



Al-Haq journal
ISSN | 3005-3919

مجلة الحق

العدد السادس ديسمبر 2017



الناشر
كلية القانون - جامعة بني وليد - ليبيا



النوٲق

الدار الوطنفة للكتاب بنغازى 2014/ 236

المراسلات : محلة الحق

كلفة القانون بنى ولفد

البرفء الإلففرونى : alhakk68@gmail.com

العلء السافس ءسفر 2017

ضوابط النشر

1. أن يكون منضبطا بالمنهجية العلمية الصحيحة.
2. أن يتسم بالجدية والتأصيل العلمي.
3. ألا يكون جزءا من رسالة علمية أو أطروحة دكتوراه، أو أنه قد نشر من قبل بوجه من الوجوه.
4. تقبل الأعمال العلمية بإحدى اللغات الحية في إطار أهداف المجلة، مع ملخص لها باللغة العربية لا يزيد عن صفحتين.
5. أن يكون ضمن مجال العلوم القانونية أو الشرعية.
6. ألا يقل البحث العلمي عن 15 صفحات، ولا يزيد عن 30 صفحة، مرفقا بالسير الذاتية للباحث.
7. أن تكون الهوامش في كل صفحة بترقيم يخصها.
8. أن يكون حجم الهوامش 14 والمتن 16، بخط TraditionalArabic، بما في ذلك الآيات القرآنية.
9. أن يقدم الباحث عمله من ثلاث نسخ ورقية، ونسخة إلكترونية (على قرص) بصيغة الورد (word).
10. أن يملأ الباحث الاستمارات الخاصة بالنشر (تعهد بعدم النشر والالتزام بالضوابط المتبعة - بيانات السيرة الذاتية - نموذج تعديل الملاحظات (إذا تطلب الأمر)).
11. أن تكون معلومات النشر في آخر البحث، مرتبة معجميا على أسماء الكتب.
12. أن تكون الإحالة على المصادر في الهامش باسم الكتب، وليس على أسماء المؤلفين.
13. أن يكون تخريج الأحاديث من المصادر الأصلية مع ذكر الكتاب والباب، ورقم الحديث والجزء والصفحة، والحكم على الحديث إذا كان في غير الصحيحين.
14. أن يقدم الباحث ملخصا عن بحثه لا يتجاوز صفحة واحدة.

مجلة علمية فصلية تصدر عن كلية القانون / جامعة بني وليد

المشرف العام	د. مفتاح أغنية محمد
رئيس التحرير	د. محمود محمد علي أغنية
مدير التحرير	أ. إبراهيم الحسين إبراهيم
المدير التنفيذي	د. حكيم محمد عثمان
عضوا	د. امحمد الشارف البكوش

هيئة التحرير

د. مفتاح محمود اجبارة	د. علي رمضان المنخروم
د. عبد الله امبارك الدعيكي	د. منصور الفيتوري حامد
د. عمران خلف	د. عطية الحداد
د. ضو مفتاح أبو غرارة	د. عبد الحميد الزيايدي
د. الهادي علي ازبيدة	د. علي محمد شقلوف

الهيئة الاستشارية

البحوث المنشورة بالمجلة لا تعبر بالضرورة عن رأي المجلة أو الجامعة

قائمة المحتويات

6	1	افتتاحية العدد
7	2	عقوبة شارب الخمر حدية أم تعزيرية
		• د/ محمود محمد علي أغنية
26	3	أحكام التخارج وصوره في الفقه الإسلامي
		• أ/ خطاب خالد خطاب خالد
42	4	ضمانات المحاكمة العادلة
		• د/ مفناح محمود اجبارة
63	5	المركز القانوني للضحايا في المحكمة الجنائية الدولية
		• د/ عبدالقادر أحمد عبدالقادر
86	6	جريمة غسل الأموال وسبل مكافحتها
		• د/ حكيم محمد عثمان
112	7	جريمة الدخول غير المشروع إلى أجهزة الحاسب الآلي ومنظومات المعلومات الإلكترونية
		• د/ عطية عبدالسلام الفيثوري
141	8	حظر التعذيب في النظام القانوني الوطني والدولي
		• د/ مفناح أغنية محمد أغنية

166 9 الطعن القضائي على قرارات المجالس التأديبية
كضمانة للموظفين

• د/ مفناح خليفة عبد الحميد

194 10 المركز الوظيفي للموظف القنصلي

• أ/ خالد محمد نص

222 11 اللوائح التفويضية أو التنظيمية ((دراسة مقارنة))

د/ الداه محمد إبراهيم

افتتاحية العدد

الحمد لله، والصلاة والسلام على أشرف خلق الله، محمد بن عبد الله ﷺ:

أما بعد: فإن من دواعي سرورنا أن نقدم العدد السادس من مجلة الحق التي تصدر عن كلية القانون بني وليد آمليين أن تكون هذه المجلة دافعاً لتقديم الإضافة في مجال البحث العلمي.

وإن هيئة التحرير بالمجلة يسعدها تلقي الملاحظات والمقترحات التي من شأنها الدفع بهذه المجلة إلى الأمام لتكون أفضل مما هي عليه، شكلاً ومضموناً.

وبهذه المناسبة أيضاً فإن هيئة التحرير بالمجلة تهيب بالباحثين القانونيين من أساتذة الجامعات ورجال القضاء والمحامين المساهمة في إثراء مادتها العلمية ببحوثهم وتعليقاتهم في ميدان تخصصهم، وسنكون شاكرين لهم حسن تواصلهم مع المجلة ومتابعة ما يكتب فيها، فذلك كفيل بضمان استمرارها وتجديدها.

فمزيداً من العمل الجاد والمثمر حتى يتواصل مثل هذا العطاء العلمي الذي هو المرأة التي تعكس الدور الحقيقي لجامعة بني وليد بشكل عام وكلية القانون بشكل خاص للنهوض برسالة المجلة على الوجه المنشود.

هيئة التحرير بالمجلة

عقوبة شارب الخمر حدية أم تعزيرية ؟
للدكتور :محمود محمد علي أغنية

محاضر بكلية القانون/ قسم الشريعة الإسلامية/ جامعة بني وليد

مُتَكَلِّمَاتُ

الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ، وَصَلَّى اللَّهُ وَسَلَّمَ عَلَى نَبِينَا الْأَمِينِ، وَعَلَى آلِهِ وَصَحْبِهِ أَجْمَعِينَ، وَمَنْ تَبِعَهُمْ بِإِحْسَانٍ إِلَى يَوْمِ الدِّينِ.

أَمَّا بَعْدُ: فَإِنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَدْ كَرَّمَ الْإِنْسَانَ وَفَضَّلَهُ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقَ تَفْضِيلًا، وَأَنْعَمَ عَلَيْهِ بِنِعْمٍ عَظِيمَةٍ، وَمَنْ أَجَلَّ هَذِهِ النِّعْمَةَ نِعْمَةَ الْعَقْلِ. قَالَ تَعَالَى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا﴾. (1)

وَمَا كَانَ الْعَقْلُ مَنَاطَ التَّكْلِيفِ، فَقَدْ أَمَرْنَا اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ أَنْ نَحَافِظَ عَلَى هَذِهِ النِّعْمَةِ وَعَدَمِ الْمَسَاسِ بِهَا. وَالْخَمْرُ تَحْرِمُ الْإِنْسَانَ مِنْ هَذِهِ النِّعْمَةِ، فَهِيَ أُمُّ الْخَبَائِثِ، تَصَدُّ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ تَعَالَى، وَعَنِ الصَّلَاةِ فِي وَقْتِهَا، بِالإِضَافَةِ إِلَى أَنَّهَا تَوْقِعُ الْعِدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ بَيْنَ الْأَهْلِ وَالْأَصْحَابِ، وَ مِنْ خِلَالِهَا تَنْطَلِقُ الْفَوَاحِشُ وَالشَّرُورُ الَّتِي تَوْقِعُ بِصَاحِبِهَا فِي نَارِ جَهَنَّمَ. قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقِعَ بَيْنَكُمْ الْعِدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ الصَّلَاةِ فَهَلْ أَنْتُمْ مُنْتَهُونَ﴾. (2)

وَقَالَ تَعَالَى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنْفَعٌ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا﴾. (3)

قال القرطبي: " إثم الخمر ما يصدر عن الشارب من المخاصمة، والمشاتمة، و قول الفحش، والزور، وزوال العقل، الذي يعرف به ما يجب لخالفه، وتعطيل الصلوات، والتعوق عن ذكر الله، إلى غير ذلك ". (4)

و من أبرز السمات التي تدل على كمال الشريعة الإسلامية، و أنها جاءت لمصالح العباد بجلب ما ينفعهم، و دفع ما يضرهم، تنظيمها لأحكام العقوبات، و من المعلوم أن في العقوبات ردعا للمجرمين؛ لأن الله تعالى شرع بها ما يردع عن العدوان، و يمنع الناس من ظلم بعضهم بعضا، و تعدي بعضهم على بعض، و لا يمكن أن تحتفي الرذائل إلا إذا كان ثمة زواجر تحمي المجتمع، و تنقي جوهره، و على حسب قوة الرادع في أي دولة يقوى الأمن، و على حسب ضعف الرادع يضعف الأمن، و هذا أمر مشاهد محسوس، لذا فقد جاءت الشريعة الإسلامية بمجزة من العقوبات تعرف بالقصاص والحدود والتعازير، و قد وقع الاختلاف بين الفقهاء في عقوبة شارب الخمر بين الحد والتعزير، و هو السؤال الذي سنحاول

(1) سورة الإسراء، الآية (70).

(2) سورة المائدة الآيتان 90. 91.

(3) سورة البقرة، الآية، (219)..

(4) الجامع لأحكام القرآن، محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، تحقيق: أحمد البردوني، دار الكتب المصرية، القاهرة، ط2، (55/3).

الإجابة عليه – بإذن الله – في هذه الوريقات فهل عقوبة شارب الخمر حدية أم تعزيرية؟ وعلى ضوء الإجابة عن هذا السؤال سيتسنى لنا الحكم على ما ذهبت إليه كثير من قوانين البلاد العربية التي اتجهت إلى توقيع العقوبة التعزيرية السالبة للحرية وهي السجن. فهل يعد هذا موافقا لأحكام الشريعة الإسلامية أم مخالفا لها؟!

وقد قسمت هذا البحث إلى مقدمة وثلاثة مطالب وخاتمة:

مقدمة

المطلب الأول : في التعريف بالخمر

المطلب الثاني: في الفرق بين الحد والتعزير

المطلب الثالث: موقف الفقهاء من عقوبة شارب الخمر

الخاتمة

المطلب الأول : في التعريف بالخمير

أولاً: تعريف الخمير لغة

- قال ابن فارس: " الخاء والميم والراء: أصل واحد يدل على التغطية، والمخالطة في ستر".⁽¹⁾
- و ما تستر المرأة به رأسها يسمى خمرا. قال تعالى : ﴿ و ليضربن بخمرهن على جيوبهن ﴾.⁽²⁾
- وفي الحديث قال ﷺ : ﴿ خمروا أنفسكم ﴾.⁽³⁾
- وجاء في القاموس المحيط : " سميت خمرا؛ لأنها تخمر العقل وتستره، أو لأنها تركت حتى أدركت واختمرت، أو لأنها تخامر العقل، أي تخالطه".⁽⁴⁾
- وقال الفيومي : " الخمير هي اسم لكل مسكر خامر العقل أي غطاه، واختمرت الخمير: أدركت وغلت، وخمّرت الشيء تخميرا: غطيته وسترته، وخمرت العجين خمرا من باب قتل جعلت فيه الخمير، وخمر الرجل شهادته كتبها".⁽⁵⁾
- و خلاصة القول: إن المعنى اللغوي للخمير يدور حول ثلاثة معان:
- 1- التغطية والستر: لأن الخمير تغطي العقل وتستره .
 - 2- المخالطة: لأنها تخالط العقل .
 - 3- الإدراك والترك: لأن الخمير تركت حتى أدركت.

ثانيا: تعريف الخمير اصطلاحا

اتفق الفقهاء على إطلاق اسم الخمير على المعتصر من العنب، واختلفوا في المعتصر من غيره على قولين:

(1) مقاييس اللغة، مادة (خمير)، أحمد بن فارس بن زكريا الرازي، راجعه وعلق عليه: أنس محمد الشامي، دار الحديث، القاهرة، ط1، (ص269)، 1429هـ، 2008م .

(2) سورة النور، الآية "31" .

(3) أخرجه مسلم في صحيحه، عن جابر بن عبد الله ﷺ، كتاب الأشربة، باب الأمر بتغطية الإناء، ح (2012).

صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، طبعة رئاسة إدارات البحوث العلمية والإفتاء، الرياض، ط1، 1980م.

(4) القاموس المحيط، محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، مادة(خمير)، راجعه واعتنى به: أنس محمد الشامي زكريا جابر أحمد، دار الحديث بالقاهرة، ط1، ص(498)1429هـ.2008م.

(5) المصباح المنير، أحمد بن محمد الفيومي، مادة (خمير)، دار الحديث، القاهرة، ص (111)، ط1، 1424هـ . 2003م.

القول الأول: وهو قول جمهور الفقهاء من المالكية⁽¹⁾ والشافعية⁽²⁾ والحنابلة⁽³⁾ والظاهرية⁽⁴⁾ الذي يعرف الخمر بأنه: كل ما أسكر العقل، سواء كان من عصير العنب، أو من غيره، مطبوخًا كان أو غير مطبوخ، فالمدار عندهم على الإسكار، وغيوبة العقل، دون النظر إلى المادة التي صنع منها. واستدلوا على ذلك بما يلي: قوله ﷺ: ﴿كل مسكر خمر، وكل خمر حرام﴾⁽⁵⁾.
قوله ﷺ: ﴿الخمر من هاتين الشجرتين النخلة والعنب﴾⁽⁶⁾.

وجه الدلالة في الحديثين: أن كل شراب مسكر يسمى خمرًا، و أن كل ما خامر العقل فهو خمر، بغض النظر عن مكوناته، وما يتركب منه. هذا ما نطقت به الأحاديث الصحيحة، وما جاءت به الأخبار المتواترة عن الصحابة - رضي الله عنهم - ومما صح عنهم ما يلي:

عن أنس رضي الله عنه قال: ﴿لقد أنزل الله تحريم الخمر وما بالمدينة شراب يشرب إلا من تمر﴾⁽⁷⁾.

وعنه رضي الله عنه قال: ﴿كنت أسقي أبا عبيدة، وأبا طلحة، وأبي بن كعب، من فضيخ زهو، وتمر، فجاءهم آت، فقال: إن الخمر قد حرمت، فقال أبو طلحة: قم يا أنس فأهرقها، فأهرقتها﴾⁽⁸⁾.

(1) انظر: جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، صالح عبدالسميع الآبي الأزهرى، المكتبة العصرية، لبنان، (295/2).
(2) انظر: المهذب في الفقه الشافعي، إبراهيم بن علي الشيرازي، مطبعة مصطفى الحلبي، ط3، 1396هـ، (366/2).
المجموع شرح المهذب، يحيى بن شرف النووي، دار الفكر، بيروت، (112/20).
(3) انظر: كشاف القناع على متن الإقناع، منصور يونس البهوتي، دار الكتب العلمية، بيروت، (117/6). حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن أحمد الدسوقي، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط1، 1417هـ، 1996م، (416/26).
(4) انظر: المحلى، علي بن أحمد بن حزم، تحقيق: أحمد شاكر، دار إحياء التراث العربي، بيروت-لبنان، ط1، 1418هـ، (443/8).
(5) أخرجه مسلم في صحيحه عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه، كتاب الأشربة، باب بيان أن كل مسكر خمر وأن كل خمر حرام، ح (1980).
(6) أخرجه مسلم في صحيحه عن أبي هريرة رضي الله عنه، كتاب الأشربة، باب بيان أن جميع ما ينبذ مما يتخذ من النخل والعنب يسمى خمرًا، ح (1985).
(7) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الأشربة، باب تحريم الخمر وأنها تكون من عصير العنب ومن التمر والبسر والزبيب وغيرها مما يسكر، ح "1982".
(8) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الأشربة، باب نزل تحريم الخمر، ح "5179". الجامع الصحيح المختصر، محمد بن إسماعيل البخاري، تحقيق: د. مصطفى البغا، دار ابن كثير، بيروت، ط2، 1407هـ.

قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: ﴿انزل تحريم الخمر وهي من العنب والتمر والعسل والحنطة والشعير والخمر ما خامر العقل﴾. (1)

وعن المختار بن فلفل قلت لأنس: الخمر من العنب أو من غيرها؟ قال: ﴿ما خمرت من ذلك فهو الخمر﴾. (2)

قال ابن حجر: "إن الصحابة فهموا من الأمر باجتناب الخمر، تحريم ما يتخذ للسكر من جميع الأنواع، ولم يستفصلوا". (3)

القول الثاني: إن الخمر كل ما اعتصر من ماء العنب خاصة، إذا اشتدّ وغلا وقذف بالزبد، وهو قول أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد الشيباني إذا اشتدّ وغلا، قذف بالزبد أو لم يقذف، ويرون أن الأشربة المسكرة من غير عصير العنب لا يحدّ شاربها ما لم تبلغ حدّ الإسكار. (4) واستدلوا بأدلة منها:

1- إن الخمر في لغة العرب لا يعرف إلا من عصير العنب. قال صاحب الهداية: "الخمر عندنا ما اعتصر من ماء العنب إذا اشتدّ، وهو المعروف عند أهل اللغة وأهل العلم". (5)

2- قال ابن عباس رضي الله عنه: ﴿حرمت الخمر قليلها وكثيرها، وما أسكر من كل شراب﴾. (6)

وجه الدلالة: أن ابن عباس رضي الله عنه خص الخمر بحكم، ثم عطف عليها المسكر، والعطف يقتضي المغايرة. وهذا القول مرجوح لمخالفته السنة الصحيحة، وآثار الصحابة، ولغة العرب.

أما مخالفته للسنة فلعوم قوله رضي الله عنه: ﴿كل مسكر خمر﴾. (7)

(1) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الأشربة، باب ما جاء في أن الخمر ما خامر العقل من الشراب، ح"4619".

(2) أخرجه ابن أبي شيبة بسند صحيح، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ابن حجر العسقلاني، تحقيق: محب الدين الخطيب، دار المعرفة، بيروت، (52/20).

(3) فتح الباري بشرح صحيح البخاري، (43/20).

(4) انظر: رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، محمد أمين بن عابدين، دار الفكر، بيروت، (288/5). بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، أبو بكر بن مسعود الكاساني، دار الكتب، بيروت، 1402هـ، 1982م، (112/5).

(5) الهداية شرح بداية المتبدي علي بن أبي بكر، مطبعة الحلبي، القاهرة، ط1، (108/4).

(6) أخرجه النسائي، كتاب الأشربة، باب: الرواية في المدمنين الخمر، (321/8). وقال الألباني في "السلسلة الضعيفة و

الموضوعة "ضعيف"، (364/3). سنن النسائي المطبوع بحاشية شرح السيوطي للسنن، أحمد بن شعيب النسائي، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط3، 1988م. سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة، محمد ناصر الدين الألباني، المكتب

الإسلامي، بيروت، ط5، 1405هـ.

(7) سبق تخريجه، ص.

قال القرطبي: "الأحاديث الواردة عن أنس وغيره على صحتها وكثرتها تبطل مذهب الكوفيين القائلين: بأن الخمر لا يكون إلا من العنب، وما كان من غيره لا يسمى خمراً، ولا يتناول اسم الخمر، وهو قول مخالف للغة العرب، وللسنة الصحيحة، وللصحابة؛ لأنهم لما نزل تحريم الخمر فهموا من الأمر باجتناب الخمر تحريم كل مسكر، ولم يفرقوا بين ما يتخذ من العنب، وبين ما يتخذ من غيره، بل سوا بينهما، وحرما كل ما يسكر نوعه، ولم يتوقفوا، ولا استفصلوا، ولم يشكل عليهم شيء من ذلك، بل بادروا إلى إتلاف ما كان من غير عصير العنب، وهم أهل اللسان، وبلغتهم نزل القرآن، فلو كان عندهم فيه تردد لتوقفوا عن الإراقة حتى يستكشفوا، ويستفصلوا، ويتحققوا التحريم".⁽¹⁾

وقال الخطابي: "زعم قوم أن العرب لا تعرف الخمر إلا من العنب، فيقال لهم: إن الصحابة الذين سمو غير المتخذ من العنب خمراً، عرب فصحاء، فلو لم يكن هذا الاسم صحيحاً لما أطلقوه".⁽²⁾

وعليه: فالذي يترجح هو مذهب الجمهور؛ لقوة أدلته، وضعف أدلة مخالفيه، خاصة وأن مذهب الجمهور يغلق باباً يحاول كثير من المتعلمين فتحه، لكي يفتنوا الناس في دينهم - نعوذ بالله من الخذلان -
ثالثاً: حكم الخمر

دل على تحريم الخمر القرآن والسنة وإجماع المسلمين:

1- قول الله سبحانه تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رَجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ . إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيُصِدِّكُمْ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ الصَّلَاةِ فَهَلْ أَنْتُمْ مُنْتَهُونَ ﴾.⁽³⁾

قال الجصاص: "إن هذه الآية اقتضت تحريم الخمر من وجهين: أحدهما: قوله (رجس)؛ لأن الرجس اسم في الشرع لما يلزمه اجتنابه، ويقع اسم الرجس على الشيء المستقذر النجس، وهذا أيضاً يلزم اجتنابه، فأوجب وصفه إياها بأنها رجس لزوم اجتنابها. والوجه الآخر: قوله تعالى: (فاجتنبوه) وذلك أمر، والأمر يقتضي الإيجاب، فانتظمت الآية تحريم الخمر من هذين الوجهين".⁽⁴⁾

⁽¹⁾ المفهم لما أشكل من كتاب تلخيص مسلم، أحمد بن عمر بن إبراهيم القرطبي، تحقيق: محي الدين ديب مستو - أحمد محمد السيد وآخرون، دار ابن كثير، (252/5).

⁽²⁾ معالم السنن، أحمد بن محمد الخطابي، المكتبة العلمية، بيروت، ط1، 1998م، (78/4).

⁽³⁾ سورة المائدة الآيتان 90، 91.

⁽⁴⁾ أحكام القرآن، أبو بكر، أحمد بن علي الجصاص، ضبط نصه وخرج أحاديثه: عبد السلام شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1415هـ - 1994م (122/4).

2- قوله ﷺ : لعن الله الخمر، وشاربها، وساقياها، وبائعها، ومبتاعها، وعاصرها، ومعتصرها، وحاملها، والمحمولة إليه ﷺ .⁽¹⁾

3- قوله ﷺ : لا يزني الزاني حين يزني وهو مؤمن، ولا يشرب الخمر حين يشربها وهو مؤمن.... الحديث ﷺ .⁽²⁾

4- قوله ﷺ : كل مسكر خمر، وكل خمر حرام ﷺ .³

5- قوله ﷺ : "كل مسكر حرام، وإن على الله عهدا لمن يشرب المسكر أن يسقيه من طينة الخبال. قالوا: يا رسول الله وما طينة الخبال؟ قال: عرق أهل النار، أو عصارة أهل النار".⁴

6- قوله ﷺ : من شرب الخمر في الدنيا ثم لم يتب منها حرمتها في الآخرة ﷺ .⁵
وأجمع المسلمون على تحريم الخمر، وقد عدّ العلماء تحريم الخمر من المعلوم من الدين بالضرورة، فمن استحلّه فقد كفر، إلا أن يكون حديث عهد بالإسلام، أو نشأ في غير بلاد المسلمين.⁽⁶⁾
قال ابن قدامة : "وثبت عن النبي -صلى الله عليه وسلم- تحريم الخمر بأخبار تبلغ بمجموعها رتبة التواتر".⁽⁷⁾

(1) أخرجه أبو داود في سننه، عن أنس بن مالك ﷺ كتاب الأشربة، باب العنب يعصر للخمر، ح رقم "3674". وابن ماجه في سننه، كتاب الأشربة، باب لعنت الخمر على عشرة أوجه، ح "3381". وصححه الألباني في صحيح سنن ابن ماجه، ح "3371". سنن أبي داود، سليمان بن الأشعث أبو داود، تحقيق: محي الدين عبد الحميد، دار الفكر، بيروت، ط1. سنن ابن ماجه، محمد بن يزيد بن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر، بيروت، ط1.

(2) أخرجه البخاري في صحيحه عن أبي هريرة ﷺ، كتاب الحدود، باب إثم الزناة، ح رقم "6810". ومسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، باب بيان نقصان الإيمان بالمعاصي، ح رقم "57".

(3) سبق تخريجه، ص

(4) أخرجه مسلم في صحيحه عن جابر بن عبد الله ﷺ، كتاب الأشربة، باب بيان أن كل مسكر خمر وأن كل خمر حرام، ح (3732).

(5) أخرجه البخاري في صحيحه عن ابن عمر ﷺ، كتاب الأشربة، باب قول الله تعالى: "إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس" ح (5147). ومسلم في كتاب الأشربة، باب عقوبة من شرب الخمر إذا لم يتب منها، ح (3737).

(6) انظر: الإجماع، أبويكر محمد بن إبراهيم بن المنذر، تحقيق: فؤاد عبد المنعم أحمد، دار المسلم للنشر والتوزيع، ط1، 1425هـ، (111/1).

(7) المغني، عبد الله بن أحمد بن قدامة، مكتبة الجمهورية العربية ومكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، (158/9).

المطلب الثاني: في الفرق بين الحد والتعزير

تنقسم العقوبات في شريعة الإسلام إلى أقسام متعددة وذلك باعتبار متنوعة، والذي يتعلق بالمشكلة محل الدراسة هو تقسيم العقوبات باعتبار الجرائم الموجبة لها وهي تنقسم إلى ثلاثة أنواع: "قصاص و حدود وتعازير"

أ- القصاص

القصاص في اللغة

قال ابن فارس: "القاف والصاد أصل صحيح يدل على تتبع الشيء. من ذلك قولهم: اقتصصت الأثر، إذا تتبعته. ومن ذلك اشتقاق القصاص في الجراح، وذلك أنه يفعل به مثل فعله بالأول"⁽¹⁾.

القصاص اصطلاحاً

"معاقة الجاني على جريمة القتل والقطع والجرح عمداً بمثلها"⁽²⁾.
والقصاص على نوعين⁽³⁾:

الأول: قصاص في النفس: وهو عقوبة أصلية للقتل العمد.

الآخر: قصاص فيما دون النفس: وهو القصاص في الجروح، وقطع الأطراف، وهو عقوبة أصلية للاعتداء على ما دون النفس عمداً.

ب- الحدود

الحد في اللغة:

قال ابن فارس: "الحد: الحاجز بين الشيئين، و فلان محدود إذا كان ممنوعاً... و حَدُّ العاصي سمي حداً؛ لأنه يمنع عن المعاودة"⁽⁴⁾.

وحدود الله نوعان:

النوع الأول: حدود حدها الله للناس في مطاعهم ومشاربهم ومناكحهم، وغير ذلك من الأمور التي أحلها وحرّمها ونهى عن تعديها.

(1) مقاييس اللغة، مادة (قص)، (ص 744-745).

(2) انظر: المدخل الفقهي العام، مصطفى أحمد الزرقا، دار الفكر، دمشق، 1387هـ، 1968م، (613/2).

(3) انظر: الذخيرة، أحمد بن إدريس القرافي، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1994م، (327/22). مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، محمد بن أحمد الشريبي، دار الكتب العلمية، بيروت، (4/3).

(4) مقاييس اللغة، مادة (حد)، (ص 188).

النوع الثاني: عقوبات وضعها الله لمن ارتكب ما نهى الله تعالى عنه، مثل حد الزنا وحد القذف.

الحدود اصطلاحاً:

"عقوبة مقدرة واجبة حقاً لله تعالى"⁽¹⁾.

و اختلف الفقهاء في عدد الحدود، والمتفق عليه عند جمهور الفقهاء ستة حدود وهي: (حد الزنا - حد القذف - حد السرقة - حد الحراة - حد الخمر - حد الردة)⁽²⁾.

ج - التعازير

التعزير لغة:

قال ابن فارس : "العين والزاء والراء كلمتان: أحدهما: التعظيم والنصر. والكلمة الأخرى جنس من الضرب. فالأولى: النصر و التوقير، كقوله تعالى " وتعزروه وتوقروه " والأصل الآخر التعزير، وهو الضرب دون الحد "⁽³⁾.

التعزير اصطلاحاً:

" تأديب على ذنوب لم تشرع فيها الحدود "⁽⁴⁾.

و بعد أن تعرفنا على المقصود بالحدود والتعازير نأتي إلى الفرق بينهما، وأفضل من جمع هذه الفروق ابن عابدين في كتابه رد المحتار فقال : " الفرق بين الحد والتعزير: أن الحد مقدر، والتعزير مفوض إلى رأي الإمام. وأن الحد يدرأ بالشبهات، والتعزير يجب معها. وأن الحد لا يجب على الصبي، والتعزير شرع عليه. والرابع أن الحد يطلق على الذمي، والتعزير يسمى عقوبة له؛ لأن التعزير شرع للتطهير. وزاد بعض المتأخرين أن الحد مختص بالإمام، والتعزير يفعله الزوج والمولى وكل من رأى أحداً يباشر المعصية. وأن الرجوع يعمل في الحد لا في التعزير. وأنه يحبس المشهود عليه حتى يسأل عن الشهود في الحد لا في التعزير. وأن الحد لا تجوز الشفاعة فيه، وأنه لا يجوز للإمام تركه، وأنه قد يسقط بالتقادم بخلاف التعزير. فهي عشرة "⁽⁵⁾.

(1) بدائع الصنائع، (33/7).

(2) فتح الباري، (61/15).

(3) مقاييس اللغة، مادة (عز)، (ص 669) .

(4) الأحكام السلطانية والولايات الدينية، أبو الحسن علي بن محمد الماوردي، دار الكتب العلمية، بيروت، 1398هـ، 1978م، (ص 263) .

(5) رد المحتار على الدر المختار ، (262/3).

المطلب الثالث: موقف الفقهاء من عقوبة شارب الخمر

اختلف الفقهاء على نوع العقوبة المقررة لشرب الخمر، وتباينت في توصيف هذه العقوبة بين الحد والتعزير، فهل عقوبة شارب الخمر حدية أم تعزيرية؟

الرأي الأول: عقوبة شارب الخمر عقوبة حدية

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن عقوبة شارب الخمر عقوبة حدية، بل حكى بعضهم الإجماع على وجوب الحد في الخمر، وهذه جملة من أقول العلماء التي تؤيد هذا القول:

قال ابن حجر: "إن الإجماع انعقد على وجوب الحد وإن اختلفوا في العدد".⁽¹⁾

وقال القاضي عياض: "أجمع المسلمون على وجوب الحد في الخمر، واختلفوا في تفصيله وقدره".⁽²⁾

وقال النووي: "وأما الخمر فقد أجمع المسلمون على تحريم شرب الخمر وأجمعوا على وجوب الحد على شاربها سواء شرب قليلاً أو كثيراً واختلف العلماء في قدر حد الخمر".⁽³⁾

وقال ابن دقيق العيد: "لا خلاف في الحد على شرب الخمر واختلفوا في مقداره".⁽⁴⁾

وعليه: فيرى هذا الفريق أن عقوبة الخمر حدية ألا أنهم اختلفوا في مقدار الحد على قولين:

القول الأول: عقوبة شارب الخمر عقوبة حدية مقدارها ثمانون جلدة

ذهب فقهاء الحنفية⁽⁵⁾ والمالكية⁽⁶⁾ والحنابلة⁽⁷⁾ إلى القول بأن عقوبة شارب الخمر حدية، ومقدارها ثمانون جلدة، واستدلوا بأدلة من أبرزها:

1- عن أنس بن مالك رضي الله عنه **﴿﴾** أن النبي أتى برجل قد شرب الخمر، فجلده بجريدتين نحو

⁽¹⁾ فتح الباري، (72/12).

⁽²⁾ إكمال المعلم بفوائد مسلم: القاضي عياض بن موسى اليحصبي، ط1، 1419هـ. دار الوفاء بالمنصورة، ومكتبة الرشد بالرياض، (540/5-541).

⁽³⁾ شرح صحيح مسلم، النووي، دار القلم، بيروت، ط1، 1987م، (217/11).

⁽⁴⁾ إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، محمد بن علي ابن دقيق العيد، المكتبة السلفية، القاهرة، ط2، 1409هـ، (135/4).

⁽⁵⁾ انظر: الاختيار لتعليق المختار، عبدالله بن محمود الموصللي، تحقيق: زهير عثمان الجعيد، دار الأرقم، بيروت، (355/4). بدائع الصنائع، (57/7).

⁽⁶⁾ انظر: مواهب الجليل، شرح مختصر خليل، محمد بن محمد الرعيني الخطاب، دار الفكر، بيروت، (433/8). الشرح الكبير، للدردير، (352/4-353).

⁽⁷⁾ انظر: الروض المربع مع حاشية عبدالرحمن بن القاسم، ط1، 1405هـ، (341/7). المغني، (498/12).

أربعين. قال: وفعله أبوبكر، فلما كان عمر استشار الناس. فقال عبد الرحمن بن عوف: أخف الحدود ثمانون، فأمر به عمر رضي الله عنه.⁽¹⁾

2- عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال: **«جُلد على عهد رسول الله ﷺ في الخمر بنعلين أربعين، فلما كان زمن عمر جلد بدل كل نعل سوطاً رضي الله عنه»**.⁽²⁾

3- عن السائب بن يزيد رضي الله عنه قال: **«كنا نؤتى بالشارب على عهد رسول الله ﷺ، وإمرة أبي بكر، وصدرًا من خلافة عمر، فنقوم إليه بأيدينا، ونعالنا، وأرديتنا، حتى كان آخر إمرة عمر فجلد أربعين، حتى إذا عتوا، وفسقوا، جلد ثمانين رضي الله عنه»**.⁽³⁾

وجه الدلالة في الأحاديث السابقة: أنّ النبي ﷺ لم يحد في الخمر حداً، فوجب الرجوع إلى عمل الصحابة وفتواهم، و قد أجمعوا في زمن عمر بن الخطاب رضي الله عنه على حد الشارب ثمانين جلدة.⁽⁴⁾

القول الثاني: عقوبة شارب الخمر عقوبة حدية مقدارها أربعون جلدة

ذهب فقهاء الشافعية⁽⁵⁾، ورواية عند الحنابلة⁽⁶⁾، وهو قول الظاهرية⁽⁷⁾. وبه قال أبو ثور⁽⁸⁾ واختاره شيخ الإسلام ابن تيمية⁽⁹⁾ وتلميذه ابن القيم⁽¹⁰⁾ إلى القول بأن عقوبة شارب الخمر حدية، ومقدارها أربعون جلدة، واستدلوا بأدلة منها:

(1) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الحدود، باب ما جاء في ضرب شارب الخمر، ح "6773".

(2) مسند الإمام أحمد 67/3، ورواه الترمذي في سننه بلفظ (أن رسول الله ﷺ ضرب الحد بنعلين أربعين) قال مسعر - أحد رواة الحديث - : (أظنه في الخمر) ثم قال الترمذي : (حديث حسن) سنن الترمذي، محمد بن عيسى الترمذي، تحقيق : أحمد محمد شاكر و محمد فؤاد عبدالباقى، دار الكتب العلمية ، بيروت، ط4/1.47.

(3) أخرجه البخاري في صحيحه كتاب الحدود، باب ما جاء في ضرب شارب الخمر، ح "6793". وأحمد في مسنده، 449/3. مسند الإمام أحمد: لأبي عبد الله أحمد بن حنبل الشيباني. وعليه تحقيق وتعليق الشيخ أحمد محمد شاكر. الطبعة الأولى 1377هـ. دار المعارف - مصر.

(4) انظر: المبسوط، أبوبكر محمد بن السرخسي، دار الكتب العلمية، بيروت، 1414هـ، ط1.

(5) انظر : نهاية المحتاج إلى شرح ألفاظ المنهاج، محمد بن أحمد الرملي، طبعة دار الفكر، 14/8 - 15.

(6) انظر : الفروع ، محمد شمس الدين بن مفلح، دار مصر للطباعة، القاهرة، ط2، 1381هـ، (6/101). المبدع شرح المقنع، إبراهيم بن محمد بن مفلح، تحقيق: محمد حسن الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط1، 1418هـ. 1997 م 103/9.

(7) انظر : المحلى، 365/11.

(8) انظر : شرح النووي على صحيح مسلم 217/11.

(9) انظر : الاختيارات، ص299.

(10) انظر: زاد المعاد في هدي خير العباد، ابن قيم الجوزية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1402، 3هـ، (48/5).

1 - عن أنس بن مالك رضي الله عنه **«أن النبي أتى برجل قد شرب الخمر فجلده بجريدتين نحو أربعين...»** (1).

2- ما ورد عن علي رضي الله عنه في قصة ضرب الوليد بن عقبة حين أتى به إلى عثمان رضي الله عنه فقال: (يا علي قم فاجلده) فأمر علي رضي الله عنه بجلده وهو يعدُّ حتى بلغ أربعين فقال: أمسك ثم قال علي: **«جلد النبي صلى الله عليه وسلم أربعين، وجلد أبو بكر أربعين، وعمر ثمانين، وكل سنة وهذا أحب إلي»**. (2).

3 - عن أنس رضي الله عنه: **«أن رجلاً زُفِع إلى النبي صلى الله عليه وسلم قد سكر فأمر قريباً من عشرين رجلاً فجلده كل رجل جلدتين بالجريد والنعال»**. (3).

فقد دلت هذه الأحاديث الصحيحة على أن الثابت عن الرسول صلى الله عليه وسلم هو الاقتصار على الأربعين حداً، وفعله صلى الله عليه وسلم حجة لا يجوز تزكُّه لفعل غيره. (4)

الرأي الثاني: عقوبة الخمر عقوبة تعزيرية

ذهب ابن المنذر والطبري والبخاري والقرطبي والمازري والطحاوي والشوكاني وصديق حسن خان وابن عثيمين إلى أن عقوبة شارب الخمر عقوبة تعزيرية.

قال الشوكاني: "وحكى ابن المنذر والطبري وغيرهما عن طائفة من أهل العلم أن الخمر لا حد فيها" (5).

وقال الحافظ ابن حجر: "وأظنه رأي البخاري فإنه لم يترجم بالعدد أصلاً، ولا أخرج هنا في العدد الصريح شيئاً مرفوعاً".

وقال القرطبي: (..... أن الصحابة رضي الله تعالى عنهم فهمت عن النبي صلى الله عليه وسلم أن جلده كان تعزيراً، لأنه قد اختلف حاله فيه، فمرة جلد فيه بالأيدي والنعال والثياب من غير عدد، ومرة

(1) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الحدود، باب ما جاء في ضرب شارب الخمر، ح "6773".

(2) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الحدود، باب حد الخمر، 3/1331-1332.

(3) أخرجه الإمام أحمد في مسنده، (247/3) وقال الألباني: (إسناده صحيح على شرط مسلم) انظر إرواء الغليل 46/8.

(4) انظر: المغني 307/8. المبدع 116/4، شرح النووي على صحيح مسلم 217/11، فتح الباري 70/12-71.

(5) نيل الأوطار، محمد بن علي الشوكاني، نشر وتوزيع رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد بالمملكة العربية السعودية، (392/7).

جلد فيه بالجريد والنعال أربعين ، ومرةً جلد فيه بجريدتين نحو الأربعين ، فهذه نحو الثمانين .
فهذا تعزير بلا شك⁽¹⁾.

وقال الطحاوي : "وقد جاءت الآثار متواترة أن رسول الله ﷺ لم يكن يقصد في حد الشارب إلى عدد من الضرب معلوم ، حتى لقد بين في بعض ما روي عنه نفي ذلك مثل ما روينا عن علي عليه السلام أن رسول الله ﷺ مات ولم يسن فيه حداً " .⁽²⁾

وقال صديق حسن خان: " فالحق أن جلد الشرب غير مقدر؛ بل الذي يجب فعله هو إما الضرب باليد، أو العصا، أو النعل، أو الثوب على مقدار يراه الإمام من قليل أو كثير فيكون على هذا من جملة أنواع التعزير " .⁽³⁾

وقال ابن عثيمين : "والصحيح أنها تعزير ، وبدل لذلك ما يكاد يكون إجماعاً من الصحابة رضي الله عنهم واستشارهم فيما يصنع، فقال عبد الرحمن بن عوف: يا أمير المؤمنين، أخف الحدود ثمانون ؛ يعني فاجلد شارب الخمر هذا الجلد ، فأمر به عمر فارتفع إلى ثمانين جلدة ، وهذا يكاد يكون كالإجماع ؛ لأن كونه أخف الحدود يعني أن عقوبة الخمر ليست حداً. وبدل لذلك أيضاً أنه لو كانت عقوبة الخمر حداً ، ما كان لعمر أن يغيرها ، قال تعالى : { تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا } ، ولهذا فإنه لو كثر بين الناس اقرار الزنا - نسأل الله العافية - فإننا لا يمكن أن نزيد المائة جلدة إلى مائتين مثلاً ، وذلك لأن الحدود لا تزداد ، وهذا يدل على أن عقوبة شارب الخمر ليست من الحد " .⁽⁴⁾

وهذا الرأي هو الراجح الذي تجتمع به الأدلة، و من أبرز الأدلة التي استدلو بها ما يلي :

1. عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: **« أتى النبي ﷺ برجل قد شرب قال: " اضربوه " قال أبوهريرة ﷺ فمنا الضارب بيده والضارب بنعله والضارب بثوبه ، فلما انصرف قال بعض القوم: أخزأك الله ، قال : " لا تقولوا هكذا ، لا تعينوا عليه الشيطان ﷻ " .**⁽⁵⁾

(1) المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم 130/5.

(2) شرح معاني الآثار، أبو جعفر الطحاوي، دار الكتب العلمية، بيروت، 1399هـ، (155/3) .

(3) التعليقات الرضية على الروضة الندية، صديق حسن خان، للشيخ محمد ناصر الدين الألباني، دار ابن عفان، القاهرة، 1434هـ - 2013، ط3، (312/3).

(4) الشرح الممتع على زاد المستقنع، محمد بن صالح العثيمين، تحقيق: عمر بن سليمان الحفيان، دار ابن الجوزي، السعودية، ج14/89. 2002م.

(5) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الحدود، باب الضرب بالجريد والنعال، ح رقم "6781" ، "14/8".

2. عن أنس بن مالك رضي الله عنه : **«أن نبي الله ﷺ جلد في الخمر بالجريد والنعال، ثم جلد أبو بكر أربعين، فلما كان عمر ودنا الناس من الريف والقرى قال: ما ترون في جلد الخمر؟ فقال عبد الرحمن بن عوف أرى أن تجعلها كأخف الحدود، قال فجلد عمر ثمانين رضي الله عنه»**.⁽¹⁾
3. عن السائب بن يزيد قال: **«كنا نؤتى بالشارب على عهد رسول الله ﷺ وإمرة أبي بكر وصدرًا من خلافة عمر فنقوم إليه بأيدينا ونعالنا وأرديتنا، حتى كان آخر إمرة عمر فجلد أربعين حتى إذا عتوا وفسقوا جلد ثمانين رضي الله عنه»**.⁽²⁾
4. عن عبد الرحمن بن أزهر رضي الله عنه قال: **«كأني أنظر إلى رسول الله ﷺ الآن وهو في الرحال يلتمس رحل خالد بن الوليد، فبينما هو كذلك إذ أتني برجل قد شرب الخمر، فقال للناس: "أضربوه" فمنهم من ضربه بالنعال ومنهم من ضربه بالعصا ومنهم من ضربه بالميثخة، وقال ابن وهب: الجريدة الرطبة، ثم أخذ رسول الله ﷺ تراباً من الأرض فرمى به في وجهه رضي الله عنه»**.⁽³⁾
5. عن عقبه بن الحارث رضي الله عنه قال: **«جاء بالنعيمان أو بابن النعيمان شارباً فأمر النبي ﷺ من كان بالبيت أن يضربوه، قال: فضربوه فكنت أنا فيمن ضربه بالنعال رضي الله عنه»**.⁽⁴⁾
6. عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال: **«ما كنت لأقيم حداً على أحد فيموت فأجد في نفسي إلا صاحب الخمر، فإنه لو مات وديته وذلك أن رسول الله ﷺ لم يستنه رضي الله عنه»**.⁽⁵⁾
7. عن ابن عباس رضي الله عنه : **«أن رسول الله ﷺ لم يقتص في الخمر حداً رضي الله عنه»**.⁽⁶⁾
- وجه الدلالة في الأحاديث السابقة : أن الصحابة أعملوا رأيهم في تحديد العقوبة لما استشارهم عمر، وقد فهموا أن الأربعين ليست حداً، فإن النبي ﷺ لم يرد عنه نص بتحديد الأربعين، وإلا لما قالوا فيه بالرأي كما لم يقولوا بغيره .
- قال الشوكاني: "ومما يؤيد عدم ثبوت مقدار معين عنه رضي الله عنه طلب عمر المشورة من الصحابة فأشاروا عليه بأرائهم، ولو كان قد ثبت تقديره عنه رضي الله عنه لما جهله جميع أكابر الصحابة".⁽⁷⁾

(1) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الحدود، باب حد الخمر، ح(1706).

(2) سبق تخريجه.

(3) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، 320/8. و الحاكم في مستدركه، وقال : (هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه). 374/4.

(4) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الحدود، باب الضرب بالجريد والنعال، ح (6393).

(5) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الحدود، باب الضرب بالجريد والنعال، ح (6396).

(6) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى للبيهقي 314/8. و الحاكم في مستدركه، وقال : (هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه). 374/4.

(7) نيل الأوطار، (162/7).

وكذلك الضرب بالأيدي والنعال والثياب لا يمكن تحديده، فلو كانت عقوبة الشرب حداً كسائر الحدود لما تركه للناس يضربونه بالجريد والنعال. فيكون من قبيل التعزير.

و أما الإجماع الذي استدل به أصحاب القول الأول، فيجاء عنه أنّ علياً رجح إلى الأربعين في عهد عثمان، ولو كان الإجماع منعقداً لما خالفه. قال ابن قدامة (ولا ينعقد الإجماع على ما خالف فعل النبي صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعلي رضي الله عنهما، فتحمل الزيادة من عمر على أنّها تعزير، يجوز فعلها إذا رآه الإمام).⁽¹⁾

ويرد على أصحاب القول الثاني: أن النبي ﷺ لم يفرض في الخمر حداً، وإنما كان يأمر من حضره بضربه بما عندهم من جريد أو نعال أو نحو ذلك، فما دام أنه لم يقدر فيه شيئاً فهو إذا تعزير.

الخاتمة

من خلال ما تقدم ذكره من الأدلة والأقوال يمكن الوصول إلى النتائج الآتية:

1- يعدّ خمراً كل ما أسكر العقل، سواء كان من عصير العنب، أو من غيره، مطبوخاً كان أو غير مطبوخ، فالمدار على الإسكار، وغيوبة العقل، دون النظر إلى المادة التي صنع منها؛ لقوله ﷺ: ﴿كل مسكر خمر، وكل خمر حرام﴾.

2- اتفقت كلمة الفقهاء على نوع العقوبة المقررة لشرب خمر بأنها الجلد إلا أنّها تباينت في توصيف هذه العقوبة بين الحد والتعزير، والراجح أنّها عقوبة تعزيرية تكون بالجلد، وعليه فمرجع هذه العقوبة إلى الإمام من حيث الكم لا من حيث الكيف، يقدرها بناءً على المصلحة وما يتحقق به الزجر.

3- ما ذهب إليه كثير من التشريعات العربية من توقيع العقوبة السالبة للحرية وهي السجن يعد مخالفاً لأحكام الشريعة الإسلامية، وتقليداً للقوانين الغربية التي تحكم بغير ما أنزل الله.

(1) المغني، (307/8).

المصادر والمراجع

- 1- الإجماع، أبوبكر محمد بن إبراهيم بن المنذر، تحقيق: فؤاد عبدالمنعم أحمد، دار المسلم للنشر والتوزيع، ط1، 1425هـ.
- 2- أحكام القرآن، أبو بكر، أحمد بن علي الجصاص، ضبط نصه وخرج أحاديثه: عبد السلام شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1415هـ - 1994م.
- 3- إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، محمد بن علي ابن دقيق العيد، المكتبة السلفية، القاهرة، ط2، 1409هـ، (4/135).
- 4- الأحكام السلطانية والولايات الدينية، أبو الحسن علي بن محمد الماوردي، دار الكتب العلمية، بيروت، 1398هـ، 1978م.
- 5- الاختيارات الفقهية لشيخ الإسلام ابن تيمية لدى تلاميذه (ط. المجمع) أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية المحقق: سامي بن محمد بن جاد الله الناشر: مجمع الفقه الإسلامي - جدة
- 6- الاختيار لتعليل المختار، عبدالله بن محمود الموصلی، تحقيق: زهير عثمان الجعيد، دار الأرقم، بيروت، إرواء الغليل 46/8.
- 7- إكمال المعلم بفوائد مسلم: القاضي عياض بن موسى اليحصبي. ط1، 1419هـ. دار الوفاء بالمنصورة بمصر، ومكتبة الرشد بالرياض، (540/5-541).
- 8- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين أبوبكر بن مسعود الكاساني، دار الكتب، بيروت، 1402هـ، 1982م.
- 9- التعليقات الرضية على الروضة الندية، صديق حسن خان، للشيخ محمد ناصر الدين الألباني، دار ابن عفان، القاهرة، 1434هـ - 2013، ط3.
- 10- الجامع لأحكام القرآن، محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، تحقيق: أحمد البردوني، دار الكتب المصرية، القاهرة، ط2.
- 11- الجامع الصحيح المختصر، محمد بن إسماعيل البخاري، تحقيق: د. مصطفى البغا، دار ابن كثير، بيروت، ط2، 1407هـ.
- 12- جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، صالح عبدالسميع الآبي الأزهری، المكتبة العصرية، لبنان.
- 13- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن أحمد الدسوقي، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط1، 1417هـ، 1996م.
- 14- الذخيرة، أحمد بن إدريس القرافي، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1994م، (22/327).

- 15-رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، محمد أمين بن عابدين، دار الفكر، بيروت .
- 16-الروض المربع مع حاشية عبدالرحمن بن القاسم، ط1، 1405هـ.
- 17-زاد المعاد في هدي خير العباد، محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط3، 1402هـ..
- 18-سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة، محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي ، بيروت، ط5، 1405هـ.
- 19-سنن ابن ماجه، محمد بن يزيد بن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبدالباقي ، دار الفكر ، بيروت، ط1.
- 20-سنن أبي داود، سليمان بن الأشعث أبوداود ، تحقيق: محي الدين عبدالحميد، دار الفكر، بيروت، ط1.
- 21-سنن الترمذي، محمد بن عيسى الترمذي، تحقيق : أحمد محمد شاكر و محمد فؤاد عبدالباقي، دار الكتب العلمية ، بيروت، ط1.
- 22-سنن النسائي المطبوع بحاشية شرح السيوطي للسنن، أحمد بن شعيب النسائي، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط3، 1988م.
- 23-الشرح الممتع على زاد المستقنع، محمد بن صالح العثيمين، تحقيق: عمر بن سليمان الحفيان، دار ابن الجوزي، السعودية، 2002م.
- 24-شرح صحيح مسلم، النووي، دار القلم ، بيروت، ط1، 1987م، (217/11).
- 25-شرح معاني الآثار، أبو جعفر الطحاوي، دار الكتب العلمية، بيروت، 1399هـ، (155/3).
- 26-صحيح سنن ابن ماجه، محمد ناصر الدين الألباني، مكتبة المعارف، 1417هـ، ط1.
- 27-صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، طبعة رئاسة إدارات البحوث العلمية والإفتاء، الرياض، ط1، 1980م.
- 28-فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ابن حجر العسقلاني، تحقيق: محب الدين الخطيب، دار المعرفة، بيروت .
- 29-الفروع ، محمد شمس الدين بن مفلح، دار مصر للطباعة، القاهرة، ط2، 1381هـ.
- 30-القاموس المحيط، محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، مادة(خمر)، راجعه واعتنى به: أنس محمد الشامي زكريا جابر أحمد، دار الحديث بالقاهرة، ط1، 1429هـ. 2008م.
- 31-كشاف القناع على متن الإقناع، منصور يونس البهوتي ، دار الكتب العلمية ، بيروت.
- 32-المبدع شرح المقنع، إبراهيم بن محمد بن محمد بن مفلح، تحقيق: محمد حسن الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط1، 1418هـ. 1997م .

- 33-المبسوط، أبوبكر محمد بن السرخسي، دار الكتب العلمية، بيروت، 1414هـ، ط1.
- 34-المجموع شرح المذهب، يحيى بن شرف النووي، دار الفكر، بيروت.
- 35-المحلى، علي بن أحمد بن حزم، تحقيق: أحمد شاكر، دار إحياء التراث العربي، بيروت-لبنان، ط1، 1418هـ.
- 36-المدخل الفقهي العام، مصطفى أحمد الزرقا، دار الفكر، دمشق، 1387هـ، 1968م.
- 37-مسند الإمام أحمد: لأبي عبد الله أحمد بن حنبل الشيباني ت 241هـ. وعليه تحقيق وتعليق الشيخ أحمد محمد شاكر. الطبعة الأولى 1377هـ. دار المعارف - مصر
- 38-المصباح المنير، أحمد بن محمد الفيومي، مادة (خمر)، دار الحديث، القاهرة، ص (111)، ط1، 1424هـ . 2003م.
- 39-معالم السنن، أحمد بن محمد الخطابي، المكتبة العلمية، بيروت، ط1، 1998م.
- 40-المغني، عبدالله بن أحمد بن قدامة، مكتبة الجمهورية العربية ومكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة.
- 41-مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، محمد بن أحمد الشربيني، دار الكتب العلمية، بيروت.
- 42-المفهم لما أشكل من كتاب تلخيص مسلم، أحمد بن عمر بن إبراهيم القرطبي، تحقيق: محي الدين ديب مستو - أحمد محمد السيد وآخرون، دار ابن كثير.
- 43-مقاييس اللغة، مادة (خمر)، أحمد بن فارس بن زكريا الرازي، راجعه وعلق عليه: أنس محمد الشامي، دار الحديث، القاهرة، ط1، 1429هـ، 2008م .
- 44-المذهب في الفقه الشافعي، إبراهيم بن علي الشيرازي، مطبعة مصطفى الحلبي، ط3، 1396هـ،
- 45-مواهب الجليل، شرح مختصر خليل، محمد بن محمد الرعيني الخطاب، دار الفكر، بيروت.
- 46-نهاية المحتاج إلى شرح ألفاظ المنهاج، محمد بن أحمد الرملي، طبعة دار الفكر.
- 47-نيل الأوطار، محمد بن علي الشوكاني، نشر وتوزيع رئاسة إدارة البحوث العلمية و الإفتاء و الدعوة و الإرشاد بالمملكة العربية السعودية.
- 48-الهداية شرح بداية المبتدي علي بن أبي بكر، مطبعة الحلبي، القاهرة، ط1.

أحكام التخارج وصوره في الفقه الإسلامي
أ- خطاب خالد خطاب خالد
محاضر مساعد بكلية القانون جامعة الزيتونة

مقدمة

التخارج يعتبر وسيلة من وسائل قسمة الأملاك المشتركة بين الورثة في حالة رضا أحد الورثة أو بعضهم على التصالح من أجل الخروج من قسمة التركة مقابل مال خاص من خارج التركة ويتصالح على جزء من التركة. السؤال الذي نحاول الإجابة عليه من خلال هذا البحث كيف يتحقق التخارج؟ وللإجابة على هذا السؤال سوف اتبع المنهج التحليلي المقارن وذلك عن طريق خطة البحث الآتية :

المبحث الأول : التخارج ومشروعيته ومميزاته .

المطلب الأول : تعريف التخارج .

- الفرع الأول : تعريف التخارج لغة .
- الفرع الثاني : تعريف التخارج اصطلاحاً .
- المطلب الثاني : مشروعية التخارج ومميزاته .**

• الفرع الأول : مشروعية التخارج .

• الفرع الثاني : مميزات عقد التخارج .

المبحث الثاني : التكييف الفقهي لعقد التخارج .

المطلب الأول : أقوال العلماء في التخارج .

- الفرع الأول : رأي الأحناف .
- الفرع الثاني : رأي المالكية .
- الفرع الثالث : رأي الشافعية .
- الفرع الرابع : رأي الحنابلة .

المطلب الثاني : المحظور المترتب على استبعاد الوارث الخارج .

- الفرع الأول : ما يترتب على استبعاده من تغير الأنصاء .
- الفرع الثاني : ما يترتب على استبعاد الخارج من استحقاق غير الوارث للميراث .

المبحث الثالث : صيغ التخارج وطريقة التقسيم .

المطلب الأول : الصيغة الأولى .

المطلب الثاني : الصيغة الثانية

المطلب الثالث : الصيغة الثالثة .

المبحث الرابع : نقض التخارج .

المطلب الأول : نقض التخارج .

المطلب الثاني : ظهور جديد زائد في الشركة بعد الصلح .

المبحث الأول تعريف التخارج وشروطه ومميزاته

سوف نتطرق في هذا المبحث إلى تعريف التخارج لغة واصطلاحاً ومشروعيته ومميزاته.

المطلب الأول : تعريف التخارج :

سوف نعرف في هذا المطلب تعريف التخارج لغة واصطلاحاً .

الفرع الأول : تعريف التخارج لغة .

التخارج: تفاعل من الخروج كان يخرج كل واحد من تركته عن ملكه إلى صاحب البيع⁽¹⁾ . ويقال تخارج القوم : أخرج كل واحد منهم نفقة على قد نفقة صاحبه، وتخرج الشركاء : خرج كل واحد تركته عن ملكه إلى صاحبه بالبيع .

وتخارج الورثة : خرج بعضهم عن نصيبه منها بالبيع والصلح ونحوه⁽²⁾ . والخروج نقيض الدخول، ومنه قوله تعالى : ﴿ ذَلِكِ يَوْمُ الْخُرُوجِ ﴾⁽³⁾ ، أي يوم يخرج الناس من الأحداث، لذلك يطلق على يوم الخروج يوم البعث أي يوم يبعثون، فيخرجون من الأرض ، ويحدث التخارج بين الشركاء وأهل الميراث بأن يكون المتاع بين ورثة أو شركاء لم يقتسموه ، وهو في يد بعضهم دون بعض فلا بأس أن يتبايعوه فيخرج أحدهم من الشركة أو التركة .

الفرع الثاني : تعريف التخارج اصطلاحاً :

هو ((أن يتصالح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث مقابل شيء معلوم يدفع له من التركة أو من غيرها، وهو مصالحة الورثة على إخراج بعض منهم بشيء معين من التركة))⁽⁴⁾ . وهو ((تصالح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث على شيء من التركة عين أو دين))⁽⁵⁾ . وهو ((أن يتصالح الورثة على إخراج بعضهم عن الميراث بشيء معلوم من التركة أو من غيرها))⁽⁶⁾ . وهو ((أيضاً بيع وارث نصيبه أو جزءاً منه لوارث آخر، أو هو مصالحة الورثة على شيء من التركة))⁽⁷⁾ .

(1) ابن منظور ، لسان العرب ، ج 2 ، ص 25 .

(2) لسان العرب، 3/4 - 54 (النهاية في غريب الحديث والأثر) (20 / 2) المعجم الوسط، (224/1) .

(3) سورة ق الآية (42) .

(4) الجرجاني، علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني، التعريفات، المحقق، محمد صديق المنشاوي، دار الفضيلة، القاهرة، مصر، 1992، ص 75 .

(5) ابن عابدين، محمد أمين بن عمر عابدين، رد المختار، المحقق، عادل أحمد عبد الجواد، دار الفكر، بيروت، لبنان، 2000، ج 6 ص 811 .

(6) محمد أبوزهرة، محمد أحمد مصطفى أحمد المعروف بأبي زهرة، أحكام الموارث، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2008، ص 127 .

(7) المناوي، محمد عبدالرؤف المناوي، التوقف على مهمات التعارف، ط1، دار الفكر العربي المعاصر، بيروت، ص 164 .

وهذا يعني أن يخرج أحد الورثة من التركة، أو من بعضها مقابل مال يأخذه أما بين التركة أو من غيرها من جميع الورثة أو من بعضهم⁽¹⁾. وجاء تعريف التخارج في در الحكام في شرح مجلة الأحكام بأنه ((هو أخذ بعض الورثة مالاً معلوماً من الورثة الآخرين مقابل حصصهم الإرثية والخروج من التركة نوع من أنواع الصلح))⁽²⁾.

المطلب الثاني : مشروعية التخارج مميزاته:

سوف نتناول في هذا المطلب مشروعية التخارج ومميزات عقد التخارج :

الفرع الأول : مشروعية التخارج :

التخارج عقد جائز باتفاق الفقهاء يتعاملون به منذ عصر الصحابة ، والأصل في جوازه أنه قد وقع في عهد الخلفاء الراشدين ولم ينقل عنهم أنهم أنكروه .

وفيما روى عن عمرو بن دينار أن عبدالرحمن بن عوف طلق أمراته تماضر بنت الاصبغ الكلبية في مرض موته، ثم مات وهي في العدة فورثها عثمان رضي الله عنه مع ثلاث نسوة أخر فصالحوها على ربع ثمنها على ثلاثة وثمانين ألفاً وقيل هي دنانير، وقيل هي دراهم⁽³⁾.

وذكر ابن عباس رضي الله عنه قال : يتخارج أهل الميراث ، يعني أن يخرج بعضهم بعضاً بطريق الصلح، وذلك جائز لما فيه من تيسر القسمة عليهم، فأتم لو اشتغلوا بقسمة الكل على جميع الورثة ربما يشق عليهم ويدق الحساب أو تتعذر القسمة في البعض كالجوهرة النفسية ونحوها فإذا أخرجوا البعض بطريق الصلح تيسر على الباقيين قسمه ما بقي بينهم فحاز الصلح بذلك⁽⁴⁾.

وبما رواه البيهقي في سننه عن أبي حازم الحافظ بسنده عن عطاء عن ابن عباس أنه كان لا يرى بأساً بالمخارحة في الميراث⁽⁵⁾.

وكذلك الأثر المروى عن ابن عباس ((أنه قال يتخارج الشريكان وأهل الميراث فيأخذ هذا عيناً وهذا ديناً فأن توى⁽⁶⁾ لأحدهما لم يرجع على صاحبه))⁽⁷⁾.

(1) الغامدي، ناصر محمد الغامدي ، التخارج بين الورثة أحكامه وصوره في الفقه الإسلامي ، ص 195 .

(2) حيدر ، علي حيدر، در الحكام شرح مجلة الأحكام ، دار عالم الكتاب ، ج 6 ، ص 40 .

(3) الألباني، محمد ناصر الدين الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، الناشر المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1985، ج6، ص159 حديث صحيح أخرجه ابن سعد في الطبقات اخبرنا محمد بن مصعب القرظساني حدثنا الأوزاعي عن طلحة بن عبد الله أن عثمان بن عفان ورث تماضر.

(4) ابن حجر، أحمد بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، المطبعة السلفية القاهرة، ص4، ص464.

(5) البيهقي ، أبوبكر أحمد بن الحسين ، السنن الكبرى ، مطبعة مجلس المعارف النظامية ، الهند ، ج 6 ، ص 65 .

(6) توى ، المراد به هلاك المال ، الرازي ، مرجع سابق ، ص 70 .

(7) ابن حجر ، مرجع سابق ، ج 4 ، ص 46 .

والشاهد من هذا الأثر هو قوله (يتخارج الشريكان وأهل الميراث) وجه الدلالة حيث دل ذلك على جواز التخارج بين الورثة مطلقاً : ودل أيضاً على أن الورثة يخرج بعضهم بعضاً بطريق الصلح ولا بشرط أن تكون أعيان التركة معلومة لأنه يحتاج فيه إلى التسليم وبيع ما لم يعلم قدره فيه جائز⁽¹⁾.

الفرع الثاني : مميزات عقد التخارج :

يتميز هذا العقد بمميزات منها :

1. لا يكون عقد التخارج إلا من وارث لوارث آخر .
2. لا يشترط تسجيله إذا كان محله عقاراً .
3. لا يشترط لصحته أن تكون أعيان التركة معلومة للمتعاقدين ومعينة في العقد تعيناً تاماً⁽²⁾.

المبحث الثاني : التكييف الفقهي لعقد التخارج

التخارج صيغة من صيغ عقد الصلح يتم بين أحد الورثة وبين باقيهم أو بين أحد الورثة ووارث آخر ، وهو بذلك يعتبر من عقود المعاوضات المالية ، لأن فيه أخذ بديل نصيبه في التركة، والبديل الآخر المال الذي يدفع للوارث المخرج من التركة أو من غيرها، ولذلك يعتبر من التخارج وما يعتبر في البيوع، لوجود معنى البيع فيه وهو مبادلة المال بالمال في حق المتعاقدين بتراضيهما، ويترب عليه أثره ، من تملك الوارث المال المعلوم الذي اعطيه وزوال ملكيته عن نصيبه الشرعي في التركة إلى بقية الورثة الذين اصطلح معهم، سواء علم مقدار ما يرثه من التركة أو لم يعلم⁽³⁾.

ويجب مراعاة أن لا يكون التخارج مشتملاً على الربا المحرم وإلا كان باطلاً . ومع أن التخارج أورده الفقهاء بخصوص الشركات فإنه ينطبق على أي وعاء مالي أو استثماري مشترك . والتخارج عبارة عن بيع حصة في أعيان مشتركة على سبيل التسامح في تكافؤ المبيع مع الثمن، وهو من قبيل الصلح، ومع إن الأصل تطبيقه في الشركات فإن الحاجة تدعو إلى تطبيقه في الشركات ، فيجوز التخارج بين الشركاء في الحسابات الاستثمارية أو الصناديق ، كما يجوز التخارج بين صاحب الحصة والمؤسسة أو شخص شريك مع مراعاة الضوابط الشرعية المطلوبة في بيع النقود والديون، فإذا كانت الحصة المتخارج عنها تمثل أعياناً مع النقود والديون التابعة لها جاز التخارج عنها بأي بدل ولو بالآجل إذ يجوز تبعاً ما لا يجوز استقلالاً⁽⁴⁾.

(1) الزيلعي، جمال الدين عبدالله بن يوسف، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق مع الحاشية، المطبعة، ج 5، ص 50 .

(2) زبيدة، محمد علي الهادي زبيدة، الفوائد الفرضية في أحكام الميراث والوصية، دار الشروق، المنصورة، مصر، ص 217 - 218 .

(3) باز، سليم رستم، شرح مجلة الأحكام العدلية، ط 5، المطبعة الأدبية، بيروت، ص 806 .

(4) المجلس العام للبنوك WWW.islamicfi.net/anabic/reserch

المطلب الأول : أقوال العلماء في التخارج :

تعددت آراءهم فيه واختلفت مذاهبهم على عدة أقوال هي على النحو الآتي :

الفرع الأول : رأي الحنفية :

ذهبوا إلى جواز التخارج مطلقاً سواء كان ما أعطوا المخارج قليلاً أو كثيراً⁽³⁾.

الفرع الثاني : رأي المالكية

ذهبوا إلى جواز التخارج إذا كان المخارج أخذ قدر ميراثه أو أقل من ذلك أما إذا أخذ المخارج أكثر من ميراثه فلا يصح له ذلك⁽⁴⁾.

الفرع الثالث : رأي الشافعية :

ذهبوا إلى جواز التخارج إذا وقع الصلح على معرفة من المصالح والمصالح بحقوقهم أو إقرار معرفتهم بحقوقهم وتقباض المتصالحان قبل أن يتفرقا فالصلح في هذا جائز، أما إذا وقع على غير معرفة منهما بمبلغ حقهما أو حق المصالح منهما فإن الصلح لا يصح في ذلك⁽¹⁾.

الفرع الرابع : رأي الحنابلة :

ذهبوا إلى عدم التخارج مع الجهل بالمصالح به ، أما مع عدم الجهل بالمصالح به من كل الطرفين فإن التخارج في هذا يكون جائز⁽²⁾.

وهذا القول قريب من مذهب الشافعية واستدل الشافعية والحنابلة بالأثر وهو ما رواه الشعبي عن شريح أنه قال : ((أبما امرأة صولحت من ثمنها ولم يتبين لها ما ترك زوجها فتلك الريبة كلها))⁽³⁾.

حيث دل على عدم جواز التخارج بين الورثة في الأشياء المجهولة .

وغاية ما يجب مراعاة بقاء الخارج وارثاً والاعتداد به من التقسيم كأنه لم يخرج، ويكون التقسيم غير صحيح شرعاً لو استبعد من الورثة واعتبر كأنه غير موجود وذلك لما يترتب على استبعاده من محظورين .

(3) الزيلعي ، مرجع سابق ، ج5 ، ص 49 - 50 .

(4) مالك ، أبو عبد الله الله مالك بن انس بن مالك بن أبي عامر الأصبحي ، المدونة الكبرى ، دار الكتب العلمية / القاهرة ، مصر ، 1994 ، ج 4 ، ص 362 .

(1) الشافعي ، محمد بن إدريس الشافعي ، كتاب الأم ، شركة الطباعة الفنية المتحدة ، ج 3 ، ص 221 .

(2) ابن قدامة ، عبدالله بن أحمد بن محمد ، المغني ، ط 2 ، دار الفكر ، بيروت ، ج 5 ، ص 26 .

(3) الشافعي ، مرجع سابق ، ج 3 ، ص 221 ، البيهقي ، مرجع سابق ، ج 6 ، ص 65 .

المطلب الثاني : المحظور المترتب على استبعاد الوارث الخارج .

إذا استبعد الوارث الخارج قبل تقسيم التركة فإن ذلك يترتب عليه محظورين هما :

الفرع الأول : ما يترتب على استبعاده من تغيير الأنصاء .

ففي المثال الأتي : فلو توفيت عن زوج - وأم - أخ لأب فتصالح الزوج مع باقي الورثة على أن يأخذ لنفسه النقد ويترك العقار .

فلو اعتبر الزوج غير موجود، على اعتبار أنه قد أخذ مقابل نصيبه من التركة وخرج فإن الأم سوف تستحق ثلث الباقي من التركة ، ويستحق الأخ لاب الثلثين ، أي يكون للأم سهم واحد، ولالأخ لاب سهمان وهذا عكس ما كان لهما قبل التخارج هو خلاف المجمع عليه من أن الأم لها في هذه الحالة ثلث الكل ، ومن ثم يجب اعتبار الزوج المتخارج موجوداً حتى لا يترتب على عدم وجوده ما ذكر .

الفرع الثاني : ما يترتب على استبعاد الخارج من استحقاق غير الوارث للميراث .

كما لو توفيت الزوجة عن زوج وأم وأخوين لأم وابن أخ شقيق .

ابن الأخ الشقيق لا يستحق شيئاً من التركة ، لأنه لم يبق له بعد سهام أصحاب الفروض ما يستحقه بطريق التعصيب، فإن الخارج أحد الورثة، وأعتبر غير موجود عند التقسيم، فإن الفروض حينئذ لا تستغرق كل التركة ، ومن ثم يرث ابن الأخ الشقيق بطريق التعصيب مع أنه غير وارث قبل التخارج⁽¹⁾ .

ولهذا تقسم التركة بعد التخارج بأن تطرح سهام من صالح المسألة أو عولها وإنما فعلنا ذلك ليكون التوزيع على الورثة بعد التخارج مناسباً للتوزيع عليهم قبل الصلح ثم يقسم الباقي على مجموع سهام غيره .

المبحث الثالث : صيغ التخارج وطريقة التقسيم

يختلف نظام التخارج باختلاف الصيغة التي يتم التصالح عليها بين الورثة أو أحدهم وبين الخارج ، وباختلاف ما إذا كان المصالح عليه من مال التركة أو من مال الوارث خاصته ، وصيغ التخارج في جملتها بهذا المعنى لا تخرج عن ثلاثة ، فيما يلي بيانها وأحكامها وبعض الأمثلة التوضيحية عليها .

المطلب الأول : الصيغة الأولى :

أن يخرج أحد الورثة عن نصيبه من التركة إلى وارث آخر نظير شيء يدفعه له من ماله بعيداً عن التركة، فيحل المتصالح له محل المتصالح ويأخذ نصيبه ، ويصبح لهذا حصتان ، حصة الشخص الذي صالحه ، وحصته الأصلية في الميراث ، كأنه اشترى منه نصيبه لنفسه فلا يشاركه فيه غيره .

(1) حسين ، أحمد فراج حسين ، قسمة الأملاك المشتركة في الفقه الإسلامي ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية

مثال (أ) : مات إنسان عن زوجة ، وبنت ، وابنين ، فصالح أحد الابنين أخته على أن تخرج له من نصيبها من التركة في مقابله شيء من ماله الخاص ، فإذا تمت المصالحة ، توزع التركة بين الابنين والزوجة ، على أن يكون للأبن (المصالح) سهمه وسهم أخته كآتي :

40	40	40	8	
5	5	5	1	زوجة
14	14	14	7	ابن
21	7+14	14	↓	ابن
		7	↓	بنت

مثال (ب) : لو توفي عن أم وأخت لأم وأخوين شقيقين وترك (30) وتصلحت الأخت مع أحد أخويها عن أن تخرج له عن نصيبها من التركة في نظير ألفي دينار يدفعها لها .
تقسم التركة على جميع الورثة كأنه لا تخارج فيكون نصيب الأم السدس وهو خمسة والأخت كذلك ، والباقي للأخوين مناصفة فيكون لكل منهما عشرة ، وعند التوزيع نعطي الأم نصيبها والأخ الذي يصلح نصيبه وهو عشرة ، يأخذ نصيب أخته فيكون له خمسة عشر .

	6	6	6		
5 = 5 ×	1	1	1	$\frac{1}{6}$	أم
			1	$\frac{1}{6}$	أخت الأم
10 = 5 ×	2	2	2	ع	أخ ش
15 = 5 × إرثاً وتجارحاً	3	1+2	2	↓	أخ ش

$$5 = \frac{30}{6} = \text{قيمة السهم}$$

مثال (ج) : توفي عن زوج وأم وابن وبنت وتجارحت الأم للابن مقابل مبلغ تقاضته منه ، مجموع أسهم المتخارجة = 12 .

حل الابن محل الأم في استحقاق نصيبها فأضيف إلى نصيبها

72	72	72	24	
9	9	9	3	زوجة
		12	4	أم
46	12+34	34	17	ابن
72	17	17	↓	بنت

المطلب الثاني : الصيغة الثانية

أن يتم التخارج بين أحد الورثة وبين باقيهم نظير مال يدفعونه إليه من أموالهم الخاصة ، لتكون التركة كلها لهم ، وحكم هذه الصيغة .

1. تقسم التركة على جميع الورثة بما فيهم الذي خرج ، ليعرف نصيب كل وارث من سهام التركة .
2. يعطي كل وارث نصيبه من سهام التركة عدا الذي خرج ، لأنه قد أخذ بدلاً عنه ، هو المنصوص عليه في عقد التخارج .

3. يقسم نصيب الخارج من التركة على بقية الورثة حسب الشرط الوارد في عقد التخارج ، على عدد رؤوسهم أو بنسبة أنصابتهم ، أو بنسبة ما دفع كل منهم من ماله الخاص .

أما إذا خلا عقد التخارج من النص على طريقة معينة لتوزيع نصيب الخارج عليهم ، فإن نصيبه يقسم بينهم بالتساوي على عدد رؤوسهم ، سواء أكان ما دفعوه متساوياً بينهم أم مختلفاً نصيبه لأن عدم النص على طريقة معينة للتقسيم ، ظاهر في تراضيهم على تقسيمه بينهم بالتساوي⁽¹⁾.

مثال : توفيت امرأة عن زوج وأم و 3 أخوة وأخت لأب ، وتصلحت الأخت مع أخوتها على مبلغ من المال دفع لهما منهم بالتساوي .

الحل :

توزع الشركة بعد التخارج فيكون للزوج تسعة أسهم وللأم ثلاثة أسهم ولكل واحد من الأخوة سهمان اثنان

(1) حسين ، أحمد فراج حسين ، مرجع سابق ، ص 209 .

الاختصار		2	3		
18	126	3		42	
9	63			21	زوج
3	21			7	أم
2	14	1	له	4	أخ الأب
2	14	1	له	4	أخ الأب
2	14	1	له	4	أخ الأب
	صفر	صفر	تخارجت	2	أخت الأب

مثال (ب) : توفي شخص عن زوجته وأمه وأخيه الشقيق، وتصلحت الزوجة مع الورثة على مبلغ من المال دفع لها منهما بنسبة ما لكل واحد منهما من سهام توزع التركة بعد التخارج فيكون للأُم أربعة أسهم وللأخ الشقيق 5 أسهم .

الاختصار		1	3		
9	36	9		12	
			تخارجت	3	زوجة
4	16	4	لها	4	أم
5	20	5	له	5	أخ ش

مثال (ج) : توفيت عن زوج وأخت شقيقه وأخت لام وأخت لاب ، ثم تصلحت الأخت الشقيقة مع باقي الورثة نظير مبلغ خمسة الألف دينار من أموالهم الخاصة .

حل :

1. توزع التركة على جميع سهام الورثة ، ثم تطرح سهام الأخت الشقيقة منها .
2. يقسم الباقي خمسة أسهم على مجموع سهام الورثة عدا الأخت الشقيقة فيكون بينهم أخماساً للزوج ثلاثة أسهم وللأخت الأب سهم واحد وللأم سهم واحد .
3. يقسم نصيب الأخت الشقيقة عليهم بالتساوي فيكون لكل واحد منهم سهم واحد يضاف إلى مجموع سهامه، إلا إذا وجد نص في نقض التخارج يقضي بخلاف ذلك .

الاختصار			1×		1×		
4	8	8	3		8	6	
2	4	1+3	1	له	3	3	زوج $\frac{1}{2}$
			تخارجت	3	3	3	أخت ش $\frac{1}{2}$
1	2	1+1	1	لها	1	1	أخت الأم $\frac{1}{6}$
1	2	1+1	1	لها	1	1	أخت الأب $\frac{1}{6}$

توزع التركة بعد التخارج فيكون للزوج اثنان ولكل واحدة من الأخت لاب والأخت ولام سهم واحد لاغير .

