبي تعديل المادة الاولى من القانون رقم 3 لسنة 2013 ، اشتراط درجة معينة في وكلاء النيابة المعينين في نيابة مكافحة الارهاب مما يدعم الخبرة والدراية لديه ، والمساعدة في إنشاء نيابة أو نيابات متخصصة في مكافحة الإرهاب في ربوع ليبيا .

- نأمل من المشرع الحد من سلطات النيابة العامة وعدم التوسع إلى درجة غير فيها طبيعة النيابة وصيرها سلطة حكم بدلاً من تحقيق واتهام ، وذلك عندما منحها سلطة الحكم على الشهود ببعض العقوبات التي يختص بها القضاء حصراً ، وهذا يعد مخالفا جملة من المبادئ القانونية ، كمبدأ الفصل بين السلطات ، ومبدأ قضائية العقوبة.
- نحبب بالمشرع الليبي تدخل لحماية للشاهد وكل من بحث في كشف هذه الجرائم و ضحايا هذه الجريمة ، التي بدون هذه الحماية تشكل هاجس من الرعب والخوف في نفس أي شاهد له معلومات يريد أن يدلي بها .
- إلغاء المشرع لنص المادة 1/7 من القانون رقم (1) لسنة 2005 من قانون غسل الاموال التي منحت حق اطلاع العاملين بالوحدة على سرية الحسابات ، ومنح هذا الحق للنائب العام أو بنده إلى المحامين العاملين لهذا الحق .

قائمة المراجع

- أمين مصطفى محمد ، قانون الاجراءات الجنائية ، التحقيق الابتدائي والمحاكمة ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، 2012 م .
- حاتم بكار ، اصول الاجراءات الجنائية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، الطبعة الاولى ، 2007 .
- حسن صادق المرصفاوي - المرصفاوي في أصول الإجراءات الجنائية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، الطبعة الأخيرة ، 1982م.
- حسن محمد ربيع ، الاجراءات الجنائية في التشريع المصري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الاولى ، 2000 م . 2001م
- حسنى الجندي ، شرح قانون الاجراءات الجزائية اليمني ، دار المعارف ، الاسكندرية ، 1990م .
- حليلة مصطفى ابو زيد ، ، المواجهة التشريعية الارهاب في القانون الدولي الجنائي وقوانين المغرب العربي رسالة ماجستير ، جامعة طرابلس ، غير منشورة ، 2010م .
- عبد المنعم الصراعي ، خصوصية الإجراءات الجنائية للطفل المنحرف في التشريع الليبي "دراسة مقارنة " رسالة دكتوراه ، جامعة الاسكندرية ، 2012 م .
- عوض محمد عوض ، المبادئ العامة في الاجراءات الجنائية ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، 2008 .
- فاروق الكيلاني ، محاضرات في اصول المحاكمات الجزئية الاردني والمقارن ، عمان ، الجامعة الاردنية ، الطبعة الأولى ، 1981م .

- فائزة الباشا ، شرح قانون الاجراءات الجنائية الليبي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الأولى 2003 ، 2004 م .
- مأمون سلامة ، الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي ، جامعة بنغازي ، ليبيا ، الطبعة الأولى ، 1971م ، ص 589 .
- محمد أبراهيم زيد ، نظم العدالة الجنائية في الدول العربية " المراحل السابقة على المحاكمة " ، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية ، الرياض ، السعودية ، الطبعة الأولى ، 2001م .
- محمد زكي أبو عامر ، الإجراءات الجنائية ، دار الجامعة الجديدة ، س الاسكندرية ، الطبعة العاشرة 2010م .
- محمد علي سكيكر ، تحقيق الدعوى الجنائية واثباتها في ضوء التشريع و الفقه القضاء ، دار الفكر الجامعي الاسكندرية ، 2007م .
- محمود صالح العدلي ، الإرهاب والعقاب ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الاولى ، 1992م .
- محمود صالح العدلي ، موسوعة القانون الجنائي للإرهاب ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، الطبعة الاولى ، 2005م .
- محمود نجيب حسني شرح قانون الاجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الثانية ، 1988م .
- محمود محمود مصطفى ، شرح قانون الاجراءات الجنائية ، دار النهضة ، القاهرة ، الطبعة الثانية عشر ، 1988م .
- مصطفى إبراهيم العربي ، السلطات الاستثنائية الممنوحة للنيابة العامة للتحقيق في الجرائم ضد شخصية الدولة ، بحث منشور ، مجلة البحوث القانونية ، كلية القانون مصراته ، ليبيا ، العدد الثاني ، 2014م .
- نزار كرمي ، تنامي الظاهرة الارهابية في البلاد التونسية ، مجمع الاطرش للطباعة ، تونس ، الطبعة الاولى 2017 م .

دور اللجنة الدولية في حماية حقوق الطفل

إعداد الأستاذ: صالح أحمد الفرجاني

أستاذ القانون العام

كلية القانون - جامعة طرابلس

مقدمة

يعتبر موضوع حقوق الطفل مثار اهتمام الباحثين والمفكرين ورجال القانون منذ زمن طويل ومن أقدم القضايا التي شغلت اهتمام المجتمع الدولي فهي مطروحة بقوة في عالمنا المعاصر نتيجة لما يتعرض له الطفل من انتهاكات (تعذيب - إهمال - عنف - تحرش جنسي - فقر - وغيرها). وينطلق هذا الاهتمام الدولي من أن الطفل هو أولى الفئات بالرعاية والاهتمام، من أجل ذلك صدرت عدة قوانين ومواثيق خاصة بالطفل سواء على المستوى الدولي أو الإقليمي أو المحلي، ومعظم هذه القوانين والمواثيق تستمد أصولها وروحها من الشرعية الدولية لحقوق الإنسان وقد خصصت الأمم المتحدة عاماً للطفل تحتفل به رسمياً يعرف بالعام الدولي للطفل، وقد أقرت الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل لسنة 1989 ف.

لقد أصبحت البلدان النامية عامة والمجتمعات العربية خاصة من المجتمعات المتأثرة بالظواهر الاجتماعية العالمية والتي يصاحبها تغيرات اجتماعية وسياسية وثقافية، وحقوق الطفل في هذه البلدان تمثل جزءاً من نسيج معقد من المشكلات الاجتماعية الحادة والخطيرة فضلاً عن المشكلات الأسرية، وبالتالي يجب حشد الإمكانيات العربية وتكثيف الجهود من قبل الحكومات ومؤسسات المجتمع المدني والمنظمات الدولية والإقليمية نحو تمكين الأطفال من حقوقهم وتوفير الاحتياجات الأساسية للفئات الأكثر احتياجاً وبخاصة الأطفال بما يكفل لهم الحماية الكاملة.

قد رأى الباحث دراسة هذا الموضوع لكونه محل اهتمام المجتمع الدولي وكانت لهذه الدراسة دافع وغاية من خلالهما تحدد أهميتها فضلاً عن منهجها المتبع وخطة بحثها.

فحقوق الطفل من أدق الموضوعات في حقوق الإنسان على وجه الخصوص والمسائل العملية والمشاكل النظرية التي تثيرها متجددة كل يوم ولا تنتهي فهذه الدراسة لا تمثل إلا لبنة في بناء كبير ودعوة لاستكمالها من الآخرين، وبالتالي يرى الباحث دراسة آليات احترام وتطبيق هذه الحقوق ووضع الحد الأدنى من المعايير وقواعد السلوك التي ينبغي الالتزام بها من قبل الأفراد والشعوب والحكام والهيئات الدولية عند

معالجة شؤون الطفل وتعدد الأسباب التي تدفع إلى اختيار هذا الموضوع فهي تجمع بين عوامل ومعايير ذاتية ومعايير موضوعية والبحث في هذا الموضوع أهمية تكمن في أنه يتطرق إلى الحماية القانونية لحقوق الطفل لأن الحماية قد تبقى مجرد حبر على ورق إن لم يضمن تطبيقها آليات تسهر على تنفيذها واحترامها، وبالرغم من عشرات الإعلانات والاتفاقيات الدولية التي صدرت منذ الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وحتى الآن إلا أن ذلك كله لم يمنع من وقوع اعتداءات على حقوق الطفل وبالتالي اتضح أن هناك فارقاً كبيراً بين إقرار حقوق الطفل كما هي وبين تطبيقها في الحياة العملية ولعل تباين مصالح الدول واختلافها هو الذي جسد هذه الصعوبة وأدى إلى عدم تطبيقها وازدواجية في التعامل مع هذه الحقوق هذا ما جعل المبادئ فاقدة لمصداقيتها فارغة من الضمانات الأساسية التي تكفل تطبيقها على الواقع المعاش.

وينبغي أن نضع في الاعتبار أن الأخطار التي تواجه حقوق الطفل يرتبط بعضها ببعض الآخر ومن ثم، لا يمكن مواجهتها إلا بالإرادة المشتركة للمجتمع الدولي واحترام القوانين الدولية والعمل على تطبيقها بدرجات متكافئة على مستوى دول العالم والبعد عن استخدام المعايير المزدوجة في هذا الشأن من قبل المؤسسات الدولية المهمة بحقوق الطفل.

إن البحث في موضوع دور اللجنة الدولية في حماية حقوق الطفل يتطلب إتباع المنهج الوصفي والمنهج التحليلي التأصيلي وذلك بصدد التعرض للنصوص القانونية بالوصف والتحليل والمعالجة القانونية لحقوق الطفل محل الدراسة ومدى نجاح المشرع الليبي في توفير الحماية اللازمة لحقوق الطفل

لقد جرى تقسيم خطة البحث على النحو التالي:-

المبحث الأول : مفهوم حقوق الطفل.

المطلب الأول : تعريف حقوق الطفل.

المطلب الثاني : التطور التاريخي لحقوق الطفل.

المبحث الثاني: اللجنة الدولية الخاصة بالرقابة في اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل (لجنة حقوق الطفل).

المطلب الأول: تشكيل اللجنة وتطور علاقتها بالهيئات الأخرى.

المطلب الثاني: اختصاصات اللجنة ودورها في الحماية الناجعة لحقوق الطفل.

المبحث الأول

مفهوم حقوق الطفل

يتسع مفهوم حقوق الطفل ليشمل مختلف أنواع الحقوق من حقوق مشتركة للطفل مع غيره كالحقوق الطبيعية والحقوق الاجتماعية والحقوق الخاصة بالطفل كالحقوق الأسرية والحقوق المجتمعية، ولا شك في أن الاهتمام الدولي رأى أن الطفل هو أولى الفئات بالرعاية والاهتمام ومن أجل ذلك صدرت عدة موثائق خاصة بالطفل سواء على المستوى الدولي أو الإقليمي أو المحلي فحقوق الطفل من أدق الموضوعات في حقوق الإنسان على وجه الخصوص لأن المسائل العملية والمشاكل النظرية التي يثيرها متجددة كل يوم ويتغير هذا المفهوم نتيجة للتطورات والمستجدات التي تشهدها مختلف نواحي الحياة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والثقافية.

وهكذا، تؤكد هذه الموثائق والإعلانات على أن الأطفال في أي مجتمع هم حاضره ومستقبله وأساس استمراريته وتقدمه ومعقد آماله، ومن ثم يجب أن ينالوا ما يحتاجون من رعاية وعناية وحماية⁽¹⁾. فالإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948م، والعهدان الدوليان لعام 1966م. تعد من أهم الوثائق الدولية التي تمثل الأساس الذي اشتقت منه مختلف الأعمال والوثائق القانونية الدولية الأخرى الصادرة عن الأمم المتحدة⁽²⁾.

وعلى الرغم من أن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان قد أشار إلى أهمية إيلاء عناية خاصة بالأمومة والطفولة، إلا أن بعض الباحثين يرى أن الإعلان قد جاء باهتاً وبدرجة لا تتناسب مع الاهتمام الذي كان المجتمع الدولي قد أولاه لحقوق الطفل عندما أقرت عصبة الأمم إعلان (جنيف) لحقوق الطفل لعام 1924م⁽³⁾.

1- الذويبي، عبدالسلام، حقوق الطفل ورعايته، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان سابقاً، مصراته، الطبعة الأولى، 1992م، ص15.

2- د. أبو الوفا، أحمد، الحماية الدولية لحقوق الإنسان في إطار منظمة الأمم المتحدة ووكالاتها الدولية المتخصصة، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، 2005م، ص20.

3- د. أبو خوات، ماهر جميل أحمد، الحماية الدولية لحقوق الطفل، "رسالة دكتوراه"، جامعة جلوان، كلية الحقوق، 2004م، ص27، (غير منشورة).

وبالرغم من كل هذه المضامين لحقوق الطفل من حيث التعريف بهذه الحقوق وتطورها التاريخي ومضمونها إلا أنه لا بد من التأكيد على ضمانات تطبيق حقوق الطفل القانونية والقضائية لأن هناك فارقاً كبيراً بين إقرار حقوق الطفل كمبادئ وبين تطبيقها في الحياة العملية وهذا ما يتم التطرق إليه :-

المطلب الأول

تعريف حقوق الطفل

يختلف تعريف حقوق الطفل حسب الفلسفة أو الزاوية التي ينظر منها فهناك العديد من التعريفات حول هذا الموضوع إلا أنه لا بد من التعرض إلى التعريف اللغوي والتعريف الاصطلاحي للطفل ثم تعريف حقوق الطفل.

الفرع الأول

التعريف اللغوي للطفل

أكدت معاجم اللغة على ورود عدة تعاريف للطفل: "الطفل" المولود والجمع أطفال وأن الطفل بالكسر: - الصغير من كل شيء، فالصغير من الناس أو دواب طفل واصل لفظ الطفل من الطفالة أي النعومة وكلمة طفل تطلق على الذكر والأنثى وأن الطفولة هي الفترة التي تبدأ منذ الميلاد وحتى بلوغ سن الرشد⁽¹⁾.

فالطفل هو الصغير الذي لم يبلغ سن السادسة عشر ويعد هذا إنقاصاً لحقوق الطفل إن الطفل هو من لم يبلغ 18 سنة وفي قانون شؤون القاصرين سن الرشد 18 سنة كاملة وإن المسؤولية الجنائية وفقاً لقانون العقوبات تكون ببلوغ 18 سنة هذا القانون لا يتماشى مع الاتفاقية بل يقوض التشريعات الوطنية فيخلق طبقة أخرى من الأفراد من الناحية القانونية لا هم بالأطفال ولا هم بالراشدين ما بين (16) وقبل بلوغ (18) وهل المجتمع ليس ولياً لهذه الفئة⁽²⁾.

ولا اعتبارات إنسانية منع قانون العمل الليبي تشغيل الصغار الذين لم يبلغوا بعد مرحلة القدرة على العمل رعاية لحداثة سنهم ومحافظة على صحتهم⁽³⁾.

1- سن الرشد، د. على تعوينات، " تربية الطفل في ظل الأسرة المضطربة والأسرة السوية" مجلة رسالة الأسرة، تصدر عن الوزارة المتنبذة المكلفة بالأسرة، وقضايا المرأة- العدد (10) السنة 2006م، ص 24.

2- أ. عزة كامل المهفور، الحدث الأنثى بين التشريعات الوطنية والمعايير الدولية، مجلة الجامعة الأسمرية، السنة الثانية، العدد الرابع، 2004م، ص 314.

3- د. عبد الغني عمر الرومض، علاقات العمل الفردية في القانون الليبي، الجزء الأول، الطبعة الثانية، 2000م، ص 294.

كما عملت منظمة العمل الدولية بتنفيذها لمكافحة عمل الأطفال، لكي تنظر فيه الهيئات المكونة لمنظمة العمل الدولية ومجلس الإدارة، ويقوم الإطار على ثلاث دعائم تعزيز عمل البرنامج الدولي للقضاء على عمل الأطفال في مجالات الدعوة والبحث والسياسة العامة والتعاون الفني ودمج القضاء الفعلي على عمل الأطفال غير منظمة العمل الدولية في تحقيق العمل اللائق للجميع والاحترام العالمي لجميع المبادئ والحقوق الأساسية في العمل وإقامة شراكات أوثق بين منظمة العمل الدولية وسائر الأطراف الفاعلة تحقيقاً للهدف المشترك المتصل في قيام عالم خالٍ من عمل الأطفال⁽¹⁾.

الفرع الثاني

التعريف الاصطلاحي للطفل

اختلف الفلاسفة والعلماء والمفكرون في تعريف الطفل، فاتفقية حقوق الطفل لم تحدد بشكل واضح وصريح مفهوم الطفل وربما تركت ذلك للتشريعات الوطنية حسب ظروف كل دولة فالتشريع الليبي حدد سن الرشد بإحدى وعشرين سنة في المادة (44) من القانون المدني الليبي وعدل هذه السن في قانون رقم (17) لسنة 1992م بشأن تنظيم أحوال القاصرين إلى ثماني عشرة سنة ميلادية حسب المادة (29) منه، فالطفل هو الصغير الذي لم يبلغ سن السادسة عشرة يشمل ذلك الجنين في بطن أمه حسب المادة الأولى من قانون رقم (5) لسنة 1997 بشأن حماية الطفولة، فالطفل هو "كل إنسان من لحظة ميلاده حياً وحتى بلوغه الثامنة عشرة من العمر"، جاءت اتفاقية حقوق الطفل عام 1989م بأول تعريف للطفل في وثيقة دولية لأنه كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشرة ما لم يبلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب القانون المنطبق عليه ويجب توافر شرطين لكي نسمي الشخص طفلاً :

الأول: ألا يكون قد بلغ سن الثامنة عشرة.

الثاني: ألا يكون القانون الوطني قد حدد سناً للرشد أقل من ذلك.

ويقول الدكتور نبيل أحمد حلمي: "من المهم أن يقوم مفهوم الطفل على أساس واضح يطبق عالمياً". ويرى البعض أن تعريف الطفل بالاتفاقية يأخذ عليه أنه أهمل المرحلة الجنينية فلم يدخلها في مرحلة الطفولة رغم أهمية هذه المرحلة لذي ينبغي عدم تجاهلها بل يجب أن تحظى باهتمام بالغ على الصعيدين العالمي والوطني فالمرحلة الجنينية أي منذ وجود الجنين في رحم الأم وأن مرحلة الطفولة تبدأ منذ لحظة

1- د. سيد محمددين، حقوق الإنسان بين النظرية والتطبيق في مجال استراتيجيات حماية الطفولة، القاهرة، 2005م، ص 231-

الميلاد، وأن طور الطفولة يبدأ بالمرحلة الجنينية وينتهي ببداية البلوغ الجنسي⁽¹⁾، وهناك جانب يرى إن مرحلة الطفولة تبدأ منذ لحظة الميلاد حتى الرشد وهي تختلف من دولة إلى دولة أخرى وإن مرحلة الطفولة تبدأ من لحظة الميلاد وحتى بلوغ الطفل سن الثانية عشرة عاماً في حين يرى جانب آخر إن مرحلة الطفولة تبدأ بالميلاد وتنتهي عند سن البلوغ.

ويمكن تعريف الطفل على المستوى العربي بأنه "كل إنسان من يوم مولده إلى بلوغه الخامسة عشرة من العمر حسب ميثاق حقوق الطفل العربي"، فالإعلان العربي لحقوق الطفل يؤكد على مفهوم الحقوق للطفل حتى سن الثامنة عشرة دون أي تمييز لأي سبب وكذلك الميثاق الأفريقي لحقوق ورفاهية الطفل يقول بأن الطفل هو الإنسان الذي يقل عمره عن الثامنة عشر عاماً.

فالطفل هو كل إنسان منذ ميلاده وحتى بلوغه سن الرشد، ولهذا مرت الطفولة بثلاث مراحل: طور الطفل غير المميز الذي لا يسأل جنائياً والطفل المميز الذي مسؤوليته ناقصة والشخص البالغ لسن الرشد وتكون مسؤوليته كاملة، لقد تم تعريف الطفل بالعديد من التعريفات كل واحد منها يعكس طبيعة الفلسفة أو الزاوية التي ينظر منها صاحب التعريف فالطفولة هي المرحلة التي يعيشها الإنسان منذ الولادة وتنتهي مع بداية مرحلة الشباب وقبل بلوغ سن الخامسة عشرة وقسموا مرحلة النمو عند الطفل حتى سن الرشد إلى ثلاث مراحل⁽²⁾ المرحلة الأولى :- من الميلاد إلى السادسة، المرحلة الثانية :- من السابعة إلى الثانية عشرة، المرحلة الثالثة :- من الثالثة عشرة إلى الخامسة عشرة، وطول مرحلة الطفولة تتفاوت من جيل إلى جيل ومن ثقافة إلى أخرى ومن مجتمع إلى آخر طبقاً لمتطلبات الحياة ونوعيتها.

إن معرفة مراحل النمو وخصائص كل مرحلة يعين كاتب أدب الأطفال على تقديم الأفضل ليساعدهم في بناء شخصية متكاملة من كافة الجوانب العقلية والنفسية والاجتماعية وإن معرفة هذا الموضوع يساعد النواحي التربوية في تقديم ما يعود بالنفع على الأطفال⁽³⁾.

يتميز الطفل في الطور الأول من النمو بالاعتماد الكامل على الوالدين ودور الأم ودور الأب في هذا الطور لهما دور مجرد غير محسوس، كما أن الأبوين يعتبران نموذجين للذكورة والأنوثة عند الطفل

1- معجم مقاييس اللغة لابن فارس، ط1، بيروت، دار إحياء التراث العربي، 2001، ص595-596.

2- أ. هادي مشعان ربيع، اللعب والطفولة، مكتبة المجتمع العربي للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، الطبعة العربية الأولى، 2008م، ص17 وما بعدها.

3- د. طلعت فهمي خفاجي، أدب الأطفال في مواجهة الغزو الثقافي، دار ومكتبة الإسراء، الطبعة الأولى، 2006م، ص59.

والطفلة⁽¹⁾ ولذلك مرحلة الطفولة قسمت إلى أجزاء: مرحلة الطفولة المبكرة، الطفولة الوسطى، الطفولة المتأخرة، وتختلف مرحلة الطفولة عن مرحلة المراهقة⁽²⁾.

هناك توافق بين نصوص الاتفاقية الدولية في المادة (40) منها والتشريع الليبي في مجال تحديد السن ولا يوجد في نصوص التشريعات السارية ما يخالفها وتم تحديد سن الطفل لغرض تطبيق أحكام قانون العقوبات بشماني عشر سنة، منها من الميلاد إلى السابعة مرحلة معفاة تماماً من المسؤولية الجنائية ومن السابعة إلى الرابعة للقاضي أن يتخذ في شأنه تدابير وقائية⁽³⁾، أما من تجاوز الرابعة عشر ولم يميل إلى الثامنة عشر فتطبق عليه عقوبة منخفضة، أن خبرات سنه الأولى لها أبلغ الأثر في حياته اللاحقة كلها⁽⁴⁾.