المطلب الثالث : الصيغة الثالثة :

أن يخرج أحد الورثة عن نصيبه من التركة إلى بقية الورثة نظير إعطائه شيئاً معيناً منها ليكون باقية لهم وحدهم ، وفي هذه الحالة تبين سهام الورثة أولاً بما فيهم، المتخارج ثم تسقط سهام هذا الوارث في نظير ما تخارج عليه والباقي من التركة يقسم على السهام الباقية بعد إسقاط سهام المتخارج. (1)

مثال : فلو توفيت عن زوج وابن وبنت وكانت التركة دار و ستة الألف دينار وتخارج الزوج على نصيبه في المال نظير الدار يأخذها لنفسه ، ويكون تقسيم التركة هكذا ، وللزوج سهم واحد وللابن سهمان اثنان وللبنات سهم واحد لأن أصل المسألة هو أربعة فيطرح سهم الزوج يبقى ثلاثة أسهم فيقسم المال مثالته للبن سهمان اثنان أي أربعة الألف دينار وللبنات سهم واحد أي ألفا دينار وخلصت الدار للزوج .
مثال (ب) : ماتت عن زوج وأخت شقيقة وأخت لاب وأخت لام ، ثم صالحت الأخت الشقيقة البقية على دار تركتها المرأة .

حل : يحذف نصيب المتخارج من أصل المسألة وجعل مجموع سهام الورثة أصلاً للمسألة بعد التخارج

5		8	6		
3		3	3	زوج	$\frac{1}{2}$
-	تخارجت	3	3	أخت ش	$\frac{1}{2}$
1		1	1	أخت الأب	$\frac{1}{6}$
1		1	1	أخت الأم	$\frac{1}{6}$

(1) الزيبي ، مرجع سابق ، ج 5 ، ص 252 .

المبحث الرابع نقض التخارج

نقض التخارج أو ظهور جديد في التركة ويشتمل على مطلبين .

المطلب الأول : نقض التخارج .

إذا أخذ التخارج صورة عقد القسمة، فهو قسمة يسرى عليها ما يسرى على كل الأشياء المشتركة عن اقتسامها ، ويكون التخارج في حكم القسمة ، إذا كان المتخارج عليه بعضاً معيناً ، وأن كانت القسمة فيها معنى المبادلة أيضاً ، وعلى ذلك يكون قابلاً للنقض إذا حدث ما يسوغ نقض القسمة في التركات ، وقد ذكر صاحب البدائع ثلاث أحوال تنقض فيها قسمة التركة ، وبالتالي ينقض كل تخارج يأخذ وصف القسمة ، وهذه الثلاثة هي :

1. ظهور دين للميت، تنقض القسمة في هذه الحالة إذا طلب الغرماء النقض ويجب طلبهم إذا لم يكن في التركة الباقية نقود تكفي لسداد الدين، ولم يستعد الورثة لقضاء الدين من مال أنفسهم حماية للقسمة من أن تنقض، فإن لم يكن واحد من هذين الأمرين نقض القاضي القسمة بطلب الغرماء أن تعين الطلب سبباً لاستيفاء ديونهم ، وقال باز في شرح المجلة : وبطل التخارج والصلح والقسمة إذا كان على الميت دين مستغرق فإذا ظهر بعد التخارج أو القسمة دين محيط بالتركة قيل للورثة اقضوه ، فإن قضوه صحت القسمة أو التخارج وإلا فسخت، لأن الدين مقدم على الإرث فيمنع وقوع الإرث للورثة، وحيلة الصحة إن يضمن أجني الدين بشرط براءة الميت، وإن كان الدين غير مستغرق فالأولى أن لا يصلح قبل قضائه ولو فعل وصالح قالوا : يجوز لان التركة لا تخلو من قليل دين والدائن قد يكون غائباً فتتضرر الورثة بالتوقف عن مجيئه. (1)

2. ظهور وصية لم تكن معلومة وقت القسمة أو وقت التخارج والذي أخذ حكمها، لان مقادير

السهم من التركة تتغير ، بظهور ذلك الشريك الذي لم يحتسب عند الاقتسام، أو عند التخارج .

3. ظهور وارث لم يكن معلوماً وقت القسمة، فإن ظهوره يغير السهام نفسها، ولا مقاديرها من التركة

فقط، فهو شريك أيضاً لم يحتسب حسابه فتتنقض القسمة التي بنيت على أنه غير موجود، ويعدل

التقسيم حتى تتميز حصته، وتكون القسمة أو التخارج على أساس صحيح (2) .

(1) باز ، مرجع سابق ، ص 856 .

(2) الكاساني ، أبوبكر بن مسعود بن أحمد ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، مطبعة العاصمة ، القاهرة ، ص 271

المطلب الثاني : ظهور جديد زائد في التركة بعد الصلح .

إذا ظهر شيء جديد من تركة الميت ، بعد الصلح هل يحق للمصالحح أن يعود على بقية الورثة بنصيبه مما ظهر أم أن الصلح أخرجه عن حقه في المطالبة بما ظهر ذكر ابن عابدين أن الأصحاب اختلفوا في المسألة بين مجيز ومعتز بل نبه أن كتب الحنفية لم تعرض لهذا ، وإن رجح حقه في المطالبة، تصحيحاً منه، وفرق بين ظهور دين جديد له أو عليه ، فأجازه إن كان له ومنعه إن كان عليه بالشرط السابق كما نقلناه عنه ، ثم ظهر دين أو عين لم يكن معلوماً للورثة قيل لا يكون داخلاً في الصلح ويقسم بين الورثة لا نهم إذا يعلموا كان صلحهم من المعلوم الظاهر عندهم لا عن المجهول فيكون كالمستثنى من الصلح فلا يبطل الصلح وقيل يكون داخلاً في الصلح لأنه وقع عن التركة والتركة اسم للكل فإذا ظهر دين فسد الصلح ويجعل كأنه ظاهر ثم الصلح⁽¹⁾ .

والحاصل من الكلام المذكور أنه لو ظهر بعد الصلح في التركة دين فعلى القول بعدم دخول في الصلح يصح الصلح ويقسم الدين بين الكل وأما على القول بالدخول فالصلح فاسد كما لو كان الدين ظاهراً وقت الصلح إلا أن يكون مخرجاً بين الصلح بأن وقع التصريح بالصلح للدين من أعيان التركة ، وأن أنكر الورثة ظهور شيء جديد لم يلزموا ولا تقبل دعوى المصالحح أما إن أقروا لزمهم .

(1) ابن عابدين ، مرجع سابق ، ج 8 ، ص 270 .

الخاتمة

من خلال عرض إحكام التخارج في الفقه الإسلامي وجدنا الحلول العادلة والملائمة لقسمة الأملاك المشتركة بما لا ضرر فيه ولا ضرار، فالقسمة من مقتضيات المعقول حيث الحاجة داعية إليها، ليتمكن كل واحد من أصحاب الاستحقاق من التصرف على حساب اختياره وليتخلص من سوء المشاركة وكثرة الأيدي وليتوفر على مصلحة بكاملها إذ مما لا شك فيه أن استقلال الفرد باستغلال ملكه أمر لا شك في رجحانه على الاستغلال الجماعي للشركاء في الشيوخ، والشيوخ كثيراً ما يكون مصدراً للمتاعب بين الشركاء ويقع الاختلاف بينهم ويغلب أن يكونوا أعضاء في أسرة واحدة فكان التخارج بينهم رفعا للنزاع وإبقاء للمودة والرحمة .

فقد جاء الإسلام بأنظمتها المتكاملة ليميز الطريق للناس ويضعهم على المحجة البيضاء فيزيل الأوضاع السيئة التي كانت سائدة في الجاهلية، فجاء مبدأ يزيل كل ظلم ويغير كل مفهوم خاطئ ورثوه عن آبائهم دون تدبر، فسلك أسلم السبل .

وقد حاولت هذه الدراسة تسليط الضوء على أحكام التخارج وبيان أهم الصيغ وتكييفه وكيفية نقضه، ولولا هذا لضاق الحال على الناس في كثير من المواضع والصور ولتعدرت الاستفادة من التركة أو بعضها وهو ما لا يرضاه الشارع الحكيم.

وبعد فإنه لا بد لكل عمل من ثمرة، وإن من أهم خلاصات وثمار دراستنا لأحكام التخارج ما يأتي :

1. التخارج عقد جائز باتفاق الفقهاء إذا توفر فيه التراضي بين المتصلحين وهو من عقود المعاوضات المالية والناس يتعاملون به منذ عصر الصحابة وإلى الآن وخاصة في العقارات.

2. للتخارج صيغ متنوعة يتم التصالح عليها بين الورثة .

3. التعامل بطريقة التخارج بين الورثة يوفر عليهم وقتاً وجهداً ومالاً كثيراً حيث يكون البيع بين الورثة سهلاً وميسوراً وليس معقداً أو مكلفاً .

4. الحاجة تدعو إلى التخارج الإبراء الذمم وإزالة الخصام والشقاق بين الورثة .

5. الوارث الخارج من التركة يجب أن يظل وضعه عند التقسيم قائماً كأنه لم يخرج.

6. يترتب على التخارج فرز حصة كل شريك منفصلة ومستقلة عن حصص الشركاء الآخرين في المال المقسوم .

أسأل الله تعالى : أن يبصرنا بأحكام شريعتنا ويوقفنا إلى الحكم بها، كما أسأله جل شأنه أن يجعل ما كتبت علماً نافعاً وعملاً صالحاً، أنه سميع قريب مجيب الدعوات.

قائمة المراجع

القرآن الكريم

السنة النبوية :

1. البيهقي ، أبوبكر أحمد بن الحسين (1344 هـ) السنن الكبرى ، مطبعة مجلس المعارف النظامية ، الهند .
2. ابن حجر ، أحمد بن حجر العسقلاني ، فتح الباري شرح صحيح البخاري ، المطبعة السلفية ، القاهرة .

المراجع اللغوية :

1. إبراهيم ، أنيس وآخرون ، (1392 هـ / 1972 م) المعجم الوسيط ، القاهرة .
2. الرازي ، محمد بن أبي بكر ، مختار الصحاح ، مطبعة عيسى الحلبي ، القاهرة .
3. ابن منظور ، أبو الفضل جمال الدين بن منظور ، لسان العرب ، دار صادر ، بيروت .

المراجع الفقهية :

1. باز سليم رستم (1923) ، شرح مجلة الأحكام العدلية ، ط 5 ، المطبعة الأدبية ، بيروت .
2. حيدر ، علي حيدر ، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام دار عالم الكتاب ، سنة النشر 1422 - 2003 .
3. زبيدة ، محمد علي الهادي زبيدة ، الفوائد الفرضية في أحكام الميراث والوصية ، شروق للترجمة والنشر المنصورة ، مصر ، ط 1 .
4. الغامدي ، ناصر محمد الغامدي ، التخارج بين الورثة أحكامه وصورة في الفقه الإسلامي .
5. الجرجاني ، محمد بن علي السيد ، التعريفات ، ط 1 ، دار الكتاب العربي ، بيروت .
6. حسين ، أحمد فراج (1997 م) ، قسمة الأملاك المشتركة في الفقه الإسلامي ، نشر دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية .
7. أبو زهرة ، محمد أبوزهرة (1383 هـ ، 1963 م) ، أحكام التركات والموارث ، دار الفكر العربي .
8. الزيلعي ، جمال الدين عبدالله بن يوسف ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق مع الحاشية ، المطبعة الأميرية ، القاهرة .

9. الشافعي ، محمد بن إدريس (1381 هـ ، 1961 م) ، كتاب الأم ، شركة الطباعة الفنية المتحدة.
10. ابن عابدين ، محمد أمين بن عابدين (1386 هـ ، 1966 م) ، حاشية رد المختار على الدر المختار ، ط 2 .
11. الكاساني ، أبوبكر بن مسعود بن أحمد ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، مطبعة العاصمة ، القاهرة .
12. ابن قدامه ، عبدالله بن أحمد بن محمد (1405 هـ) المغني ، دار الفكر ، بيروت .
13. مالك ، الإمام مالك بن أنس ، المدونة الكبرى ، طبعة جديدة .
14. المرغيناني ، أبو الحسن علي بن أبي بكر ، الهداية شرح بداية المبتدي ، دار النشر المكتبة الإسلامية ، بيروت .
15. المناوي ، محمد عبد الرؤف (1410 هـ) التوقف على مهمات التعاريف ، ط 1 ، نشر دار الفكر المعاصر ، بيروت .
16. المجلس العام للبنوك والمؤسسات الإسلامية ،

WWW.islamicfi.net/anabic/reserch

ضمانات المحاكمة العادلة

د. مفتاح محمود اجبارة

الأستاذ المساعد بكلية القانون/ قسم القانون الجنائي/

جامعة بنى وليد

مقدمة

في إطار الاهتمام المتزايد من المجتمع الدولي والمحلي ، بدعم وتعزيز حقوق الانسان ، وحرياته الاساسية بوجه عام ، وتوفير الحماية القانونية لهذه الحقوق بوجه خاص ، في هذا الاطار تظل قضية تحقيق العدالة من أهم الموضوعات التي يوليها المجتمع الدولي عناية كبيرة ، ولذا اعتبر حق الانسان في المحاكمة العادلة بالضمانات التي تحفظ علي حقوقه وحرياته الشخصية، حجر الاساس في بناء صرح العدالة المنشودة في مجتمعاتنا الحديثة، اذ ان هذا الحق قد نصت عليه الاتفاقيات الدولية والاقليمية المختلفة ، بالإضافة الي انه قد اكتسب شرعية دولية ، بحكم ما جاء في العديد من الاعلانات والمواثيق والصكوك الدولية في مقدمتها الاعلان العالمي لحقوق الانسان ، وهو ما تحدث عنه هذا الاعلان في العديد من مواده ، تم جاء من بعدة العهدهان الدوليان ليؤكد علي أهمية هذا الحق في بناء دولة سيادة حكم القانون .

كما تناولت مؤتمرات الامم المتحدة لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين¹ ، في العديد من قراراتها هذا الحق ، في سياق وضعها لقواعد الامم المتحدة ومبادئها لمنع الجريمة والقضاء الجنائي ، ولم يقتصر الامر عند ذلك بل تبلور الاهتمام بهذا الحق في صلب عمل لجنة استقلال القضاء التابعة للأمم المتحدة ، والعديد من الاتفاقيات والمعاهدات الدولية ، الي جانب دساتير وتشريعات الدول المختلفة. كل ذلك دفعني الي التركيز علي موضوع ضمانات الحق في محاكمة عادلة ، باعتبار أنها من المبادئ المستقرة في الضمير الإنساني ، واحد مظاهر احترام حقوق الانسان ولذا فإنني تناولت موضوعي هذا في مبحثين ، خصصت المبحث الاول للحديث عن الضمانات المقررة للمحاكمة العادلة في ما قبل المحاكمة ، والتي قسمته بدوره الي ثلاثة مطالب ، المطلب الاول خصصته للحديث عن مبدأ قرينة البراءة ، وخصصت المطلب الثاني للحديث عن حق المتهم في الصمت واللجوء الي الكذب ، وتناولت بالمبحث في المطلب الثالث حق المتهم في ابلاغه بالجريمة المنسوبة اليه .

وفي المبحث الثاني والذي خصصته لدراسة حق المتهم أثناء المحاكمة ، والذي قسمته بدوره الي ثلاثة مطالب ، المطلب الاول خصصته لضمانة المساواة امام القضاء ، اما المطلب الثاني فلقد خصصته لبيان علانية المحكمة وشفويتها ، تم تناولت اخيرا في المطلب الثالث سرعة الفصل في الدعوي ، تم ختمت عملي هذا بخاتمة وارادتها بقائمة لاهم المراجع. **والله ولي التوفيق.**

¹ يجتمع صناع السياسات والعاملون في مجال منع الجريمة والعدالة الجنائية ، كل خمس سنوات للمشاركة في مؤتمر الأمم المتحدة لمنع الجريمة ، من أجل المساهمة في وضع جدول أعمال الأمم المتحدة ومعاييرها بشأن منع الجريمة ، ولقد انعقد أول اجتماع بمدينة جنيف بسويسرا عام 1955م والثاني بالمملكة المتحدة 1960م والثالث بكمبوتو باليابان 1965م.... واستمر الي أن عقد المؤتمر الثامن في القاهرة سنة 1995 م والحادي عشر بالدوحة بقطر.

المبحث الاول

ضمانات المتهم قبل المحاكمة

تمهيد وتقسيم/

من المعروف أن الدعوى الجنائية هي وسيلة الدولة في اقتضاء حقها من الشخص الذي ارتكب فعلاً مكوناً لجريمة ، ومن هنا فالدعوى الجنائية لا ترفع إلا علي الجاني ، غير أن التحقق من نسبة الجريمة إلي الجاني لا تتأني إلا بعد المحاكمة وثبوت التهمة ، من هنا فإن الدعوى الجنائية ترفع علي المتهم بارتكاب الجريمة ، فالمدعي عليه هو الشخص الذي تتهمه النيابة العامة بارتكاب الجريمة ، وتطالب المحكمة بتوقيع العقاب عليه ، فالمتهم هو المدعي عليه في الدعوى الجنائية .

وبما أن صفة المتهم قد تثبت في فترة سابقة علي الدعوي أو في فترة لاحقة علي رفع الدعوي¹ ، ولذا فإن صفة المتهم تثبت للشخص عند توجيه الاتهام إليه من سلطة التحقيق سواء كانت النيابة العامة أو قاضي التحقيق أو غرفة الاتهام، لتوقيع العقاب عليه عن طريق سن تشريعاتها الجنائية واضحة نصب عينها الموازنة بين حقين متناقضين ، حقها في معاقبة الجاني حفاظاً علي كيانها ، وحق المتهم في الحفاظ علي حقوقه وحرياته الخاصة ، وتضحي بأحد الحقين بقدر أهمية الآخر ، ولأجل ذلك تعمل لدرأ أي تعسف أو استبداد من رجال السلطة عند ممارستهم للإجراءات المخولين بها في حق المتهم .

لقد ذهبت جل التشريعات الوضعية إلى إحاطة المتهم بضمانات في مرحلة ما قبل المحاكمة، لأجل أن تكون الأحكام الصادرة في حق المتهم نزيهة بقدر الإمكان، إذ أن العدالة المطلقة هي العدالة السماوية، ولعل من أهم هذه الضمانات تكمن في قرينة البراءة ، وحق المتهم في الصمت واللجوء للكذب، وحق المتهم في أن يبلغ بالتهمة المنسوبة إليه، وليبيان هذه الضمانات ذهبت إلى تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، المطلب الأول خصصته للحديث عن قرينة البراءة، والمطلب الثاني تم تخصيصه لبيان حق المتهم في الصمت واللجوء إلى الكذب، والمطلب الثالث خصص للحديث عن حق المتهم في أن يتم إبلاغه عن التهمة المنسوبة إليه.

¹ - وتكون في فترة لاحقة كما في حالة ادخال متهمين آخرين من قبل غرفة الاتهام .

المطلب الأول قرينة البراءة

يقول الله سبحانه وتعالى : (إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا)¹، ويقول سبحانه وتعالى : (فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا)².

فقوله تعالى " إذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل " يقتضي الحكم بما يمليه على القاضي النزيه المستقيم، ضميره فقط في محيط قدسية كرامة الإنسان، والحرية الفردية، واحترام حقوقه، في قضاء دولة الحق والقانون والاجتمع المدني، وهو ما يقتضي الاستقلال الكلي التام الشامل، البعيد عن بؤر الهيمنة والضغط والعنف، والتأثير الهادف إلى مصلحة حكومية معينة، غير مصلحة الشعب .

فمن المبادي الأساسية للحق في محاكمة عادلة افتراض براءة أي شخص يتهم بارتكاب أي فعل جنائي، إلى أن يثبت إدانته وفقا للقانون، بعد محاكمة عادلة، ويجب أن يظل افتراض البراءة قائما ما لم يثبت العكس، ولا ينطبق الحق في افتراض البراءة، على معاملة المتهم في المحكمة وتقييم الأدلة فحسب، بل ينطبق أيضاً على معاملته قبل المحاكمة، فهو ينطبق على المشتبه فيهم، قبل اتهامهم رسمياً بارتكاب أي جريمة، تمهيدا لتقديمهم للمحاكمة ، ويستمر هذا الحق قائما إلى أن يتم تأييد حكم الإدانة بعد استنفاد مراحل الاستئناف³، والحفاظ على كرامة الإنسان وحرية، وحقوقه المقدسة، تتطلب احترام القاعدة القانونية القائلة (الأصل البراءة)⁴ فالأصل في الإنسان البراءة ومن هذا المنطلق يكون التعامل معه في كل الأوقات ، وعلى كافة المستويات، فإذا ما وجه إلى الإنسان اتهام بارتكاب جريمة ما، فإن كل ما يتخذ حيال ذلك من تدابير وإجراءات ينبغي ألا تنطوي على شبهة العقاب، لأنه لم تثبت إدانته بعد، ويجب أن تتاح له الفرصة كاملة لإثبات براءته، ونفي الاتهام⁵.

¹ - سورة النساء ، الآية 58 .

² - سورة النساء ، الآية 65 .

³ - راجع / فريجة محمد هشام ، ضمانات الحق في محاكمة عادلة في المواثيق الدولية لحقوق الإنسان ، مجلة الفكر كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، العدد العاشر ص 439.

⁴ - راجع / عزالدين الكومي ، الحق في محاكمة عادلة ، بحث مقدم ، لأعمل الندوة المحاكمة العادلة ، التي نظمها اتحاد المحامين العرب ، القاهرة ، 6- 9 ديسمبر ، كانون الاول ، 1995م ، ص 33.

⁵ - راجع / ابراهيم محمد العاني ، الحق في محاكمة عادلة وفق الميثاق الافريقي لحقوق الإنسان والشعوب مقارنا بالوثائق الدولية ، بحث مقدم للندوة المحاكمة العادلة ، التي نظمها اتحاد المحامين العرب ، القاهرة، 6- 9- 9 ديسمبر ، كانون الاول ، 1995م ، ص 54.

وهذه القرينة تقرر أن كل انسان برئ إلى أن تثبت إدانته بحكم قضائي باث، فهي تلازم الفرد أثناء مرحلة التحريات، والتحقيق الابتدائي، وأمام المحكمة الابتدائية، والاستئناف، وأمام المحكمة العليا، حتى يصبح الحكم باتاً، أي غير قابل للطعن فيه¹.

ونظراً لأهمية هذه القاعدة القانونية، فلقد تعددت المبادئ الدستورية للدول، التي يستند مبدأ قرينة البراءة إليها، وعلى حد سواء المواثيق الدولية أو المواثيق الوطنية، فقد نصت المادة (15) من الدستور الملكي الليبي علي أنه " كل شخص متهم بجرمة يعتبر بريئاً إلى أن تثبت إدانته قانوناً في محاكمة تؤمن له فيها الضمانات الضرورية للدفاع عن نفسه وتكون المحاكمة علنية، إلا في الاحوال الاستثنائية التي ينص عليها القانون"، كما تنص الفقرة الأولى من المادة (17) من القانون رقم 20 لسنة 91 بشأن تعزيز الحرية على أن (المتهم برئ إلى أن تثبت إدانته بحكم قضائي....).

ونجد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في ديسمبر 1948م، قد نص في الفقرة الأولى من المادة (11) منه على هذا المبدأ، حيث نص على أن (كل شخص متهم بجرمة يعتبر بريئاً إلى أن يثبت ارتكابه لها قانوناً في محاكمة علنية تكون قد وفرت فيها جميع الضمانات اللازمة للدفاع عن نفسه).

وورد ذكر هذا المبدأ في الفقرة الثانية من المادة (14) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، الصادر في ديسمبر 1966م، والتي نصت على أنه (من حق كل متهم بارتكاب جريمة أن يعتبر بريئاً إلى أن تثبت بحكم قانوني).

كما نجد أن الفقرة الثانية من المادة (61) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان الصادرة في نوفمبر 1950م، قد نصت على هذا المبدأ بأن أكدت على أنه (كل شخص متهم في جريمة يعتبر بريئاً حتى يثبت إدانته وفقاً للقانون).

وكذلك الحال فلقد نصت الفقرة الثانية من المادة (8) من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان على أنه (لكل متهم في جريمة خطيرة الحق في أن يعتبر بريئاً طالما لم تثبت إدانته وفقاً للقانون)، وكذلك الحال نص الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، الصادر في يوليو 1979م في الفقرة الأولى من المادة (7) على أنه (الإنسان برئ حتى تثبت إدانته أمام محكمة مختصة)، ونص مشروع الميثاق العربي لحقوق الإنسان في مادته الثالثة عشر على أن (المتهم برئ إلى أن يثبت إدانته بمحاكمة قانونية تؤمن له فيها الضمانات الضرورية للدفاع عنه)

ولاشك في أن أهمية مبدأ قرينة البراءة تأتي من الآثار التي تتحقق نتيجة تبنيه من قبل المشرع الجزائري، تلك الآثار التي تؤدي إلى حماية الحقوق والحريات التي تتعلق بالكرامة أمام الإنسانية لكل فرد

¹ - راجع / فائز الظفيري، المعالم الأساسية للقضية العادلة في مرحلة الاستدلالات والتحقيق الابتدائي وفقاً لمفهوم القانون الكويتي، مجلس النشر العلمي جامعة الكويت، الطبعة الأولى، 2001 م، ص 33.

من افراد المجتمع، والتي تحرص الجماعة دائماً على حمايتها، والذود عنها، سواء من خلال منع الاعتداء على تلك القرينة في ظل الاجراءات التي قد يتخذها رجال الضبطية القضائية، أو ممن يقومون بالتحقيق في الجرائم من رجال السلطة العامة بحسب اختصاصهم ، هذا بالإضافة إلى أثر في غاية الأهمية، يتعلق بالأثبات الجنائي¹، يتمثل في أن أهم الآثار المترتبة على قرينة البراءة، هو دفعها بعبء الأثبات عن كاهل المتهم، وجعل هذا العبء ملقى على عاتق السلطة العامة، فالمتهم لا يطالب بإثبات ما يدعيه من براءته من التهمة المنسوبة إليه، بل على السلطة العامة التي تمثل الاتهام، أن تقدم ما تدعيه².

ويمثل مبدأ المشروعية قمة الضمانات الأساسية الجدية والحاسمة لحقوق وحرريات الشعوب إذ تبلور هذا المبدأ كل ما استطاعت الشعوب أن تحرزه من مكاسب في صراعها مع السلطات الحاكمة لإجبارها على التنازل عن كل مظاهر الحكم المطلق .

والواقع ان التفرقة بين مبدأ سيادة القانون ومبدأ خضوع الدولة للقانون تجد أساسا لها في نصوص القانون الدستوري المصري الحالي ، فلقد نص المشرع الدستوري في مصر على كل من المبدأين حيث ورد في وثيقة إعلان دستور 1971م أن "سيادة القانون ليست ضماناً مطلوباً لحرية الفرد فحسب ، ولكنها الأساس الوحيد لمشروعية السلطة " ونص المشرع الدستوري في المادة (64) على أن " سيادة القانون اساس الحكم في الدولة وأن تخضع الدولة للقانون³ .

وأن خضوع الدولة للقانون ليس سوى أحد مقتضيات أو نتائج مبدأ سيادة القانون أو مبدأ المشروعية ، بينما قضت المحكمة الدستورية العليا بأن دولة القانون تقوم في مفهومها المعاصر في مجال توجيهها نحو الحرية ، على مبدأ مشروعية السلطة مقترناً ومعرزاً بمبدأ الخضوع للقانون⁴ .

أما مبدأ خضوع الدولة للقانون ، فإنه يرتبط بالضمانات المقررة للحقوق والحرريات العامة للأفراد ، من خلال كفالة مشروعية أعمال السلطات العامة في الدولة، وهذا الأمر يؤكد قضاء المحكمة

¹ - راجع / فائز الظفيري ، المرجع السابق ، ص 25.

² - لاشك أن هذا المنطق يكون ذا أثر حتى في مرحلة التحقيق الابتدائي ، فالمتهم الخاضع للتحقيق الجنائي لا يطالب بإثبات براءته ، حيث انها مفترضة وفقاً لمبدأ قرينة البراءة ، الذي يقرر انه برئ حتى تثبت عكس ذلك ، بل على رجال السلطة العامة (المحققين - وكلاء النيابة العامة) أن يطرحوا ما يسمي بادله الادانة ، فهذا العبء ملقى على عاتقه وسند على كاهل السلطة العامة ، ولزيادة الايضاح ، راجع / كمال عبدالواحد الجوهري ، تأسيس الاقتناع القضائي ، والمحكمة الجنائية العادلة ، الطبعة الاولى 1999م ، دار محمود للنشر والتوزيع القاهرة ، ص 29 ، 30 .

³ -- راجع / سامي جمال الدين ، القضاء الاداري مبدأ المشروعية ، مؤسسة حورس للنشر والتوزيع ، الإسكندرية ، ط 3 ، 2002 ، ص 2.

⁴ - مشار اليه في مرجع عبدالمنعم قريرة مرعي ، مبدأ السيادة دستورياً كانعكاس للاتفاقيات الدولية ، بحث منشور في بحوث واوراق ندوة (دولة القانون) كلية القانون ، جامعة خليج سرت ، 24 ، 2 فبراير 2013 ، ص 232.

الدستورية العليا بأن " مبدأ خضوع الدولة للقانون مجدداً علي ضوء مفهوم ديمقراطي ، مؤداه ألا تخل تشريعاتها بالحقوق التي يعتبر صوغها مفترضاً أولاً لقيام دولة القانون ، وضمانة أساسية تؤمن لكل أنسان كافة الحقوق والحريات وهذا ما نص عليه الدستور¹ .

ويعتبر الدستور التشريع الاساسي في أية دولة قانونية ، حيث لا يتصور قيام دولة القانون دون أن يكون لها دستوراً يقيم النظام السياسي في الدولة ويؤسس الوجود القانوني للهيئات الحاكمة في الجماعة ، ويبين الحقوق والحريات العامة التي تهدف الي حماية الفرد والأقليات من احتمال تعسف واستبداد الأغلبية ، وتحدد ضمانات كفالة هذه الحقوق والحريات ، ومن هذا المنطلق فإنه يتعذر القول بأن دولة ما هي دولة قانونية بدون وجود القواعد الدستورية الملازمة لتنظيم هذه الدولة ومن تم يعتبر الدستور أول مقومات دولة القانون .

وتعد القواعد الدستورية أياً كان شكلها القواعد القانونية العليا في الدولة بحيث يتعين التزام كافة السلطات العامة في الدولة بها ، وكذلك الأفراد ينزلون علي مقتضى أحكامها ، وينبغي ألا تتضمن تصرفات السلطات العامة أو الأفراد مالا يتعارض وهذه الأحكام ، وإلا حق إنزال جزاء عدم المشروعية عليها² ، ويكون الدستور في جوهره منظومة من القيود علي ممارسة السلطة ، والمجتمع الذي يراعي هذه القيود يؤسس دولة دستورية ، والأصل أن ترد الدستورية في وثيقة رسمية تسمى بالدستور الذي يعد في هذه الحالة أول مصدر من مصادر المشروعية ، وأن القواعد القانونية تدرج فيما بينها بحيث تحتل قمتها القواعد الدستورية الصادرة من السلطة التأسيسية وتليها القواعد التشريعية الصادرة عن السلطة التشريعية ، واخيراً القواعد اللائحية التي تضعها السلطة التنفيذية ، وأن تدرج القواعد القانونية هو أحد مقومات دولة القانون³

¹ - راجع عبد المنعم قريرة مرعي ، مرجع سابق ، ص 233.

² -- راجع/ خليفة صالح أحواس ، القانون الدستوري الليبي والنظم السياسية ، دراسة شاملة للأوضاع السياسية والإدارية خلال نصف قرن ، دار الكتاب الجديد ، بيروت - لبنان ، 2004 م ، ص 28 وما بعدها .

³ - راجع / سامي جمال الدين ، القضاء الإداري ، مرجع سابق ، ص 112.

المطلب الثاني حق المتهم في الصمت واللجوء للكذب

تمهيد وتقسيم :

إن حرية المتهم في إبداء أقواله ودفاعه ، هو من ضمن الحقوق المقررة بمقتضى الدساتير والقوانين، فيجب أن يكون الاستجواب للمتهم قد تم في ظروف لا تأثير فيها على حرية المتهم في ابداء أقواله ، ودفاعه، بحيث تكون إرادته بمنأى عما قد يعيها، سواء تأثير مادي أو معنوي، كأن يلحق به أثراً نفسياً عند إجرائه وعلى ذلك وحتى يكون الاستجواب صحيحاً مطابقاً لصحيح القانون، يجب أن يتمتع المتهم خلال مجريته الكاملة في ابداء أقواله، بعيداً عن أي تأثير، وكذلك أن تكفل حرته في الإجابة عما يوجه إليه من تهم أو التزام الصمت، والأخذ بصمته قرينة ضده¹، كذلك فإنه من حق المتهم أن يقول ما يشاء من إجابات صادقة كانت أم كاذبه، وعلى ذلك فسوف نتحدث أولاً عن حق المتهم في الصمت، ثم نتحدث ثانياً عن حقه في اللجوء للكذب.

أولاً / حق المتهم في الصمت :-

من الضمانات المقررة للمتهم حقه في التزام الصمت ، عند إخضاعه للاستجواب فله مطلق الحرية في أن يجيب عن الاسئلة التي توجه إليه، أو أن يلتزم الصمت، أي يسكت أو يمتنع عن الإجابة²، على الرغم من أن المتهم هو الشخص الوحيد في الدعوى الجنائية الذي ينفرد بمعرفة الحقيقة، أو على الأقل لديه أكبر قدر من المعلومات عن الجريمة موضوع الدعوى، وهو من يستطيع أن يؤكد وبصورة قاطعة أنه قد ارتكب هذه الجريمة من عدمه، إلا أنه ليس ملزماً بان يقدم دليل براءته، ذلك أن عبء الإثبات لا يقع عليه، بل يقع على عاتق السلطة العامة (سلطة الاتهام) فهي التي تبحث عن الأدلة التي تكشف عن الحقيقة، سواء كانت في صالح المتهم، أو في غير صالحه، وأن كان من الجائز أن يقدم الدليل الذي يثبت ذلك، ويقدم كل ما لديه من الأدلة لدحض الاتهام الموجه إليه، وعلى ذلك فله مطلق الحرية بين أن يجيب، أو يلتزم الصمت، ولا يجوز بأي حال من الأحوال أن يعتبر امتناعه عن الإجابة قرينة ضده³.

¹ - راجع / محمد على التائب ، ضمانات المحاكمة العادلة ، بحث منشور في بحوث وأوراق ندوة (دولة القانون) كلية القانون ، جامعة خليج سرت ، 24 ، 2 فبراير 2013 ، ص 32.

² - راجع / محمد مصطفى القللي .، أصول قانون تحقيق الجنايات ، الطبعة الثانية ، مكتبة مصطفى الباقي الحلبي وأولاده ، القاهرة ، 1995 م ، ص 352 ..

³ - راجع / أحمد ادريس أحمد ، افتراض قرينة براءة المتهم ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 1984 م ، ص 77 .

ولقد أجمع الفقه على أن للمتهم كامل الحرية في عدم إبداء أقواله، وله الحق في الامتناع عن الإجابة متى شاء عن الاسئلة التي توجه إليه¹، فلا يصح أن يؤول صمته على وجه يضر بمصلحته، أو أن يستغل بأي كيفية ضده في الاثبات²، فحق المتهم في الصمت يعني حرية الشخص في الكلام، أو الامتناع عنه، ذلك أنه لا يوجد ما يجبر المتهم على الكلام أمام أي جهة، سواء كانت سلطة تحقيق، أو محكمة، وببساطة لأنه من الحقوق المقررة للإنسان³.

ثانيا / حق المتهم في اللجوء إلى الكذب:-

إذا كان من المقرر أن حق المتهم في الامتناع عن الكلام أمام سلطة التحقيق، وكذلك المحكمة هي حق من حقوق الإنسان، والتي حمته الموائيق والدساتير والقوانين الإجرائية⁴. فإنه من المستقر فقهاً وقضائاً أن المتهم لا يلزم بقول الصدق، أو قول الحقيقة، وأنه لا يعاقب على الكذب في أقواله⁵. فمن حق المتهم الامتناع عن التعبير عن مكونات نفسه، وكذلك حقه في حرية الدفاع عن نفسه صادقاً كان أو كاذباً حسبما تفضيه مصلحته⁶، وعلى ذلك إذا استخدم جهاز اكتشاف الكذب مثلاً، فإن هذه الاعترافات التي قد تصدر من المتهم تعد باطلة، ولا يغير من ذلك أن هذا الاستخدام كان برضا المتهم، أو بدونه⁷.

مع أن الاعتراف للمتهم بهذا الحق بشكل مطلق، قد يؤدي إلى تضليل العدالة، وبالتالي ضياع الحقيقة،

¹ - راجع / توفيق الشاوي، فقه الاجراءات الجنائية، الجزء الاول، الطبعة الثانية، دار الكتاب العربي، القاهرة، 1954 م، ص 121، وراجع / محمد على التائب، المرجع السابق، ص 250.

² - راجع / مأمون محمد سلامة، شرح قانون الاجراءات الجنائية المصري، الجزء الاول، دار النهضة العربية، 1988 م، ص 683.

³ - راجع / عبدالحاميد الشواربي، الاخلال بحق الدفاع في الفقه والقضاء، منشأة المعارف الإسكندرية، بدون تاريخ نشر، ص 149. وراجع / حسام الدين محمد احمد، حق المتهم في الصمت، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، 2003 م، ص 60.

⁴ - راجع / عبدالرؤوف عبيد، شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية، طبعة نادي القضاء - القاهرة، 2003 م، ص 467.

⁵ - راجع / محمد أمين، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص، الجزء الاول، الطبعة الاولى، 1994 م، ص 333.

⁶ - راجع / سامي صادق الملا، اعتراف المتهم، الطبعة الثانية، المطبعة العالمية القاهرة، 1975 م، ص 23.

⁷ - راجع / سامي صادق الملا، حق المتهم في الصمت، مجلة الامن العام مصر، العدد 53، ابريل 1971 م، ص 19. وراجع / محمد عبدالله دبنون، مدى مشروعية استخدام جهاز كشف الكذب في التحقيق الجنائي، مجلة الحق، كلية القانون - بني وليد، السنة الثانية، العدد الرابع - سبتمبر 2015 م، ص 32 33.

وعلى هذا النحو قد يلحق الضرر بأشخاص أبرياء ولا علاقة لهم بالواقعة، بالإضافة إلى أنه يهدد حق المجتمع في الوصول للحقيقة

ومعرفة الفاعل الحقيقي لمعاقبته¹، وهو ما يلحق الضرر بآمن المجتمع واستقراره بإفلات الجاني من العقاب، ولقد سبق القول بان المشرع الجنائي وهو يسن النص الجنائي يوازي بين حقين مختلفين ، وأنه في هذه الحالة ضحي بحق الدولة معتبراً حق الفرد في حماية حقوقه وحرياته أولى بالرعاية .

المطلب الثالث

حق المتهم في علمه بالجريمة المنسوبة إليه

يعد حق المتهم في الإحاطة بالتهمة المنسوبة إليه، من الحقوق الأساسية التي اشترطتها الدساتير المحلية وكفلتها المواثيق الدولية وكل التشريعات الجنائية².

فلقد نصت الفقرة الثانية من المادة (14) ، من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، على أنه (لكل متهم بجرمة أن يتمتع أثناء النظر في قضيته، على قدم المساواة التامة، وأن يتم إعلانه سريعاً وبالتفصيل وبلغة يفهمها، بطبيعة التهمة الموجهة إليه وأسبابها³.

ونجد الدستور المصري قد نص على هذا الحق في المادة (71)، وكذلك الحال فإن الفقرة الأولى من المادة (233) من قانون الاجراءات الجنائية المصري قررت هذا الحق بأن نصت على أنه (وتذكر في ورقة التكيلف بالحضور التهمة ومواد القانون التي تنص على العقوبة)، كما أن المشرع الليبي نص على هذا الحق، في المادة (105) اجراءات جنائية بالقول (عند حضور المتهم لأول مرة في التحقيق يجب على المحقق أن يثبت من شخصيته ثم يحيطه علماً بالتهمة المنسوبة إليه ويثبت أقواله في المحضر).

ويترتب على إغفال بيانات التهمة بطلان ورقة التكيلف بالحضور، ومن ثم يتفرع عن حق المتهم في إحاطته بالتهمة أن يكون له الحق الاطلاع على الأوراق، ووجوب السماح للمحامي بالاطلاع على التحقيق، في اليوم السابق على الاستجواب ووفقاً للمادة (125) اجراءات ليبي، والاطلاع هنا يشمل

¹ - راجع / محمد على التائب ، اساسيات استجواب المتهم بمعرفة - سلطة التحقيق ، رسالة ماجستير ، منشورات دار منا ، 2008 م ، ص 159 . وراجع / محمد على التائب ، المرجع السابق ، ص 257 .

² - راجع / مبارك على عثمان ، ماهي المحاكمة العادلة ، دليل اساس حول المعايير والممارسات القانونية ، تقرير من لجنة المحامين لحقوق الإنسان ، نيويورك ، الحق في محاكمة عادلة ، اعمال الندوة التي نضمها اتحاد المحامين العرب ، القاهرة 6-8 ديسمبر كانون الاول 1995 م ، ص 188

³ - راجع / فتحى احمد سرور ، الضمانات الدستورية للحرية الشخصية في الخصومة الجنائية ، بحث منشور في مجلة مصر المعاصرة ، العدد 339 ، يناير 1970 ، ص 87 .، وراجع / شعبان محمود محمد الهوارى ، استقلال القضاء وضمانات المحاكمة العادلة بحث منشور في بحوث واوراق ندوة (دولة القانون) كلية القانون ، جامعة خليج سرت ، 24 ، 2 فبراير 2013 ، ص 315.

حق المحامي في اخذ صورة من الأوراق والمستندات، الوارد ذكرها بالمادة (14) من قانون الاجراءات الجنائية الليبي¹.

إذاً لا يكفي وفقاً لسردنا السابق بأن تتولي الاستجواب السلطة المختصة بالتحقيق، بل لابد أن تقوم بإحاطة المتهم علماً بالتهمة المنسوبة إليه، ذلك أنه من المعلوم أن المتهم لا يستطيع أن يعد دفاعه، إلا إذا أحيط علماً بالأفعال أو التهم المنسوبة إليه قبل استجوابه، لأنه بغير ذلك يصبح دفاعه مشوباً بالغموض، وعدم الفاعلية².

ويمكن القول أن واجب الإعلام يتعلق بتحديد الوصف القانوني للجرم (طبيعته)، والوقائع التي تشكله (السبب) وهي بالتالي أوسع من الحقوق الممنوحة بموجب المادة الثانية من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، المطبقة على حالات القبض، إذ أن الأساس المنطقي أنه يجب أن تكون المعلومات المقدمة كافيها لسماع هيئة الدفاع، وعندما لم تفسر عبارة تقديم معلومات فورية بشكل منسق وإنما أخذت بشكل عام للتطابق مع تقديم التهمة، أو بعد ذلك مباشرة مع بدء التحقيق القضائي الأول، أو مع البدء في أي سماع آخر يؤدي إلى شكوك رسمية ضد شخص معين، يجب أيضاً تقديم المعلومات للمتهم بلغة يفهمها³.

المبحث الثاني

ضمانات المتهم اثناء المحاكمة

تمهيد وتقسيم /

لقد سبق القول بأن التشريعات الدولية والإقليمية والمحلية، قد نصت على ضرورة توفير ضمانات للمتهم في مرحلة ما قبل المحاكمة، وكذلك الحال فإن معظم هذه التشريعات قد ذهبت إلى ضرورة توفير ضمانات لهذا المتهم، في مرحلة المحاكمة، وذلك لضمان سلامة الاجراءات التي تتخذ حيال المتهم، وضمان عدم تعسف السلطات المكلفة بمباشرة هذه الاجراءات ولذا سنتناول هذا المبحث على ثلاثة مطالب، المطلب الأول وسنبحث فيه استقلالية القضاء والمساواة أمامه، ونخصص المطلب الثاني لبيان علانية الجلسات، وأخيراً نتحدث في المطلب الثالث عن ضمانات سرعة الفصل في الدعوى .

¹ - راجع / عبد الرؤوف المهدي ، حدود حرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته ، تعليق على حكم محكمة النقض المصرية ، الدائرة الجنائية ، في الطعن رقم 79 لسنة 39 ق ، الصادر بتاريخ 28 يناير 1998م ، مؤسسة العين للطباعة ، مصر ، 1993 م ، ص 637 ، 638.

² - راجع / رؤوف عبيد ، دور المحامي في التحقيق والمحاكمة ، مجلة مصر المعاصرة ، السنة 15 ، العدد 1 ، 3 ، يوليو 1960 ، ص 5 . وراجع / محمود احمد طه ، حق الاستعانة بمحام اثناء تحقيقات الشرطة القضائية ، دار النهضة العربية ، 1993 م ، ص 1888.

³ - راجع / مبارك على عثمان ، المرجع السابق ، ص 188.

المطلب الاول: استقلالية القضاء والمساواة أمامه

يقصد باستقلال القضاء ألا يكون هناك تدخلا في عمل القضاء من سلطة أخرى إن استقلال القضاء هو احد ضمانات تقدير واحترام حقوق الإنسان فاستقلال القضاء يحقق العدالة وتحقيق شرعية الدولة وتحقيق المساواة وسيادة القانون ، كما أن استقلال القضاء يضمن حقوق الإنسان والحريات الأساسية لجميع أفراد المجتمع ، واستقلال القضاء يعني عدم تدخل أي سلطة في أعمال السلطة القضائية ، فمن المستقر عليه في القانون الدستوري أن الدولة القانونية تقوم علي مبدأ الفصل بين السلطات الثلاث ، بحيث لا تتدخل أي سلطة في أعمال السلطة الأخرى ، وإعمالاً لهذا المبدأ الدستوري الهام فقد ظهر مبدأ استقلال القضاء .

واستقلال القضاء يعني بُعده عن التأثيرات الخاصة، أيأ كان مصدرها، السلطة التشريعية، أو السلطة التنفيذية، وكذلك بأن يكون بعيداً عن تأثير الرأي العام أو الأفراد، وأن لا يكون القاضي خاضعاً لغير القانون¹. واستقلال القضاء بالمفهوم السابق من اساسيات وشروط القضاء العادل، والذي يقضي بعدم التقييد بأي مؤثرات خارجية، أو أي قيود، أو أي إغراءات، أو تهديدات، فلا يجوز التدخل في عمل القاضي في إصدار حكمه، إذ أن تصحيح الخطأ الذي قد يقع فيه القاضي، عولجت بتعدد درجات التقاضي، وخاصة في الجرائم الجنائية². والدولة القانون المعاصرة، التي تقوم على مبدأ الفصل بين السلطات الذي نادى به فلاسفة الثورة الفرنسية، ألا وهو نظام الفصل بين السلطات الثلاث، التشريعية، التنفيذية، القضائية، وهذا النظام هو ضمان للحريات الفردية، وعدم استبداد الحكام³. وعلى ذلك فإن الإطار المؤسسي الأساس الذي يساعد على التمتع بالحق في محاكمة عادلة، هو أن يقيم تطبيق الاجراءات في أي قضية جنائية (أو دعوى قانونية) بواسطة محكمة مختصة ومستقلة، غير منحازة بموجب القانون، وأن القصد أو الباعث وراء هذه الفكرة هو تفادي الجغرافية، أو الانحياز الذي يمكن أن ينشأ إذا تم البث في التهم الجنائية، بواسطة جهاز سياسي أو جهة إدارية مُعينة⁴.

¹ - راجع / محمد نور شحاته ، استقلال القضاء من وجهة النظر الدولية والعربية والاسلامية ، دار النهضة العربية ، 1987 م ، ص 6 ، وراجع / شعبان محمود محمد الهواري ، استقلال القضاء و ضمانات المحاكمة العادلة ، بحث منشور في بحوث واوراق ندوة (دولة القانون) كلية القانون ، جامعة خليج سرت ، 24 ، 23 فبراير 2013 ، ص 308.

² - راجع / شعبان محمود محمد الهواري ، حق التقاضي على درجتين في الجنايات ، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق جامعة المنصورة، العدد 48 ، 2010 م ، ص 579 .

³ - راجع / عبدالمنعم عبدالعظيم جيره ، التنظيم القضائي في ليبيا ، منشورات جامعة قاريونس / بنغازي ، الطبعة الثالثة ، 1978 م ، ص 120 .

⁴ - راجع / مبارك علي عثمان ، المرجع السابق ، ص 187.

ولقد نص المشرع الدستوري الليبي في خمسينيات القرن الماضي علي هذا المبدأ ، وقد أستمّر العمل بهذا المبدأ في مختلف العصور السياسية التي مرت بها ليبيا ، وذلك بأن نظمت القوانين المتعلقة بالنظام القضائي المتعاقبة والتي صدرت بالدولة الليبية فالقانون رقم (6) لسنة 2006 به ما يفيد ذلك ، وأنيط بالجلس الأعلى للهيئات وحده سلطة التعيين ونقل ونذب القضاة ، وكل ما يتعلق بجياتهم الوظيفية ، وذلك إمعاناً في استقلالية القضاء وعدم خضوعهم لجهة من خارجهم تتحكم في مصائرهم ، وإعمالاً لذلك فقد تم تعديل نظام القضاء المعمول به بموجب القانون رقم (4) لسنة 2011 م والذي بموجبه نص علي تعديل تشكيل المجلس الأعلى للهيئات القضائية وجعل رئاسة المجلس للمستشار رئيس المحكمة العليا وتم إبعاد وزير العدل من عضوية المجلس ، وبذلك تم إبعاد السلطة التنفيذية كلية عن أعمال السلطة القضائية ، بالإضافة الي ذلك فأن ليبيا وبعد أن عرفت القضاء الاستثنائي ولفترة قصيرة نسبيا من خلال ما كان يعرف بمحكمة الشعب ومكتب الادعاء الشعبي بادر المشرع الليبي في مطلع سنة 2005 م بإلغاء هاتين الهيئتين بموجب القانون رقم 7 لسنة 2005م ، وأخيرا فأن نص الاعلان الدستوري علي مبدأ استقلال القضاء تحت بند الضمانات القضائية ، بالإضافة الي انه يحظر إنشاء المحاكم الاستثنائية ، وأن السلطة القضائية تناط بمحكمة عليا واحدة وبمحاكم أدنى درجة ، خاصة وأن وحدة القضاء تقوم علي أساس وجود جهة قضائية واحدة علي رأسها محكمة عليا واحدة ، تتمتع بولاية عامة وشاملة في حل المنازعات ، فجميع المحاكم الليبية تخضع لرقابة المحكمة العليا¹.

ولقد أكدت المواثيق الدولية على استقلال القضاء، وذلك وفقا لما جاء بالمادة (10) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والتي نصت على أنه (لكل إنسان على قدم المساواة التامة مع الآخرين الحق في أن تنظر قضيته أمام محكمة مستقلة محايدة، نظراً منصفاً وعلنياً، للفصل في حقوقه والتزاماته، وفي أي تهمة جنائية توجه إليه. كما نصت الفقرة الأولى من المادة (14) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، الصادرة 1966م على أن (جميع الأشخاص متساوين أمام القضاء، ولكل فرد الحق عند النظر في تهمة جنائية ضده، أو في حقوقه والتزاماته في إحدى القضايا القانونية، في محكمة عادلة وعلنية بواسطة محكمة مختصة ومستقلة وحيادية قائمة استناداً إلى القانون)، وهو ما أكدته الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية، الصادرة عام 1850م بالفقرة الأولى من المادة (6)، حيث نصت على أنه (لكل شخص الحق في أن تنظر دعواه بطريقة علنية وفي خلال مدة معقولة أمام محكمة مستقلة ، نزيهة ينشئها القانون)، وهو ما أكدته الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان في المادة (26)².

¹ - راجع / خليفة صالح حواس ، مرجع سابق ، ص 79 .

² - تم إقرار الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب بقمة نيروبي بتاريخ 1981/6/26م ، وأصبح هذا الميثاق ساري المفعول بتاريخ 1986/10/12م .

وإعمالاً لهذا المبدأ وحتى تكون المحكمة مستقلة، وجب أن ينشئها القانون، للقيام بوظائف البث في القضايا، أي الحكم في الموضوعات في إطار اختصاصها، على أساس قواعد القانون (القانون الأساسي) ووفقاً للإجراءات المطبقة بالطريقة التي يحددها القانون الإجرائي، كما أن استقلال المحكمة يفترض الفصل بين السلطات، يكون القضاء فيها مستقلاً، مؤسسياً بعيداً عن التأثير غير الملائم بواسطة، أو التدخل من قبل السلطة التنفيذية، وإلى حد أقل من السلطة التشريعية، كما تشمل الضمانات العملية الأخرى، لاستقلالية المحكمة وظيفية وشروط تعيين القضاء، وشروط الخدمة، ومؤهلاتهم ومرتباتهم¹.

المطلب الثاني: علانية الجلسات

لا خلاف أن ما يقع في العلن هو أقرب إلى الحقيقة، مما يتم في السر قلبه الراحة، والاطمئنان إلى سلامة تلك الإجراءات، فالسرية تولد الشك، إذ توحى بالخضوع للتأثير والإجاء، أما العلانية فتمنح الثقة في عدالة أحكام القضاء، لأنه بتحقيق العلانية لما يدور في الجلسة يطمئن إلى عدم خضوع القاضي لأي مؤثرات في قضائه، فهناك شعور مستمر من العلانية وأنها ذاتها تولد لدي المتهم اطمئناناً بعدالة القاضي واستقلاله².

وقد نص المشرع الليبي المادة (15) من الدستور الملكي الليبي على أنه (.....) وتكون المحكمة علنية إلا في الأحوال الاستثنائية التي ينص عليها القانون، كما نص المشرع الليبي على علانية الجلسات في المادة (241) إجراءات جنائية بأنه (يجب أن تكون الجلسة علنية، ويجوز للمحكمة مع ذلك مراعاة النظام العام أو المحافظة على الآداب أن كان سماع الدعوى كلها أو بعضها في جلسة سرية أو تمنع فيئة معينه من الحضور). وتكفل الفقرة الأولى من المادة (14) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، الحق في محاكمة علنية كأحد العناصر الضرورية لفكرة المحاكمة العادلة، رغم ذلك فهي تتيح العديد من الاستثناءات لهذه القاعدة العامة في ظل ظروف محددة، تضمن علانية المحاكمة الطبيعية العامة لسماع القضية، يجب التأكد ليس بالنسبة للمراحل الأخرى في الإجراءات، وعلانية الحكم الذي يعلن واقعياً في القضية، نصل الي حق مكفول للأطراف، وأيضاً للرأي العام في مجتمع ديمقراطي³.

إن الحق في محاكمة علنية، يعني أن سماع القضية يجب كقاعدة عامة اجراءه شفهيًا، وعلنيًا، وبدون طلب محدد من قبل الأطراف المعنية لهذا الأمر، فالمحكمة أو الجهة القضائية ملزمة بإصدار معلومات عن الموعد والمكان المتاحين لانعقاد المحاكمة العلنية، وتقديم كافة التسهيلات لحضورها، بواسطة الأعضاء الراغبين

¹ - راجع / مبارك على عثمان ، المرجع السابق ، ص 187 .

² - راجع / حسني أمين ، الحق في محاكمة عادلة ، بحث منشور في بحوث واوراق ندوة (دولة القانون) كلية القانون ، جامعة خليج سرت ، 24 ، 2 فبراير 2013 ، ص 31

³ - راجع / شعبان محمود محمد الهواري، استقلال القضاء وضمانات المحاكمة العادلة ، بحث منشور في بحوث واوراق ندوة (دولة القانون) كلية القانون ، جامعة خليج سرت ، 24 ، 2 فبراير 2013 ، ص 313 ، 314 .

من الجمهور خلال حدود معقولة، ويجوز استبعاد الجمهور بما فيهم الصحافة، من كل أو جزء من المحكمة لأسباب حددتها المادة (1/14) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، ولكن هذا الاستبعاد يجب أن يقوم على أساس قرار أصدرته المحكمة في التزامها بقواعد الإجراءات الخاصة بذلك¹.

والعلنية بهذا المفهوم هي، تمكين الجمهور من غير تمييز من الاطلاع على إجراءات المحاكمة، من خلال سماعها بحضورهم الشخصي للجلسات أو العلم بها، إذ الأصل في العلنية تمكين الأفراد من دخول القاعات التي تجري فيها جلسة المحاكمة، ليسهل الاطلاع على ما يجري من إجراءات، وما يدور خلالها من مناقشات وأقواله، كما نص على ذلك الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في مادته (10)، حيث نص على أنه (إن لكل إنسان الحق في أن ينظر قضيته أمام محكمة مستقلة نزيهة نظراً عادلاً وعلنياً).

ويجوز استبعاد الجمهور لأسباب تقدرها المحكمة تتعلق بالأخلاق أو النظام العام، أو الأمن الوطني، في ظل مجتمع ديمقراطي، أو عندما تتطلب مصلحة الحياة الخاصة لأطراف القضية، ويجوز أيضاً استبعاد الجمهور بالمبادئ الذي تراه المحكمة ضرورياً فقط في ظروف خاصة إذا كان من شأن العلنية أن تؤدي إلى الأضرار بمصالح العدالة، كما أن الأسس الأخلاقية لاستبعاد الجمهور عادة يتم التأكيد عليها في تلك القضايا التي تتضمن جرائم جنسية، وقد تم تفسير مصطلح النظام العام على أنه متعلق أساساً بالنظام داخل قاعة المحكمة وحتى حين، وإن الأسباب المتعلقة بالأمن الوطني، يجوز تقديمها من أجل الحفاظ على تلك الأسرار العسكرية.

على أنه يجب أن يفهم ان التقديم المطبق، إنه يرتبط بالمبادئ العامة في ظل مجتمع ديمقراطي، وهذا الشرط الغرض منه منع الجزافية في القرارات المتخذة في المحاكمات المغلقة، كما أنه تم تفسير الحياة الخاصة لأطراف القضية ليشير إلى العلاقات الأسرية والأبوية، والعلاقات الأخرى مثل علاقات الوصاية التي يمكن أن تتضرر أثناء القضية العلنية.

ويمكن أخيراً منع الجمهور من حضور المحاكمة، لمصلحة العدالة، ولكن في ظروف خاصة، وإلى المدى الضروري جداً من وجهة نظر المحكمة².

وحتى يتحقق مبدأ علانية الجلسات، والغاية منه لا بد وأن يقتزن به مباشرة مبدأ شفوية المرافعات، وذلك تحقيقاً لمبدأ المساواة في الدفاع، وإمكانية مناقشة القضية الخصوم، ويعني هذا المبدأ وجوب أن تجري جميع إجراءات المحاكمة شفويًا، أي بصوت مسموع، ولذلك ينبغي أن تثار هذه الإجراءات شفويًا بالجلسة، وليس استناداً إلى ما يثبت بالأوراق الخاصة بالتحقيق الابتدائي، أو الاستدلالات، ولا تستطيع المحكمة

¹ - راجع / مبارك على عثمان ، المرجع السابق ، ص 186 .

² - راجع / مبارك على عثمان ، نفس المرجع ونفس الصفحة .

بناء على قاعدة شفوية المرافعة، أن تستند في حكمها إلى دليل لم يطرح أمام الجلسة (المادة 27 اجراءات جنائية)¹ .

وعلى ذلك فالأصل في المحاكمات الجنائية هو المرافعة، فلا يجوز لمحكمة أن تحرم الخصم من الحق في المرافعة ، وله أن يكتفي بتقديم مذكرة مكتوبة في الدعوى، وعلى ذلك ليس للقاضي أن يكتفي بمحاضر التحقيق الابتدائي المكتوبة، وإنما ينبغي عليه ان يسمع بنفسه الشهود، واعتراف المتهم، ويطرح كل ذلك للمناقشة الشفوية، فيتعين على القاضي سماع الشهود الذين سئلوا في التحقيقات، وسماع الخبراء ومناقشتهم فيما أثبتوه في تقاريرهم، وغير ذلك من الإجراءات² ، استنادا إلى القاعدة التي تقضي، بعدم جواز استناد الحكم إلى أي دليل لم يطرح أمام المحكمة في الجلسة³ .

المطلب الثالث سرعة الفصل في الدعوي

مما لا شك فيه أن إدراك العدالة لا يتحقق إلا من خلال صدور الحكم في وقته وميعاده، لأن لعامل الوقت أهمية كبيرة، إذ ما فائدة من تأخير إصدار الأحكام ، ومن تم يستلزم صدور الحكم في وقته لرفع الظلم، لأن في التباطؤ تحقيق الخسران وعرقلة للمصالح⁴ .

ولقد حرصت تشريعات حماية حقوق الإنسان على اختلاف مشاربها، على تضمين نصوصها حق المتهم بجرمة معينة، في أن يحاكم عنها خلال مدة معقولة، وذلك حفاظا على مبدأ ثابت، أن المتهم بريء حتى تثبت أدانته⁵ ، فلقد نصت الفقرة الثالثة من المادة (5) من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية، المبرمة بتاريخ 4 نوفمبر 1950 م، على أنه (أي شخص موقوف أو محتجز له حق محاكمة خلال مدة معقولة، أو الافراج عنه، أثناء سير الإجراءات)، كما نصت الفقرة الأولى من المادة (6) من الاتفاقية ذاتها على أنه (أي شخص له الحق في أن يحاكم خلال مدة معقولة من قبل المحكمة ... تحكم في التهمة الجنائية المنسوبة إليه).

¹ - راجع / ما مؤن محمد سلامة ، الاجراءات الجنائية في التشريع الليبي ، مطبعة دار الكتاب ، بيروت - لبنان ، الطبعة الاولى ، 1974 م ، ص 75 .

² - راجع / عبد الرؤوف المهدي ، حدود حرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته ، تعليق على حكم محكمة النقض المصرية ، الدائرة الجنائية في الطعن رقم 97 لسنة 39 الصادر بتاريخ 26 يناير 1998 م ، مؤسسة العين للطباعة مصر، 1983 م ، فقرة 12 ، ص 17 .

³ - راجع / غانم محمد غانم ، المرجع السابق ، ص 308 .

⁴ - راجع / محمد على التائب ، المرجع السابق ، ص 276 .

⁵ - راجع / فتحية محمد قوراري ، حق المتهم في المحاكمة خلال مدة معقولة ، دراسة مقارنة في النظامين الانجلو امريكي واللاتيني ، مجلة الحقوق - جامعة الكويت ، العدد 3 السنة 30 ، سبتمبر 2006 م ، ص 252 .

وتعتبر المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، أن الحق في الحصول على الحكم خلال فترة معقولة، من العناصر الهامة في الإدارة السليمة للقضاء، ذلك أن البطء في الاجراءات القضائية، قد تؤدي إلى إعاقة فعاليتها ومصداقيتها¹. ولقد ثار خلاف حول تحديد مضمون الحق المحاكمة في مدة معقولة، هل هو يتعلق بحق في تقديمه للمحاكمة خلال مدة معقولة، أم أنه يتعلق بالمحاكمة ذاتها، ومن تم حقه في أن يصدر الحكم القضائي بشأنه بالسرعة المناسبة، فتفسير المبدأ على أنه يتضمن حق المتهم في تقديمه للمحاكمة خلال مدة معقولة، يعني ربط الاجراءات والمصالح السابقة للمحاكمة، وأن حماية مركز المتهم خلالها تتطلب أحكاماً أخرى تقتضي اجراء المحكمة بشكل عادل، وفي المقابل فإن القول بأن المبدأ يتعلق بالمحاكمة ذاتها، وضرورة اتمامها بما تفتضيه من إجراءات، إلى حين صدور الحكم النهائي في الجريمة المرتكبة، إنما يستند إلى تفسير متكامل يقبل الارتباط بين المدة المعقولة للمحاكمة من جهة، وعدالتها من جهة أخرى، ومما يؤيد ذلك أن المساس بمصلحة المتهم، من خلال تأخير إجراء محاكمته لا تنتهي بتقديمه للمحاكمة، بل يصدر حكم فيما اقترفه من جرم².

ووفقاً لتقرير المحكمة الأوروبية فإن الدول الأعضاء يفرض عليها التزام إيجابي بتنظيم عمليات التقاضي، بما يؤدي إلى تحقيق الضمانة المتعلقة بصدور الحكم خلال فترة معقولة، إلا أن التأخير المؤقت في الانجاز القضائي لا يثير مسؤولية الدولة، متى تبث أنها قد عملت على كفاءة الوسائل العلاجية اللازمة لمواجهة مثل هذه الظاهرة. وأخيراً قد يلتبس مفهوم حق المتهم في المحاكمة خلال مدة معقولة، مع مبادئ أخرى يقترب منها في المضمون، مثل مبدأ تقادم الدعوي الجنائية، ومبدأ التعسف في الاجراءات الجنائية الثابت في القوانين، وسيظل تحديد مدة صدور قرار الاتهام، والمحاكمة محل خلاف بين القوانين في دول العالم المختلفة³.

¹ - راجع / عادل عمر الشريف ، قراءة مبسطة في ضمانات المحاكمة المنصفة ، في قضاء المحكمة الاوربية لحقوق الإنسان ، وقضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر ، بحث منشور في، الحق في محاكمة عادلة ، اعمال الندوة التي نظمها اتحاد

المحاميين العرب ، القاهرة 6-8 ديسمبر كانون الاول 1995 م ، ص 136.

² - راجع / فتحية محمد قوراري ، المرجع السابق ، ص 252 - 253 .

³ - راجع / فتحية فمحمد قوراري ، المرجع السابق ، ص 278 ، وما بعدها ، وراجع / راجع / محمد على التائب ، المرجع السابق ، ص 136 .

الخاتمة

بعنون الله وتوفيقه تناولت في بحثي هذا (ضمانات المحاكمة العادلة)، كنت قد أوضحت كيف أن المواثيق الدولية والإقليمية المتعلقة بحقوق الإنسان، وكذلك الدساتير والقوانين المحلية، وكيف أنها اهتمت بشكل ملحوظ على أن يكون للمتهم الحق في الصمت، وله الحق كذلك في اللجوء إلى الكذب، دون أن يكون هذا الخيار قرينة ضده، وأن من واجب السلطة المختصة أن تحظره بالتهمة المنسوبة له والذي سيمثل أمام هذه المحكمة بسببها، وأن على هذه السلطات المخولة بالتحقيق مع هذا المتهم، أن تعامله وفقاً للقاعدة القانونية السائدة (أنه بريء حتى تثبت إدانته) قرينة البراءة .

وأن هذه الضمانات هي من المفترض توافرها للمتهم قبل المحاكمة، وأنه يجب توافر ضمانات أخرى للمتهم بعد بدء المحاكمة، هذه الضمانات تتمثل في أن يمثل أمام محكمة تتمتع بالاستقلالية، وأن يتمتع أمامها بالمساواة، وكذلك أن تكون هذه المحاكمة بشكل علني يمكن للجميع حضورها، وأن لا يمنع أحد من حضورها إلا بناء على مبررات قوية، ولعل من أهم الضمانات التي يجب توافرها، حتى لا تكون حرية المتهم مهدده باسم العدالة، هي أن تتم محاكمته في وقت محدد، ولقد توصلت إلى أن المشرع الليبي قد نص على كل الضمانات التي توفر للمتهم محاكمة عادلة سواء كان المشرع الدستوري أو الإجرائي، غير أن المشرع الليبي لم يواكب التشريعات الدولية بشأن تحديد مدة المحاكمة بحيث تتم محاكمته في مدة معقولة، وعلى ذلك أوصي بضرورة أن يلحق المشرع الليبي بما ورد في المواثيق الدولية، بأن تتم محاكمة المتهم في فترة معقولة، وكنت قد تناولت هذا البحث في مبحثين المبحث الأول، خصصته لبيان ضمانات المتهم قبل المحاكمة، وقمت بتقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، المطلب الأول وخصصته لبيان قرينة البراءة كضمانه للمتهم، ثم خصصت المطلب الثاني لحق المتهم في الصمت واللجوء إلى الكذب، وأخيراً تناولت في المطلب الثالث، حق المتهم في أن يعلم بالتهمة المنسوبة إليه .

أما المبحث الثاني فخصصته للحديث عن ضمانات المتهم أثناء المحاكمة، وهو ما قسمته إلى ثلاثة مطالب، المطلب الأول خصصته للحديث عن استقلالية القضاء، والمساواة أمامه، كما تناولت في المطلب الثاني ضمانة هامة تتمثل في علانية المحاكمة وشفوية المرافعة فيها، وتناولت في المطلب الثالث ضمانه هامة أيضاً للمتهم، حتى لا تهدر حرية المتهم باسم العدالة، وختمت هذا البحث بخاتمة، وقائمة لأهم المراجع

والله ولي التوفيق

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته

قائمة المراجع /

أولا / الكتب العامة:-

- توفيق الشاوي ، فقه الاجراءات الجنائية، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار الكتاب العربي ، القاهرة ، 1954 م .
- حسام الدين محمد احمد، حق المتهم في الصمت، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية ، الطبعة الثانية، 2003 م.
- خليفة صالح أحواس ، القانون الدستوري الليبي والنظم السياسية ، دراسة شاملة للأوضاع السياسية والإدارية خلال نصف قرن ، دار الكتاب الجديد ، بيروت - لبنان ، 2004 م
- سامي صادق الملا، اعتراف المتهم، الطبعة الثانية، المطبعة العالمية القاهرة ، 1975 م .
- عبد الرؤوف المهدي، حدود حرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته، تعليق على حكم محكمة النقض المصرية، الدائرة الجنائية في الطعن رقم 97 لسنة 39 الصادر بتاريخ 26 يناير 1998 م ، مؤسسة العين للطباعة ، 1983 م .
- عبدالحاميد الشواربي، الإخلال بحق الدفاع في الفقه والقضاء، منشأة المعارف ، بدون تاريخ نشر.
- عبدالرؤوف عبيد ، شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية، طبعة نادي القضاء - القاهرة ، 2003 م.
- عبدالمعزم عبدالعظيم جيره، التنظيم القضائي في ليبيا، منشورات جامعة قارونس / بنغازي، الطبعة الثالثة، 1978 م.
- فائز الظفيري، المعالم الأساسية للقضية العادلة في مرحلة الاستدلالات والتحقيق الابتدائي وفقا لمفهوم القانون الكويتي، مجلس النشر العلمي جامعة الكويت، الطبعة الأولى ، 2001
- فريجة محمد هشام، ضمانات الحق في محاكمة عادلة في المواثيق الدولية لحقوق الإنسان، مجلة الفكر كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد العاشر، بدون تاريخ نشر.
- كمال عبدالواحد الجوهري، تأسيس الاقتناع القضائي، والمحكمة الجنائية العادلة، الطبعة الأولى، دار محمود للنشر والتوزيع، 1999م.
- مأمون محمد سلامة، الاجراءات الجنائية في التشريع الليبي، مطبعة دار الكتاب، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، 1974 م.
- مأمون محمد سلامة، شرح قانون الاجراءات الجنائية المصري، الجزء الأول، دار النهضة العربية ، 1988 م.

- محمد أمين، شرح قانون العقوبات – القسم الخاص، الجزء الأول، الطبعة الأولى، 1994
- محمد مصطفى القللي، أصول قانون تحقيق الجنايات، الطبعة الثانية، مكتبة مصطفى الباقي الحلبي واولاده، 1995 م.
- محمد نور شحاته، استقلال القضاء من وجهة النظر الدولية والعربية والإسلامية، دار النهضة العربية، 1987م.
- محمود احمد طه، حق الاستعانة بمحام أثناء تحقيقات الشرطة القضائية، دار النهضة العربية، 1993 م.

ثانيا/ الرسائل العلمية

- أحمد ادريس أحمد، افتراض قرينة براءة المتهم، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1984 م .
- محمد على التائب، اساسيات استجواب المتهم بمعرفة – سلطة التحقيق، رسالة ماجستير، منشورات دار منا، 2008 م.

ثالثا/ البحوث والمقالات

- إبراهيم محمد العاني، الحق في محاكمة عادلة وفق الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب مقارنا بالوثائق الدولية، بحث مقدم للندوة المحاكمة العادلة، التي نظمها اتحاد المحامين العرب، القاهرة، 6 – 9 ديسمبر، كانون الأول، 1995م.
- حسني أمين، الحق في محاكمة عادلة، بحث منشور في بحوث وأوراق ندوة (دولة القانون) كلية القانون ، جامعة خليج سرت 24، 2 فبراير 2013 م .
- رؤوف عبيد، دور المحامي في التحقيق والمحاكمة، مجلة مصر المعاصرة ، السنة 15، العدد 1،3، يوليو 1960م .
- سامي جمال الدين ، القضاء الاداري مبدأ المشروعية ، مؤسسة حورس للنشر والتوزيع ، الإسكندرية ، ط 3 ، 2002 .
- سامي صادق الملا، حق المتهم في الصمت، مجلة الأمن العام، العدد 53، ابريل 1971 م
- شعبان محمود محمد الهواري، استقلال القضاء و ضمانات المحاكمة العادلة بحث منشور في بحوث وأوراق ندوة (دولة القانون) كلية القانون، جامعة خليج سرت، 24 ، 2 براير 2013.
- شعبان محمود محمد الهواري ،حق التقاضي على درجتين في الجنايات، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة المنصورة، العدد 48، 2010 م.
- عادل عمر الشريف، قراءة مبسطة في ضمانات المحاكمة المنصفة، في قضاء المحكمة الاوربية لحقوق الإنسان، وقضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر، بحث منشور في الحق في محاكمة

- عادلة، اعمال الندوة التي نظمها اتحاد المحامين العرب، القاهرة 6- 8 ديسمبر كانون الأول 1995 م .
- عبد المنعم قريرة مرعي، مبدأ السيادة دستورياً كانعكاس للاتفاقيات الدولية ، بحث منشور في بحوث واوراق ندوة (دولة القانون) كلية القانون ، جامعة خليج سرت ، 24 ، 2 فبراير 2013.
- عزالدين الكومي، الحق في محاكمة عادلة، بحث مقدم، لأعمال الندوة المحاكمة العادلة، التي نظمها اتحاد المحامين العرب، القاهرة، 6- 9 ديسمبر، كانون الاول ، 1995م .
- فتحي أحمد سرور، الضمانات الدستورية للحرية الشخصية في الخصومة الجنائية، بحث منشور في مجلة مصر المعاصرة، العدد 339، يناير 1970 م .
- فتحية محمد قوراري، حق المتهم في المحاكمة خلال مدة معقولة، دراسة مقارنة في النظامين الأنجلو امريكي واللاتيني، مجلة الحقوق - جامعة الكويت ، العدد 3 السنة 30 ، سبتمبر 2006 م .
- مبارك على عثمان، ماهي المحاكمة العادلة ، دليل أساس حول المعايير والممارسات القانونية، تقرير من لجنة المحامين لحقوق الإنسان، نيويورك، الحق في محاكمة عادلة، أعمال الندوة التي نظمها اتحاد المحامين العرب، القاهرة 6-8 ديسمبر كانون الأول 1995 م .
- محمد عبدالله دبنون، مدى مشروعية استخدام جهاز كشف الكذب في التحقيق الجنائي، مجلة الحق، كلية القانون - بني وليد، السنة الثانية، العدد الرابع - سبتمبر 2015 م .
- محمد على التائب، ضمانات المحاكمة العادلة، بحث منشور في بحوث واوراق ندوة (دولة القانون) كلية القانون، جامعة خليج سرت ، 24 ، 2 فبراير 2013.

المركز القانوني للضحايا في المحكمة الجنائية الدولية

د.عبدالقادر أحمد عبدالقادر

كلية القانون - جامعة الزيتونة

مقدمة

في ظل اهتمام الأنظمة القانونية الداخلية لفترة طويلة من الزمن في الدول منصباً على الجاني من حيث إنها وفرت له العديد من الضمانات منها أن المتهم بريء حتى تثبت إدانته بحكم بات، والشك يفسر لصالحه، وله الحق في الدفاع عن نفسه شخصياً، أو بواسطة محام.... إلخ، أما الضحايا فلم تحدد الأنظمة القانونية في الفترات السابقة حقوقهم، ولم تراعى مصالحهم بالعناية الكافية، ونظرت إلى الضحية بصفة أساسية كشاهد على ما اقترفه الجاني.

ولا يختلف الأمر في قواعد القانون الدولي إلا إنه نظراً للانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان والقانون الدولي، التي نتج عنها مآسي كبيرة للضحايا فقد أصبح هناك اهتماماً تدريجياً بالضحايا الذين عانوا من ارتكاب الجرائم ضدهم، والأمثلة على ذلك كثيرة منها ما حدث في جمهورية يوغوسلافيا الاتحادية سابقاً، وما حدث لقبائل "الهوتو والتوتسو" في رواندا، وراح ضحيتها قرابة المليون شخص بريء.

وفي هذا السياق ظهرت تقارير المنظمات غير الحكومية المعنية بحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني التي تشير جميعها تشير إلى معاناة الضحايا، الأمر الذي دعا بشكل ملح إلى ضرورة التعريف بحجم المعاناة التي لحقت بهم، وتشديد القوانين الداخلية والدولية التي تحول أو تمنع من وصول ضحايا الجريمة الدولية إلى هذه البشاعة، ومع تزايد الاهتمام الدولي بحماية الإنسان في وقت السلم وأثناء النزاعات المسلحة، فقد بدأ الاهتمام يوجه إلى ضحايا الجريمة، وهكذا فإن جهود المؤسسات المعنية في المجتمع الدولي قد التقت واتفقت جميعها على ضرورة تطوير النظرة إلى وضع (ضحايا الجريمة الدولية)، وهذا ما نتج عنه صدور عدة وثائق وصكوك تركز جميعها على حقوق ومصالح الضحايا دون إخلال بحقوق المتهمين، وتشكل في مجموعها الحماية الدولية لضحايا الجريمة الدولية والتي لا يخرج مضمونها عن:-

1. صياغة مبادئ أساسية حول حماية الضحايا.