ويمكن القول أن تعريف الطفل وتحديد مرحلة الطفولة وإن وردا في العديد من الوثائق الدولية خاصة تلك المتعلقة بحقوق الإنسان إلا أنهما ظلا دون تحديد باستثناء ما ورد في بعض الاتفاقيات النوعية كاتفاقية منظمة العمل الدولية التي تحدد المراحل العمرية التي يسمح بها الطفل بالعمل وظل هذا حتى إبرام اتفاقية حقوق الطفل عام 1989م، فالطفل يتمتع بمجموعة متنوعة من الحقوق ثبتت له بمجرد توافر هذه الصفة له وتحمل من يقوم على تربيته ورعاية شؤونهم مجموعة من الالتزامات سواء كان ذلك في إطار القانون الوطني أو الدولي⁽⁵⁾، فحقوق الطفل تقرر له بغير تفرقة فهي لازمة للطفل بوصفه طفلاً ويجب ألا يحرم منها⁽⁶⁾.

- 1- د. محمد سعيد فرج، الطفولة والثقافة والمجتمع، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1993م، ص47.
- 2- حمادة عبد السلام، نايف أحمد سليمان، طرق دراسة الطفل، دار صفاء للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2005م، ص17.
- 3- تنص المادة (80) من قانون العقوبات الليبي على " لا يكون مسؤول جنائياً الصغير الذي لم تبلغ سنه الرابعة عشر غير أن للقاضي أن يتخذ في شأنه التدابير الوقائية الملائمة إذا كان قد أتم السابعة من عمره وقت ارتكاب الفعل الذي يعد جريمة قانوناً"
- وتنص المادة (81) على يسأل جنائياً الصغير الذي تم الرابعة عشر ولم يبلغ الثامنة عشر وقت ارتكاب الفعل وكانت له قوة الشعور والإرادة على أن تخفف العقوبة في شأنه بمقدار ثلثها وإذا ارتكب الصغير المسؤول جنائية عقوبتها الإعدام أو السجن المؤبد يستبدل بهاتين العقوبتين السجن لمدة لا تقل عن خمس سنوات، ويمضي الصغير المحكوم عليه عقوبته في محل خاص بالأحداث المسؤولين جنائياً يخضع فيها لنظام خاص للتثقيف وتهدئته بشكل يكفل رده وتهيئته ليصبح عضواً صالحاً في المجتمع وتطبق المادة 150 على الصغير ما بين الرابعة العاشرة والثامنة عشر إذا كان غير مميز.
- 4- د. مصطفى فهمي، "سيكولوجية الطفولة والمراهقة" مكتبة مصر بالفجالة القاهرة، ص2.
- 5- أ. سالمين القذافي علي الشيباني، حقوق الطفل ودور الجمعيات الأهلية، ندوة حقوق الإنسان - 2005م، ص4 وما بعدها.
- 6- حسني نصار، تشريعات حماية الطفولة، القاهرة، 2006، ص3.

المطلب الثاني

التطور التاريخي لحقوق الطفل

تتطور حقوق الطفل عن طريق الجهود الدولية والجهود العربية من أجل حماية الطفل والمحافظة على حقوقه.

الفرع الأول- الجهود الدولية في إطار حقوق الطفل :

بذلت العديد من الجهود الدولية من أجل حماية الطفل والمحافظة على حقوقه، نعرض لأهمها :-

أولاً- إعلان جنيف لحقوق الطفل لسنة 1924م :

وأول ما يذكر هو أن بداية اهتمام المجتمع الدولي بحقوق الطفل يرجع إلى عام 1924م، وذلك عندما أقرت عصبة الأمم إعلان جنيف لحقوق الطفل، كأول وثيقة دولية تعترف للطفل بمجموعة من الحقوق في القانون الدولي المعاصر⁽¹⁾.

وقد جاءت أولى الخطوات العملية في مجال تثبيت حقوق الطفل عام 1924 عبر إعلان جنيف لحقوق الطفل وجاء في دياحة الإعلان:- إن البشرية مدبنة بأفضل ما عندها وما يمكن أن تقدمه إلى الطفولة والأطفال دون تمييز قائم على أساس العرق أو الدين ولكن أبادت القوات النازية العسكرية الآلاف من الأطفال البولنديين والروس بحجة إنهم من أعراق مختلفة، وفي عام 1948م تبنت الجمعية العامة للأمم المتحدة الإعلان الثاني لحقوق الطفل حيث يقرون بأن الجنس البشري يدين بأن يقدم أفضل ما لديه للطفل وقد خصصت الأمم المتحدة عاماً للطفل تحتفل به وسمي بالعام الدولي للطفل واتبعت الأمم المتحدة موقفها هذا بقرار رقم 169/31 المؤرخ في 21 كانون الأول عام 1976 وأن سنة 1979م ستكون سنة دولية للطفل وقد توجهت جهود المنظمة الدولية في نهاية عام 1989م إلى تبني الجمعية العامة للأمم المتحدة اتفاقية حقوق الطفل⁽²⁾ والتي جاءت ثمرة عشر سنوات من العمل المكثف لوكالات الأمم المتحدة

1- د. عتيقة، نجوى علي، حقوق الطفل في القانون الدولي، رسالة ماجستير، جامعة الأردن، كلية الحقوق، 1992م، ص63.
2- منذ أن نادت اتفاقية حقوق الطفل بضرورة أخذ آراء الأطفال في الحسبان في جميع الإجراءات التي تؤثر عليهم، تزايدت أهمية السعي إلى جعل مشاركة الأطفال أمراً ممكنًا، فعلى سبيل المثال، عندما عقدت الدورة الخاصة المعنية بالطفل في مايو عام 2002م، بمقر الأمم المتحدة بنيويورك، حضر أكثر من (400) طفل من أكثر من (150) دولة على الأقل، بعضهم في سن العاشرة، وكان لتأثير حضورهم والكلمات التي أفصوا بها أصداء كبيرة نحو الاعتراف بقيمة وأهمية مشاركة الأطفال. انظر: وضع الطفل في العالم، منظمة الأمم المتحدة للطفولة، (اليونيسف)، المكتب الإقليمي للشرق الأوسط وشمال أفريقيا، عمان، الأردن، 2003م، ص62.

وعدد من الحكومات والمنظمات غير الحكومية تلك الاتفاقية أرست المعايير الدولية للدفاع عن الطفل في كل مكان ضد الإهمال والاستغلال وسوء المعاملة.

وقد وقعت جميع الدول العربية على اتفاقية حقوق الطفل وقد كان المغرب الدولة العربية الأولى في التوقيع عليها عام 1990م ثم مصر ثم السعودية عام 1996م وقد تحفظت أغلب الدول العربية على بعض مواد الاتفاقية التي وجدت فيها ما يخالف قوانينها الوطنية كالكويت والسعودية وقطر.

ثانياً- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948م :

قد أكد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان سنة 1948 والعهدان الدوليان الخاصان بالحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية كانا أكثر تفصيلاً على الحقوق الخاصة بالطفل عام 1966م ثم عام 1974م الإعلان العالمي لحماية المرأة والطفل في حالات الطوارئ وأثناء النزاع المسلح وفي عام 1986م الإعلان المتعلق بالمبادئ الاجتماعية والقانونية المتصلة بحماية الأطفال ورعايتهم مع الاهتمام الخاص بالحضانة والتبني على الصعيدين الوطني والدولي وفي عام 1990م عقد مؤتمر القمة العالمي من أجل الأطفال أحدث تغييراً بالغاً في اعتراف العالم بقضايا الأطفال وفي عام 1993م اعتمدت لجنة حقوق الإنسان قرارها رقم 79 المؤرخ في 10 مارس 1993م برنامج العمل من أجل القضاء على استغلال عمل الأطفال، وفي عام 1996م أنشأت ولاية الممثل الخاص للأمين العام المعني بالأطفال والنزاعات المسلحة في قرار الجمعية العامة رقم 77/51 لسنة 1996م وفي عام 1998م اعتمد نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية في روما أن تجنيد الأطفال دون السن (15) عاماً يعتبر من جرائم الحرب، وفي عام 2000 اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة بروتوكولين اختياريين لاتفاقية حقوق الطفل وهما :-

1- اشتراك الأطفال في النزاعات المسلحة⁽¹⁾.

2- بيع الأطفال وبغاء الأطفال واستخدامهم في إنتاج المواد الإباحية.

وفي عام 2008 منحت اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية صلاحية تلقي البلاغات والنظر فيها بموجب اعتماد البروتوكول الاختياري للعهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية ليسد بذلك الثغرة التاريخية لحماية حقوق الإنسان ومنها حقوق الطفل، الإلزام القانوني أو الالتزام الأدبي لحقوق الطفل من إطار العمومية إلى إطار التخصيص لحقوق الطفل، فاتفقت حقوق الطفل حققت رقماً قياسياً بعدد الدول التي صادقت عليها حتى الآن وبلغت أكثر من (193) دولة في مايو/ أيار

1- ناصر كتاب، التعذيب ووسائل مناهضته في القانون الدولي المعاصر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر،

2009م⁽¹⁾ وتغطي نصوص الاتفاقية مجالات واسعة وتشمل الإقرار بأهمية الحياة الأسرية للطفل وتضع معايير حد أدنى للرعاية الصحية والتعليم والخدمات القانونية والمدنية والاجتماعية وقد تبنت منظمة العمل الدولية عدة اتفاقيات بشأن عمالة الأطفال منها الاتفاقية رقم (182) بشأن منع واتخاذ تدابير فورية للقضاء على أسوأ أشكال عمالة الأطفال عام 1999م ويمنع الميثاق الأفريقي لحقوق ورفاه الطفل الذي تم تبنيه في عام 1990م ودخل حيز النفاذ عام 1999م الاستغلال الجنسي للأطفال أو بيعهم أو الاتجار بهم أو خطفهم⁽²⁾ وينص البروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الحدود التي تم تبنيها عام 2001م ودخلت حيز النفاذ عام 2003م على منع وقمع والمعاقبة على الاتجار بالأشخاص وخاصة النساء والأطفال، واعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة في 13 نوفمبر تشرين الثاني 2001م قراراً يعلن العقد الزمني بين عامين 2001-2010م عقداً عالمياً لثقافة السينما ونبد العنف بحق أطفال العالم⁽³⁾ ويتم تفعيل نصوص اتفاقية حقوق الطفل عن طريق لجنة حقوق الطفل التي تأسست بمقتضى هذه الاتفاقية والتي تتكون من عشرة خبراء مستقلين وتفحص التقارير المقدمة من الدول الأطراف بشأن تطبيق الاتفاقية وتقدم التوصيات إلى الجمعية العامة للأمم المتحدة وهذه الاتفاقية هي الوثيقة الأكمل التي تم وضعها لحقوق الطفل وتجعل الدولة التي وافقت على الاتفاقية مسئولة قانوناً عن ممارستها للأطفال⁽⁴⁾.

وتشير الاتفاقية الدولية الخاصة بالحقوق المدنية والسياسية فيما يتعلق بحقوق الأطفال أن لكل طفل الحق في إجراءات الحماية التي يستوجبها مركزه كقاصر على أسرته وعلى كل من المجتمع والدولة دون تمييز بسبب العنصر أو اللغة أو اللون أو الديانة كما يجب إن يسجل كل طفل فور ولادته ويكون له اسم وقد تضمنت الاتفاقية لحقوق الطفل (54) مادة في ثلاثة أجزاء، الجزء الأول (المواد 1-41) نصوص خاصة بتحديد عمر الطفل والحقوق التي يجب إن يتمتع بها كل الأطفال كالحق في الحياة⁽⁵⁾ والجزء الثاني (المواد

1- ليايفين، حقوق الإنسان، أسئلة وإجابات، إصدارات اليونسكو، 2009م، ص 56.