2. النص على حماية الضحايا في الاتفاقات الدولية.

وتعد مسألة حقوق الضحايا من أكثر مواضيع القانون الدولي الجنائي تطوراً، والتي صارت تنال قسطاً وافراً من الاهتمام على الصعيدين الوطني والدولي، ولم يعد من المقبول أن تتجاهل المحاكم الجنائية حقوق هذه الفئة الضعيفة التي تعد الأكثر تضرراً من الجرائم المرتكبة.

وقد شهد ملف الضحية تطور على صعيد القضاء الجنائي الدولي، فبعد أن كانت الضحية منسية في المحاكم الجنائية الدولية العسكرية (نورمبرغ وطوكيو) أصبحت تعتبر كشاهد في المحاكم المؤقتة ليوغوسلافيا السابقة ورواندا.

وتعتبر المحكمة الجنائية الدولية التي أنشأت كمؤسسة دائمة من أجل أن تكون بمثابة محكمة الملاذ الأخير التي يمكنها التدخل حين تفشل الدول في مقاضاة المسؤولين عن جرائم حرب، والجرائم ضد

الإنسانية وجريمة الإبادة الجماعية، وجريمة العدوان⁽¹⁾، قد وفرت عدة ضمانات لحماية الضحايا، وهذا ما يلاحظ من خلال الأهمية التي أولتها في بعض الجوانب المهمة من بينها التقدم في بيان جرائم العنف الجنسي، وخلق ظروف يُمكن أن يتم من خلالها التحقيق في هذه الجرائم ومقاضاة مرتكبيها بصورة فعالة، كذلك وبموجب مبدأ التكامل، والذي يسعى إلى تأسيس علاقة جديدة بين السلطات القضائية المحلية والدولية ثمة تجديد آخر هام وهو الدور الذي أوكل به إلى الضحايا في إجراءات المحكمة، والذي يتيح لهم المشاركة مباشرةً والتقدم بطلب التعويضات⁽²⁾.

ولذلك فإن أهمية وسبب اختيارنا لهذا الموضوع وهو (المركز القانوني للضحايا في المحكمة الجنائية الدولية) هو محاولة متواضعة لبيان وتوضيح ما تضمنته هذه المحكمة من مبادئ وأحكام تتعلق بوضع الضحية، وتحسينه، والتي تضمن معاملة الضحايا برأفة واحترام لكرامتهم، بما يحقق العدالة والإنصاف الفوري فيما يتعلق بالضرر الذي أصابهم، فالنظام الأساسي للمحكمة حدد أو عرف الأشخاص الذين يخضعون بالحماية والرعاية كضحايا، وأبرز حقوقهم القانونية، وكيفية ممارستها. وسأعتمد عند استعراض هذه المسائل على تحليلها من الناحية العلمية، وبيان الإيجابيات، والسلبيات التي تعترضها، حيث سأقوم بتقسيم هذا البحث إلى مطلبين، أتناول في الأول مفهوم الضحية، ومدى الاهتمام الدولي بحقوقهم، وفي الثاني حقوق الضحايا أمام المحكمة الجنائية الدولية. وفيما يلي تفصيل لذلك.

المطلب الأول: مفهوم الضحية في القانون الدولي

تعتبر المحكمة الجنائية الدولية نتاجاً للتطورات الحاصلة في القانون الدولي الجنائي الذي يمكن تعقبه بدءاً من محاكمات نورمبرغ للقادة النازيين بعد الحرب العالمية الثانية، وحتى المحاكم الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة ولرواندا، والتي أقيمت في تسعينيات القرن الماضي، وهي لا تزال تقاضي الأشخاص ذوي الصلة بالنزاع في البلقان والإبادة الجماعية في رواندا، وتمت إقامة المزيد من المحاكم "المختلطة" أو "المهجنة" الخاصة من أجل التعامل مع الفظائع المرتكبة في تيمور الشرقية، وسيراليون، وكمبوديا، ولبنان. غير إن وضع الضحايا قد اختلف من مرحلة إلى أخرى مما يدعوني إلى بيان ذلك من خلال فرعين يتضمنان تحديد من ينطبق عليه وصف الضحية ومدى الاهتمام الدولي بهم. وفيما يلي توضيح لذلك.

1. تأسست المحكمة الجنائية الدولية الدائمة في 1998/07/31، ودخلت حيز النفاذ في 2002/07/01.
2. أشار النظام الأساسي للمحكمة في ديباجته والمادة الأولى منه إن هذه المحكمة ستكون مكتملة للقضاء الوطني، وهذا ما يعني أن الاختصاص الأصيل في معاقبة مرتكبي الجرائم المدرجة في المادة (5) من هذا النظام ستكون للقضاء الوطني. نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الذي تم اعتماده بموجب مؤتمر الأمم المتحدة للمفوضين في روما المعني بإنشاء المحكمة الجنائية الدولية في 17 يولييه 1998، الوثيقة رقم: (A/CONF/183/9).

الفرع الأول: تعريف الضحية

يحمل مصطلح الضحية عدة معاني كثيرة سواء في النطاق القانوني داخل الدول أو في إطار القانون الدولي، وهذا ما يدعو إلى إعطاء فكرة مبسطة عن هذه المسألة خاصة أن هناك من لا يميز بين مصطلحي الضحية والمجني عليه، فما المقصود بالضحية؟

عرف إعلان المبادئ الأساسية لتوفير العدالة لضحايا الجريمة وإساءة استعمال السلطة لسنة 1985 في الفقرة الأولى منه "الضحايا" بأنهم ((الأشخاص الذين أصيبوا بضرر فرديًا أو جماعيًا، بما في ذلك الضرر البدني، أو العقلي، أو المعاناة النفسية، أو الخسارة الاقتصادية، أو الحرمان بدرجة كبيرة من التمتع بحقوقهم الأساسية عن طريق أفعال أو حالات إهمال تشكل انتهاكًا للقوانين الجنائية النافذة في الدول الأعضاء، بما فيها القوانين التي تحرم الإساءة الجنائية لاستعمال السلطة))، ونص في الفقرة الثانية منه على أنه ((..... ويشمل مصطلح "الضحية" أيضًا، حسب الاقتضاء، العائلة المباشرة للضحية الأصلية أو معاليها المباشرين والأشخاص الذين أصيبوا بضرر من جراء التدخل لمساعدة الضحايا في محتهم أو لمنع الإيذاء))⁽¹⁾.

وتُعرف وثيقة الأمم المتحدة المتعلقة بالمبادئ الأساسية والمبادئ التوجيهية بشأن الحق في الانتصاف والجبر لضحايا الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي لحقوق الإنسان والانتهاكات الخطيرة للقانون الإنساني الدولي لسنة 2005 في الفقرة (8) منه، الضحية بأنه ((لأغراض هذه الوثيقة، الضحايا هم الأشخاص الذين لحق بهم ضرر، أفرادًا كانوا أو جماعات، بما في ذلك الضرر البدني، أو العقلي، أو المعاناة النفسية، أو الخسارة الاقتصادية، أو الحرمان بدرجة كبيرة من التمتع بحقوقهم الأساسية، وذلك من خلال عمل أو امتناع عن عمل يشكل انتهاكًا جسيمًا للقانون الدولي لحقوق الإنسان، أو انتهاكًا خطيرًا للقانون الإنساني الدولي، وعند الاقتضاء، ووفقًا للقانون المحلي، يشمل مصطلح "ضحية" أيضًا أفراد الأسرة المباشرة أو من تعيّلهم الضحية المباشرة، والأشخاص الذين لحق بهم ضرر أثناء تدخلهم لمساعدة الضحايا المعرضين للخطر أو لمنع تعرضهم للخطر))⁽²⁾.

وباستقراء هاذين النصين يفهم بأن الضحايا هم الأشخاص الطبيعيين الذين لحق بهم الضرر بغض النظر عن نوع الجرم، وإن كانوا يختلفون بتنوع الجرائم التي يرتكبها المجرمون ضدهم، فهناك ضحايا القتل العمد أو الإيذاء أو الاغتصاب... إلخ.

1. إعلان بشأن المبادئ الأساسية لتوفير العدالة لضحايا الجريمة وإساءة استعمال السلطة الذي اعتمد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (34/40) المؤرخ في 29 نوفمبر 1985، ص 1.

2. قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (147/60) بتاريخ 16 ديسمبر 2005 الخاص بالمبادئ الأساسية والمبادئ التوجيهية بشأن الحق في الانتصاف والجبر لضحايا الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي لحقوق الإنسان والانتهاكات للقانون الإنساني الدولي الخطيرة، ص 7، الوثيقة رقم (A/RES/60/147).

أما موقف المحكمة الجنائية الدولية حيال تعريف الضحايا⁽¹⁾، فقد أوردت القاعدة (85) من القواعد الإجرائية الخاصة بما "الضحية" بأنه ((لأغراض النظام الأساسي والقواعد الإجرائية وقواعد الإثبات): (أ) يدل لفظ "الضحايا" على الأشخاص الطبيعيين المتضررين بفعل ارتكاب أي جريمة تدخل في نطاق اختصاص المحكمة؛ (ب) يجوز أن يشمل لفظ "الضحايا" المنظمات أو المؤسسات التي تتعرض لضرر مباشر في أي من ممتلكاتها المكرسة للدين، أو التعليم، أو الفن، أو العلم، أو الأغراض الخيرية، والمعالم الأثرية، والمستشفيات وغيرها من الأماكن والأشياء المخصصة لأغراض إنسانية))⁽²⁾.

ويفهم من هذه القاعدة أن الضحايا هم الأشخاص الطبيعيين الذين لحق بهم ضرر نتيجة لارتكاب أي جريمة تقع ضمن اختصاص المحكمة، ويمكن أن تشمل الضحايا المنظمات، أو المؤسسات التي تتعرض لضرر مباشر في أي من ممتلكاتها، والتي تركز نفسها للدين، أو التعليم، أو الفن، أو العلم، أو الأغراض الخيرية، والمعالم التاريخية، والمستشفيات، وغيرها من الأماكن، والأشياء المخصصة لأغراض إنسانية⁽³⁾. ومن استقراء ما تضمنه هذا التعريف نلاحظ أن تعريف الضحية يشمل:

- 1- الأشخاص الطبيعيين سواء كان مجنيًا عليهم، أو متضررين من الجريمة المرتكبة.
- 2- الأشخاص المعنويين المتمثلين في المنظمات الدولية، أو المؤسسات التي تتعرض لضرر مباشر نتيجة لارتكاب جريمة، وهذا بخلاف محكمتي يوغسلافيا ورواندا التي اقتصر مفهوم الضحية فيهما وفقًا للمادة (1/2) من القواعد الإجرائية الخاصة بهما على الشخص الطبيعي فقط. كما يستوجب تحقق وصف الضحية وفقًا للنظام الأساسي للمحكمة وقواعدها الإجرائية اشتراط الإصابة بالضرر الناتج عن الجريمة الداخلة ضمن اختصاصها، ووجود العلاقة السببية بينهما⁽⁴⁾.

1. لم تنطبق لائحة المحكمة العسكرية الدولية لطوكيو لسنة 1946 إلى وضع تعريف للضحية، رغم تعدد الإشارات إلى معاناة الضحايا جراء الجرائم الدولية التي ارتكبت في حقهم والتأكيد على ضرورة الحد منها. راجع تفصيل لذلك في: نصر الدين بوسماحة، حقوق ضحايا الاجرام على ضوء أحكام القانون الدولي، الإسكندرية: دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، 2007، ص 19.

2. قرار جمعية الدول الأطراف باعتماد القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات في المحكمة الجنائية الدولية، الدورة الأولى: 3-10 سبتمبر 2002، القاعدة (85)، ص 53. الوثيقة رقم: (ICC-ASP/1/3)

3. عرف المجلس الأوروبي الضحايا في قراره رقم (77) الصادر في 1978 حول "تعويض المجني عليهم من الجرائم" بأنهم "كل شخص أصيب بأضرار جسيمة من الجريمة، وكل من كان يعولهم الشخص الذي قتل نتيجة الجريمة".

4. المدير بالذكر أنه على صعيد التشريعات الوطنية غالبًا ما يختلف هذين الوصفين من حيث المدلول والآثار، فالجني عليه هو صاحب الحق الذي وقعت عليه الجريمة، فأهدرته أو انتقصت منه، أو هددته بالخطر، أما المتضرر فهو كل شخص ألحقت به الجريمة ضررًا، حيث إن المناط في ثبوت وصف الجني عليه هو كونه صاحب الحق الذي تحميه القاعدة الجنائية الذي انتهكه الجاني بارتكابه الجريمة، ومن ثم فالجني عليه هو من يقع العدوان على حياته، أو جسمه، أو ماله، أما صفة المتضرر، فالضرر هو وحده المناط في ثبوتها أو انتفاؤها، فكل من أصابته الجريمة بضرر تثبت له هذه الصفة ولو لم يكن مجنيًا عليه، فضرر القتل مثلا يتعدى الجني عليه ليشمل أسرته، فيعتبر أفرادها متضررين من هذه الجريمة. انظر: مصطفى مصباح دبار، وضع ضحايا الاجرام في النظام الجنائي (دراسة نقدية للنظام الجنائي في ضوء معطيات علم الضحية)، رسالة دكتوراه غير منشورة، جامعة الإسكندرية: كلية الحقوق، 1996، ص 10، 11.

ومن خلال ما سلف ذكره يبدو جلياً أن القواعد الإجرائية اعتمدت على الاتجاه الموسع في تعريف الضحية، حيث إنه لا يفرق بين المجني عليه، والمتضرر من الجريمة، فمصطلح الضحية يستخدم للدلالة على الوصفين معاً⁽¹⁾، و الملاحظ من الآراء المتعددة في هذا المجال أن لفظ "الضحايا"، هو لفظ متداول في التشريع الدولي أكثر من تداوله في التشريعات الوطنية، لم يقصد منه إلا المجني عليهم والمضروبين من الجريمة معاً، أي الواقع عليهم فعل الاعتداء الذي شكل الجريمة أو من أصابهم ضرر من جراء هذا الفعل، بمعنى أن كل ضحية هو مجني عليه أو مضروب من جراء الجريمة⁽²⁾.

الفرع الثاني: الاهتمام الدولي بحقوق الضحايا يجد حق الضحية بالتعويض له جذوراً في القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان، حيث برزت مكانة الفرد عبر جملة من الصكوك الدولية، فقد ألزمت اتفاقية لاهاي الخاصة باحترام قوانين وأعراف الحرب البرية المعتمدة في 18 أكتوبر 1907 في المادة (3) منها الطرف المتحارب الذي يخلّ بأحكامها بالتعويض⁽³⁾، وتضمنت اتفاقية جنيف الثالثة بشأن معاملة الأسرى واتفاقية جنيف الرابعة بشأن حماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب اللتين تم اعتمادهما في سنة 1949 على دفع تعويضات للضحايا في حالة حدوث انتهاكات⁽⁴⁾. وتُمثل انتهاكات حقوق الإنسان فيما يتعلق بقضايا الإعدام خارج القضاء، والاختفاء القسري، والتعذيب، والتمييز العنصري، والاعتقال التعسفي مثلاً مرجعية للمطالبة بجبر الأضرار في بعض الصكوك، فالمادة (8) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 نصت على أن ((لكل شخص حق اللجوء إلى المحاكم الوطنية المختصة لإنصافه الفعلي من أيّة أعمال تنتهك الحقوق الأساسية التي يمنحها إياه الدستور أو القانون))، وهذا ما أكدته المادة (2) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966، والمادة (6) من الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري لسنة 1973، والمادة (39) من اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 تستخدم صيغة مماثلة تتضمن الحق في الانتصاف لانتهاكات أحكامه.

1. أدى اعتماد النظام الأساسي للمحكمة إلى دخول الضحايا عهداً جديداً، إذ اعترف لأول مرة بمفهوم الضحية بموجب نص المادتين (75، 79)، ناهيك عن نصوص أكثر تفصيلاً وردت في القواعد الجرائية وقواعد الإثبات، ويبدو إن واضعي هذه القواعد تداركوا بعض الأخطاء الناتجة عن عملية الترجمة للنظام الأساسي، حيث استخدم في النظام الأساسي مصطلح "المجني عليه"، ولكن بعد اعتماد القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات تبدل هذا المصطلح إلى مصطلح الضحية (Victim).

2. نبيل بن خديم، استيفاء حقوق الضحايا في القانون الدولي الجنائي، جامعة بسكرة: كلية الحقوق، رسالة ماجستير غير منشورة، 2012، ص 47.

3. تنص المادة الثالثة من اتفاقية لاهاي الخاصة باحترام قوانين وأعراف الحرب البرية لسنة 1907 على أنه ((يكون الطرف المتحارب الذي يخل بأحكام اللائحة المذكورة ملزماً بالتعويض إذا دعت الحاجة، كما يكون مسؤولاً عن جميع الأعمال التي يرتكبها أشخاص ينتمون إلى قواته المسلحة)).

4. سامية بوروية، المركز القانون للضحايا أمام المحكمة الجنائية الدولية، جامعة الجزائر 1، العدد 31: الجزء الثاني، ص 81.

أما الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية لسنة 1950، فقد قضت وفقاً للمادة (13) منها بحق الانتصاف لضحايا انتهاكات هذه الاتفاقيات أمام سلطة وطنية، ولو كان هذا الانتهاك قد وقع من أشخاص يعملون بصفة رسمية.

كذلك كفلت الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان لسنة 1969 وفقاً للمادة (25) منها، أنه يجب على الدولة فيما يتعلق بالحق في الوصول إلى القضاء، أن تلتزم بتهيئة السبل اللازمة لوصول الأفراد المحتاجين للقضاء بحيث تزيل المعوقات المادية التي تقف في طريق تمتعهم بهذا الحق، وبالإضافة إلى ذلك، فإن هذا الرأي يعتبر أن الفرد ضحية للتمييز، إذا ما حال وضعه الاقتصادي وبين حقه في الوصول إلى المحاكم.

وتجد أسس أخرى في الاعتراف بحق الضحايا في جبر الضرر، فالمبدأ (25) من مبادئ الأمم المتحدة الخاصة بتنفيذ الحماية والتعويض عن ضحايا الإعدامات خارج القضاء لسنة 1989⁽¹⁾، والتي نصت على أن ((عوائل الضحايا ومن يعيلهم الضحية الحق في طلب تعويض عادل، ومناسب في وقت معلوم))، والحق نفسه تم الاعتراف به في المادة (19) من إعلان الأمم المتحدة الخاص بحماية كافة الأشخاص من إجبارهم على الاختفاء القسري لسنة 1992⁽²⁾، وكذلك المادة (14) من معاهدة الأمم المتحدة المناهضة للتعذيب لسنة 1984 وكل أنواع أشكال الاستغلال التي ألزمت الحكومات بضرورة ضمان وفرض حق الضحايا بالحصول على تعويض مناسب وعادل بما فيه إعادة التأهيل، وورد التأكيد على هذا الحق في (المادة 6، والمادة 2/7) من اتفاقية الأمم المتحدة وإعلانها لإزالة كل أنواع التمييز العنصري لسنة 1965. بالإضافة إلى ذلك، اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة إعلان مبادئ العدل الأساسية المتعلقة بضحايا الإجرام والتعسف في استعمال السلطة في 1985، والذي يتضمن مزيداً من الحقوق محددة وبعيدة المدى للضحايا، بما في ذلك الحق في الرد والتعويض، إلا أنه يفتقر إلى قوة الالتزام. وتعترف المبادئ الأساسية والمبادئ التوجيهية بشأن الحق في الانتصاف والجبر لضحايا الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي لحقوق الإنسان والانتهاكات للقانون الإنساني الدولي الخطيرة لسنة 2005 بأن تكون معاملة الضحايا بعطف واحترام لكرامتهم حسب الاقتضاء وبما يتناسب مع جسامته الانتهاك المرتكب ضدهم، وتوصي باتخاذ تدابير لتحسين فرص حصولها على العدالة والإنصاف الفوري (الرد، والتعويض، وإعادة التأهيل، والترضية، وضمانات عدم التكرار)⁽³⁾.

1. الأمم المتحدة: حقوق الإنسان، مبادئ المنع والتقصي الفعالين لعمليات الإعدام خارج نطاق القانون والإعدام التعسفي والإعدام دون محاكمة اعتمدها المجلس الاقتصادي والاجتماعي في قراره (1989/65) المؤرخ في 24 مايو 1989.

2. إعلان حماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري اعتمد ونشر على الملأ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة (133/47) المؤرخ في 18 ديسمبر 1992.

3. انظر المواد (19-23) من المبادئ الأساسية والمبادئ التوجيهية بشأن الحق في الانتصاف والجبر لضحايا الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي لحقوق الإنسان والانتهاكات للقانون الإنساني الدولي الخطيرة، الوثيقة سبق الإشارة إليها، ص10.

ورغم هذا التقدم، فإن موقف الأمم المتحدة المعبر عنه بواسطة إعلان الجمعية العامة، لا يمثل أكثر من مبادئ إرشادية أو توجيهية، ليس لها القوة الإلزامية الكافية، وعلى الرغم من أن المحاكم الخاصة في يوغوسلافيا السابقة ورواندا قد خلقت سوابق هامة من خلال مساءلة الأفراد عن انتهاكات القانون الدولي⁽¹⁾، إلا أنهم فشلوا في احراز تقدم كبير عندما يتعلق الأمر بتعويضات الضحايا⁽²⁾، ففي عام 1993، أصدر مجلس الأمن قراره بإنشاء المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة ردًا على الانتهاكات الخطيرة للقانون الإنساني الدولي التي ارتكبت في إقليم يوغوسلافيا السابقة منذ عام 1991⁽³⁾، وتتمثل مهمة المحكمة في معاقبة المسؤولين عن انتهاكات القانون الإنساني الدولي، وتحقيق العدالة للضحايا، ومنع ارتكاب المزيد من الجرائم، والإسهام في استعادة السلام عن طريق تعزيز المصالحة في يوغوسلافيا السابقة.

وفي عام 1994 ردًا على مقتل ما يقرب من 800000 الروانديين، أصدر مجلس الأمن قراره بإنشاء المحكمة الجنائية الدولية لرواندا في مهمة تهدف إلى "المساهمة في عملية المصالحة الوطنية في رواندا، وصون السلام في المنطقة"⁽⁴⁾.

وفي العقود الأخيرة بات المجتمع الدولي يُبدي قدرًا متزايدًا من الاهتمام بالضحايا بضمان أن تراعي العدالة الدولية مصالحهم وحقوقهم، وقد تجسد هذا في النظام الأساسي للمحكمة، الذي أشارت ديباجته إلى أن ضمان العدالة للمجني عليهم يكمن في صلب هذا النظام حيث يُركز على حقيقة أن "ملايين الأطفال والنساء والرجال قد وقعوا خلال القرن الحالي ضحايا لفظائع لا يمكن تصورها قد هزت ضمير الإنسانية بقوة"، ويعترف النظام الأساسي بأن مصالح العدالة ومصالح المجني عليهم متكاملة، وأن أهم ما يهمهم فيما يُرجح هو السعي لإجراء تحقيقات فعالة في الجرائم وإقامة العدل، فمثلاً لا جدال في

1. أشارت المادة (27) من لائحة محكمة نورمبورغ لسنة 1945 الخاصة بتوقيع العقوبات بصيغة عامة، حيث قضت بأنه يجوز للمحكمة العسكرية الدولية أن تأمر بعقوبة الإعدام ضد المذنبين، أو أي جزء آخر ترى المحكمة بأنه عادل، وعلى الرغم من أن النص العام يسمح بأن يكون من الجراء العادل الذي تحكم به المحكمة إصدار أوامر بمصادرة الممتلكات وفرض الغرامات التي قد تتفق كتعويض على الضحايا، إلا أن التطبيق العملي لم يكرس هذا التفسير.

نبيل بن خديم، مرجع سابق، ص 49.

2. المدير بالملاحظة إنه في الوقت الذي كان يفترض فيه على الأقل أن يعكس النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية المؤقتة ليوغوسلافيا السابقة والوثائق الملحق بها تعريف الضحية الذي ورد في إعلان الجمعية العامة للأمم المتحدة لسنة 1985 المتضمن المبادئ الأساسية لتوفير العدالة لضحايا الجريمة وإساءة استعمال السلطة، والذي شكل مرجعًا أساسيًا في تحديد تعريف الضحية في القانون الدولي إلا أنه مثل تراجعًا في هذا الإطار، ولم يقتصر فقط على تضيق لتعريف الضحية بل وصل إلى حد انعدام تام لأي إشارة للمركز القانوني للضحايا، باستثناء ما يتعلق بتوفير الحماية لهم بوصفهم من الشهود وكذلك رد الممتلكات. نبيل بن خديم، مرجع سابق، ص 61.

3. قرار مجلس الأمن رقم (808) لسنة 1993 بشأن إنشاء المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة، الوثيقة رقم:

(S/RES/1993/Corr.1)

4. قرار مجلس الأمن رقم (955) لسنة 1994 بشأن إنشاء المحكمة الجنائية الدولية لرواندا، الوثيقة رقم: (S/RES/955/1994).

أن مشاركة الضحايا في الإجراءات القضائية هي جانب من جوانب التحديد في منح حقوق لهم، ومما له دلالة بالغة أن الضحايا بمقدورهم المشاركة في الإجراءات من خلال محاميهم في إجراءات المحاكمة، على أقل تقدير، بالمقارنة بإجراءات التحقيق، وهذه أول مرة يتسنى فيها ذلك على المستوى الدولي⁽¹⁾.

المطلب الثاني: حقوق الضحايا في المحكمة الجنائية الدولية

فضلاً عن الأحكام الواردة في النظام الأساسي للمحكمة التي تخص الحقوق الممنوحة للمتهم، وردت نصوص أخرى فيه تُقرر حقوقاً خاصة بالضحايا والشهود هدفها توفير الحماية الكافية لهم، فالمحكمة تُعنى بالجرائم الواسعة النطاق التي تتضرر منها أعداد ضخمة من الضحايا، وبالتالي فإن علاقتها بهم تكتسي أهمية بالغة على عدة مستويات، أهمها أن الضحايا يمثلون ركناً جوهرياً من عملها باعتبار إن المحكمة تسعى لإقامة العدل وتحقيق الإنصاف، ومن ثم فإنها إلى حد ما تقر حقوق الضحايا، وتتيح لهم المجال لسرد رواياتهم للأحداث، أي حقائقهم، وهي بذلك تختلف كل الاختلاف عن الكثير من الأنظمة القضائية الوطنية والدولية حيث يكون الدور الرئيسي للمحني عليهم فيها هو دور الشهود، وتغفل مصالحهم في الواقع.

ولكن بالرغم من كل هذه التطورات في مجال حقوق الضحايا، فمن المهم أن نتذكر أن المحكمة ليست معنية بالضحايا فحسب، بل لا بد لها، أولاً وقبل كل شيء، أن تُعنى بتحقيق العدالة والإنصاف من مختلف الجوانب، فملتهم بريء حتى تثبت إدانته، ولكن أصوات الضحايا جانب مهم من هذه العملية⁽²⁾.

وينعكس اختلاف مفهوم الضحية الوارد في النظام الأساسي للمحكمة وقواعدها الإجرائية على المركز القانوني الذي تتمتع به، على اعتبار أن الضحية مفهوم إجرائي له آثار عملية⁽³⁾، ويمكن إجمال الحقوق التي يتمتع بها الضحية وفقاً لما سيرد أدناه في الفرعين التاليين.

1. انظر دياحة النظام الأساسي للمحكمة.

2. لا تعطي المحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا السابقة أمثلة لنوعية الأضرار التي تسمح باعتبار الشخص ضحية أم لا، حيث إنهما لا تضمن للضحايا سوى مصادرة ورد الممتلكات التي تم الاستيلاء عليها بسلوك إجرامي، ومن المؤكد أن الاكتفاء برد الممتلكات لضحايا الجرائم الدولية لا يعكس درجة الحقوق التي ينبغي أن تتمتع بها كل ضحية، والتي تشمل إضافة إلى ذلك مجموعة أخرى من الحقوق كالتعويض إلى جانب الخدمات التي يستفيدون منها كالرعاية الطبية والخدمات الاجتماعية.

نصر الدين بوسماحة، مرجع سابق، ص 27-28.

3. إن وضع معايير عامة في تحديد الأشخاص الذين ينطبق عليهم وصف الضحية أمر يتماشى مع طبيعة الآثار السلبية التي تخلفها الجرائم الدولية في صفوف الضحايا، حيث إن آثار الجريمة لا تقتصر على الإصابة الجسدية، وفقد الممتلكات فقط، بل تشمل أيضاً الإصابات النفسية، أو التشويش الحسي وغيرها من الأضرار المعنوية، كما يمكن القول إنه لا توجد معايير دقيقة بالنسبة لكل نوع من الأضرار التي تلحق بالضحايا خاصة بالنسبة للضرر المعنوي.

نبيل بن خديم، مرجع سابق، ص 61.

الفرع الأول: حقوق ضحايا الجرائم الدولية الخاصة بالإجراءات

يقصد به اشتراك الضحية في الإجراءات أي الحق في التمثيل القانوني والمشاركة في الإجراءات القانونية في عدة مراحل، وذلك على النحو التالي:

أولاً: تقديم المعلومات: رغم تكريس مبدأ المسؤولية الجنائية الفردية في القانون الدولي الجنائي منذ فترة محاكمات نورمبرغ وطوكيو، وبدء الاعتراف للضحايا بمركز قانوني ولو بصورة محتشمة، إلا أنهم لا يملكون حق تحريك الدعوى أمام المحكمة كون الأمر من اختصاص المدعي العام، إذ أنه يهين على مسار تحريك الدعوى وفق مقتضيات المادة (15) من نظامها الأساسي، حيث جاءت فقرتها الثالثة بنصها ((إذا استنتج المدعي العام أن هناك أساساً معقولاً للشروع في إجراء تحقيق، يقدم إلى الدائرة التمهيدية طلباً للإذن بإجراء تحقيق، مشفوعاً بأية مواد مؤيدة يجمعها، ويجوز للمجني عليهم إجراء مرافعات لدى الدائرة التمهيدية وفقاً للقواعد الإجرائية وقواعد الإثبات))، ونصت فقرتها السادسة بأنه ((إذا استنتج المدعي العام بعد الدراسة الأولية المشار إليها في الفقرتين 1 و 2، أن المعلومات المقدمة لا تشكل أساساً معقولاً لإجراء تحقيق، كان عليه أن يبلغ مقدمي المعلومات بذلك، وهذا لا يمنع المدعي العام من النظر في معلومات أخرى تقدم إليه عن الحالة ذاتها في ضوء وقائع أو أدلة جديدة))، كما تنص الفقرة الثالثة من المادة (19) من النظام الأساسي للمحكمة على أنه ((للمدعي العام أن يطلب من المحكمة إصدار قرار بشأن مسألة الاختصاص أو المقبولية، وفي الإجراءات المتعلقة بالاختصاص أو المقبولية، يجوز أيضاً للجهة المحيلة عملاً بالمادة 13، وكذلك للمجني عليهم، أن يقدموا ملاحظاتهم إلى المحكمة)).

ومن خلال النصوص المشار إليها أعلاه يتضح تعدد صور المشاركة المستقلة للمجني عليه في الإجراءات القضائية تبدأ بالإجراءات التمهيدية، فالمادة (15/ 1) من النظام الأساسي أجازت للمدعي العام أن يباشر التحريات بناء على معلومات تقدم إليه، وهنا يتمثل دور المجني عليه في تقديمه معلومات توجه التحري الوجهة الصحيحة، ولهم بعد اقتناع المدعي العام في إجراء التحقيق المشاركة في المرافعات التمهيدية، كما للضحايا الحق في تقديم مقترحاتهم فيما يتعلق بمدى اختصاص المحكمة بنظر الدعوى، وتعتبر هذه المشاركة في الإجراءات الخاصة بتحديد اختصاص المحكمة فيما يتعلق بنظر الدعوى جوهرية لأن المادة (3/19) من النظام الأساسي للمحكمة أجازت للضحايا الحق في تقديم ملاحظات فيما يتعلق بالمقبولية أي مدى اختصاص المحكمة بنظر بالدعوى⁽¹⁾.

صفوة القول إن وقت تقديم المعلومات من الضحية غير محدد، فيكون في جميع مراحل الدعوى أي قبل وأثناء وبعد المحاكمة.

¹. Alain-Guy Tachou Sipowo, Les aspects procéduraux de la participation des victimes à la répression des crimes internationaux, Volume 50, Number 3-4, septembre-décembre 2009, p.699.

ثانياً: الحماية

يعترف النظام الأساسي للمحكمة بأن تدابير ضمان الأمان، والسلامة البدنية، والنفسية، واحترام الكرامة، وخصوصيات الضحية بصفته أو كشاهد، وأسرههم هي عوامل أساسية لدعم مصداقية المحكمة وشرعيتها⁽¹⁾، وهذا لا يتحقق إلا بمراعاة ما تضمنه النظام الأساسي من ضمانات على المدعي العام ودوائر المحكمة الأخذ بها، فالمادة (54/1-ب) تضمنت أنه من واجب المدعي العام خلال التحقيق أو المقاضاة احترام مصالح الضحايا وأوضاعهم الشخصية، بما في ذلك السن والجنس والحالة الصحية، وأن يأخذ في الاعتبار طبيعة الجريمة، خاصةً حيثما انطوت على عنف جنسي، أو على عنف ضد المرأة، أو ضد الأطفال⁽²⁾ وأجازت المادة (57/3-ج) من النظام الأساسي للمحكمة للدائرة التمهيدية عند الاقتضاء أن توفر الحماية، والخصوصية للضحايا، وشهود الإثبات⁽³⁾، وأجازت المادة (68/1) للمدعي العام ودوائر المحكمة أن تتخذ التدابير المناسبة خاصة خلال التحقيقات، وعمليات الملاحقة القضائية للجرائم لحماية الضحايا والشهود وسلامتهم النفسية، والبدنية، وكرامتهم، وخصوصياتهم⁽⁴⁾، وأجازت المادة (68/2) لدوائر المحكمة أيضاً أن تحجب هوية الضحايا والشهود عن الصحافة والجمهور العام بإجراء أجزاء من المحاكمة بأسلوب الكاميرا (فيديو)، أو السماح بتقديم الأدلة بالوسائل الإلكترونية، أو أية وسائل أخرى⁽⁵⁾.

1. اعترف النظام الأساسي في المادة (14) لكل من محكمتي يوغسلافيا السابقة ورواندا إلى حماية الضحايا بوصفهم شهود، لا بوصفهم متضررين من الجرائم المرتكبة.
2. تنص المادة (54/1-ب) من النظام الأساسي للمحكمة على أنه ((1- يقوم المدعي العام بما يلي: - ب. اتخاذ التدابير المناسبة لضمان فعالية التحقيق في الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة والمقاضاة عليها، ويحترم، وهو يفعل ذلك، مصالح المحي عليهم والشهود وظروفهم الشخصية، بما في ذلك السن ونوع الجنس على النحو المعرف في الفقرة 3 من المادة 7، والصحة، ويأخذ في الاعتبار طبيعة الجريمة، وبخاصة عندما تنطوي الجريمة على عنف جنسي أو عنف بين الجنسين أو عنف ضد الأطفال)).
3. تنص المادة (57/3-ج) من النظام الأساسي للمحكمة على أنه ((يجوز للدائرة التمهيدية أن تقوم بالإضافة إلى وظائفها الأخرى بموجب هذا النظام الأساسي بما يلي: ج) أن تتخذ عند الضرورة ترتيبات لحماية المحي عليهم والشهود وخصوصياتهم، والحفاظ على الأدلة، وحماية الأشخاص الذين ألقى القبض عليهم أو مثلوا استجابة لأمر الحضور، وحماية المعلومات المتعلقة بالأمن الوطني)).
4. تنص الفقرة الأولى من المادة (68) من النظام الأساسي للمحكمة على أنه ((تتخذ المحكمة تدابير مناسبة لحماية أمان المحي عليهم، والشهود، وسلامتهم البدنية، والنفسية، وكرامتهم، وخصوصيتهم، وتولي المحكمة في ذلك اعتباراً لجميع العوامل ذات الصلة، بما فيها السن ونوع الجنس على النحو المعرف في الفقرة 3 من المادة 2، والصحة، وطبيعة الجريمة، ولا سيما، ولكن دون حصر، عندما تنطوي الجريمة على عنف جنسي، أو عنف بين الجنسين، أو عنف ضد الأطفال، ويتخذ المدعي العام هذه التدابير، وبخاصة في أثناء التحقيق في هذه الجرائم والمقاضاة عليها، ويجب ألا تمس هذه التدابير أو تتعارض مع حقوق المتهم، أو مع مقتضيات إجراء محاكمة عادلة ونزيهة)).
5. تنص الفقرة الثانية من المادة (68) من النظام الأساسي للمحكمة على أنه ((استثناء من مبدأ علنية الجلسات المنصوص عليه في المادة 67، لدوائر المحكمة أن تقوم حماية للمحني عليهم، والشهود، أو المتهم بإجراء أي جزء من المحاكمة في جلسات سرية، أو بالسماح بتقديم الأدلة بوسائل إلكترونية أو بوسائل خاصة أخرى، وتنفذ هذه التدابير بشكل خاص في حالة ضحية العنف الجنسي أو الطفل الذي يكون مجنياً عليه أو شاهداً، مالم تأمر المحكمة بغير ذلك، مع مراعاة كافة الظروف، ولا سيما آراء المحي عليه أو الشاهد)).

كما قضت الفقرة السادسة من المادة (43) من النظام الأساسي للمحكمة على تأسيس وحدة للمجني عليهم والشهود في قلم المحكمة، مهمتها اتخاذ التدابير الوقائية، والترتيبات الأمنية، والمشورة، والمساعدات المناسبة الأخرى للمجني عليهم، والشهود الذين سيمثلون أمام المحكمة وغيرهم من الأفراد، مثل أفراد أسرهم الذين قد يتعرضون للخطر بسبب هذه الإفادات⁽¹⁾، ويجوز لها كذلك وفقاً لما تضمنته المادة (4/68) من النظام الأساسي للمحكمة تقديم الاستشارات والنصائح لأجهزة المحكمة فيما يخص الضحايا⁽²⁾. ومن ثم فإنه يجوز وفقاً لما ورد أعلاه، إذا كانت آثار الجريمة المرتكبة تؤدي إلى تعريض بعض الأشخاص للخطر سواء كانوا ضحايا أو شهود، فإنه يجوز لدائرة المحاكمة بناء على طلب المدعي العام، أو الدفاع، أو أحد الشهود، أو الضحايا، أو ممثلهم القانوني إن وجد، أو من تلقاء نفسها، وبعد التشاور مع وحدة الضحايا والشهود حسب الاقتضاء أن تأمر باتخاذ تدابير لحماية الضحية، أو الشاهد، أو أي شخص آخر معرض للخطر، على أن تراعى كل العوامل المؤثرة في طبيعة هذه التدابير، من حيث السن، والجنس، والصحة، وطبيعة الجريمة المرتكبة⁽³⁾، وهذا يعني ترك السلطة التقديرية لاتخاذ مثل هذه التدابير ونوعيتها، لدائرة المحكمة التي لها أن تحددها في خطورة الجريمة، وأثرها على الضحايا والشهود، ومن بينها استخدام وسائل إلكترونية، أو آلات تصوير، و يجوز للدائرة أن تعقد جلسة علنية تتشاور فيها لإقرار أو عدم إقرار مثل هذه التدابير، بعد أن تكون قد تلقت مختلف الردود أو الاعتراضات على اتخاذ هذه التدابير. كما يجوز لدائرة المحكمة أن تعقد جلسة سرية أو أكثر مع طرف واحد فقط من الضحايا، وأن تسمح على سبيل المثال لا الحصر حضور محام، أو ممثل قانوني، أو طبيب نفسي، أو أحد أفراد الأسرة، خلال إدلاء الضحية أو الشاهد بشهادته، وعلى المحكمة عند النظر في الدعوى عدم المساس بخصوصيات الضحايا والشهود، أثناء استجوابهم، مع الاهتمام بشكل أكبر بضحايا جرائم العنف الجنسي، للحيلولة دون حصول أي مضايقة وتخويف أو انتهاك لحقوقهم.

ويعود السبب وراء حماية الضحايا في إن الناجين من الجرائم المرتكبة يحتاجون إلى حماية من أعمال الانتقام والمهجوم مرة أخرى خاصة في حالة ما من شأنه أن يقدموا أدلة قوية⁽⁴⁾.

1. تنص الفقرة السادسة من المادة (43) من النظام الأساسي للمحكمة على أنه ((ينشئ المسجل وحدة للمجني عليهم والشهود ضمن قلم المحكمة، وتوفر هذه الوحدة، بالتشاور مع مكتب المدعي العام، تدابير الحماية والترتيبات الأمنية، والمشورة، والمساعدات الملائمة الأخرى للشهود وللمجني عليهم الذين يمثلون أمام المحكمة، وغيرهم ممن يتعرضون للخطر بسبب إدلاء الشهود بشهادتهم وتضم الوحدة موظفين ذوي خبرة في مجال الصدمات النفسية، بما في ذلك الصدمات ذات الصلة بجرائم العنف الجنسي)).

2. تنص الفقرة الرابعة من المادة (68) على أنه ((لوحدة المجني عليهم والشهود أن تقدم المشورة إلى المدعي العام والمحكمة بشأن تدابير الحماية المناسبة والترتيبات الأمنية، وتقديم النصح، والمساعدة على النحو المشار إليه في الفقرة 6 من المادة (43)).

3. القاعدتين (87، 88) من القواعد الإجرائية.

4. سامية بوروية، مرجع سابق، ص 87.

وفي هذا السياق يثور سؤال ما هو دور الدول الأطراف في هذه المسألة؟ هل دورها إيجابي، من حيث إنه يتعين عليها ضرورة ضمان وجود هذه الحماية للضحايا والشهود؟ أم أن دورها سلبي، أي لا علاقة لها بهذه المسألة وإنما تتركها للمحكمة؟

النظام الأساسي للمحكمة أجاب على هذه التساؤلات بصراحة، حيث تضمنت الفقرة (1/ي) من المادة (93) ما يلي: ((1. تتمثل الدول الأطراف وفقاً لأحكام هذا الباب، وبموجب إجراءات قوانينها الوطنية، للطلبات الموجهة من المحكمة لتقديم المساعدة التالية فيما يتصل بالتحقيق أو المقاضاة: ... ي) حماية المجني عليهم والشهود والمحافظة على الأدلة، ...))، ويلاحظ من هذا النص أنه أوضح ما يقع على عاتق الدول الأطراف من ضمان مساعدة سلطاتها القضائية للمحكمة في حماية الضحايا والشهود، بما في ذلك ضحايا العنف الجنسي، أو العنف ضد الأطفال، وينبغي لها مثلما هو الأمر بالنسبة للمدعي العام، أن تعين أشخاصاً مسؤولين لمساعدة المحكمة بخبراتهم القانونية في معالجة القضايا ذات الصلة، ومن بينها العنف الجنسي أو العنف ضد الأطفال، ويتعين عليها مثلما هو الحال بالنسبة لوحدة الضحايا والشهود، أن تزود المحكمة بموظفين يتمتعون بخبرة في معالجة الصدمات، بما في ذلك الصدمات المتصلة بجرائم العنف الجنسي⁽¹⁾.

ثالثاً: الاشتراك في إجراءات التحقيق والمحاكمة

غني عن البيان أن اتصال الضحايا بالمحكمة سيساعد في بيان الآثار التي لحقت بهم من جراء أي أذى جسدي أو نفسي يكون قد أحدثه الجاني بهم، فالإدلاء بالآراء والبيانات من الضحايا يساعد في ضمان أن تكون حقوقهم متكافئة مع حقوق الجاني، ولا يمكن أن تتحقق هذه الخاصية إلا باشتراك الضحايا أو ممثليهم في إجراءات المحاكمة⁽²⁾، فالنظام الأساسي للمحكمة يعترف بالإسهام الذي يُمكن للضحايا أن يقدموه لعملية المحاكمة وأهمية تلك العملية، وعليه، فالمادة (3/68) تلزم المحكمة الدولية بالسماح بعرض آراء وشواغل المجني عليهم، والنظر فيها خلال المراحل المناسبة خلال نظر الدعوى⁽³⁾، وهذا ما أكدته بما تضمنته الفقرة الثالثة من المادة (15) من النظام الأساسي للمحكمة بقولها ((إذا استنتج المدعي العام

1. انظر: الفقرة الرابعة من المادة (68) النظام الأساسي للمحكمة، والقاعدة (16)، والفقرة الأولى من القاعدة (103) من القواعد الإجرائية.

2. Paulina Vega González, The Role of Victims in International Criminal Court proceedings: their rights and the first rulings of the Court, Sur, Rev. int. direitos human. vol.3 no.5 São Paulo Dec. 2006, p. 23.

3. تنص الفقرة الثالثة من المادة (68) من النظام الأساسي للمحكمة على أنه ((تسمح المحكمة للمجني عليهم، حيثما تتأثر مصالحهم الشخصية بعرض آرائهم وشواغلهم والنظر فيها في أي مرحلة من الإجراءات تراها المحكمة مناسبة، وعلى نحو لا يمس أو يتعارض مع حقوق المتهم، ومع مقتضيات إجراء محاكمة عادلة ونزيهة، ويجوز للممثلين القانونيين للمجني عليهم عرض هذه الآراء والشواغل حيثما ترى المحكمة ذلك مناسباً، وفقاً للقواعد الإجرائية وقواعد الإثبات)).

أن هناك أساساً معقولاً للشروع في إجراء تحقيق، يُقدم إلى الدائرة التمهيدية طلباً للإذن بإجراء تحقيق، مشفوعاً بأية مواد مؤيدة يجمعها، ويجوز للمحني عليهم إجراء مرافعات لدى الدائرة التمهيدية وفقاً للقواعد الإجرائية وقواعد الإثبات)).

ومن خلال التمعن في فحوى هاذين النصين يتضح أن الضحايا أو ممثليهم القانونيين بإمكانهم الاشتراك في إجراءات المحاكمة، إلا أن حق المشاركة مقيد بأن تكون هناك مصلحة خاصة بالتدخل في الإجراءات، وألا يشكل تدخل المحني عليه انتهاكاً لنزاهة المحكمة أو إخلالاً بحقوق المتهمين.

غير أن وقت هذا الاشتراك وعرض الآراء متروك أمر تقديره لدائرة المحكمة، فقد يقوم الضحية بنفسه أو بواسطة ممثله بعرض آرائه وطلباته بتقديم طلب مكتوب إلى المسجل⁽¹⁾، الذي بدوره يقوم بإحالة هذا الطلب إلى الدائرة المعنية التي تضطلع بنظر الدعوى في ذلك الوقت، وعلى المسجل أن يحيل نسخة من هذا الطلب إلى المدعي العام، والدفاع، في غضون فترة كافية قبل إصدار الدائرة للقرار المتعلق بمسألة طلب الاشتراك⁽²⁾.

ويجوز للدائرة عند تقديم عدد من الطلبات إليها بخصوص الاشتراك في الإجراءات، بنفس الدعوى ونفس موضوع الاشتراك - أن تنظر في هذه الطلبات على نحو يكفل فعالية الإجراءات، ولها الاختصاص في أن تصدر قراراً واحداً في هذه الطلبات، أو تصدر قرارات منفردة على كل طلب⁽³⁾، كذلك للضحايا الحق في تلقي المساعدة المالية من قلم المحكمة في حالة عدم استطاعتهم دفع أتعاب هؤلاء الممثلين⁽⁴⁾.

ويحق للممثل القانوني للضحية حضور الجلسات التي تعقدها الدوائر، والاشتراك في الإجراءات في حدود ما تسمح به من خلال ملابسات وظروف الدعوى، وللمدعي العام والدفاع الرد على أي ملاحظات شفوية يبديها الممثل القانوني للضحية، وتعود الحكمة من منح هذه الإجازة للمدعي العام والدفاع إلى الحيلولة دون تعارض الحقوق التي للضحية مع حقوق المتهم.

والحقيقة إنه حتى يتمكن الضحايا أو ممثلوهم القانونيين من الاشتراك في إجراءات نظر الدعوى، يجب على الدائرة التي في حوزتها القضية محل الدعوى إخطار الضحايا أو ممثليهم القانونيين الذين لهم صلة بالدعوى، أو كانوا قد اشتركوا في الإجراءات فيما سبق، بأي قرار يكون له أثر على الضحايا، حتى لا تفوت عليهم فرصة إبداء آرائهم في مضمون هذا القرار⁽⁵⁾، ومن هذه القرارات قرار المدعي العام بعدم الشروع في التحقيق أو السير في المحاكمة، أو قرار الدائرة التمهيدية أو الدائرة الابتدائية بعدم اختصاص

1. فيونا مكي، المحكمة الجنائية الدولية: الدور الجديد للضحايا في المحكمة الجنائية الدولية، مجلة عدالة الإلكترونية، العدد الخامس عشر: يوليو 2005، ص3.

2. Alain-Guy Tachou Sipowo, op.cit, pp.710-711.

3. القاعدة (89) من القواعد الإجرائية.

4. القاعدة (5/90) من نفس المرجع السابق.

5. Paulina Vega González, op.cit. p.25.

المحكمة أو مقبولة الدعوى أمامها، أو قرار الدائرة التمهيدية عقد جلسة من أجل إقرار التهم بموجب النظام الأساسي، سواء في أثناء حضور المتهم أو عدم حضوره⁽¹⁾.
وأستدل بحق مشاركة الضحايا في الإجراءات من خلال إصدار الدائرة الابتدائية لقرار في 17 يناير 2006 يتضمن الاعتراف لستة من الضحايا بالمشاركة في الإجراءات القضائية للمحكمة، والمتعلقة بالتحريات الخاصة بجمهورية الكونغو، وأكدت على حقهم بتقديم ملاحظاتهم فيما يتعلق بالقضية المنظورة من قبل المحكمة، ويعد هذا القرار سابقة قانونية دولية في الاعتراف بحق الضحايا بالمشاركة في الإجراءات القضائية، وهذا تطور، في اعتقادي، ما كان ليخطر ببال أحد قبل سنوات قليلة، وإن كان قرار الدائرة قد ألغي لاحقاً في مرحلة الطعن⁽²⁾.

رابعاً: الطعن

يكون من حق الضحايا الحق في تقديم الاستئناف في الشق المدني أي في القرارات المتعلقة بجبر الضرر وأوامر المصادرة، كما يجوز للضحايا أو الممثل القانوني تقديم آرائهم في جملة من الإجراءات من بينها ما يتعلق بالاختصاص والمقبولية وفق ما أكدته القاعدة (93) من القواعد الإجرائية⁽³⁾، وهذا ما تجلّى في القضية المرفوعة على "توماس لوبانغا" قائد اتحاد الوطنيين الكونغوليين للمصالحة والسلام، والقائد العام لجناحه العسكري المسمى القوات الوطنية لتحرير الكونغو، حيث اعترض الضحايا المشاركون في الإجراءات على التهم التي وجهها الادعاء إلى المتهم لأنها غفلت جرائم العنف الجنسي، وطالب الضحايا بإضافة هذه التهم للائحة الاتهام التي أعدها الادعاء، فوافقت الدائرة التمهيدية على ذلك، وبالتالي فإنها رفضت قرار المدعي العام فيما يتعلق بنطاق لائحة الاتهام⁽⁴⁾.

1. الفقرات (1، 2، 3) من القاعدة (92) من القواعد الاجرائية.

2. تقرير المحكمة الجنائية الدولية للفترة 2005-2006، الوثيقة رقم: (A/61/217) ص 6.

3. سامية بوروية، مرجع سابق، ص 91.

4. أدين "توماس لوبانغا دييلو" أمام المحكمة بتهمة خطف أطفال تحت سن الخامسة عشر، وإجبارهم على القتال في الحرب التي شهدتها جمهورية الكونغو الديمقراطية عامي 1999 و 2003، كجنود في القوات المسماة "القوات الوطنية من أجل تحرير الكونغو"، حيث تم قتل نحو 60 ألفاً في منطقة إيتوري شرقي جمهورية الكونغو في صراع عرقي استمر من عام 1999 حتى عام 2003، ويعد "لوبانغا" أول شخص تم اعتقاله بمذكرة من المحكمة الجنائية الدولية، وخضع للمحاكمة منذ إنشائها عام 2002، وتم اعتقاله لمدة ست سنوات إلى أن تم الحكم عليه بتاريخ 14 مارس 2012، بأربعة عشرة سنة.

تقرير المحكمة الجنائية الدولية للفترة 2014-2015، الوثيقة رقم: (A/70/350)، ص 11.

الفرع الثاني: حقوق ضحايا الجرائم الدولية الخاصة بجبر الأضرار

علاوة على تقديم الجناة إلى العدالة، وهو عمل يُمثل في حد ذاته ضررًا مهمًا من ضروب جبر الأضرار، فإن المحكمة ملزمة بموجب المادة (1/75) من نظامها الأساسي بتحديد المبادئ المتصلة بجبر الأضرار⁽¹⁾، حيث يجوز لها أن تأمر المتهم بعد صدور الحكم عليه بأن يجبر أضرار الضحايا، بما في ذلك رد الحقوق، وتقديم التعويضات، ورد الاعتبار أو أي شكل آخر من أشكال جبر الأضرار، ولم يقف الأمر عند هذا الحد بل تم تأسيس صندوق استئماني يتم الاستناد إليه في حالة عجز الجاني عن تعويض الضحايا. وفيما يلي توضيح لهذه المسائل.

أولاً: مظاهر جبر الأضرار: تُمكن المادة (75) من النظام الأساسي المحكمة من جبر أضرار الضحايا إما عند الطلب منهم أو من تلقاء نفسها في ظروف استثنائية، ولها تحديد نطاق ومدى الضرر، أو الخسارة، أو الإصابة، وذلك بعدما كانت المحكمتان الجنائيتان ليوغسلافيا ورواندا تنصان فقط على رد الحقوق في المادتين (3/23) و(3/24) من نظاميهما الأساسيين على التوالي⁽²⁾، وتُركت مسألة التعويض لتقدير القاضي الداخلي حسب ما نصت عليه المادة (106) المشتركة من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات⁽³⁾. وقد أشارت الفقرة الأولى من المادة (75) من النظام الأساسي للمحكمة صراحة لثلاث صور من جبر الضرر، وهي صور رد الحقوق والتعويض ورد الاعتبار دون أن يكون ذلك على سبيل الحصر، وما يجدر بالذكر في هذا المقام أن المبادئ الأساسية بشأن الحق في الانتصاف والجبر للضحايا لعام 2005 قد نصت على صور جبر الضرر في الفقرة (19) منها، والمتثلة في الرد، والتعويض، والترضية وإعادة التأهيل و ضمانات عدم التكرار.

والجدير بالذكر في هذا المقام أنه لا يوجد ما يمنع المحكمة من اللجوء إلى الصور المعنوية لجبر الضرر وفقاً للفقرة الثانية من المادة (75) من نظامها الأساسي وإن لم يشر إليها صراحة لأن ما تم النص عليه لم يكن على سبيل الحصر، وتمثل الصور المعنوية لجبر الضرر في الترضية و ضمانات عدم التكرار وإعادة التأهيل، والتي سيكون لها أثر نفسي بالغ في استقرار نفسية الضحايا وصورة لانتصافهم من الجرائم الدولية الخطيرة التي كانوا ضحية لها⁽⁴⁾، وتوضيح ذلك على النحو التالي:

1. تنص الفقرة الأولى من المادة (75) من النظام الأساسي للمحكمة على أنه ((تضع المحكمة مبادئ فيما يتعلق بجبر الأضرار التي تلحق بالجاني عليهم أو فيما يخصهم، بما في ذلك رد الحقوق والتعويض ورد الاعتبار، وعلى هذا الأساس، يجوز للمحكمة أن تُحدد في حكمها، عند الطلب أو بمبادرة منها في الظروف الاستثنائية، نطاق ومدى أي ضرر، أو خسارة، أو أذى يلحق بالجاني عليهم، أو فيما يخصهم، وأن تبين المبادئ التي تصرفت على أساسها)).

2. نصت المادة (3/24) من النظام الأساسي لمحكمة يوغسلافيا السابقة والمادة (3/23) من النظام الأساسي لمحكمة رواندا على ((المحكمة لها إصدار أمر بإعادة أي من الممتلكات تم الاستيلاء عليها بفعل إجرامي)).

3. سامية بوروية، مرجع سابق، ص 91.

4. المرجع السابق، ص 93.

1-رد الحقوق

يقصد برد الحقوق مجموعة من الإجراءات الرامية إلى أن يستعيد الضحية قدر المستطاع الوضع الأصلي الذي كان عليه قبل وقوع الجريمة، ويتضمن ذلك استعادة حرته وحقوقه القانونية، وإعادته إلى مكان إقامته، أو إعادة ممتلكاته، وينصب رد الحق على الممتلكات أو الأموال التي تم الاستيلاء عليها، بصورة مباشرة أو غير مباشرة نتيجة السلوك الاجرامي الذي يحاكم عليه الشخص⁽¹⁾.

2- التعويض

لأول مرة في تاريخ القضاء الجنائي الدولي يستطيع الضحايا اللجوء إلى وسائل تبيح لهم الحق في طلب التعويض أمام المحكمة، إذ إنه قبل تأسيسها لا يوجد كيان دولي يسمح لهم طلب الحصول على تعويض من مرتكبي الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي الإنساني.

ويستحق التعويض حسب القواعد العامة للمسؤولية عند حدوث الضرر، ولقد وردت في المبادئ الأساسية بشأن الحق في الانتصاف والجبر للضحايا لسنة 2005 قائمة توضيحية لصور الضرر جاء فيها على سبيل المثال الضرر البدني أو العقلي، الفرص الضائعة بما فيها فرص العمل والتعليم والمنافع الاجتماعية، ومن ثم يُمكن أن يتم التعويض المادي عن طريق منح أموال أو حوافز مادية، كما يمكن أن يشمل تقديم خدمات مجانية أو تفضيلية كالصحة والتعليم والإسكان.

3- رد الاعتبار

يتعلق رد الاعتبار بتمكين الضحية من محو آثار الجريمة التي تعرضت لها والتي انتقصت من إنسانيتها، أي بمعنى مساندة الضحايا معنوياً وفي حياتهم اليومية، ولا تخرج مسألة رد الاعتبار عن تقديم الرعاية الطبية والنفسية بالإضافة إلى الخدمات القانونية والاجتماعية، وقد يكون ذلك بإصدار قرار قضائي يعيد الكرامة والسمعة، والحقوق القانونية، والاجتماعية للضحية بما في ذلك الاعتراف علناً بالوقائع وقبول المسؤولية⁽²⁾.

4- الترضية:

تعني الترضية التوصل الى الحقيقة عن الجرائم والبحث عن أماكن الأشخاص المتخفين لأنهم ليسوا فوق القانون فالمحكمة هدفها تحقيق الردع العام والخاص، والجريمة المرتكبة لم تضر بالضحايا فقط بل بالمجتمع الدولي، ومن ثم تعتبر الترضية وسيلة الانتصاف المميزة للضرر الذي يلحق بالضحايا، وهي لا ترتبط بنوع

1. نيبيل بن خلم، مرجع سابق، ص103.

2. إن برامج التعويضات الفعالة لا تتعلق بتسديد مبالغ أو تعويضات مالية وكفى، بل إن الضحايا أصحاب حق، وذلك أمر يكتسي أبعاداً رمزية مهمة، ففي أوغندا، مثلاً، تعد قضية النزوح من القضايا الرئيسية التي تهم الضحايا، بينما قد يكون الاعتذار الرسمي خطوة بالغة الأهمية في بلد آخر، وأي برنامج فعال لا بد أن يراعي هذه الاختلافات، فضلاً عن العوامل الأخرى الواضحة بالبدهة، مثل حجم التعويضات، والموارد الاقتصادية، والوسائل الممكنة للتطبيق الفعلي.

الضرر الحاصل، وتنحصر صورها في المطالبة بالاعتذار، أو تقديم اعتذار علني للضحايا وإحياء ذكراهم، أو إبداء الأسف، أو تحية العلم، أو الطلبات المتعلقة بعزل أو وقف الموظفين المتضررين والمطالبة بضمانات لعدم تكرار الفعل.

5- إعادة التأهيل:

يُقصد بها مساعدة الضحايا على الاستمرار في العيش في ظروف عادية قدر المستطاع عن طريق توفير جملة من الخدمات والمساعدة في مختلف مجالات الحياة، ويحتاج تنفيذ أوامر المحكمة الخاصة بإعادة التأهيل للضحايا إلى الاستعانة بموظفين وخبراء على كفاءة عالية في مجالات تخصصاتهم، سواء كانوا معتمدين من قبل المحكمة مباشرة كالأخصائيين النفسانيين والاجتماعيين، أو عن طريق الاستعانة مباشرة بمنظمات تُقدم خدمات لفائدة الضحايا⁽¹⁾.

ثانياً: الصندوق الاستئماني:

نص النظام الأساسي للمحكمة في الفقرة الأولى من المادة (79) منه على إنشاء الصندوق الاستئماني الذي يعتبر آلية فريدة من نوعها هدفه تأمين احتياجات الضحايا، وتنفيذ قرارات المحكمة فيما يتعلق بجبر الأضرار التي لحقت بهم.

والواقع إن إنشاء الصندوق الاستئماني لصالح الضحايا هو أمر على جانب كبير من الأهمية، ولنعتزف بواقع الأمر؛ فسوف يكون من العسير نوعاً ما الحصول على تعويضات من الجناة بوجه عام؛ ولو كانت التعويضات تعتمد على الجناة، لخرج الكثير من الضحايا صفر اليدين، إما لأن أصول الجناة لا يتم حصرها ومصادرتها في مرحلة مبكرة أو لأن الجناة المدانين ليست لديهم أي أصول أصلاً، وبالتالي، فإن الصندوق الاستئماني يعد بمثابة خطوة مهمة على الطريق الصحيح، ولو أن المشكلة هي أن موارده محدودة.

وقضت المادة (2/75) من النظام الأساسي بأنه يجوز للمحكمة أن تأمر المتهم بعد إدانته بأن يجبر أضرار الضحايا إما بصورة مباشرة، وإما من خلال الصندوق الاستئماني التابع للمحكمة، وقبل صدور حكم من هذا القبيل، يجوز للمحكمة أن تدعو المتهم المدان، والضحايا، والأشخاص ذوي المصلحة والدول إلى تقديم آرائهم، وأن تأخذ هذه الآراء في الاعتبار، ولضمان عدم إخفاء هذه الأصول أو نقلها، أو تحويلها لتجنب دفع التعويضات، يمكن للمحكمة أن تتخذ تدابير وقائية لضمان الحفاظ على الأصول المملوكة للمتهم حتى يمكن مصادرتها خاصة لصالح الضحايا إذا صدر الحكم بإدانته.

1. نصر الدين بوسماحة، مرجع سابق، ص56.

وتظهر أهمية هذا الصندوق كونه منشأ ليس من قبل المحكمة بل من قبل جمعية الدول الأطراف⁽¹⁾، وهو يتشكل من مبلغ الغرامات المفروضة وكذلك من مصادرة العائدات، والممتلكات، والأصول المتأتية من إحدى الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة وفقاً لنص المادة (2/77) من النظام الأساسي للمحكمة، بالإضافة إلى مساهمات طوعية من الدول والمنظمات الدولية.

الخاتمة

إن الهدف الأساسي لأي سياسة من سياسات جبر الضرر هو إحقاق العدالة للضحايا، ويجب أن يُفهم مصطلح "العدالة" في هذا الصدد بشكل واسع بإدماج عناصر الاعتراف بالضحية، ورد كرامته، وإعادة بناء الثقة فيه بتأهيله لممارسة حياته الطبيعية بعد ارتكاب الجريمة ضده، وثوق المحكمة وفقاً لنظامها الأساسي ضمانات لجبر أضرار ضحايا الجرائم بموجب سلطة المحكمة القضائية.

لقد أضحت المحكمة الجنائية الدولية مركزاً قانونياً مستقلاً لضحايا الجرائم الدولية التي تدخل ضمن اختصاصها، فحددت وعرفت الأشخاص المشمولين بالرعاية والحماية، كما أقرت لهذه الفئة الضعيفة مجموعة من الحقوق مقارنة بحقوق المتهم والمتمثلة في المشاركة في الإجراءات وجبر الضرر.

إن الهدف من الاعتراف للضحايا بحق الحماية وحق المشاركة والتمثيل القانوني وجبر أضراره هو تمكين الضحية من الحصول على أكبر قدر ممكن من الانصاف، فلم يسبق مثلاً لأي وثيقة أن تطرقت لعملية جبر أضرار الضحايا، والذي يكون بطلب الضحية أو بمبادرة من المحكمة، وينفذ ضد الشخص المدان أو من الصندوق الاستئماني، فقد أصبح لأول مرة بإمكان الضحايا المطالبة مباشرة بحقوقهم أمام هيئة قضائية دولية، عن طريق تقديم المعلومات التي يمكن أن يستند إليها المدعي العام في مباشرة التحقيقات، إضافة إلى الإدلاء بالشهادة وحق التمتع بحماية قانونية وأمنية من المخاطر، والتي يمكن أن يتعرضوا إليها أثناء عملية المحاكمة أو بعد انقضائها، كما أصبح للضحايا الحق في استرداد الأموال والحصول على التعويضات، إضافة إلى إعادة الاعتبار وحق الحصول على المساعدة الطبية والنفسية.

وبالرغم من الحقوق الممنوحة للضحايا إلا إن هناك تحديات قد تواجه مسألة ممارستها لأنها حساسة للغاية، خاصة التي تظهر نتيجة للظروف على أرض الواقع في الأماكن التي تتدخل فيها المحكمة ككيفية إعلام الضحايا بحق المشاركة في الإجراءات بطريقة يمكنهم من خلالها اتخاذ قرار عن وعي بشأن

1. أنشأت جمعية الدول الأطراف الصندوق الاستئماني للضحايا بالقرار رقم (6) الصادر في سبتمبر سنة 2002، وذلك وفقاً للمادة 79 من نظام روما الأساسي، ويحدد هذا القرار شروط وقواعد التعويض عن الأضرار التي لحقت بالضحايا وأسرهم، ويدير هذا الصندوق مجلس إدارة مؤلف من خمسة أعضاء تنتخبهم جمعية الدول الأطراف لمدة ثلاث سنوات ويمكن إعادة انتخابهم مرة واحدة، ويمول هذا الصندوق من الغرامات وممتلكات المتهمين المصادرة بناءً على قرار المحكمة الجنائية الدولية والمساهمات الطوعية للحكومات والمنظمات الدولية والأفراد.

انظر موقع المحكمة على شبكة المعلومات: <https://www.icc-cpi.int/tfv>.

ما إذا كان يجب عرض آرائهم أمام المحكمة أم لا، وكيفية توجيه الممثل القانوني بطريقة يتسنى له من خلالها نقل ما يرغبون في قوله أمام المحكمة.

والواقع أن المحكمة لا تستطيع مواجهة كافة التحديات وحدها الأمر الذي يتطلب تعاون الدول والمنظمات غير الحكومية معها.

خلاصة القول بعد دراستي لموضوع المركز القانوني للضحايا في المحكمة الجنائية الدولية أشير إلى توسع النظام الأساسي للمحكمة في منح حقوق للضحايا بخلاف المحاكم السابقة التي قصرت حقوقه على حقه بالظهور كشاهد، كذلك ما يتعلق بجبر الأضرار حيث تعدد مظاهره وفقاً لنظام المحكمة على عكس ما جرى عليه العمل في محكمتي يوغسلافيا السابقة وراوندا اللتين تركتا مسألة التعويض للمحاكم الوطنية أو الهيئات ذات الصلة لدولة الشخص الذي ارتكب الجريمة التي أدت إلى حصول الضرر، كما إن المحكمة توسعت في أشكال التعويض على خلاف المحكمتين اللتان اقتصرتا على إعادة الحال إلى ما كان عليه برد الممتلكات والحقوق المترتبة عليها.

ومن جانب آخر لضمان توفير أكبر قدر من الحماية للشهود والمجني عليهم أنشأت المحكمة وحدة خاصة بهم على خلاف محكمتي يوغسلافيا السابقة وراوندا اللتين أنشأتا وحدات فرعية.

ولضمان فعالية التعويض وإيجاد هيئة تدير الأموال المتحصلة من قبل المحكمة، وأن تكون هناك جهة مختصة تسدد مستحقات المجني عليهم تم إنشاء الصندوق الاستئماني والذي لا مثيل له في كلتا المحكمتين.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع العربية:

أ- الوثائق:

- اتفاقية لاهاي الخاصة باحترام قوانين وأعراف الحرب البرية المعتمدة في 18 أكتوبر 1907.

- ميثاق المحكمة العسكرية في كل من نورمبرج وطوكيو.

- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948.

- اتفاقية جنيف الثالثة بشأن معاملة أسرى الحرب لسنة 1949 والتي دخلت حيز النفاذ سنة 1950، حقوق الإنسان: مجموعة صكوك دولية، المجلد الأول، الأمم المتحدة، نيويورك،

A.94.XIV-Vol.1, Part 1, 1993

- اتفاقية جنيف الرابعة بشأن حماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب لسنة 1949، والتي دخلت حيز النفاذ سنة 1950، حقوق الإنسان: مجموعة صكوك دولية، المجلد الأول، الأمم المتحدة، نيويورك، 1993، A.94.XIV-Vol.1, Part 1 -العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966، والذي دخل حيز النفاذ سنة 1976. حقوق الإنسان: مجموعة صكوك دولية، المجلد الأول، الأمم المتحدة، نيويورك، 1993،

A.94.XIV-Vol.1, Part1

- الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية لسنة 1950.

- الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان لسنة 1969.

- اتفاقية الأمم المتحدة وإعلانها لإزالة كل أنواع التمييز العنصري لسنة 1965 والتي دخلت حيز النفاذ سنة 1969.

- الاتفاقية الدولية لقمع جريمة الفصل التمييز العنصري والمعاقبة عليها لسنة 1973 والتي دخلت حيز النفاذ سنة 1976، حقوق الإنسان: مجموعة صكوك دولية، المجلد الأول، الأمم المتحدة، نيويورك، 1993، A.94.XIV-Vol.1, Part 1

- قرار المجلس الأوروبي بشأن حقوق الضحايا رقم (77) الصادر في 1978.

- اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة لسنة 1984 والتي دخلت حيز النفاذ سنة 1987، حقوق الإنسان: مجموعة

صكوك دولية، المجلد الأول، الأمم المتحدة، نيويورك، 1993، A.94.XIV-
.Vol.1, Part 1

- اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989.
- إعلان بشأن المبادئ الأساسية لتوفير العدالة لضحايا الجريمة وإساءة استعمال السلطة الذي اعتمد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (34/40) المؤرخ في 29 نوفمبر 1985.
- الأمم المتحدة: حقوق الانسان، مبادئ المنع والتقصي الفعالين لعمليات الإعدام خارج نطاق القانون والإعدام التعسفي والإعدام دون محاكمة اعتمدها المجلس الاقتصادي والاجتماعي في قراره (1989/65) المؤرخ في 24 مايو 1989.
- إعلان حماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري اعتمد ونشر على الملأ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة (133/47) المؤرخ في 18 ديسمبر 1992.
- قرار مجلس الأمن رقم (808) لسنة 1993 بشأن إنشاء المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة، الوثيقة رقم: (S/RES/1993/Corr.1)
- قرار مجلس الأمن رقم (955) لسنة 1994 بشأن إنشاء المحكمة الجنائية الدولية لرواندا، الوثيقة رقم: (S/RES/955/1994) .
- نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الذي تم اعتماده بموجب مؤتمر الأمم المتحدة للمفوضين في روما المعني بإنشاء المحكمة الجنائية الدولية في 17 يولييه 1998، الوثيقة رقم: (A/CONF/183/9).
- قرار جمعية الدول الأطراف باعتماد القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات في المحكمة الجنائية الدولية، الدورة الأولى: 3-10 سبتمبر 2002، الوثيقة رقم: (ICC-3) ASP/1/
- قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (147/60) بتاريخ 16 ديسمبر 2005 الخاص بالمبادئ الأساسية والمبادئ التوجيهية بشأن الحق في الانتصاف والجزر لضحايا الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي لحقوق الإنسان والانتهاكات للقانون الإنساني الدولي الخطيرة، الوثيقة رقم (A/RES/60/147).
- تقرير المحكمة الجنائية الدولية للفترة 2005-2006، الوثيقة رقم: (A/61/217).
- تقرير المحكمة الجنائية الدولية للفترة 2014-2015، الوثيقة رقم: (A/70/350).

ب- الكتب:

- نصر الدين بوسماحة، حقوق ضحايا الاجرام على ضوء أحكام القانون الدولي، الإسكندرية: دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، 2007.

ج- الرسائل العلمية:

- سامية بوروبة، المركز القانون للضحايا أمام المحكمة الجنائية الدولية، جامعة الجزائر 1، العدد 31: الجزء الثاني.

- مصطفى مصباح دباره، وضع ضحايا الإجرام في النظام الجنائي (دراسة نقدية للنظام الجنائي في ضوء معطيات علم الضحية)، رسالة دكتوراه غير منشورة، جامعة الإسكندرية: كلية الحقوق، 1996.

- نبيل بن خديم، استيفاء حقوق الضحايا في القانون الدولي الجنائي، جامعة بسكرة: كلية الحقوق، رسالة ماجستير غير منشورة، 2012.

د- البحوث والمقالات العلمية

- فيونا مكى، المحكمة الجنائية الدولية: الدور الجديد للضحايا في المحكمة الجنائية الدولية، مجلة عدالة الإلكترونية، العدد الخامس عشر: يوليو 2005.

ثانياً: المراجع الأجنبية:

. Alain-Guy Tachou Sipowo, Les aspects procéduraux de la participation des victimes à la répression des crimes internationaux, Volume 50, Number 3-4, septembre-décembre 2009.

3. Paulina Vega González, The Role of Victims in International Criminal Court proceedings: their rights and the first rulings of the Court, Sur, Rev. int. direitos human. vol.3 no.5 São Paulo Dec. 2006.

ثالثاً: شبكة المعلومات العالمية "الانترنت"

- موقع المحكمة الجنائية الدولية: <https://www.icc-cpi.int>

جريمة غسل الأموال وسبل مكافحتها

د. حكيم محمد عثمان

محاضر بكلية القانون/ قسم القانون الجنائي/ جامعة بني وليد

مقدمة:

أصبحت جريمة غسل الأموال من الظواهر الخطيرة وغير المنظورة والتي تهدد الاستقرار الاقتصادي على مستوى العالم وهي ترتبط بأنشطة غير مشروعة وعمليات مشبوهة يتحقق منها أموال طائلة تؤثر سلباً على الاقتصاد المحلي والعالمي، وتشمل عمليات غسل الأموال مجموعة الأنشطة التي تتم بعيداً عن أجهزة الدولة، ولا تسجل في حسابات الدخل القومي وهذه الأنشطة تمثل مصدراً للأموال القذرة التي يحاول أصحابها غسلها في مرحلة تالية، وذلك بإجراء مجموعة من العمليات والتحويلات المالية والعينية على الأموال القذرة لتغيير صفتها غير المشروعة في النظام الشرعي وإكسابها صفة المشروعية.

وبذلك تهدف عمليات غسل الأموال إلى إخفاء مصادر أموال المجرمين وتحويلها بعد ذلك لتبدو كاستثمارات قانونية، وهكذا فإن هذه الأنشطة الخفية الإجرامية هي مصدر الأموال القذرة التي يحاول أصحابها تغيير صفتها غير المشروعة وإكسابها صفة جديدة ومشروعة خلال عمليات غسل الأموال.

وقد تفشت جريمة غسل الأموال في الدول مؤخراً مع انتشار وتشعب الأنشطة الإجرامية مثل: التجارة في المخدرات والأسلحة والتهريب وعمليات الرشوة والنصب والغش التجاري وتزييف النقود والفساد السياسي والمهجرة غير الشرعية، ... وغيرها، والتي تتم بمليارات الدولارات وترتب آثاراً اقتصادية دولية هامة وسلبية.

كما يلاحظ أن الجزء الأكبر من عملية غسل الأموال يتم في المراكز المالية الكبرى والتي تزخر بالمميزات التي يستفاد منها في أنشطة الجريمة المنظمة، ومنها على سبيل المثال السرية المصرفية، وهذا التوسع في أنشطة الجريمة المنظمة سببه التطور في أساليب غسل الأموال خلال السنوات السابقة مع التقدم التكنولوجي في وسائل نقل وانتقال الأموال وأجهزة ومعدات تقديم الخدمات المالية التي أتاحت التنوع في أساليب غسل الأموال وفنونها.

وعليه سوف نتناول هذا الموضوع من خلال ثلاثة مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول: ماهية جريمة غسل الأموال.

المبحث الثاني: أحكام جريمة غسل الأموال في التشريع الليبي والتشريع المقارن.

المبحث الثالث: التعاون الدولي في مكافحة جريمة غسل الأموال.

المبحث الأول

ماهية جريمة غسل الأموال

تمهيد وتقسيم:

تعتبر جريمة غسل الأموال جريمة لها بعدها العالمي فهدفها هو العمل على إخفاء وتمويه مصادر الأموال المشبوهة وغير الشرعية والتي يتم تحصيلها من أنشطة ذات طبيعة إجرامية وذلك بهدف إخفاء صبغة شرعية لهذه الأموال.¹

وفي ضوء ما تقدم رأينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: تعريف جريمة غسل الأموال وعناصرها وطبيعتها.

المطلب الثاني: خصائص جريمة غسل الأموال وآثارها.

المطلب الأول:

تعريف جريمة غسل الأموال وعناصرها وطبيعتها.

أولاً: تعريف جريمة غسل الأموال:

يمكن القول بأن تعبير أو مصطلح (غسل الأموال) يعني ببساطة (تمويه مصدر الأموال المكتسبة بطريقة غير مشروعة) أو هي: (الوسيلة التي يلجأ إليها القائمون على الاتجار في أنشطة غير مشروعة وخاصة الاتجار غير المشروع بالمخدرات لإخفاء وجود دخل أو لإخفاء مصدره غير المشروع، أو استخدام الدخل في وجه غير مشروع فضلاً عن تمويه ذلك الدخل بجعله يبدو كأنه دخل مشروع).² وفي تعريف آخر أكثر بساطة يعرف غسل الأموال بأنه: (التصرف في النقود بطريقة تخفي مصدرها وأصلها الحقيقي) وفي ذات السياق يعرف بأنه (تحويل العائدات غير المشروعة من نظام يقوم على النقد إلى نظام يقوم على العمل).³

¹ تاريخ ظاهرة غسل الأموال، د. يوسف عبدالحميد المرashedة، مملكة البحرين، جامعة دلمون للعلوم والتكنولوجيا، ص3،،
المواجهة الجنائية لظاهرة غسل الأموال في القانون الجنائي الوطني والدولي، د. إبراهيم عيد نايل، دار النهضة العربية،
القاهرة، 1999م، ص5.

² تقرير حول عمليات غسل الأموال المتأتية من الاتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية، المكتب العربي لشؤون
المخدرات، وثيقة رقم 14، 20 يناير 1992م.

³ حظر ومكافحة غسل الأموال ومكافحة تمويل الإرهاب والنقل غير المشروع للأموال عبر الحدود في التشريعات العربية
" البحرين. مصر. الاردن. قطر. الإمارات"، المستشار أسامة عبد المنعم إبراهيم، المركزي القومي للإصدارات
القانونية، طبعة أولى، 2009، القاهرة، ص27.

وهذه التعريفات وغيرها إنما تتفق على شيء واحد وهو التأكيد على أن جوهر عملية غسل الأموال هو إخفاء أو تمويه طبيعة الأموال ذات المصدر الإجرامي وليس مجرد نقل الأموال وإخفائها عن أعين سلطات تنفيذ القانون، ويصدق ذلك على الأموال المتحصلة من جرائم الاتجار غير المشروع بالمخدرات ومن مختلف أنواع الجرائم الأخرى ذات الدفع المالي وأصبحت تمثل خطوة ضرورية لأي نشاط إجرامي يدر أرباحاً.¹

التعريف الفقهي لجريمة غسل الأموال:

لقد أصبح عالمنا المعاصر يزخر بكم هائل من النشاطات الإجرامية المستحدثة الناتجة عن التطور التقني والتكنولوجي ، لذلك فقد أصبحت العصابات الإجرامية تلجأ إلى تغيير وتطوير أساليبها بمحاولة قطع كافة روافد الأموال القذرة المستمدة من الرشوة واستغلال النفوذ والاختلاس فأدركت بأن هذا لا يكون إلا بعملية غسل هذه المتحصلات من الأموال، ومن التعريفات الفقهية الواردة لغسل الأموال نذكر ما يلي: (هي فعل أو شروع فيه يهدف إلى إخفاء أو تمويه طبيعة المتحصلات المستمدة من أنشطة غير مشروعة، بحيث تبدو كما لو كانت مستقاة من مصادر مشروعة ليتسنى بعد ذلك استخدامها في أنشطة مشروعة داخل الدول أو خارجها).²

وتعرف أيضاً بأنها (هي أي عملية من شأنها إخفاء المصدر غير المشروع الذي اكتسبت منه الأموال).³

كما تعرف (بتنظيف المال المحرم بخلطه مع المباح أو تحويل ثمنه إلى الأوجه المباحة ليصبح ظاهراً بعوضه) وهو تعريف لفقهاء الشريعة الإسلامية.⁴

ومن خلال هذه التعريفات يتضح لنا ما يلي:

- إن جريمة غسل الأموال تعتبر جريمة اقتصادية عابرة للحدود الوطنية وهي نتاج لانتشار جرائم الفساد الإداري والمالي ... إلخ.
- إن جريمة غسل الأموال تدخل ضمن إطار الجريمة المنظمة التي تقوم بها مجموعة من الأشخاص والوسطاء حيث يوزعون الأدوار فيما بينهم.
- إن جريمة غسل الأموال تهدد الاقتصاد العالمي .

¹ جريمة غسل الأموال في نطاق التعاون الدولي، د.هدى قشموش ، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003 ص38-39.

² المرجع نفسه، ص37.

³ جريمة غسل الاموال وسبل مكافحتها، حامد عبداللطيف عبدالرحمن، رسالة ماجستير الأكاديمية الملكية للشرطة البحرين للعام 2012، ص11.

⁴ نقل عبء الإثبات في جرائم غسل الأموال في الشريعة والقانون، أ.د. فؤاد عبدالمنعم أحمد، رابط الموضوع:

<http://www.alukah.net/Web/fouad/0/29970/#ixzz1fnGxmGIy>

التعريف القانوني لجريمة غسل الأموال:

في هذا المجال نستعرض إلى بعض التعريفات الواردة في القوانين:

تعريف المجلس الأوروبي الوارد في التوجيه الصادر في 1990م برقم 308 لمنع النظام المالي في أوروبا من أن يستخدم غسل الأموال القذرة (هي تغيير شكل المال من حالة إلى أخرى وتوظيفه أو تحويله ونقله مع العلم بأنه مستمد من نشاط إجرامي أو من فعل يعد مساهمة في مثل هذا النشاط وذلك بغرض إخفائه أو تمويه حقيقة أصله غير المشروع أو مساعدة أي شخص متورط في ارتكاب أي نشاط إجرامي لتجنب النتائج القانونية لعمله)¹.

وفي قانون مكافحة غسل الأموال المصري ورد التعريف لغسل الأموال بأنه : (كل سلوك ينطوي على اكتساب مال أو حيازته أو التصرف فيه أو إدارته أو حفظه أو استبداله أو إيداعه أو ضمانه أو استثماره أو نقله أو تحويله إذا كان متحصلاً من جريمة من الجرائم المنصوص عليها ... متى كان القصد من هذا السلوك إخفاء أو تمويه مصدر المال أو تغيير حقيقته أو الحيلولة دون اكتشاف ذلك أو عرقلة التوصل إلى شخص من ارتكب الجريمة المتحصل منها المال)².

تعريف غسل الأموال في اتفاقية فيينا لسنة 1988م وهي أول من وضعت تعريف لغسل الأموال، ولقد حددت ثلاث صور لغسل الأموال ولكنها لم تذكر لفظ (الغسل)، وتلك الصور هي حسبما جاءت بنص المادة الثالثة الفقرة الأولى هي³:

- 1- تحويل أو نقل الأموال مع العلم بأنها متحصلة من جريمة مرتبطة بتجارة المخدرات أو أي فعل يجعل فاعله شريكاً في مثل هذه الجرائم كنقل المخدرات واستيرادها وتصديرها والسمسرة فيها وتوزيعها.
- 2- إخفاء أو كتمان أو إضفاء مظهر كاذب للتمويه على حقيقة الأموال أو مصدرها أو مكانها أو طريقة التصرف فيها أو إيداعها أو الحقوق المتعلقة بها أو ملكيتها مع العلم بأنها مستمدة من إحدى الجرائم المنصوص عليها سابقاً أو مستمدة من فعل ناشئ عن الاشتراك في مثل هذه الجرائم⁴.
- 3- اكتساب أو حيازة أو استخدام الأموال مع العلم وقت تسلمها بأنها مستمدة من إحدى الجرائم السابقة أو مستمدة من فعل من أفعال الاشتراك.

¹ الاطار الدولي للتعاون من اجل مكافحة غسل الاموال ، دجودت معروف ،
www.satahr.com/2006index.php?id=3385.

² جريمة غسل الأموال في نطاق التعاون الدولي، د.هدى حامد قشقوش، مرجع سابق، ص41.

³ مكافحة جريمة غسل الأموال، السيد عبدالوهاب عرفة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ط سنة 2005م، ص89-90.

⁴ جريمة غسل الأموال في نطاق التعاون الدولي، هدى حامد قشقوش، مرجع سابق، ص42-43.

وفي النهاية نجد أن كثرة التعريفات التي وردت لتعريف غسل الأموال ناتجة من تشعب تلك الجريمة وتعدد وسائلها.¹

ثانياً: عناصر جريمة غسل الأموال:

توفر عمليات غسل الأموال وضعاً مثالياً للمجرمين من مرتكبي الجرائم الخاصة بالدفع المالي والقائمين بتجارة المخدرات والاتجار بالبشر وغير ذلك من جرائم، إذ تتيح لهم أفضل الفرص للجمع في آن واحد بين عنصري الكسب والأمن وعلى ذلك يمكن القول بأن عمليات غسل الأموال تتكون من عنصرين أساسيين وهما:

1- إخفاء الرابطة بين المجرم والجريمة:

يعتبر العنصر الأساسي لجريمة غسل الأموال طوال السنوات الماضية هو إخفاء الرابطة بين المجرم والجريمة وذلك من خلال عمليات متعددة، ترمي إلى تمويه أو طمس معالم المصدر الإجرامي للأموال وتحويلها، وفي أغلب الأحيان من أصول نقدية إلى أصول حسابية بنكية سواء داخل الدولة أو خارجها.² بما يجعلها في مأمن من أجهزة تنفيذ القانون ويقلل من حجم المخاطر القانونية التي تواجه المجرمين من ناحية، وتمكنهم من التصرف بحرية في هذه الأموال من ناحية أخرى، الأمر الذي يتيح لهم في النهاية الاستمرار والتوسع في أنشطتهم الإجرامية والحصول على مصادر وأسواق جديدة إلى جانب التمتع بممارسة حياة الترف والرفاهية.³

2- استثمار العائدات الإجرامية في مشروعات مستقبلية:

من هنا بدأت عمليات غسل الأموال ترمي بشكل متزايد إلى استخدام العائدات الإجرامية لتحقيق أهداف استثمارية بحثية، من خلال العمل في مشروعات قانونية والاندماج في الاقتصاد المشروع بما يوفر للمجرمين المرونة الكافية لتحقيق المزيد من الأرباح وبلوغ المكانة الاجتماعية المرموقة، فضلاً عن الدور المهم الذي تؤديه هذه الأنشطة الاستثمارية في الوقت ذاته، في تأمين وتسهيل ارتكاب جرائم الاتجار غير المشروع في المخدرات وغيرها من الأنشطة الإجرامية الأخرى.⁴

¹ الآثار الاقتصادية والاجتماعية لغسل الأموال، د. السيد أحمد عبدالحالق، مجلة كلية حقوق المنصورة، 1997م، ص 8. تبييض الأموال الناتجة عن الاتجار غير المشروع بالمخدرات، د. منى أشقر جبور، مركز المعلوماتية القانونية،

كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، جامعة لبنان، بيروت، د.ت، ص 96.

² تبييض الأموال الناتجة عن الاتجار غير المشروع بالمخدرات، مرجع سابق، ص 97.

³ مرجع سابق، ص 97.

⁴ جريمة غسل الأموال، أحمد بن محمد العمري، مكتبة العبيكان، سنة النشر 2000م، ص 254.

ثالثاً - طبيعة جريمة غسل الأموال:

تعددت الآراء والاتجاهات حول تحديد طبيعة جريمة غسل الأموال وسوف أعرض لبعض تلك الاتجاهات والآراء على النحو التالي:

يرى البعض أن جريمة غسل الأموال هي بطبيعتها جريمة تبعية، تقتضي لاكتمال بنائها القانوني وقوع جريمة أخرى سابقة عليها، وهي الجريمة الأولية أو الجريمة التي تحصلت عنها أموال غير مشروعة، وقد حظرت نظام مكافحة غسل الأموال عائدات الجرائم، أي: الأموال والمتحصلات المتأتية من نشاط إجرامي، سواء أكانت هذه الأموال مادية أو غير مادية، منقولة أو غير منقولة، باعتبار أن جريمة غسل الأموال مرتبطة بالجريمة الأصلية وتدور في فلكها.¹

وهناك من يرى أن جريمة غسل الأموال جريمة ذات طبيعة (مختلطة) ولها جانبان مادي ويتمثل فيما يصدر عن مرتكبها من الأفعال وما يترتب عنها من آثار، وجانب نفسي يتمثل فيما يدور في نفس مرتكبها أي ما يتوفر لديه من علم وما يصدر عنه من إرادة²

ولكن الجميع أجمع على أنها جريمة دولية، فإذا كان الهدف منها تجنب الآثار الإجرامية والنتائج الواردة عليها، ففي غالب الأحوال يتم غسلها خارج دولة مزاولة النشاط للبعد عن مراقبة المال والشبهات الحائمة حول مرتكبي تلك الجرائم، فبذلك تكون الجريمة في حد ذاتها وليس مصدرها عابرة للحدود.³

المطلب الثاني:

خصائص جريمة غسل الأموال وآثارها

أولاً - خصائص ظاهرة غسل الأموال:

هناك العديد من الخصائص التي تميز عمليات غسل الأموال عن غيرها من الأنشطة المالية الأخرى فمنها الاقتصادية والاجتماعية وكذلك المصرفية والتي تؤثر على طبيعة تحركاتها وأهدافها، ومن أهم هذه الخصائص نذكر ما يلي⁴:

¹ جريمة غسل الأموال وسبل مكافحتها، حامد عبداللطيف عبدالرحمن، رسالة ماجستير، الأكاديمية الملكية للشرطة، البحرين، 2012م، ص18.

² تبيض الأموال الناتجة عن الاتجار غير المشروع بالمخدرات، مرجع سابق، ص105.

³ تجريم غسل الأموال في التشريعات المقارنة، د. أشرف توفيق شمس الدين، دار النهضة العربية، القاهرة، ط سنة 2001م، ص5-7.

⁴ الآثار الاقتصادية والاجتماعية لغسل الأموال، د/ السيد احمد عبدالحالق، مجلة كلية الحقوق المنصورة، 1997، ص5-6.

- 1- إن عمليات غسل الأموال تعد انشطة مكتملة لأنشطة رئيسية سابقة أسفرت عن تحصيل كمية من الأموال الغير مشروعة غالباً، أي الأموال القذرة الناتجة عن أنشطة الاقتصاد الخفي، التي تمثل ما بين 30 إلى 50 % من هذا الاقتصاد الخفي الذي يوجد في معظم دول العالم بنسب مختلفة.
- 2- تتسم عمليات غسل الأموال بسرعة الانتشار الجغرافي.
- 3- تتواكب عمليات غسل الأموال مع الثورة التكنولوجية والمعلوماتية حيث تشهد تلك العمليات تطوراً كبيراً في تكتيكها، وكذلك بالتطور في وسائل التكنولوجيا التي تستخدم في نقل الأموال وتحويلها عبر الحدود.
- 4- أن عمليات غسل الأموال تتم من خلال خبراء متخصصين على علم تام بقواعد الرقابة والإشراف في الدول، وما يوجد بها من ثغرات يمكن النفاذ منها، وعلى علم بفرص ومجالات الاستثمار والتوظيف والأصول التي توفر الأمان لهذه الأموال.
- 5- عملية غسل الأموال تساعد على زيادة معدل الجريمة المنظمة محلياً ودولياً.
- 6- ظاهرة غسل الأموال تعود بالفائدة على الدولة المستقبلية للأموال المهربة، قصد تبيضها وتقنينها وإعادة صفها من جديد في الاقتصاد الوطني.
- 7- يمكن اعتبار المصرف مجرد مستودع للأموال القذرة ، بل قد يصل الأمر إلى قيام المصرف باستثمار هذه الأموال في شتى المجالات وتمويل العديد من الأنشطة.
- 8- عملية غسل الأموال عملية مصرفية لما للمصارف من دور استراتيجي في هذه العمليات حيث تتكاثر عمليات غسل الأموال في المؤسسات المالية والمصرفية لما لها من جو الكتمان والسرية المفروضة عليها أو بين متعاملها.

ثانياً - آثار جريمة غسل الأموال:

- الآثار الاجتماعية:

- 1- لقد أدت ظاهرة غسل الأموال إلى بروز جملة من الآثار السلبية على صعيد الفرد والمجتمع منها¹:
- 1- تخريب منظومة العلاقات الاجتماعية وتخريب النسيج الأخلاقي.
- 2- ظهور حالات الاختطاف والاعتقالات حتى بعد دفع المبالغ المالية.
- 3- اختلال توازن الهيكل الاجتماعي وتزايد حدة مشكلة الفقر وتدني المستويات المعيشية للغالبية العظمى من أبناء الشعب.
- 4- ساهمت في انتشار الفساد والجرائم الاجتماعية والفساد الإداري والرشوة وغير ذلك.

¹ التعاون الأمني الدولي ودوره في مواجهة الجريمة المنظمة عبر الوطن، خالد امبارك القريوي القطحاني، أطروحة دكتوراه مقدمة لجامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، سنة 2006م، ص 106-112.

- 5- ساهمت في تخفيض المستوى المعيشي للمواطن.
 - 6- تهريب المجتمع من خلال تجارة المخدرات والمهجرة غير الشرعية.
 - 7- ازدياد معدلات الجريمة في ليبيا وتنوعها وتشابكها (سياسية، اقتصادية، أمنية، إرهابية... وغيرها).
 - 8- ساهمت في الفوضى السياسية والاقتصادية والاجتماعية.
- الآثار الاقتصادية:

هناك مجموعة من الآثار الاقتصادية السلبية التي خلقتها ظاهرة غسل الأموال في ليبيا وأثناء وقوع الجريمة أو غسل الأموال لأن معظم الأموال المغسولة إما سرقة المصارف والبنوك أو تهريب مكائن وآلات ومصانع وسيارات وآثار إلى الخارج والمهجرة غير الشرعية والخطف أو دخول بضائع مغشوشة إلى الأسواق، وهذا كله يزيد من الآثار الاقتصادية السلبية، ويميز جريمة غسل الأموال عن غيرها من الجرائم الأخرى حدثت في ليبيا وانطلاقاً بسرعة فائقة.

المبحث الثاني

أحكام جريمة غسل الأموال في التشريع الليبي والتشريع المقارن

تمهيد وتقسيم:

نتطرق في هذا المبحث إلى دراسة أحكام جريمة غسل الأموال في التشريع الليبي والتشريع المقارن وذلك من خلال التعرف على الأحكام الموضوعية والأحكام الإجرائية في جريمة غسل الأموال ، وذلك من خلال التقسيم الآتي:

المطلب الأول: الأحكام الموضوعية في جريمة غسل الأموال.

المطلب الثاني: الأحكام الإجرائية في جريمة غسل الأموال.

المطلب الأول: الأحكام الموضوعية في جريمة غسل الأموال

تتكون جريمة غسل الأموال كغيرها من جرائم من ركنين أحدهما مادي والآخر معنوي، ويقصد بالركن المادي ماديات الجريمة أو المظهر الخارجي، أما الركن المعنوي: يقصد به الحالة النفسية الواقعة وراء ماديات الجريمة.¹

أولاً - الركن المادي في جريمة غسل الأموال:

يمكن القول بأن جريمة غسل الأموال هي أقرب ما تكون إلى جرائم السلوك المجرد التي لا يشترط لوقوعها تحقيق نتيجة إجرامية بعينها ، ومن ثم فإن جوهر الركن المادي في هذه الجريمة ينحصر في عنصر السلوك .

¹ مسؤولية المصرف الجنائية عن الأموال غير النظيفة، ظاهر غسيل الأموال، سليمان عبدالمنعم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ط1، سنة 2002م، ص18-20.

1- سلوك غسل الأموال:

لا تقوم جريمة غسل الأموال أو غيرها من الجرائم دون سلوك مادي يأتيه الجاني في صورة أفعال خارجية، ويظهر ذلك السلوك في ثلاثة صور أو ثلاثة مظاهر أوردتها اتفاقية فيينا في المادة الثالثة وصاغت منها تعريفها القانوني لمفهوم غسل الأموال الذي اعتمده لاحقاً مختلف الوثائق الدولية ذات الصلة وقصدت به تضيق الخناق على كافة الأشخاص المتورطين بصورة مباشرة أو غير مباشرة في أنشطة غسل الأموال ، وهذه الصور الثلاث هي¹:

الصورة الأولى: تحويل أو نقل الأموال المتحصلة من الاتجار غير المشروع بالمخدرات وغيرها من الجرائم الأخرى.

أصبح الاتجار بالمخدرات يحقق أرباحاً طائلة ويشكل النقد الجانب الأكبر منها إلى درجة أصبح في بعض الأحيان وزن النقود المستخدمة في صفقات المخدرات بدلاً من عدها، وبمجرد الحصول على هذه الأرباح فإنها تحفظ في مكان أمين ثم يجري تحويلها عبر المؤسسات المالية، المصرفية وغير المصرفية، أو تنقل من مكان لآخر للوفاء بمتطلبات العمليات السابقة واللاحقة لزراعة المخدرات وإنتاجها.² وقد جاء تحويل ونقل الأموال في مقدمة صور السلوك المادي لغسل الأموال التي أوردتها اتفاقية فيينا (م/3/1ب) ويتحقق الركن المادي للجريمة في هذه الحالة بمجرد إتيان أي سلوك أو نشاط يتعلق بتمويل أو نقل الأموال المتحصلة من جرائم الاتجار غير المشروع بالمخدرات أو غيرها من الجرائم دون اشتراط استخدام الأموال المحمولة أو المنقولة كلها أو بعضها في تمويل هذه الجرائم أو تسهيل ارتكابها..... إلخ. ولهذا السلوك صورتان هما:

- تحويل الأموال:

يقصد بتحويل الأموال إجراء عمليات مصرفية أو غير مصرفية، يكون الغرض منها تحويل الأموال المتحصلة من جريمة في شكل آخر.³ وذلك من خلال تكرار التحويل من حساب بنكي لحساب بنكي آخر، ويمكن بعد ذلك تحويل النقود الموزعة في كل حساب إلى حسابات متعددة أخرى.⁴ وفي الوقت الحالي فإن هذه العمليات المصرفية وغير المصرفية تتم بوسائل إلكترونية سهلة وميسرة، ومعقدة في بعض الأحيان، كما في حالة التحويل البرقي للنقود، وكذلك التحويل من حساب إلى حساب عن طريق شبكة الإنترنت.

¹ المواجهة التشريعية لظاهرة غسل الأموال المتحصلة من جرائم المخدرات، د. مصطفى طاهر، مطابع الشرطة للطباعة والنشر، القاهرة، ص 65.

² المواجهة التشريعية لظاهرة غسل الأموال المتحصلة من جرائم المخدرات، مرجع سابق، ص 78.

³ جريمة غسل الأموال في نطاق التعاون الدولي، د. هدى حامد قشقوش، مرجع سابق، ص 23.

⁴ السياسة الجنائية في مواجهة غسل الأموال، د. محمود كبيش، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 2، 2001م، ص 36.

- نقل الأموال:

يعد تهريب العملات واحداً من أكثر الطرق شيوعاً لنقل الأموال، نظراً لأنه لا يترك أثراً مستندياً، ويرى جانب آخر من الفقه¹ بأن نقل الأموال له معنى يختلف عن تحويل الأموال حسبما نصت اتفاقية فيينا عام 1988م، ذلك أن تحويل يعني إجراء عمليات مصرفية أو غير مصرفية يكون الغرض منها تغيير أو تحويل شكل الأموال إلى شكل آخر، في حين أن النقل يعني انتقال الأموال من مكان لآخر، الأمر الذي يثير مشكلة الأموال المهربة التي تنقل من بلد لآخر.²

الصورة الثانية: إخفاء أو تمويه حقيقة الأموال المتحصلة من الجرائم.

نظراً للشكوك التي تثيرها عائدات الأموال المتحصلة من الجرائم لدى أجهزة مكافحة فإين المتاجرين يسعون إلى إضفاء الصبغة القانونية على تلك العائدات من خلال تحريكها عبر قنوات شرعية وبالصورة التي تؤدي إلى طمس وإخفاء أو تمويه الطبيعة الحقيقية لهذه الأموال أو مصدرها أو مكانها أو طريقة التصرف فيها أو مسارات حركتها أو الحقوق المتعلقة بها أو بملكيته.³

والوسائل التي يلجأ إليها غاسلو الأموال لهذا الغرض لا تقع تحت حصر ولا تحدّها إلا حدود وقدرات المجرمين ومعاونيهم ومستشاريه على التخيل والابتكار وفضلاً عن الطرق المصرفية التي أشرنا إليها آنفاً يتم استخدام العديد من الأعمال التجارية والمالية ومن أكثرها شيوعاً في الوقت الحاضر ما يلي - استخدام الشركات الأجنبية الوهمية أو المستترة، وغالباً ما يجوز منظفو الأموال أكثر من شركة في أكثر من بلد خاصة في البلدان المتساهلة رقابياً وذلك لتسهيل تناقل الأموال وإخفاء وتمويه مصادرها من خلال حسابات هذه الشركات المتعددة.

- شراء المشروعات الخاسرة مثل الفنادق والمطاعم وشركات الصرافة ... إلخ وسرعان ما تبدو هذه المشروعات ناجحة وتتضخم إيراداتها الإجمالية نتيجة لإضافة الأموال المتأتية من الجرائم إلى الإيرادات الحقيقية التي تدرها.

- إعادة توطين الأموال السابقة وإيداعها في الحسابات الأجنبية حتى تكتمل دورة غسل هذه الأموال وتعود مرة أخرى إلى المتاجرين بالمخدرات داخل الوطن.

الصورة الثالثة: إكتساب أو حيازة أو استخدام الأموال المتحصلة من الجرائم.

¹ جريمة غسل الأموال في نطاق التعاون الدولي، هدى حامد قشقوش، مرجع سابق، ص 24.

² غسل الأموال في مصر والعالم، د. حمدي عبدالعظيم، طبعة سنة 1997 من ص 40.

³ غسل الأموال وأثره في الاقتصاد القومي وكيفية مكافحته، د. فؤاد شاكر، معهد الدراسات المصرفية، البنك المصري، يناير، 1996م، ص 145.

فقد أورد المشرع الليبي عدة تعبيرات عن هذه الصورة منها ((حيازتها أو استعمالها أو استغلالها، أو التصرف فيها على أي وجه، أو تحويلها أو نقلها أو إيداعها أو إخفاؤها))¹.

وتنص المادة (ج/1) من اتفاقية فيينا على أنه : مع مراعاة المبادئ الدستورية والمفاهيم الأساسية للنظام القانوني للدولة يجرم اكتساب وحيازة واستخدام الأموال مع العلم وقت تسلمها بأنها مستمدة من جريمة أو جرائم ... إلخ.²

ومن خلال ذلك يعتبر فعلاً مجرمًا قيام أي شخص طبيعي أو معنوي بتلقي أية أموال متحصلة من الجرائم على سبيل التكبس والتربح سواء كانت من قبيل الرشوة أو مقابل عمل أو أداء خدمة. وسواء كانت هذه الأموال نقوداً سائلة أو تحويلات مصرفية أو مقابلات عينية ، كما يعتبر فعلاً مجرمًا أيضاً حيازة هذه الأموال سواء كانت مملوكة للحائز أو مملوكة للغير على سبيل الأمانة أو مودعة في حساب وديعة أو حساب جاري... إلخ.³

2- محل جريمة غسل الأموال:

وعاء جريمة غسل الأموال أو المحل الذي يرد عليه السلوك المؤثر في هذه الجريمة هو العائدات أو المتحصلات الإجرامية أي الأموال غير المشروعة المتأتية بطريقة مباشرة أو غير مباشرة من إحدى جرائم الاتجار غير المشروع بالمخدرات أو من إحدى الجنايات أو الجنح بوجه عام.⁴ فقد عرفت المادة الأولى من القانون الليبي⁵ المال موضوع غسل الأموال بأنه: ((الأموال المتحصلة من جريمة بصورة مباشرة أو غير مباشرة سواء أكانت هذه الأموال ثابتة أو منقولة، مادية أو معنوية، بما في ذلك المستندات التي تثبت تملك هذه الأموال أو أي حق متعلق بها))⁶.

وقد اشتملت المادة الأولى من اتفاقية فيينا على تعريف محدد لكل من " المتحصلات " و " الأموال " إذ نصت على أنه يقصد بالمتحصلات ((أي أموال مستمدة أو تم الحصول عليها بطريق مباشر أو غير مباشر من ارتكاب جريمة منصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة الثالثة)) ، بينما عرفت ((الأموال بأنها الأصول أيا كان نوعها مادية أو غير مادية، منقولة أو ثابتة، ملموسة أو غير ملموسة، والمستندات القانونية أو الصكوك التي تثبت تملك تلك الأموال أو أي حق متعلق بها)).

¹ راجع المادة الثانية من قانون رقم 2 لسنة 2005م بشأن مكافحة غسل الأموال.

² جريمة غسل الأموال في نطاق التعاون الدولي، د.هدى احمد قشقوش، مرجع سابق، ص 27.

³ دراسة نقدية لقانون مكافحة غسل الأموال الجديد، د.أشرف توفيق شمس الدين، دار النهضة العربية، القاهرة،

2003م، ص 47 ، غسل الأموال وأثره في الاقتصاد القومي وكيفية مكافحته، مرجع سابق، ص 46.

⁴ المواجهة التشريعية لظاهرة غسل الأموال، المرجع السابق، ص 103-104.

⁵ راجع القانون رقم 2 لسنة 2005م بشأن مكافحة غسل الأموال.

⁶ انظر: المادة الأولى في القانون المصري حول جرائم غسل الأموال .

ويتضح لنا من خلال ذلك إلى اعتماد المفهوم الموسع للعائدات أو المتحصلات غير المشروعة التي تشكل محل جريمة غسل الأموال وهو مفهوم يسمح باستيعاب كافة الصور التي يمكن أن تكون عليها هذه المتحصلات وأياً ما كانت طبيعة تلك الأموال أو مدى ارتباطها بالجريمة الأولية.

أ) طبيعة الأموال:

يشمل محل الجريمة كافة الأموال المتحصلة من الجرائم أياً كانت طبيعة هذه الأموال فقد تكون أصولاً مادية منقولة (كالسيارات والطائرات والمجوهرات والتحف وغيرها من المقتنيات الثمينة) أو عقارية (كالأراضي والمباني) وقد تكون أموالاً غير مادية وهي ما توسم عادة بحقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية.¹

ويتسع مفهوم (الأموال) ليشمل أيضاً المستندات والصكوك القانونية المثبتة للملكية هذه الأموال أو أي حق آخر متعلقات بها وهو الأمر الذي يسهم بدرجة كبيرة في تيسير إجراءات تعقب الأموال ذات المصدر الجرمي وتجميدها ومصادرتها.

ب) مدى ارتباط الأموال بالجريمة الأولية:

يستوي أن تكون الأموال الخاضعة للتجريم قد استمدت مباشرة من الجريمة الأولية ومثلها النقود والمتحصلة من الاتجار بالمخدرات أو أن تكون هذه الأموال قد تأتت بشكل غير مباشر من تلك الجريمة كما لو كانت النقود المشار إليها قد استخدمت في شراء أسهم أو سندات أو تحولت إلى أصول أخرى منقولة أو عقارية.²

ثانياً: الركن المعنوي في جريمة غسل الأموال:

لا يكفي لقيام جريمة غسل الأموال أن يأتي الجاني فحسب أية صورة من صور السلوك المؤثم التي يتحقق بها الركن المادي وإنما يلتزم فوق ذلك توافر الركن المعنوي الذي يتخذ في صورة القصد الجنائي أو العمد فجريمة غسل الأموال هي جريمة عمدية قوامها (إرادة السلوك أو النشاط المكون لركنها المادي) والعلم بكافة العناصر الجوهرية التي تهب هذه الجريمة خصوصيتها القانونية والتي تتجسد بالأساس في ضرورة العلم بالمصدر الجرمي للأموال غير المشروعة.³

القصد العام والقصد الخاص في جريمة غسل الأموال:

إن جريمة غسل الأموال من الجرائم العمدية التي تقوم على القصد الجنائي العام من علم وإرادة، بالإضافة إلى القصد الجنائي الخاص حسب ما أفصحت عنه اتفاقية فيينا في صدر مادتها الثالثة الجرائم (الجزئات) عن الطبيعة العمدية لجريمة غسل الأموال حيث أوردتها ضمن الأفعال التي يتعين على كل

¹ المواجهة التشريعية لغسل الأموال في مصر، د. إبراهيم حامد طنطاوي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003م، ص 67.

² المواجهة التشريعية لظاهرة غسل الأموال المتحصلة من جرائم المخدرات، مرجع سابق، ص 105.

³ المرجع السابق، ص 109.

دولة من دول الأطراف أن تتخذ ما يلزم من تدابير لتجريمها في إطار قانونها الداخلي في حال ارتكابها عمداً.

الأمر الذي يعني بمفهوم المخالفة استبعاد تصور وقوع هذه الجريمة بطريق الخطأ غير العمدي أو الإهمال وهو ذات المعنى الذي أكدت عليه كل من اتفاقية تونس في مادتها الثانية، واتفاقية باليرمو في مادتها السادسة.¹

كما نص المشرع الليبي أيضاً في المادة (2) الفقرة (ب) يعد مرتكباً جريمة غسل الأموال كل من أتى سلوكاً من أنماط السلوك التالية: (تموية حقيقة الأموال غير المشروعة، أو إخفاء مكانها أو طريقة التصرف فيها أو حركتها، أو الحقوق المتعلقة بها، أو ملكيتها أو حيازتها).²

يتضح لنا من خلال ذلك بأن القصد الجنائي العام في هذه الجريمة ينصرف إلى علم الجاني بأنه يمارس نشاطاً غير مشروع (غسل الأموال) بأموال أو متحصلات من جريمة من الجرائم المنصوص عليها في المادة (2) من القانون الليبي، ومع ذلك تنصرف إرادته إلى ارتكاب هذا السلوك الإجرامي وكذلك قبول النتائج المترتبة عليه، وهو ما يعبر عنه في القواعد العامة لقانون العقوبات بنظرية العلم ونظرية الإرادة، أي العلم بحقيقة السلوك الإجرامي وحظر المشرع له، ومع ذلك تنصرف الإرادة إلى إتيان السلوك الإجرامي مع قبول ما يترتب عليه من نتائج.³

ومن ثم فالقصد الخاص يتضمن اتجاه الإرادة وإحاطة العلم بعنصر أبعد من أركان الجريمة وهو الغاية من السلوك وعلى ذلك يمكن القول بأن القصد الخاص يتضمن في ثناياه القصد العام ثم يزيد عليه.⁴

المطلب الثاني

الأحكام الإجرائية لجريمة غسل الأموال

حرصت معظم الوثائق الدولية الأساسية على لفت انتباه الدول الأطراف إلى أهمية تفعيل دور قانون الإجراءات الجنائية في إطار المواجهة التشريعية الشاملة لظاهرة غسل الأموال وذلك من خلال اعتماد أدوات وصلاحيات قانونية تمكن القائمين على أجهزة العدالة الجنائية وتنفيذ القوانين من رجال الشرطة وأعضاء النيابة العامة والقضاء والمسؤولين عن المصارف وغيرهم من التعرف على الأموال غير المشروعة ومن اقتفاء أثرها وإثبات الصلة الإجرامية بينها وبين الجرائم الأخرى التي تحصلت منها، وبما يكفل في النهاية حرمان المجرمين من هذه الأموال عن طريق ضبطها ومصادرتها.⁵

¹ جريمة غسل الأموال وسبل مكافحتها، حامد عبداللطيف عبدالرحمن، مرجع سابق، ص 42.

² قانون رقم (2) لسنة 2005م بشأن مكافحة غسل الأموال.

³ السياسة الجنائية في مواجهة غسل الأموال، د. محمد سامي الشوا، دار النهضة العربية، 2001م، ص 13.

⁴ شرح قانون العقوبات القسم العام، د. عبدالعظيم مرسي الوزير، ج 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988م، ص 170.

⁵ تبييض الأموال والسرية المصرفية، د. إلياس نصيف، مجلة المصارف العربية، العدد 188 أغسطس 1996م.

ونشير بوجه خاص إلى عدد من الجوانب الإجرائية التي تسهم بقدر كبير في تسيير كشف وضبط جرائم غسل الأموال وهي الإجراءات التحفظية ونقل عبء إثبات ما يدعي شرعية مصدره من أموال إلى المدعى عليه، والحد من السرية المصرفية والمالية وتوفير الأساليب والتقنيات الحديثة في مجال التحريات والتحقيقات الجنائية وهي ذات الجوانب التي عنيت الوثائق الدولية الأساسية بالإشارة إليها بصيغ متعددة وفي مواضع متفرقة .

وأوجبت اتفاقية فيينا على الدول الأطراف اتخاذ التدابير اللازمة لتمكين سلطاتها المختصة من تحديد وتعقب وتجميد أو التحفظ على العائدات المتحصلة من الجرائم المختلفة وغسل الأموال بقصد مصادرتها في النهاية (م1/5، 2) مع عدم جواز التذرع بالسرية المصرفية للتوصل من الالتزام بتقديم وضبط السجلات المصرفية أو المالية أو التجارية (م3/5، م5/7).¹

كما عني التشريع الليبي بالنص على عدد من التدابير " الإجرائية التي تسيير عمليات التحري وتوفير الأدلة في جرائم غسل الأموال، وذلك بمقتضى القانون رقم (2) لسنة 2005م بشأن مكافحة غسل الأموال حيث نصت المادة السابعة على:

أولاً: محافظ مصرف ليبيا المركزي تجميد أرصدة الحسابات التي يتشبه في علاقتها بجرمة غسل الأموال... الخ .

ثانياً: لرئيس النيابة 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 على ثلاثة أشهر. ثالثاً: للمحكمة التي تحال 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 على ثلاثة أشهر.

رابعاً: يتم تنفيذ أوامر التحفظ أو الحجز على الأموال عن طريق المصرف المركزي إذا كانت هذه الأموال موجودة لدى أحد المصارف أو المنشآت الخاضعة لإشرافه.

أما بخصوص المتابعة والمراقبة فقد أنشأ القانون السالف الذكر في المواد (7، 8) وحدة المعلومات المالية بالمصرف المركزي وذلك لمواجهة عمليات غسل الأموال، ترسل إليها تقارير عن المعاملات المشبوهة ومن كافة المنشآت المالية والتجارية والاقتصادية ذات الصلة، وتقدم إليها البلاغات عن هذه المعاملات من أي شخص أو جهة وتنشأ لجنة تسمى (اللجنة الوطنية لمكافحة غسل الأموال) تختص باقتراح الأنظمة والإجراءات اللازمة لمكافحة غسل الأموال أو تسهيل تبادل المعلومات بين الجهات والتنسيق بينها، وتمثيل الدول في الملتقيات والمؤتمرات الدولية المتعلقة بمكافحة غسل الأموال.

¹ تبييض الأموال والسرية المصرفية، مرجع سابق، العدد 188.

المبحث الثالث

التعاون الدولي في مكافحة جريمة غسل الأموال

تمهيد وتقسيم:

بعد أن تعرضنا لتعريف جريمة غسل الأموال وأسبابها وآثارها وأركانها وعناصرها فإننا قبل أن نختم هذا البحث لا بد أن نتعرض للآليات اللازمة والجهود لمواجهة هذه الجرائم لمخاطرها على الاستقرار الاقتصادي والسياسي والاجتماعي داخل الدول أو على المستوى الدولي، ونظراً لأن هذه الجرائم تقوم بها منظمات إجرامية ذات صبغة دولية ولديها من الإمكانيات البشرية والتقنية المتقدمة ما يمكنها حتى الآن من تجاوز العديد من الموانع التشريعية والتنفيذية، والقيام بغسل الأموال بمبالغ باهظة على المستوى الدولي سواء في الدول النامية أو المتقدمة على حد سواء.¹

ولهذا يعد التعاون الدولي بغرض مكافحة نشاط غسل الأموال أمراً ضرورياً، ولا بد من وسائل معينة لتحقيقه وتنفيذه، وهذه الوسائل تتمثل في محورين أساسيين هما:
المطلب الأول: الجهود الدولية المبذولة لمكافحة جريمة غسل الأموال.
المطلب الثاني: آليات التعاون الدولي في مكافحة جريمة غسل الأموال.

المطلب الأول

الجهود الدولية المبذولة لمكافحة جريمة غسل الأموال:

سوف نتعرض لبعض الجهود الدولية والإقليمية التي تم اتخاذها في سبيل الحد من انتشار جريمة غسل الأموال، ودور البنوك والمؤسسات المالية في مكافحة هذه الجريمة.

أولاً - الاتفاقيات الدولية والإقليمية في مجال مكافحة جريمة غسل الأموال:

كما سبقت الإشارة فإن جريمة غسل الأموال جريمة ذات بعد دولي وتقوم بها منظمات إجرامية دولية ولديها من الكفاءات والتقنيات ما يمكنها من اختراق الحواجز الأمنية والقانونية التي تضعها الدول، وكان لهذه الجرائم أثرها في إحداث العديد من الازمات المالية والاقتصادية علي المستوى الدولي ولذا يجب التصدي لها من خلال وضع القواعد الدولية اللازمة لمواجهتها عالمياً، وفي ضوء ذلك فإننا سنتعرض للآليات العالمية والإقليمية لمواجهة هذه الجريمة .

1) اتفاقية فيينا عام 1988م:

والتي نصت علي أهمية تجريم غسل الأموال ومصادرة المتحصلات التي تجنيها العصابات الاجرامية من نشاطها الإجرامي علي المستوى الدولي ، وضرورة تحقيق التعاون بين الدول من أجل الحد من انتشار

¹ تنمية المهارات الأمنية لمواجهة عمليات التهريب، زعار بن علي العتيبي، رسالة ماجستير مقدمة لجامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2008م، ص 53-56.

هذه الجريمة لما لها من انعكاسات سلبية علي المجتمع الدولي ككل ولأنها تشجع علي ارتكاب المزيد من الجرائم ، كما أنها تعطي الفرصة للعصابات الإجرامية بالاستمتاع بمتحصلات العمل الإجرامي ، وبالتالي تشجيعهم للعودة إلى الجريمة مرة أخرى ، ولذلك فرضت هذه الاتفاقية على الدول الأعضاء تبني إجراءات ضرورية للحد من انتشار هذا النوع من الجرائم .¹

(2) اتفاقية مجلس أوروبا بشأن غسل وتعقب ومصادرة العائدات المتحصلة من الجريمة لسنة 1990م:

وقعت الدول الأعضاء في مجلس أوروبا وعدد من الدول الأخرى هذه الاتفاقية والتي سميت باتفاقية ستراسبرج يوم 8 نوفمبر 1990م انطلاقاً من قناعتها بالحاجة إلى اتباع سياسة جنائية مشتركة لحماية المجتمع من الجرائم الخطيرة التي أصبحت تمثل مشكلة دولية كبيرة تتطلب استخدام أساليب حديثة وفعالة من بينها حرمان المجرمين من عائدات الجريمة وإقامة نظام فعال للتعاون الدولي.²

(3) لجنة FATA لجنة العمل المالي الدولي لمكافحة غسل الأموال:

أصدر مؤتمر قمة الدول السبع الصناعية الكبرى (أمريكا - كندا - اليابان - فرنسا - إيطاليا - ألمانيا - إنجلترا) الذي عقد في باريس عام 1989م قرار بتشكيل لجنة خاصة مستقلة لمكافحة غسل الأموال أطلق عليها فريق العمل المالي لمكافحة غسل الأموال (لجنة فاتف FATF) واستهدف المؤتمر من إنشاء هذه اللجنة دراسة منع استخدام البنوك والمؤسسات المالية لغسل الأموال خاصة الناتجة عن تجارة المخدرات وانضم إلى هذه اللجنة عدة دول حتى بلغ أعضاؤها 26 دولة.³

وقد أصدرت لجنة فاتف (40) توصية تستخدم كمعايير دولية موحدة لمكافحة غسل الأموال وتعد دليلاً إرشادياً يغطي مجالات النظام القضائي وتطبيق القوانين والتعاون الدولي، وتوفر اللجنة وحدات مكافحة غسل الأموال بالدول المتعاون معها المعلومات الإرشادية عن أصحاب الأموال القادرة داخل الدولة وغيرها من الدول.

(4) برنامج العمل العالمي:

تم اعتماد هذا البرنامج من جانب الجمعية العامة للأمم المتحدة في دورتها الاستثنائية السابعة عشرة في سياق جهودها الرامية لتعزيز التعاون الدولي في مواجهة مشكلة المخدرات، وتضمن البرنامج عدداً من التدابير والأنشطة التي يتعين على الدول وأجهزة الأمم المتحدة اتخاذها بشكل جماعي ومتزامن

¹ جريمة غسل الأموال ووسائل مكافحتها، د. محمد عبداللطيف عبدالعال، مرجع سابق، ص 208-216.

² السياسية الجنائية في مواجهة غسل الأموال، د. محمود كبيش، دار النهضة العربية، طبعة 2001م، ص 61 وما بعدها.

³ فريق العمل المعني بالتدابير المالية . www.fatf.gafi.org

لمكافحة آثارها الأموال المكتسبة أو المستخدمة أو التي يعتزم استخدامها في الاتجار غير المشروع بالمخدرات ولمواجهة التدفقات المالية غير القانونية والاستخدام غير القانوني للنظام المصرفي.¹

5) التشريع النموذجي بشأن غسل الأموال والمصادرة في مجال المخدرات:

صدرت هذه الوثيقة التي تعرف باسم التشريع النموذجي من جانب الأمم المتحدة المعني بالرقابة الدولية على المخدرات (اليونديسب) لتكون إطاراً قانونياً متكاملاً لمكافحة غسل الأموال، ويمكن للدول المعنية الاستهداء به في استكمال وتحديث تشريعاتها وتضمينها أحكاماً أكثر فعالية، فيما يتعلق بمكافحة جرائم الاتجار غير المشروع بالمخدرات، ومنع وكشف أفعال الأموال المتحصلة من هذه الجرائم.²

6) الاتفاقية العربية لمكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية لسنة 1994م:

تم التوقيع على هذه الاتفاقية في تونس بتاريخ 5 يناير 1994م من جانب مجلس وزراء الداخلية العرب خلال دور انعقاده الحادي عشر وقد سلكت هذه الاتفاقية التي تعرف باسم (اتفاقية تونس) نفس النهج الذي سلكته اتفاقية فيينا في مقام معالجتها لظاهرة غسل الأموال وهو ما يتضح بجلاء من نصوص المواد الأولى والثانية والخامسة وغير ذلك من المواد ذات الصلة والتي تتطابق تماماً مع نظيراتها في اتفاقية فيينا.³

ثانياً - دور البنوك والمؤسسات المالية في مكافحة جريمة غسل الأموال:

يعد غسل الأموال الخطر الأكبر على الصناعة المالية، وثمة دور رئيسي ومهم تقوم به الصناعة المالية في مقاومة غسل الأموال، حيث إن المؤسسات المالية تقدم الخدمات المالية والتجارية للعملاء، كما توفر القنوات التي يمر من خلالها كثيراً من المال المراد غسله، لذلك فهي تحظى بأهمية كبرى في مكافحة غسل الأموال، وعلى الأخص البنوك، فمن نتائج إحدى الدراسات الأمريكية في هذا المجال، ثبت أن تدفق المال المغسول خلال المؤسسات المالية في زيادة سنوياً، ويقدر في سنة 2007م بمبلغ واحد تريليون دولار.⁴

ويجب ألا تمتنع السرية المصرفية المصارف من اتخاذ خطوات لمعرفة معلومات أكثر عن عملائهم حتى يتم التعرف عليهم وتحليل سلوكهم، أي أنه يتعين على المؤسسات المالية معرفة عملائهم معرفة

¹ الحلقة العلمية لمكافحة وغسل الأموال، تجربة مملكة البحرين لمحاربة جرائم غسل الأموال، 27 نوفمبر 1 ديسمبر 2004م.

² جريمة غسل الأموال وسبل مكافحتها، د. حامد عبداللطيف عبدالرحمن، مرجع سابق، ص 94.

³ تجريم غسل الأموال في التشريعات المقارنة، د. أشرف توفيق شمس الدين، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2001م، ص 9.

⁴ جريمة غسل الأموال وسبل مكافحتها، حامد عبداللطيف عبدالرحمن، مرجع سابق، ص 97.

جيدة لأنهم هم القادرون على تمييز السلوك الغير عادي أو المريب، وإحدى أفضل تقنيات سيطرة البنوك على غسل الأموال يكون من خلال تطبيق مبدأ:

إعرف عميلك:

الذي حل محل العناية بالعميل ولذلك يجب أن يكون لدى البنوك برنامج لمعرفة العملاء وذلك لتمييز مصدر أموال العميل ولمعرفة الاستعمال المتوقع لهذه الأموال، وذلك من واقع العمليات التي تتم على الحساب.¹

وقد اهتمت مجموعة العمل المالي الدولي FATF بمكافحة غسل الأموال بوضع الأسس والمعايير التي يجب أن تلتزم بها البنوك عند تطبيق مبدأ أعرف عميلك، وخصصت لهذه المعايير التوصيات من قم 5 إلى رقم 12 من التوصيات الأربعين التي وضعتها هذه الهيئة الدولية، وقد عنونت لهذه التوصيات السبع بعنوان (الالتزام بالحيطه والحذر المتعلق بالعملاء).²

تدريب المصرفين على كشف عمليات غسل الأموال:

طبقاً للتوصية 2 من توصيات مجموعة العمل المالي يجب أن يخضع العاملين في البنوك لبرامج تدريب متطور تمكنهم من ضبط ومعرفة العمليات المشكوك فيها والتعامل من خلال شبكات الحاسب الآلي.

استخدام التقنية بالمؤسسات المالية:

وتضم المؤسسات المالية الآن عدد من أدوات التقنية لاكتشاف ومنع غسل الأموال، من بين هذه الأدوات قواعد البيانات المتطورة التي يمكن من خلالها اكتشاف اسم العميل، أو الكيان الذي عنده نمط صفقة شاذة، وتستطيع المؤسسات المالية من خلال هذه القواعد عمل عرض تنبؤي لاستخدام العميل للنقود، كما أنها تساعد على الاشتراك في البيانات على المستوى الوطني والإقليمي والعالمي لاكتشاف المنظمات الإجرامية.³

ومن أجل مراقبة عمليات غسل الأموال يتطلب على المؤسسات المالية والبنوك أن تقوم بالتالي.⁴

1- القيام بالتدريب المستمر، وحتى يعتاد المستخدمين بالمؤسسة على الأحداث التي تواجههم.

¹ التوصيات الأربعين لمجموعة العمل الدولية لمكافحة غسل الأموال FATF.

² نص الفقرة الأولى من التوصية رقم 8 من التوصيات الصادرة عن مجموعة العمل المالية.

³ الحلقة العلمية لمكافحة المخدرات وغسل الأموال، تجربة مملكة البحرين محاربة جرائم غسل الأموال، 27 نوفمبر 1 ديسمبر 2004م.

⁴ دور البنوك في مكافحة غسل الأموال، د. جلال وفاء محمد، ط 2001م، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ص 19.

- 2- يجب على المؤسسات المالية أن تزرع في نفسية مستخدميها بأن كشف النشاط المريب مسئولية كل شخص بالمؤسسة.
- 3- مراجعة تقارير الصفقات، والمساح للبنوك بطلب المعلومات من البنوك الأخرى عن صفقة العميل، عندما يكون الصدد تحقيق لقضايا تتعلق بغسل الموال.
- 4- يجب أن يحتفظ المصرف بقاعدة بيانات تشمل أسماء وعناوين وتواريخ ميلاد وهويات كل من يقوم بفتح حساب جديد، أو له حساب قديم.
- 5- مقارنة ومطابقة أسماء الأشخاص الذين سوف تفتح لهم حسابات في المؤسسات المالية مع قوائم الإرهابيين والمنظمات الإرهابية ومنع التعامل مع الأسماء المحظورة.

المطلب الثاني:

آليات التعاون الدولي في مكافحة جريمة غسل الأموال:

توافقت معظم الوثائق الدولية على بلورة عدد من الالتزامات والضوابط القانونية والتنظيمية ذات الصبغة الوقائية التي يتعين على كافة الدول التقيّد بها للحد من انتشار جريمة غسل الأموال الذي يستلزم وجود تعاوناً دولياً من أجل مكافحة جريمة غسل الأموال ولهذا فقد قمت بحصر آليات هذا التعاون الدولي على النحو التالي:

أولاً - تعاون الجهات المالية في مكافحة جريمة غسل الأموال:

أولت الوثائق الدولية والتشريعية المقارنة ذات الصلة عناية واضحة لفرض صنف عديدة ومتنوعة من الضوابط والقيود على حركة الأموال خلال القنوات المصرفية وغير المصرفية وسواء كان ذلك يجري داخل أو عبر الدول المعنية.

ومن هذه الضوابط والقيود التي اعتمدت على الصعيدين الدولي والوطني لتعزيز دور النظام المالي في مجال منع جرائم غسل الأموال.¹

1) تحديد قيمة المدفوعات النقدية:

من المتعين على الدول أن تشجع على توفير وتطوير أساليب حديثة وآمنة لإدارة الأموال بما في ذلك تشجيع الاتجاه لزيادة استخدام الشيكات وبطاقات الدفع الإلكتروني والإيداع المباشر لشيكات المرتبات ... إلخ.²

¹ المواجهة التشريعية لظاهرة غسل الأموال المتحصلة من جرائم المخدرات، د. مصطفى طاهر، مرجع سابق، ص 373.

² التوصية رقم 25 من توصيات فرقة العمل المهنية بالإجراءات المالية.

فقد جاءت المادة الثامنة من القانون رقم 2 لسنة 2005م الليبي بشأن مكافحة غسل الأموال لتخطو خطوة أكثر اتساعاً في هذا الاتجاه من خلال الإفصاح عن مصدر الأموال التي يتم إدخالها إلى الدولة، حيث يحدد المصرف المركزي الحد الأعلى للمبالغ التي يسمح بإدخالها إلى الدولة نقداً. ويرمي هذا الاتجاه إلى منع غسل مبالغ ضخمة من النقود عن طريق شراء معادن نفيسة أو أحجار كريمة أو أعمال فنية أو شقق أو يخوت أو غير ذلك أو عن طريق استثمار تلك النقود في شركات مشروعة أو في شركات صورية. وقد اتجه المشرع المالي في بلدان عديدة إلى فرض أشكال متنوعة من القيود على المدفوعات النقدية سواء فيما يتعلق بالتحديد القانوني لقيمتها أو فيما يتعلق بوجود إخطار السلطات المالية المختصة.¹

(2) إخضاع بعض العمليات المالية لرقابة خاصة:

عني العديد من الوثائق الدولية والتشريعات الوطنية بغرض رقابة خاصة على بعض العمليات المالية التي تتوافر بشأنها خصائص وظروف معينة، وكما هو الحال بالنسبة للتحويلات الدولية للأموال والأوراق المالية أو بالنسبة للعمليات المالية التي تتجاوز المبلغ المحدد قانوناً وتتم في ظروف معقدة أو غير عادية أو بالنسبة للعمليات المرتبطة بأشخاص طبيعيين أو اعتباريين ينتمون إلى دول ليست لديها نظم لمكافحة غسل الأموال أو لديها مثل هذه النظم ولكن تعد غير كافية لتحقيق ذلك الغرض.²

(3) تنظيم مهنة الصرافة:

هناك بعض المهن المالية تحتاج إلى عناية خاصة لفرض مجموعة من الضوابط التنظيمية والرقابية والتي تتراد احتمالات استخدامها على نحو غير مشروع في أنشطة غسل الأموال ومن ذلك المهنة على وجه التحديد مهنة الصرافة. فيجري في كثير من الأحيان وبصورة سرية تمويل مبالغ ضخمة من الأموال المتحصلة من الاتجار غير المشروع إلى عملاء أخرى من خلال الصيرافة ومكاتب الصرافة التي لا تخضع للنظم واللوائح المطبقة عادة على المؤسسات المالية الأخرى، الأمر الذي يزيد من صعوبة اكتشاف المصدر الإجرامي للأموال.³

ثانياً: - التعاون القضائي في مكافحة جريمة غسل الأموال:

لقد أصبح التعاون القانوني والقضائي بين الدول يمثل إحدى الضرورات اللازمة لمواجهة الأنشطة الإجرامية المستحدثة على نحو يتكامل مع دور القوانين الوطنية ولم يعد ينظر إلى ذلك التعاون باعتبار أنه يخلق (سيادة فوق الدول) بقدر ما أصبح يعني التعاون بين (سيادات دول مختلفة) ترمي جميعها إلى

¹ المواجهة التشريعية لظاهرة غسل الأموال المتحصلة من جرائم المخدرات، د. مصطفى طاهر، مرجع سابق، ص 373.

² الجريمة الدولية المنظمة في القانون الدولي، يوسف حسن يوسف، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ط سنة 2011م.

³ المواجهة التشريعية لظاهرة غسل الأموال المتحصلة من جرائم المخدرات، د. مصطفى طاهر، مرجع سابق، ص 380.

تشديد وتفعيل حلقات مكافحة الجريمة بوجهة عام والجريمة عبر الوطنية بوجه خاص.¹ فقد أصبحت نظم المساعدة القانونية والاعتراف بالأحكام الأجنبية وتسليم المجرمين من أهم أدوات هذا التعاون وأكثرها شيوعاً في التطبيقات العملية بين الدول سواء فيما يتعلق بجرائم غسل الأموال أو غيرها من الجرائم الخطيرة وهو ما يعزى إلى طبيعة هذه النظم ذاتها وأثرها المباشر في تحقيق العدالة الجنائية وتعزيز حكم القانون.

(1) المساعدة القانونية المتبادلة:

أكدت اتفاقية فيينا وكثير من الوثائق الدولية التالية لها على التزام الدول الأطراف بأن تقدم لبعضها البعض لدى الطلب منها الحد الأقصى الممكن من المساعدة القانونية المتبادلة وذلك في التحقيقات والملاحقات والدعاوى القضائية المتعلقة بجرائم غسل الأموال وبالتأكيد على جواز الامتناع عن تقديم المساعدة القانونية المطلوبة بدعوى السرية المصرفية.

وتأكيد لذلك جاء في المادة الرابعة عشرة والخامسة عشر من قانون رقم 2 لسنة 2005م بشأن مكافحة غسل الأموال الليبي، الالتزام بسرية المعلومات ولا تكشف إلا بالقدر الضروري اللازم لاستخدام التحقيق والدعاوى والتعاون القضائي مع الدول الأخرى في مجال مكافحة غسل الأموال.

(2) الاعتراف بالأحكام الأجنبية:

توافقت الوثائق الدولية الوطنية على الاعتراف بالآثار الإيجابية للأحكام الأجنبية، وهو ما يتجسد على وجه الخصوص في الالتزام الذي أنشأته تلك الوثائق على عاتق الدول الأطراف بصدد التعاون الدولي فيما بينها في مجال تنفيذ أحكام وأوامر المصادرة التي تصدرت في دولة معينة بشأن المتحصلات المستمدة من الجرائم.²

حيث تم وضع إطار قانوني متكامل لتنظيم هذه الوسيلة من وسائل التعاون الدولي القضائي ووضع الضوابط الكفيلة بإعمال أحكامها وهو ما يتضح لنا من خلال عرضنا للجوانب الأساسية التي اشتمل عليها ذلك الإطار وأهمها ما نصت عليه المادة الخامسة عشر من قانون 2 لسنة 2005م السالف ذكره حيث أوجب الاعتراف بحجية أي حكم أو أمر قضائي، صادر في دولة أخرى من محكمة أو جهة قضائية مختصة، يقضي بمصادرة أموال أو متحصلات أو وسائل متعلقة بجريمة غسل الأموال، أو الجرائم ذات الصلة بها، إذا كانت الواقعة مما ينطبق عليها هذا الوصف وفقاً لأحكام هذا القانون، وكانت الدولة التي تتبعها المحكمة أو الجهة القضائية ترتبط مع ليبيا باتفاقية تعاون قضائي.

¹ المرجع السابق، ص 447.

² المواجهة التشريعية لظاهرة غسل الأموال، مرجع سابق، ص 497.

3) تسليم المجرمين:

لقد شهد العقدان الأخيران انتشاراً واسع النطاق لعمليات غسل الأموال وأنماط وصور الجريمة المنظمة ورافق ذلك تزايد ملحوظ في حركة الأشخاص بما فيهم المجرمين عبر الحدود مما أظهر الحاجة الماسة إلى التعجيل بإقامة علاقات دولية جديدة في مجال تسليم المجرمين وتطوير سبل التعاون بين الدول في هذا المجال وهو الأمر الذي عنيت به بصفة خاصة اتفاقية فيينا لسنة 1988م¹، فقد سعت إلى تذييل العديد من المعوقات القانونية التي تعترض إجراء تسليم المجرمين في مجال جرائم غسل الأموال وذلك من خلال معالجة متكاملة تستجيب إلى توفير الأساس القانوني للتسليم وتدارك الآثار السلبية الناجمة عن عدم حصول التسليم.²

الخاتمة

على الرغم من الجهود التي تبذلها الدول والمجتمع الدولي، إلا أن جريمة غسل الأموال ما زالت مستمرة بل تتزايد خاصة في ضوء ما تملكه هذه العصابات الإجرامية من كوادرات بشرية وتقنيات عالية تستخدمها في تنفيذ جرائمها كما أنها استطاعت تجنيد الكثير من ذوي النفوس الضعيفة من السياسيين وكبار المسؤولين في المصارف والمؤسسات المالية، وهذا الأمر استطاعوا تحقيقه سواء في الدول النامية أو المتقدمة، مما ساعدهم على اختراق الإجراءات الأمنية والقانونية في كثير من الدول .

ولذلك تزايدت قناعة المجتمع الدولي بالحاجة الماسة إلى المواجهة الفعالة والشاملة لظاهرة غسل الأموال الذي حدا بالعديد من المنظمات الدولية العالمية والإقليمية إلى المبادرة بصوغ واعتماد طائفة واسعة من الاتفاقيات والصكوك الدولية المهمة التي استهدفت في مجموعة تشكيل وإرساء سياسات جنائية عالمية جديدة لمواجهة هذه الظاهرة والحد من تداعياتها السلبية. وقد خلص الباحث إلى مجموعة من النتائج والتوصيات نعرضها فيما يلي

أولاً - النتائج:

- 1- تزايد عمليات غسل الأموال على المستوى الدولي سواء من حيث عددها أو من حيث المبالغ الباهظة التي دخلت في هذه العمليات الإجرامية والمتحصلة من نشاط إجرامي.
- 2- عدم التزام بعض الدول بقواعد التعاون الدولي في مجال مكافحة جريمة غسل الأموال، تحت حجة تشجيع الاستثمار لحل مشاكلها الاقتصادية.
- 3- قدرة العصابات الدولية المنظمة من النفاذ إلى بعض الحلقات الضعيفة في بعض الدول لتميرير جرائمها خاصة غسل الأموال وهذا الأمر واضح في الدول المتقدمة والنامية على حد سواء.

¹ جريمة غسل الأموال وسبل مكافحتها، حامد عبداللطيف عبدالرحمن، مرجع سابق، ص 113.

² المرجع السابق، ص 114.

- 4- عجز الدول منفردة على مواجهة هذه الجريمة، لأن بعض التنظيمات الإجرامية لديها من إمكانات تفوق كثيراً مما لدى الدول في ضوء ما لديها من أموال توفر لها ما يسهل نشاطها الإجرامي على المستوى الدولي.
- 5- أهمية العمل الجماعي على المستوى الدولي من خلال التنسيق بين الدول والمنظمات الدولية المعنية لمواجهة جرائم غسل الأموال.

ثانياً - التوصيات:

- 1- على ليبيا وغير من الدول المبادرة إلى عقد الاتفاقيات الثنائية التي يكون من شأنها تنظيم مسألة المساعدة القانونية المتبادلة والاعتراف بالأحكام وتسليم المجرمين في جريمة غسل الأموال، فضلاً عن عقدها الاتفاقيات الجماعية على مستوى إقليمي وعالمي
- 2- تفعيل النصوص الموضوعية والإجرائية الجنائية وتطبيقها بصورة صحيحة وسليمة من قبل القائمين على أجهزة الدولة والعاملين في المؤسسات المالية للحد من نشاطات غسل الأموال.
- 3- وضع برامج دورية لتدريب موظفي المؤسسات المالية والمصرفية والأجهزة الرقابية المعنية حتى يمكنهم الاطلاع على آخر المستجدات بالنسبة لجرائم غسل الأموال.
- 4- العمل على مكافحة مصادر الأموال غير المشروعة من خلال إصدار القوانين المتعلقة بالكسب غير المشروع.
- 5- تفعيل التعاون القضائي الدولي والاستفادة القصوى من تجارب بعض الدول المتقدمة التي حققت نتائج باهرة في مجال مكافحة.
- 6- تفعيل النصوص الإجرائية في قانون الإجراءات الجنائية مثل تسليم المجرمين وتنفيذ الأحكام الجنائية وغيرها، والدعوة إلى تعميم ذلك دولياً.
- 7- ضرورة تطبيق نظم الاستخدام ووسائل التقنية الآمنة لإدارة الأموال وأن تضع إرشادات تساعد المؤسسات المالية على متابعة ومراقبة الأعمال والتصرفات التي تدعو لذلك.

أسأل الله سبحانه وتعالى أن يجد فيه من يطلع عليه الفائدة، ﴿وَأَخِرُ دَعْوَانَا أَنْ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ﴾.

المصادر والمراجع

1. الآثار الاقتصادية الاجتماعية لغسل الأموال، د. السيد أحمد عبد الخالق، مجلة كلية حقوق المنصورة، 1997م.
2. التعاون الأمني الدولي ودوره في مواجهة الجريمة المنظمة عبر الوطن، خالد امبارك القريوي القحطاني، أطروحة دكتوراه مقدمة لجامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، سنة 2006م .
3. الجريمة الدولية المنظمة في القانون الدولي، يوسف حسن يوسف، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ط سنة 2011م.
4. السياسة الجنائية في مواجهة غسل الأموال، د. محمد سامي الشوا، دار النهضة العربية، 2001م.
5. السياسة الجنائية في مواجهة غسيل الأموال، د. محمود كبش، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 2001م.
6. المواجهة التشريعية لظاهرة غسل الأموال المتحصلة من جرائم المخدرات، د. مصطفى طاهر، مطابع الشرطة للطباعة والنشر، القاهرة.
7. المواجهة التشريعية لغسل الأموال في مصر، د. إبراهيم حامد طنطاوي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003م.
8. تاريخ ظاهرة غسل الأموال، د. يوسف عبد الحميد المرشدة، مملكة البحرين، جامعة ديمون للعلوم والتكنولوجيا. المراجعة الجنائية لظاهرة غسل الأموال في القانون الجنائي الوطني والدولي، د. إبراهيم عيد نايل، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999م.
9. تبييض الأموال الناتجة عن الاتجار غير المشروع بالمخدرات، د. منى أشقر جبور، مركز المعلوماتية القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، جامعة لبنان، بيروت، د.ت.
10. تبييض الأموال والسرية المصرفية، د. إلياس نصيف، مجلة المصارف العربية، العدد 188 أغسطس 1996م.
11. تجريم غسل الأموال في التشريعات المقارنة، د. أشرف توفيق شمس الدين، دار النهضة العربية، القاهرة، ط سنة 2001م.
12. تجريم غسل الأموال في التشريعات المقارنة، د. أشرف توفيق شمس الدين، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2001م.
13. تقرير حول عمليات غسل الأموال المتأنية من الاتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية، المكتب العربي لشئون المخدرات، وثيقة رقم 14، 20 يناير 1992م.
14. تنمية المهارات الأمنية لمواجهة عمليات التهريب، زعار بن علي العتي، رسالة ماجستير مقدمة لجامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2008م.

15. جريمة غسل الأموال وسبل مكافحتها، حامد عبداللطيف عبدالرحمن، رسالة ماجستير، الأكاديمية الملكية للشرطة، البحرين، 2012م.
16. جريمة غسل الأموال، أحمد بن محمد العمري، مكتبة العبيكان، سنة النشر 2000م.
17. حظر ومكافحة غسل الأموال ومكافحة تمويل الإرهاب والنقل، المستشار أسامة عبدالمنعم إبراهيم.
18. دراسة نقدية لقانون مكافحة غسل الأموال الجديد، د. أشرف توفيق شمس الدين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003م.
19. دور البنوك في مكافحة غسل الأموال، د. جلال وفاء محمدين، ط 2001م، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية.
20. شرح قانون العقوبات القسم العام، د. عبدالعظيم مرسي الوزير، ج 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988م.
21. غسل الأموال الاستجابات الدولية وجهود مكافحة الإقليمية والوطنية، د. محمود شريف بسيوني، دار الشروق، القاهرة، ط سنة 2004م.
22. غسل الأموال وأثره في الاقتصاد القومي وكيفية مكافحته، د. فؤاد شاكر، معهد الدراسات المصرفية، البنك المصري، يناير، 1996م.
23. غسل الأموال، الجريمة التي تهدد استقرار الاقتصاد الدولي، صلاح الدين حسن السيسي، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة 2004م.
24. غسل الأموال في مصر والعالم، د. حمدي عبدالعظيم، طبعة سنة 1997م.
25. مسؤولية المصرف الجنائية عن الأموال غير النظيفة، ظاهر غسيل الأموال، سليمان عبدالمنعم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ط 1، سنة 2002م.
26. مكافحة جريمة غسل الأموال، السيد عبدالوهاب عرفة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ط سنة 2005م.
- مصادر من الانترنت
27. www.satakh.com/2006index.php?id=3385
28. www.alukah.net/Web/fouad/0/29970/#ixzz1fnGxmIy
29. www.fatf.gafi.org

جريمة الدخول غير المشروع إلى أجهزة الحاسب الآلي ومنظومات

المعلومات الإلكترونية

د. عطية عبد السلام الفيتوري

محاضر بكلية القانون - جامعة عمر المختار

مقدمة:

الدخول غير المشروع يشكل تجزماً غير مسبوق في تشريعات أغلب دول العالم، فالتشريعات الجنائية والمدنية ذهبت على تجريم الدخول إلى مسكن بدون رضاه صاحبه أو الدخول إلى عقار للاستيلاء على حيازته ضد إرادة صاحبه، أما ما نحن بصددده فهو تجريم معنوي وليس مادي، فالفاعل لا يقوم بالدخول إلى النظام بالكسر أو التلف أو الحريق أو استعمال مفاتيح مصطنعة، بل يتم ذلك من على بُعد باستعمال العديد من البرامج الالكترونية "برامج الهاكر" بفعل الدخول غير المشروع إلى الأجهزة والمنظومات الالكترونية بطريقة عمدية أو غير عمدية إلى حاسب آلي أو موقع إلكتروني أو نظام معلوماتي أو شبكة حاسبات آلية غير مصرح لذلك الشخص بالدخول إليها.⁽¹⁾

وأهتمت الدول الأوروبية بتجريم الدخول غير المشروع لأنه يشكل تهديداً للأنظمة المعلوماتية⁽²⁾، ونصت تشريعاتها على تجريم فعل الدخول إلى الأنظمة المعلوماتية كدولة السويد التي أسمتها قانون البيانات السويدي سنة (1973) والذي أشتتمل على جرائم الدخول غير المشروع على البيانات، والدنمارك سنة (1985) والتي نصت في قانونها الجنائي على جرائم الحاسب الآلي بفعل الدخول غير المشروع سواء بالتزوير أو بالتلاعب غير المشروع أو الاتلاف أو التغيير، ودولة فرنسا والتي أهتمت اهتماماً ملحوظاً في النص على تجريم فعل الدخول غير المشروع منذ سنة (1988) وبريطانيا منذ سنة (1981) وهولندا والمجر وبولندا.

(1) للمزيد حول مفاهيم عامة لجرمة الدخول غير المشروع راجع:-

- جرمة الدخول غير المشروع في تشريعات الجرائم الالكترونية العربية - دراسة مقارنة - المجلة القانونية والقضائية - العدد الأول، السنة العاشرة - يوليو - 2016 - مبحث منشور في مجلة الوطن على الموقع-www.alwatan.com - 2017.5.2

(2) القرارات التي تم اتخاذها في أوروبا حول هذه الجريمة ومن أمثلتها:-

Such as the European parliament and council directive 98/84 on the legal protection of services based on, and consisting of, conditional access, the European parliament and council directive 2001/29 on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the information society the proposal for a council framework decision on attacks against information system con (2002) 173 final.

وأنظر أيضاً:-

Rico calleja, conditional access piracy, computer and telecommunications law review, 2003-9-8 p.239-240.

أما الولايات المتحدة الأمريكية فقد شرعت قانوناً خاصاً لأنظمة الحاسب الآلي فمُنذ سنة (1985) نصت على تجريم الاستخدام غير المشروع عن بعد. إن انتشار مثل هذه الجرائم في الآونة الأخيرة وبشكل سريع دعى التشريعات الجنائية إلى النص على تجريمها سواء بإضافتها إلى تشريعاتها القائمة أو بسن تشريعات جديدة أو تعديلها، وذلك نظراً لخطورتها على الدول بصفة عامة لا سيما الشركات والقطاعات الاقتصادية الكبرى وكذلك خطورتها على أنظمة الدولة بصفة عامة، كون التشريعات التقليدية لم تنص عليها، مما سبب فراغاً تشريعياً واضحاً مما أصبح يشكل عبء على كاهل الدول بعد انتشار الجرائم الإلكترونية بصفة عامة، خاصة مع استخدام شبكة المعلومات.

أهمية البحث:-

تقع أهمية البحث كونه يبحث في أهم وأخطر الجرائم في الآونة الأخيرة والمتعلقة بالجرائم الإلكترونية، الأمر الذي يتطلب تناول بحثه بشكل تفصيلي والوقوف على أهم الأفعال التي تقع به جريمة الدخول غير المشروع إلى الأنظمة المعلوماتية مع بيان التشريعات التي تناولت هذه الجريمة بنص خاص، مع دراسة التشريعات القائمة وهل هي كافية لسد مثل هذه الجرائم من عدمه، والتي خلت تشريعاتنا في ليبيا من مثل هذه الجرائم الإلكترونية. ونظراً لأهمية وخطورة مثل هذه الجرائم ففي تاريخ 2017.5.12 تعرض العالم لهجوم إلكتروني كبير نتج عنه تعرض العديد من الأجهزة والمنظومات للدخول غير المشروع لأكثر من 100 دولة بطريقة متعمدة، فقد ذكرت وزارة الداخلية البريطانية أنه وقع عطل بالنظام الصحي في بريطانيا، فقد تأثرت (45) منشأة صحية في بريطانيا واسكتلندا لبرامج خبيثة استخدمت في الهجوم الإلكتروني والذي يمنع المستخدمين من الدخول إلى ملفات على حواسيبهم.⁽³⁾ وتأثرت روسيا بهذا الهجوم حيث تأثر حوالي ألف جهاز كمبيوتر بذلك، ونظراً لأهمية الجريمة ذكر مركز الجريمة الإلكترونية في شرطة الاتحاد الأوروبي (يوروبول) أنه يعمل عن كثب مع محققين في الدول وفي شركات أمنية خاصة للتغلب على التهديد ومساعدة ضحاياه وقال في بيان "أن مسئول ذلك الهجوم الحديث غير مسبوق ويتطلب تحقيقاً دولياً معقداً للتعرف على مرتكبيه"، فيتطلب الأمر دراسة هذه الجريمة من جميع جوانبها سواء فعل الدخول المجرد أو المرتبط بغرض ما والوصول إلى حماية جنائية فعالة للحد من هذه الجرائم، وكذلك حتى يتمكن مشرعنا في ليبيا في النص على مثل هذه الجريمة نظراً لخطورتها.⁽⁴⁾

⁽³⁾ موقع الحرية <https://www.alhurra.com>

بتاريخ 13 مايو 2017

وتسبب الهجوم عن اختراق الكتروني نجم عنه تحويل حالات الطوارئ والغاء جميع العمليات الجراحية غير العاجلة وكذلك عدم قدرة المستشفيات على استخدام هواتفها وأجهزة الحاسوب.

⁽⁴⁾ د. أسامة عبدالله جايد، الحماية الجنائية للحياة الخاصة وبنوك المعلومات، دار النهضة العربية، 1988، ص 86

وما بعدها.

إشكالية البحث:- تقع إشكالية البحث كونه يبحث في جريمة حديثة نصت أغلب التشريعات عليها أما بشكل منفصل أو بالتعديل والإضافة لتشريعات قائمة كما أن البحث في جريمة الدخول غير المشروع يتطلب تحديد الأفعال المادية التي تقوم عليها الجريمة بشكل دقيق خاصة إذا علمنا بأن الأفعال التي تقوم عليها مثل هذه الجرائم قابلة للزيادة نظراً لاستحداث العديد من الأنظمة المعلوماتية وشبكات الانترنت وكيفية الدخول والالغاء والحذف والتعديل. إن جريمة الدخول غير المشروع إلى أجهزة الحاسب الآلي ومنظومات المعلومات الالكترونية يتطلب الوقوف على كل ما هو جديد ومطور في عالم المعلومات الالكترونية لتحديد الأفعال المادية المحرمة والتي تقع بها هذه الجريمة وتحديد صورها، إلا أن الخوض في مثل هذه الجرائم والبحث فيها يسهل النص عليها في التشريعات الجنائية سواء بنص خاص أو بالتعديل والاضافة في التشريعات الجنائية القائمة.

خطة البحث:- عليه سنقسم هذا البحث إلى مبحثين نتناول في الأول ماهية جريمة الدخول غير المشروع إلى أجهزة الحاسب الآلي ومنظومات المعلومات الإلكترونية وركنها المادي أما الثاني سنخصصه للركن المعنوي لجريمة دخول غير المشروع ووسائل مكافحتها.