2- بحلول 31 مايو/ أيار 2009م تمت مصادقة (45) دولة على الميثاق الإفريقي لحقوق ورفاه الطفل.

3- ليايفين، حقوق الإنسان، مرجع سبق ذكره، ص 60.

4- كلاوس هوفنر، كيف ترفع الشكاوى ضد انتهاكات حقوق الإنسان، دليل الأفراد والمنظمات غير الحكومية، إعداد الجمعية الألمانية للأمم المتحدة واللجنة الألمانية لمنظمة الأمم المتحدة للتربية والعلوم والثقافة، عمان، مكتب اليونسكو، 2004م، ص 60.

5- لمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع راجع كلاً من:-

- د. ميلود المهدي، محاضرات في حقوق الإنسان، الجزء الثاني، دار الرواد، طرابلس، ليبيا، الطبعة الأولى، 2009م، ص 47.

- د. محمد حمد خضر، الإسلام وحقوق الإنسان، منشورات دار مكتبة الحياة، بيروت، لبنان، محرم 1400هـ-1979م، ص 23.

42-45) تحديد الأجهزة المختصة بالمتابعة والإشراف أهمها لجنة حقوق الطفل والجزء الثالث (المواد 46-54) فخصص لكيفيات التوقيع والتصديق على الاتفاقية وإجراءات تعديلها ويجوز التحفظ على الاتفاقية حسب المادة (51) وإمكانية الانسحاب منها حسب المادة (52)⁽¹⁾ ويكرر المؤتمر العالمي لحقوق الإنسان إعلاناً وبرنامج عمل فيينا حزيران/يونيو 1993م تأكيد مبادئ "النداء الأول من أجل الطفل" ويؤكد في هذا الصدد أهمية الجهود الوطنية والدولية الرئيسية ولا سيما منظمة الأمم المتحدة للطفولة من أجل تعزيز احترام حقوق الطفل في البقاء والحماية والنمو والمشاركة ويحث الدول على معالجة المشكلة الحادة المتمثلة في حالة الأطفال الذين يعيشون في ظروف بالغة الصعوبة والعمل على إلغاء القوانين والأنظمة القائمة التي تشكل تمييز ضد الإناث من الأطفال وتلحق الأذى بهم والتخلص من العادات والممارسات التي تنطوي على التمييز⁽²⁾.

وتشكل حقوق ورفاهية أطفال العالم الشغل الشاغل لواحدة من أشهر وكالات الأمم المتحدة وهي منظمة الأمم المتحدة للطفولة (اليونيسيف) التي تعمل على تعزيز حق الأطفال المحرومين في البلدان النامية في الحصول على الرعاية الصحية⁽³⁾ والتغذية السليمة والمرافق الصحية والخدمات الأساسية⁽⁴⁾،

=

- د. عبدالسلام علي المزوعي، النظرية العامة لعلم القانون، الجزء الثاني، نظرية الحق، منشورات الجامعة المفتوحة 1992م، ص75.

- حسن مصطفى الباش، حقوق الإنسان بين الفلسفة والأديان، جمعية الدعوة الإسلامية العالمية، ص39.

- د. علي سيد حسن، حماية حقوق الإنسان في مصر بين الواقع والقانون، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الثاني والستون، 1992م، ص33.

- البارونة كوكس، مجلس اللوردات البريطاني، مناقشة برلمانية، من كتاب السودان- الصراع من أجل البقاء، جراهام م- توماس، ترجمة الزبير الطيب المنصور، 1984-1993، دار الفرجاني للنشر القاهرة، طرابلس، لندن، ص234.

1- المادة (52) د. عمر صدوق، دراسة في مصادر حقوق الإنسان، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثالثة، 2005م، ص115 وما بعدها.

2- المؤتمر العالمي لحقوق الإنسان، إعلان وبرنامج عمل فيينا حزيران/يونيه 1993م مع البيان الافتتاحي الذي ألقاه الأمين العام للأمم المتحدة، بطرس بطرس غالي، الأمم المتحدة- نيويورك، 1995م، ص50 وما بعدها.

3- د. الأنصاري، أبوبكر، حقوق الطفل الصحية بين الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل والفانون الليبي، بحث مقدم لندوة حقوق الإنسان في عصر الجماهير، سرت، من 12-13/6/2005م، ص3.

4- فيوليت داغر، حقوق الطفل في الثقافة العربية، حقوق الإنسان في الفكر العربي، دراسات في النصوص، مجموعة باحثين، الطبعة الأولى، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، الطبعة الأولى، 2002م، ص830.

الأخرى وتعتبر اتفاقية حقوق الطفل سنة 1989م أول صك قانوني دولي يرسى الضمانات لمجموعة حقوق الإنسان الخاصة بالطفل ويضفي على حقوق الطفل قوة القانون التعاهدي⁽¹⁾.

إن النقلة الحضارية لنصوص اتفاقية حقوق الطفل قد انعكست على توجه العديد من الدول حول الاعتراف بحق الطفل في حرية الرأي والتعبير وخير مثل على ذلك، مشاركة أطفال جنوب أفريقيا عقب سقوط نظام التفرقة العنصرية في صياغة آرائهم حول حقوقهم كجزء من صياغة دستور جديد لجنوب أفريقيا⁽²⁾.

فالاتفاقية الدولية لسنة 1989 كإطار حماية لحقوق الطفل⁽³⁾ تتكون من ديباجة و 54 مادة؛ وهي تنص على مجموعة من حقوق الإنسان الأساسية التي يتمتع بها الإنسان بصفة عامة، وإلى جانب ذلك جاءت بحقوق و ضمانات تخص الأطفال وحدهم فعرفت الطفل بأنه لم يتجاوز 18 عشر سنة وأكدت على مبدأ المساواة في الحقوق بين الأطفال.

فان العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية اتفاقية دولية يتعهد الدولة المصادقة عليها أو المنظمة إليه بضمان تفعيل أحكامه في إطار قانونها الداخلي⁽⁴⁾.

إن إجراءات حماية حقوق الإنسان في التنظيم الأمريكي يتمثل أساساً في اللجنة الأمريكية والمحكمة الأمريكية وهما وسيلتان فعالتان في تعزيز وحماية حقوق الطفل⁽⁵⁾.

الطفل كشخص تحمي قواعد الإجراءات القانونية في قانون حقوق الإنسان العالمي بموجب شروط كل العهود والمواثيق المتصلة بالموضوع⁽⁶⁾.

كل هذه الحقوق مرهونة بالاحترام الفعلي تجاه الواجبات المحددة بنص الدستور، والمفروضة على المواطن الذي سيستفيد منها وتتطلب كذلك التزام الدولة بالعمل على تطبيقها⁽⁷⁾.

1- د. عمر سعد الله، مدخل في القانون الدولي لحقوق الإنسان، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الخامسة، 2009م، ص 290.

2- عماد ثروت، إشكاليات تطبيق اتفاقية حقوق الطفل في الواقع المصري، امديست، 1999م، ص 188.

3- د. فاطمة شحاته زيدان، مركز الطفل في القانون الدولي العام، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2005، ص 174.

4- د. ماهر جميل أبو خوات، الحماية الدولية لحقوق الطفل، دار النهضة العربية، 2005م، ص 378.

5- حبوش وهيب، الحقوق الشخصية والدينية بين العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية والشرعية الإسلامية، رسالة ماجستير - كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003-2004م، ص 55.

6- جون اس جيبسون، معجم قانون حقوق الإنسان العالمي، دار النسر للنشر والتوزيع - عمان - الأردن، 1999م، ص 117.

7- د. الطاهر بن خرف الله، مدخل إلى الحريات وحقوق الإنسان، الجزء الثاني، التعبير الدستوري للحريات والحقوق، طاكسيج - كوم للدراسات والنشر والتوزيع الجزائر، 2009م، ص 115.

أن الحل الصحيح لضمانات حماية حقوق الطفل يكمن في ضرورة الاعتراف بمبدأ خضوع السلطة العامة لبعض القيود التي تقيدها من هيمنتها على مقدرات الأفراد وحرياتهم⁽¹⁾، أن البشرية مدينة للطفل بأفضل ما يمكن منحه له من حقوق وضمانات⁽²⁾، هناك عدة ضمانات لحماية حقوق المتهم⁽³⁾. وبينت الحقوق العامة التي يتمتع بها الطفل في الاتفاقية كالحق في الاسم⁽⁴⁾ والجنسية والحياة الخاصة والحق في التمتع بأعلى مستوى صحي والحق في التعليم وغيرها⁽⁵⁾. وكذلك الحقوق الخاصة التي يتمتع بها الطفل في الاتفاقية كحق الطفل في الأسرة⁽⁶⁾ وحق الطفل في الحماية من الاستغلال وكافة أشكال العنف أو الضرر أو الإساءة البدنية والعقلية.

ثالثاً- الميثاق الأفريقي لحقوق الطفل :

مع تزايد الاهتمام العالمي بالطفولة قامت منظمة الوحدة الأفريقية على وضع ميثاق خاص بحماية ورفاهية الطفل الإفريقي عام 1990م وبدأ العمل به في 29 ورعاية الطفولة يحتوي على (48) مادة وأربعة فصول جاءت أحكام المواد من (1) إلى (48) مادة مشابهة لحد كبير لاتفاقية حقوق الطفل سنة 1989م. وقد اهتم الميثاق الأفريقي لحقوق الطفل بالطفل وتناول عدة أمور منها عمالة الأطفال والحماية من سوء المعاملة، وأكد الميثاق على ضمانات حقوق الطفل الأفريقي منها منع كافة أشكال التمييز ضد الطفل الأفريقي وحق الطفل الأفريقي في الرعاية الصحية⁽¹⁾.

- 1- د. السيد عبد الحميد فودة، حقوق الإنسان بين النظم القانونية الوضعية والشرعية الإسلامية دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006م، ص53.
- 2- د. محمد السعيد الدقاق، "الحماية القانونية للأطفال في إطار اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل" المؤتمر القومي حول مشروع اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل الذي عقد في الإسكندرية بحقوقهم فيه من 21-23 نوفمبر سنة 1988م، ونظمتها الجمعية المصرية للطب والقانون، الرابطة المصرية للقانون الدولي والمجلس القومي للأمومة والطفولة ومنظمة الأمم المتحدة للأطفال، اليونيسيف، ص2.
- 3- عمر محمود المخزومي، القانون الدولي الإنساني في ضوء المحكمة الجنائية الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008م، الطبعة الأولى، الإصدار الأول، 2008، ص217.
- 4- د. فايز الضفيري، "الطفل والقانون: معاملته، وحايته الجنائية في ظل القانون الكويتي"، مجلة الحقوق، العدد الأول، السنة 25، مارس 2007م، ص135.
- 5- زكية جودي، حماية حقوق الطفل في حالات النزاعات المسلحة الدولية، رسالة ماجستير - كلية الحقوق - جامعة الجزائر، 2008-2009م، ص86.
- 6- بودور محمد، الحقوق المدنية للفرد في ظل القانون الدولي لحقوق الإنسان والشرعية الإسلامية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق - جامعة الجزائر، 2001-2002م، ص158.

أما فيما يخص حقوق الطفل، وبناء على توصية الجمعية العامة للأمم المتحدة بشأن نشر نص إعلان حقوق الطفل لعام 1959م، إلى أقصى مدى مستطاع، فقد نشر هذا الإعلان من ضمن مجموعة تشريعات الضمان الاجتماعي، وقد صادقت ليبيا على ميثاق حقوق الطفل العربي بموجب القانون رقم (4) لسنة 1986م. والميثاق الإفريقي لحقوق الطفل ورفاهيته، بعد أن أعتمدته رؤساء وحكومات أفريقيا في اجتماعهم العادي السادس والعشرين، في (أديس باب) 1990، وتعتبر ليبيا أحد أعضاء منظمة الوحدة الإفريقية⁽²⁾.