المبحث الأول: ماهية جريمة الدخول غير المشروع وركنها المادي:

المطلب الأول: ماهية جريمة الدخول غير المشروع إلى أجهزة الحاسب الآلي:

لعبت التجارة الالكترونية وأنظمة الدول المتعددة دوراً هائلاً جداً في تطور الاقتصاد العالمي وسياسات الدول بصفة عامة والاقتصاد الوطني بصفة خاصة والتوسع في أنظمة الدول الإلكترونية، فلا يمكن انكار مثلاً أن التجارة الالكترونية عملت وبشكل كبير جداً على سرعة انتقال المعاملات ورؤوس الأموال، وألغت ما كان يعوقها قديماً من الحواجز الجغرافية التي كانت تحد كثيراً من حركتها وكذلك قلة المعلومات التي كانت تعتبر في الماضي الحاجز الأكبر في اجتياز اقتصاد العديد من الدول في العبور للعالمية، إلا أنه ومن جهة أخرى فإن هذا التقدم الكبير في الجانب المعلوماتي والإلكتروني أصبح من السهل الدخول إليه وعبوره لتنفيذ عديد الجرائم كالتهديد والاتلاف والأضرار باقتصاد الدول وكلك الأفراد أو التعديل أو الالغاء، فالجتمتع الأوربي شعر بخطورة مثل هذه الجرائم⁽⁵⁾ إذ من المعروف أن أكثر

⁽⁵⁾ أنظر للطرق القانونية الجديدة لدى:-

See for some new forensic techniques, (peter sommer) evidence in internet paedophilio cases, computer and telecommunications law review, 2002, (8,7) 176-184.

وأنظر أيضاً اعتراف المنظمات الدولية بمثل هذه الجرائم الجديدة والتي ترتكب عبر الحدود الوطنية، وضرورة تناغم الحلول والحماية القانونية لها:- تاريخ الزيارة 2016.7.4 www.oecd.org See in general (منظمة التعاون

الاقتصادي والتنمية) والاتحاد الأوربي: <http://europea.eu.int/indexen.htm> See

تاريخ الزيارة: 2016.7.4 والانتربول ومجموعة الثماني الكبرى:

الجرائم الالكترونية التي يتم ارتكابها يكون الهدف الأساسي لها هو الحصول على المعلومات الالكترونية أو إتلافها أو تعديلها أو إلغائها وهو نفس الشعور الذي كان يعكر صفو الولايات المتحدة الأمريكية في كثير من سياستها.

مثال ذلك: ما أعلنته شبكة أخبار (CNN) تحت عنوان طالب يسطو على المعهد الذي يدرس به، جاء فيه عام 1989 أن سلطات ولاية تكساس تحقق مع طالب يدعى (فيليب أوستين) قد سطا إلكترونياً على المعهد الذي يدرس به حيث أستخدم كمبيوتر في اقتحام والدخول في أنظمة أجهزة المعهد، حيث قام بسرقة بيانات خاصة بالضمان الاجتماعي وكذلك بيانات شخصية ومعلومات خاصة عن حوالي (55) ألف طالب وعضو هيئة تدريس بالمعهد، وقد قرر الطالب أنه لم تكن لديه أي نوايا إجرامية، وإنه لم يكن يخطط لاستخدام تلك البيانات في أي أنشطة إجرامية. ⁽⁶⁾ وللتعريف بهذه الجريمة يتعين الوقوف على التشريعات القانونية لعديد الدول لمعرفة مفهوم هذه الجريمة وطبيعتها القانونية. ⁽⁷⁾

ففي سنة 1985 طبقت دولة كندا قوانين متخصصة في مجال التعامل مع جرائم الانترنت في قانونها الجنائي إذ عدلته في نفس السنة ليشمل قوانين خاصة لجرائم الحاسب الآلي والانترنت خاصة جرائم الدخول غير المشروع على المعلومات الالكترونية، وقامت دولة الدنمارك في نفس العام بتعديل قانونها ليشمل قانون العقوبات فيها جرائم الحاسب الآلي وبالتحديد جرائم الدخول غير المشروع إلى الحاسب الآلي وفي ألمانيا تم تعديل القوانين الخاصة بها وأصبح للقاضي الجنائي الحق في إصدار أوامره بمراقبة

⁽⁶⁾ كما أظهرت دراسات اجريت من قبل منظمة:-

(The computer security institute)

سنة 1999 أن خسائر حوالي 163 شركة أمريكية من جرائم الحاسب الآلي والانترنت قد بلغت أكثر من 123 مليون دولار وزاد ذلك في عام 2000 بسبب جرائم الدخول غير المشروع والسرقه والغش والنصب المعلومات، أنظر التفصيل: منير محمد الجنيهي، ممدوح محمد الجنيهي، جرائم الانترنت والحاسب الآلي ووسائل مكافحتها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 18، أنظر أيضاً www.CNN.com، أنظر أيضاً Joseph. M. Olivenbaum. Rethinking Federal Computer crime legislation, S.H.L.Rev, 1997, Vol, 27, P. 586.

⁽⁷⁾ د. نائلة عادل محمد فريد، جرائم الحاسب الآلي الاقتصادية، دراسة نظرية تطبيقية، دار النهضة العربية - 2003- 2004 ص 329، وراجع أيضاً قضية الطالب Morris في نفس السنة في جامعة كورنل والذي تمكن من الدخول على 6200 جهاز حاسب بشكل متعمد، د. مدحت رمضان، مرجع سبق ذكره، ص 41، وقد ركزت توصيات التقرير الختامي للاجتماع التحضيري لغرب آسيا في بيروت 2004 على تعزيز التعاون وتبادل الخبرات بين الحكومات والقطاع الخاص لإنشاء آلية لمكافحة الجرائم المتعلقة بالكمبيوتر أنظر في ذلك:

See the final report of the west Asia preparatory meeting, April 2004, Beirut, A/CONF203/RPM4/L.2.

اتصالات الحاسب الآلي وتسجيلها والتعامل معها، ومنذ يناير 1978 أراد المشرع الفرنسي مواجهة الأجرام المعلوماتي ففي سنة 1988 أراد المشرع الفرنسي حماية أنظمة المعلومات، وتم الاتفاق فيما بعد بمجلس الشيوخ على أن ينص على الجرائم المعلوماتية في قانون العقوبات الجديد وأن صور التجريم بما تمتد لتشمل البيانات الأسمية وحماية أنظمة المعلومات وتخصص الكتاب الثالث من قانون العقوبات الجديد للجنايات والجنح التي تقع على الأموال وخصص الباب الثاني منه للجرائم الأخرى على الأموال، وخصص الفصل الثالث من هذا الباب لجرائم الاعتداء على أنظمة معالجة البيانات، فنص عليها في مواد 1-323 إلى 7-323 فنصت المادة 3-323 على معاقبة المتهم بالحبس لمدة ثلاثة سنوات وغرامة 300.000 ألف فرنك فرنسي على عملية إدخال بيانات بطريقة غير مشروعة في نظام معالجة البيانات أو إلغاء أو تعديل البيانات التي يهتدى عليها النظام بطريقة غير مشروعة.

وبالتالي فإن المشرع الفرنسي أقام ثلاثة أنواع من الجرائم وهي الدخول العمدي غير المشروع على نظام لمعالجة البيانات، وإعاقة تشغيل النظام، وإدخال أو إلغاء بيانات في برنامج معالجة البيانات، وينصرف معنى مصطلح الدخول في إطار المعلوماتية ليشمل كافة الأفعال التي تسمى بالولوج في نظام معلوماتي ويتحقق الدخول غير المشروع إلى جهاز الكمبيوتر بالوصول إلى المعلومات والبيانات المخزونة داخل نظام الكمبيوتر دون رضا المسئول عن هذا النظام أو المعلومات التي يحتوى عليها، أو بمعنى آخر إساءة نظام الكمبيوتر عن طريق شخص غير مرخص له باستخدامه والدخول إليه للوصول إلى المعلومات والبيانات المخزنة بداخله لاستخدامها في غرض ما.⁽⁸⁾، وفعل الدخول غير المشروع يعني كذلك توجيه هجمات إلى معلومات الكمبيوتر أو خدماته بقصد المساس بالسرقة أو المساس بالسلامة أو المحتوى والتكاملية أو تعطيل القدرة والكفاءة للأنظمة للقيام بأعمالها.

ففي الولايات المتحدة الأمريكية صدر القانون الفيدرالي في شأن الاعتداء على الكمبيوتر واستغلاله سنة 1984 وعُدّل في أعوام 1986 - 1994 و 1996 وورد في الفصل (1030) منه نصوص خاصة تجرم الاعتداء على الكمبيوتر، ويعاقب في هذا الفصل على الأفعال التي من شأنها الدخول عمداً على جهاز كمبيوتر بدون تصريح أو يحصل متجاوزاً التصريح الممنوح له بأية وسيلة كانت على معلومات حددت حكومة الولايات المتحدة الأمريكية أنه لا يجوز الكشف عنها لأمر تتعلق بالدفاع الوطني أو العلاقات الخارجية أو أي بيانات سرية كتلك المتعلقة بالأمر المحددة بالفقرة (د) من الفصل الثاني من

(8) د. خالد ممدوح إبراهيم، أمن الجريمة الإلكترونية، الطبعة الأولى، الدار الجامعية، 2007، ص 84 وأنظر أيضاً، الدخول غير المشروع على أنظمة المعلومات بحث منشور على الانترنت

<http://irbd.hooxs.com/t16012-topic>

2016.5.4 ود. أحمد حسام طه تمام، الجرائم الناشئة عن استخدام الحاسب الآلي، رسالة جامعة طنطا، 2001، ص 510.

قانون الطاقة النووية الصادر سنة 1954⁽⁹⁾ وأعتبر المشرع الأمريكي جريمة الدخول غير المشروع لقوانين 1984 و 1986 و 1996 نقطة البداية لأية جريمة معلوماتية أخرى. وقد عرّف المشرع السعودي تجريم الدخول إلى النظام في القانون الصادر سنة 2007 الخاص بمكافحة الجرائم المعلوماتية والتعاملات الالكترونية في مادته الأولى بقوله " الدخول غير المشروع دخول شخص بطريقة متعمدة إلى حاسب آلي أو موقع الكتروني أو نظام معلوماتي أو شبكة حاسبات آلية غير مصرح لذلك الشخص بالدخول إليها"، ونصت المادة الثالثة فقرة 2 من نفس القانون على الدخول غير المشروع لتهديد شخص أو ابتزازه لحمله على القيام بفعل أو الامتناع عنه، ولو كان القيام بهذا الفعل أو الامتناع عنه مشروعاً، والمادة الخامسة فقرة 1 نصت على أن الدخول غير المشروع قد يكون لإلغاء بيانات خاصة، أو حذفها، أو تدميرها، أو تسريبها أو إتلافها أو تغييرها أو إعادة نشرها، فالدخول غير المشروع قد يكون إلى موقع إلكتروني أو نظام معلوماتي مباشرة أو عن طريق الشبكة المعلوماتية أو أحد أجهزة الحاسب الآلي للحصول على بيانات تمس الأمن الداخلي أو الخارجي للدولة أو اقتصادها الوطني⁽¹⁰⁾ وذلك دائماً للأضرار بها.⁽¹¹⁾ ونص المشرع الأوربي على جريمة الدخول غير المشروع لموقع إلكتروني أو نظام معلوماتي وفق التشريع الأوربي وتحديداً وفق النصوص الواردة في قانون جرائم أنظمة المعلومات لعام 2010، إذ نص على أن أساس هذه الجريمة هو الاستيلاء على المعلومات أو إتلافها عبر تقنية الفيروسات وغيرها من وسائل التدمير المعلوماتي من الاختراق المباشر للشبكات وأنظمة المعلومات والاتلاف والاضافة والتدمير والتعديل للبيانات والمعلومات، وإلى غيرها من الدول فقد تم تجريم الدخول غير المصرح به إلى نظام الحاسب الآلي وإن اختلفت فيما بينها من حيث الشروط المطلوبة لإعمال نصوصها، فالدخول غير المشروع وإن كان يتم بوسيلة منطقية وحيدة قوامها البحث والوصول إلى المعلومات باستخدام وسائل إلكترونية إلا أنه ينبغي تحديد مواصفات هذه الوسيلة والتي قد تتخذ شكل القيام بعملية دخول غير مشروع أو اعتراض

⁽⁹⁾ أنظر في ذلك بالتفصيل د. مدحت عبد الحليم رمضان، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص 41 وما بعدها.

⁽¹⁰⁾ The Recommendation No R(89)9 on computer – Related crine,

Op.eit .. p.49-51.

⁽¹¹⁾ مثال ذلك الحالة التي تمكن فيها أحد الأشخاص من الدخول إلى نظام الحاسب الآلي الخاص بأحد المعامل الخاصة بتصنيع وتجهة الأسلحة النووية بكاليفورنيا بالولايات المتحدة الأمريكية، وقد تحمل المعمل خسائر مادية قدرت بحوالي مائة ألف دولار أمريكي وهي تكلفة الابحاث التي أجريت لمحاولة وقف هذا الدخول غير المصرح به، أنظر:

The law commission working paper No. 110 on computer misuse, C.L.S.R., may-June 1989-1990.

نظام الحاسب أو البقاء غير المشروع داخل النظام بعد عملية الدخول، كما ينبغي تحديد المحل الذى ينصب عليه فعل الدخول والذى قد يكون معلومة أو نظاماً للحاسب الآلى أو شبكة معلومات.⁽¹²⁾ وأخيراً لم ينص مشرعنا الليبي على مثل هذه الجرائم فى جميع تشريعاته، رغم التطور الملحوظ فى مجال المنظومات الالكترونية على جميع التخصصات.

وأخيراً حسب رأينا فإن تعريف جريمة الدخول غير المشروع طبقاً لعدد القوانين تعنى " قيام شخص عمداً وبصفة غير مشروعة بالدخول على نظام معالجة البيانات سواء بالتعديل أو الإلغاء أو إعاقه تشغيل النظام لا سيما إذا كان ذلك فى المعاملات الإدارية والإقتصادية والتجارية سواء للدولة أو على مستوى الأفراد".

أما عن تحديد الهدف الذى يعقب عملية الدخول فقد وجد خلافاً أظهرته النصوص القانونية المختلفة التى تناولت هذه الجريمة، وقد أسفر ذلك التساؤل حول مدى ملاءمة تدخل المشرع الجنائى للعقاب على الدخول المجرى إلى نظام الحاسب، فىرى المشرع الإنجليزى فى قانون 1990 أنه لا يمكن عقاب كل من يقرع على باب الحاسب الآلى، وإنما يجب أن يحاط التجريم بشروط محددة، أما المشرع الفرنسى فيذهب إلى أن هذه الجريمة تقوم بمجرد فعل الدخول بغض النظر عن النتيجة التى تعقب هذا الدخول، أما المشرع الأمريكى فذهب إلى أن جريمة الدخول غير المشروع هى الجريمة المعلوماتية الأساسية أماما يعقب بعدها من أفعال فهى لا تشكل سوى ظروف مشددة⁽¹³⁾ إذاً فطبيعة هذه الجريمة هى شكلية تقع بمجرد أتيان النشاط وهو الدخول فى النظام سواء بطريقة مشروعة أو غير مشروعة، مقصودة أو غير مقصودة، ومع ذلك قد يترتب على جريمة الدخول إلى النظام أو البقاء فيه أضراراً بالمعطيات سواء بمحوها أو بتعديلها أو أفسادها ولكن هذا الضرر يمكن أن يشدد العقاب على الجاني وبالتالى تقع الجريمة ولو لم تكن لدى الجاني النية فى تحقيق نتيجة ما⁽¹⁴⁾، أما عن الشروع فى هذه الجريمة فهو يقع بمحاولة الدخول إلى النظام بطريقة غير مشروعة وذلك بمجرد (عمل الهاكر) الذى يحاول تخمين كلمة المرور.⁽¹⁵⁾

⁽¹²⁾ أنظر فى ذلك د. نائلة عادل محمد فريد، جرائم الحاسب الإقتصادية، دراسة نظرية تطبيقية، دار النهضة العربية،

2003، 2004، ص 330.

⁽¹³⁾ المرجع السابق ص 330.

⁽¹⁴⁾ د. محمد محمد شتا، فكرة الحماية الجنائية لبرامج الحاسب الآلى، مرجع سبق ذكره، ص 150.

⁽¹⁵⁾ فهو ما نص عليه المشرع السعودى فى مادته العاشرة فى القانون السابق ذكره بقوله (يعاقب كل من شرع فى القيام بأى من الجرائم المنصوص عليها فى هذا النظام كما لا يتجاوز نصف الحد الأعلى للعقوبه المقررة، وقررت المادة 7-323 من القانون الفرنسى على معاقبة الشروع فى ارتكاب هذه الجريمة بأفعالها المتعددة بالمواد 1-323 / 3-323 بذات العقوبات المقررة للجريمة التامة.

المطلب الثاني : الركن المادي لجريمة الدخول:

عملت اللجنة الأوروبية بشأن مشاكل الجريمة ولجنة الخبراء في مجال جرائم الكمبيوتر على إعداد مشروع اتفاقية تتعلق بجرائم الكمبيوتر، وعليه أعلن المجلس الأوروبي مشروع هذه الاتفاقية في 27 أبريل 2000.⁽¹⁶⁾ ومن الأفعال التي اعتبرها هذا المشروع - و التي تشكل الركن المادي لهذه الجريمة - الالتقاط العمدي بأي وسيلة تقنية لأي نقل لبيانات كمبيوتر أو داخل نظام الكمبيوتر، أو أي إرسال كهرومغناطيسي من نظام للكمبيوتر يحمل هذه المعلومات (المادة 3 من المشروع) وكذلك الاتلاف والحذف والتعديل والالغاء والمسح العمدي لأي من البيانات ومن الجرائم الملحقة بجرائم الكمبيوتر تزيف برامج الكمبيوتر سواء بالإدخال أو التعديل أو التبديل أو المسح العمدي للبيانات لاستخدامها من الناحية القانونية كما لو كانت أصلية، ولا يشترط أن يكون في الامكان قراءة هذه البيانات أو أن تكون واضحة⁽¹⁷⁾ وكذلك من الأفعال المادية لهذه الجريمة التسبب العمدي في فقد ملكية أي شخص آخر سواء بالإدخال أو التعديل أو الالغاء أو المسح لبيانات تخص الكمبيوتر وكذلك التدخل في عمل الكمبيوتر بقصد الحصول على أي فوائد اقتصادية لنفسه أو للغير، وللتوضيح أكثر حول فعل الركن المادي الذي تقع به هذه الجريمة يتعين النظر في التشريعات المقارنة للوقوف على مثل هذه الأفعال ومنها المشرع الأمريكي في تشريعاته المنصوص عليها سابقاً والذي عاقب على هذه الجريمة بمجرد الدخول عمداً على جهاز كمبيوتر بدون تصريح أو أن يحصل متجاوزاً التصريح الممنوح له بأي وسيلة كانت على معلومات حددت حكومة الولايات المتحدة الأمريكية أنه لا يجوز الكشف عنها، كما عاقب المشرع الأمريكي على من يدخل على جهاز للكمبيوتر يستخدم في التجارة أو الاتصال بين الولايات ويقوم عمداً بنقل لبرنامج أو معلومة أو كود للكمبيوتر أو نظام للكمبيوتر وعاقب أيضاً على منع الغير من استعمال الكمبيوتر أو النظام أو البيانات وكذلك العاقب على أي نقل لبرامج أو معلومات دون موافقة المسؤولين على الكمبيوتر، أو أن هذا النقل أدى إلى خسائر لشخص أو أكثر تبلغ ألف دولار (1000) أو أكثر خلال فترة سنة أو تعديل أو إفساد كلي أو جزئي لكشف طبي أو علاج أو رعاية صحية⁽¹⁸⁾، وعاقب أيضاً على الغش في استعمال كلمات المرور بما يسمح بالدخول على نظام كمبيوتر دون تصريح إذا كان من شأن ذلك الأضرار بالتجارة.

⁽¹⁶⁾ <http://www.cybercrinc.gov/cocdraft.htm>

⁽¹⁷⁾ د. مدحت عبد الحليم رمضان، الحماية الجنائية للتجارة الالكترونية، مرجع سبق ذكره، ص 39 .

⁽¹⁸⁾ أنظر:

Olivenbaun (Joseph n.), Rethinking Federal computer crine legislation S.H.L.Rev., 1997, Vol. 27.P.586.

وتناول المشرع الفرنسي مجموعة من الأفعال التي تنطوي على تجريمه الدخول غير المشروع وذلك في المواد 1-323 إلى 7-323 وعاقب على الدخول بطريق الغش أو التدليس على نظام للمعلومات أو تعديل البيانات الموجودة بالنظام أو تعديل تشغيل النظام وكذلك إعاقة أو التسبب في تحريف أو تعديل تشغيل نظام معالجة البيانات، وأيضاً عملية إدخال بيانات بطريقة غير مشروعة في نظام معالجة البيانات أو إلغاء أو تعديل البيانات التي يحتوى عليها النظام بطريقة غير مشروعة، وخرج المشرع الفرنسي على القواعد العامة حيث عاقب على الأعمال التحضيرية وذلك في حالة المساهمة في جماعة أو الاتفاق بين مجموعة من الأشخاص للتحضير بعمل أو أعمال مادية لارتكاب جريمة أو أكثر أو ارتكاب جريمة أو أكثر من الجرائم السابقة، وبرر ذلك رغبة المشرع الفرنسي في تقرير نوع من الحماية الوقائية لنظم المعلومات من مخاطر الاعداد لمثل هذه الجرائم⁽¹⁹⁾، فالمشرع الفرنسي قام بتجريم الدخول العمدي غير المشروع على نظام لمعالجة البيانات وكذلك إعاقة تشغيل نظام البيانات وإدخال أو إلغاء بيانات في برنامج معالجة البيانات، وقد توسع المشرع الفرنسي في تحديد هذه الأفعال التي يتوافر بها الركن المادي لهذه الجريمة وسمح بتجريم استعمال أى وسيلة تقنية للدخول على نظام لمعالجة البيانات كالدخول عن طريق كلمة السر الحقيقية إذا لم يكن للجاني حق استخدامها، بأستخدام برنامج أو شفرة خاصة⁽²⁰⁾ ويستوى في جميع الأحوال أن يكون الدخول مشروع أو غير مشروع أو مباشرة أو غير مباشرة، وباعتبار جريمة الدخول من الجرائم الوقتية فيستوى أن تقع من الخبراء أو الأفراد العاديين وتقع حتى لمجرد الفضول وحب الاستطلاع،⁽²¹⁾ وتقع الجريمة تامة لمجرد الدخول غير المشروع ولو لم يتحقق ضرر أو تلاعب في البيانات، أما البقاء داخل النظام فيفترضوا اختلاس وقت النظام ويتخذ صورة الجريمة المستمرة.⁽²²⁾

⁽¹⁹⁾ د. علي عبد القادر القهوجي، الحماية الجنائية للبيانات المعالجة إلكترونياً بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، كلية الشريعة والقانون، الفترة من 1-3 مايو 2000، مجموعة أعمال المؤتمر جامعة الامارات العربية المتحدة - مشار إليه د. مدحت عبد الحليم رمضان، مرجع سبق ذكره، ص 47-48 .

⁽²⁰⁾ Alaw Bensouss An. Internet, Aspects Juridiques. HERNES, 1996, 1997, P. 108.

⁽²¹⁾ Henri Aeterman, La Fraude Informatique, GP. 1988 Doct P.530.

فالدخول إلى المعلومات وأنظمة الحاسبات الآلية قد يتم بطريقة مباشرة عن طريق الحاسب الآلى الذى يحتوى على المعلومات والنظام وقد يكون غير مباشر عندما يدخل الفاعل إلى هذه المعلومات والأنظمة بواسطة نظام آخر يتصل بالأول بواسطة شبكة للاتصالات ويتم ذلك عن طريق اعتراض النظام الأول أو يتصل بالنوع الأول وهو الدخول المباشر عمليات الدخول غير المشروع التي تتم عن طريق العاملين بالمؤسسات (المجنى عليه) ويتصل بالنوع الثاني عمليات الدخول التي تم من الخارجين على هذه المؤسسات. د. نائلة عادل محمد، مرجع سبق ذكره، ص 332.

⁽²²⁾ د. جميل عبد الباقي الصغير، القانون الجنائي والتكنولوجيا الحديثة، الكتاب الأول، الجرائم الناشئة عن استخدام الحاسب الآلى، 1992، دار النهضة العربية، ص 152 وما بعدها.

عليه فالتشريعات المقارنة نصت على الأفعال التي يقع بها الركن المادى لهذه الجريمة وهو الدخول غير المشروع، وإضافة بعض التشريعات منها صورة البقاء غير المصرح به وهى الدخول إلى نظام معين لمدة معينة ولكنه يستمر بعد المدة المصرح له به، ويأخذ صورة الموظف الذى يعمل لدى جهات معينة والتي من حقه استخدام أجهزة كمبيوتر تلك الجهات فى ساعات محددة، ولكنه يسيء استخدامها فى غير تلك الأوقات، وبالتالي فإن الدخول غير المشروع يأخذ صوراً عديدة ومختلفة الغرض منها الاطلاع على البيانات أو نقلها أو تعديلها أو إلغائها وتقع كذلك بمجرد فتح الكمبيوتر أو الدخول عن بعد بالنظام حتى ولو كانت هذه الملفات محمية بكلمة مرور ولم يتمكن من فتحها، ومن جهة أخرى لا يعتبر دخولاً غير مشروع إذا توافر رضا صاحب النظام كأن يكون هناك اتفاق بينهما أو كان الجهازان ينتميان إلى شبكة واحدة، ولا يعتبر دخولاً غير مشروع الجهة العامة التي لها الحق فى مراقبة أجهزة الكمبيوتر المتواجدة لدى الأفراد ما دام أن النظام يسمح لتلك الجهات بممارسة الحق فى المراقبة، وخاصة فى الحالات التي يسمح لها النظام لمكافحة جرائم الأذى والأرهاب والأمن الوطنى، ومن التشريعات العربية فى مكافحة هذه الجريمة ما قام بالمشروع السعودى وفق نظام مكافحة جرائم المعلوماتية 2007 الذى نص فى مادته الثالثة فقرة 3 " على عقوبة السجن مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تزيد على خمسمائة ألف ريال أو بأحدى هاتين العقوبتين، كل شخص يرتكب أياً من الجرائم المعلوماتية الآتية:- 1- 2- الدخول غير المشروع لتهديد شخص أو ابتزازه لحمله على القيام بفعل أو الامتناع عنه، ولو كان القيام بهذا الفعل أو الامتناع عنه مشروعاً.

3. الدخول غير المشروع إلى موقع الكترونى، أو الدخول إلى موقع إلكترونى لتغيير تصاميم هذا الموقع أو إتلافه أو تعديله أو شغل عنوانه.

ونص فى المادة الرابعة فقرة 2 على أنه يعاقب بالسجن كل شخص يرتكب أياً من الجرائم المعلوماتية الآتية: 1- ، 2- الدخول - دون مسوغ نظامى صحيح - إلى بيانات بنكية، أو ائتمانية، أو بيانات متعلقة بملكية أو أوراق مالية للحصول على بيانات أو معلومات أو أموال أو نتيجة من خدمات، ونص فى مادته الخامسة على عقوبة السجن لكل شخص يرتكب أياً من الجرائم المعلوماتية الآتية:- " 1- الدخول غير المشروع لالغاء بيانات خاصة أو حذفها أو تدميرها أو تسريبها أو إتلافها أو تغييرها أو إعادة نشرها.

2- إيقاف الشبكة المعلوماتية عن العمل أو تعطيلها أو تدمير أو مسح البرامج والبيانات الموجودة وحذفها" ، ونص أيضاً فى مادته السابقة فقرة 2 على عقوبة السجن لمدة عشر سنوات وغرامة لكل شخص يرتكب الدخول غير المشروع إلى موقع الكترونى أو نظام معلوماتى مباشرة أو عن طريق الشبكة المعلوماتية أو أحد أجهزة الحاسب الآلى للحصول على بيانات تمس الأمن الداخلى أو الخارجى أو الاقتصاد الوطنى، فالمشروع السعودى حدد وبشكل دقيق الصور التي تقع بها هذه الجرائم وعاقب أيضاً

على كل من حرض غيره أو ساعده أو أتفق معه على ارتكاب مثل هذه الجرائم (المادة الثامنة) ونص أيضاً على العقاب على من شرع في القيام بإى من هذه الجرائم المنصوص عليها في هذه النظام. أما المشرع الانجليزي فقد أطلق قانون إعادة استخدام الكمبيوتر في أغسطس 1990 ووضع ثلاثة بنود فيه وهو البند الأول: الدخول المحظور على مواد الكمبيوتر وهذا النص حدد صور السلوك الأجرامي الذى تقوم به جريمة الدخول وهى إذا قام بفعل يؤثر على أى وظيفة بالنسبة لتأمين إدخال بيانات برنامج أو بيانات موجودة فى الكمبيوتر أو تعمد الدخول المحظور للكمبيوتر وإذا علم الشخص أنه حينما يقوم بهذه العملية أنه يرتكب جريمة، يُعد الشخص هذا مذنباً، أما الصورة الأخرى وهى أن تتجه نية الشخص الذى يرتكب جريمة تحت هذا البند إلى الاعتداء على أى برنامج أو بيانات محددة أو بيانات محددة النوع أو موجودة فى أى كمبيوتر محدد، أما البند الثانى فنص على الاشتراك فى جريمة الدخول المحظور والتسهيل فى استعمالها.

أما المشرع الاماراتى فنص لى القانون رقم 2 لسنة 2006 على جريمة اختراق المواقع والأنظمة الالكترونية وينتج عن ذلك إلغاء أو حذف أو تدمير معلومات أو ترتب عليها نتيجة متعلقة بانتهاك معلومات شخصية، أو فى حال القيام بالفعل أثناء أو بسبب العمل أو التسهيل للغير بالقيام بالفعل. ونص القانون رقم 26 لسنة 2007 السورى المتعلق بالأحوال المدنية على الصور التى تقع بها هذه الجريمة فى مادته السابعة وهى التلاعب بالسجلات أو ضياعها أو تلفها، ونظم جريمة الدخول غير المصرح فى نظام السجل المدنى، وميز بين حالتين الأولى إذا كان الفاعل غير موظف فى وزارة الداخلية فإن الجريمة تقع بمجرد الدخول غير المصرح به إذا تبين أن القصد هو تعديل البيانات حذفاً أو إضافة أو تعديلاً أو تعديل البيانات، أما الثانية وهى إذا كان الفاعل موظفاً فى وزارة الداخلية شريطة أن يكون مخلوفاً بالدخول فى معلومات السجل المدنى، وعاقب المشرع السورى على الشروع بهذه الجرائم فى مادته 73 من القانون المشار إليه بعقوبة الفعل التام،⁽²³⁾ ونص قانون رقم 63 لسنة 2015 فى شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات الكويتى على صور السلوك الاجرامى التى يقع الركن المادى لهذه الجريمة فنص فى المادة الثانية من القانون على الدخول غير المصرح إلى جهاز حاسب آلى أو نظام معلوماتى وذلك إذا ترتب عليه إلغاء أو حذف أو تدمير أو تغيير اتلاف أى معلومات، وشدد العقوبة إذا كانت البيانات أو المعلومات شخصية⁽²⁴⁾، ونص فى المادة الثالثة على صورة الدخول غير المصرح بقصد

⁽²³⁾ وصدرت العديد من القوانين فى هذا الاطار من المشرع السورى ومنها قانون حماية حقوق المؤلف رقم 12 لسنة 2001 وقانون التوقيع الالكترونى وخدمات الشبكة السورى رقم 4 لسنة 2009 وقانون الاعلام السورى رقم 26 الصادر بتاريخ 14-2-2011.

⁽²⁴⁾ وزارة الداخلية - دولة الكويت 30.5.2016

الحصول على بيانات أو معلومات وشدد العقوبة في حالة ترتب على ذلك إلغاء تلك البيانات أو إتلافها أو تدميرها،⁽²⁵⁾ عليه يمكن النظر إلى التشريعات المختلفة التي جرمت الدخول غير المشروع إلى نظام الحاسب الآلي (الكمبيوتر) من عدة أوجه وذلك للوقوف أكثر على معرفة الركن المادى لهذه الجريمة من خلال ما هو محل الدخول وما هو فعل الدخول؟ أما عن محل الدخول فيتعين أستعراض السياسات التشريعية المختلفة في تحديد المحل الذى يتخذه الركن المادى فى جريمة الدخول غير المشروع من خلال:

- الاتجاه الذى يجمع بين المعلومات وأنظمة الحاسبات وشبكة المعلومات (الاتجاه الموسع) وذلك لتشمل شبكة المعلومات ويشمل التجريم علميات الاعتراض غير المشروعة للاتصالات التى تتم من خلال الدخول إلى هذه الشبكات ويعد القانون الفرنسى مثلاً على هذا الاتجاه، ولقد أجمع الفقه الفرنسى من واقع الأعمال التحضيرية للقانون السابق ذكره على أن نظام المعالجة الآلية للمعلومات فى تطبيق المادة 1-321 ينصرف إلى المعلومات والنظام الذى يحتوى عليها وكذلك إلى شبكات المعلومات، ويؤدى هذا التوسع فى تعريف هذه النظم إلى نتيجة مؤداها أن التقاط الاشارات الناجمة عن تبادل المعلومات عبر شبكات المعلومات يعد دخولاً غير مشروع إلى نظام المعالجة الآلية الذى يحتوى على هذه المعلومات⁽²⁶⁾ وهذا ما ذهب إليه الولايات المتحدة الأمريكية فى قانونها الفيدرالى فى المادة (1030).

ووفقاً لهذا التوسع فإن المحل الذى تنصب عليه جريمة الدخول غير المشروع يتسع ليشمل المعلومات وأنظمة الحاسبات الآلية وكذلك شبكة المعلومات⁽²⁷⁾ وتتميز تشريعات أخرى بكونها أكثر صراحةً فى الإشارة إلى شبكات المعلومات كمحل ينصب عليه النشاط الاجرامى فى جريمة الدخول كما فى قانون العقوبات اليونانى والنرويجى والفرنلندى والدنماركى والكويتى والسعودى.⁽²⁸⁾

- الاتجاه الذى يستبعد شبكات المعلومات من نطاق التجريم، ويعد القانون الانجليزى من أبرز الامثلة على هذا الاتجاه وفق قانونه الصادر سنة 1990 الذى عاقب على الدخول غير المشروع إلى البرامج والمعلومات التى يحتوى عليها أى حاسب آلى وقد تضمنت المادة 17 من القانون بعض التعريفات التى تساعد على تفسير نصوصه، إلا أنها لم تتضمن تعريفاً للحاسب الآلى أو البرامج أو المعلومات محل جريمة

⁽²⁵⁾ ونص المشرع الكويتى على عديد القوانين فى جانب حماية الأنظمة الالكترونية والمعلوماتية وهى القانون رقم 20

لسنة 2014 فى شأن المعاملات الالكترونية والقانون رقم 37 لسنة 2017 بإنشاء هيئة تنظيم الاتصالات

⁽²⁶⁾ Repport de Jacques Thydraud, Journal officiel de la République

Francaise, documentation sénat, 1987-1988. 1"section, No3, P.51.

⁽²⁷⁾ وإن كان المشرع الأمريكى وضع ضوابط فيما يتعلق بالمعلومات والأنظمة التى يتم الدخول إليها أنظر فى ذلك:

Olivenbaun (joseph n.), Rethinking Federal Computer Crine Legislation, S.H.L. Rev., 1997, Vol. 27, P. 586.

⁽²⁸⁾ د. نائلة عادل محمد فريد، مرجع سبق ذكره، ص 342.

الدخول ولم تتضمن المادة الأولى أية إشارة إلى شبكات المعلومات بل أقتصرت على البرامج والمعلومات التي يحتوى عليها الحاسب الآلى، ويترتب على ذلك استبعاد المعلومات التي يتم نقلها، وتطبيقاً لذلك وفى إطار التجارة الالكترونية قيام أحد العاملين السابقين بأحد المتاجر فى إنجلترا بزيارة زميله السابق فى العمل أثناء قيامه بشراء بعض المستلزمات من المتجر الذى كان يعمل به، وأثناء انشغال زميله قام المتهم بإدخال بعض التعليمات إلى نظام الحاسب الآلى يتم بمقتضاها خصم نسبة 70% من قيمة البضائع التي كان يريد شراءها، قُدم المتهم للمحاكمة بتهمة الدخول غير المشروع إلى نظام الكمبيوتر تطبيقاً للمادة الأولى من قانون إساءة استخدام الحاسبات الآلية لعام 1990، إلا أن محكمة أول درجة برأت المتهم من التهمة المنسوبة إليه وجاء فى حكمها " أن العبارات الواردة بالمادة الأولى سالفه الذكر تتطلب أن يتم الدخول إلى الحاسب الآلى عن طريق حاسب آلى آخر حيث أن هذه المادة تتطلب الدخول غير المشروع إلى المعلومات والبرامج التي يحتوى عليها أى حاسب آلى وليس الحاسب الآلى الذى يستخدمه المتهم والا جاء نص المادة متضمناً تجريم الدخول إلى المعلومات والبرامج التي يحتوى عليها هذا الحاسب الآلى أو أى حاسب آلى آخر" إلا أن محكمة الاستئناف ألغت الحكم المتقدم، وجاء فى حيثيات حكمها أنه لا يجب تحميل عبارات النص أكثر مما تحتمل، حيث أن النص لم يحدد نطاق تطبيقه بضرورة أن يكون الدخول إلى الحاسب الآلى بواسطة حاسب آلى آخر، وإنما تقوم الجريمة بوجود حاسب آلى واحد هو المحل الذى ينصب عليه فعل الدخول". (29)

- أما تجريم الدخول غير المشروع إلى أنظمة الحاسبات الآلية عبر شبكة المعلومات، وهذا ما نص عليه التعديل الذى أدخله قانون العقوبات السويسرى سنة 1995 فى المادة 143 وذلك بمعاينة على الدخول غير المشروع إلى أنظمة الحاسبات الآلية بواسطة جهاز لنقل المعلومات، فالنص المتقدم لا يعالج سوى حالات الدخول التي تم عن طريق أشخاص خارج المؤسسات التي تحتوى على الأنظمة بواسطة شبكات الاتصالات العامة، وكذلك المادة 76 من قانون العقوبات الاسترالى الصادر سنة 1989 حيث تم تجريم الدخول غير المشروع إلى أنظمة الحاسبات الآلية التي لا تتبع الكومونولث بشرط أن يكون الدخول إليها قد تم بواسطة شبكات الاتصالات العامة.

- أما تجريم الدخول غير المشروع إلى أنظمة الحاسبات الآلية وشبكات المعلومات وتجريم اعتراض عملية نقل المعلومات بنصوص منفصلة تجرم كلا منهما على حده، وهذا ما ذهب إليه القانون البرتغالى رقم 109 لسنة 1991 الخاص بجرائم المعلوماتية.

- وتجريم الدخول غير المشروع إلى المعلومات التي يتم معالجتها آلياً ومنها القانون السويدى فى مادته 21 الصادر سنة 1973 والمعدل بالقانون رقم 1986 و 1990 فكل معلومة يتم تسجيلها على أى

(29) د. نائلة عادل محمد فريد، مرجع سبق ذكره، ص 337.

وسيط لتخزين المعلومات كالشروط الممغنطة على سبيل المثال، والتي تشكل جزءاً من الحاسب الآلى ولا يمكن الوصول إليها إلا من خلال نظم المعالجة الآلية للمعلومات تعد محلاً يمكن أن ينصب عليه فعل الدخول غير المشروع⁽³⁰⁾.

وأخيراً تجريم الدخول إلى أحد الأجزاء التي يتكون منها نظام المعالجة الآلية للمعلومات، كالقانون الفنلندي الذي يُجرّم صراحةً الدخول إلى أى جزء من الأجزاء التي يتكون منها نظام المعالجة الآلية للمعلومات، أما عن فعل الدخول فهو الذى ينطوى على نشاط ذهني يقوم به الفاعل وليس نشاطاً مادياً محضاً، والأسئلة المطروحة حول فعل الدخول كثيرة ومتفرعة فهل يمكن تجريم الدخول بمجرد قراءة المعلومات على الشاشة دون أى نشاط سابق من الفاعل؟ وهل يكفي مجرد الدخول إلى نظام الحاسب لقيام الجريمة؟ وهل تقوم الجريمة بالبقاء غير المشروع داخل النظام؟ وهل يستوى الدخول إلى النظام واعتراضه لقيام الجريمة؟ وهل يشترط للعقاب على الدخول أن يتم اختراقاً للاجراءات الامنية التي تحمي النظام، أى هل يجب أن يتمتع النظام بهذه الحماية لتجريم الدخول إليه؟ سوف نحاول بأختصار الاجابة عن هذه الأسئلة من واقع التشريعات المختلفة، لا شك أن تحديد الشخص المسئول عن نظام الحاسب الآلى يسمح بتحديد الأشخاص الذين ينطبق عليهم وصف الدخول غير المشروع، ذلك أن الذى يملك حق الدخول إلى نظام الحاسب هو المسئول عنه أو من يحصل منه على ترخيص بهذا الدخول، أما ما عدا ذلك فهو غير مصرح له، وبناء على ذلك فهناك أشخاص داخل المؤسسة المسئولة عن النظام ينطبق عليهم بصفة عامة صفة الدخول غير المشروع، وكذلك أشخاص خارج المؤسسة المسئولة عن النظام، وهؤلاء يدخلون إلى نظام الحاسب إما مباشرة أو عن طريق اعتراض هذا النظام (غير مباشر) كما سبق أن بيناه، وللقوف على ذلك نعرض تطبيقات قضائية لتوضيح ذلك، تعرض القضاء الانجليزي لحالة الدخول المشروع إلى نظام الحاسب الآلى لغرض غير مشروع وتتلخص وقائع القضية في قيام شرطين بالدخول إلى نظام الحاسب الآلى الخاص بالإدارة التابعين لها للحصول على بعض المعلومات لأغراض لا تتعلق بعملها، وقُدمت للمحاكمة بتهمة الدخول غير المشروع تطبيقاً للمادة الأولى من القانون الانجليزي وقد أدانت محكمة أول درجة المتهمين بتهمة الدخول، إلا أنهم طعنوا في الحكم وألغت محكمة الاستئناف حكم محكمة أول درجة، وذهبت إلى أن المتهمين يملكان الحق في الدخول إلى نظام الحاسب الآلى وأن استخدام هذا الحق في عرض غير مشروع لا ينفى أن الدخول مشروع.⁽³¹⁾

⁽³⁰⁾ أنظر:

Jareborg (Nils), Computer Crimes and Other Against information technology in Sweden, (R.P.L., 1993, Vol. 64, pp. 587-588)

⁽³¹⁾ مشار إليها د. نائلة عادل محمد، مرجع سبق ذكره، ص 343، وأنظر أيضاً:

والقضية الثانية تتعلق بطلب تقدمت به حكومة الولايات المتحدة الأمريكية إلى المملكة المتحدة لتسليم إحدىعاملات شركة أمريكان إكسبريس لقيامها بالدخول إلى نظام الحاسب الآلى الخاص بالشركة للحصول على بعض البيانات الخاصة ببعض العملاء لأسباب تتعلق بالعمل، وقد ذهبت محكمة الاستئناف الإنجليزية إلى أن الفعل الذى قامت به المتهمه لا يشكل جريمة وفقاً للقانون الإنجليزي، حيث يشترط لانطباق المادة الأولى من قانون إساءة استخدام الحاسبات الآلية الإنجليزي السابق الإشارة إليه أن يكون الدخول غير مشروع وهو ما لم يتحقق فى هذه الحالة، وقد أنتقد الحكمان الاستئنافيان السابقان بشدة نظراً لتضييق نطاق تطبيق قانون إساءة استخدام الحاسبات الآلية الإنجليزي⁽³²⁾، هذا من حيث الأشخاص أما عن مدى ضرورة وجود نشاط يسبق الدخول إلى نظام الحاسب الآلى، فقد تبين أن مواقف التشريعات منها، فقد اتجهت بعض التشريعات إلى استبعاد ما يسمى بالدخول الذهني المحض كالقانون الإنجليزي فمجرد قراءة المعطيات على الشاشة لا يكفى لتحقق الركن المادى للجريمة، كما استلزمت تشريعات أخرى استخدام وسائل محددة لقيام الجريمة وهو ما يعنى ضرورة القيام بنشاط ما ومن هذه التشريعات قانون العقوبات الهولندى فهو يستلزم لقيام الجريمة أن يتم الدخول عن طريق مخالفة القواعد الأمنية أو استعمال وسائل تقنية أو استخدام شفرة غير صحيحة وكذلك قانون العقوبات السويسرى الذى يشترط جهاز لنقل المعلومات وكذلك وقانون العقوبات الكندى والفنلندى وعلى عكس من ذلك لم تتضمن تشريعات أخرى أية اشارة إلى طلب نشاط ما سابق عن فعل الدخول أو أى وسائل محددة كالقانون الفرنسى والبرتغالى والأمريكى وبعض التشريعات العربية السابق ذكرها، وأتجهت تشريعات أخرى إلى تجريم الدخول إلى المعطيات التى يحتوى عليها نظام الحاسب الآلى من معلومات وبرامج دون أن تشير إلى النظام ذاته كمحلل للجريمة، وسيخلص من هذا الاتجاه أنه يمكن العقاب على مجرد قراءة معلومات سرية على شاشة الحاسب الآلى دون أن يتطلب ذلك قيام الفاعل بالدخول إلى النظام لاحضار المعلومات كقانون العقوبات السويدى والدنماركى واليونانى.

أما عن الدخول المجرد إلى نظام الحاسب الآلى، فيرى البعض أنه ليس من الضرورى أن ينجح الفاعل فى الدخول إلى أى من المعلومات أو البرامج كى يتم النشاط الإجرامى فى هذه الجريمة، بل يكفى مجرد الدخول إلى نظام الحاسب الآلى وذلك أنه ولئن كانت العلة من تجريم الدخول غير المشروع هى حماية

(32) أنظر:

- R.V.Bow street magistate and Allison (AP), ex parte US government (1999) 3 WLR 620.
- Bainbridge (David), Introduction to computer law, Op. Cit., P. 312; Walden (Lan), Op. Cit., P. 286.

المعلومات من الوصول إليها والتلاعب بها، إلا أن هذه الجريمة هي من الجرائم التي تمثل عدواناً محتملاً على الحق وليست من الجرائم التي تتمثل في تحقيق العدوان على الحق الذي يحميه القانون، وتأخذ أغلب النصوص القانونية التي تناولت جريمة الدخول غير المشروع إلى نظام الحاسب بهذا الرأى، وهو العقاب على فعل الدخول بمجرد أن يبدأ الفاعل بتشغيل الحاسب الآلى⁽³³⁾، إلا أن هناك تشريعات أخرى تتطلب أن يتم الوصول إلى المعلومات التي يتضمنها النظام لقيام الجريمة ففي الولايات المتحدة الأمريكية تعاقب على فعل الدخول للحصول على معلومات محددة وكذلك في التشريع الإسترالي.

وهذا ما يجعلنا ندخل في تحديد الطبيعة القانونية لفعل الدخول وهل هو جريمة مادية أم جريمة شكلية بمعنى آخر هل يجب أن يكون هذا الدخول منتجاً لأثره أى أن يؤدي إلى تحقيق نتيجة إجرامية محددة وهى الوصول إلى المعلومات كما بينا سابقاً أم أن الجريمة تتم بمجرد الدخول، ويبدو أن الأفضل في ذلك هو ما ذهب إليه قانون إساءة استخدام الحاسبات الآلية في إنجلترا سواء فيما يتعلق بتحديد أن فعل الدخول لا يتم إلا من خلال سلوك إيجابى يتمثل في أى فعل من شأنه أن يتسبب في أن يقوم الحاسب الآلى بأية وظيفة كانت أو فيما يتعلق بتحديد أن الدخول إنما يكون للحصول على المعلومات، فيجب أن يصل الفاعل إلى المعلومات المخزونة داخل الحاسب الآلى، فالحكمة من تجريم الدخول غير المشروع هى حماية المعلومات بمعناها الواسع، أما حماية النظام ذاته والحفاظ على حق المسئول عن النظام في السيطرة عليه فيمكن تحقيقه بالعقاب على الشروع في جريمة الدخول غير المشروع،⁽³⁴⁾ حيث يمكن في هذه الحالة تجريم النشاط المتمثل في تشغيل الحاسب إلى الدخول إلى النظام والمعلومات والبرامج التي يعتدى عليها دون أن يتمكن الفاعل من الوصول إلى هذه المعلومات لأسباب خارجه عن إرادته كما ذهبت إلى ذلك تشريعات عديدة كالولايات المتحدة الأمريكية والبرتغال وفنلندا والسويد، بل أن الأخيرتين تعاقبا على الأعمال التحضيرية التي تسبق هذه الجريمة، أما عن البقاء غير المشروع داخل نظام الحاسب الآلى وهو المتمثل في أن يجد الشخص نفسه داخل نظام الحاسب آلى غير مسموح له بالدخول إليه (الخطأ) أى يجد نفسه بسبب الخطأ - كاستخدام شفرة خاطئة مثلاً - داخل نظام آخر، وفي هذه الحالة قد يقوم هذا الشخص بالخروج من هذا النظام بمجرد تبينه للخطأ الذى وقع فيه وقد يستمر في البقاء داخل النظام على الرغم من معرفته أن هذا النظام غير مسموح له بالدخول إليه، ومما لا شك فيه

⁽³³⁾ حيث يتم إرسال إشارة كهربائية نحو وحدة المعالجة المركزية - هى الوحدة المسؤولة عن كل العمليات التي يجريها الحاسب الآلى والمسؤولة عن تنفيذ البرامج الموضوعه لها بدقة - والتي تقوم بدورها بإرسال البرنامج المسئول عن تشغيل ذاكرة القراءة، د. نائلة عادل محمد، مرجع سبق ذكره ص 355 وهذا ما تتطلبه النصوص القانونية في كل من فرنسا واليونان والبرتغال وفنلندا وهولندا.

⁽³⁴⁾ للمزيد حول الشروع في الجرائم المعلوماتية راجع: خالد بن مرزوق بن سراج، الجوانب الإجرائية في الشروع في الجرائم المعلوماتية، دراسة مقارنة، مركز الدراسات العربية، القاهرة، 2014، ص 43 وما بعدها.

أن اتجاه إرادة الفاعل إلى البقاء داخل هذا النظام على الرغم من معرفته أنه غير مسموح له بالبقاء فيه لا يختلف في جوهره عن الدخول غير المشروع فالنتيجة الاجرامية في الحالتين واحدة وهي الوصول إلى نظام غير مسموح بالدخول إليه، فذهب المشرع الفرنسي على تجريمه البقاء غير المشروع داخل نظام الحاسب الآلي وتطبيقاً لذلك ذهبت محكمة استئناف باريس في حكم لها صادر في 5 أبريل 1994 إلى أن القانون يجرم البقاء غير المشروع داخل نظام الحاسب الآلي سواء كان الدخول قد تم عن طريق الخطأ أو تم بطريقة مشروعة إلا أنه اكتسب بعد ذلك صفة عدم المشروعية، كما لو فقد الفاعل حقه في البقاء نتيجة لخطأ من جانبه، ويذهب البعض إلى أن الاختلاف بين جريمة الدخول غير المشروع وجريمة البقاء داخل هذا النظام بعد دخوله عن طريق الخطأ يكمن في أن الأولى جريمة إيجابية من ناحية ووقائية من ناحية أخرى، في حين أن الثانية جريمة سلبية من ناحية ومستمرة من ناحية أخرى، لذا لا يمكن الجمع بينهما في نص قانوني واحد نظراً لاختلاف الطبيعة القانونية لكل منهما، فكون البقاء داخل الحاسب الآلي جريمة مستمرة نظراً لاستمرار الاعتداء على المصلحة التي يحميها القانون كلما أستمر البقاء غير المشروع داخل نظام الكمبيوتر، كما أن الدخول غير المشروع يعد جريمة وقتية سواء كان الدخول غير المشروع مجزماً بمجرد الدخول أو بالدخول إلى المعلومات التي يحتوى عليها جهاز الحاسب، إلا أننا إذا كنا نتفق أن الدخول غير المشروع هو سلوك إيجابي فإننا لا نرى في أن البقاء غير المشروع سلوك سلبي، فليس الامتناع عن الخروج من النظام الذي تم الدخول إليه هو مناط التجريم، بل البقاء داخل هذا النظام بعد الدخول إليه عن غير قصد مع العلم بأن هذا البقاء غير مسموح له به، وهو ما يشكل سلوكاً إيجابياً.⁽³⁵⁾

ومع هذا كله يمكن حسب رأينا القول بأن جريمة الدخول غير المشروع هي جريمة متتابعة الأفعال حيث تقوم بأفعال متعددة يجمع بينها وحدة الحق المعتدى عليه ووحدة الغرض الاجرامى المستهدف بها، والذي يتطلب أيضاً لاشارة صراحة إلى جريمة البقاء غير المشروع داخل النظام صراحة سواء كانت جريمة الدخول تتم بمجرد الدخول إلى النظام أو تتم بالوصول إلى المعلومات والبرامج لما يشكله فعل البقاء من تهديد للمعلومات والنظام،⁽³⁶⁾ أما عن الاعتراض غير المشروع لنظام الحاسب الآلي يعد جريمة كونه يؤدي

⁽³⁵⁾ د. نائلة عادل محمد، مرجع سبق ذكره، ص 361 وأنظر أيضاً د. محمود نجيب حسنى شرح قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة والنظرية العامة للعقوبة والتدبير الاحترازي، 1989 فقرة 309، ص 282 وأنظر أيضاً: د. محمد عبد اللطيف عبد العال، الجرائم المادية وطبيعة المسؤولية الناشئة عنها، دار النهضة العربية، 1997، ص 74 وما بعدها.

⁽³⁶⁾ للأستاذة أنظر د. جميل عبد الباقي الصغير، مرجع سبق ذكره، ص 150، أنظر أيضاً:

Alain Bensoussan. Internet, Aspects Juridiques, Hermes. 1996-1997- P.

إلى نتيجة واحدة مع فعل الدخول وهي الوصول إلى معطيات غير مسموح للفاعل الوصول إليها، ويمكن تشبيه اعتراض نظام الحاسب الألى بالتنصت على محادثة تليفونية على سبيل المثال فالاعتراض هو التقاط الموجات الكهربائية وجمع المعلومات عن بعد، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة الجرح المستأنفة في فرنسا بإدانة أحد مندوبي شركة فرنسا للاتصالات والذي كان مكلفاً بالرقابة والإشراف على سنترال تليفوني بتهمة الدخول غير المشروع إلى نظام المعالجة الآلية للمعلومات،⁽³⁷⁾ وكذلك لا يشترط للعقاب على مجرد الدخول إلى النظام أو البقاء فيه بطريق غير مشروع أن يكون النظام الذي تم الدخول إليه أو البقاء فيه محمياً بأجهزة أمان لأن ذلك يؤدي إلى قصر نطاق الحماية الجنائية على الأنظمة الحمية فقط، دون الأنظمة المفتوحة للجمهور مثل الدليل الإلكتروني.⁽³⁸⁾

المبحث الثاني: الركن المعنوي لجريمة الدخول ووسائل مكافحتها:-

المطلب الأول: الركن المعنوي لجريمة الدخول وصورها:

أولاً : الركن المعنوي:

جريمة الدخول إلى النظام بطريق غير مشروع أو البقاء فيه جريمة عمدية، والقصد العام كاف لقيامها، وهذا يتطلب علم الجاني بأنه يدخل إلى نظام المعالجة الآلية للمعطيات الخاصة بالغير أو أن يدخل فيه دون أن يكون له الحق في ذلك، وأن تنجحه إرادته إلى ارتكاب هذه الجريمة، ويستدل على توافر سوء النية لدى الجاني إذا كان دخوله إلى النظام نتيجة اختراقه واعتراضه لجهاز الأمان الذي يحمي هذا النظام، أو إذا كان الدخول إلى النظام أو البقاء فيه يقتصر على من يحمل بطاقة معينة أو شفره من قبل صاحب النظام فقام الجاني بسرقة البطاقة أو قام بتزويرها أو توصل إلى كلمة السر أو الشفرة بطريق غير مشروع ودخل بها إلى النظام، ويتطلب العلم والإرادة معرفة موضوع الحق المعتدى عليه فيتعين توافر علم الجاني أن فعله ينصب على نظام الحاسب الآلى مما يتضمنه من معلومات وبرامج بأعتبره محل الحق الذي يحميه المشرع، فإذا اعتقد الفاعل بناء على أسباب معقولة أنه يقوم على سبيل المثال بإجراء بعض العمليات الحسابية عن طريق الحاسب الآلى دون أن يتجحه علمه إلى أنه يقوم بالدخول إلى نظام الحاسب بما يحتوى عليه من معلومات وبيانات فإن قصد الدخول لا يتوافر لديه ولا يسأل جنائياً لانتفاء القصد الجنائي لديه، أما إذا دخل بطريق الخطأ ولكنه ظل موجوداً داخله مع علمه بذلك فإنه يقع تحت طائلة

CA. Aix-en province, 13e ch, 23 Octobre 1996, J.C.P éd. E mai 1998. ⁽³⁷⁾
Droit de l'informatique, chron No 26, P. 848, note VIV ANT (nichel) et
LE Stang (christian), G.P.20-22 Juillet 1997, P. 34.

أنظر أيضاً: د. جميل عبد الباقي الصغير، الانترنت والقانون الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 61 .

⁽³⁸⁾ د. محمد محمد شتا، فكرة الحماية الجنائية لبرامج الحاسب الآلى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2001، ص

القانون⁽³⁹⁾، ويتوافر القصد الجنائي ولو لم يتوقع الجاني أى أثار عن فعله، كونه دخل إلى نظام غير مشروع له بالدخول إليه ولا يشترط أن يتوقع الضرر الذى سوف يلحق النظام أو صاحبه من جراء هذا الدخول⁽⁴⁰⁾ وقد نصت المادة 17 من قانون إساءة استخدام الحاسبات الآلية فى المملكة المتحدة على أن التحقق من توافر النية الإجرامية فى جريمة الدخول غير المشروع إلى نظام الحاسب الآلى لا ينبغى أن يرتبط بنوعية المعلومات أو البرامج أو الأنظمة محل الجريمة، فالفاعل يسأل عن جرمته ولو لم يكن دخوله مصحوباً بتحديد المعلومات أو البرامج التى تم الدخول إليها⁽⁴¹⁾، وقد تطلبت بعض التشريعات الخاصة بجريمة الدخول غير المشروع قصداً خاصاً إلى جانب القصد العام، مما يترتب عليه تشديد العقوبة، ففى الدنمارك تشدد العقوبة متى ارتكب فعل الدخول بنية الإحاطة بمعلومات تتعلق بالأسرار المتعلقة بعمل إحدى الشركات، وفى أستراليا يوجد نص خاص يشدد العقوبة على من ارتكب فعل الدخول بنية الأضرار بالغير وفى النرويج تشدد العقوبة على نحو ملحوظ متى ارتكب فعل الدخول غير المشروع بنية حصول الفاعل له أو للغير على ربح غير مشروع أو الحاق الضرر بالغير نتيجة للاطلاع على المعلومات التى يعتدى عليها النظام،⁽⁴²⁾ أما القانون البرتغالى فتطلب قصداً خاصاً لجريمة الدخول غير المشروع، فالمادة السابقة من القانون البرتغالى للجرائم المعلوماتية لسنة 1991 يعاقب كل من يقوم على نحو غير مشروع بالدخول إلى أنظمة أو شبكات المعلومات بنية الحصول له أو للغير على ربح أو فائدة غير مشروعة، وتطلب المشرع السعودى فى قانونه الصادر سنة 2007 والسابق الإشارة إليه، توافر قصداً خاصاً سواء فى مادته الثالثة والخامسة والسابعة، وهو قصد الجاني من الدخول غير المشروع لغرض التهديد أو الابتزاز أو بغرض الحصول على بيانات تمس أمن الدولة أو تمس الاقتصاد الوطنى، وقد تضمن قانون إساءة استخدام الحاسبات الآلية الإنجليزى لسنة 1990 فى مادته الثانية نصاً يجرم الدخول غير المشروع متى توافر لدى الفاعل قصداً خاصاً يتمثل فى نية ارتكاب جريمة أخرى لاحقه على هذا الدخول كالسرقة أو التهديد أو النصب.⁽⁴³⁾

ثانياً: صور جريمة الدخول غير المشروع إلى أجهزة الحاسب الآلى ومنظومات المعلومات الالكترونية: لقد أصبحت المعلومة السلعة الرئيسية فى العالم كله أى أن الدول لن تقاس بجيوشها أو قواتها أو ثروتها بل أصبح المقياس الأول لقوة الدول هو مقدار ما تنتجه فى حقل صناعة المعلومات

(39) د. محمد محمد شتا، مرجع سبق ذكره، ص 152 .

(40) د. نائلة عادل محمد، مرجع سبق ذكره، ص 381.

(41) للمزيد حول موضوع القصد الجنائي فى الجرائم المعلوماتية راجع: مروان بن مرزوق الروقى، القصد الجنائي فى الجرائم المعلوماتية، دراسة تأصيلية مقارنة، مركز الدراسات العربية، القاهرة، 2013، ص 36.

(42) المرجع السابق، ص 72 وما بعدها.

(43) د. نائلة عادل محمد فريد، مرجع سبق ذكره، ص 332.

وأستخدامها والتعامل معها وخاصة في مجال التجارة، فالمعلومة قوة، وهذا الانفجار المعلوماتي الذي نشهده الآن في مجال التجارة الالكترونية هو ثمرة المزاوجة بين تكنولوجيا الاتصالات وتكنولوجيا الحاسب الآلي والذي أدى إلى ميلاد علم جديد هو علم اتصالات المعلومات وأستخدامته⁽⁴⁴⁾، عليه فإننا سنتطرق إلى صور جريمة الدخول غير المشروع والتي تشكل في حد ذاتها جرائم معاقب عليها وهي:-

1- الدخول غير المشروع بقصد معرفة معلومات سرية تتعلق بأحدى الشركات التجارية وغيرها:

وقد نصت على هذه أغلب التشريعات فمجرد الدخول تقع الجريمة ويسمى بالدخول المجرد وقد أخذت به تشريعات فرنسا وأمريكا بشرط أن يتعلق فعل الدخول بأنظمة محددة وعلى سبيل المثال أنظمة الحاسبات الآلية للشركات التجارية الكبرى.⁽⁴⁵⁾

2- الدخول غير المشروع لغرض تعديل والتلاعب في المعلومات والبرامج:

ويرى الفقه الجنائي أن نسبة هذا النوع من الجرائم تقدر بحوالي 15% من مجموعة حالات الجرائم المعلوماتية، وتأخذ الصورة الغالبة لهذه البرامج قيام المحرم المعلوماتي بتعديل البرنامج أولاً والتلاعب فيه ثانياً، وذلك لتحقيق أكبر قدر ممكن من الاستفادة المادية⁽⁴⁶⁾ ويكون التعديل دائماً لاختلاس النقود، وتكثر تلك الجرائم في مجال التجارة والحسابات البنكية، أما التلاعب فيكون عادة بزرع برنامج فرعي غير مسموح به في البرنامج الأصلي ويسمح له بالدخول غير المشروع في العناصر الضرورية لأي نظام معلوماتي، ويمكن دفن هذا البرنامج الصغير في مكونات البرنامج الخاص بالمنشأة أو الشركة، ولصغره ولدقته لا يحدث اكتشافه إلا بالصدفة.⁽⁴⁷⁾

⁽⁴⁴⁾ للتوسع حول ذلك أنظر: وليد عاكم، التحقيق في جرائم الحاسوب، بحث منشور على الانترنت:

<http://www.wasmia.com/jazy/crineog.pdf>

⁽⁴⁵⁾ راجع د. مدحت رمضان عبد الحليم، مرجع سبق ذكره، ص 39. د. نائلة عادل محمد فريد، مرجع سبق ذكره، ص 339.

⁽⁴⁶⁾ بحث منشور على الانترنت بتاريخ 25-5-2016 <http://www.jle.gov.sy/index.php/>

أنظر أيضاً بالتفصيل: د. هدى حامد قشقوش، الائلاف العمدي لبرامج وبيانات الحاسب الألكتروني، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، كلية الشريعة والقانون الفترة 1-3- مايو 2000 مجموعة أعمال المؤتمر، جامعة الامارات العربية المتحدة.

⁽⁴⁷⁾ هناك التلاعب في المعلومات ويعد هذا النمط من الاجرام المعلوماتي من أكثر صور الجريمة المعلوماتية شيوعاً في أوربا أنظر في ذلك د. أحمد خليفة الملط، الجرائم المعلوماتية، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006 ص 83 وما بعدها وهناك التلاعب المباشر والتلاعب غير المباشر أما الأول فيتم عن طريق إدخال معلومات بمعرفة المسؤول عن القسم المعلوماتي والذي غالباً ما تسند إليه وظيفة المحاسبة والمعاملات المالية أما الثاني فيتم عن طريق استخدام أحد وسائط التخزين أو بوساطة التلاعب عن بعد بأستخدام وسائل معينة ومعرفة أرقام الشفريات الخاصة بالحسابات، كالتلاعب في الشرائط الممغنطة والتلاعب في البيانات عن بعد. ومن أمثلة الصورة الأولى قيام أحد الموظفين بأحدى فروع الشركة الفرنسية (LsoverstGobain) بإرسال شريط ممغنط احتوى على 139 إذن دفع، وعند معالجته بالبنك في القسم المعلوماتي تم رفض نسخة لعب في طول الشريط والقي القبض على المتهم الذي لو نجحت محاولته لحقق مبالغ طائلة، المرجع السابق ص 180.

3- الدخول غير المشروع بقصد الاضرار بتجارة الآخرين أو للحصول على أرباح غير مشروعة. ويستوى أن يؤدي نشاط الجاني إلى توقف النشاط لأنظمة الشركات الكبرى بصورة دائمة أو مؤقتة، أو أن يستخدم الجاني في ارتكاب الجريمة أى وسيلة من شأنها الاضرار بتجارة الآخرين أو الحصول على أرباح غير مشروعة كالاكتداد المادى على النظام المعلوماتى أو نشر فيروس به حيث أنه يستوى لدى المشرع الوسيلة المستخدمة.

4- الدخول غير المشروع لغرض ارتكاب والتسهيل لجرائم أخرى: ولعل أبرز الأمثلة على هذه الصورة هو القانون الإنجليزى الذى جرم الدخول غير المشروع إلى نظام الحاسب الآلى وذلك بنية ارتكاب أو تسهيل ارتكاب جريمة أخرى، وشدد المشرع الإنجليزى العقوبة فى هذه الحالة إلى السجن لمدة خمس سنوات أو بغرامة يقدرها القاضى أو كليهما معاً، إلا أنه يتطلب الأمر الاشارة إلى تجريم الدخول غير المشروع صراحةً سواء تم بمجرد الدخول إلى النظام أو بالدخول إلى ما يحتوى عليه هذا النظام من معلومات وذلك لغرض ارتكاب أى جريمة أخرى.

5- الدخول غير المشروع بقصد التهديد والابتزاز: وقد أشار ذلك صراحة القانون السعودى الصادر سنة 2007 فى مادته الثالثة وذلك لغرض تهديد شخص أو ابتزازه لحمله على القيام بفعل أو الامتناع عنه، ولو كان القيام بهذا الفعل أو الامتناع عنه مشروعاً فالعقاب هنا هو الدخول بقصد التهديد والابتزاز.

6- الدخول غير المشروع لغرض العبث بالمواقع الالكترونية:

سواء تم ذلك بتغيير تصميم المواقع أو إتلافه أو تعديله فالمعروف دائماً أن هناك اسماً للموقع، فمن يقوم بالدخول فى عنوان الموقع حتى يحول دون استخدامه بشكل أو بآخر تنطبق عليه هذه الصورة مادام أن نيته من وراء الدخول غير المشروع هو الوصول إلى تحقيق تلك الغاية.⁽⁴⁸⁾

المطلب الثانى: العقوبات المقررة لجريمة الدخول غير المشروع ووسائل مكافحتها:

أولاً: العقوبات:

يتطلب بيان هذه العقوبات النظر فى التشريعات التى حرمت الدخول غير المشروع بصوره المتعددة، وأول هذه التشريعات التشريع الفرنسى الذى نص فى مادته 323-1 على العقاب على الدخول بطريق الغش أو التدليس على نظام للمعلومات أو إبقاء الاتصال بطريقة غير مشروعة به بالحبس لمدة سنة وبغرامة مائة ألف فرنك فرنسى إذا ترتب على نشاط الجاني إلغاء أو تعديل البيانات الموجودة بالنظام أو تعديل

⁽⁴⁸⁾ للمزيد حول ذلك أنظر: هدى قشقوش، الائتلاف العمدى لبرامج وبيانات الحاسب الآلى، بحث مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، كلية الشريعة والقانون، جامعة الامارات فى الفترة 1-3 مايو 2000.

تشغيل النظام، وتعاقب المادة الثانية بالحبس لمدة ثلاثة سنوات وغرامة 300.000 ألف فرنك فرنسي على إعاقة أو التسبب في تخريف تشغيل نظام معالجة البيانات، وتعاقب المادة الثالثة بالحبس لمدة ثلاثة سنوات وغرامة 300.000 ألف فرنك فرنسي على عملية إدخال بيانات بطريقة غير مشروعة في نظام معالجة البيانات أو إلغاء أو تعديل البيانات التي يحتوى عليها النظام بطريقة غير مشروعة، ونصت المادة 323-5 على بعض العقوبات التكميلية للعقوبات الأصلية المقررة للجرائم السابقة وهي:-

- الحرمان لمدة لا تتجاوز 5 سنوات من الحقوق المدنية وتلك المتعلقة بالأسرة وفقاً لأحكام المادة 26-131 من قانون العقوبات الفرنسي، - الحرمان لمدة لا تتجاوز 5 سنوات من شغل الوظائف العامة أو نشاط مهني أو اجتماعي، - مصادر الشيء أو الأشياء التي أستخدمت في ارتكاب الجريمة أو اعدت للأستعمال في ارتكابها أو حصلت عنها، - الإغلاق لمدة لا تزيد على 5 سنوات للأماكن أو المشروعات التي أستخدمت في ارتكاب الجريمة، - الأبعاد لمدة لا تتجاوز 5 سنوات عن الاسواق العامة وهي العقوبة التي تحمي المستهلك من مثل هؤلاء الجناة وردعهم عن العودة لمثل هذه الجرائم، - المنع من إصدار شيكات لمدة لا تتجاوز 5 سنوات، - الاعلان ونشر الحكم، وقد نص المشرع الفرنسي على مساءلة الأشخاص المعنوية عن جميع الجرائم السابقة طبقاً لنص المادة 323-6 في ضوء الأحكام العامة لمساءلة الأشخاص المعنوية المنصوص عليها في المادة 121-2 من قانون العقوبات الفرنسي.

أما المشرع الأمريكي فنص على عقوبات مشددة لجرائم الدخول غير المشروع وحدد عقوبات أخرى للشروع فيها وهذا ما تناوله الفصل 1030 من نصوص خاصة تُجرم الاعتداء على الكمبيوتر والمتعلقة بأنشطة متصلة بالكمبيوتر من رقم 1 إلى 6 .

أما المشرع الإنجليزي فنص في قانونه الصادر سنة 1990 على عقوبة السجن لمدة لا تتجاوز ستة أشهر أو لغرامة لا تتجاوز ألف جنيه استرليني أو لكليهما معاً (المادة الأولى) ونص القانون على عقوبات أخرى في حالة الدخول غير المشروع بقصد التسهيل والتحريض على الجرائم بين الجناح والجنايات التي لا تتجاوز 5 سنوات وغرامة يقدرها القاضي أو لكليهما معاً ونص أيضاً على عقوبة السجن لمدة تتجاوز 6 أشهر وغرامة في حالة تبديل أو تحويل مواد الكمبيوتر.

وكانت دولة السويد هي الأولى في إصدار التشريع الذي جرّم الدخول غير المشروع إلى نظام الحاسب الآلي سنة 1973 والمعدّل بالقانون 1986-1990 ونصت على عقوبات وشدت في بعض صورها، وذهبت على أثرها تشريعات أخرى كاليوناني والبرتغالي والفنلندي والهولندي والنرويجي والدنماركي، والألماني والذي أشرت للعباب أن يحصل الفاعل على معلومات نتيجة هذا الدخول، فالمشرع الألماني يعاقب على ما يحصل عليه الفاعل من معلومات، وأن تكون هذه المعلومات مشمولة بحماية نظم أمنية، كما أنه في ظل هذه العقوبات تنص بعض التشريعات على تشديد العقوبة في حالة توافر الظروف المشددة لبعض الجرائم، كفعل اختراق نظام الأمن الخاصة بنظام الحاسب الآلي يجعل فعل الدخول إليه

أكثر خطورة، فوجود هذه الأنظمة قرينة على أهمية المعلومات التي يحتوى عليها نظام الحاسب الآلى الذى تم الدخول إليه وهو ما يقتضى تشديد العقوبة، فالظروف المشددة قد تتعلق بماديات الجريمة أو بركتها المعنوى، فالمادية تتعلق بالجريمة وكيفية ارتكابها وما أكتنفها من ملابسات، كظرف الليل والمحل المسكون والكسر فى جريمة السرقة، أما الظروف الشخصية (المعنوية) وهى تعنى ازدياد خطورة الأثم كظرف الخدمة فى جريمة السرقة⁽⁴⁹⁾، ونص المشرع الاماراتى فى قانونه رقم 2 لسنة 2006 على عقوبة الحبس أو الغرامة فى حالة اختراق المواقع والأنظمة الإلكترونية وشدد العقوبة فى حالة ما ترتب عليه من إلغاء أو حذف أو تدمير معلومات بالأنظمة، ونص القانون السعودى الصادر سنة 2007 والخاص بمكافحة جرائم المعلوماتية فى مادته الثالثة بعقوبة السجن مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تزيد على خمسمائة ألف ريال أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل شخص قام بالدخول غير المشروع إلى موقع إلكترونى أو الدخول إلى موقع الكترونى لتغيير تصاميم المواقع أو اتلافه أو تعديله أو شغل عنوانه، ونصت المادة الخامسة من نفس القانون على عقوبة السجن لمدة لا تزيد على أربع سنوات وبغرامة لا تزيد على ثلاثة ملايين ريال أو بإحدى هاتين العقوبتين كل شخص قام بالدخول غير المشروع لالغاء بيانات خاصة أو حذفها أو تدميرها أو تسريبها أو إتلافها أو تغييرها أو إعادة نشرها، ونص أيضاً فى مادته السابقة على عقوبة السجن لمدة لا تزيد على عشر سنوات وبغرامة لا تزيد على خمسة ملايين ريال أو بإحدى هاتين العقوبتين كل شخص يرتكب الدخول غير المشروع إلى موقع الكترونى أو نظام معلوماتى مباشرة أو عن طريق الشبكة المعلوماتية أو أحد أجهزة الحاسب الآلى للحصول على بيانات تمس الأمن الداخلى أو الخارجى للدولة أو إقتصادها الوطنى، ونصت المادة التاسعة على عقوبة المساهمة الجنائية، فى هذه الجرائم بما لا يتجاوز الحد الأعلى للعقوبة المقررة لها ونصت المادة العاشرة على عقوبة الشروع فى هذه الجرائم بما لا يتجاوز نصف الحد الأعلى للعقوبة المقررة، أما المادة الحادية عشر فنصت على جواز الاعفاء من جميع هذه العقوبات لكل من يبادر من الجناة بإبلاغ السلطات المختصة بالجريمة قبل العلم بها وقبل وقوع الضرر، ونص القانون رقم 26 لسنة 2007 المتعلق بالأحوال المدنية السورى فى مادته 73/د على عقوبة الاشغال الشاقة من ثلاث إلى خمس سنوات لكل شخص غير موظف فى وزارة الداخلية قام بالدخول لغرض تعديل البيانات حذفاً أو إضافة أو تعديلاً، أما إذا كان موظفاً فى وزارة الداخلية فتكون العقوبة الحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة مالية من عشرة آلاف إلى خمسة آلاف ليرة سورية، أما إذا كان قصد الموظف من الادخال هو التزوير فتكون العقوبة الأشغال الشاقة من ستة سنوات إلى عشرة مع العقاب على الشروع فى الجرائم السابقة بعقوبة الفعل التام، كما أوصى المجلس الأوربى فى توصيته

(49) د. محمود نجيب حسنى، شرح قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سبق ذكره.

الخاصة بجرائم الحاسب الآلى بتجريم الدخول غير المشروع واقترحت اللجنة فى تقريرها نصاً خاصاً لهذه الجريمة بمقتضاة يتم تجريم الدخول غير المشروع عن طريق اختراق نظم الأمن الخاصة بهذا النظام.

ثانياً: آليات حماية أجهزة الحاسب الآلى ومنظومات المعلومات الإلكترونية.

لحماية أجهزة الحاسبات والمنظومات المعلوماتية من جريمة الدخول غير المشروع يتطلب الأمر عدة أساليب تتمثل فى الآتى:-

1- يتطلب الأمر تجريم كل دخول غير مشروع إلى أنظمة التجارة الإلكترونية سواء الدخول المجرد المتعلق بأنظمة محددة أو بأنظمة محددة لها عدة أنواع من المعلومات.

2- أسلوب التجريم لفعل الدخول المتعلق بغرض اتلاف المعلومات أو البرامج المخزونة كما فعل التشريع الفيدرالى فى الولايات المتحدة الأمريكية.

3- أسلوب التجريم لفعل الدخول المتعلق باختراق نظم الحاسبات الآلية الكبيرة والصغيرة لغرض الحصول على المعلومات أو اختراق أنظمة المعلومات الإلكترونية.

4- أسلوب التجريم لفعل الدخول لمواقع التجارة الإلكترونية ثم تشديد العقوبة فى بعض الحالات وخاصة إذا كان الغرض هو ارتكاب جرائم أخرى كالغش والنصب والسرقة والاتلاف لهذه المواقع .

5- أسلوب التجريم لفعل الدخول غير المشروع للأنظمة المتعلقة بالاستهلاك اليومى للتجارة الإلكترونية خاصة إذا كان الغرض تغيير الاسعار وأستبدال المعروضات أو بيان عكس المعروض سواء فى النوع أو الكمية أو الجودة أو كيفية الوصول.