كما صادقت ليبيا على اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل لعام 1989م، 15/4/1993م. وتطبيقاً لأحكام هذه الاتفاقية أصدر المشرع الليبي قانوناً خاصاً بالطفل في ليبيا، وهو القانون رقم (5) بشأن حماية الطفولة، المؤرخ في 29/2/1997م⁽³⁾.

أصدر مؤتمر القمة الإسلامي السابع المنعقد في الدار البيضاء (بالمغرب) في الفترة من 11-13 رجب 1415هـ (الموافق 13-15/12/1994م) بموجب القرار رقم (7/16 ث ق إ) إعلان حقوق الطفل ورعايته في الإسلام، الذي أعدته ندوة الخبراء التي اجتمعت بمقر الأمانة العامة لمنظمة المؤتمر الإسلامي في الفترة من 28-30/6/1994م.

ولقد قسم الإعلان حقوق الطفل تقسيماً زمنياً - يحمده - باعتبار أن الطفل يمر بمراحل زمنية مختلفة، وبالتالي تختلف حقوق الطفل في كل مرحلة من مراحل تطوره، بحيث تتصاعد الحقوق والحريات التي يتمتع بها الطفل مع تطور نموه الجسمي والعقلي.

الفرع الثاني - جهود الدول العربية في إطار حقوق الطفل :

بذلت العديد من الجهود العربية من اجل حماية الطفل والمحافظة علي حقوقه نعرض لأهمها :

أولاً - وثيقة الإطار العربي لحقوق الطفل العربي :

صدرت وثيقة الإطار العربي لحقوق الطفل العربي وحددت أهدافها على تكريس مفهوم الحقوق حتى إتمام سن الثامنة عشرة دون أي تمييز بسبب اللغة أو اللون أو الدين وتمكين الأطفال من ممارسة

=

1- عبدالسلام بشير الذويبي، الميثاق الإفريقي لحقوق الطفل ورفاهية، إبعاد ومقاييس، مجلة الجديد للعلوم الإنسانية، العدد الرابع، 1999م، ص 97 وما بعدها.

2- د. جمعة الزريقي، " جرائم الأطفال في التشريع الليبي"، ومدى تطابقها مع أحكام المادة (40) من الاتفاقية العالمية لحقوق الطفل، مجلة الجديد للعلوم الإنسانية، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، العدد السادس، 2001م، ص 24-26.

3- الرعوي، مراد محمود، ملخص لدراسة اتفاقية حقوق الطفل مقارنة بالتشريعات الليبية، منظمة الأمم المتحدة للطفولة، (اليونيسف)، طرابلس، 1997م، ص 7.

حقوقهم وما نصت عليه الاتفاقيات والمواثيق الدولية والعربية واتخاذ كافة التدابير لمكافحة الفقر والبطالة وإعطاء الرعاية اللازمة للأطفال.

إن عدد الأطفال في العالم العربي يزيد على 90 مليون طفل معظمهم محرومون مما يقدمه العالم للطفولة من حقوق وامتيازات فعلى سبيل المثال المجالات التي تهتم بالطفل وهي قليلة العدد وتزيد صعوبة في التوزيع السيئ لها ففي النصف الأخير من القرن العشرين ارتفع المؤشر إلى 70 مجلة للطفل⁽¹⁾.

وإذا كان الاهتمام بالطفولة يعتبر معياراً رئيسياً من معايير التقدم الحضاري في الدول المتقدمة فإنه يصبح ضرورة ملحة في الدول النامية من أجل بناء مستقبلها فالطفل يعد كنزاً للمجتمع وعاملاً من عوامل نهضته، ويستند أغلب الدول إلى دعم المنظمات العالمية مثل اليونيسكو ومنظمة الصحة العالمية وغيرها للإسهام في تحقيق هذه الحقوق التي تعتبر جزءاً أساسياً منها بالرغم من الصورة القائمة للوضع الحالي للطفولة، فالجاعة والمرض وسوء التغذية تشكل إلى يومنا هذا الأسباب الرئيسية لمعاناة أكثر من 40% من أطفال العالم الثالث، وقد عقدت ندوة حول آليات أعمال حقوق الطفل في ضوء الأولويات الدولية المطروحة بمدينة تونس عام 2002م تناولت فيها ورش العمل سبل تطوير آليات حماية حقوق الطفل وناقشت ظاهرة عمالة الأطفال في الدول العربية وكذلك الاستغلال الجنسي للأطفال، كما تم عقد ورشة عمل متخصصة لمناقشة الدليل النموذجي لحقوق الطفل في البلدان العربية الصادر عن جامعة الدول العربية لاعتماده استراتيجية عربية لرفع التحدي الذي يواجهه الدول العربية للدخول إلى القرن الحادي والعشرين بأسس متينة⁽²⁾.

وفيما يتعلق بالوضع في ليبيا فقد اصدر قرار عن اللجنة الشعبية العامة سابقا رقم (532) لعام 1981م بتشكيل اللجنة الوطنية الدائمة لرعاية الطفولة ثم قرار (376) لسنة 1987 بتشكيل لجنة لرعاية الطفولة وفي عام 1998م تم إنشاء اللجنة العليا لرعاية الطفولة وفي عام 1991م صدر قانون حماية الطفولة رقم (5) لسنة 1991 ثم صدر قانون رقم (17) لسنة 1992م بشأن تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم إضافة إلى التشريعات المتعلقة بالطفولة وقضاياها وكذلك اتفاقيات جنيف الأربع والبروتوكولان الأول والثاني كلها أكدت على حقوق الطفل بشأن اشتراك الأطفال في النزاعات المسلحة.

1- أ. أسماء مصطفى الأسطى، النتائج الفكرية للأطفال والناشئة في ليبيا 1921-2005م، بيليوغرافيا ودراسة مجلس الثقافة العام- سرت، 2006م، ص72.

2- محمد عبده الزغير، "ندوة آليات أعمال اتفاقيات حقوق الطفل في ضوء الأولويات الدولية المطروحة (7-10/4/2002ف) بتونس: مجلة الطفولة والتنمية، المجلد (2) العدد (7)، 2002ف، ص243 وما بعدها.

ثانياً- ميثاق حقوق الطفل العربي لعام 1983 م :

انعقد هذا الميثاق في تونس وقدم في الدورة الرابعة لمجلس وزراء الشؤون الاجتماعية العربي في 1983م وافقت ليبيا عليه في عام 1987 وقد تناول الميثاق جملة من الحقوق كالحق في الرعاية والتنشئة الأسرية والمسكن والبيئة الصحية والخدمة الاجتماعية⁽¹⁾.

ونحن نرى بأن التسمية منتقدة وأن يكون الميثاق العربي لحقوق الطفل وليس ميثاق حقوق الطفل العربي حيث اعتمد مؤتمر القمة العربي في عمان في مارس 2001م قراره رقم (216) باعتماد وثيقة تتعلق بالطفولة بعنوان (الإطار العربي لحقوق الطفل) لوضع خطوط عريضة تبين خصوصيات الطفل العربي ومعاناته من جراء تعرض المنطقة العربية للصراع⁽²⁾ وتحدى صارخ وسافر للشرعية الدولية خاصة بعد احتلال العراق والحرب على لبنان من قبل أكبر دول العالم⁽³⁾.

وقد أصدر ميثاق حقوق الطفل العربي عام 1983م بعد ست سنوات من إقرار اتفاقية حقوق الطفل عام 1985م⁽⁴⁾ ويحتوي ميثاق الطفل العربي على مقدمة وجملة مبادئ المواد (1-17) الأهداف (17-23) المتطلبات والوسائل المواد (24-39) العمل العربي المشترك في مجال تنمية ورعاية الطفولة (40-48) أحكام ختامية (49-51).

أهم الوثائق العربية اللاحقة بعد إقرار الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل وهى الخطة العربية الأولى لرعاية وحماية وتنمية الطفولة عام 1992م وكذلك خطة العمل العربية الثانية للطفولة لعام 2004 - 2015م.

ثالثاً- إعلان بشأن حقوق الطفل ورعايته في الاسلام لعام 1994 م :

أصدر مؤتمر القمة الإسلامي السابع المنعقد في الدار البيضاء (بالمغرب) في الفترة من 11-13 رجب 1415هـ (الموافق 13-15/12/1994م) بموجب القرار رقم (16/7 ث ق ل) إعلان حقوق الطفل ورعايته في الإسلام الذي أعدته ندوة الخبراء التي اجتمعت بمقر الأمانة العامة لمنظمة المؤتمر الإسلامي في الفترة من 28-30/6/1994م.

- 1- د. نبيل مصطفى إبراهيم، آليات الحماية الدولية لحقوق الإنسان، دار النهضة العربية- القاهرة، 2005م، ص424.
- 2- أ. إبراهيم البشير الجرمي، الحماية الإقليمية لحقوق الإنسان في إطار الجامعة العربية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الفاتح سابقاً، 2009-2010م، ص77-78.
- 3- د. ماهر جميل أحمد، الحماية الدولية لحقوق الطفل، رسالة دكتوراه- كلية الحقوق- جامعة حلوان، 2004م، ص400.
- 4- د. وائل علام، الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، دار النهضة العربية، 1999م، ص90.

ولقد قسم الإعلان حقوق الطفل تقسيماً زمنياً وهذا أمر يحمد له باعتبار أن الطفل يمر بمراحل زمنية مختلفة، وبالتالي تختلف حقوق الطفل في كل مرحلة من مراحل تطوره بحيث تتصاعد الحقوق والحريات التي يتمتع بها الطفل مع تطور نموه الجسدي والعقلي.

المبحث الثاني

اللجنة الدولية الخاصة بالرقابة في اتفاقية

الأمم المتحدة لحقوق الطفل

(لجنة حقوق الطفل)

يتم التطرق في هذا الموضوع من بيان تشكيل اللجنة المتعلقة بحقوق الطفل وعلاقتها بالهيئات الأخرى في مطلب أول، واختصاصات اللجنة ودورها في الحماية الناجمة لحقوق الطفل في مطلب ثاني.

المطلب الأول

تشكيل اللجنة وتطور علاقتها بالهيئات الأخرى

لجنة حقوق الطفل هي الجهاز الذي أناطت به اتفاقية حقوق الطفل السهر على حماية ومتابعة الحقوق المنصوص عليها في الاتفاقية، ودراسة التقدم الذي أحرزته الدول الأطراف في استيفاء تنفيذ الالتزامات التي تعهدت بها.

وأنشئت لجنة حقوق الطفل عام 1991م، تنفيذاً لنص المادة (1/43) من اتفاقية حقوق الطفل⁽¹⁾، وهي تتألف من ثمانية عشر خبيراً من ذوي المكانة الخلقية الرفيعة والكفاءة المعترف بها في مجال حقوق الطفل وحمايتها⁽²⁾، وتنتخب الدول الأطراف أعضاء اللجنة من بين رعاياها ويعمل هؤلاء بصفتهم الشخصية، ويولي الاعتبار للتوزيع الجغرافي العادل وكذلك للنظم القانونية الرئيسية⁽³⁾، ويتم انتخاب أعضاء

1- د. الشافعي محمد بشير، قانون حقوق الإنسان، مرجع سبق ذكره، ص298. د. زناتي، عصام محمد أحمد، حماية حقوق

الإنسان في إطار الأمم المتحدة، مرجع سبق ذكره، ص169.

2- من الجدير بالذكر، أن عدد الأعضاء في اللجنة كان عشرة خبراء، طبقاً لنص المادة (1/43) من الاتفاقية، وفي ديسمبر عام 1995م، أصبح عدد أعضاء اللجنة ثمانية عشر عضواً، وذلك بموجب قرار الجمعية العامة رقم (151/50) الذي يقضي بزيادة عدد أعضاء اللجنة من (10) إلى (18) عضواً.

3- انظر: المادة (2/43) من الاتفاقية.

اللجنة بالاقتراع السري من قائمة أشخاص ترشحهم الدول الأطراف، ولكل دولة طرف أن ترشح شخصاً واحداً من بين رعاياها⁽¹⁾.

ويجرى الانتخاب الأول لعضوية اللجنة بعد ستة أشهر على الأكثر من تاريخ بدء نفاذ هذه الاتفاقية، وبعد ذلك مرة كل سنتين⁽²⁾.

وتجرى الانتخابات في اجتماعات للدول الأطراف في مقر الأمم المتحدة بدعوة الأمين العام. ويكون الأشخاص المنتخبون لعضوية اللجنة هم الذين يحصلون على أكبر عدد من الأصوات أو على الأغلبية المطلقة لأصوات ممثلي الدول الأطراف الحاضرين والمشاركين في عملية التصويت⁽³⁾. وتكون مدة عضوية أعضاء اللجنة أربع سنوات، ويجوز إعادة انتخابهم إذا جرى ترشيحهم من جديد، غير أن مدة ولاية خمسة من الأعضاء المنتخبين تنقضي بانقضاء سنتين⁽⁴⁾. وفي حالة وفاة أحد أعضاء اللجنة أو استقالته أو عدم قدرته على تأدية مهام اللجنة، تعتمد الدولة التي قامت بترشيحه خبيراً آخر من بين رعاياها ليكمل المدة المتبقية من الولاية شريطة موافقة اللجنة⁽⁵⁾.

وتضع اللجنة نظامها الداخلي، وتنتخب أعضاء مكتبها لفترة سنتين. وتعد اجتماعات اللجنة عادة في مقر الأمم المتحدة أو في أي مكان آخر تحدده اللجنة، وتجتمع لجنة حقوق الطفل عادة مرة كل سنة، إلا أنه في الوقت الحاضر تعقد اللجنة ثلاث دورات في السنة مدة كل منها أربعة أسابيع. لعل أهم هدف للجنة حقوق الطفل هو متابعة تنفيذ الاتفاقية ورصد التقدم الذي أحرزته الدول الأطراف في استيفاء تنفيذ الالتزامات التي تعهدت بها في الاتفاقية أو الانتهاكات التي قد ارتكبتها بعض الدول للحقوق المكفولة للطفل بموجب الاتفاقية. كما تهدف اللجنة إلى إقامة حوار دائم وبناء بين كل الأطراف المعنية بتعزيز حقوق الطفل بغرض تحديد المخاطر التي تعترض تحقيق حقوق الطفل في العالم، ومن

1- انظر: المادة (3/43) من الاتفاقية.

2- بدأ نفاذ الاتفاقية في 9/2/1990م، والخبراء الذين انتخبوا كأول أعضاء للجنة حقوق الطفل من الدول الآتية: السويد، مصر، بوركينا فاسو، زيمبابوي، البرتغال، الاتحاد السوفياتي سابقاً، القليلين، البرازيل، بربادوس، البيرو. وكان هؤلاء الخبراء ست نساء وأربعة رجال. صحيفة وقائع حقوق الطفل، مركز حقوق الإنسان، جنيف، رقم 10، 1997م، ص 7-8.

3- المادة (5/43).

4- المادة (6/43).

5- المادة (7/43).

يسهل البحث عن حلول فاعلة لتخطي هذه المخاطر⁽¹⁾، وبغرض توجيه الدول الأطراف في فهم أحكام الاتفاقية خاصة المتعلقة بحماية الأطفال. كما تهدف اللجنة إلى زيادة وعي الجمهور بالمسائل الخاصة بحقوق الطفل، وكيفية حمايتها وتعزيزها، وذلك من خلال إتاحة التقارير على نطاق واس.

هذا وتسعى اللجنة منذ نشأتها إلى إقامة تعاون مع هيئات الأمم المتحدة ووكالاتها المتخصصة ذات الصلة، وكذلك مع هيئات مختصة أخرى، منها المنظمات غير الحكومية، بغرض أخذ الوكالات، ولهذا السبب فكثيراً ما تدعو اللجنة المنظمات غير الحكومية ذات الصلة إلى المشاركة في الاجتماعات التحضيرية المتعلقة بالتقارير الواردة من الدول بناء على المعلومات المكتوبة التي ترد منها، بل ولها أن تقدم بديلاً للتقرير الحكومي، أو تقوم بتقديم معلومات مكملة ومفسرة للتقرير الحكومي⁽²⁾.

تعد لجنة حقوق الطفل هيئة من هيئات اتخاذ القرار الرئيسية، والتي تشكل جهة من جهات اتخاذ الإجراءات الهامة التي تسهر على تحويل حقبة تطبيق القواعد والمعايير الدولية لحماية حقوق الطفل إلى واقع ملموس وغالباً ما تصدر القرارات التي تتخذها اللجنة بشكل توصيات للدول الأطراف، والتي يعتبرها البعض⁽³⁾ قراراً غير ملزم لأنها تأخذ شكل النصيحة أو الدعوة لاتخاذ قرار أو موقف معين، لذا فإن هذه التوصيات لا تتمتع بأية قوة إلزامية، كما أنها لا ترتب المسؤولية الدولية على عاتق الدولة التي لا تأخذ بها.

المطلب الثاني

اختصاصات اللجنة ودورها في الحماية الناجعة لحقوق الطفل

تختص لجنة حقوق الطفل بتلقي التقارير التي تقدم من الدول الأطراف في الاتفاقية وبرتوكولاتها ودراسة هذه التقارير ومناقشة ممثلي الدول مقدمة التقارير وإصدار ملاحظاتها الختامية في هذا الشأن، كما تقوم اللجنة بإجراء تعليقات عامة على مواد الاتفاقية وكذلك مناقشات عامة حول موضوعات معينة تخص الأطفال.

-
- 1- ينظر في هذا المناقشات العامة التي عقدتها لجنة حقوق الطفل بشأن "العنف ضد الأطفال"، 2000 والمناقشة العامة بشأن "العنف ضد الأطفال داخل الأسرة وفي المدارس"، 2001.
 - 2- من الاجتماعات التي عقدتها اللجنة مع وكالات وهيئات الأمم المتحدة وهيئات مختصة أخرى هي اليونسف، ومفوضية الأمم المتحدة لحقوق الإنسان ومنظمة الصحة العالمية، المعهد الدولي لحقوق الطفل والتنمية.
 - 3- د. محمد السعيد الدقاق، مرجع سبق ذكره، ص 274.

1- تلقي ونظر التقارير المقدمة من الدول الأطراف في الاتفاقية :

وفقاً لنص المادة (1/44) من اتفاقية حقوق الطفل، تختص اللجنة بالنظر في التقارير التي تقدمها الدول الأطراف عن التدابير التي اتخذتها تنفيذاً لاتفاقية حقوق الطفل، ويجوز للجنة أن تطلب من الدول الأطراف معلومات إضافية ذات صلة بتنفيذ الاتفاقية، حيث "عهد للدول الأطراف بأن تقدم إلى اللجنة عن طريق الأمين العام للأمم المتحدة تقارير عن التدابير التي اعتمدتها لإنفاذ الحقوق المعترف بها في هذه الاتفاقية وعن التقدم المحرز في التمتع بتلك الحقوق، على أن يتم ذلك⁽¹⁾.

- في غضون سنتين من بدء هذه الاتفاقية بالنسبة للدولة الطرف المعنية.
- وبعد ذلك مرة كل خمس سنوات".

وبناء على ذلك فإن الدول الأطراف في اتفاقية حقوق الطفل تقدم بثلاثة أنواع من التقارير إلى

لجنة حقوق الطفل :

- التقرير الأولي: يتم تقديمه في غضون سنتين من بدء نفاذ الاتفاقية بالنسبة للدولة الطرف المعنية، ويمثل التقرير الأولي بداية الاتصال بين الدولة واللجنة ويعد الاختبار الأساسي لمدى التزام الدولة، كما يشكل الأساس الذي يمكن الرجوع إليه عند فحص التقارير الدورية بقصد التعرف على مدى التقدم المحرز لتنفيذ ما ورد في الاتفاقية⁽²⁾.
- التقرير الدوري: ويقدم كل خمس سنوات، وتسمح التقارير الدورية بإجراء المقارنة وتقدير مدى تطور الموقف داخل الدولة، وتسمح للجنة حقوق الطفل بالعودة للتقارير السابقة وإلى ملاحظاتها الختامية المرتبطة بها والتعرف على رد الفعل الذي اتخذته السلطات الوطنية⁽³⁾.
- التقرير الإضافي: ويتم تقديمه بناء على طلب لجنة حقوق الطفل وفقاً للفقرة الرابعة من المادة (44) من الاتفاقية، وهذه التقارير يتحدد موضوعها في كل حالة على حدة، وتستهدف تزويد اللجنة بمعلومات لم ترد في تقرير دوري أو معلومات عن موقف طارئ في الدولة المعنية⁽⁴⁾.

1- حتى 2002/10/4م، تلقت اللجنة (174) تقريراً أولياً، و(64) تقريراً دورياً، ونظرت اللجنة فيما مجموعه (194) تقريراً (160)

تقريراً أولياً، 34 تقريراً دورياً ثانياً. انظر في ذلك: وثيقة لجنة حقوق الطفل رقم (121)، 2002م، ص7.

2- د. عصام محمد أحمد زناقي، حماية حقوق الإنسان في إطار الأمم المتحدة، دار النهضة العربية، 1997م-1998م، ص184.

3- د. زناقي، عصام محمد أحمد، حماية حقوق الإنسان في إطار الأمم المتحدة، مرجع سبق ذكره، ص184-185.

4- وفي محالة لإيجاد أكبر قدر من التنسيق بين الأجهزة الدولية والتخفيف من الأعباء الملقاة على الدول، وأكلت الجمعية العامة للأمم العام مهمة إعداد دراسة من الإجراءات الواجبة التطبيق على المدى الطويل لضمان رقابة أكثر فعالية عن مدى تنفيذ الصكوك الدولية لحقوق الإنسان، ولقد أعد هذه الدراسة مقرر لجنة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وقدمها

2- المقترحات والتوصيات العامة :

بعد عملية تلقي التقارير، تقوم اللجنة بدراسة هذه التقارير بالإضافة إلى التقارير أو المعلومات أو المشورة التي ترد من هيئات حقوق الإنسان الأخرى، أو من المقررين الخاصين عن مسائل في موضوعات معينة، ويجوز للجنة أن تقدم ما تراه مناسباً من المقترحات والتوصيات العامة بشأن تنفيذ الاتفاقية من قبل الدولة مقدمة التقرير، وتحال مثل هذه الاقتراحات والتوصيات العامة عن طريق الأمين العام للدولة الطرف المعنية.

وتبلغ الجمعية العامة مصحوبة بتعليقات الدول الأطراف إن وجدت⁽¹⁾.

ولا شك في أن إصدار التوصيات تعد وسيلة لحث الدول المخالفة على الامتثال للسلوك الواجب إتباعه، حيث أن التوصية في جوهرها ذات قيمة سياسية وأدبية، ولا تتضمن زجراً أو ردعاً، وتتيح للدول موضع الاتهام الفرصة لتعديل سلوكها⁽²⁾.