وإذا أردنا وضع هذه الأساليب بشكل أكثر ضمانة فلا بد من بيان خطورة جريمة الدخول غير المشروع إلى الكمبيوتر بصفة عامة، فهو أساس الجرائم المعلوماتية الأخرى، على أن يكون مفهوم الدخول هو الوصول إلى المعلومات، كما يتطلب الأمر ضرورة العقاب على الفعل (فعل الدخول) بوصف الشروع متى تحققت أركانه لغرض حماية أنظمة الحاسب الآلى، مع تشديد العقاب فى حالة الدخول عن طريق اختراق نظم الأمن الخاصة مثلاً بالشركات التجارية، وكذلك إذا نتج عن الدخول اتلاف المعلومات سواء كان هذا الاتلاف كلياً أو جزئياً وأخيراً إذا ترتب على فعل الدخول ضرر يلحق بصاحب المعلومات وخاصة المستهلك الإلكتروني الذى يتم الدخول عليه لتغيير المعلومات المطلوبة وكذلك الضرر الواقع على مواقع التجارة الإلكترونية مثلاً، فالأمر يتطلب مواجهة الاعتداءات المتكررة على المعلومات والأنظمة الإلكترونية التى لا تكفى النصوص التقليدية لقانون العقوبات من مواجهتها، فعدد التشريعات تدخلت لحماية المعلومات والأنظمة الإلكترونية من الأفعال الإجرامية كالقانون الفرنسى والأمريكى والسويدى والفنلندى والبرتغالى والدنماركى والانجليزى والاماراتى والسعودى والكويتى والسورى والهدف هو حماية المعلومات الإلكترونية لا سيما حماية التجارة والإقتصاد العام والخاص والدول بصفة عامة، فالتكنولوجيا ليست قاصرة على فرع قانونى بعينه، فآليات الحماية تتطلب تجربة الأفعال السابقة وكذلك تجريم

أستخدام كلمات السر الخاصة بالغير للدخول إلى مواقع التجارة الالكترونية وتجرى تعطيل أو إفساد نظام التشغيل كذلك تجريم نسخ أو تصدير أو أستيراد أى بضائع مشبوهة أو ضارة للمستهلك الإلكتروني مع تجريم التلاعب فى البضائع أو تعديلها أو بيان عكس حقيقتها فى حالة عرضها إلكترونياً، لابد من وضع آلية محددة لتعريف فعل الدخول على الأنظمة والمعلومات، وتحديد الأدوار وطبيعة الأعمال والمسئولية الجنائية المترتبة عليها مع تحديد الطبيعة القانونية للأنشطة التجارية المعروضة على شبكة الانترنت، وتحديد القوانين التى تخضع لها، مع إلزام متعهدى الوصول بأن يتحققوا من هوية مستخدمى الشبكة وخاصة التجارية بين العملاء وأصحاب العمل والذين يتولون توصيلهم بالحاسبات الخاصة وهذه أهم آلية ضامنة لحماية المستهلك الإلكتروني مثلاً، فالصعوبات التى تلاقيها المحاكمات فى إطار شبكة المعلومات قد تؤدى فى الواقع ببعض الهيئات القضائية إلى مجاملة القاء المسئولية الجنائية على بعض المتدخلين فى الشبكة وخصوصاً متعهدى التوصيل مثلاً، فالأمر يتطلب رصد جرائم الادخال عن طريق مجموعات متخصصة فى أمن المعلومات وهو ما ذكره مسؤول شركة أفاست لأمن المعلوماتية على مدونته " لقد رصدنا أكثر من 75 ألف هجوم فى 99 بلداً" وذلك فى منتصف عام 2017، كما قالت شركة "فودسبوينت سيكيوريتى لابس المتخصصة فى أمن المعلوماتية أنها رصدت " حملة كبيرة من الرسائل الالكترونية المعادية" بالفيروس المعلوماتى الخبيث، وأوصت جميع شركات الأمن المعلوماتى بتحديث برامج أمن المعلومات وبرامج مكافحة الفيروسات الإلكترونية وهذه من أهم آليات الحماية وعدم الدخول فى برامج ابتزاز الأموال من قبل القرصنة، كل ذلك لسد ثغرات النظام الإلكتروني.⁽⁵⁰⁾

خاتمة البحث وتوصياته:

الدخول غير المشروع داخل أنظمة الحاسب الآلى سواء بطريق مباشر أو غير مباشر لا يختلف من حيث وجوب التجريم، فالنتيجة الاجرامية واحدة تتمثل فى الوصول إلى نظام غير مصرح بالدخول إليه فالمصلحة التى يحميها القانون هى حماية أنظمة الحاسبات الآلية وما تحويه من معطيات واحدة فى الحالتين، وقد أتجهت عديد التشريعات على تجريم الدخول غير المشروع إلى أنظمة الحاسب الآلى وأنظمة المعلومات وأنها من الأنشطة الإجرامية الأكثر أنتشاراً بين جرائم الحاسب الآلى والانترنت، وتختلف الوسائل التى يمكن اللجوء إليها من أجل الدخول غير المشروع إلى تلك الأنظمة، إلا أنها جميعها تفترض قدراً من المعرفة بتكنولوجيا الحاسبات الآلية وإن كانت تتراوح فى مداها، وقد حرص مجلس أوربا على التصدى للأستخدام غير المشروع للحاسبات وأنظمة المعلومات وتجلى ذلك فى اتفاقية بودابست الموقعة فى 23 نوفمبر 2001 المتعلقة بالإجرام الكونى بمعنى الاجرام المعلوماتى أو الجرائم المعلوماتية ويكفى الادخال بأدخال البيانات على شبكة معينة من خلال عنوان المرسل إليه حتى تصبح متوافرة لأى

⁽⁵⁰⁾ راجع فى ذلك <http://www.youn7.comstory>

شخص يريد الدخول إليها،⁽⁵¹⁾ كما أن الاستخدام العام للبريد الإلكتروني ووصول الجمهور لمواقع الويب عبر الانترنت من أمثلة هذا التطور الذي قلب أوضاع مجتمعنا، وكان لكثرة مثل هذه الجرائم سهولة الوصول إلى المعلومات في النظم المعلوماتية مع الامكانيات اللا محدودة لتبادلها وإرسالها بصرف النظر على المسافات الجغرافية أدى إلى نمو هائل في حجم المعلومات المتاحة والتي يمكن الحصول عليها، وقد خلت التشريعات الجنائية وغيرها في ليبيا من النص على مثل هذه الجرائم أو حتى الإشارة إليها الأمر الذي يصعب معه تحديد مفهوم هذه الجريمة وبيان أركانها في التشريع الليبي.

التوصيات:

- 1- ضرورة مواكبة القانون الجنائي للتطورات التكنولوجية التي تقدم فرصاً واسعة لاساءة استخدام إمكانيات الفضاء المعلوماتي وأن يعمل على ردع هذه الأفعال الاجرامية، مع تطبيق العقوبات المقررة في تكنولوجيا المعلومات.
- 2- الرقابة الصارمة على الحاسبات الآلية وأنظمة المعلومات، للحد من مثل هذه الجرائم نظراً لاتساع دائرة مستخدمي الانترنت فلم تعد مقتصرة فقط على الباحثين فقط بل تضم أجيالاً مختلفة وثقافات متفاوتة.
- 3- كما أن أساليب الاستخدام تنوعت وتعددت أشكالها فالأمر يتطلب النص على تجريم هذه الجريمة بشكل مستقل في تشريعات الدول نظراً لاتساع مجالاتها ومستخدميها، مع النص على عقوبات رادعة للتخفيف من اتساع مثل هذه الجرائم.
- 4- مع الأخذ في الاعتبار أن الحماية الجنائية التي يوفرها القانون الجنائي لم تتأكل بفعل التطورات التكنولوجية ورغم أن القوانين الجنائية على ما هي عليه الآن، وقد نجحت في بعض الحالات في ملاحقة جرائم الكترونية، سيؤدي أذخال بعض التعديلات الرئيسية على تلك القوانين إلى حسم بعض الموضوعات التي يثار حولها الجدل ومن ثم تسهل ملاحقة الجرائم الالكترونية ومحاكمة مرتكبيها.
- 5- ضرورة مواكبة مشرعنا في ليبيا للتطورات التكنولوجية والنص على مثل هذه الجرائم وتحديد مفهومها وأركانها والعقوبات المقررة لها، مع تحديد آلية حماية الأنظمة الالكترونية وضمان فاعليتها.

⁽⁵¹⁾ د. علاء عبد الباسط خلاف، الحماية الجنائية لوسائل الاتصال الحديثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 26، أنظر أيضاً د. عادل أبو هشيمة محمود، عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 23، وما بعدها، أنظر أيضاً:

قائمة بأهم المراجع

- (1) د. أسامة عبدالله جايد، الحماية الجنائية للحياة الخاصة وبنوك المعلومات، دار النهضة العربية، 1988، ص 86 وما بعدها.
- (2) منير محمد الجنيهي، ممدوح محمد الجنيهي، جرائم الأنترنت والحاسب الآلي ووسائل مكافحتها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.
- (3) نائلة عادل محمد فريد، جرائم الحاسب الآلي الإقتصادية، دراسة نظرية تطبيقية، دار النهضة العربية 2003-2004.
- (4) د. خالد ممدوح إبراهيم، أمن الجريمة الالكترونية، الطبعة الأولى، الدار الجامعية، 2007.
- (5) د. مدحت عبد الحليم رمضان، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012.
- (6) د. علي عبد القادر القهوجي، الحماية الجنائية للبيانات المعالجة إلكترونياً بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، كلية الشريعة والقانون، الفترة من 1-3 مايو 2000
- (7) د. جميل عبد الباقي الصغير، القانون الجنائي والتكنولوجيا الحديثة، الكتاب الأول، الجرائم الناشئة عن استخدام الحاسب الآلي، 1992.
- (8) خالد بن مرزوق بن سراج، الجوانب الإجرائية في الشروع في الجرائم المعلوماتية، دراسة مقارنة، مركز الدراسات العربية، القاهرة، 2014.
- (9) د. محمود نجيب حسنى شرح قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة والنظرية العامة للعقوبة والتدبير الاحترازي، 1989.
- (10) د. محمد عبد اللطيف عبد العال، الجرائم المادية وطبيعة المسؤولية الناشئة عنها، دار النهضة العربية، 1997.
- (11) د. محمد محمد شتا، فكرة الحماية الجنائية لبرامج الحاسب الآلي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2001.
- (12) د. أحمد خليفة الملط، الجرائم المعلوماتية، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.
- (13) هدى قشقوش، الائتلاف العمدي لبرامج وبيانات الحاسب الآلي، بحث مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، كلية الشريعة والقانون، جامعة الامارات في الفترة 1-3 مايو 2000.

أهم المراجع باللغة الإنجليزية الفرنسية

1. Rico calleja, conditional access piracy, computer and telecommunications law review, 2003
2. Olivenbaun (Joseph n.), Rethinking Federal computer crime legislation S.H.L.Rev., 1997,
3. Jareborg (Nils), Computer Crimes and Other Against information technology in Sweden, (R.P.L., 1993
4. 'David' Bainbridge, Introduction to Computer Law, OP.Cit., P312, Walden "Lan" Op.
5. R.V.Bow street magistrate and Allison (AP), ex parte US government (1999)
6. Alain Bensousan. Internet, Aspects Juridiques, Hermes. 1996-1997

أهم المواقع الإلكترونية

www.al-watan.com

<https://www.alhurra.com>

<http://europa.eu.int/indexen.htm>

www.CNN.com

<http://irbd.hooxs.com/t16012-topic>

<http://www.cybcrcrinc.gov/cocdraft.htm>

<http://www.noi.gov.kw/portal/varabic/ecccd.aspx>

<http://www.wasmia.com/jazy/crineog.pdf>

<http://www.jle.gov.sy/index.php/>

<http://www.youn7.comstory>

حظر التعذيب في النظام القانوني الوطني والدولي
و جبر الأضرار الناجمة عنه

د. مفتاح أغنية محمد أغنية
الأستاذ المساعد بقسم القانون العام جامعة بني وليد

حظر التعذيب في النظام القانوني الوطني والدولي وجبر الأضرار الناجمة عنه

يعد التعذيب من أبشع صور الانتهاكات التي تطال الإنسان، ولازالت تمارس بشكل كبير في دول العالم، وهي من المسائل التي تثير جدلاً قانونياً واسعاً، على المستوى القانوني والسياسي، ولذا فإن جريمة التعذيب تؤرق الضمير الإنساني، ويتطلب جهوداً مضمينة للتخلص منها لما تمثله من انتهاك صارخ للكرامة الإنسانية، ورغم أن مكانة الإنسان فوق مستوى التعذيب، أو المعاملة اللاإنسانية، فقد حرّمت الأديان التعذيب بمختلف صورته، ولم تقره مطلقاً، بل أن (الإسلام) الحنيف منع التمثيل بالقتلى حتى وإن كانوا من الأعداء، وليس هذا وحسب بل تجاوزته الشريعة الإسلامية إلى الحيوان فنهت عن الاقتطاع من الدواب وهي حية، أو وشمها، أو اتخاذها أهدافاً للرماية، ومع ذلك مازال التعذيب مستمراً في السلم والحرب، وهو ما يتطلب تضافر الجهود لمقاومته على نطاق واسع، وخلق وإحداث ضغط عام ورايع من قبل (علماء الدين والقانونيين، والسياسيين، والحقوقيين) على المستوى الوطني والدولي واستخدام كافة الآليات المتاحة لمناهضة التعذيب أحد الانتهاكات الأكثر وحشية لكرامة الإنسان، التي تؤدّي إلى تحطيم الضحايا، وتضعف قدرتهم على مواصلة حياتهم وأنشطتهم. ولأنّ المعذب مجرد من الإنسانية، فقد أوجبت كافة التشريعات محاكمته في دولته أو محاكمته من قبل الدولة التي يتبعها الضحية، فهو ملاحق في كل مكان فلا تسقط هذه الجريمة بالتقادم وهو ما يستلزم ضرورة وضع حد فوري، وحاسم لممارسة التعذيب و اجتهائه إلى الأبد. ولا جدال أن نصرة ضحايا التعذيب يُمثّل فضاءً رحباً للمدافعين عن حقوق الإنسان ابتغاء لمرضاة الله سبحانه وتعالى، وإرضاءً للضمير الإنساني المعذب ورفقاً بكرامة الإنسان وسلامته الجسدية، خاصة وأنّ التعذيب مجرّم بموجب على الدساتير والقوانين الوطنية بكافة صورته وحالاته. فكيف تتم مقاومة التعذيب؟ وكيف تتم ملاحقة مرتكبيه؟ ومساعدة ضحايا التعذيب و آلية الحد من إرتكابه والوقاية من حدوثه على المستوى الوطني والدولي؟ وجبر الأضرار الناجمة عنه؟ ونظراً لشيوعه في الوقت الحاضر لا بد من حظره فلا غرو أن احترام حقوق الإنسان، وحفظ كرامته، و آدميته أمر مقدّس في ذاته يجب مراعاته دائماً، ورغم وجود إجماع على منع التعذيب لكن لا يوجد تعريف محدد للتعذيب، وتحديد ماهية الفعل وشدته وبيان ما يعد تعديماً، بل أن ممارسة التعذيب أضحت تتم بشكل ممنهج ومنظم، ويمارس بأحدث صور التقنية، وأدوات الابتكار العالمية، حيث لم يعد الغرض من ممارسة التعذيب الحصول على المعلومات، أو انتزاعها من المحتجزين فحسب، بل أصبح الغرض منه التلذذ و الإحساس بالنشوة والاستمتاع عند ممارسة التعذيب، وللأسف تظل مسألة الجزاء على ممارسته غير جدية من قبل المجتمع الدولي ضد المنتهكين.

ويظل هذا الموضوع يشغل بال الإنسانية ، ويحرك ضمائرنا المتوقدة لحفظ كرامة الإنسان ، وأدميته وحقوقه الأساسية ، كما أنه سيظل يمثل الرغبة الصادقة التواقفة للعدل وبث الإطمئنان وتحقيق العدالة .

إن الحق في الكرامة الإنسانية أرتقى ليكون قاعدة شرعية وقانونية راسخة البيان في حقوق الإنسان ، فالإنسان يستمد قدسيته من رصف التكريم الذي يحظى به عن سائر المخلوقات ، قال تعالى (لَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبُرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا) سورة الإسراء الآية (70) وهكذا تظل صفة التكريم ملازمة للوجود الإنساني دونما الحاجة للبحث في معيارية التحديد للكرامة الإنسانية . حيث سنحاول في هذا البحث تحيد مفهوم (التعذيب) ، وتمييزه عن المفاهيم الأخرى في (المبحث الأول) ثم نتناول حظر التعذيب في النظام القانوني ، الوطني ، والدولي في (المبحث الثاني) ثم نردف ذلك ببيان جانب مهم يرتبط بالتعذيب ، وهو (جبر الأضرار) .

النتيجة عنه من خلال بيان حقوق الحقوق الأساسية (للضحية) على المستوى الوطني ثم بيان الحقوق الأساسية للضحية على المستوى الدولي (المبحث الثالث) وسنبحث فيه الحق في الإنصاف ، والتعويض العادل بجبر الضرر بواسطة القضاء وذلك على النحو التالي :

المبحث الأول : ماهية التعذيب وتمييزه عن المفاهيم الأخرى.

لاجدال في أن لكل إنسان الحق في الحياة والحرية ، والأمن الشخصي، إذ يُمثّل الحق في الأمان جوهر الإحساس بالسلامة الجسدية ، فلا يجوز إخضاع أحد للتعذيب، أو المعاملة القاسية، أو المهينة أو الحاطة من كرامته فلا يجوز الاعتداء عليه ، وحتى يتم دفع ذلك الاعتداء فلا بد من وجود (عقوبات رادعة) على مرتكبيه فلا يجوز السماح بإلحاق أي ضرر على الإنسان سواء من الدولة، أو الأفراد وبالتالي يحظر على السلطات العامة وهي تمارس اختصاصاتها أن تُعرّض أي شخص للتعذيب، أو العقوبات المادية أو المعنوية كما أن المنع يمتد ليشمل التضييق على الشخص لدفعه إلى الاعتراف بالجرم تحت التعذيب أو الإكراه المادي أو المعنوي، فليس الإنسان بمأمون على نفسه إن عُذّب أن يعترف على نفسه .⁽¹⁾

وهكذا فإن الحق في الحياة الخاصة يعني تحديداً عدم التدخل في كيان الإنسان الجسدي، والعقلي ، أو الاعتداء على شرفه، أو سمعته، و(التعذيب) ليس جريمة فرد أو مجموعة أفراد وحسب، بل هو جريمة نظام حكم مستبد ينكر حقوق الإنسان ويمتهن كرامته، فليس بخافٍ على أحد ما تعج به السجون

(1) أثر عن الإمام الفاروق قوله "ليس الرجل بمأمون على نفسه إن أوجعته أو خنقته أو حبسته أن يعترف على نفسه" وهذا بيان جليّ يقرر حق الإنسان في عدم التعرض للتعذيب وغيره من المعاملات القاسية وحفظ آدميته وكرامته وسمعته وشرفه للمزيد أنظر د. ساسي الحاج-المفاهيم القانونية لحقوق الإنسان عبر الزمان والمكان- دار الكتاب الجديد- بيروت. ط. 2-1988 ص. 139.

السرية والمعتقلات في بلادنا من وجود أصناف للتعذيب تقشعر لها الأبدان، (فالمجذّب) متجرد من الإنسانية يساوره شعور شاذ بأنه يمارس مهنة يومية فهو (ينتج اعترافات) منتزعة من الضحايا و(يحدث إرهاباً) للآخرين، وسنحاول أن نحدد بدايةً مفهوم التعذيب وأهدافه (المطلب الأول) ثم نتحدث عن تمييز التعذيب عن المفاهيم الأخرى المشابهة، وذلك على النحو التالي:

(المطلب الأول) مفهوم التعذيب وأهدافه.

ذكرنا أن التعذيب من الانتهاكات الجسيمة التي تطال الإنسان، و(المجذّب) متجرد من الإنسانية، وهو من أخطر المجرمين بحكم شذوذه، فهو عدو لكل البشرية مثل القرصان، وتاجر الرقيق⁽¹⁾. وهو بذلك معدوم الإنسانية تماماً فلا بد من ملاحظته، ومعاقبته، وقبل الغوص في هذه المسألة لا بد من تحديد مفهوم التعذيب، (الفرع الأول) ثم بيان الأهداف المتوخاة من ممارسته (الفرع الثاني).

(الفرع الأول) مفهوم التعذيب :

اختلف في تحديد مفهوم التعذيب وذلك مردّه اختلاف الأفكار حول تحديد ماهيته ووجود أبعاد مختلفة، لكل مهتم ودارس، ويمكن تعريف التعذيب بأنه :

(كل معاملة لا إنسانية تحتوي على معاناة جسديّة، أو عقليّة تفرض بقصد الحصول على معلومات، أو اعترافات، أو توقيع عقوبة، والتي تتميز بحالة خاصة من الإجحاف والشدة)⁽²⁾ فالتعذيب يعني التعذيب (الجسدي والنفسي) معاً، وهو ممارسة من أهداف معينة تستهدف تحقيق (غايات) يسعى لها (الجاني) فهو وسيلة يراد من خلالها الوصول إلى نتائج محددة وهو يرتبط عادة بمرحلة الاستجواب.⁽³⁾

فالتعذيب قد يدفع الشخص البريء إلى الاعتراف بجرم لم يرتكبه، وبالتالي فالاعترافات المتحصلة من التعذيب اعترافات (باطلة) قانوناً، ولا يجوز التعويل عليها أمام (المحاكم) أو لا يجوز (للسلطات) استخدام وسائل غير (قانونية) للحصول على المعلومات، أو الاعترافات من المتهمين، وذلك بغض النظر عن الظروف ودرجة خطورتها، وبغض النظر عن خطورة المتهمين، وجسامة الجرائم المنسوبة إليهم.⁽⁴⁾

(1) أنظر حكم محكمة الاستئناف الاتحادية الأمريكية نيويورك مشار إليه لدى د. طارق عزت محاضرات في حقوق الإنسان أقيمت على طلبة الدراسات العليا- كلية القانون- جامعة التحدي سرت- 2002- غير منشورة- ص. 28.

(2) أنظر تعريف (J.Duffy) مشار إليه لدى د. طارق عزت محاضرات في حقوق الإنسان- مرجع سابق- ص 42- 43.

(3) د. سعيد حسين عبدالله- شرح قانون المحاكمات الجزئية- دار الحكمة للطباعة والنشر- الموصل- العراق- 1990- ص 210.

(4) سعيد فهم خليل- الحماية الدولية لحقوق الإنسان في الظروف الاستثنائية منشورات أمديست- القاهرة- 1998- ص. 218.

وتأسيساً على ذلك فإن التعذيب أسلوب بشع تمارسه أطراف معينة تستهدف من خلاله تحقيق غايات، يُجَدِّدها (الجاني) فهو وسيلة تؤدي إلى تحقيق نتائج محددة ولذلك، ومع تطور الفكر الإنساني (الحقوقي)، إبتجعت كل الدساتير الحديثة والإعلانات والمواثيق الدولية إلى تحريم ممارسة هذا العمل على المستوى الوطني والدولي كما سنرى لاحقاً.

(الفرع الثاني) الأهداف المتوخاة من ممارسة التعذيب.

لاجدال في أن القائمين على التعذيب متجردون من الإنسانية، بل يصلون في أحيان كثيرة إلى التلذذ بالتعذيب، فهم بلا (وازع ديني) يردعهم، ولا (أخلاقي) يكبح جماحهم، هدفهم هو انتزاع إعتراقات ترضي السلطة، وترهب الخصوم، وهكذا نجد أن جذور (التعذيب) ضاربة في الأنظمة الدكتاتورية ذات الروح العنصرية، وأثناء حالات (النزاع المسلح) و(الحروب الأهلية، والدولية) كما أن أنظمة (الطوارئ والقوانين الإستثنائية) تخلق بيئة حاضنة للتعذيب، والذي يهدف إلى تحقيق غايات ونتائج محددة .

ولأن (التعذيب) يرتبط إرتباطاً وثيقاً بالإستجواب، فإن الهدف لا يكون الوصول إلى الحقيقة المجردة بجمع أدلة الإثبات ضد المتهم، أو جمع ما يثبت نفي التهمة عنه وفقاً للقواعد الطبيعية القانونية في هذا الشأن، بل الهدف إنتزاع معلومات مفيدة سياسياً وأمنياً وبلا ضمانات قانونية، وهذا يصاحبه تحطيم شخصية الإنسان وإذلاله وإنتهاك كرامته، وهذا هدف (آني) بينما- يهدف التعذيب (لاحقاً) إلى نشر الرعب لدى الوسط الذي تعيش فيه الضحية فلا يعد الأفراد قادرين على التعبير عن حقوقهم أو المطالبة

بها فيلتزمون الصمت، ولا يمارسون حياتهم السياسية، وحتى الإجتماعية بشكل طبيعي، فأثر التعذيب لا يقتصر على الضحية وحسب، بل يمتد لأسرته وزملائه وعشيرته التي تأويه. إن الحصول على المعلومات قسراً من (الجلاد) يؤدي إلى تحطيم شخصية، وإنسانية (الضحية).⁽¹⁾ كما أن التعذيب يرتبط بحفظ النظام السياسي، أو النفوذ لمجموعة ما حيث يسعى القائمون عليه لإثبات الولاء والطاعة، وتفادي التهديد بالضرر المحتمل ضد السلطة الحاكمة فالقانون حمى جسم الإنسان، وجعل الإعتداء عليه محلاً لجرائم مختلفة. إن إرهاب الضحية، وتخويف الآخرين، لا يمكن أن يستمر إلى الأبد، لأن في حياة الشعوب المضطهدة لحظات فارقة يتوقف عندها الزمن، وحتى لانكون في دائرة مفرغة، لا بد أن نتجه مباشرة إلى جذور التعذيب، وذلك بتنظيم أصول الحكم وإصلاحه، وإنماء (الوازع الديني) وإرساء مفاهيم (حقوق الإنسان) وحرياته ولا جدال أن غياب المساءلة الفورية للمتهمين بالتعذيب، هو العامل الأساس في وجودها وتصعيدها، فلو كان للمتهم بالتعذيب إحساس، بأنه سيلاحق فور إرتكاب جريمته وينال عقابه، وأن الأرض ستضيق عليه بما رحبت، لما أقدم على ممارسة التعذيب وهكذا يذهب جانب من الفقه إلى أن أهداف التعذيب يمكن إجمالها في الآتي :

(1) د. طارق عزت- مرجع سابق-ص. 23 .

أولاً: أهداف (تكتيكية) وتمثل بتحقيق القسر، للحصول على معلومات مفيدة أمنياً وسياسياً، أو تخويف، أو إرهاب الضحية، أو أي شخص آخر، وهذا الهدف قد يمارس بغرض (تخطيط الشخصية الإنسانية) للضحية، أو يكون (كعقوبة) مصاحبة للضحايا المتهمين بالجرائم الجنائية، ونشر الرعب في أوساطهم .

ثانياً: أهداف (نهائية) وتعنى ممارسة التعذيب لغرض الحفاظ على (النظام السياسي) أو تمكين (جماعة معينة) من الاستمرار في نفوذها داخل الدولة كما يسعى القائمون على (التعذيب) لتفادي أي ضرر قد يلحق مستقبلاً بالسلطة الحاكمة المرتبطين بها و إثبات ولائهم ،وتبعيتهم للنظام السياسي⁽¹⁾، وسحق (المعارضين) فيصبح التعذيب عقبة كأداء أمام العدالة و الديمقراطية ، وترسيخ مفاهيم حقوق الإنسان .

ولكن ماهي الأسباب الأخرى وراء تفشي ظاهرة التعذيب ؟

ثمة أسباب أخرى تؤدي إلى تفشي ظاهرة التعذيب في المجتمعات و ازديادها منها:

1- القصور التشريعي في النصوص الدستورية والقانونية في الدولة كقوانين الإجراءات الجنائية ، وتحديد حول سرعة إحضار المتهم أمام النيابة العامة أو المحكمة المختصة ،عقب القبض عليه مباشرة، وعدم تركه فترة أطول في السجن أو التوقيف على ذمة قضية ما .

2- المحاكم الاستثنائية والعسكرية والمحاكم الخاصة التي ينشئها الانقلابيون ، أو الثوار حيث كثيراً ما يكون هذا (القضاء الاستثنائي) قضاءً موازياً، تنتزع فيه اعترافات المتهمين تحت التعذيب .

3- عدم تسجيل الحالة الطبيعية للمعتقل فور اعتقاله، حتى يمكن للطبيب الشرعي تحديد أي تغييرات وقعت عليه نتيجة التعذيب .

4- رفض الحكومات إجراء أي تحقيق عن ممارسة التعذيب ، داخل سجونها ومعتقلاتها ، وفرضها لرقابة شديدة حول نشر أنباء عن التعذيب .

5- فرض حصانة عند المحاكمة الجنائية ، للأشخاص المتهمين بالتعذيب .

وهو ما يتطلب تظافر الجهود لمواجهة هذه الأسباب، والظروف المهيئة لاستمرار التعذيب ، وذلك بتعديل التشريعات ذات العلاقة، وتحديد من حيث سرعة مثول المتهم عقب القبض عليه ، وضرورة تسجيل حالته الصحية فور اعتقاله، والتأكيد على النص القانوني، باستبعاد كل اعتراف يؤخذ بالتعذيب ، وعدم الاعتماد عليه في حكم المحكمة، وممارسة الضغوط على الحكومات لإجراء تفصي الحقائق عن ممارسات التعذيب، وضرورة نشر ممارساته ، وإسقاط أية حصانة للمسؤولين عن ارتكابه.⁽²⁾

(1) للمزيد أنظر د. طارق عزت-المرجع السابق- ص 190.

(2) غنام محمد غنام- المضرور من الحبس الاحتياطي وحقه في التعويض-مجلة إدارة الحكومة-ع-2-س-30-إبريل- مايو 1986-ص-93-95.

المطلب الثاني: تمييز التعذيب عن المفاهيم الأخرى.

من خلال تعريفنا السابق لمفهوم التعذيب حددنا أن التعذيب/يعني وجود معاملة لا إنسانية تضمنت، معاناة جسدية، أو عقلية، أو كليهما معاً، فُرضت بقصد الحصول على اعترافات ما، أو معلومات، أو كانت بقصد إحداث عقوبة، وتكون هذه المعاملة اللاإنسانية متسمة بجالة من الشدة، والقسوة، والإجحاف ما يميّزها عن غيرها من الصنوف الأخرى التي عادة ما تقل عنها في الشدة⁽¹⁾.
فما هو المعيار إذاً؟ إن المعيار الذي يمكن الاستناد إليه في تمييز التعذيب عن المفاهيم الأخرى المشابهة هو (إحداث الألم، ودرجة المعاناة، وبلوغها، درجة من الجسامة) وبعبارة أخرى أي (سلوك) يشعر الإنسان أثناء توقيعه عليه بأنه (تعذيب) فهو كذلك. وهنا لا بد من الإشارة إلى بعض المفاهيم المشابهة وهما:

1. المعاملة أو العقوبة القاسية .

2. المعاملة اللاإنسانية أو المهينة

وهنا تبرز (شدة) المعاناة الفادحة والبالغة القسوة التي يجب أن تكون ظاهرة و مستقرة قبل التعذيب، فمتى بلغت المعاملة حداً من القسوة، والجسامة، وشدة المعاناة أصبحت تعذيباً، وإلا فهي تندرج في المعاملات اللاإنسانية فكل تعذيب يُمثّل معاملة لاإنسانية، ومهينة⁽²⁾. أما المعاملة اللاإنسانية أو المهينة، فهي تسبب إذلالاً جسيماً للشخص نفسه، أو من قبل الآخرين، أو التي تفرض ضد إرادته أو شعوره. والمعاملة المهينة أو الحاطة بالكرامة هي التي تُقلّل من مكانة أو وضع، أو منزلة الشخص في نفسه، أو في أعين الآخرين. إذن حتى تصل المعاملة اللاإنسانية إلى الفعل المجرّم لا بد أن تشتمل على درجة من القسوة، وطبيعة الإحساس الملازم للفعل المُرْتَكَب وكذلك جميع الظروف والملابسات المحيطة بالشخص، وكما سنرى لاحقاً فإن الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان قصدت التمييز بين التعذيب بناء على سمة خاصة، هي الربط بين أسلوب المعاملة اللاإنسانية، وشدة المعاناة الناتجة، كما أن المعاناة الفادحة البالغة الشدة المتطلبة لوصف الممارسة بالتعذيب، يجب أن تكون ظاهرة ومستقرة قبل التعذيب.⁽³⁾ و بالرجوع إلى إعلان حماية جميع الأشخاص من التعذيب وتحديد المادة (1\2) حيث نصّت على أنه (يُشكّل التعذيب شكلاً متفاقماً ومتعمداً من أشكال المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة) فأى معاملة يتعرض لها ويتطلب الأمر تحديدها، لا بد من النظر إلى جسامة وشدة، وقسوة الفعل المُرْتَكَب من الجلاد ضد الضحية، ومتى قصد من الفعل تحقير الإنسان، أو إهانته أو إكراهه، من

(1) راجع وثيقة منظمة العفو الدولية رقم (14.001.2006) بتاريخ 2006.3.6 حول التعذيب في العراق - متاح على شبكة المعلومات الدولية.

(2) طارق عزت - المرجع السابق ص 221.

(3) طارق عزت - المرجع السابق ص 64.

خلال وضعه في حبس إنفرادي، وعزله عن الآخرين، فإن ذلك يعد بمثابة (تعذيب) إضافة إلى ما يشكّله من معاملة مهينة، أو حاطة بالكرامة، فيما يستوجب تحريم أي تعامل قاسٍ أو مهين وكافة أنواع التعذيب النفسي، والجسدي ولا عبرة بأي إقرار أو التهديد أو التعذيب وللمتضرر المطالبة بالتعويض، عن الضرر المادي، والمعنوي عما أصابه،⁽¹⁾ وفقاً للقانون، كما سنرى لاحقاً. وإذا كان (القانون الدولي الإنساني) يقرر عدم جواز أمتهان الكرامة الشخصية، أو النيل من شرف الإنسان وعرضه⁽²⁾، فإن ما يمارس أثناء الحروب الأهلية، أو النزاعات المسلحة، من أفعال هي أكثر بشاعة، وقسوة من جرائم التعذيب، التي ترتكب في ظل أحكام (القانون الداخلي)، وفي زمن السلم، لأن التعذيب الذي يمارسه الجاني، يقوم على اعتبارات عنصرية، بما يفيض عليه روح الانتقام، العنصري الظاهر، عند ممارسته⁽³⁾.

ومثال ذلك جرائم التعذيب، التي قامت بها القوات (الصرية)، ضد مسلمي (البوسنة والهرسك) عام 1991م⁽⁴⁾. كما أنه ليس بخافٍ على أحد الجرائم الجسيمة، التي قامت بها القوات (الإسرائيلية) ضد (الفلسطينيين)، والتي شملت القتل، والاحتجاز، والضرب، والإجهاض، وهتك العرض وغيرها من الجرائم البشعة التي تشكّل وصمة عار على جبين الإنسانية.

وقد عجز المجتمع الدولي، عجزاً تاماً عن إيقافها، وهو ما يعد بلا شك انتهاكاً صارخاً للحماية الدولية، التي كفلتها قواعد القانون الدولي الإنساني، ومواثيق القانون الدولي الأخرى ذات العلاقة بحقوق الإنسان.⁽⁵⁾

أما جرائم التعذيب التي ارتكبتها القوات الأمريكية في معتقل (جوانتانامو) فهي لا تزال ماثلة للعيان أبرزها حادثة تدنيس (المصحف الشريف)، وما يمثله ذلك من تعذيب معنوي، ونفسي للمعتقلين، وكذلك الوسائل الأخرى البشعة مثل (تقنية عزل الحواس، والتلاعب المناخي، وتعديل النوم، وتحطيم الاعتداد بالذات، وتنجيس المعتقل، وتعريته، والحلق الإجباري، والتهديد بانتهاك الحرمة، وتطبيق الوسائل السابقة

(1) غنام محمد غنام-مرجع سابق ص 97.

(2) د عبد الغني محمود- القانون الدولي الإنساني- دراسة مقارنة بالشرعية الإسلامية- دار النهضة العربية- القاهرة 1991-ص-120-122.

(3) محمد عبدالله أبو بكر- جريمة التعذيب في القانون الدولي الجنائي والقانون الداخلي المكتب العربي الحديث- الإسكندرية-2006 ص.53.

(4) أنظر قرار مجلس الأمن رقم (808) لسنة 1993 م بشأن إنشاء محكمة دولية لمعاقبة مرتكبي الانتهاكات الصارخة للقانون الدولي الإنساني في إقليم يوغسلافيا السابقة، وكذلك القرار (827) لسنة 1993 م في ذات الشأن.

(5) أنظر تقارير المقرر الخاص (نايجل رودلي) حول جرائم التعذيب ضد الفلسطينيين بموجب قرار لجنة حقوق الإنسان رقم (992/32) 1995.12.1.

على المعتقل أمام غيره من المعتقلين، وتقنية استغلال العنصر النسائي في التعذيب).⁽¹⁾ وغيرها من الممارسات الأخرى . وتهرباً من المسؤولية القانونية لجأت القوات الأمريكية إلى أساليب أخرى منها (استخدام الطائرات كمراكز تحقيق، وتسليم المعتقلين إلى مخابرات العالم الثالث لتعذيبهم واستئجار المرتزقة، والتعاقد معهم كشركات أمنية، واختطاف المعتقلين، وإخفائهم عن الأنظار.) وهي أساليب معروفة بين الأنظمة الدكتاتورية والقمعية .⁽²⁾ وهذا ما حدا بالبعض على القول أن الجرائم التي ارتكبتها الولايات المتحدة هي جرائم ضد الإنسانية، وليست انتهاكات لأن الانتهاك استثناء عادة ، ولكن هذه الجرائم هي استراتيجية أمريكية مُحكَّمة.⁽³⁾ إن (المعدَّب) قد يستخدم أساليب غاية في القسوة، كاستخدام طرق طبيّة غير مشروعة وعقاقير، قد تؤدي إلى إفساد العقل، أو التثويّه الجسدي، أو القيام بإجراء تجارب طبيّة أو بيولوجية على جسم (المعدَّب).⁽⁴⁾ ⁽⁵⁾ إذن فالتعذيب قد يكون (مادياً) يترتب عليه إصابات جسيمة بجسد الضحية، أو المعتقل قد يفضي إلى عاهة مستديمة للمعدَّب ، أو ربما يؤدي إلى فقد حياته، و أما أن يكون (معنوياً) يفض إلى إحداث آلام، وأمراض نفسيّة قد تستمر مع الشخص المعدَّب طيلة حياته وقد تؤدي إلى الجنون .⁽⁵⁾ وتأسيساً على هذا فإن غياب الرقابة على الأجهزة الأمنية، واستبعاد دور القانون والأجهزة القضائية، من مثل هذه الجرائم يطلق يد هذه الأجهزة القمعيّة ، والقائمين على المعتقلات ، في الاستمرار في ارتكاب شتى صنوف التعذيب.

(1) راجع مقالة علي حسين باكير- فنون التعذيب الأمريكي وانتهاكات حقوق الإنسان موقع المسلم - شبكة الإنترنت-28\12\2005. وحول ذات الموضوع- مقالة صحيفة الأهرام العربية- العدد43271- السنة 129- بتاريخ 27-5-2005.

(2) حسن باكير- المرجع السابق.

(3) انظر- محمد أحمد إبراهيم- ضمانات الأفراد في ظل الظروف الاستثنائية في المجالين الدولي والإداري- دراسة مقارنة- دار النهضة العربية-القاهرة-2008-ص-346.

(4) محمد عبدالله أبوبكر- جريمة التعذيب- مرجع سابق-ص7.

(5) ومن أمثلة التعذيب: البدني أو (المادي) الضرب بشتى الوسائل وكسر الأسنان والصعق بالكهرباء والاعتداء الجنسي وهتك العرض وحرق الجلد وبت الأعضاء التناسلية وتقنية عزل الحواس والتلاعب المناخي ..ألخ. -ومن أمثلة التعذيب : المعنوي أو (النفسي) الحرمان من النوم والإرهاق والإذلال والتهديد بالتعذيب والاعتصاب ومشاهدة تعذيب الآخرين والإهانة والاحتفاظ بالمعتقل دون محاكمة لمدة طويلة والإخفاء القسري ويدخل في التعذيب النفسي استخدام أجهزة كشف الكذب والتنويم المغناطيسي والتحليل التخديري. للمزيد راجع- إسماعيل عبدالرحمن محمد-الحماية الجنائية للمدنيين في زمن النزاعات المسلحة-رسالة دكتوراه- الحقوق -المنصورة-2000-ص567-وكذلك محمد عبدالله أبوبكر جريمة التعذيب-مرجع سابق-ص8.

المبحث الثاني: حظر التعذيب في القانون الوطني والدولي.

لا مرأ أن كل النظم القانونية تُقرّر مسؤولية الجاني عن جنائمه، لما لها من آثار بالغة الخطورة، فجرمة (التعذيب) تهدد الاستقرار النفسي لدى الأشخاص، وتُعرض حياتهم المعنوي لخطر جاثم على الصدور لا يمكن تفاديه كما أن المخاطر، والآثار الجسدية للجرمة كآثار (الضرب والجرح والعاهة المستديمة، أو العجز الكلي، أو الجزئي أو الوفاة). وغيرها مما يستوجب بذل جهود مضمينة لاستئصال شأفة الجريمة أو التخفيف من حدتها، وانتشارها، ووضع الحلول الملائمة للوقاية منها.

وهو ما يتطلب إجراء إصلاحات دستورية، وقانونية، وسياسية، وأمنية، واقتصادية شاملة تعصم الأفراد من الانزلاق إلى مهاوي ومسالك الجريمة⁽¹⁾، وهو ما يستوجب وضع سياسة جنائية، ناجعة للوقاية من الجرائم، وتحديداً جريمة التعذيب! مدار بحثنا حيث سنتناول حظر التعذيب في النظام القانوني الوطني (المطلب الأول) ثم نتعرض لحظر التعذيب في النظام القانوني الدولي (المطلب الثاني).

(المطلب الأول) حظر التعذيب في النظام القانوني الوطني.

ذكرنا فيما سبق أن جميع الأديان السماوية، والقوانين الوضعية قد حظرت التعذيب حيث ساهم تطور حركة حقوق الإنسان في العصر الحديث، إلى حمل أغلب الدول للنص في دساتيرها على حظر التعذيب، ومن ثم المعاقبة عليه في تشريعاتها الوطنية ذات الطابع الجنائي. كما أن النمو المطرد في حركة حقوق الإنسان على المستوى الوطني، ساهم في حظر التعذيب، وغيره من الممارسات المجرمة، وهذا ما انعكس بدوره على مستوى الدساتير، والتشريعات الوطنية التي تعددت مشاربها في هذا المضمار.

أولاً: موقف بعض الدساتير العربية من حظر التعذيب.

لقد تباين موقف الدساتير العربية من تجريم التعذيب حيث ظلت دساتير صامتة عنه بينما عاجلت أخرى تحريم اللجوء للتعذيب بصيغ مختلفة، ويمكن إجمال ذلك في الآتي: (الفئة الأولى) دساتير حرمت التعذيب بأشكال مختلفة: ويأتي في مقدمة هذه الدساتير (الدستور الملكي الليبي) عام 1951 والذي نص في المادة (16) منه على ما يلي (لا يجوز القبض على أي إنسان، أو توقيفه، أو حبسه أو تفتيشه، إلا في الأحوال التي ينص عليها القانون، ولا يجوز إطلاقاً تعذيب أحداً أو إنزال عقاب مهين به). وفي هذا الشأن ذهبت دساتير كل من (الكويت 1962) ودستور (الإمارات 1971)⁽²⁾.

(1) إسماعيل عبدالرحمن أحمد- مرجع سابق ص.65.

(2) لم يتضمن الإعلان الدستوري الليبي 1969 وكذلك إعلان سلطة الشعب 1977 أي نص حول التعذيب أو الممارسات المرتبطة به، أما المبادئ الواردة في الوثيقة الخضراء الكبرى لحقوق الإنسان 1988 وقانون تعزيز الحرية رقم (20) لسنة 1991 والقانون رقم 5 لسنة 1991 بشأن تطبيق مبادئ الوثيقة فإن الخطاب موجه للمشرع لتعديل القوانين وليس للقاضي وقد ساوت (المحكمة العليا) فيهما وفقاً لحكم المحكمة في الطعن (48/15) ق وهو ما أفقدهما معاً إمكانية التطبيق العملي رغم ما مثلاه آنذاك من نشؤ منظومة لحقوق الإنسان كان المجتمع الليبي في أمس الحاجة لها، أنظر الطعن المدني رقم (38/58) ق جلسة. 1992.11.23. م.م. ع العدد (1،2) - (10،3) 1993 ص 124 وكذلك مجلة المحكمة العليا السنة (37-38) ص 25.

(الفئة الثانية) دساتير لم يرد فيها أي نص دستوري يحظر التعذيب: ومنها دستور (لبنان 1926) ، ودستور (الأردن 1952)، وكذلك دستور (تونس 1959) ودستور (المغرب 1996).

(الفئة الثالثة) دساتير نصت على خطر التعذيب والمعاقبة عليه: ومنها دستور (سوريا 1973) و(دستور جيبوتي 1992).⁽¹⁾ كما وردن في قانون (فلسطين الأساسي 2003) حظر التعذيب وبطلان كل قول أو اعتراف صدر بالإستناد عليه.⁽²⁾³

(الفئة الرابعة) دساتير حظرت التعذيب، وأقرت عقوبات على من يمارسه مع كفالة حق الضحية في التعويض، ومنها الدستور المصري 1971، والدستور العراقي 2005.⁽³⁾

(الفئة الخامسة) يُمثلها الدستور الجزائري لعام 1996 .

ويمثل هذا الدستور النظرة الأكثر تقدماً، حيث أحتوى على ضمانات دستورية وقانونية من شأنها التقليل من حالات التعذيب، والممارسات الأخرى المرتبطة به وبالرجوع إلى نصوص الدستور الجزائري، وتحديدًا نص المادة (34) والتي تقضي بأن (تضمن الدولة عدم إنتهاك حرمة الإنسان، وحظر أي عنف بدني، أو معنوي أو أي مساس بالكرامة) كما أن نص المادة (48) من ذات الدستور يقضي بأن (يخضع التحقيق في مجال التحريات الجزائرية للرقابة القضائية، ولا يمكن أن يتجاوز ثمان وأربعين ساعة، ولا يمكن تمديد مدة التوقيف للنظر إلا إستثناء، ووفقاً للشروط المحددة بالقانون....).

ثانياً: حظر التعذيب في القانون الجنائي.

ذكرنا أن الدساتير العربية اختلفت في معالجة مسألة التعذيب، وهذا بدوره انعكس على القوانين العقابية من حيث المنع، فالمشرع يحرص على حماية الحرية الشخصية للفرد، وضمان سلامته الجسدية، بحكم أن جريمة التعذيب من الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، وهي بذلك لا تسقط بالتقادم. حيث نجد أن قانون العقوبات الليبي وقد نص في المواد (378-385) عقوبات حيث اعتبر أن التعذيب من (جرائم الإعتداء على الأشخاص)، إذ حمى القانون جسم الإنسان وجعل الإعتداء عليه محلاً لجرائم مختلفة.

وتتصرف (الحماية) هنا إلى جسم الإنسان بكامل مكوناته، وأعضائه، ظاهرة وباطنة، أي بمعنى كل سلوك موجّه إلى جسم الإنسان الحي من شأنه المساس بسلامته، وهو ما يتحقق بأستخدام إنسان ما قوته البدنية ضد غيره من البشر، كما يتحقق بإستخدام قوى الطبيعة، كالتيار الكهربائي وغيره من الوسائل التي تجبر الإرادة، وكل وسيلة أخرى لها نفس الأثر.⁽¹⁾

(1) أنظر: المادة (16) من دستور جيبوتي 1992.

(2) أنظر: المادة (13) من قانون فلسطين الأساسي المعدل لسنة 2003.

(3) أنظر: المادة (57) من الدستور المصري 197.

(1) محمد رمضان باره- قانون العقوبات الليبي- القسم الخاص - ج\1- جرائم الإعتداء على الأشخاص - جامعة طرابلس ليبيا- ط-2013. 145-271.

كما أورد في الفصل (الثاني) منه وتحديداً المادة (428) جريمة الخطف وحدد لها السجن مدة لا تزيد عن سبع سنوات إن وقع الفعل من موظف عمومي، متجاوزاً حدود سلطات وظيفية، كما حظرت المادة (429) من ذات القانون استعمال العنف إرغاماً للغير يكون جريمة أو التهديد به. كما أضافت المادة (430) حكماً آخر يتعلق بالتهديد بإنزال ضرر غير مشروع، بينما ورد في نص المادة (431) عقوبات إساءة استعمال السلطة ضد أحاد الناس إن صدرت من موظف عمومي أثناء ممارسة وظيفته، وذلك بطريقة تحط من شرفهم أو كانت بشكل يسبب لهم ألماً بدنياً، وكذلك نص المادة (435) والتي حظرت كل موظف عمومي يأمر بتعذيب المتهمين، أو يعذبهم بنفسه، وقررت لها العقوبة من (ثلاث سنوات إلى عشر سنوات).⁽¹⁾ وفي القانون المقارن نجد أن قانون العقوبات (المصري) قد عرّف جريمة التعذيب وحدد عقوبة لها تتراوح بين الأشغال الشاقة، أو السجن من ثلاث إلى عشر سنوات وهنا حمى المشرع مصلحة الشخص في سلامة جسده، وعدم المساس بكرامته الإنسانية.⁽²⁾ وتجدر الإشارة إلى عدم جواز الإحتجاج، بالإعفاء من المسؤولية الجنائية إذا كان المرؤوس، قد إعتقد مشروعية أمر الرئيس، ولا يمكن الإفلات من المسؤولية بالتذرع بذلك في جرائم التعذيب.⁽³⁾

ثالثاً: مدى الإلتزام بحظر التعذيب في ليبيا.

رغم أن القانون الدولي الإنساني وقانون حقوق الإنسان يظان مُطَبَّقَيْن أثناء النزاع المسلح، وهما يكملان بعضهما في هذا الشأن إلا أن الملاحظ أن (ليبيا) شهدت بعد أحداث (2011) تصاعداً في وتيرة إنتهاكات حقوق الإنسان، تمثلت في الإخفاء القسري للمعتقلين، وإستخدام أساليب التعذيب، وغيرها من الممارسات المهينة بالكرامة، فضلاً عن القيام بأعمال الإعتقال دون توجيه تهمة للمعتقلين، والإعتداء على حياتهم، كما نظام (الإعتقال الأمني) الذي تمارسه بعض المجموعات المسلحة الخارجة عن القانون، إزداد بشكل ملحوظ، وهو ما ينبئ بتفاقم الأوضاع الإنسانية والقانونية، وتراجع منظومة حقوق الإنسان والحريات العامة، ويخرج الساسة القائمين على السلطة، وستظل هذه الجرائم تترك المجتمع الليبي، وهي تتطلب تظافر الجهود ومضاعفتها، للتخلص نهائياً من هذه الانتهاكات، بعيداً عن التجاذبات السياسية والمتاجرة بالحقوق، والحريات العامة.⁽¹⁾ ولا شك أنه رغم إلتزامات أغلب دول العالم بحظر التعذيب من الناحية القانونية، إلا أن هذه الانتهاكات لازالت تمارس على نطاق واسع في مختلف الدول، كما تشير التقارير الدورية الصادرة عن المنظمات الدولية العاملة بهذا الشأن.⁽²⁾ ولاشك أن عدم تقادم جرائم الحرب، والجرائم المرتكبة ضد الإنسانية سيسهم بلا شك في الحد من هذه الانتهاكات.⁽³⁾

(1) راجع للمزيد- محمد مصطفى الهوني وسعد سالم العسيلي-الشامل في التعليقات على قانون العقوبات-ج-2-دار الفضيل للنشر والتوزيع-بنغازي 2007-ط2-ص333-348.

(2) أنظر - الشافعي محمد بشير- قانون حقوق الإنسان- مصادره وتطبيقاته الوطنية والدولية-الأسكندرية-2004-ط3-ص100.

(3) طارق عزت- مرجع سابق-ص135.

(1) إنضمت دولة (ليبيا) إلى إتفاقية مناهضة التعذيب 1984 بتاريخ 16-5-1989 الجريدة الرسمية العدد(20) لسنة 1989.

(2) طارق عزت- مرجع سابق-ص93.

(3) أنظر الوثيقة رقم (MDD14/001-2006)، (3-6-2006) متاع على موقع منظمة العفو الدولية (www.amnesty.org) مكافحة التعذيب- دليل التحركات-ط1-لندن-2003.

(المطلب الثاني) حظر التعذيب في القانون الدولي.

تطوّر النظام القانوني الدولي، وشهدت منظومة حقوق الإنسان نمواً متزايداً على المستوى الإقليمي، والدولي تمثل في خلق قواعد قانونية، في مجالات متعددة لحقوق الإنسان، ويمكن إيجاز ذلك في نشوء تنظيمات إقليمية تحظر التعذيب، والممارسات المرتبطة به ذات طبيعة سياسية، أو اقتصادية، أو تاريخية ويمكن التعرّض لها على النحو التالي :

الفرع الأول- حظر التعذيب على المستوى الإقليمي.

نشأت قواعد قانونية، إقليمية، إمتدت لتشمل مجالات متعددة في حقوق الإنسان وتحديداً ما يتعلق بحظر التعذيب، ويمكن تحديدها في الآتي :

1- الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان (1950) والتي تم التأكيد فيها على عدم جواز إخضاع أي إنسان للتعذيب، أو المعاملة المهينة للكرامة، وتضمنت النص على آليات تنفيذية، لتطبيق نصوصها سواء عن طريق اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان، أو المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان. ثم صدرت الإتفاقية الأوروبية لمنع التعذيب، أو المعاملة، أو العقوبة اللاإنسانية، أو المهينة 1987، والتي ألحقت بها بروتوكولات عام 1993، والتي ألحقت بها (اللجنة الأوروبية لمنع التعذيب، وتتشكل من عدد من الأعضاء، يساوي عدد الأطراف في الإتفاقية الأوروبية لمنع التعذيب).⁽¹⁾

2- على المستوى الأمريكي الإتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان 1969، والتي ورد فيها التأكيد على عدم جواز إخضاع أحد للتعذيب، أو العقوبة، أو لمعاملة قاسية، أو غير إنسانية، وحرصت على ضرورة معاملة كل من قيّدت حريته، بالإحترام الواجب للكرامة المتأصلة في الإنسان. كما جرى اعتماد الإتفاقية لمنع التعذيب، والعقاب عليه عام 1987، بهدف مكافحة التعذيب، وتعزيز إحترام حقوق الإنسان.⁽¹⁾

3- أما الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان فقد أكد على أن لكل فرد الحق في إحترام كرامته، والإعتراف له بشخصيته القانونية، وحظر كافة أشكال إستغلاله، وإمتهانه وإستعباده، وخاصة الإسترقاق، والتعذيب بكافة أنواعه، والمعاملة الوحشية كما تم النص على تشكيل اللجنة الأفريقية لحقوق الإنسان، والشعوب، ولم يتضمن تشكيل محكمة أفريقية لحقوق الإنسان، ومن الناحية الواقعية فإن هذا الميثاق يعد أقل قيمة قانونية، وفعالية في التطبيق مقارنة بالتنظيم الأوربي، والأمريكي المتعلق بحظر التعذيب.⁽²⁾

(1) أنظر للمزيد حول الإتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان-إبراهيم العنابي-دراسة حول الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان منشور لدى محمد شريف بسيوني وآخرون- مجلد حقوق الإنسان(2) دراسات حول الوثائق العالمية-دار العلم للملايين-بيروت 1989-ص361-373.

(1) أنظر الإتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان متاحة على موقع WWW.I.umn.edu/humanrts/arab/ambam5.html.

(2) أنظر الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان متاح على الموقع WWW.I.umn.edu/humanrts/arab.ambrgdie.html

4- وعلى المستوى العربي فقد إعتمد مجلسة جامعة الدول العربية الميثاق العربي لحقوق الإنسان عام 1994، وتم النص فيه أنه لكل إنسان الحق في الحماية من التعذيب البدني، والنفسي وإعتبار هذه التصرفات، أو الإسهام فيها جريمة يعاقب عليها القانون، وضرورة معاملة المحكوم معاملة إنسانية. إلا أن هذا الميثاق لم يتضمن آلية لتنفيذ أحكامه، كما هو في التنظيم الأوربي، و الأمريكي وتضمن فقط إنشاء لجنة خبراء حقوق الإنسان، وهي تكاد تكون معدومة الإختصاص. وأخيراً تم إعتداد نصوص متطورة في العام (2004) تضمنت حظر تعذيب أي شخص بدياً، أو نفسياً، أو معاملته معاملة قاسية، أو مهينة، أو حاطة بكرامته وتتخذ التدابير الفعالة لمنع ذلك وتعد ممارسة هذه الأفعال، أو الإسهام فيها جريمة لا تسقط بالتقادم.⁽¹⁾ كما تضمن إلتزام كل دولة طرف في نظامها القانوني إنصاف من يتعرّض للتعذيب وتمتعه بحق رد الإعتبار والتعويض.⁽²⁾

(الفرع الثاني) حظر التعذيب في المواثيق الدولية

تم حظر التعذيب على المستوى الدولي بموجب معاهدات دولية مختلفة بعضها ورد في الإطار العام لحقوق الإنسان، وبعضها الآخر ورد في صيغة (أعمال قانونية) عاجلت حظر التعذيب والمعاملة، أو العقوبة القاسية، أو اللإنسانية حيث بينت تحديد مفاهيم التعذيب، وطبيعته، والآليات اللازمة لحماية الضحايا. والتي وردت في المواثيق الدولية ذات العلاقة بحظر التعذيب ومن أهمها:

1- العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية 1966 والذي تضمن مبدأ عدم جواز إخضاع أحد للتعذيب، ولا المعاملة، أو العقوبة القاسية، أو المهينة، أو الحاطة بالكرامة كما حظر هذا العهد إجراء أية تجارب طبية، أو علمية على أحد دون رضاه الحر، وحتى في أوقات الطوارئ لا يجوز التحلل من الإلتزام بحظر التعذيب⁽¹⁾.

2- الإتفاقية الدولية لمنع جريمة الفصل العنصري والمعاقبة عليها (1973)⁽²⁾:

حيث حظرت المساس بكرامة الإنسان، أو إلحاق أي أذى بدني، أو عقلي بأعضاء فئة أو فئات عنصرية، أو التعدي على كرامتهم، أو حرمتهم، أو إخضاعهم للتعذيب أو المعاملة القاسية، أو الحاطة بكرامتهم، وتضمنت إجراءات تطبيق أحكام هذه الإتفاقية.

(1) أنظر نصوص الميثاق العربي لحقوق الإنسان متاح على الموقع

WWW.I.umn.edu/humanrts/arab/6039.html

(2) أنظر الصيغة الجديدة للميثاق العربي لحقوق الإنسان المعتد من قبل القمة العربية السادسة عشر

بتاريخ 2004/5/23 المادة (8) المرجع السابق.

(1) طارق عزت - مرجع سابق ص 215-217.

(2) أنضمت دولة ليبيا لهذه الإتفاقيات بتاريخ 8-7-1976 الجريدة الرسمية عدد (31) لسنة 1976.

3- إتفاقية منع الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها (1948)⁽¹⁾:

والتي حظرت إلحاق أي أذى بدني، أو روحي بأعضاء الجماعة بهدف التدمير الكلي، أو الجزئي، سواء كانت جماعة دينية، أو أثنية، أو عنصرية، أو قومية، وهذا تجريم للتعذيب النفسي، أو الجسدي⁽²⁾⁴.

4- إتفاقيات جنيف الأربع للعام 1977 والبروتوكولات الملحقه بها:

حيث حرمت هذه الإتفاقيات التعذيب، والمعاملة اللاإنسانية، أو المهينة في المنازعات الدولية، أو في المنازعات التي لا تنصف بالطابع الدولي، وحرمت المادة (3) المشتركة حظر التعذيب، أو المعاملة القاسية للأشخاص الذين لم يشتركوا إشتراكاً فعلياً في الحرب التي لا تنسم بالطابع الدولي. وقد جرى أخيراً تقنين جريمة التعذيب في إطار جرائم الحرب، وتحديدًا ماورد في المحاكمات الخاصة (بيوغسلافيا) السابقة، ومحكمة (رواندا)، و ما تضمنه بعدها النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، وتمت محاولات لتقنين جريمة التعذيب الدولية في إطار الجرائم ضد الإنسانية، وتحديدًا المادة (7) من نظام روما الأساسي⁽³⁾.

5- إتفاقية مناهضة التعذيب أو المعاملة اللاإنسانية أو المهينة 1984:

لقد ورد في هذه الإتفاقية تحديد المقصود بالتعذيب، كما ألزمت الدول الأطراف بإتخاذ إجراءات (تشريعية، وقضائية، وإدارية) فعالة، وأية إجراءات أخرى لمنع التعذيب، في أي إقليم يخضع لإختصاصها القضائي، وقد إنضمت (ليبيا) لهذه الإتفاقية عام 1989، كما أكدت على عدم جواز التذرع بأية (ظروف إستثنائية) أيا كانت كمبرر، وكذلك عدم جواز التذرع بأية أوامر، صادرة عن موظفين أعلى رتبة أو سلطة عامة كمبرر للتعذيب⁽¹⁾.

وقد شكّلت هذه الإتفاقيات (نظاماً قانونياً) متكاملًا، يهدف إلى تجريم التعذيب وغيره من ضروب المعاملات القاسية، أو اللاإنسانية، أو المهينة، وتضمنت عنصرين أساسيين هما:

1- ملاحقة مرتكبي الأفعال المجرّمة بموجب هذه الاتفاقية، أينما وجدوا في أراضي الدول الأطراف سواء في الدولة، التي ارتكبوا فيها التعذيب، أو تسليمهم لمحاكمتهم في الدولة الطرف.

2- إحتوت هذه الإتفاقية على إمكانية إجراء (تحقيق دولي) متى وجدت معلومات موثقة، تشير إلى وجود ممارسة منتظمة، في أراضي دولة طرف، ويتضمن التحقيق زيارات من (لجنة مناهضة التعذيب) إلى أراضي الدولة، الطرف بعد موافقتها⁽²⁾.

(1) أنضمت لها دولة ليبيا بتاريخ 16-5-1989 الجريدة الرسمية عدد (20) لسنة 1989.

(2) د. طارق عزت مرجع سابق ص 218.

(3) المرجع السابق نفسه ص 97.

(1) د. مفتاح أغنية محمد- الحماية الدستورية للحقوق والحريات العامة أثناء الظروف الإستثنائية الموجبة لحالة الطوارئ- رسالة دكتوراة كلية الحقوق - جامعة الحسن الثاني-الدار البيضاء-المغرب 2011-غير منشورة. ص 468.

(2) د. طارق عزت-مرجع سابق ص 275.

وقد وضعت هذه الإتفاقيات إلتزامات إيجابية، لا يجوز التحلل منها تحت أي ظرف من الظروف وهي:

أ- الإلتزام التام بإتخاذ كافة الإجراءات التشريعية، والتنفيذية، والقضائية الفعالة، أو أي إجراءات أخرى لمنع التعذيب، في أي إقليم يخضع لإختصاصها القضائي.

ب- الإلتزام بتجريم كافة صور التعذيب، أو الشروع فيها، أو المساعدة في ارتكابها في قوانينها الداخلية، والقيام بأعمال الرقابة المنتظمة، على معاملة الأشخاص الذين يتعرضون لأي شكل من أشكال التوقيف، أو الإعتقال، أو السجن في أي إقليم يخضع لإختصاصها القضائي.

ج- القيام بإجراء التحقيق، الفوري، والنزيه، في أي عمل من أعمال التعذيب ترتكب في أي إقليم يخضع لإختصاصها القضائي⁽¹⁾ كما أنشأت الإتفاقية (لجنة مناهضة التعذيب) وأُسند لها تحقيق هدف هذه الإتفاقية وذلك من خلال متابعة الدول الأطراف فلا يجوز لأي دولة طرف أن تطرد من أراضيها أي شخص، أو ترده أو تسليمه، إلى دولة أخرى، طالما توافرت أسباب جدية، أو حقيقية تدعو للإعتقاد بأنه سيكون عرضةً للتعذيب.⁽²⁾ وتقوم (الدول الأطراف) بمنح بعضها البعض، المساعدة القضائية اللازمة لغرض إجراء (تحقيق) يتعلق بأعمال التعذيب، إضافة إلى تبني (برامج) تدريبية، وإعلامية تتعلق بحظر التعذيب وذلك بالنسبة للموظفين، الذين لهم علاقة بهذا الموضوع.⁽³⁾

كما تضمنت الإتفاقية آلية تقدم الشكاوي التي ينتج بها على إنتهاكات الحقوق الواردة في الإتفاقية، ويجوز للدول الأطراف الراغبة في ذلك إيداع إعلاناً طبقاً لنص هذه المادة تعترف للجنة مناهضة التعذيب النظر في الشكاوي.⁽¹⁾

(المبحث الثالث): جبر الأضرار الناتجة عن ممارسة التعذيب

لاشك أن ممارسة التعذيب، والممارسات المرتبطة، يترتب عليه حقوق للضحايا سواء على المستوى الوطني، أو الدولي مما يستوجب مراعاة هذه الحقوق، وصونها والعمل على تحقيق مضمونها من خلال الآليات الوطنية، والدولية، وهذه الحقوق نابعة من الحق في العدل، والإنصاف بتقديم الجناة للمحكمة، وهذا إلتزام يقع على الدولة فهي ملزمة بالتحقيق في الإنتهاكات، وملاحقة مرتكبيها وكفالة معاقبتهم إن أدنوا كما أنها ملزمة ببذل أقصى ما في وسعها، للحيلولة دون وقوع الجرائم، ويقع عليها معرفة الجاني، ومحاكمته، وإلزامه بتعويض ضحيته، فإن عجزت عن معرفة الجاني، أو ثبت أنه (معسر) فيجب على الدولة تعويض (ضحية الجريمة) إنطلاقاً من وظيفتها الإجتماعية، كما أن مسؤولية الدولة تنهض أيضاً على المستوى الدولي، وهو ما سنتناوله على النحو التالي

(1) د. مفتاح أغنية - المرجع السابق ص 469.

(2) راجع المادتين (10، 3) من الإتفاقية.

(3) طارق عزت. مرجع سابق ص 253-256.

(1) راجع المادة (22) من الأنفاقية والتي تضمنت تشكيل لجنة من (10) خبراء مستقلين، يجتمعون مرتين في السنة ولهم النظر في الشكاوي المقدمة من أفراد أو مجموعة أفراد يدعون إنتهاك حقوقهم الواردة في هذه الإتفاقية.

(المطلب الأول) حقوق ضحايا التعذيب على المستوى الوطني .

تكفل التشريعات الوطنية للضحية، الحق في العدل، والإنصاف، وكذلك التعويض العادل وهذه من مقوّمات حقوق الإنسان، التي يعترف بها الشرع، والقانون، وهنا رُتبت عدة أثار، أو نتائج قانونية على ممارسة التعذيب، بحكم أن جريمة التعذيب هي عمل غير مشروع، وتمثل انتهاك لحق يحمي القانون، وهنا تنهض (المسئولية التقصيرية) من خلال أركانها الثلاث (الخطأ والضرر وعلاقة السببية).

أولاً الخطأ: ويعني التعدي بنية الإضرار، بالمتهم أي إدراك الجاني، أن فعل (التعدي) سواء أكان إيجابياً، أم سلبياً، يؤدي إلى الإضرار بالمتهم.⁽¹⁾

ثانياً: الضرر وقد يكون (مادياً) أو (معنوياً)، وهو ما يُصيّب الضحية نتيجة فعل التعذيب، وهنا لا بد أن يكون الفعل محقق الوقوع، وأن يكون نتيجة مباشرة لفعل التعذيب، مما يُمثّل نتيجة طبيعية له، وبحيث يمسّي هذا الفعل الضار حقاً، أو مصلحة، يحميها القانون،⁽²⁾ كالحق في الحياة، أو في سلامة الجسد، وحفظ كرامة الإنسان، وأدميته.

ثالثاً: علاقة السببية أي لا بد أن يكون الضرر الواقع، على الضحية ناجماً عن خطأ.

وهنا تنهض عدم مسئولية الموظف عن عمله، الذي أضر بالغير إن كان تنفيذاً لأمر صدر إليه من رئيسه، وبحيث يكون إعتقاده مبني على أسباب معقولة. لكن في (جرائم التعذيب) لا يمكن قبول الدفع لأن الأفعال المتعلقة، بالتعذيب معلوم تماماً لدى الكافة، بأنها محرّمة قانوناً، فلا يمكن الإفلات من المسئولية⁽¹⁾

وهكذا فالضرر يعني المساس بحق من حقوق الإنسان، أو مصلحة مشروعة له فيلحق به خسارة، أو يفوّت عليه كسباً مشروعاً، وهي لا تنحصر في الجانب المالي لكيان الإنسان، ولكن تشمل كل حق يحوّل صاحبه سلطة، أو مزايا، يتمتع بها، وفقاً للقانون، إذ أن لكل إنسان الحق في الحياة، وفي سلامة جسده، وفي إستقراره النفسي وفي إستمتاعه بأمواله، وفي إحترام حياته الخاصة.

حيث تنص المادة (166) من القانون المدني الليبي بأن (كل من إرتكب خطأ سبب ضرراً للغير، يُلزم مرتكبه بالتعويض) ويتعين ألا يعزب عن البال أن الضرر اللازم لقبول الدعوى المدنية، أمام المحاكم الجنائية لا بد أن يكون مُحقق الوقوع وليس محتملاً، كما يجب أن يكون شخصياً، ومباشراً.⁽²⁾

(1) طارق عزت مرجع سابق ص 312. وكذلك د. نيازي حتاتة- إلتزام الدولة في مصر بتعويض المجني عليه - ندوة أكاديمية الشرطة بمصر- 1989 ص 12 وما بعدها.

(2) عاطف النقيب- النظرية العامة للمسئولية الناشئة عن الفعل الشخصي الخطأ والضرر - منشورات عويدات - بيروت- لبنان ط 3 - ص 273.

(1) المرجع السابق نفسه ص 275-286.

(2) عاطف النقيب- المرجع السابق ص 212.

ولكن ماهو أساس إلتزام الدولة بالتعويض ؟

إختلف الفقه في أساس إلتزام الدولة، بتعويض الضحايا و تحديداً "ضحايا التعذيب" حيث رأى جانب من الفقه: أن أساس الإلتزام في التعويض، هو "إلتزام قانوني" أي أنه حق خالص للضحايا، ويستطيعون مطالبة الدولة بالوفاء به، دون الإحتجاج بكثرة أعبائها المالية، ومنطلقون في ذلك من فكرة (العقد الإجتماعي)، تبرير هذا الأساس.⁽¹⁾

بينما يرى إتجاه آخر: أن إلتزام الدولة بتعويض ضحايا الجريمة، ينهض على (أساس إجتماعي) أساسه الانصاف، والتكافل الإجتماعي، ويدفع التعويض بالقدر الذي تسمح به موارد الدولة، فهي نوع من أنواع المساعدة الإنسانية، والإجتماعية ينطوي على معنى الخير، والإحسان للضحايا، الذين نكبوا بأضرار الجريمة والدولة هنا لاتفعله بموجب مسئولية قانونية، بل مسئولية إجتماعية، حيث أن الدولة (مُلزّمة) بمنع الجريمة، فإن فشلت في ذلك، فإن عليها أن تعمل على معرفة الجاني ومحاكمته، وإلزامه بالتعويض، فإن أخفقت في ذلك فهي (مُلزّمة) بتعويض الضحايا إنطلاقاً من وظيفتها الإجتماعية في مساعدة المضروبين.⁽²⁾

ولاشك أن النتائج، تختلف حول الأخذ بالأساس القانوني، أو الإجتماعي، فالأخذ بالأساس القانوني يعني أن دفع التعويض هو (حق)، وليس، (منحة) تقدمها الدولة.

أما الأساس الأتتماعي فيعني أن إلتزام التعويض، هو (منحة، أو مساعدة إجتماعية).

كما أن الأخذ بالأساس القانوني: يعني \ إلتزام الدولة بدفع كافة التعويضات للأضرار المالية، والجسمانية، والمعنوية، ولكن في الأساس الإجتماعي فإن التعويض يكون في جرائم العنف الماسّة بسلامة الجسد فقط.⁽¹⁾ وأخيراً فإن الأخذ بالأساس القانوني/يترتب عليه أن يتم الفصل، في طلبات التعويض من إختصاص (جهة قضائية)، بحكم كونه ضرراً ناجماً عن جريمة.

أما في الأساس الإجتماعي فيكون الفصل من إختصاص، جهة إدارية، ويُعد بمثابة معونة إجتماعية⁽²⁾

(1) سمير الجنزوري- تعويض ضحايا الحبس الإحتياطي- ندوة الآفاق الجديدة في تنظيم العدالة الجنائية-المركز القومي للبحوث الإجتماعية والجنائية-القاهرة1971 ص.93،92.

(2) عادل الفقي-مبدأ مسئولية الدولة عن تعويض المجني عليهم أساسه -عناصره-ضماناته المؤتمر الثالث للجمعية المصرية للقانون الجنائي -القاهرة-مطبوعات المؤتمر ص 74.

(1) راجع د. محمود مصطفى- حقوق المجني عليهم- هامش (3) مشار إليه لدى د. طارق عزت مرجع سابق ص 372.

(2) للمزيد يراجع د. يعقوب حياتي-تعويض الدولة للمجني عليهم في جرائم الأشخاص رسالة دكتوراة - كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية 1977- ص305- وكذلك د.محمد أبو العلا عقيدة-تعويض الدولة للمضروب من الجريمة- مشار إليه لدى د. طارق عزت-هامش(3) ص 375.

- حقوق ضحايا التعذيب في ليبيا :

رغم أن التعذيب (محرماً) في الشريعة والقانون، و(كلاهما) يكفلان حرية المتهم في الإدلاء بأقواله فلا يجوز إكراهه، أو حمله على الإقرار إضافة إلى أن القضاء يهدر أي إقرار تم تحت طائلة التعذيب ويحكم ببراءة المتهمين الذين تعرضوا للتعذيب، ولكن لازال التعذيب ممارساً، بكثرة في السجون، والمعتقلات غير الرسمية في بلادنا وهناك عديد من العقبات، على المستوى (التشريعي)، وكذلك على المستوى التنفيذي والرقابي، ولعل تصدع مؤسسات الدولة الليبية بعد أحداث 2011 ساهم في إزدياد ضحايا التعذيب، والإخفاء القسري، وهو ما يستوجب على الدولة أن تعمل على سرعة ضبط الجناة، وتقديمهم للمحاكمة، وأن تمكنهم من سماع دعواتهم ضد جلادهم، وأن تقوم بتيسير سبل الحصول على التعويض، ثم تعود على الجاني بما دفعته، خاصة وأن هذه الجريمة لا تسقط بالتقادم، لأن (مُجرّم التعذيب مُجرّم ضد الإنسانية، فيجب ألا يجد أرضاً ثقّله ولا سماء تُظلّله) وتجب ملاحظته، والقبض عليه وتسليمه للمحاكمة، وتلتزم الدولة بدفع تعويض عادل، ومناسب لضحية التعذيب إضافة إلى إهدار أية أقوال تمت تحت وطأة التعذيب.¹ وتأسيساً على ذلك: تلتزم الدولة الليبية ببذل أقصى ما في وسعها، للحيلولة دون وقوع مواطنيها، (ضحايا للتعذيب) فإن وقعت (الجريمة) كان لزاماً عليها معرفة (الجاني) و (محاكمته) وإلزامه بتعويض الضحية، فإن عجزت عن ذلك، أو ثبت (إعسار الجاني) فيجب على (الدولة) تعويض المجني عليه من منطلق (وظيفتها الاجتماعية). كما أنها (ملزمة) بتقديم الدعم الطبي، والنفسي، وهذا ينسحب على ضحايا القبض بدون وجه حق، أو (الإعتقال التعسفي) الذي إنتشر بشكل كبير في بلادنا مما يتطلب تجريمه، والتعويض عنه إذ لا يجوز إعتقال أي إنسان، أو نفيه، أو حجزه وهو فعل مجرم يشكّل نمط من أنماط التخويف والإرهاب. وهنا لا بد أن يتضمن الدستور الليبي الجديد نصاً، واضحاً، يقضي بإعتبار (كل إعتداء على الحرية الشخصية، أو حرمة الحياة الخاصة، وغيرها من الحقوق والحريات، التي يكفلها هذا الدستور، والقانون، جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية، والدعوى المدنية الناشئة عنها، بالتقادم، و تكفل الدولة تعويضاً عادلاً، لمن وقع عليه الإعتداء) بحيث يكون هذا النص عاماً، وشاملاً، لأي إعتداء يقع من السلطة التنفيذية أو السلطة القضائية على السواء. كما يجب معالجة القصور التشريعي، المتعلق بحماية ضحايا (الحبس الإحتياطي) متى ثبت بالأوجه لإقامة الدعوى الجنائية، أو براءتهم، وذلك بموجب نص صريح يلزم الدولة بالتعويض، بناء على منطلق (التضامن الإجماعي). وهو ما يخلق (توازناً) بين مقتضيات المصلحة العامة، وحقوق ضحايا الحبس الإحتياطي

(1) أنظر المواد(5،6،7،8،13،14) من إتفاقية مناهضة التعذيب لسنة 1984 المشار إليها سلفاً وكذلك د. إبراهيم العناني في الإجراءات القانونية الدولية لحماية ضحايا الجريمة وإساءة إستعمال السلطة تقرير مقدم إلى الندوة الدولية لحماية حقوق ضحايا الجريمة أكاديمية الشرطة-مصر 1989.ص30،29.

(المطلب الثاني) : حقوق ضحايا التعذيب على المستوى الدولي.