3- التعليقات والمناقشات العامة :

لا تقتصر مهمة لجنة حقوق الطفل على تلقي التقارير من الدول الأطراف ودراستها وإصدار المقترحات والتوصيات بشأنها، فعلاوة على ذلك، تجري اللجنة تعليقات ومناقشات عامة بشأن مواضيع معينة تخص الأطفال أو تؤثر في تحسين تطبيق الاتفاقية.

ولقد اعتمدت لجنة حقوق الطفل في يناير 2001م، تعليقها العام بشأن المادة (1/29) من الاتفاقية التي تتناول أهداف التعليم⁽³⁾.

وفي 2002/11/15م، أصدرت اللجنة التعليق رقم (2) حول: " دور المؤسسات الوطنية المستقلة لحقوق الإنسان في دعم وحماية حقوق الطفل"، حيث ترى اللجنة أن كل دولة تحتاج إلى مؤسسة مستقلة

=

للجمعية عام 1989م. وتتضمن هذه الدراسة الدعوة إلى توحيد الجزء الأول في كافة التقارير التي تقدمها الدولة، ويتضمن هذا الجزء المعلومات الأساسية عن الدولة، على أن يتم تقديمه للسكترير العام الذي يتولى بدوره توزيعه على الأجهزة الرقابية وذلك بقصد تجنب تكرار المعلومات في التقارير، كما أقترح رؤساء هذه الأجهزة الأخذ بنظام التقرير المحدد، بأن تقدم الدولة تقريراً واضحاً عن التزاماتها الناجمة عن الصكوك الدولية التي تكون طرفاً فيها، ويخصص الجزء الثاني للعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، وتخصص الأجزاء التالية للاتفاقيات المتخصصة، وهذا الاتجاه ينص تماماً على ما جرى عليه العمل في منظمة العمل الدولية التي تعتمد نظاماً موحداً في متابعة مدى تطبيق الاتفاقيات الخاصة بالعمل. د. نبيل مصطفى إبراهيم، آليات الحماية الدولية لحقوق الإنسان، مرجع سبق ذكره، ص 451-152.

1- المادة (44، 45/أ). د) من الاتفاقية وكذلك المادة (7) من النظام الداخلي للجنة.

2- د. حسين، مصطفى سلامة، " تأملات دولية في حقوق الإنسان"، مرجع سبق ذكره، 1984م، ص 211.

3- راجع ذلك في حق الطفل في التعليم.

لحقوق الإنسان تكون مسؤولة عن تعزيز وحماية حقوق الطفل، وبينت أهم الشروط في هذه المؤسسة- أياً كان شكلها- هو أن تكون قادرة بصورة مستقلة وفعالة على دراسة وتعزيز وحماية حقوق الطفل⁽¹⁾.

وقد أشارت لجنة حقوق الطفل في موجز أعد كدليل للمناقشة إلى أن الهدف من المناقشة هو أثر زيادة مشاركة الجهات الفاعلة خلاف الدولة في تنفيذ وتمويل المهام الشبيهة بمهام الدولة في مجال تنفيذ الاتفاقية⁽²⁾.

ومن المناقشات العامة التي أجرتها أو عقدتها لجنة حقوق الطفل، نذكر ما يلي:⁽³⁾

- مناقشة عامة بشأن (حماية الأطفال في حالات النزاع المسلح) عام 1992م.
- مناقشة عامة بشأن (الطفلة) في يناير عام 1995م.
- مناقشة عامة بشأن (الأطفال ووسائل الإعلام) في 7/10/1996م.
- مناقشة عامة بشأن (حقوق الأطفال المعوقين) في 6/10/1997م.
- مناقشة عامة بشأن (حياة الأطفال في عالم ينتشر فيه فيروس نقص المناعة البشرية الإيدز) في 5/10/1998م.
- مناقشة عامة بشأن (العنف ضد الأطفال) في سبتمبر 2000م و 28 سبتمبر 2001م.

4- تقييم دور لجنة حقوق الطفل في الحماية: إن أي تنظيم قانوني مهما بلغت خطورته وأهميته لا يمكن أن يتحقق له النفاذ والاحترام والفعالية ما لم يتوافر له من الضمانات ما يكفل التزام الكافة به، والشعور بوجوب تنفيذه والالتزام بأحكامه عن طريق إيجاد نوع من الرقابة على تطبيقه⁽⁴⁾، ولقد كانت لجنة حقوق الطفل بمثابة الضمانة الأساسية لقياس التقدم المحرر من قبل الدول الأطراف في استيفاء تنفيذ اتفاقية حقوق الطفل وبرتوكولها الإضافيين.

ومما لا شك فيه أن هذه الآلية والتي تمثل هيئة الرصيد التابعة لاتفاقية حقوق الطفل لها جوانب إيجابية وأخرى سلبية:

أ- الجوانب الإيجابية لعمل لجنة حقوق الطفل :

فيما يتعلق بتشكيل اللجنة نجد أنه قد تجنب الخيار الحكومي في هذا التشكيل، حيث أن اللجنة مشكلة من خبراء في مجال الطفولة، ويعلمون بصفتهم الشخصية دون أي تمثيل للدول التي ينتمون إليها مما

1- د. زيدان، فاطمة شحاته أحمد، مركز الطفل في القانون الدولي العام، مرجع سبق ذكره، ص 390-391.

2- د. حسين، مصطفى سلامة، تأملات دولية في حقوق الإنسان"، مرجع سبق ذكره، ص 206.

3- د. زيدان، فاطمة شحاته أحمد، مركز الطفل في القانون الدولي العام، مرجع سبق ذكره، ص 392.

4- يراجع تقرير عن المؤتمر القومي حول مشروع اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل، مرجع سابق، ص 66.

يُمنح اللجنة مزيداً من الفعالية والحيدة في ممارسة أعمالها، ويضعف إلى حد كبير تأثير الدول عليها، فاللجنة لا تتلقى أية تعليمات أو توجيهات من حكومات الدول الأطراف، وهي لا تلتزم إلا بتحقيق الوظائف المنوطة بها⁽¹⁾.

وفيما يتعلق باستعانة اللجنة بالمنظمات غير الحكومية، فإنه أسهم في تعزيز القدرة على الاستفادة من فرصة إعداد التقارير على المستوى الوطني لتعبئة الاهتمام بحالة حقوق الأطفال، مع ضمان تقييم جاد للتقدم والصعوبات الناشئة⁽²⁾.

وبشكل عام، فإن اللجنة قد نجحت منذ عام 1991 في إقامة شراكة قوية للعمل محلياً وإقليمياً ودولياً من أجل النهوض بحقوق الطفل وحمايته⁽³⁾. كما أصبحت عاملاً حافزاً معترفاً به للموارد الفكرية والمالية والبشرية لتحسين حقوق الطفل في جميع البلدان⁽⁴⁾.

ب- الجوانب السلبية :

لعل أول ما يوصم به عمل اللجنة الضعف والقصور في مجال حماية حقوق الطفل واقتصار دورها على تلقي تقارير الدول الأطراف في الاتفاقية والبروتوكولين الملحقين بها، وإصدار التوصيات والتعليقات العامة بشأنها، وعدم تضمن نظامها لأي إجراء للشكاوي الفردية، سواء من الأطفال أو من ممثليهم في حالة ادعاء انتهاك حقوق الطفل.

فالإقتصار على مجرد التزام الدول الأطراف بتقديم تقارير إلى اللجنة عن جهودها في تطبيق أحكام الاتفاقية دون أن يعزز برقابة متبادلة بين الدول الأطراف ومن اللجنة، من شأنه أن يؤثر بشكل كبير في فاعلية التدابير المتخذة في هذا الشأن، ومما لا شك فيه أن نظام الحماية لن تتحقق له الفاعلية ما لم يضع من الآليات وأسلوب الرقابة ما يكفل تحقيق القانونية للحقوق التي تضمنتها الاتفاقية⁽⁵⁾.

1- ينظر أ.د. عبدالعزيز مخيمر عبدالهادي، اتفاقية حقوق الطفل: خطوة إلى الأمام أم إلى الوراء، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد 3، سبتمبر 1993م، ص180.

2- ينظر د. فاطمة شحاته زيدان، مرجع سبق ذكره، ص645.

3- UN.Doc.CRC/C/SP/31.20November2000.P1.

4 -UN.Doc.CRC/C/SP/26.21 Jan 1998.P1.

5- أ. د. محمد السعيد الدقاق، الحماية القانونية للأطفال في إطار مشروع اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل، المؤتمر القومي حول مشروع اتفاقية حقوق الطفل بالإسكندرية، 1988م، ص18.

ولعل ما سبق ذكره دعا إلى وجود إجماع⁽¹⁾. على أن هذه الآلية تعد آلية هزيلة، ولا تتسم بالفاعلية وأنه كان من الضروري على أقل تقدير - إنشاء آلية من النوع الذي نص عليه العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966؛ حيث يمكن للجنة المشكلة طبقاً للعهد تلقي تبليغات من الدول والأفراد بشأن انتهاك حقوق الإنسان المقررة في العهد من قبل أية دولة أخرى، وحق اللجنة في استدعاء نظر الدولة التي تنتهك هذه الحقوق.

ورغم كل ذلك، فإنه من الإجحاف أن نذكر أن اللجنة قد اقترحت إحداث جهاز وطني يكون من سلطته النظر في الشكاوي والالتماسات بما في ذلك تلك المقدمة بالنيابة عن الأطفال أو من قبل الأطفال مباشرة، وأن تجري تحقيقات بشأنها، وما لا شك فيه أن وجود جهاز مشابه على الصعيد الوطني يسهر على تأمين حقوق الطفل بشكل عام يعد أمراً في غاية الأهمية، إذ بالنظر إلى مسؤولية اللجنة التي تتسع لتغطي كافة الدول المصدقة على الاتفاقية، فإن خلق جهاز محلي خاص بالدولة يكون قادراً على الاضطلاع بهذه المهمة بالتحديد، سوف يسهل عملية اللجنة، وكون هذا الجهاز موجوداً في قلب الدولة نفسها يعطيه من القوة والفعالية ما يستطيع بموجبه أن يباشر هذا الاختصاص.

إضافة إلى أن اللجنة، استناداً إلى التوصيات المقدمة من مقرري الموائد المستديرة والمناقشات التي أجريت خلال الاجتماع الذي عقد في 30 سبتمبر و1 أكتوبر 1999 قررت أن تحاط علماً بالاستنتاجات التالية وتؤديها ومنها: أنها ستنظر في إمكانية بدء مناقشات بشأن إعداد بروتوكول اختياري يلحق بالاتفاقية وتتوفر به آلية للبلاغات الفردية لضمان إتاحة سبل الانصاف القانونية على الصعيد الدولي فيما يتعلق باتفاقية حقوق الطفل، وتشجع اللجنة الدول الأطراف على دعم جهودها في هذا الصدد⁽²⁾.

1- ينظر: أ.د. عبدالعزيز مخيمر عبدالهادي، اتفاقية حقوق الطفل، خطوة إلى الأمام أم إلى الوراء، مرجع سابق، ص127، وأ.د. محمد السعيد الدقاق، الحماية القانونية للأطفال في إطار اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل، مرجع سابق، ص18، ود. فاطمة شحاته زيدان، مرجع سابق، ص645، 646، ود. ماهر جميل أبو خوات، مرجع سابق، ص370-371.

2- ينظر: UN. Doc>A/55/41, op.cit, p380.