لا جدال أن ثمة حقوق لضحية التعذيب، سواء على المستوى الوطني، أو الدولي وهذه الحقوق منبعها تحقيق العدالة، بحيث يكون للضحية الحق في الإنصاف، وهذا الحق يرتبط به عاملاً آخرًا مهمًا، وهو تلافي حدوث أي إنتهاكات، أو تكرارها وحق الضحية في التعويض عن كامل الأضرار التي لحقت بها. وهنا تنهض مسؤولية الدولة في القيام بإجراء (تحقيق) جدّي، في الإنتهاكات وضرورة ملاحقة مرتكبيها، وكفالة (معاقتهم) عند ثبوت إدانتهم، وهذا ما يتطلب إتخاذ تدابير تشريعية، على كافة المستويات، وسنعرض هنا لإتفاقية مناهضة التعذيب 1984: (1)

حيث تجدر الإشارة هنا إلى أن القانون الدولي، منع التعذيب، وغيره من ضروب المعاملة اللاإنسانية منذ العام 1949، حيث أعتبر أن التعذيب يُمثل إنتهاكاً، خطيراً لحقوق الإنسان، وهكذا بدأت منظومة الأمم المتحدة، في إجتهات التعذيب، عند إرساء قواعد حقوق الإنسان، وتحديد العقوبات البدنية داخل الأراضي، المستعمرة كأول تدبير صادر عنها. وبعد نفاذ إتفاقية مناهضة التعذيب المشار إليها، تم إعداد مجموعة من المبادئ والقواعد القانونية، لتضمينها في هذه الإتفاقية، كما تم النص على إنشاء هيئة إشرافية هي (لجنة مناهضة التعذيب) كُلفت بالسهر على تنفيذ الإتفاقية، وتطبيقها وقد عقدت دورتها الأولى في إبريل 1988 بجنيف، ويمكن تحديد المفاهيم، والحقوق المحميّة على النحو التالي :

أولاً: مفهوم التعذيب حسب الإتفاقية الدولية لمناهضة التعذيب 1984.

لا تختلف تعريفات التعذيب، في الإتفاقيات الدولية عن بعضها كثيراً، و بإستقراء نصوص هذه الإتفاقيات نجد أنها تشمل على :

- 1- أي ممارسة، أو فعل يؤدي إلى إحداث ألم، أو أذى شديد جسدياً، أو عقلياً.
 - 2- أن يتم إلحاق هذا الفعل بشخص ما عمدًا.
 - 3- أن تكون غايته الحصول على إعتراف، أو معلومات من هذا الشخص، أو شخص ثالث، أو معاقبته على عمل إرتكبه، أو يشتبه في إرتكابه هو، أو شخص ثالث، أو تخويفه، أو إرغامه هو، أو شخص ثالث، أو أن يقوم الفعل على التمييز أي كان نوعه.
 - 4- أن يوافق عليها، أو يُجرّض أو يسكت عنها موظف عام، أو أي شخص آخر بصفته الرسمية .
- وهكذا فالتعذيب أيًا كان نوعه فهو محرّم دولياً، بما في ذلك حظر التجارب العلمية بدون رضا الإنسان الحر. (1)

(1) أعمدت هذه الإتفاقية في 10\12\1984 وبدء نفاذها في 29.5.1987 كما أن البروتوكول الإختياري الملحق بها أعمدت في 18.12.2002 ودخل حيز النفاذ في 22.5.2006.

(1) أنظر المادة (7) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية 1966 وكذلك المادة (1) من إتفاقية مناهضة التعذيب 1984 .

ثانياً: الحقوق المحمية بموجب إتفاقية مناهضة التعذيب 1984:

تحمي القوانين الدولية الخاصة، بحقوق الإنسان، الكثير من الحقوق الأساسية المتعلقة بالتعذيب، والمعاملات اللاإنسانية، ومنها (الحق في الحماية من التعذيب) حيث يقر القانون الدولي، بكل وضوح مسؤولية الدولة، عن ممارسات التعذيب المقامة، طرف موظفيها الرسميين، كالشرطة، والجنود، والسجانين، وكذلك الممارسات، المتعلقة بالحملات العنصرية، أو العنف المنزلي.⁽¹⁾ لذلك يتعين على الدولة أن تتخذ كافة الإجراءات التشريعية، والقضائية، والإدارية وأية إجراءات أخرى ذات فاعلية لمنع أعمال التعذيب، على أراضيها، كما أن (القانون الجنائي) بما يجب أن يجرّم التعذيب، ولا يمكن التدرّج بالظروف الإستثنائية كحالة الحرب، وخطرها، أو عدم الإستقرار، السياسي، الداخلي، أو أية حالة أخرى لتبرير التعذيب، أو غيره من ضروب المعاملة القاسية، أو العقوبة القاسية، أو المهينة.⁽²⁾ بالإضافة إلى وجوب ملاحقة مرتكبي جرائم التعذيب قضائياً: بحيث يتوجب على جميع الحكومات، ملاحقة مرتكبي هذه الجرائم أمام القضاء في إطار نظام الإجراءات الجنائية، الدولية، الخاصة، بالتعذيب، وهكذا يفرض القانون الدولي، على الحكومات تسليم مرتكبي أعمال التعذيب، وتتبعهم قضائياً. لكن رغم ذلك نادراً، ما تستكمل الإجراءات المتعلقة، بالملاحقات، القضائية الخاصة بمجالات التعذيب، ويعود ذلك في أساسه، إلى (غياب الإرادة السياسية و إنعدام الرقابة الحقيقية، للرأي العام، والإعلام) وخاصة عند ربط بعض الحكومات فرص الملاحقة القضائية، بمصالحها السياسية. وبالتالي ثمة أسباب أخرى، تحول دون الملاحقة، القضائية، منها :

- 1- وجود عوائق قانونية، تتعلق بإشكالية تفعيل القضاء الدولي فلا يبرز التعذيب كمخالفة نوعية أو أن يعرّف في حدود ضيقة.
- 2- وجود قوانين أخرى، تُسهّل ممارسة التعذيب، كالإعتقال السري، أو الإعتقال مع عدم وجود، محام، أو طبيب بالإضافة إلى وجود قوانين، تسمح بإستخدام الأدلة المنتزعة، تحت وطأة التعذيب.
- 3- وجود قوانين وطنية، تسمح بالعفو عن المسؤولين، عن أعمال التعذيب.
- 4- صعوبة إيجاد أدلة ضد المسؤولين عن التعذيب، سواء بإخفاء هوياتهم، أو إستخدام أساليب، لا تترك أثراً مادية.
- 5- إحتمال وجود قوانين، تفرض الصمت، وتمنع عن التبليغ، إضافة إلى إخراج الشهود أو تهديدهم.

(1) طارق عزت مرجع سابق ص 380.

(2) أنظر المادة (6، 5-8) من الإتفاقية التي تُحمّل للدولة الي مورست فيها الانتهاكات أو ينحدر منها ضحايا التعذيب أن تبادر بذاتها بالملاحقة القضائية إن وجد لها سند.

6- وجود خلل، في أساليب التحقيق، والملاحقة القضائية، والأحكام، أو عدم فاعليتها أو وجود شبهات فساد فيها. ⁽¹⁾ كما تجدر الإشارة، إلى أن الإتفاقية كفلت الحق، في عدم الطرد، أو الترحيل، أو التسليم إلى دولة، يكمن فيها خطر التعذيب، إن توفرت لها، أسباب حقيقية في ذلك. ⁽²⁾

ثالثاً: حق الإنصاف كفلت الإتفاقية حق إنصاف، من يتعرض لعمل من أعمال التعذيب والتعويض العادل عنه، ويتمثل في (التعويض المالي، العناية الطبية والتأهيل، ورد الحقوق، والتعويض .)

ويتولى (صندوق الأمم المتحدة التطوعي) تقديم المساعدات، لضحايا التعذيب سواء أكانت إنسانية، أو قانونية، أو مالية لهم، ولعائلاتهم، ويقوم على المساهمة الطوعية وتخصيص قسم منه للتأهيل.

ويتولى (المقرر الخاص المعني بالتعذيب) جمع معلومات حول الإجراءات التشريعية، والإدارية المتخذة من قبل الحكومات، بالإضافة إلى مجموعة مبادئ (مهنة الطب) ودور (الأطباء) في حماية المسجونين، والمحتجزين، كما يتوجّب على (الموظفين الصحيين) حماية صحة السجناء بدنياً، وذهنياً، ويحظر عليهم المشاركة إيجاباً أو، سلباً في أعمال التعذيب. ⁽³⁾ كما واكبتها إتفاقيات أخرى كإتفاقية حماية الطفل، والإعلان بشأن القضاء على العنف ضد المرأة، التي إعتمدتها الجمعية العامة. ⁽⁴⁾

- و أسست لعدة مبادئ أخرى، لمنع الجريمة، ومدونة سلوك الموظفين، المكلفين بإنفاذ القوانين، وحماية جميع الأشخاص، من الإخفاء القسري. ⁽¹⁾ كما أن قانون (روما الأساسي، لمحكمة الجنايات الدولية) يعد التعذيب، جريمة ضد الإنسانية، إضافة إلى (القانون الدولي الإنساني) في نصوص إتفاقيات، (جنيف الأربع) تكفل الحق المطلق، في الحماية من التعذيب، وتحديداً حماية الأشخاص المدنيين، وقت الحروب، وكذلك معاملة أسرى الحرب، وكذلك البرتوكولات الإضافيات، لعام 1977 وبحيث يظل التعذيب، محظوراً، في كل زمان، ومكان. ⁽²⁾

رابعاً: الخطوات الواجب إتخاذها للوقاية من جرائم التعذيب:

أشرنا إلى أن الآليات الأوربية، ذات فاعلية في التطبيق، جعلت الحماية من التعذيب واقعاً، ملموساً، مما ينبغي معه، تضافر الجهود، على كافة المستويات، القانونية والمنظمات غير الحكومية، لمراقبة تنفيذ الإتفاقيات، ونشر الإنتهاكات في أي مكان وهذا يستلزم على المستوى الوطني :

(1) للمزيد يراجع د. طارق عزت مرجع سابق ص 395.

(2) المادة (3) من الإتفاقية.

(3) د. طارق عزت مرجع سابق ص 400. وأنظر المبادئ التي تبنتها الأمم المتحدة - الجمعية العامة - 1982.

(4) أنظر المادة (37) من إعلان حقوق الطفل 1989 وإعلان القضاء على العنف ضد المرأة 1993.

(1) أنظر الإعلانات التي صدرت عن الجمعية العامة للأمم المتحدة 1979 و1982.

(2) د. مفتاح أغنية محمد - المسؤولية القانونية عن خرق قواعد القانون الدولي الإنساني - مجلة الحق - كلية القانون بني

وليد- العدد (5) لسنة 2016 ص 120.

- 1- إلزام الشرطة ، بإعلام المشتبه بهم بحقوقهم، كحق إلتزام الصمت ، وحضور المحامي ، وأي تقصير يفضي إلى عدم الشرعية .
 - 2- ضرورة تسجيل الإستجابات، سمعياً، وبصرياً بما يفيد التقييد بالقواعد القانونية الملزمة.
 - 3- تقليص فترات الحبس، الإحتياطي، أو الإحتجاز السري.
 - 4- ضرورة وجود محامٍ، وحضور أولياء الأمور بالنسبة للقصر، عند إستجوابهم .
 - 5- كفالة حق ، اللجوء للقضاء للتعويض، عن كافة الأضرار.
 - 6- التأكد من إدانة السلطات العليا في الدولة، لجرائم التعذيب، وملاحقة مرتكبيها والتنسيق، وتبادل المعلومات مع المنظمات غير الحكومية.
 - 7- تكثيف البرامج، التربوية، والتدريبية، للقانونيين، والمربين، و لموظفي السجون وإصدار دليل عملي، من أجل الوقاية من التعذيب.
- ولكن رغم الحظر الدولي للتعذيب، كليا لا زالت أغلب دول العالم، تمارسه على نطاق واسع، فلا زال آلاف الجالدين، يمارسون مستويات الضرب، وشتى صنوف التعذيب بحق أناس أبرياء، كما تكشف عن ذلك تقارير، منظمة العفو الدولية.⁽¹⁾
- والمنظمات والجمعيات الحقوقية، المهتمة بهذا الشأن.

الخاتمة

لا زالت ممارسة التعذيب، حقيقة قائمة في مختلف دول العالم، ويظهر ذلك جلياً في التقارير المقدمة بصورة دورية، عن المنظمات المختصة بحقوق الإنسان، حيث أشرنا في هذا البحث إلى الإطار القانوني لتجريم التعذيب، على مستوى القوانين الوطنية، و من ضمنها الدساتير و القوانين الجنائية، وكذلك على المستوى الدولي والإقليمي، ولكن رغم الحظر على هذين المستويين، فلا زالت المشكلة قائمة، لأسباب عدة تاريخية وإجتماعية وبسبب القصور التشريعي، وحالة العنف اللامتتهي، وهذا ما يستوجب تطوير التشريعات، الوطنية والقيام بعمل توعوي، للأفراد المسؤولين عن التحقيق، و الإستجواب، وتفعيل دور مؤسسات، المجتمع المدني وترتيب البطلان كأثر على التعذيب، عند الأقوال المنتزعة تحت وطأته، وضمن الملاحقة القضائية، والعمل على مبدأ عدم سقوط جرائم التعذيب بالتقادم، ووضع كافة السجون، والمعقلات، تحت رقابة القضاء والرأي العام، والعمل دولياً، على حظر تصنيع، وتصدير، أجهزة التعذيب، والعمل على توافق التشريعات الوطنية، وإنسجامها مع الإتفاقية الدولية لمناهضة التعذيب وأن أي غياب للنصوص القانونية، الواضحة، التي تجرم التعذيب لاتعني شرعيته، فالحق الطبيعي للإنسان في

(1) راجع تقارير منظمة العفو الدولية والذي أشار إلى أن أكثر من (140) دولة مازال يمارس فيها التعذيب بشكل كبير تقارير (1997-2003-2012).

حقوق كرامته وأدميته، يرقى عن غيره من الحقوق الأخرى ذلك أن فعل التعذيب يتعارض وفطرة الله سبحانه وتعالى، والقانون الطبيعي، والمنظومة الأخلاقية وحكمة تكريم الإنسان، ولكن تظل حماية حقوق الإنسان من خلال الآليات، الدستورية، والقانونية غير فعّالة، حتى وإن لحقها تطوّر لافت، فلا بد من وجود عقوبات، رادعة عن جرائم التعذيب تنهي هذه الظاهرة، أو تُحد منها على أقل تقدير.

كما أن الدولة ملزمة بالحيلولة، دون وقوع جرائم التعذيب، فإن وقعت كان عليها معرفة الجاني، ومحاكمته، وإلزامه بتعويض الضحية، فإن عجزت، أو كان الجاني معسراً، فيجب على الدولة تعويض الضحية، من منطلق وظيفتها الإجتماعية وخاصة وأن هذا المبدأ يجد سنده في الشريعة الإسلامية " لا يطل دم في الإسلام" وكذلك نظامي الدية، والقسامة، كما أن الدستور كافل لذلك مما يتطلب من المشرع الليبي، إصدار قانون خاص لتعويض الضحايا، إستناداً لما ذكر وإنشاء صندوق حكومي للتعويض، وتيسير حصول ضحايا إساءة إستعمال السلطة العامة، على التعويض العادل، وتذليل الصعاب التي تواجه ضحايا جريمة التعذيب، والجرائم المشابهة في الحصول على تعويضاتهم، فالتعويض نتاج فكرة العدالة، بالنسبة لضحايا الجريمة تماماً مثلما النظر إلى التضير كنتاج لفكرة العدالة في مجال معاملة الجناة.

قائمة بأهم المراجع

- 1- إبراهيم العناني - الإجراءات القانونية الدولية لحماية ضحايا الجريمة وإساءة إستعمال السلطة - الندوة الدولية لحماية ضحايا الجريمة أكاديمية الشرطة-القاهرة-1989.
- 2- إسماعيل عبدالرحمن محمد- الحماية الجنائية للمدنيين زمن النزاعات المسلحة رسالة دكتوراة- كلية الحقوق-المنصورة.2000.
- 3- الشافعي محمد بشير - قانون حقوق الإنسان-مصادره-تطبيقاته-الإسكندرية 2004.
- 4- الشافعي محمد بشير- التعذيب في السجون والمعتقلات ووسائل مقاومته- مجموعة شريف بسيوني- مج.2 - دار العلم للملايين بيروت- ط1- 1989.
- 5- سعيد فهم خليل - الحماية الدولية لحقوق الإنسان في الظروف الإستثنائية منشورات أمديست- القاهرة-1998.
- 6- سمير الجنزوري- تعويض ضحايا الحبس الإحتياطي- ندوة الأفاق الجديدة-المركز القومي للبحوث الإجتماعية والقانونية- القاهرة-1971.
- 7- د. طارق عزت- محاضرات في حقوق الإنسان - ألفت على طلبة الدراسات العليا- كلية القانون- جامعة التحدي سرت2002. غير منشورة .
- 8- عاطف النقيب- النظرية العامة للمسئولية الناشئة عن الفعل الشخصي الخطأ والضرر-منشورات عويدات-بيروت-1984.

- 9- عادل الفقي - مبدأ المسؤولية الدولية عن تعويض المجني عليهم - المؤتمر الثالث للجمعية المصرية للقانون الجنائي. 1999.
- 10- عبد الغني محمود- القانون الدولي الإنساني مقارنة بالشرعية الإسلامية- دار النهضة العربية- القاهرة 1991 .
- 11- علي حسين باكير - فنون التعذيب الأمريكي وانتهاكات حقوق الإنسان - موقع المسلم - شبكة الإنترنت-28-6-2006.
- 12- غنام محمد غنام- المضرور من الحبس الإحتياطي وحقه في التعويض- مجلة إدارة الحكومة -مصر (عدد-2) (س.30) أبريل-مايو-1986 .
- 13- محمد عبدالله أبوبكر- جريمة التعذيب في القانون الدولي الجنائي والقانون الداخلي - المكتب العربي الحديث- الإسكندرية-2006 .
- 14- محمد أحمد إبراهيم- ضمانات الأفراد في ظل الظروف الإستثنائية في المجالين الدولي و الإداري- دراسة مقارنة- دار النهضة العربية-القاهرة.2008 .
- 15- يعقوب حياقي - تعويض الدولة للمجني عليهم في جرائم الأشخاص- رسالة دكتوراة - كلية الحقوق - الإسكندرية 1977 .
- 16- إتفاقية مناهضة التعذيب 1984 ،والمبادئ الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة .
- 17- إتفاقيات جنيف الأربع 1949 ،والبرتوكولات الملحقه بها1977.
- 18- إعلان الأمم المتحدة بشأن القضاء على العنف ضد المرأة 1993 .
- 19- الإتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان 1950 .
- 20- الإتفاقية الأمريكية لحماية حقوق الإنسان 1969 .
- 21- الإتفاقية الأوروبية لمنع التعذيب 1987 .
- 22- الدستور الليبي 1951 والإعلان الدستوري الليبي 1969 والإعلان الدستوري المؤقت 2011 . ومشروع الدستور الليبي الجديد 2018.
- 23- الوثائق الصادرة عن منظمة العفو الدولية بشأن التعذيب (2006-2012-2014) متاح على موقع المنظمة على شبكة الإنترنت.
- 24- مكافحة التعذيب - دليل التحركات- منظمة العفو الدولية - ط.1- لندن 2003 .

الطعن القضائي على قرارات المجالس التأديبية
كضمانة للموظفين
د:مفتاح خليفة عبدالحميد
أستاذ القانون العام المشارك بكلية الحقوق - جامعة بنغازي

.. مقدمة ..

للتأديب في الوظيفة العامة دور هام في إرساء مبدأ الانضباط الإداري الواجب توافره لجهة الإدارة حتى تتمكن من أداء دورها لتحقيق المصلحة العامة والمحافظة على سير المرفق العام بانتظام واطراد ، فهو وسيلة الإدارة لعقاب الموظف العام إذا أحل بأحد واجباته الوظيفية المنصوص عليها في قانون علاقات العمل رقم (2010/12م) أو ارتكب أحد المحظورات المنصوص عليها في القانون .

وإذا كان مبدأ فاعلية العقوبة يتجه نحو تقوية سلطة الإدارة ، إلا أن ذلك لا يكون على حساب ضمانات الموظفين ، حيث تعتبر هذه الضمانات حقوقاً للموظف العام مقابل سلطة الجهة الإدارية ، ومن ثم يتعين على جهة الإدارة أن توازن بين مبدأي الفاعلية والضمان دون انحياز أو تفريط فكلاهما جدير بالرعاية والاهتمام ، وقد حرص المشرع الليبي في كافة القوانين وخاصة المتعلقة بالوظيفة العامة أن يمنح الموظف كافة الضمانات لمواجهة أي قرار تصدره جهة الإدارة ضده يكون مخالفاً لمبدأ المشروعية ، إذ أعطت كافة القوانين المنظمة لعمل مجالس التأديب حق الطعن في قرارات المجالس التأديبية المختلفة .

ويعتبر حق التقاضي من الحقوق العامة التي اعترفت بها كافة الدساتير للأفراد ومنها الدستور الليبي الصادر في عام 1953م وكذلك الإعلان الدستوري الصادر في 2011/8/3م والذي نص في المادة (33) على أن : " التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة " ، فالقضاء بما يتصف به من نزاهة ينظر نظرة فاحصة لقرار الجزاء التأديبي ، فإذا وجدته مخالفاً لمبدأ المشروعية قام بإلغائه .

.. أهمية الدراسة ..

الطعن القضائي في قرارات مجالس التأديب يعتبر ضماناً مهمة من ضمانات الموظفين في مواجهة جهة الإدارة ، إذ تتغول الإدارة في استعمال سلطتها دون مراعاة للضمانات القانونية التي حددها القانون للموظف ، من هنا فضلت أن أبحث في هذا الموضوع الهام ، لتبصير الموظفين بأهم الضمانات المقررة لهم قانوناً .

.. نطاق الدراسة ..

تركز هذه الدراسة على كيفية الطعن في قرارات مجالس التأديب والجهة المختصة بنظر هذه الطعون والأسباب التي بُنيت عليها فقط .

.. منهج الدراسة ..

سوف نحاول دراسة موضوع الطعن القضائي على قرارات المجالس التأديبية كضمانة للموظفين من خلال سرد أهم الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا المتعلقة بالطعن القضائي في هذه القرارات متبعاً أسلوب المقارنة الموضوعية عند عرض كل فكرة من هذه الأفكار ، وفضلت تقسيم هذه الدراسة إلى ثلاث مباحث على النحو الآتي :

- المبحث الأول : السلطات المختصة بالتأديب
- المبحث الثاني : شروط قبول الطعن القضائي والجهة المختصة بنظره
- المبحث الثالث : أسباب الطعن القضائي على قرارات مجالس التأديب

المبحث الأول السلطة المختصة بالتأديب

تختلف الدول بشأن تحديد الجهة المختصة بتأديب موظفيها فثمة دول اتجهت لمنح هذا الاختصاص إلى السلطات الرئاسية ، بينما ذهبت أخرى لإنشاء مجالس تأديب خاصة ، تتولى مهمة إيقاع الجزاء التأديبي المناسب على الموظف المتهم ، وتوجد ثلاثة أنظمة للتأديب ، وهي النظام الرئاسي ، والنظام القضائي ، والنظام شبه القضائي ، وقد أخذت ليبيا بالنظام شبه القضائي ، وذلك من خلال تشكيل مجالس للتأديب تتولى التحقيق مع الموظفين العموميين المخالفين وتطبيق العقوبات المناسبة عليهم ، ولقد شهد النظام القانوني لمجالس التأديب في التشريع الليبي تطورت مختلفة وعرف التشريع الليبي عدة أنواع من مجالس التأديب ترجع إلى معايير موضوعية تعود بعضها إلى درجة الموظف ، وبعضها إلى معيار نوع الجريمة التأديبية ، وما إذا كانت إدارية أو مالية ، وتنقسم المجالس التأديبية إلى " مجلس التأديب العام ومجلس التأديب الأعلى " ، وهي التي نظمها قانون الخدمة المدنية الملغي رقم (55) لسنة 1976 ، واللائحة التنفيذية للقانون الحالي رقم 12 لسنة 2010 بشأن علاقات العمل ، وقانون إدارة الفتوى والتشريع " القانون حالياً " رقم (6) لسنة 1992 ، ومجالس تأديبية عن المخالفات المالية التي نظمها قانون إنشاء هيئة الرقابة الإدارية رقم (20) لسنة 2013م ، وسوف نتناول دراسة تشكيل هذه المجالس واختصاصاتها وفقاً للمطالب الآتية :

المطلب الأول: مجلس التأديب العام (العادي)

نص قانون الخدمة المدنية الملغي رقم (55) لسنة 1976 في المادة (86) منه على تشكيل مجلس تأديب في كل وحدة إدارية بقرار من الوزير المختص على النحو التالي :

- وكيل الوزارة أو أحد موظفيه لا تقل درجته عن الخاصة ج (الحادية عشرة حالياً)
- أمين عام الوحدة الإدارية عضواً .
- المستشار القانوني للوحدة الإدارية عضواً .

وفي حالة عدم وجود مستشار قانوني بالوحدة الإدارية يرشح وزير العدل أحد أعضاء إدارة الفتوى والتشريع أو النيابة العامة .

وإذا لم يوجد بالوحدة الإدارية أمين عام ، أو إذا كان أحد أعضاء المجلس غائباً أو محالاً إلى المحاكمة التأديبية أختار الوزير المختص من محل محله ، ويشترط ألا تقل درجة أي عضو من أعضاء المجلس عن درجة الموظف المحال إلى المحاكمة التأديبية .

وقد نصت المادة (143) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم (12) لسنة 2010 على يُشكل هذا المجلس بكل قطاع أو وحدة إدارية بقرار من الرئيس المختص وذلك على الوجه الآتي :

- الكاتب العام للقطاع أو من له صلاحياته أو من يكلفه الأمين سابقاً (الوزير) من موظفي الدرجات العليا ممن لا تقل درجته عن الثانية عشر ، رئيساً .
- مدير الشؤون الإدارية بالوحدة الإدارية أو من له صلاحياته عضواً
- عضو قانوني ، عضواً

ويشترط ألا تقل درجة أي عضو من أعضاء المجلس عن درجة الموظف المحال للمحاكمة التأديبية ، ويكلف رئيس قسم شؤون الموظفين بأمانة سر المجلس ليتولى تحرير المحاضر وحفظها مع مستندات الدعوى ، وإتمام باقي الإجراءات المتعلقة بإعلان وتحديد موعد الجلسات .

ولا يكون انعقاد المجلس صحيحاً إلا إذا حضره الرئيس وجميع الأعضاء وتكون جلساته سرية ويصدر القرار بأغلبية الآراء وفي حالة التساوي يرجح الجانب الذي منه الرئيس ، وأن يشتمل على الأسباب التي بُني عليها وقرار مجلس التأديب نهائي ولا يجوز الطعن فيه إلا أمام المحكمة المختصة⁽¹⁾ .

وفي حالة وجود سبب من أسباب التنحي المنصوص عليها في قانون المرافعات بالنسبة لرئيس المجلس أو أعضائه يجب عليه التنحي عن نظر الدعوة التأديبية وللموظف المحال إلى المحاكمة حق طلب رده ، ويعين رئيس مجلس الوزراء أو الوزير المختص حسب الأحوال من يجل محله ، وذلك طبقاً لنص المادة 148 من اللائحة التنفيذية لقانون علاقات العمل . وتكون إحالة الموظف المتهم إلى مجلس التأديب عن طريق الوزير المختص أو وكيل الوزارة مع مراعاة اختصاص الأجهزة الرقابية .

ويجب أن تكون الإحالة المذكور فيها المخالفة الموجهة إلى الموظف وبالطريقة التي حددها القانون حيث تقول في ذلك المحكمة العليا " لما كان من المسلم به فقهاً وقضائياً أن المحاكمة التأديبية يجب أن تجرى على أصول وضوابط وقواعد تكفل سلامة القرارات التي تصدرها المجالس المنوط بها إجراء المحاكمة وبعدها عن مضرة التعنت أو سوء استعمال السلطة ، وأولى هذه القواعد هو سلوك الطريق الذي رسمه القانون في رفع الدعوى التأديبية ، ومواجهة المتهم بما هو مأخذ به لتمكينه من الدفاع عن نفسه ، ومرد ذلك إلى اعتبارات العدالة التي توجب أن تكون للمحاكمات الإدارية التأديبية كفالات المحاكمات القانونية وضماناتها ، وكانت المطعون ضدها قد اتهمت اتهاماً مغايراً للقرار الإحالة وقد أبدى لأول مرة في جلسة المحاكمة التأديبية فإنه لا يسوغ لمجلس التأديب التصدي لها لأنه لم ترفع بالطريقة التي حددها القانون"⁽²⁾ .

(1) أنظر المادة (147) من اللائحة التنفيذية لقانون علاقات العمل رقم (12/2010م) .

(2) حكم المحكمة العليا أشار إليها المستشار فرج يوسف الصلابي في الموسوعة الشاملة لمبادئ المحكمة العليا ص128

ويجب إعلان المتهم بقرار الإحالة وبتاريخ الجلسة ، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في حكمها بتاريخ 2004/4/18م "وحيث أنه كان إعلان المتهم بقرار الإحالة المتضمن بياناً بالمخالفات المنسوبة إليه وبتاريخ الجلسة المحددة لنظر الدعوى التأديبية يعتبر إجراءً جوهرياً يترتب على إغفاله بطلان قرار مجلس التأديب ، ألا أن ذلك القول يصبح في غير محله لتحقيق الهدف من الإخطار بمشول الطاعن أمام المجلس التأديبي المذكور ومواجهته بالتهمة المنسوبة إليه فضلاً عن إقراره أمام المجلس بواقعة إعلانه بقرار الإحالة"⁽¹⁾ .

ويختص مجلس التأديب العادي بمحاكمة الموظفين الذين يشغلون وظائف الدرجة العاشرة فأقل وذلك عما يرتكبه من مخالفات إدارية ، طبقاً لنص المادة 145 من اللائحة التنفيذية لقانون علاقات العمل ، وتوقع عليهم العقوبات المنصوص عليها بالفقرة (2) من المادة (160) من القانون رقم (12) لسنة 2010 .

ويجب أن تشمل قرارات المجالس التأديبية بصفة عامة على الأسباب التي بني عليها وإلا اعتبر القرار التأديبي معيباً بعبء شكلي ، لان القرار الإداري يجب أن يقوم على سبب يبرره في الواقع والقانون ، وكركن من أركان انعقاده باعتبار القرار تصرفاً قانونياً ولا يقوم أي تصرف قانوني بغير سبب ، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في حكمها بتاريخ 1971/4/12م " أن أسباب القرار الإداري هي الوقائع المادية أو القانونية التي تملي على مصدره اتخاذه ، فهي وقائع تكون الباعث الذي حرك الإدارة على إصداره ، ومن ثم ينعدم سبب القرار الإداري إذا ثبت عدم وجود الباعث الذي يستوجب من الإدارة اتخاذ القرار ، فمتى رأى المشرع ضرورة التسبب ، فإن التسبب يكون عنصراً من العناصر الشكلية للقرار الإداري ويترب على مخالفته قيام عيب في شكل القرار الإداري لا في سببه"⁽²⁾ .

وفي حكم حديث لها تقول المحكمة العليا بتاريخ 2004/4/12م " وحيث إن القرار المطعون فيه لم يتناول في أسبابه البحث فيما إذا كانت الأفعال المسندة إلى المتهم والتي جرى فيها التحقيق معه تكون جريمة جنائية من عدمه ، مما يكون معه القرار المطعون فيه قد جاء قاصراً في التسبب بما يوجب نقضه ودون حاجة لبحث الوجه الآخر من النعي..."⁽³⁾ .

(1) حكم المحكمة العليا بتاريخ 2004/4/18م في الطعن الإداري رقم (112) لسنة 47 ق .

(2) حكم المحكمة العليا بتاريخ 1971/4/12م ، م.م.ع. س. 1 . ع 4 .

(3) حكم المحكمة العليا بتاريخ 2004/4/18م في الطعن الإداري رقم (112) لسنة 47 ق .

المطلب الثاني: مجلس التأديب الأعلى

تم النص على تشكيل هذا المجلس في المادة (4) من القانون رقم (6) لسنة 1992 بشأن إدارة القانون وفقاً للتشكيل الآتي :

- رئيس إدارة القانون
- رئيساً
- أحد المستشارين بدائرة القضاء الإداري
- عضواً
- أحد رؤساء النيابة الابتدائية عضواً ، يصدر بنده قرار من وزارة العدل .
- أحد موظفي الإدارة العليا عضواً ، ترشحه أمانة اللجنة الشعبية العامة سابقاً (مجلس

(الوزراء)

ومن الملاحظ هنا أن المشرع أوجه نحو تغليب العناصر القضائية على العناصر الإدارية في تشكيل هذا المجلس ، وهو ما يعتبر من وجهة نظرنا ضماناً تضاف إلى الضمانات الأخرى الموجودة في هذا النظام ، خاصة من حيث الحياد والنزاهة والإجراءات .. الخ .

وقد نصت المادة (146) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم (12) لسنة 2010 على "الموظفين الذين يشغلون وظائف الإدارة العليا يحاكمون تأديبياً عن المخالفات الإدارية أمام مجلس التأديب الأعلى ، ويصدر قرار الإحالة بقرار من الأمين (الوزير المختص) " .

وبينت المادة (5) من قانون رقم (6) لسنة 1992 اختصاصات مجلس التأديب الأعلى ، فهو يملك محاكمة موظفي الإدارة العليا تأديبياً عن المخالفات الإدارية . ويتحدد اختصاص المجلس تبعاً للدرجة التي يشغلها الموظف وقت إقامة الدعوى بمعنى أنه إذا ارتكب الموظف المخالفة الإدارية ، وكان شاغلي وظائف الدرجة العاشرة فأقل ثم رقي بعد ذلك إلى الدرجة الحادية عشر فأعلي ، فإن المجلس التأديبي الأعلى هو المختص بالمحاكمة التأديبية ولا اعتبار بأن المخالفة وقعت قبل أن يشغل الموظف المخالف هذه الدرجة .

وقد نصت المادة (26) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم (6) لسنة 1992 على " أن انعقاد المجلس لا يكون صحيحاً ، إلا إذا حضره رئيس المجلس وجميع الأعضاء ، وتكون جلساته سرية ويصدر قرار بأغلبية الآراء وفي حالة التساوي يرجح الجانب الذي منه الرئيس " .

ويجب أن يشتمل قرار المجلس على الأسباب التي بني عليها وتبلغ به جهة الإدارة والموظف خلال 15 يوماً من تاريخ صدوره ويكون قرار المجلس نهائياً أي لا يحتاج إلى تصديق أو تعقيب من أي جهة أخرى ولا يجوز الطعن فيه إلا أمام دوائر القضاء الإداري ، ولا يمنع انتهاء خدمة الموظف من الاستمرار في المحاكمة التأديبية أو الإحالة إلى المحاكمة إذا كان قد بدأ معه التحقيق قبل انتهاء الخدمة ، وتجدر الإشارة إلى أن موظفي الشركات العامة ممن تزيد درجتهم عن العاشرة رغم أنهم من غير الموظفين العموميين إلا أنهم يخضعون للمساءلة التأديبية أمام هذا المجلس .

المطلب الثالث: المجلس التأديبي للمخالفات المالية

استحدث هذا المجلس بموجب قانون النظام المالي للدولة الصادر في 24 أكتوبر 1967 ، ثم نُص عليه في قانون الخدمة المدنية رقم (55) لسنة 1976 وفقاً للمادة (88) ، ثم جاء القانون رقم (11) لسنة 1996 بإعادة تنظيم ديوان المحاسبة ، وأخيراً القانون رقم 20 لسنة 2013م بشأن إنشاء هيئة الرقابة الإدارية والذي نص في المادة 44 بأن يتكون المجلس التأديبي للمخالفات المالية من كل من :

- أحد رجال القضاء ممن لا تقل درجته عن مستشار بمحكمة الاستئناف المختصة بتخاره الجمعية العمومية للمحكمة (رئيساً) .
- أحد أعضاء ديوان المحاسبة ممن لا تقل درجته عن الثالثة عشر يتم تسميته من رئيس الديوان (عضواً) .
- أحد أعضاء إدارة القانون يتم تسميته من قبل وزير العدل (عضواً) .
- أحد موظفي وزارة العمل والتأهيل ممن لا تقل درجته عن الثالثة عشر يتم تسميته من قبل وزير العمل والتأهيل (عضواً) .
- أحد موظفي وزارة المالية ممن لا تقل درجته عن الثالثة عشر يتم تسميته من قبل وزير المالية (عضواً) .

ويكون للمجلس أمين سر من بين العاملين بالهيئة يختاره رئيس الهيئة ، وإذا كان الحال إلى المحاكمة التأديبية عضو في المجلس تولت الجهة ذات العلاقة اختيار من يحل محله ، ويجب أن لا تزيد مدة العضوية في المجلس عن سنتين ، ويصدر بتشكيل المجلس قرار من رئيس الهيئة ، ويجوز إنشاء مجالس أخرى على أن يحدد القرار دائرة اختصاص كل مجلس ، ويكون تشكيل هذه المجالس وفقاً لأحكام هذه المادة ، وتكون المحاكمة التأديبية للمختارين من السلطة التشريعية أمام مجلس يصدر بتشكيله قرار من السلطة التشريعية .

وتعتبر القواعد الخاصة بتشكيل المجالس (إدارية كانت أو مالية) وانعقادها من القواعد الجوهرية المتعلقة بالنظام العام ، ويترتب على مخالفتها البطلان ، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في حكمها بتاريخ 1984/6/3م الذي جاء فيه : " من المقرر في الفقه والقضاء الإداري أن القواعد الخاصة بتشكيل المجالس التأديبية والإجراءات التي أمامها تعتبر من القواعد الجوهرية المتعلقة بالنظام العام ويترتب على إغفالها كلياً أو جزئياً بطلان تشكيل هذه المجالس وبطلان القرارات التي تصدرها ولو لم يرد بذلك نص قانوني ... ولما كان الواقع في الدعوى أن مجلس التأديب المطعون في قراره قد شكل من أربعة أعضاء خلافاً لما يقضي به القانون الذي حدد أعضائه بثلاثة فإن تشكيله على هذا النحو يكون باطلاً لمخالفة

لأجراء من الإجراءات الجوهرية الواجبة الإلتباع ، وبترتب على ذلك إن القرار المطعون فيه يكون هو أيضاً باطلاً لصدوره من مجلس لم يشكل تشكلاً صحيحاً⁽¹⁾ .

وتتم الإحالة للمجلس التأديبي للمخالفات المالية من قبل مدير الإدارة المختصة بالتحقيق ، بعد اعتماد من رئيس الهيئة أو من يكلفه ، ويتولى عضو التحقيق مباشرة الدعوى التأديبية أمام المجلس التأديبي للمخالفات المالية .

ويعقد المجلس جلساته بمقر الهيئة أو أحد فروعها ، ولا يكون انعقاده صحيحاً إلا إذا حضره رئيسه وثلاثة من أعضائه على الأقل ، وفي حالة تساوي الآراء يُرجح الجانب الذي منه الرئيس ، وتكون جلساته سرية ويصدر قراراته بأغلبية الأعضاء ، ويجب أن يشتمل قرار المجلس على الأسباب التي بُني عليها ، ويبلغ به الموظف خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدوره ، ويكون قرار المجلس نهائياً ولا يجوز الطعن فيه إلا أمام القضاء الإداري ، وتحدد اللائحة التنفيذية إجراءات التأديب التي لم يرد بشأنها نص في هذا القانون .

إلا أن المشرع في القانون رقم 11 سنة 1992 قد حدد النصاب القانوني حيث نص أن انعقاد المجلس لا يكون صحيحاً إلا إذا حضره رئيسه وثلاثة من الأعضاء على الأقل ، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في حكمها بتاريخ 2005/3/13م والذي تتلخص وقائعه في : " تتخلص وقائعه في أن الطاعن أقام الدعوى التأديبية أمام المجلس التأديبي للمخالفات المالية عام (1999) ضد المطعون ضده بصفته أمين (وزير) لم يؤد العمل المنوط به بكل دقة وأمانة ولم يحل أثناء قيامه بمهام وظيفته ، دون وقوع مخالفة القوانين واللوائح المالية المعمول بها ، والإهمال في تطبيقها ، حيث أهمل وقصر في أداء واجباته الوظيفية . والمجلس التأديبي بعد أن نظر في الدعوى قرر بشأنها براءة المطعون ضده مما نسب إليه بتاريخ 24-4-2000 وبتاريخ 30-9-2001 قرر عضو إدارة القضايا نيابة عن الطاعن الذي طعن عليه بطريق النقض بأن تشكيل المجلس التأديبي ، مصدر القرار / لم يكن صحيحاً وفقاً للقانون ، وذلك لعدم حضور عضو ديوان المحاسبة وعضو الهيئة العامة للقوى العاملة . فقضت المحكمة العليا في هذا الطعن بأن ما يعني به الطاعن على القرار المطعون فيه من البطلان فإنه على غير أساس ذلك أن القانون رقم (11) لسنة 1996 بتنظيم ديوان المحاسبة قد نص في المادة (74) منه على أن انعقاد المجلس يكون صحيحاً إذا حضره رئيسه وثلاثة من أعضائه ، ومن ثمة فإن عدم حضور عضو الرقابة أو عضو القوى العاملة لا ينال من صحة انعقاده ، وبالتالي يكون نعي الطاعن على القرار الصادر في غياب العضوين المشار إليهما في غير محله⁽²⁾ .

(1) حكم المحكمة العليا بتاريخ 1984/6/3م في الطعن الإداري رقم (3) لسنة 22 ق .

(2) حكم المحكمة العليا بتاريخ 2005/5/13م في الطعن الإداري رقم (143) لسنة 48 ق .

الطبيعة القانونية للقرارات الصادرة عن مجالس التأديب :

بالنظر إلى نهج التشريع الليبي في تشكيل مختلف مجالس التأديب الإدارية منها والمالية يتضح أنه أخذ بالنظام شبه القضائي في مجال التأديب وقد رجع العناصر الإدارية على العناصر القضائية في تشكيل المجالس ، وذلك باستثناء كما ذكرنا في السابق مجلس التأديب الأعلى المعاد تشكيله وفقاً للمادة (4) من القانون رقم (6) لسنة 1992 بإنشاء إدارة الفتوى والتشريع ، والذي يختص بمحاكمة موظفي الإدارة العليا تأديبياً عن المخالفات الإدارية .

ولكن هناك سؤال يطرح نفسه عن ماهية طبيعة القرارات الصادرة عن هذه المجالس وهل تعتبر قرارات إدارية أم أحكاماً قضائية أم مختلطة بين هذا وذاك ؟

استقر الفقه والقضاء الإداري المقارن على إن مجالس التأديب هي جهات إدارية ذات اختصاص قضائي ، باعتبار إن تشكيلها ليس قضائياً صرفاً وإنما يشترك فيها عناصر من الإدارة العامة فهي بذلك لجان إدارية ، ولأن عملها من طبيعة النشاط القضائي فهي بذلك ذات اختصاص قضائي ومن ثم فإن القرارات التي تصدرها هذه المجالس تعتبر قرارات إدارية أخذاً بالمعيار العضوي أو الشكلي الذي يعتد بصفة الجهة الصادر عنها العمل أو القرار دون النظر إلى طبيعته أو فحواه ، كما يمكن اعتبار قرارات هذه المجالس قرارات قضائية ، أي إحكاماً استناداً إلى المعيار المادي أو الموضوعي الذي يعتمد في تكييف العمل على مضمونه وطبيعته الذاتية بغض النظر عن الجهة التي أصدرته . إن المتبع لإحكام المحكمة العليا في هذا الخصوص يلاحظ أنها لم تتخذ معياراً محدداً في بداية الأمر ، فجاءت في أحد أحكامها بقاعدة ما يسمى بازدواج القرارات ، وذلك بمناسبة الطعن في حكم محكمة الاستئناف بطرابلس والذي يقضي بتأييد الحكم المستأنف والصادر من مجلس تأديب المحامين حيث قررت المحكمة قبول الطعن بهيئة قضاء إداري واستناداً إلى الطبيعة الثنائية الإدارية والقضائية ، فهذا الحكم كما تقول المحكمة يمكن اعتباره قضائياً أخذاً بالمعيار العضوي لأنه صدر من جهة قضائية ويمكن اعتباره قراراً إدارياً لأنه فصل في دعوى موضوعها قرار إداري ، وانتهت المحكمة إلى إرساء قاعدة أسمتها قاعدة ازدواج القرارات حيث يكون القرار والحكم المطعون فيه من القرارات القضائية والإدارية في آن واحد .

ولكن انتقد البعض مسلك المحكمة بشدة حيث من المسلم به أن ثمة فوارق جوهرية بين الحكم القضائي والقرار الإداري ، مما جعل المحكمة العليا تمجر هذا المبدأ وتعود للمعيار الشكلي إذا تقول في حكمها بتاريخ 1970/3/22 م : " أن المشرع الليبي أخذ بما أستقر عليه الرأي الغالب من أن المعيار الفارق بين القرار الإداري والقرار القضائي ، وهو الجهة التي أصدرت القرار فإذا كانت إدارية أعتبر القرار إدارياً ولا ينظر إلى طبيعة العمل الصادر عنها هل هو عمل إداري أو قضائي" (1) .

(1) حكم المحكمة العليا بتاريخ 1970/3/22 م ، م.م.ع . س 10 . ع 2 .

وقد استقرت المحكمة العليا على هذا الرأي ويتجلى ذلك أيضاً في احد أحكامها حيث تقول : " حسم المشروع اللبّي الخلاف حول الجهة المختصة بالفصل في القرارات الصادرة من هيئات إدارية ذات اختصاص قضائي بما نص عليه في الفقرة الأولى من المادة (21) من قانون المحكمة العليا على انه ليس لأية محكمة أخرى حق الفصل في هذه القرارات ، فجعل معيار التفرقة بين القرار الإداري والقرار القضائي هو الجهة التي أصدرت القرار فأن كانت بحكم تشكيلها هيئة إدارية اعتبر القرار إدارياً دون النظر إلى طبيعة العمل الصادر منها ... " .

إذا القرارات الصادرة عن مجالس التأديب المختلفة هي قرارات إدارية تأديبية ولا يغير من كون هذا الوصف قراراً إدارياً المصطلحات التي استخدمها في النظام التأديبي المحكمة التأديبية مثلاً أو إخضاع رئيس وأعضاء المجلس لما يخضع له رجال القضاء من حيث أحوال التنحي والرد إذ ليس من شأن ذلك ولو أضيف على هيئة المجلس وصف الهيئة القضائية أو إعطاء وصف الحكم القضائي القرار الصادر من المجلس ، فهو يبقى قراراً إدارياً تأديبياً .

ولا يجوز مخاصمة مجلس التأديب نفسه إنما يوجه الطعن إلى أطراف النزاع وهذا ما قرره المحكمة العليا في حكمها بتاريخ 2005/3/20م الذي جاء فيه : " ويؤني على ذلك أن الطعن فيها لا يصح في مواجهة المجلس التأديبي الذي أصدرها وإنما يوجه إلى أطراف النزاع " (1) .

المبحث الثاني: شروط قبول الطعن القضائي والجهة المختصة بنظره

المقصود بشروط قبول الطعن الشروط الواجب توفرها في قرار الجزاء التأديبي كقرار إداري تكاملت مقوماته كونه صادر عن " جهة إدارية عامة وبالإرادة المنفردة وكتصرف قانوني ومؤثراً في مركز الطاعن ونهائي لا يحتاج إلى تصديق " ، حتى تستطيع المحكمة قبول الطعن ومن ثم البحث في موضوعه ، فإذا كان الطعن مفتقراً لأي من هذه الشروط حكمت المحكمة برفضه دون التطرق إلى البحث في موضوعه ، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في حكمها بتاريخ 2002/12/10م الذي جاء فيه : " أن الطعن بالإلغاء لا يرد إلا على القرارات الإدارية التي تصدرها جهة الإدارة بما لها من سلطة عامة والتي من شأنها أن تمس المركز القانوني لطالب الإلغاء " (2) ، حتى ولو كان الطعن مرفوع بالفعل ضد القرار التأديبي المخالف للقانون ، ومن ناحية أخرى فإن قبول الطعن إذا توافرت شروطه لا يعني ذلك إجابة الطاعن إلى طلباته ، إذ ينصرف ذلك على قانونية القرار التأديبي ومن ثم تحكم المحكمة بطلبات المدعي إذا ثبت مخالفة القرار المطعون فيه للقانون وإلا حكمت المحكمة برفض الدعوى .

(1) حكم المحكمة العليا بتاريخ 2005/3/20م في الطعن الإداري رقم (143) لسنة 48 ق .

(2) حكم المحكمة العليا بتاريخ 2002/12/10م في الطعن الإداري رقم (44) لسنة 44 ق .

وتجدر الإشارة إلى أن الطعن بالقرار التأديبي من الوسائل الهامة لحماية مبدأ المشروعية وضمانة أساسية لحماية الموظف العام من أخطاء السلطات التأديبية وتعسفها ، إلا أن لهذا الطعن شروط ينبغي احترامها لضمان قبول الطعن ، ومن هذه الشروط أن يكون لمقدم الطعن مصلحة في تقديمه ، وأن يقدم الطعن في المواعيد المقررة قانوناً ، وسوف نتناول دراسة هذا المبحث وفقاً للمطالب الآتية :

المطلب الأول: شرط المصلحة

من المبادئ المستقرة في فقه القانون وفي مجال التقاضي أنه لا دعوى بدون مصلحة ، فالمصلحة هي مبرر وجود الدعوى بالنسبة لصاحبها وهو ما نص عليه قانون المرافعات الليبي في المادة (4) والتي جاء فيها : " لا يُقبل أي طلب أو دفع لا يكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقررها القانون " كما نص المشرع الليبي أيضاً في المادة (6) من القانون رقم (71/88م) بشأن القضاء الإداري على أن: " ولا تقبل الطلبات المقدمة من أشخاص ليس لهم مصلحة شخصية مباشرة " .

والرأي المستقر عليه في الفقه والقضاء الفرنسي هو الاكتفاء بتوافق شرط المصلحة وقت رفع الدعوى دون تطلب الاستمرار في قيامها حين الفصل فيها⁽¹⁾ ، وهذا ما يؤيده الفقه والقضاء الليبي أيضاً والذي جعل من شرط قيام المصلحة وقت رفع الدعوى أمراً كافياً لقبولها دون لزوم استمرارها حتى الفصل في الدعوى ، ومن أحكام المحكمة العليا في هذا الشأن حكمها بتاريخ 1984/6/3م والذي جاء فيه: " جرى قضاء هذه المحكمة على أنه يكفي لتحقيق شرط المصلحة توافرها وقت رفع الدعوى ، ولا عبرة بما يطرأ عليها بعد ذلك " ⁽²⁾ ، وفي حكم لها بتاريخ 1993/11/6م تقر المحكمة العليا أن القرار الإداري الذي يجوز طلب إغائه هو القرار الإداري النهائي الذي يؤثر في المركز القانوني لصاحب الشأن فيجعل له مصلحة شخصية مباشرة للطعن عليه بهذه الطريقة⁽³⁾ ، وفي حكم حديث لها بتاريخ 2005/12/25م تؤكد المحكمة العليا " أن قضاء هذه المحكمة جرى على أن الصفة تعتبر متوفرة كلما كانت هناك مصلحة شخصية مباشرة لرفع الدعوى في طلب إغائه القرار ، ولا يلزم في دعوى الإلغاء أن تستند إلى حق كما هو الشأن في الدعوى المدنية ، وإنما يكفي لرفعها مصلحة شخصية مباشرة " ⁽⁴⁾ .

كما أن الدفع بعدم توافر شرط المصلحة في دعوى الإلغاء يندرج ضمن الدفع بعدم القبول بوصفه يوجه إلى الشروط اللازمة لتوافرها لقبول الدعوى⁽⁵⁾ ، ويجوز إثارته في أي حالة تكون عليها الدعوى ، ولو لأول

- (1) د. خليفة الجهمي ، أحكام ومبادئ القضاء الإداري الليبي ، دار الفضيل ، بنغازي ، 2009م ، ص 206 .
- (2) حكم المحكمة العليا بتاريخ 1980/6/3م في الطعن الإداري رقم (3) لسنة 25 ق .
- (3) حكم المحكمة العليا بتاريخ 1993/11/6م في الطعن الإداري رقم (34) لسنة 50 ق .
- (4) حكم المحكمة العليا بتاريخ 2005/12/25م في الطعن الإداري رقم (9) لسنة 49 ق .
- (5) د. خليفة الجهمي ، أحكام ومبادئ القضاء الإداري الليبي ، المرجع السابق ، ص 206 .

مرة أمام المحكمة العليا وللمحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها لتعلقه بالنظام العام ، وعليه فإن شرط المصلحة أساسي لقبول دعوى الإلغاء يوم رفعها فقط ولا يشترط استمرارها إلى حين الفصل في الدعوى ، فإن زالت مصلحة رافع الدعوى تظل المصلحة العامة المتمثلة في إلغاء القرار المخالف لمبدأ المشروعية ، وعن طبيعة المصلحة في دعوى الإلغاء فقد درج الفقه والقضاء الإداريين على أنه يكفي لقبول دعوى الإلغاء توافر شرط المصلحة الشخصية المباشرة دون الاستناد إلى حق مكتسب للطاعن كما هو مقرر في لقضاء المدني⁽¹⁾ .

المطلب الثاني: إجراءات رفع الدعوى ومواعيدها

هناك جملة من الإجراءات والضوابط ينبغي مراعاتها طبقاً لمواعيد محددة وذلك لرفع دعوى لإلغاء قرار الجزاء التأديبي ، ويتمثل ذلك في الآتي :

أولاً : إجراءات رفع الدعوى ..

[1] توجيه الدعوى إلى جهة ذات صفة : من المعلوم أن دعوى الإلغاء دعوى موضوعية عينية منسوبة على مخاصمة قرار إداري معيب ، إلا أن قبولها مشروط بتوجيه الخصومة إلى جهة الإدارة مصدرة القرار ، وعليه لا بد أن ترفع دعوى الإلغاء على جهة إدارية متمتعة بالشخصية الاعتبارية⁽²⁾ ، وأن تقدم في المواعيد المقررة قانوناً

[2] أن تقدم صحيفة دعوى إلغاء قرار الجزاء التأديبي عن طريق محام : وذلك طبقاً لنص المادة (9) من القانون رقم (71/88م) بشأن القضاء الإداري التي نصت على أن : " يقدم الطعن بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة موقع عليها محامي من المحامين المقيدين بجدول المحامين المقبولين أمامه " وهو ما تؤكدته محكمتنا العليا في حكمها بتاريخ 1995/6/17م والذي جاء فيه : " إن مفاد نص المادة التاسعة من قانون القضاء الإداري أنه يشترط لصحة عريضة الطعن أن تكون موقعة من محام عام مقبول أمام المحكمة المختصة بنظر الدعوى ، على أن يترتب على إغفال الإجراء بطلان صحيفة الدعوى لأنه تعد من الإجراءات الجوهرية الخاصة بالدعوى الإدارية " ⁽³⁾ .

[3] ضرورة إرفاق صورة من القرار المطعون فيه بصحيفة الدعوى : وهو ما نصت عليه المادة (10) من القانون رقم (71/88م) بشأن القضاء الإداري : " يجب أن صحيفة الدعوى عدا البيانات المتعلقة باسم الطالب ومن يوجه إليه الطلب وصفاتهم ومحال إقامتهم ، موضوع الطلب وبيانات المستندات المؤيدة به، وأن يُرفق الصحيفة صورة من القرار المطعون فيه أو ملخصاً وافياً له " ، وهذا ما أكدته محكمتنا العليا

(1) د. عبدالله زائد الكاديكي - د. مازن ليلو راضي ، الرقابة على أعمال الإدارة في القانون الليبي ، مركز الجبل الأخضر للطباعة ، البيضاء ، 2002م ، ص 182 .

(2) د. عمر السيوي ، الوجيز في القضاء الإداري ، دار الفضيل ، بنغازي ، 2013م ، ص 208 .

(3) حكم المحكمة العليا بتاريخ 1995/6/17م في الطعن الإداري رقم (14) لسنة 41 ق .

في حكمها بتاريخ 1995/3/11م الذي جاء فيه : " حيث أن العلة من هذا الإجراء هو أن تكون الدعوى واضحة المعالم خالية من الجهالة وذلك بأن تشتمل الصحيفة على البيانات التي يتطلبها القانون وأن يبين الطاعن ملخصاً وافياً عن القرار المطعون فيه "(1) .

ثانياً : مراعاة المواعيد المقررة قانوناً ..

لما كانت دعوى الإلغاء يتجسم فيها خطر يهدد القرارات الإدارية وبالتالي استقرار الحياة السياسية فقد حدّد المشرّع الليبي في المادة (8) من القانون رقم (71/88م) ميعاداً قصيراً يجب أن ترفع خلاله دعوى الإلغاء لكي تكون مقبولة وهذا الميعاد هو ستون يوماً من تاريخ نشر قرار الجزاء التأديبي المطعون فيه أو إبلاغ صاحب الشأن به ، والحكمة من تحديد ميعاد قصير لرفع دعوى الإلغاء هي الرغبة في تحقيق الاستقرار للأوضاع الإدارية وعدم بقاء أعمال الإدارة أمداً طويلاً عرضة للإلغاء⁽²⁾ ، وسوف نتناول بدء سريان ميعاد رفع دعوى الإلغاء وفقاً للتفصيل الآتي:

[1] النشر : الأصل في ذلك أن نشر قرار الإدارة في الجريدة الرسمية يُعد بمثابة الإشهار به ، بحيث لا يتأتى معه القول بالجهالة به أو عدم العلم بصدوره والنشر هو الطريق المعتاد لإثبات علم المعنيين بالقرارات الإدارية التنظيمية أو اللائحية ، كما أن ذلك لا يمنع من إتباع طريق النشر أيضاً بالنسبة للقرارات الفردية في بعض الأحوال ، ويشترط في النشر الذي يُعد تاريخاً لبدء سريان ميعاد الطعن بإلغاء القرار الإداري أن يكون وافياً أي متضمناً لما يحتويه القرار من أحكاماً أساسية ، وهذا ما أكدته محكمتنا العليا في حكمها بتاريخ 1999/12/26م والذي جاء فيه : " إن علم صاحب الشأن بالقرارات التنظيمية المنشورة في الجريدة الرسمية مفترض ، وأن قرينة العلم بها الاستفادة من النشر في الجريدة الرسمية لا تقبل إثبات العكس "(3) .

فالقاعدة إذن أن ميعاد الطعن بالإلغاء يبدأ في السريان من تاريخ نشر القرار التنظيمي ، بينما يبدأ هذا الميعاد في السريان من تاريخ الإعلان بالنسبة للقرارات الفردية التي تخاطب أشخاصاً معينين ومنها قرار الجزاء التأديبي.

[2] الإعلان : وهو الطريقة التي تنقل بها جهة الإدارة القرار الإداري إلى فرد بعينه ، أو أفرادٍ بذواتهم ، وهذه الطريقة لا تخضع لوسيلة أو شكلية معينة ، حيث يتم الإعلان إلى ذوي الشأن بوسائل مختلفة ، إذا لم يوجب القانون إتباع وسيلة معينة ، فقد يتم الإعلان عن طريق المحضرين أو بموجب خطابٍ مسجل بعلم الوصول أو من خلال توقيع صاحب الشأن لدى جهة الإدارة المعنية بما يفيد استلامه

(1) حكم المحكمة العليا بتاريخ 1995/3/11م في الطعن الإداري رقم (11) لسنة 41 ق .

(2) د. عمر السيوي ، الوجيز في القانون الإداري ، مرجع سابق ، ص 215 .

(3) حكم المحكمة العليا بتاريخ 1999/12/26م في الطعن الإداري رقم (61) لسنة 43 ق .

لنسخة القرار ، ويعتبر الإعلان منتجاً لآثاره في السريان من إعادة الطعن بالإلغاء بحق ذوي الشأن اعتباراً من تاريخ حصوله ، وقد أكدت محكمتنا العليا على ذلك في حكمها بتاريخ 18/1/1986م والذي جاء فيه : " إن النشر هو إتباع الإدارة تشكيلات معينة لكي يعلم الأفراد بالقرار.."⁽¹⁾ .

ومن المعلوم أن عيب إثبات الإعلان التي تبدأ به المدة على عاتق الإدارة ، فالقضاء الإداري يقبل في ذلك كل وسيلة تؤدي إلى إثبات حصول الإعلان كتوقيع صاحب الشأن أو محضر التبليغ⁽²⁾ .

3] العلمي اليقيني : وهو العلم الفعلي بالقرار من جانب صاحب الشأن فهذا العلم الفعلي يؤدي إلى بدء سريان ميعاد دعوى الإلغاء وهذا ما أكدته محكمتنا العليا في حكمها بتاريخ 21/3/2004م والذي جاء فيه : " علم صاحب الشأن بالقرار الإداري علماً يقينياً يعتبر سبباً كافياً لبدء سريان الميعاد حتى ولو لم يحصل نشر أو إعلان القرار..."⁽³⁾ ، وفي حكم آخر لها بتاريخ 13/2/2005م تؤكد المحكمة العليا : " أن العلم اليقيني بالقرار المطعون فيه هو الذي يكون مقام النشر والإعلان لا ينتج لمجرد مرور زمن طويل على صدور القرار بل يقع على من يدعي حصوله عبء إثباته من أي واقعة أو قرينة تفيد حصوله دون التقيد في ذلك بأسباب معينة"⁽⁴⁾ ، ويشترط في العلم اليقيني عدة شروط منها⁽⁵⁾ :

- أن يكون القرار فردي وليس تنظيمي .
- أن يكون العلم كافياً وناقياً للجهالة .
- ثبوت العلم في تاريخ معلوم يمكن الحساب منه .
- أن يكون العلم شاملاً أي العلم بجميع عناصره .

المطلب الثالث:الجهة المختصة بنظر الطعن القضائي

حدّد المشرّع الليبي في المادة الخامسة من القانون رقم (71/88م) بشأن القضاء الإداري الجهة المختصة بنظر الطعون ، حيث نصت المادة المذكورة على أن : " فيما عدا القرارات الصادرة عن هيئات التوفيق والتحكيم في منازعات العمل تفصل دائرة القضاء الإداري في الطعون التي تُرفع عن القرارات النهائية الصادرة عن جهات إدارية ذات اختصاص قضائي ، متى كان مرجع الطعن عدم الاختصاص أو جود عيب في الشكل أو مخالفة القوانين أو اللوائح أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها أو إساءة استعمال السلطة " ، وبذلك حسم النص هذا الاختصاص حيث جعله في دوائر القضاء الإداري في كل طلبات الإلغاء الصادرة عن جهات إدارية ذات اختصاص قضائي ومن بينها قرار مجالس التأديب المختلفة التي

- (1) حكم المحكمة العليا بتاريخ 18/1/1986م في الطعن الإداري رقم (46) لسنة 31 ق .
- (2) د. عمر السيوي ، الوجيز في القضاء الإداري ، مرجع سابق ، ص 218 .
- (3) حكم المحكمة العليا بتاريخ 21/3/2004م في الطعن الإداري رقم (38) لسنة 49 ق .
- (4) حكم المحكمة العليا بتاريخ 13/2/2005م في الطعن الإداري رقم (88) لسنة 50 ق .
- (5) د. عمر السيوي ، الوجيز في القضاء الإداري ، مرجع سابق ، ص 219 .

تصدر كجزاء تأديبية ، كما نصت المادة (46) من قانون إنشاء هيئة الرقابة الإدارية رقم (2013/20م) على أن : " ويكون قرار المجلس نهائياً ولا يجوز الطعن فيه إلا أمام القضاء الإداري " ، كما تنص المادة (147) من اللائحة التنفيذية لقانون علاقات العمل رقم (2010/12م) على أن : " وقرار مجلس التأديب نهائي ولا يجوز الطعن فيه إلا أمام المحكمة المختصة " . كما أن اللائحة التنفيذية للقانون رقم (1992/6م) بشأن إنشاء إدارة القانون نص أيضاً على أن قرارات مجلس التأديب الأعلى لا يجوز الطعن فيها إلا أمام دوائر القضاء الإداري .

وبينت المواد من (9-16) من القانون رقم 88 لسنة 1971م بشأن القضاء الإداري الإجراءات الواجب إتباعها في الطعن ، حيث يقدم الطعن بصحيفة تودع في دائرة القضاء الإداري بقلم كُتاب محكمة الاستئناف ، موقع عليها من محامٍ من المقيدين بجدول المحامين المقبولين أمامها ، ويجب أن تتضمن صحيفة الطعن عدا البيانات المتعلقة باسم الطالب ومن يوجه إليهم الطلب وصفاتهم ومحل إقامتهم موضوع الطلب وبياناً بالمستندات المؤيدة له وأن ترفق بالصحيفة صورة من القرار المطعون فيه ، وملخص وافٍ له ، وللطالب أن يقدم مع الصحيفة مذكرة يوضح فيها أسانيد الطلب ، وعليه أن يودع قلم كُتاب المحكمة عدا الأصول عدداً من الصور للصحيفة المذكورة وحافظة مستندات كافية للمستشارين والخصوم ، ويجب أن تُعلن الصحيفة ومرفقاتها إلى الجهة الإدارية المختصة ، وإلى ذوي الشأن في ميعاد لا يتجاوز عشرين يوماً من تاريخ تقديمها ، ويعتبر مكتب المحامي الموقع على صحيفة الطعن محلاً مختاراً للطالب ، كما يعتبر مكتب المحامي الذي ينوب عن ذوي الشأن في تقديم ملاحظاتهم محلاً مختاراً لهم ، كل ذلك إلا إذا عينوا محلاً مختاراً غيره⁽¹⁾ . وإذا بدا للمدعى عليه أن يقدم دفاعاً فعلياً أن يودع قلم كُتاب المحكمة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلانه مذكرة بأوجه دفاعه مشفوعة بالمستندات التي يرى تقديمها ، وللمدعي في هذه الحالة أن يودع قلم الكُتاب مذكرة بالرد مشفوعة بما يكون لديه من مستندات خلال أربعة عشر يوماً من انقضاء الميعاد المذكور ، وإذا استعمل الطالب حقه في الرد ، كان المدعى عليه أن يودع مذكرة بملاحظاته على هذا الرد مع المستندات في ميعاد مماثل ، وفي جميع الأحوال يجب أن تُقدم المذكرات والمستندات من صور كافية للمستشارين والخصوم . وللمستشار المقرر أن يأمر باستدعاء الخصوم لسؤالهم عن الوقائع التي يروا لزوم تحقيقها ، أو أن يأمر بإدخال خصم آخر في الدعوى ، أو تكليف الخصوم بتقديم مذكرات أو مستندات تكميلية وغير ذلك من إجراءات التحقيق في الأجل الذي يعينه . ويجب على أقلام المحكمة خلال 24 ساعة من انقضاء المواعيد المحددة بمقتضى المواد المشار إليها ، أن يعرض ملف الدعوى على رئيس الدائرة ليأمر بإحالتها للنيابة العامة ، لتودع مذكرة برأيها في الميعاد الذي يحدده ، ثم يأمر بإحالة الملف بعد ذلك إلى أحد مستشاري دوائر القضاء

(1) أنظر القانون رقم (1971/88م) بشأن القضاء الإداري .

الإداري ليضع تقريراً يشتمل على تحديد الوقائع والمسائل القانونية موضوع النزاع ، دون أن يُبدي رأيه فيها ، وللمستشار في ذلك أن يأمر باستدعاء الخصوم إذا لزم أخذ أقوالهم ، كما نصت على ذلك المادة 16 من قانون القضاء الإداري رقم 88 لسنة 1971م . ويجوز للخصوم أن يطلعوا على تقرير المستشار المقرر بقلم كُتاب المحكمة ، ولهم أن يطلبوا صورة منه على نفقاتهم .

بعدها تقوم المحكمة بالحكم في الدعوى بعد تلاوة تقرير المستشار ، ولرئيس الدائرة أن يأذن لمحامي الخصوم بتقديم ملاحظات شفوية ومذكرات تكميلية إذا رأى ضرورة لذلك ، وإذا رأت المحكمة ضرورة إجراء تحقيق باشرته بنفسها في جلسة أو انتدبت لذلك أحد أعضائها ؛ ويجوز الطعن أمام المحكمة العليا في الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف منعقدة بمهيئة قضاء إداري ، إلا أن الشروط التي أوجب المشرّع توافرها في إجراءات الطعن قد تعرقل ضمانات الموظف في التقاضي ، بسبب ثقل التكاليف التي يدفعها والتي لا تتناسب أصلاً مع قيمة مرتبه ، مما يضطره إلى التنازل عن ضمانات التقاضي ، والقبول بقرارات الإدارة رغم مجافاتها في أحيان كثيرة للمشروعية .

ويصدر القاضي حكمه بإلغاء قرار الجزاء التأديبي المطعون فيه إذا تبين له ثبوت المخالفات التالية :

- **عدم اختصاص موقع الجزاء :** توزيع الاختصاصات بين الجهات الإدارية والهياكل العامة مراعى فيه الصالح العام والذي يقتضي تقسيم العمل حيث يتفرغ كل موظف وكل هيئة لما أنيط به ليؤديه على خير وجه بالإضافة لما في ذلك التقسيم والتوزيع من مصلحة للأفراد حتى يسهل توجيههم أمام الإدارات المختلفة ، وعليه فإن الاختصاص بتوقيع قرار العزل من الوظيفة العامة يجب أن يصدر عن الإدارة صاحبة الاختصاص التي يجب أن تلتزم بما نصت عليه القوانين واللوائح وإلا اعتبر قرارها باطلاً .
- **انتهاك القواعد الخاصة بالشكل والإجراءات :** يمارس القاضي رقابة شديدة في هذا المجال ، فهو يبحث ما إذا كانت الشكليات الأساسية اللازمة لصدور القرار وكذلك القواعد الخاصة بالإجراءات المكتوبة قد تم إتباعها أم لا ، يتحقق بكل دقة من حيثيات قرار العزل وما إذا كان انعقاد مجلس التأديب صحيحاً وما إذا كان تشكيله قانونياً أم لا ، وما إذا كان قد سُمعت أقوال الموظف المعزول تأديبياً .
- **مخالفة القانون :** على الجهة الإدارية وهي تباشر سلطتها في عزل موظفيها ، أن تلتزم بالتطبيق السليم للنصوص القانونية واللائحية والمبادئ القضائية المستقرة ، وألا تخالف مبدأ قوة الشيء الذي تقضي به المحاكم القضائية ، وهي في ذلك تخضع لرقابة القضاء ، فإذا تبين للقاضي أن السلطة الإدارية انتهكت النص القانوني أو روحه اعتبر قرار العزل خالياً من الشرعية القانونية ومن ثم فهو يستحق الإلغاء .
- **تجاوز حدود السلطة :** تعتبر الجهة الإدارية قد تجاوزت حدود سلطتها إذا مارست هذه السلطة لتحقيق غرض مغاير تماماً للهدف الذي خُصصت له ، مثال ذلك فصل الموظف عن طريق إلغاء وظيفته ، ويكون السبب الحقيقي وراء ذلك مجازاته تأديبياً⁽¹⁾

(1) د. عمر فؤاد ، السلطة التأديبية ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 1979م ، ص 329 .

المبحث الثالث: أسباب الطعن القضائي على قرارات مجالس التأديب

يُتَّصَدُّ بأسباب الطعن مختلف العيوب التي تصيب قرار مجلس التأديب فتجعله غير مشروع ، ومن ثم يمكن الاستناد إلى إلغائه جزئياً أو كلياً أو تعديله أو طلب التعويض عنه إذا كان لذلك مقتضى⁽¹⁾ ، وقرار الجزاء التأديبي الصادر عن مجالس التأديب شأنه كشأن كافة القرارات الإدارية التي تصدرها الإدارة في إطار مبدأ المشروعية ، حيث ينبغي أن يصدر هذا القرار وفقاً للشكل الذي يحدده القانون قاصداً به تحقيق المصلحة العامة ، ويبنى هذا القرار على أسباب تقررته وأن يرد على كل محل ممكن وقائم ومشروع ، فإذا خالف القرار التأديبي هذه الضوابط التي تسير في كنفها كافة القرارات الإدارية كان قرار غير مشروع ، الأمر الذي يعرضه للإلغاء القضائي بما يستتبع ذلك من إعدام له بالنسبة للكافة⁽²⁾ ، وسوف نتناول دراسة أسباب الطعن على قرارات مجالس التأديب وفقاً للمطالب الآتية :

المطلب الأول عيب عدم الاختصاص

يتمتع عيب عدم الاختصاص بأهمية كبيرة نظراً لتعلقه بتحديد اختصاصات كل هيئة إدارية أو موظف عام ، وقد أوضحت المحكمة العليا في حكمها الصادر بتاريخ 1970/6/4م معنى الاختصاص بقولها : " إن توزيع الاختصاصات بين الجهات الإدارية والهيئات مراعى فيه الصالح العام الذي يقتضي تقسيم العمل ، حتى يتفرغ كل موظف وكل هيئة لما أنيط به ، وليؤديه على خير وجه بالإضافة لما في ذلك التقسيم والتوزيع من مصلحة للأفراد ، حتى يسهل توجيههم إلى أقسام الإدارة المختلفة⁽³⁾ . وقد استقر الفقه والقضاء الإداري على تعريف عيب عدم الاختصاص في دعوى الإلغاء بأنه عدم القدرة على مباشرة عمل قانوني معين ، لأن المشرع جعله من اختصاص سلطة أخرى ، طبقاً للقواعد المنظمة للاختصاص ، فهو عيب عضوي يعني عدم القدرة على مباشرة عمل قانوني معين ، جعله المشرع من اختصاص هيئة أو فرد آخر ، ويسمى أحياناً عيب اغتصاب السلطة ، فهو يؤثر على القرار الإداري تأثيراً بليغاً إلى حد إعدامه وعدم الاعتداد به⁽⁴⁾ .

وقد استقر قضاء المحكمة العليا في تعريف القرار المعدوم المشوب بمخالفة جسيمة تؤدي بركن أو أكثر من أركانه حيث تقول المحكمة العليا في حكمها بتاريخ 2004/10/31م : " أن القرار الإداري لا يفقد صفته الإدارية ، ولا يكون بالتالي معدوماً إلا إذا كان مشوباً بمخالفة جسيمة تُفقد ركناً من

(1) د. عصام عبدالوهاب ، مجلس شوري الدولة وميلاد القضاء الإداري ، مجلة العلوم القانونية ، المجلد التاسع ، العدد الأول والثاني ، 1990م ، ص 169.

(2) د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، الضمانات التأديبية في الوظيفة العامة، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2005م ، ص 299 .

(3) حكم المحكمة العليا بتاريخ 1970/6/4م في الطعن الإداري رقم (1) لسنة 16 ق ، م.م.ع.س.6.ع.4، ص 27

(4) حكم المحكمة العليا بتاريخ 2003/6/22م في الطعن الإداري رقم (19) لسنة 47 ق .

أركانها بدرجة يتعذر معها القول بأن القرار الإداري يعتبر تطبيقاً لتشريع نافذ أو مظهر لممارسة اختصاص تملكه جهة الإدارة" (1) .

ويتميز عيب عدم الاختصاص بأنه العيب الوحيد الذي يتعلق بالنظام العام ، ويتربط على ذلك أن الدفع بعدم الاختصاص لا يسقط بالدخول في موضوع الدعوى ، ويجوز إيدأؤه في أي مرحلة من مراحلها ، وأن على القاضي أن يحكم بعدم الاختصاص تلقائياً ، ولو لم يثره طالب الإلغاء. وفي ذلك قالت المحكمة العليا في حكمها الصادر في 1983/11/13م " إن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن الدفع بعدم الاختصاص هو من النظام العام ، ولا يسقط بالدخول في موضوع الدعوى ، ويجوز إيدأؤه في أي مرحلة من مراحل التقاضي ولو لأول مرة أمام محكمة النقض التي تملك أن تقضي به من تلقاء نفسها" (2) .

واستقر القضاء الإداري على عدم تصحيح عيب عدم الاختصاص أو إصلاحه بقرار لاحق من الإدارة التي تملك الاختصاص ، وفي هذا السياق تقول المحكمة العليا " إن القرار الباطل لا يجوز كقاعدة عامة تصحيحه بأثر رجعي وإن جاز أن يكون مبرراً لصدور قرار جديد على الوجه الصحيح والقرار المصحح لا ينتج أثره إلا من يوم صدوره" (3) .

ولعيب عدم الاختصاص صورتان هما عيب عدم الاختصاص الجسيم وهو ما يعرف باغتصاب السلطة ، وعيب عدم الاختصاص البسيط ، وعيب عدم الاختصاص الجسيم يجعل القرار منعماً ويصبح مجرد واقعة مادية ، وبهذا حكمت المحكمة العليا في حكمها الصادر بتاريخ 1991/12/22م بقولها : " إذا زُفعت دعوى بطلب إلغاء القرار الإداري لتعيبه بعدم الاختصاص قد وقع في صورة اغتصاب للسلطة ، فإن الفقه والقضاء استقر على أن القرار يكون في هذه الحالة معدوماً ، بسبب ما شابه من عيب جسيم ، ولذلك لا يتقيد رافع الدعوى بطلب إلغائه بميعاد معين لأن القرار الذي لا وجود له من الأصل لا يكون له من باب أولى مبدأ وجود ، يُجرى منه ميعاد لرفع الدعوى ، كما أن الفقه جرى على أن العمل الإداري لا يفقد صفة الإدارية ولا يكون معدوماً إلا إذا كان مشوباً بمخالفة جسيمة ، وذلك بأن كان القرار معيباً بعيب جوهري ، من شأنه أن يجعله من قبيل الفعل المادي" (4) .

(1) حكم المحكمة العليا بتاريخ 2004/10/13م في الطعن الإداري رقم (12-17) لسنة 48 ق .

(2) حكم المحكمة العليا بتاريخ 1983/11/13م في الطعن الإداري رقم (16) لسنة 27 ق ، م.م.ع.س. 21 ، العدد الأول ، ص 25 .

(3) حكم المحكمة العليا بتاريخ 1974/3/14م في الطعن الإداري رقم (4) لسنة 20 ق ، م.م.ع ، السنة العاشرة ، العدد الرابع ، ص 47 .