الخاتمة

من خلال هذه الورقة تم التوصل إلى مجموعة من النتائج والتوصيات :

أولاً- النتائج :

- 1- هناك عدة مواثيق دولية وإقليمية ووطنية لحماية حقوق الطفل.
- 2- هناك العديد من الجهود الدولية والعربية التي بذلت من أجل حماية الطفل والمحافظة على حقوقه.
- 3- كان للجنة الدولية دور فعال وبارز في حماية حقوق الطفل وهي الجهاز الذي أناطت به اتفاقية حقوق الطفل.

ثانياً- التوصيات :

- 1- سن قانون وطني لمنع وحماية الأطفال من الاتجار بهم لأغراض جنسية أو استغلالية أخرى ويعرف الاتجار كتهمة جنائية خاصة.
- 2- ضرورة أن تتضمن الاتفاقيات الدولية المعنية بحقوق الطفل آلية فعالة لضمان التزام الدول بأحكامها، وأن توجد هيئات دولية تراقب تطبيق الاتفاقيات.
- 3- مراجعة التشريعات الوطنية بما يتماشى مع الاتفاقيات الدولية والإقليمية.

قائمة المراجع

أولاً- الكتب المتخصصة:

- 1- أ. إبراهيم البشير الجرمي، الحماية الإقليمية لحقوق الإنسان في إطار الجامعة العربية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الفاتح (سابقاً)، 2009-2010م.
- 2- أ. أسماء مصطفى الأسطى، النتائج الفكرية للأطفال والناشئة في ليبيا 1921-2005م، بيلوغرافيا ودراسة مجلس الثقافة العام- سرت، 2006م.
- 3- أ. سالمين القذافي علي الشيباني، حقوق الطفل ودور الجمعيات الأهلية، ندوة حقوق الإنسان، ليبيا- طرابلس - 2005م.
- 4- أ. عزة كامل المقهور، الحدث الأنثى بين التشريعات الوطنية والمعايير الدولية، مجلة الجامعة الأسمرية، زليتن، السنة الثانية، العدد الرابع، 2004ف.
- 5- أ. هادي مشعان ربيع، اللعب والطفولة، مكتبة المجتمع العربي للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، الطبعة العربية الأولى، 2008م.

- 6- أ.د. عبدالعزيز مخيمر عبدالهادي، اتفاقية حقوق الطفل: خطوة إلى الأمام أم إلى الوراء، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد 3، سبتمبر 1993م.
- 7- وضع الطفل في العالم، منظمة الأمم المتحدة للطفولة، (اليونيسف)، المكتب الإقليمي للشرق الأوسط وشمال أفريقيا، عمان، الأردن، 2003م.
- 8- البارونة كوكس، مجلس اللوردات البريطاني، مناقشة برلمانية، من كتاب السودان- الصراع من أجل البقاء، جراهام م- توماس، ترجمة الزبير الطيب المنصور، 1984-1993، دار الفرجاني للنشر القاهرة، طرابلس، لندن.
- 9- بحلول 31 مايو/ أيار 2009م تمت مصادقة (45) دولة على الميثاق الإفريقي لحقوق ورفاه الطفل.
- 10- بودور محمد، الحقوق المدنية للفرد في ظل القانون الدولي لحقوق الإنسان والشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق- جامعة الجزائر، 2001-2002م.
- 11- جون اس جيسون، معجم قانون حقوق الإنسان العالمي، دار النسر للنشر والتوزيع- عمان- الأردن، 1999م.
- 12- حبوش وهيبة، الحقوق الشخصية والدينية بين العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية والشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير- كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003-2004م.
- 13- حسن مصطفى الباش، حقوق الإنسان بين الفلسفة والأديان، جمعية الدعوة الإسلامية العالمية، طرابلس، 1992م.
- 14- حسني نصار، تشريعات حماية الطفولة، القاهرة، 2006.
- 15- حمادة عبد السلام، نايف أحمد سليمان، طرق دراسة الطفل، دار صفاء للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2005م.
- 16- د. أبو خوات، ماهر جميل أحمد، الحماية الدولية لحقوق الطفل، " رسالة دكتوراه"، جامعة جلوان، كلية الحقوق، 2004م. (غير منشورة).
- 17- د. أبوالوفا، أحمد، الحماية الدولية لحقوق الإنسان في إطار منظمة الأمم المتحدة ووكالاتها الدولية المتخصصة، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، 2005م.
- 18- د. الأنصاري، أبوبكر، حقوق الطفل الصحية بين الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل والفانون الليبي، بحث مقدم لندوة حقوق الإنسان في عصر الجماهير، سرت، من 12-13/6/2005م.
- 19- د. الطاهر بن خرف الله، مدخل إلى الحريات وحقوق الإنسان، الجزء الثاني، التعبير الدستوري للحريات والحقوق، طاكسيج- كوم للدراسات والنشر والتوزيع الجزائر، 2009م.

- 20- د. جمعة الزريقي، " جرائم الأطفال في التشريع الليبي"، ومدى تطابقها مع أحكام المادة (40) من الاتفاقية العالمية لحقوق الطفل، مجلة الجديد للعلوم الإنسانية، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، طرابلس، العدد السادس، 2001م.
- 21- د. حسين، مصطفى سلامة، " تأملات دولية في حقوق الإنسان"، 1984م.
- 22- د. سيد محمددين، حقوق الإنسان بين النظرية والتطبيق في مجال استراتيجيات حماية الطفولة، القاهرة، 2005م.
- 23- د. طلعت فهمي خفاجي، أدب الأطفال في مواجهة الغزو الثقافي، دار ومكتبة الإسراء، الطبعة الأولى، 2006م.
- 24- د. عبد الغني عمرو الرويمض، علاقات العمل الفردية في القانون الليبي، طرابلس، الجزء الأول، الطبعة الثانية، 2000م.
- 25- د. عبدالسلام علي المزوغي، النظرية العامة لعلم القانون، الجزء الثاني، نظرية الحق، منشورات الجامعة المفتوحة، طرابلس، 1992م.
- 26- د. عتيقة، نجوى علي، حقوق الطفل في القانون الدولي، رسالة ماجستير، جامعة الأردن، كلية الحقوق، 1992م.
- 27- د. عصام محمد أحمد زناقي، حماية حقوق الإنسان في إطار الأمم المتحدة، دار النهضة العربية، 1997م-1998م.
- 28- د. علي سيد حسن، حماية حقوق الإنسان في مصر بين الواقع والقانون، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الثاني والستون، 1992م.
- 29- د. عمر سعد الله، مدخل في القانون الدولي لحقوق الإنسان، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الخامسة، 2009م.
- 30- د. عمر صدوق، دراسة في مصادر حقوق الإنسان، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثالثة، 2005م.
- 31- د. فاطمة شحاته زيدان، مركز الطفل في القانون الدولي العام، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2005.
- 32- د. فايز الضفيري، " الطفل والقانون: معاملته، وحمايته الجنائية في ظل القانون الكويتي"، مجلة الحقوق، الكويت، العدد الأول، السنة 25، مارس 2007م.
- 33- د. ماهر جميل أبو خوات، الحماية الدولية لحقوق الطفل، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، مصر، 2004م.

- 34- د. محمد حمد خضر، الإسلام وحقوق الإنسان، منشورات دار مكتبة الحياة، بيروت، لبنان، محرم 1400هـ-1979م.
- 35- د. محمد سعيد فرج، الطفولة والثقافة والمجتمع، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1993م.
- 36- د. مصطفى فهمي، "سيكولوجية الطفولة والمراهقة" مكتبة مصر بالفجالة القاهرة.
- 37- د. ميلود المهدي، محاضرات في حقوق الإنسان، الجزء الثاني، دار الرواد، طرابلس، ليبيا، الطبعة الأولى، 2009م.
- 38- د. نبيل مصطفى إبراهيم، آليات الحماية الدولية لحقوق الإنسان، دار النهضة العربية- القاهرة، 2005م.
- 39- د. وائل علام، الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999م.
- 40- د. السيد عبد الحميد فودة، حقوق الإنسان بين النظم القانونية الوضعية والشرعية الإسلامية دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006م.
- 41- د. محمد السعيد الدقاق، "الحماية القانونية للأطفال في إطار اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل" المؤتمر القومي حول مشروع اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل الذي عقد في الإسكندرية من 21-23 نوفمبر سنة 1988م.
- 42- الذويبي، عبد السلام، حقوق الطفل ورعايته، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان سابقاً، مصراته، الطبعة الأولى، 1992م.
- 43- الرعوي، مراد محمود، ملخص لدراسة اتفاقية حقوق الطفل مقارنة بالتشريعات الليبية، منظمة الأمم المتحدة للطفولة، (اليونيسف)، طرابلس، 1997م.
- 44- زكية جودي، حماية حقوق الطفل في حالات النزاعات المسلحة الدولية، رسالة ماجستير - كلية الحقوق - جامعة الجزائر، 2008-2009م.
- 45- سن الرشد، د. على تعوينات، " تربية الطفل في ظل الأسرة المضطربة والأسرة السوية" مجلة رسالة الأسرة، تصدر عن الوزارة المتنبذة المكلفة بالأسرة، وقضايا المرأة- العدد (10) السنة 2006م.
- 46- عبد السلام بشير الذويبي، الميثاق الأفريقي لحقوق الطفل ورفاهية، إبعاد ومقاييس، مجلة الجديد للعلوم الإنسانية، العدد الرابع، 1999م.
- 47- عماد ثروت، إشكاليات تطبيق اتفاقية حقوق الطفل في الواقع المصري، امديست، 1999م.
- 48- عمر محمود المخزومي، القانون الدولي الإنساني في ضوء المحكمة الجنائية الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008م، الطبعة الأولى، الإصدار الأول، 2008.

49- فيوليت داغر، حقوق الطفل في الثقافة العربية، حقوق الإنسان في الفكر العربي، دراسات في النصوص، مجموعة باحثين، الطبعة الأولى، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، الطبعة الأولى، 2002م.

50- كلاوس هوفنر، كيف ترفع الشكاوى ضد انتهاكات حقوق الإنسان، دليل الأفراد والمنظمات غير الحكومية، إعداد الجمعية الألمانية للأمم المتحدة واللجنة الألمانية لمنظمة الأمم المتحدة للتربية والعلوم والثقافة، عمان، مكتب اليونسكو، 2004م.

51- لياليفين، حقوق الإنسان، أسئلة وإجابات، إصدارات اليونسكو، 2009م.

52- محمد عبده الزغير، " ندوة آليات أعمال اتفاقيات حقوق الطفل في ضوء الأولويات الدولية المطروحة (2002/4/10-7) بتونس: مجلة الطفولة والتنمية، المجلد (2) العدد (7)، 2002ف.

53- معجم مقاييس اللغة لابن فارس، ط1، بيروت، دار إحياء التراث العربي، 2001.

54- المؤتمر العالمي لحقوق الإنسان، إعلان وبرنامج عمل فيينا حزيران/ يونيه 1993ف مع البيان الافتتاحي الذي ألقاه الأمين العام للأمم المتحدة، بطرس بطرس غالي، الأمم المتحدة- نيويورك، 1995م.

55- ناصر كتاب، التعذيب ووسائل مناهضته في القانون الدولي المعاصر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2010م.

56- ينظر في هذا المناقشات العامة التي عقدتها لجنة حقوق الطفل بشأن " العنف ضد الأطفال"، 2000 والمناقشة العامة بشأن " العنف ضد الأطفال داخل الأسرة وفي المدارس"، 2001.

ثانياً- الكتب الأجنبية:

- 1- UN.Doc.CRC/C/SP/31.20November2000.P1.
- 2- UN.Doc.CRC/C/SP/26.21 Jan 1998.P1.
- 3- UN.Doc>A/55/41, op.cit, p380.