(4) حكم المحكمة العليا بتاريخ 1992/12/22م في الطعن الإداري رقم (29) لسنة 37 ق ، م.م.ع ، العددان الأول والثاني ، السنة 27 ، ص 32 .

وتحدد المحكمة العليا الحالات التي يمكن اعتبار القرار فيها مشوباً بعيب عدم الاختصاص الجسيم فتقول : " كأن تباشر السلطة التنفيذية عملاً من اختصاص السلطة التشريعية أو السلطة القضائية ، أو أن يصدر من شخص عادي " (1) .

وعيب عدم الاختصاص البسيط يجعل القرار الإداري باطلاً ، إلا أنه لا يفقد القرار الإداري مقوماته ، فيتحصن من الإلغاء بمرور الستين يوماً المحددة للطعن فيه ، وهذا العيب أقل خطورة من عيب عدم الاختصاص الجسيم ، وله ثلاث حالات هي : عدم الاختصاص من حيث المكان ، وعدم الاختصاص من حيث الزمان ، وعدم الاختصاص من حيث الموضوع ، وقد قضت المحكمة العليا بتاريخ 1957/6/26م بقولها : " عيب الاختصاص البسيط يتخذ صوراً ثلاث هي : عيب عدم الاختصاص الموضوعي ، كأن يُصدر موظف أو هيئة قراراً من اختصاص موظف أو هيئة أخرى ، وعيب عدم الاختصاص المكاني ، كأن يُصدر أحد رجال الإدارة قراراً يتجاوز أثره الحدود الإقليمية الموضوعية بمزاولة اختصاصه ، وأخيراً عيب الاختصاص الزمني كأن يزاول أحد رجال الإدارة اختصاصه بعد فقدان صفته في مزاولة الأعمال العامة " (2) .

ومن هنا فإن القضاء الإداري مستقر على قبول الطعن ضد القرار الإداري المعدوم ، لا لمجرد إغائه ، وإنما لإزالة الشبهة المتعلقة بمشروعيته .

المطلب الثاني: عيب مخالفة القرار التأديبي للشكل

يتحقق هذا العيب بصدور القرار الإداري دون مراعاة للإدارة الشكل أو الإجراءات التي نص عليها القانون ، ويتعلق هذا العيب بالمظهر الخارجي للقرار الإداري ، ولقواعد الشكل أهمية لا تُنكر في مجال القرارات الإدارية ، إذ تهدف إلى حماية المصلحة العامة والخاصة في الوقت نفسه .

ومن ناحية أخرى فإن احترام الإدارة لقواعد الشكل فيه ضمانات لصالح الأفراد وحقوقهم وحررياتهم تقابل ما تتمتع به الإدارة إزائهم من امتيازات ، كحق التنفيذ المباشر ، والسلطة التقديرية ، وقواعد الشكل إما أن ينص عليها في القوانين واللوائح ، وإما أن تكون قواعد أرساها القضاء الإداري ضماناً لحقوق الأفراد (3) .

وقد عرّفت المحكمة العليا عيب الشكل في حكمها الصادر بتاريخ 1957/6/26م بقولها : " يكون القرار الإداري معيباً في شكله ، إذا لم تحترم القواعد الإجرائية أو الشكلية المقررة لصدوره بمقتضى القوانين واللوائح ، سواءً أكان ذلك بإهمال تلك القواعد كلياً أو بمخالفتها جزئياً ، فإذا اشترط القانون شكلاً

(1) حكم المحكمة العليا بتاريخ 1991/12/22م في الطعن الإداري رقم (79) لسنة 7 ق .

(2) حكم المحكمة العليا بتاريخ 1957/6/26م في الطعن الإداري رقم (3) لسنة 6 ق . م.م.ع ، الجزء الأول ، ص 92 .

(3) ماجد راغب الحلو ، القضاء الإداري ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 1999م ، ص 404 .

معيناً ، أو اتخاذ إجراءات تمهيدية قبل صدوره ، أو استشارة هيئة من الهيئات مقدماً ، ولم يتبع ذلك في إصدار القرار ، فإنه يجوز التمسك بإلغاء القرار لهذا العيب ، ما دام يؤثر في القرار من حيث موضوعه أو ينقص من ضمانات الأفراد⁽¹⁾ .

ولهذا العيب عدة صور منها :

● **الكتابة :** فمن المتفق عليه أنه ليس للقرار الإداري شكل معين يجب أن يصدر فيه ، فقد يأتي القرار شفويًا أو ضمنيًا ، إلا أن القانون قد يشترط أن يكون القرار مكتوبًا ، ففي هذه الحالة يجب على الإدارة إتباع الشكل الذي تطلبه المشرع ، وإلا عُدم القرار الإداري مخالفاً لشكل جوهري مما يؤدي إلى بطلانه .

وفي ذلك قضت المحكمة العليا في حكمها بتاريخ 12/4/1970م الذي جاء فيه : " أن الشكل الذي درجت عليه الإدارة في تعيين شيخ القبيلة أو إنهاء عمله هو قرار مكتوب ، وهذا الشكل تقتضيه طبيعة هذا النوع من القرارات الإدارية ، والقرار المطعون فيه إذا لم يصدر به قرار مكتوب يعتبر معيباً لا بعبء الخطأ البسيط الذي يعرضه للإبطال ، وإنما بعبء تجاوز ذلك إلى مرتبة الخطأ الجسيم الذي يعدم القرار ويجعله كأن لم يكن⁽²⁾ .

● **التسبب :** الأصل أن الإدارة غير ملزمة بتسبب قراراتها ، غير أن القانون قد يشترط ذلك بالنسبة لبعض القرارات ، وفي هذه الحالة يجب على الإدارة ذكر سبب القرار كما في حالة المادة 46 من القانون رقم 20 لسنة 2013م بشأن إنشاء هيئة الرقابة الإدارية والذي ألزم الإدارة بضرورة تسبب القرارات الصادرة عن المجلس التأديبي للمخالفات المالية ، ونص المادة 156 من القانون رقم 12 لسنة 2010م بشأن علاقات العمل والتي أكدت على أن يكون القرار الصادر بتوقيع العقوبة مسبباً وفي هذه الحالة يجب على الإدارة ذكر سبب القرار ، فإذا أغفلت هذه الإجراءات كان قرارها معيباً من حيث الشكل ، وفي هذا تقول محكمتنا العليا في حكمها بتاريخ 17/3/1977م : " لما كان الأصل أن الإدارة غير ملزمة بأن تُفصح عن أسباب قرارها ، إلا إذا ألزمها القانون ببيان الأسباب ، ففي هذه الحالة يصبح التسبب شرطاً يترتب على إغفاله بطلان القرار ، ولو كان له سبب صحيح في الواقع⁽³⁾ .

(1) حكم المحكمة العليا بتاريخ 26/6/1957م في الطعن الإداري رقم (6) لسنة 3 ق .

(2) حكم المحكمة العليا بتاريخ 12/4/1970م في الطعن الإداري رقم (4) لسنة 15 ق ، م.م.ع ، السنة 6 ، العدد 4 ، ص 26 .

(3) حكم المحكمة العليا بتاريخ 17/3/1977م في الطعن الإداري رقم (40) لسنة 23 ق ، م.م.ع ، السنة 13 ، العدد 4 ، ص 41 .

كذلك تؤكد المحكمة العليا هذا الاتجاه القضائي في حكمها بتاريخ 1983/6/3م الذي جاء فيه : " من المتفق عليه فقهاً وقضاً أن القانون إذا لم يشترط صراحة تسبب القرار الإداري ، فإنه لا تثريب على الإدارة إن هي أغفلت بيان الأسباب التي بُني عليها قرارها "(1) .

وفي حكمها أيضاً بتاريخ 2004/3/28م الذي جاء فيه : " أن كيفية تشكيل اللجنة التي تختص بتأديب محرري العقود قد نص عليها صراحةً القانون ومحدداً لصفة كل عضو من أعضائها ، مما يجعل مخالفة ذلك الإجراء يؤدي حتماً لبطلان تشكيل اللجنة ، وبالتالي بطلان القرار الذي صدر عنها لتعلق تلك الإجراءات بالنظام العام "(2) .

ولتوفير هذه الضمانة يجب أن يكون التسبب جدياً ومحدداً وواضحاً بما يسمح للقضاء ببسط رقابته على مشروعية القرار (3) .

• اتخاذ إجراءات معينة قبل صدور القرار : ويترتب على إغفال الإدارة إتباع هذه

الإجراءات بطلان قرارها ، من هذه الإجراءات مثلاً التحقيق ، وسماع أقوال صاحب الشأن ، أو أخذ رأي جهة معينة في موضوع القرار ، وإعلان المتهم قبل موعد الجلسة ؛ وقد قضت المحكمة العليا بتاريخ 1966/6/12م بقولها : " إن إعلان المتهم بالوقائع المنسوبة إليه قبل الجلسة المحددة لمحاكمته وفق النموذج المقرر ، وبما يتضمنه من بيان لوصف التهمة وتاريخ ووقت ارتكابها وتحديد المكان الذي تقرّر لمحاكمته عنها تأديبياً ، ومن ثم فإن هذه الإجراءات السابقة للمحاكمة التأديبية هي إجراءات جوهرية ، يتحقق بإتباعها الضمان المقرر في المحاكمة ، بالألا يحكم على أحد إلا بعد إعلانه الذي يتيح له فرصة الدفاع عن نفسه ، فإذا تمت المحاكمة بغير هذا الإعلان كان ذلك إخلالاً صريحاً بحق الدفاع ، يترتب عليه البطلان " .

وفي هذا السياق فقد قضت المحكمة العليا في حكمها الصادر بتاريخ 1990/3/11م بقولها : " لا يجوز إدراج أراضي زراعية ضمن مشروع مخطط معماري معين إلا بعد موافقة أمين الزراعة ، ومن ثم يتعين تطبيق أحكام المادة المشار إليها عند إجراء نزع ملكيتها ، وكان الثابت من ديباجة القرار المطعون فيه ، الصادر عن المطعون ضده ، أنه لم يتضمن ما يفيد أخذ موافقة أمانة الزراعة قبل إصداره ، ولا يغير من ذلك أنه قد صدر بإجماع اللجنة الشعبية للبلدية ، بمن فيهم أمين الزراعة بها ، على فرض تواجده ، لأن

(1) حكم المحكمة العليا بتاريخ 1983/6/3م في الطعن الإداري رقم (5) لسنة 25 ق ، م.م.ع ، السنة 21 ، العدد 4 ، ص 14 .

(2) حكم المحكمة العليا بتاريخ 2004/3/28م في الطعن الإداري رقم (103) لسنة 47 ق .

(3) د. عبدالله زائد الكاديكي - د. مازن ليلو راضي ، الرقابة على أعمال الإدارة في القانون الليبي ، مرجع سابق ، ص 232 .

قرار الموافقة على إدراج أرض زراعية ضمن مخطط عمراني إجراء يسبق اتخاذ القرار المتعلق بنزع ملكية الأرض⁽¹⁾.

• الشكليات الخاصة باللجان والمجالس : وهذه الإجراءات يتطلبها القانون لانعقاد

المجالس واللجان انعقاداً صحيحاً ، فينص على ضرورة اكتمال النصاب القانوني ، ويعتبر الجلسة باطلة إذا لم يراع اكتمال النصاب ، سواء بالزيادة أو النقص .

وقد قضت المحكمة العليا بتاريخ 1984/6/3م بقولها : " متى كان من المقرر في الفقه والقضاء الإداري أن القواعد الخاصة بتشكيل المجالس التأديبية والإجراءات التي تتبع أمامها تعتبر من القواعد الجوهرية المتعلقة بالنظام العام ، ويترتب على إغفالها كلياً أو جزئياً بطلان تشكيل هذه المجالس ، وبطلان القرارات التي تصدرها ، ولو لم يرد بذلك نص في القانون ، فكانت المادة (40) من لائحة النظام الدراسي والتأديبي والاجتماعي الصادرة في 1970/6/5م قد بينت كيفية تشكيل مجلس التأديب الخاص بالطلبة ، وحددت أعضاء معينين ، وكان الواقع في الدعوى أن مجلس التأديب المطعون في قراره قد شكّل من أربعة أعضاء ، خلافاً لما تقضي به المادة المذكورة ، فإن تشكيله على هذا النحو باطل ، لمخالفته لإجراء من الإجراءات الجوهرية الواجبة الإلتباع ، ويترتب على ذلك أن القرار المطعون فيه يكون هو أيضاً باطلاً ، لصدوره من مجلس لم يُشكل تشكيلاً صحيحاً ، والقول بأن المقصود بالزيادة في أعضاء المجلس إنما هو تحقيق الضمانات المقررة في اللائحة ، وأن القرار المطعون فيه قد اعتمد من اللجنة الشعبية العامة (سابقاً) لا يغير من الأمر شيئاً ، لأن الضمانات المقررة في اللائحة لا تتحقق إلا بإتباع الإجراء الذي حدده المشرّع وليس بمخالفته⁽²⁾ . ولتوفير هذه الضمانة يجب على الإدارة التقيد بهذه الإجراءات ليتسنى للقضاء الإداري بسط رقابته على مشروعية هذا القرار .

المطلب الثالث: عيب القرار التأديبي المتصل بالمحل

ويُقصد به عيب المحل ، أي أن يخالف محل هذا القرار الإداري إحدى القواعد القانونية ، ويستوي في ذلك القواعد المدونة ، وهي التشريعات الدستورية والعادية والفرعية أو غير الفرعية ، أو غير المدونة المستمدة من العرف أو القضاء . ويُطلق على عيب المحل عيب مخالفة القانون بالمعنى الضيق ، وذلك لأن أي عيب يشوب القرار الإداري إنما يعتبر مخالفاً للقانون بالمعنى الواسع ، إذ أن القانون هو الذي يحدد القواعد التي تحكم كافة أركان القرار الإداري من اختصاص وشكل ومحل وغاية وسبب⁽³⁾ .

(1) حكم المحكمة العليا بتاريخ 1990/3/11م في الطعن الإداري رقم (30) لسنة 36 ق ، م.م.ع ، السنة 26 ، العددان الأول والثاني ، ص 44 .

(2) حكم المحكمة العليا بتاريخ 1984/6/3م في الطعن الإداري رقم (28) لسنة 30 ق ، م.م.ع ، العدد 15 ، السنة 4 ، ص 82 .

(3) د. مازن راغب الحلو ، القضاء الإداري ، مرجع سابق ، ص 423 .

ويُقصد بعيب المحل أن يكون القرار الإداري معيباً في فحواه ، بمعنى أن يكون الأثر القانوني المترتب على القرار الإداري غير جائز أو مخالفاً للقانون ، أيأ كان مصدره ، سواء كان مكتوباً كأن يكون دستورياً أو تشريعياً أو لائحياً ، أم غير مكتوب كالعرف والقضاء⁽¹⁾ . وقد تناول القانون رقم 88 لسنة 1971م بشأن القضاء الإداري في مادته الثانية هذا العيب كسبب من أسباب إلغاء القرار الإداري ، وذلك عندما اشترطت هذه المادة لقبول طلبات الإلغاء أن يكون مرجع الطعن عدم الاختصاص أو وجود عيب في الشكل أو مخالفة القوانين واللوائح أو الخطأ في تطبيقها أو إساءة استعمال السلطة . وقد قضت المحكمة العليا بتاريخ 1957/6/26م بقولها: " يجب أن يكون القرار الإداري مطابقاً للدستور والقوانين واللوائح ومبادئ القانون العام ، كالمساواة والحريات العامة وحق الدفاع وعدم رجعية القرارات الإدارية ، كما يجب أن يكون مطابقاً للعرف الإداري الذي تسير عليه الإدارة على نحو معين في مواجهة حالة معينة ، ولا يخالف حكماً قضائياً صادراً من القضاء العادي أو الإداري له قوة الشيء المحكوم فيه "⁽²⁾ .

وتتنوع صور مخالفة القرار الإداري للقانون في عدة صورة ، وقد بينت المحكمة العليا هذه الصور في حكم لها بتاريخ 1957/6/26م جاء فيه : " تتنوع مخالفة القرار الإداري للقانون ، فتارة تكون المخالفة لنص من نصوص القوانين أو اللوائح وتطبيقاتها ، عندما يكون النزاع غالباً حول وجود القاعدة القانونية ، وتارة تكون المخالفة بالخطأ في تفسير القوانين واللوائح أو في تطبيقها ، عندما تكون القاعدة القانونية غير واضحة وتحتمل التأويل ، فإذا كان تطبيق القاعدة القانونية مرهوناً بتحقيق حالة واقعية على نحو معين ، فإن تخلف الوقائع التي يقوم عليها القرار أو عدم استيفائها للشروط التي يتطلبها القانون يؤدي إلى بطلان القرار الصادر على أساسها"⁽³⁾ . وتأتي اللوائح في سلم التدرج التشريعي بعد القانون ، وبالتالي يجب على اللائحة تطبيقاً لمبدأ المشروعية أن تحترم القواعد القانونية وألا تخالفها ، وإلا عُدم عملها غير مشروع ، لخروجه على مبدأ المشروعية⁽⁴⁾ . وتؤكد المحكمة العليا على مرتبة اللوائح في حكمها الصادر في 1986/2/4م حيث تقول : "إن للتشريع في الدول درجات ثلاث ، يحتل التشريع الأساس فيها المقام الأعلى ، ويتلوه في المرتبة التشريع العادي أو الرئيسي ، وهو ما يعرف بالقانون ، ثم يأتي التشريع الفرعي ، وهو ما يسمى باللوائح"⁽⁵⁾ . وفي جميع هذه الحالات يراقب القضاء الوقائع ، ويتحقق من وجودها وصحة تكييفها القانوني ، للحكم بمشروعية القرار الإداري أو عدم مشروعيتها .

(1) د. عبدالله زائد الكاديكي - د. مازن ليلو راضي ، الرقابة على أعمال الإدارة ، مرجع سابق ، ص 241 .

(2) حكم المحكمة العليا بتاريخ 1957/6/26م أشار إليه د. عبدالله زائد الكاديكي ، مرجع سابق ، ص 242 .

(3) حكم المحكمة العليا بتاريخ 1957/6/26م أشار إليه د. عبدالله زائد الكاديكي ، مرجع سابق ، ص 243 .

(4) د. عبدالله محمد عبدالرحيم ، ضوابط السلطة التقديرية في مجال التأديب ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة الفاتح ، 2002م ، ص 142 .

(5) حكم المحكمة العليا بتاريخ 1986/2/4م في الطعن الإداري رقم (45) لسنة 31 ق ، مز.ع ، السنة 24 ، العددان الأول والثاني ، ص 198 .

المطلب الرابع: عيب القرار التأديبي المتصل بالسبب

سبب القرار الإداري هو الحالة الواقعية أو القانونية التي تسبق القرار وتدفع الإدارة لإصداره وتمثل رقابة القضاء الإداري على سبب القرار الإداري جانباً مهماً من جوانب الرقابة القضائية على مشروعياته ، وبمقتضاها يبحث القاضي في مدى مشروعية الدوافع الموضوعية التي دعت الإدارة لإصدار قرارها⁽¹⁾ .

وعيب السبب هو عدم المشروعية الذي يصيب القرار الإداري في سببه ، بأن تكون الواقعة التي يقوم عليها القرار غير موجودة أو غير صحيحة ، من حيث تكييفها القانوني . ومن المستقر فقهاً وقضاءً أن عيب السبب مستقل عن العيوب الأخرى ، فقد تقدم أن عيب مخالفة القانون يتعلق بمحل القرار الإداري ، وهو الأثر القانوني المترتب على القرار أو مادته أو محتواه ، أما السبب فيتعلق بالحالة الواقعية أو القانونية التي قامت قبل إصدار القرار ، ودفعت إلى إصداره ، كما أن رقابة القضاء الإداري تؤكدتها المحكمة العليا في أحكامها المتواترة ، وفي حكم جديد لها بتاريخ 2005/2/13م حيث قالت : " لصحة الحالة الواقعية والقانونية التي تكون ركن السبب في القرار الإداري نجد صداها الطبيعي في التحقق مما إذا كانت النتيجة التي انتهى إليها القرار في هذا الشأن مستخلصة استخلاصاً صائغاً من أصول ثابتة تنتجها مادياً أو قانونياً أم لا ، فإذا كانت منتزعة من غير أصول موجودة أو كانت مستخلصة من أصول لا تنتجها ، أو كان تكييف الوقائع على فرض وجودها مادياً لا يؤدي إلى النتيجة التي يتطلبها القانون ، كان القرار فاقداً لركن من أركانه هو ركن السبب ووقع مخالفاً للقانون ، أما إذا كانت النتيجة مستخلصة استخلاصاً صائغاً من أصول تنتجها مادياً وقانونياً فإن القرار يكون قائماً على سببه مطابقاً للقانون"⁽²⁾ .

وقد سبق للمحكمة العليا أن قضت بتاريخ 1957/6/26م : " أن تخلف السبب في القرار الإداري ليس عيباً قائماً بذاته ، بل يمكن رده إلى عيب مخالفة القانون أو عيب الانحراف " ، ولكن المحكمة العليا عادت وعدلت عن حكمها السابق ، فأصدرت بتاريخ 1971/1/3م حكماً جاء فيه : " أن السبب وهو أحد الأركان الأساسية التي يجب أن يقوم عليها القرار الإداري ، يشترط أن يكون حقاً وصدقاً فإن لم يكن كذلك ، بأن كان وهمياً أو صورياً ، كان القرار الإداري باطلاً غير منتج لأي أثر"⁽³⁾ ، وعليه فإن القاضي الإداري يستطيع مراقبة الوجود المادي للأسباب ، عندما يتحقق من الإدارة أنها استندت في اتخاذها لقرارها المطعون فيه على وقائع مادية ليس لها وجود مادي ، فإنه يحكم بإلغاء القرار⁽⁴⁾ .

(1) د. عبدالله زائد الكاديكي ، د. مازن ليلو راضي ، الرقابة على أعمال الإدارة ، مرجع سابق ، ص 247 .

(2) د. محمد عبدالله الحارثي ، الرقابة على أعمال الإدارة ، مرجع سابق ، ص 448 .

(3) د. عبدالله زائد الكاديكي ، د. مازن ليلو راضي ، الرقابة على أعمال الإدارة ، مرجع سابق ، ص 247 .

(4) حكم المحكمة العليا بتاريخ 1956/11/28م ، في الطعن الإداري رقم (3) لسنة 2 ق .

المطلب الخامس: عيب القرار التأديبي المتصل بالغاية

هو أن يمارس مصدر القرار السلطة التي خولها له القانون في تحقيق أهداف غير تلك التي حددها له ، فعلى رجل الإدارة أن يسعى بما يصدر من قرارات إلى تحقيق الهدف الذي قصد المشرع تحقيقه بهذه القرارات ، فإذا لم يحدد القانون هدفاً معيناً للقرار الإداري وجب على رجل الإدارة أن يهدف بإصداره إلى تحقيق الصالح العام بصفة عامة ، فإذا حاد عن ذلك ، وقصد بتصرفه تحقيق هدف آخر ، وقع قراره معيباً بعبء إساءة استعمال السلطة ، ويتصل هذا العيب بنية مصدر القرار وبواعثه لذلك يقترن هذا العيب بالسلطة التقديرية للإدارة ، ولا يثار إذا كانت سلطة الإدارة مقيدة بحدود معينة .

وبهذا قضت المحكمة العليا بتاريخ 1956/11/28م بقولها : " إن عيب الانحراف أو إساءة استعمال السلطة يقع عندما تستعمل الإدارة سلطتها التقديرية لتحقيق غرض غير معترف به ، وهو يشارك عيب مخالفة القانون في كون العيب موضوعياً ، ولكنه يختلف عنه في خصائصه وطبيعته ، فالقرار الإداري المشوب بعيب الانحراف سليم في عناصره الأخرى ، ومطابق للقانون من حيث محله ويظهر خطره في أن الإدارة تحاول أن تحقق جميع أغراضها غير المشروعة في حماية مظهر المشروعية ، فالعيب متعلق بأهداف القرار ، وهذا العيب لا يثار أبداً إذا كانت القرارات تصدر من الإدارة بسلطتها المقيدة ، وإنما يثار كلما كانت الإدارة تتصرف بسلطتها التقديرية ، فإذا استعملت الإدارة القرار لتحقيق أغراض غير الأغراض التي يجوز استخدام القرار لتحقيقها ، فإنه يكون باطلاً لشوبه بعيب الانحراف ، ولو تعلق ذلك بالصالح العام" (1) .

وقد تواترت أحكام المحكمة العليا بهذا الخصوص ، من ذلك حكمها في الطعن الإداري رقم 13 لسنة 8 ق بجلسة 1965/1/2م حيث تقول : " إن عيب الانحراف أو إساءة استعمال السلطة إنما يقع عندما تستعمل الإدارة سلطتها التقديرية لتحقيق أغراضها غير المشروعة في حماية مظهر المشروعية" (2) . ولعيب الانحراف بالسلطة عدة صور منها : البعد عن المصلحة العامة ، حيث لم يعط القانون الإدارة السلطات والامتيازات إلا باعتبارها وسائل تساعد على تحقيق الغاية الأساسية التي تسعى إليها ، وهي المصلحة العامة (3) .

وبهذا الشأن قضت المحكمة العليا بقولها : " ومتى كان ذلك ، وكان الواقع في الدعوى الماثلة أن اللجنة الشعبية العامة للعدل (سابقاً) أصدرت بتاريخ 1991/9/9م القرار رقم (405) بنذب رئيس محكمة طرابلس الابتدائية ، فقام المطعون ضده بالطعن على هذا القرار بالإلغاء ، أمام دائرة القضاء الإداري ،

(1) حكم المحكمة العليا بتاريخ 1965/1/2م .

(2) د. عبدالغني بسيوني ، القضاء الإداري ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1996م ، ص 667 .

(3) حكم المحكمة العليا بتاريخ 1991/12/22م ن أشار إليه د. نصر الدين القاضي ، مرجع سابق ، ص 811 .

باعتباره أقدم رئيس بتلك المحكمة ، فقد حددت جلسة 1991/12/31م للنظر في الشق المستعجل من الطعن ، مما حدا بجهة الإدارة إلى إصدار القرار رقم 91/760 بتاريخ 1991/12/28م ، والقاضي بنذب المطعون ضده ، الرئيس بمحكمة طرابلس الابتدائية ، إلى العمل على سبيل التفريغ بإدارة المحاماة الشعبية ، وهو القرار المطعون فيه في الدعوى الماثلة .

ويضيف الحكم موضحاً : " أن قرار نذب المطعون ضده كان الهدف منه إقصاءه عن ولاية القضاء متضمناً عقوبة له ، جزاء مخصصة جهة الإدارة في نذب غيره لرئاسة المحكمة ، ويظهر ذلك من ظروف وملابسات تزامن إصدار القرارين المشار إليهما ، بما ينبئ عن انحراف الإدارة في استعمال سلطتها ، مما تكون معه دائرة القضاء الإداري مختصة بالفصل في الدعوى" (1) .

الصورة الثانية لعيب الانحراف بالسلطة هي مخالفة قاعدة تخصيص الأهداف ، وفي هذه الصورة تستهدف الإدارة تحقيق المصلحة العامة دائماً ، فقد يحدد المشرع للإدارة هدفاً خاصاً ، يجب أن تسعى قراراتها لتحقيقه ، وإذا ما خالفت هذا الهدف ، فإن قرارها يكون معيباً بإساءة استعمال السلطة ، ولو تضرعت الإدارة بأنها قصدت تحقيق المصلحة العامة ، وهذا هو ما يعرف بمبدأ تخصيص الأهداف . وقد أكدت المحكمة العليا هذا المبدأ في حكمها الصادر بتاريخ 1974/3/14م بقولها : " إن عيب الانحراف بالسلطة هو من العيوب القصدية التي يتعين على من يدعه أن يقيم الدليل على أن جهة الإدارة قصدت بإصدار القرار مجرد الانتقام الشخصي ، أو تحقيق غرض لا يتعلق بالصالح العام ، أو أن قصد مصدر القرار تحقيق مصلحة عامة تغاير المصلحة العامة التي تغياها ، وهو ما يعبر عنه بالخروج على مبدأ تخصيص الأهداف" (2) .

والصورة الثالثة من عيب الانحراف بالسلطة إساءة استعمال الإجراءات ، وتوجد هذه الصورة عندما تستبدل الإدارة الإجراءات الإدارية اللازمة لإصدار قرار معين بإجراءات أخرى لتحقيق الهدف الذي تسعى إليه ، أو تلجأ إلى هذا الأسلوب إما لأنها تعتقد أن الإجراءات الذي اتبعته لا يفضي لتحقيق أهدافها ، أو أنها سعت إلى التهرب من الإجراءات المطلوبة أو الشكليات المعقدة . وبذلك قضت المحكمة العليا بتاريخ 1994/1/22م بقولها : " وإن لا جدال في أن سلطة نذب الموظفين من إطلاقات الإدارة التي تترخص فيها القانون ، دون معقب عليها بما تراه مناسباً لصالح العمل ، وهو ما حدا بالمشرع في القانون رقم 88 لسنة 1971م بشأن القضاء الإداري ، إلى عدم النص على الطعن في قرارات نذب الموظفين أمام القضاء الإداري ، إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة ، وذلك أنه إذا انحرفت

(1) حكم المحكمة العليا بتاريخ 1947/3/14م ، أشار إليه د. عبدالله زائد الكاديكي ، د. مازن ليلو راضي ، الرقابة على أعمال الإدارة ، مرجع سابق ، ص 260 .

(2) حكم المحكمة العليا بتاريخ 1994/1/22م ، أشار إليه د. عبدالله زائد ، مرجع سابق ، ص 261 .

الإدارة في استعمال سلطتها في إجراء الندب ، فإنها تخضع لرقابة القضاء الإداري ، تأسيساً على أن قرار الندب في هذه الحالة يتضمن عقوبة للموظف بغير الطريق التأديبي ، وهو ما يختص القضاء الإداري بنظر الطعن فيه ⁽¹⁾ .

ومن الملاحظ أن عبء إثبات عيب الانحراف يقع كقاعدة عامة على طالب الإلغاء ، ولكن هناك استثناء على هذه القاعدة ، ويكون في حالة ما إذا كان القرار بذاته ، أو من خلال أسبابه كافياً لإقامة الدليل عليه .

وفي هذا تقول المحكمة العليا في الطعن الإداري رقم 28/19 ق بجلسة 1984/6/24 م : " متى كان من المستقر عليه فقهاً وقضاً أنه إذا كان القرار الإداري ، بذاته أو باستقراء أسبابه ، كافياً للدلالة على ثبوت عيب الانحراف ، فإن للقاضي الإداري أن يحكم بإلغائه دون حاجة إلى أن يحمل طالب الإلغاء عبء إثبات ما قام عليه الدليل من واقع الأوراق ⁽²⁾ .

وقد أجاز المشرع اللبي للقضاء الإداري التحقيق مع الإدارة والوقوف من خلال ذلك على أهدافها وبواعثها في إصدار القرارات ، وقد نصت المادة 16 من القانون رقم 88 لسنة 1971م بشأن القضاء الإداري على أن : " للمستشار المقرر أن يأمر استدعاء الخصوم لسؤالهم عن الوقائع التي يرى لزوم أخذ أقوالهم فيها ، وله إجراء تحقيق في الوقائع التي يرى لزوم تحقيقها ، أو أن يأمر بإدخال خصم آخر في الدعوى ، أو تكليف الخصوم بتقديم مذكرات أو مستندات تكميلية ، وغير ذلك من إجراءات التحقيق في الأجل الذي يعينه لذلك " .

الخاتمة

استهدفت هذه الدراسة جانباً مهماً وموضوعاً عملياً من الموضوعات التي تهم الموظف بشكل خاص ، وهو الطعن القضائي على قرارات المجالس التأديبية كضمانة للموظفين ضد تعسف السلطات التأديبية ، فالقانون قد أحاط قرارات الجزاءات التأديبية بمجموعة من الضمانات منها ما هو متصل بقرار توقيع العقوبة ، فهذه العقوبة تصدر بقرار إداري ، وهذا القرار يجب أن يستكمل عناصره الخمسة المعروفة ، وهي الاختصاص والشكل والمحل والسبب والغاية ، ويجب أن يصدر من السلطة التأديبية المختصة ، كما يجب أن يستوفي القرار الشكليات التي نص عليها القانون وأهمها أن يكون مكتوباً ومسبباً ، وأن تتاح للموظف فرصة الدفاع عن نفسه ومناقشة شهود الإثبات ، وأن تكون هناك مخالفة من جانب الموظف ترقى إلى مستوى الجريمة التأديبية ، كما يجب أن تتغي الإدارة من إصدار قرار توقيع

(1) حكم المحكمة العليا بتاريخ 1984/6/24م ، في الطعن الإداري رقم (19) لسنة 28 ق .

(2) حكم المحكمة العليا بتاريخ 1986/6/22م ، في الطعن الإداري رقم (99) لسنة 31 ق .

العقوبة ضمان حسن سير المرفق العام والعمل فيه بانتظام واطراد ، ولا تقصد الإساءة إلى الموظف أو الانتقام منه ، بل

إصلاحه لكي يكون عنصراً نافعاً في المرفق العام .

وحق الطعن القضائي من أهم ضمانات الموظف العام في مواجهة سلطات التأديب ذلك أن القضاء بما يتصف به من حيطة ونزاهة ومعرفة تخصصية في مسائل المنازعات من شأنه أن ينظر نظرة فاحصة عادلة إلى قرار الجزاء التأديبي ، ويتأكد من دعوى الموظف من وجود عدم مشروعية تلحق بالقرار ، وقد اعتبرت القوانين المنظمة لعمل مجالس التأديب القرارات الصادرة عن المجالس التأديبية قرارات إدارية نهائية ، ولا يجوز الطعن فيها إلا أمام القضاء الإداري وبالطرق المحددة قانوناً ، وتبنت ليبيا النظام شبه القضائي في مجال تأديب موظفيها من خلال تشكيل مجالس تأديب تتولى التحقيق مع الموظفين في حالة إخلالهم بواجباتهم الوظيفية وارتكابهم المخظورات التي نص عليها القانون .

.. والله وليّ التوفيق ..

قائمة بأهم المراجع والمصادر

1. د. خليفة الجهمي ، أحكام ومبادئ القضاء الإداري الليبي .
2. د. عبدالله محمد عبدالرحيم : ضوابط السلطة التقديرية في مجال التأديب ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة الفاتح ، 2002م .
3. د. عبدالله زائد الكاديكي – د. مازن ليلو راضي ، الرقابة على أعمال الإدارة في القانون الليبي ، مركز الجبل الأخضر للطباعة ، البيضاء ، 2002م .
4. د. عبدالغني بسيوني : القضاء الإداري ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1996م .
5. د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة ، الضمانات التأديبية في الوظيفة العامة ، دار الفكر والقانون ، المنصورة ، 2005م .
6. د. عصام عبدالوهاب ، مجلس شورى الدولة وميلاد القضاء الإداري ، مجلة العلوم القانونية ، المجلد التاسع ، العدد الأول والثاني ، 1990م .
7. د. عمر السيوي ، الوجيز في القضاء الإداري ، دار الفضيل ، بنغازي ، 2013م .
8. د. عمر فؤاد ، السلطة التأديبية ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 1979م .
9. ماجد راغب الحلو : القضاء الإداري ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 1999م ، ص 404 .
10. د. محمد عبدالله الحراري : الرقابة على أعمال الإدارة ، مرجع سابق .

المركز الوظيفي للموظف القنصلي
أ-خالد محمد نصر
محاضر مساعد قسم القانون العام جامعة بني وليد

مقدمة

القنصل ترجع كلمة قنصل (CONSULERE) ومعناه الذي ينصح أو يشير بالرأي كما أن كلمة قنصل كانت عند الرومان الرئيس التنفيذي والذي يبدو لنا أن التعبير لم يفهم في الجماعات القديمة بالمدلول نفسه الذي يفهم اليوم وترجع البدور الأولى التي نبث منها النظام القنصلي إلى الجماعة الإغريقية التي عرفت أشخاصا باسم (pioxene) كان يختارهم الأجنبي من المواطنين الإغريق ومهمة الواحد منهم أن يحمي هذا الأجنبي أثناء إقامته في البلد الإغريقي وان يقدم له النصيحة ولدا يحكى لنا التاريخ أن (pioxene) كان يستقبل الأجنبي في منزل يخصصه لهذا الغرض ويحجز له أماكن لمشاهدة حفلات الرياضة والتمثيل وإذا غاب ينوب عنه في مباشرة الدعاوى ويعين له المحامين وهكذا، ثم أعقبت الإمبراطورية الرومانية وحضارة الإغريق فكان البريتور الروماني " وهو نوع خاص من القضاة " يطبق على الأجنب المقيمين في هذه الإمبراطورية قانونا خاصا سمي بقانون الشعوب إلى أن كان القرن السابع الميلادي اذ صدر قانون أعطى بموجبه للتجار الأجنب الحق في أن يعرضوا منازعاتهم على قضاة من جنسيتهم يفصلون فيها حسب قوانينهم وعاداتهم، ولعل هذا النظام هو البداية الحقيقية التي انتهت إلى النظام القنصلي الحالي. إلى أن جاءت اتفاقية فيينا لعام 1963 ووضعت القواعد الأساسية للعمل القنصلي والتي تعتبر المرجع الرئيس لذلك. وان تعبير القنصل له مدلولان احدهما تخصيصي . والثاني نوعي ويقصد بالمعنى التخصصي أن كلمة قنصل تحتص بدرجة معينة من بين درجات الوظيفة القنصلية، ذلك أن تقسيم درجات القنصلية أمر مرجعه للقوانين الداخلية ولا ترتبه أحكام القانون الدولي على عكس الحال بالنسبة لدرجات السلك الدبلوماسي ويمكن القول بوجه عام أن درجات الوظيفة القنصلية تشمل القنصل العام وهو ارفع درجات البعثة القنصلية ويشرف اشرافا عاما على جميع موظفيها، والقنصل هو الموظف الذي يباشر مهام الوظيفة القنصلية، ونائب القنصل هو الذي يساعد القنصل في القيام بأعباء الوظيفة، أما المعنى النوعي لتعبير " قنصل " هو المعنى عند اطلاق كلمة قنصل اطلاقا عاما : فيدل على نوعين من القناصل، قناصل موظفين " مبعوثين أو معينين " وقناصل فخرين أو منتخبين .

أولا : أهمية الدراسة :

إن النظام الوظيفي للقنصل الذي حددته اتفاقية فيينا لعام 1963 هو موضوع هذا البحث الذي سوف نحاول من خلاله تحديد نشأة وتطور مصطلح القناصل والدوافع والأسباب التي جعلت هذه الوظيفة (القنصلية) تستمر وتتطور عبر الزمن، ومن هم القائمين عليها وماهي طبيعتهم وفتاتهم، هذا بالإضافة إلى أن هذا البحث سيكون تخصيص للقنصل وتعريفه وتمييزه عن غيره حيث نجد الكثير ممن كتب في هذا الموضوع لم يعطيه حقه وغلب عليه الجانب الدبلوماسي حتى كاد أن يكون ملحق من ملاحقه، وما يزيد من أهمية موضوع البحث هو تطوره، وإمكانية الكتابة في العديد من جزئياته، ومما يدعم هذ الرأي أن هذا الموضوع يثير العديد من الإشكاليات عند تطبيقه على الصعيد الدولي .

ثانيا : إشكالية الدراسة :

إن إشكالية هذه الدراسة تتمثل في أن الموظف القنصلي له صفة تمثيلية أم لا أثار هذا السؤال نقاشا طويلا قبل قيام السفارات الدائمة حيث كان القنصل يجمع غالبا بين العباء القنصلي والدبلوماسي (على أنه يجب أن نلاحظ أن هذا الجدل قاصر على القنصل الموظف دون الفخري) بالإضافة إلى أن إشكالية هذه الدراسة تتمثل في عدم الاعتماد كليا على اتفاقية فيينا 1963 للعمل القنصلي، حيث أن هناك العديد من المبادئ الدولية المتبعة بين الدول تجعل من ممارسة القناصل لأعمالهم مقيدة في بعض الأحيان ومطلقة في أحيان أخرى، مبدأ المعاملة بالمثل ؟

ثالثا : حدود الدراسة :

تقتصر الدراسة في هذا البحث على القنصل ومركزه الوظيفي، من حيث ماهيته وتعريفه وطبيعته القانونية، هذا بالإضافة الى من هم المخولين بممارسة الوظيفة القنصلية .

رابعا : منهجية الدراسة : سوف نتبع في دراسة هذا الموضوع المنهج التحليلي ولكن في بعض المواضع من البحث سنستعين بالمنهج المقارن .

خامسا : خطة الدراسة سوف نقسم هذه الدراسة الى مبحثين :

المبحث الأول : ماهية الموظف القنصلي وطبيعته القانونية.

المطلب الأول : تعريفه وشروط دخوله السلك القنصلي .

المطلب الثاني : الطبيعة القانونية للموظف القنصلي .

المبحث الثاني : فئات الموظفين القنصليين.

المطلب الأول : القناصل المسلكيون .

المطلب الثاني : القناصل الفخريون

المبحث الأول : ماهية الموظف القنصلي وطبيعته القانونية

القنصل هو موظف ترسله حكومة بلاده إلى دولة أخرى لرعاية مصالح البلاد والحقوق والمصالح القانونية لمواطني البلاد ومن يتمتعون بشخصية اعتبارية عائدة لها. ولكن هل هذا هو التعريف الجامع للقنصل، أما أن هناك تعابير وتسميات أخرى للقنصل، هذا ما سنراه عند الحديث عن ذلك في (المطلب الأول)، ومن ثم سنتناول الطبيعة القانونية للقنصل وهل هي طبيعة قانونية تمثيلية كما للدبلوماسي في (المطلب الثاني) من هذا المبحث.

المطلب الأول : تعريف الموظف القنصلي وتحديد بعض التعابير المشابهة

القنصل كلمة على الإطلاق، فهل كل من يقوم بعمل قنصلي مهما كانت درجته هو قنصل أو لديه تسمية أخرى. فهذا ما سنقوم بدراسته في الفرع الأول ومن ثم سوف ندرس بعض التعابير القنصلية المشابهة في الفرع الثاني.

الفرع الأول : تعريف القنصل

لكلمة القنصل مفهومان (واسع) و (ضيق) ففي المفهوم الواسع تطلق الكلمة على كل موظف قنصلي مهما تكون رتبته⁽¹⁾، أما في المفهوم الضيق فأثما تدل على رتبة معينة تقع في درجة وسط بين نائب القنصل والقنصل العام .

ويعرف القنصل بأنه " شخص معين من قبل حكومة ما أو بموافقتها للإقامة في بلد أجنبي معين لرعاية مصالحها التجارية وحماية تجارتها ."⁽¹⁾

وعرفه كذلك الفقهاء وذلك بتركيزهم على الوظيفة التجارية فالفقيه (هانس كلسن) رأى أن القنصل يمثل " جهازا من أجهزة الدولة وظيفته الأساسية الاهتمام بالمصالح التجارية لدولته في أراضي دولة أخرى إلى جانب توليه مهام أخرى عدة"⁽²⁾.

وعرفه آخرون بأنه " وكيلا رسميا مرسلا من دولة ما إلى منطقة أجنبية محددة لممارسة السلطات التي يحق للدولة ممارستها بالنسبة لرعاياها المقيمين في الخارج فيقوم بمساعدتهم وتأمين الحماية العامة لهم والتأكد من احترام المعاهدة التجارية أو الاقتصادية أو الملاحية المعقودة بين الدولتين .ورأى الفقيه (اوبنهايم) في القنصل " وكلاء لدولهم يقيمون في الخارج لأهداف متنوعة أساسية بهدف تأمين المصالح التجارية والملاحية لدولهم."⁽³⁾

وفي رأينا أن التركيز على الصفة التجارية فقط في مهام القنصل أمر تحطاه الزمن، ويعود هذا التركيز إلى المفهوم التقليدي للقنصل أي عندما كان دوره الأساسي وأحيانا الوحيد حماية مصالح التجار ورعاية العلاقات التجارية بين دولته والدولة المضيفة .أما اليوم فعلى الرغم من أن المهام التجارية مازالت تعتبر من المهام الأساسية للقنصل فأثما ليست سوى جزء من المهام الأخرى التي يتولاها، ثم أن القنصل اليوم يتخلى في احيان كثيرة عن وظائفه التجارية للملحقين الاقتصاديين والتجارين.ومن هنا يمكن القول أن التعريف الأصح للقنصل هو ذلك الذي يركز على دور القنصل في حماية ورعاية مصالح دولته ومواطنيه في نطاق منطقتة القنصلية وهو دور يمارسه الموظف الدبلوماسي مع الفارق في أن هذا الأخير يعتبر ممثلا لسيادة دولته لا وكيلا عنها، ويعتبر هذا الاندماج في مهام الوظيفتين الدبلوماسية والقنصلية من ميزات

(1)د. عاصم جابر، الوظيفة القنصلية والدبلوماسية في القانون والممارسة، منشورات عويد للنشر والطباعة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2001

(1) ويرجع أصل كلمة القنصل إلى اللاتينية ومعناها مستشار، ويعرف معجم (Webster) للمزيد راجع: د.على حسن الشامي، (الدبلوماسية نشأتها وتطورها وقواعدها) إصدار دار العلم للملايين، بيروت لبنان، 1994، ص 98

(2) راجع: د . عاصم جابر، الوظيفة القنصلية والدبلوماسية في القانون والممارسة ، مرجع سبق ذكره، ص 133

(3) راجع: د.سموحي فوق العادة، القانون الدبلوماسي وقواعد البروتوكول، منشأة المعارف، الإسكندرية ، بدون طبعة، ص233.

المفهوم الحديث للعلاقات القنصلية والدبلوماسية وخصوصا بعد أن قامت الغالبية من الدول بتوحيد سلكيها، فالقنصل إذا موظف تنتدبه دولته للإقامة في دولة أخرى من اجل حماية ورعاية مصالحها المختلفة ومصالح رعاياها ضمن نطاق جغرافي تحدده له .

الفرع الثاني : تحديد بعض التعابير المشابهة:

تعددت التعابير التي استعملت في حقل العلاقات القنصلية قبل تبلور مفهومها الحديث بتوقيع اتفاقية فيينا لعام 1963. ويعود هذا التعدد إلى عدم وجود تقنين دولي في حقل العلاقات القنصلية مماثلا للتقنين الدبلوماسي الذي وضع في فيينا عام 1815.⁽¹⁾ ولقد استعمل تعبير (الوكلاء القنصليون) أحيانا للدلالة على جميع الموظفين القنصليين مهما اختلفت رتبهم أو درجاتهم، كما استعمل تعبير (الموظف القنصلي) وتعبير السلطة القنصلية وتعبير (الممثل القنصلي) وهذا الاختلاف في المسميات القنصلية برزت في مرحلة الاعداد لاتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية.⁽²⁾

وجاءت اتفاقية فيينا في مادتها الأولى لتحديد المفهوم القانوني الدقيق لعدد من التعابير والمسميات القنصلية، مؤكدة بذلك المفهوم الحديث لهذه التعابير كما أخذت بذلك جميع الدول المؤتمرة في جميع اتفاقياتها الثنائية والجماعية، وهذه التعابير والتعريفات كما وردت في المادة الأولى من اتفاقية فيينا في عام 1963 وهي كالآتي:

- 1_ البعثة القنصلية : ويقصد بها أي قنصلية عامة أو قنصلية أو نيابة قنصلية أو وكالة قنصلية .
- 2_ المنطقة القنصلية : ويقصد بها المساحة المحددة للبعثة القنصلية لممارسة أعمالها القنصلية .
- 3_ رئيس البعثة القنصلية : ويقصد به الشخص المكلف للقيام بالعمل بتلك الصفة في البعثة .
- 4_ الموظف القنصلي : ويقصد به أي شخص بما في ذلك رئيس البعثة المكلف للقيام بتلك الصفة بالوظائف القنصلية .
- 5_ المستخدمون القنصليون : ويقصد بهم الأشخاص المستخدمون في الأعمال الإدارية أو الفنية في البعثة القنصلية .
- 6_ خادم البعثة : ويقصد به أي شخص مستخدم في الأعمال المنزلية في البعثة القنصلية .
- 7_ موظفو البعثة القنصلية : ويقصد بهم الموظفون القنصليون والمستخدمون القنصليون وخدم البعثة .

(1) راجع : د . محمود خلف، النظرية والممارسة الدبلوماسية، المركز الثقافي العربي، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 1989، ص 67

(2) فمثلا إذا أخذنا التعبير الذي أطلقتته اتفاقية فيينا وهو تعبير الموظف القنصلي، وجدناه يختلف عن الذي أطلقه مقرر اللجنة الخاص للعلاقات القنصلية (زوريك) الذي استعمل تعبير الممثل القنصلي، في حين استعملت اللجنة في مشروعها الذي أقرته 1960 تعبير القنصل وفي مشروعها النهائي تعبير المأجور القنصلي. راجع في هذا الخصوص الدكتور عاصم جابر، الوظيفة القنصلية، مرجع سبق ذكره، ص 188

- 8_ مأمور البعثة : ويقصد بهم الموظفون القنصليون باستثناء رئيس البعثة .
- 9_ الخادم الخاص : ويقصد به الشخص المستخدم كلياً بخدمة لحد موظفي البعثة .
- 10_ الدور القنصلية : ويقصد بها المباني وأقسام المباني والأراضي الملحقة، والمستعملة كلياً لأغراض البعثة القنصلية .
- 11_ المحفوظات القنصلية : ويقصد بها جميع الأوراق والمستندات والمراسلات والكتب والافلام واشترطة التسجيل والسجلات ومعدات الشيفرة ورموز وفهارس البطاقات وكل قطعة من الاثاث معدة لحفظ هذه الأشياء أو حمايتها .⁽¹⁾

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للموظف القنصلي

إن تحديد الطبيعة القانونية للموظف القنصلي لها أهمية فائقة ما دامت هذه الطبيعة تحدد مدى الحصانات والامتيازات التي يستفيد منها هؤلاء الموظفين، فإذا اعتبرنا أن القنصل كالدبلوماسي ممثل لدولته ذات السيادة استوجب ذلك الإقرار له بحق التمتع بكامل الحصانات والامتيازات الدبلوماسية أما إذا اعتبرنا أنه مجرد موظف عام يقوم نيابة عن دولته برعاية مصالحها ومصالح رعاياها في دولة أخرى بعد موافقة هذه الأخيرة فإن ذلك يستوجب حصر حصاناته وامتيازاته في الحدود التي تشمل له القيام بوظائفه على الوجه الأكمل، وهو ما سنتناوله على النحو التالي:

الفرع الأول : الطبيعة القانونية للموظف القنصلي

ولابد لنا لتحديد هذه الطبيعة القانونية من الرجوع إلى الوظائف التي يمارسها القنصل، ففي العصور القديمة عندما كان القنصل ينتخب من قبل جماعة التجار لحماية مصالحهم في دولة ما كانت المؤسسة القنصلية مؤسسة خاصة، وكان الفصل مجرد وكيل لجماعة التجار وليس له حقوق سوى تلك التي تقرها له الدولة المقيم في أراضيها.⁽²⁾

وفي مرحلة لاحقة عندما اعتمدت الدول المؤسسة القنصلية كمؤسسة رسمية من مؤسساتها أسندت إليها القيام بتشبيدها ورعاية مصالحها في دول أخرى حيث مارست هذه المؤسسة دور المؤسسة الدبلوماسية في عصرنا الحاضر، اعتبر القناصل وزراء عامين يمثلون دولتهم وشخص رئيسها ويتمتعون وفقاً لقانون الأمم بالحصانات والامتيازات الدبلوماسية الكاملة كما هي معروفة في وقتنا الحاضر.⁽³⁾

⁽¹⁾ المادة الأولى من اتفاقية فيينا لعام 1963 بشأن العلاقات القنصلية

⁽²⁾ راجع: د. عبدالقادر سلامة، التمثيل الدبلوماسي والقنصلي المعاصر، والدبلوماسية في الإسلام، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 1996-1997، ص 253 .

⁽³⁾ عائشة راتب، التنظيم الدبلوماسي القنصلي، دار النهضة العربية الطبعة الأولى 1961، ص 167 .

وكان كل اعتداء على القنصل يعد خرقاً للقانون الدولي يؤدي أحياناً إلى قطع العلاقات بين الدول، واستمر اعتبار القناصل وزراء عامين يتمتعون بامتيازات وحصانات السفراء في ظل أنظمة الامتيازات إلى أن زالت عنهم هذه الصفة بزوال هذه الأنظمة في أواخر القرن التاسع عشر والنصف الأول من القرن العشرين .

ولقد اعتبر الفقيه (فاتيل) أن القنصل رغم عدم كونه وزيراً عاماً يتمتع بصفة عامة تحوله بعض حقوق الحماية التي يمنحها له القانون الدولي يستأذن من قبل دولته وتقبل به الدولة المضيئة مما يستوجب منحه التسهيلات اللازمة لممارسة وظائفه .⁽¹⁾

ومما يدعم نزع الصفة الدبلوماسية القنصلية عن القنصل العديد من الوقائع التاريخية.⁽²⁾

وكان من نتائج نمو العلاقات القنصلية وازدهارها ابتداء من أواسط القرن التاسع عشر ازدياد عدد المعاهدات القنصلية التي أقرت للقناصل مزيداً من الحصانات والامتيازات دون أن تنظم هذه العلاقات الدبلوماسية التي وضعت بشأنها اتفاقية فيينا لعام 1815 . مما نجم عن اختلاف في الوضع القانوني بين دوله وأخرى تبعاً لأحكام المعاهدات الثنائية والإقليمية التي تربط بين الدولة الموفدة والدولة المضيفة إلا أن تماثل الأحكام التي تضمنتها هذه المعاهدات القنصلية أدى إلى نشوء نوع من العرف الدولي في حقل العلاقات القنصلية ساهم في بلورة المفهوم الحديث للطبيعة القانونية للمؤسسة القنصلية وموظفيه، كما أدى إقدام الدول على دمج سلكيها الدبلوماسي والقنصلي إلى تضائل الفوارق بين الطبيعة القانونية للوظيفتين الدبلوماسية والقنصلية دون أن يؤدي ذلك إلى إلغائها تماماً .⁽³⁾

وحاولت اتفاقيتا فيينا الدبلوماسية لعام 1961 والقنصلية لعام 1963 أن تكرسا ما وصل إليه العرف فقربت أحكامها إلى أقصى حد الحقوق الملازمة لكل من الوظيفتين، مع استمرار التأكيد على

(1) راجع: د. محمد حافظ غانم، العلاقات الدبلوماسية القنصلية، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، الطبعة الأولى، 1974م، ص 82.

(2) وتعتبر قضية (bavet v. banbuits) في سنة 1737 القضية السياسية التي كرست نزع الصفة الدبلوماسية التمثيلية عن القنصل وأصبحت صرحاً للقضايا اللاحقة لها، ولقد أقر اللورد taibt في هذه القضية أنه لا يمكن تصور (باريت) قنصل بريطانيا في انكلترا وزيراً عاماً وإنما مجرد قنصل لا حصانة دبلوماسية له تحول دون إلقاء القبض عليه لتحصيل ديون تمنع عن دفعها . ولقد تكرر هذا الرأي في عدة قضايا لاحقة نذكر منه ما اتخذته الحاكم الفرنسي في حادثه إلقاء القبض على قنصل الولايات المتحدة في لورد عام 1787 . وعلى قنصلها في مرسيليا عام 1834 وعلى القنصل العام للأورغواي في ماريليس عام 1840 وعلى قنصل بريطانيا في تأهيتي عام 1843. كما أكد المدعي العام الأمريكي عام 1835 حول حقوق القناصل أنه ليس للقناصل حقوق تفوق حقوق الأفراد الأجانب المقيمين في الولايات المتحدة . للمزيد راجع د. عاصم جابر، الوظيفة القنصلية، مرجع سبق ذكره، ص 263 .

(3) أحمد أبو الوفاء، قانون العلاقات الدبلوماسية والقنصلية، دار النهضة العربية، القاهرة 1995، 1996، ص 162 .

طبيعتهما المختلفتين باعتبار أن الممثل الدبلوماسي هو ممثل لدولته، بينما الموظف القنصلي وكيل لها يعمل نيابة عنها. وهكذا نصت الاتفاقية الدبلوماسية في مقدمتها على ما يلي: ((وإذ تدرك أن القصد من هذه الامتيازات والحصانات ليس إفادة بل ضمان الأداء الفعال لوظائف البعثات الدبلوماسية بوصفها ممثلة للدولة))⁽¹⁾. أما الاتفاقية القنصلية فأوردت في مقدمتها ما يلي ((... وإن تدرك أن القصد من هذه الاتفاقية الامتيازات والحصانات ليس إفادة لإفراد بل ضمان الأداء الفعال لوظائف البعثات القنصلية بالنيابة عن دولها)). ولفهم الطبيعة القانونية للموظف القنصلي لابد لنا من أن نعرض للصفات المميزة لهذه الطبيعة (أولاً)، والفوارق الأساسية الناجمة عن اختلاف هذه الطبيعة بين الموظف الدبلوماسي والقنصلي (ثانياً).

أولاً: الصفات المميزة للطبيعة القانونية للموظف القنصلي:

أ) **الصفة التمثيلية:** - أثارَت هذه القصة نقاشاً طويلاً قبل قيام السفارات الدائمة حيث كان القنصل يجمع غالباً بين العبء القنصلي والدبلوماسي على أنه: يجب أن نلاحظ أن هذا الجدل قاصر على القنصل الموظف دون الفخري. حيث يرى بعض الفقهاء أن القنصل ذو صفة تمثيلية أي أنه يمثل الدولة التي عينته في علاقاتها بالدولة التي قبلته وينون رأيهم على ما طرأ من تغير على النظام القنصلي ذلك أن القناصل قديماً لم يكونوا موظفين عموميين يستمدون وكالتهم من الأمة بأسرها بل من فريق منها فقط هو فريق التجار الذين يفصلون في منازعاتهم ويرعون مصالحهم، أما الآن فإن القنصل يمثل تجارة الأمة بأكملها والدولة هي التي تعينه لحماية مصالحها الأمر الذي قد يقارب بين القناصل ورجال السلك الدبلوماسي. حتى أن اللجنة التي عهد إليها مجمع القانون الدولي يبحث أمر الحصانات القنصلية قدم تقريراً لهذا المجمع في دورة لوزان سنة 1888 بمشروع لائحة تنص مادتها الأولى على ضرورة قصر لقب قنصل على القناصل الموظفين فحسب أما القناصل الفخريون فيسموا بالعملاء التجاريين.⁽¹⁾

إلا أن هذه الآراء رغم وجاهتها لم يكتب لها الانتصار حتى الآن ولا زال الرأي الراجح فقهاً وعملاً أن القنصل عميل أو وكيل تجاري وليس وكيلاً لعلاقات سياسية، ولما كانت العلاقات التي يهتم بها القانون الدولي العام فيما بين الدول هي العلاقات السياسية فإن تمثيل الشخصية القانونية للدولة في المحيط الدولي لا يكون إلا في النطاق السياسي أو الدبلوماسي فحسب وتبعاً فالصفة التمثيلية قاصرة

(1) راجع: مقدمة اتفاقية فيينا الدبلوماسية 1961.

(1) دافع بنشلي في كتابه الذي أصدره سنة 1895 عن حق القنصل أن يعامل كوكيل سياسي أو دبلوماسي في حالات ثلاث:

- إذكف بالإشراف على تنفيذ المعاهدات التجارية أو معاهدات مشابهة مع حق التصرف المباشر .

- إذكف بمهمة إقامة علاقات بين حكومته وحكومة بلد الإقامة .

- عندما يمنح سلطات سياسية خاصة.

للمزيد راجع: د. سموحي فوق العادة، القانون الدبلوماسي، مرجع سبق ذكره، ص 241.

على رجال السلك الدبلوماسي ولا تمتد إلى رجال السلك القنصلي، وهذا هو الذي يفسر الاختلاف كبير بين الحصانات والامتيازات المعترف بها لرجال السلك الدبلوماسي وبين ما هو مقرر لرجال البعثات القنصلية لأنهم بوظيفتهم التجارية لا يمثلون دولتهم أمام دولة القبول بل ما تطلبه دولة الأصل من دولة القبول هو السماح للقنصل بمباشرة وظيفة شخصية في نطاق الدائرة التي تعين له ولا تعمل البراءة أكثر من تأكيد هذه الصفة الشخصية أو المحلية لمهمة القنصل. وهذا الفارق بين الوظيفتين الدبلوماسية والقنصلية أكدته تقرير اللجنة الفرعية للجنة الخبراء المشكلة لتقنين القانون الدولي العام سنة 1928 ودافع عنه كثير من الفقهاء ولذا فإن القنصل لا يجوز له أن يكون على صلة مباشرة بالحكومة المركزية لدولة الإقامة إلا في حالات الضرورة القصوى وفي ظروف خاصة (كأن لا تكون لحكومته بعثة دبلوماسية في بلد الإقامة ولهذا أيضاً فإن قطع العلاقات بين الدولتين إذا لم يصل إلى حد إعلان الحرب لا يترتب عليه من تلقاء نفسه إيقاف العمل القنصلي بينهما)⁽¹⁾. وهذا ما حدث بين بريطانيا وليبيا سنة 2011 عندما قامت السلطات البريطانية بطرد السفير الليبي رداً على ما قام به الجانب الليبي بإضرام النيران في السفارة البريطانية في طرابلس فأبقت على بعض موظفي السفارة للقيام بأعمال قنصلية. إلا أن اعتبار القنصل وكيلاً لدولته في أعمال غير سياسية لا ينزع عنه صفة تمثيلية إلا إذا اعتبرنا أن الصفة التمثيلية تحصر فقط في نطاق التمثيل السياسي لسيادة الدول في حقل علاقاتها الخارجية السياسية في نطاق المجموعة الدولية. أما إذا اعتبرنا أن تمثيل الدولة يشمل مجالات عدة أخرى من مجالات العلاقات الدولية، فإننا نقول أن للقنصل صفة تمثيلية محدودة، فهو وكيل لدولته يقوم بتمثيلها وتمثيل موظفيها في منطقتها القنصلية، يتصل باسمها مع السلطات المحلية يدافع عن مصالحها ويسعى إلى تأمين التطبيق الكامل للمعاهدات المعقودة ويتولى شؤون مواطنيها ويدافع عنهم ويتحدث باسمهم. وقد يصل دوره أحياناً في حالة عدم وجود تمثيل دبلوماسي لدولته في الدولة المضيفة إلى حد تمثيل دولته دبلوماسياً. إلا أن هذه الصفة التمثيلية المحدودة للقنصل لا تصل بأي شكل من الأشكال إلى درجة الصفة التمثيلية العامة التي يتميز بها الدبلوماسي. وما يؤيد الرأي القائل بوجود صفة تمثيلية محدودة للقنصل هو اعتماد دول عدة هذا الرأي، فالولايات المتحدة الأمريكية تعترف بهذه الصفة التمثيلية المحدودة للقنصل منذ عام 1896 فقد اعتبرت في تعليماتها القنصلية لهذا العام أن القنصل يستمد صفته التمثيلية من خطاب التفويض والإجازة القنصلية مما يؤدي إلى اكتسابه الحصانات والامتيازات الضرورية لممارسة مهامه بحرية وسهولة.⁽²⁾

(1) مثال ذلك سنة 1823 قطعت فرنسا علاقاتها مع البرتغال فاستعدت البرتغال وزيرها في باريس بينما ظل القنصل العام الفرنسي قائماً بعمله في لشبونة بعد أن تلقى التعليمات بأن يكف عن مباشرة مهامه الدبلوماسية بصفته قائماً بالأعمال.

للمزيد راجع: د. أحمد أبو الوفاء، قانون العلاقات الدبلوماسية والقنصلية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995،
(2) راجع: د. ناظم الجاسور، أسس وقواعد العلاقات الدبلوماسية والقنصلية، " دليل عمل الدبلوماسي والبعثات القنصلية" دار مجدلاوي للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2001، ص 439.

وينجم عن عدم اعتبار القنصل موظفاً دبلوماسياً له صفة التمثيل العامة لدولته، واعتباره مجرد دليل لها يمثلها في جوانب معينة فقط نتائج عدة أهمها:

- 1- حصر الحصانات والامتيازات القنصلية الممنوحة للمؤسسة القنصلية وموظفيها الضرورية منها لتمكينهم من أداء أعمالهم بحرية ودون قيد .
 - 2- أن تعيين القناصل لدى دولة ما، لا يعتبر بأية حال من الأحوال اعترافاً بها من الدولة الموفدة . كما أن قطع العلاقات الدبلوماسية بين الدولة المضيفة والدولة الموفدة لا يؤدي إلى قطع العلاقات القنصلية حكماً .
 - 3- ليس للقنصل حق الاتصال مباشرة بالسلطات المركزية للدولة المضيفة إلا في حالة عدم وجود بعثة دبلوماسية لبلاده لديها
- (ب) الصفة العامة:-** إذا كانت الأصوات التي تنكر على القنصل صفته التمثيلية لا زالت قوية فإن الأصوات التي تجحد الصفة العامة للقنصل قد خفتت ذلك أنه لا يمكن أن تنكر أن السلطات التي يزود بها القنصل من حكومته وقبول دولة الإقامة لها والاعتراف بصفة القنصل في مباشرتها كل هذا يضيف عليه صفة عامة يترتب عليها منحه بعض المزايا وهذه المزايا تختلف بالنسبة للموظف القنصل عن التاجر القنصل ذلك أن الضابط الذي يحكم هذا الموضوع في حالة عدم وجود اتفاق أو عرف دولي أو تشريع داخلي هي معاملة المثل أي أن دولة القبول تمنح للقنصل نفس المزايا التي تمنحها دولة الأصل لقناصلها وإن كانت الدول تفضل في زمننا هذا أن تحدد هذه الامتيازات على وجه الحصر ، ويرجع أمر تعيين القنصل وقبوله إلى السلطة التنفيذية في كل من بلدي الأصل والإقامة عموماً ، وتثبت دولة القبول اعترافها بالقنصل في خطاب يسمى البراءة يترتب على منحها السماح للقنصل بمباشرة وظائفه الرسمية والتمتع بالمزايا المترتبة عليها وإن كان من الممكن أن تسمح دولة القبول للقنصل بأن يباشر مؤقتاً وظائفه إلى أن تصدر له البراءة، وتكون أعماله ذات حصانة كما لو كانت قد صدرت منه بعد منح البراءة .⁽¹⁾
- إذا أصدرت البراءة تخطر الدولة سلطاتها المحلية في دائرة عمل القنصل لتعمل على توفير ما للوظيفة القنصلية من امتيازات، فإذا لم تصدر البراءة ولم تسمح الدولة للقنصل بمباشرة مهامه مطلقاً فإنه يعتبر فرداً عادياً شأنه شأن أي أجنبي مقيم.⁽²⁾

(1) راجع: د. محمد طلعت الغنيمي، الأحكام العامة لقانون الأمم، منشأة المعارف الاسكندرية، بدون طبعة، ص 782 .

(2) وقد عرض هذا الأمر على المحاكم الفرنسية 1842 في منازعة Carlier d'Abanuz ضد Adrassart الذي كان قد عين قنصلاً للأرجواي في باريس واستصدر ضده حكم استتبع القبض عليه والحجز على أمواله قبل صدور البراءة ولكنه طالب باسترداد ما حجز عليه معتمداً على صفته القنصلية فرفضت المحكمة طلبه معللة ذلك بأنه لم يكن عند الحجز على أمواله في مركز يسمح له بأن يطالب بالمزايا والحصانات القنصلية، كذلك تزول عن القنصل صفته الرسمية في نظر دولة القبول بسحب البراءة منه وتبعاً تسقط عنه المزايا القنصلية ودليل ذلك حكم محكمة نيويورك في منازعة(سافيك) الذي كان قنصلاً وسحبت منه البراءة ولكن دولته لم تسحبه وقد حصل أن قبض عليه بعد سحب البراءة ولم يفرج عنه إلا بعد دفع ضمان إفراج مالي فرفع دعوى يطلب هذا الضمان على أساس أنه لا زال قنصلاً لأن دولة الأصل تعترف له بهذه الصفة فرفضت المحكمة دعواه متأسسة على أن صفته كقنصل لا تقوم إلا باعتراف دولة القبول بها . راجع: د. داوود محمد رامز، القنصل بحث علمي في الشؤون القنصلية، مرجع سبق ذكره، ص 43

وإذا كان القنصل يستمد سلطانه ممن تعيينه بمعرفة دولة الأصل وقبوله من دولة الإقامة فإن هذا لا يعني أن موظف لدى دولة القبول لأن البراءة لا تعدو أن تكون مجرد اعتراف رسمي بالصفة العامة للقنصل ولا يمكن أن تفرض عليه أعباء جديدة أو تضيف امتيازات للقنصل لأنه مبعوث لياشر اختصاصات معينة لحساب دولة الأصل والبراءة هي شرط السماح بمباشرة هذه الاختصاصات فحسب.⁽¹⁾ وهذا يجزنا للتساؤل عن قيمة شرط معاملة الدولة الأكثر رعاية التي قد تتضمنه بعض البراءات . وأنا أرى أن مثل هذا الشرط لا يرتب زيادة في سلطات القنصل وامتيازات لأن البراءة لا يمكن أن تقوم بدور تشريعي فتعدل أن تزيد مما للقنصل من اختصاصات أو امتيازات .

الفرع الثاني: الفوارق الأساسية الناجمة عن اختلاف الطبيعة القانونية للموظفين الدبلوماسي والقنصلي على الرغم من تكامل الوظيفتين في مفهومها الحديث وإقدام العديد من الدول على توحيد سلكها في إطار سلك خارجي واحد يخضع لإفراده لنظام وظيفي واحد، وعلى الرغم من قيام الموظف القنصلي أحياناً بدور الدبلوماسي وقيام الموظف الدبلوماسي بدور القنصل كما سنرى، وعلى الرغم من الجهود الدولية للتقريب بين الأحكام التي ترعى المؤسسات كما حدث في اتفاقيتي فيينا لعام 1961، 1963... على الرغم من كل هذا فإن الاختلاف في الطبيعة القانونية لكل من الوظيفتين الدبلوماسية والقنصلية يؤدي إلى بروز فوارق أساسية أهمها:

أولاً: أن اعتماد رؤساء البعثات الدبلوماسية يتم من قبل رئيس الدولة المفودة لتمثيله لدى رئيس الدولة المضيغة بعد الاتفاق بين الدولتين وموافقة الدولة المضيفة على تعيينه أما القناصل فيعتمدون من قبل وزير خارجية كل من الدوليتين المرسله والمضيغة وتخوله أنظمة بعض الدول للقناصل العاميين والقناصل تعيين نواب قناصل ووكلاء قنصليين في أماكن محددة من مناطق صلاحيتهم القنصلية وذلك بعد موافقة وزارة خارجيتهم على هذا التعيين .ومن هنا يمكن القول أن تعيين القناصل يخضع للقانون الداخلي أكثر من خضوعه للقانون الدولي كما هو الوضع بالنسبة إلى الموظفين الدبلوماسيين .

ثانياً: أن رؤساء البعثات الدبلوماسية، باستثناء القائمين بالأعمال يقدمون أوراق اعتمادهم إلى رئيس الدولة المضيفة في الغالب بينما يحمل رؤساء البعثات القنصلية خطاب تعيين وهو أقرب ما يكون إلى وكالة تنظمها لهم دولهم وتخولهم القيام بأعمال لا يمكنهم ممارستها إلا بعد صدور إجازة لهم بذلك من الدولة المضيفة . ثالثاً: أن صلاحيات الدبلوماسي تشمل جميع حقوق العلاقات بين الدوليتين بما فيها الحقوق السياسية، وتمتد صلاحياته المكانية لتشمل جميع أراضي الدولة المضيفة .

وتتلخص وظائفه بالتمثيل والمفاوضة وجمع المعلومات وحماية ورعاية مصالح دولته ومواطنيه .

أما صلاحيات الموظف القنصلي فمحصورة في نطاق منطقتة القنصلية ولا تشمل العلاقات السياسية بين الدولتين، ومن جهة أخرى فوظائف الدبلوماسي تنظمها قواعد القانون الدولي والعرف

(1) راجع: د. علي صادق أبو هيف، القانون الدبلوماسي، منشأة المعارف بالاسكندرية، بدون طبعة، ص 299-300 .

والاتفاقيات الدولية وهي واحدة في كل مكان بينما تحدد القوانين الداخلية صلاحيات القناصل ووظائفهم في نواح كثيرة إلى جانب الاتفاقيات الدولية والمعاهدة الثنائية .

رابعاً: أن حصانات وامتيازات الدبلوماسيين أشمل وأوسع من حصانات وامتيازات الموظفين القنصليين، فالحصانة الشخصية مثلاً هي حصانة كاملة بالنسبة إلى الدبلوماسي بينما هي محدودة بالنسبة إلى الموظف القنصلي ومحظورة بالأعمال التي يمارسها بصفته الرسمية .

خامساً: - أن الموظف القنصلي لا يمكنه الاتصال بالسلطات المركزية للدولة المضييفة كوزارة الخارجية، إلا في حالات استثنائية كحالة عدم وجود بعثة دبلوماسية لبلده لديها، وتحصر علاقاته بالسلطات المحلية في نطاق منطقتة القنصلية.

أما الموظف الدبلوماسي فيتصل بوزارة خارجية الدولة المضييفة وغيرها بالسلطات المركزية الأخرى.⁽¹⁾

الفرع الثالث: الشروط العامة الواجب توافرها لدخول السلك القنصلي: يحدد التشريع الداخلي لكل دولة الشروط العامة الواجب توافرها في الراغبين في دخول السلك القنصلي ولا تفرق الدول في الغالب، بعد أن تم توحيد سلكها في إطار سلك خارجي واحد بين الشروط المطلوب توافرها في المرشح لدخول السلك القنصلي والمرشح لدخول السلك الدبلوماسي، وهذه الشروط هي:

أولاً: شرط الجنسية: -تتطلب غالبية الدول أن يكون مرشحو السلك الخارجي من رعاياها⁽²⁾، وفي ليبيا يشترط في المرشح لدخول السلك الخارجي أن يكون ليبيا وهو الشرط الواجب توافره في المرشح بدخول أية وظيفة عامة وتذهب دول عدة إلى منع موظفي سلكها الخارجي من الزواج من أجنبيات وسبب ذلك طبيعة وظيفة السلك الخارجي وأهمية أعمالها التي تتطلب ولاء كاملاً للدولة الموفدة ليس من جانب الموظف فحسب بل من جانب عائلته أيضاً إذا أن للزوجة في هذا السلك دوراً مهماً لا يقل عن دور الزوج وهذا ما أكده القانون الليبي في (المادة الثانية عشر) بشأن تنظيم العمل السياسي والقنصلي⁽³⁾ ويؤثر هذا الزواج في حياة الزوج المهنية فيحدد من ترقيته وتسلمه لوظائف حساسة، وفي (لبنان) يخضع زواج موظف السلك الخارجي للحصول على إذن مسبق من وزير الخارجية والمغتربين يعطي بعد استطلاع رأي اللجنة الإدارية في الوزارة، وإلا اعتبر الموظف مستقيلاً⁽⁴⁾ .

(1) للمزيد راجع: محمد متولي، الأحكام الخاصة بأعضاء السلكين الدبلوماسي والقنصلي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994م، ص 74-75.

(2) الجريدة الرسمية، العدد 7، السنة الأولى، 2001م، قانون رقم (2) لسنة 1369 و.ر، الصادر في 22 ربيع 1369 و.ر .

(3) ولقد أصدر الرئيس روزفلت في 17 تشرين الثاني (نوفمبر) 1963 قراراً مازالت قواعده معتمدة حتى اليوم، يقضى بعدم السماح لأمريكي متزوج من أجنبية بدخول السلك الخارجي، وتبذل وزارة الخارجية أقصى جهدها للحوّل دون زواج موظفي سلكها الخارجي من أجنبيات، وفي حال حدوث ذلك تتمتع عن تعيين الزوج في بلد زوجته. للمزيد راجع: غازي حسن صباري، الدبلوماسية المعاصرة، كلية الحقوق، جامعة فيلادلفيا، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2002، ص 98 .

(4) راجع: د. عاصم جابر، الوظيفة القنصلية، مرجع سبق ذكره، ص 273 .

ثانياً: شرط السن:- تشترط بعض الدول سنّاً معيناً لدخول السلك الخارجي، ففي (ليبيا) مثلاً يجب ألا تقل سن المرشح عن (ثمانية عشر) عاماً، وذلك لما منصوص عليه في القانون رقم 12 لسنة 2010م، ثالثاً: شرط الجنس: الأصل هو أن تعهد الدول بوظائف سلكها الخارجي للرجال باعتبار أنهم أقدر من النساء على تحمل أعباء وظيفة السلك. (1)

ولكن نتيجة بروز حركات التحرر النسائية واتساع دور المرأة في شتى المجالات، ونيلها حقوقاً سياسية مساوية لحقوق الرجل، وهكذا تولت نساء عدة مناصب رئيسية في السلك الخارجي فتزايد عدد العاملات منهن في هذا السلك بعد أن كان وجودهن فيه نادراً في الماضي. (2) غير أن هناك دولا عدة من بينها غالبية الدول الإسلامية، تحول تقاليداً دون تعيين النساء في سلكها الخارجي لا تستسيغ وجود نساء في السفارات أو القنصليات الموجودة في أراضيها ولو كن يحملن الصفة الدبلوماسية أو القنصلية لكن في ليبيا ليس هناك ما يدل على هذه المسألة في القانون رقم (2) بشأن تنظيم العمل السياسي القنصلي (3) ولكن بالرجوع إلى المصادر التشريعية في ليبيا نراه أنه لا مانع من تولي النساء المهام الدبلوماسية والقنصلية، وقد تولت فعلاً عدة نساء مناصب في السفارات والقنصليات.

رابعاً: شروط الكفاءة: يشترط في موظف السلك القنصلي الخارجي أن يكون حسن السيرة والسلوك سليماً من الأمراض والعاهات، غير محكوم بجناية أو جنحة مخلة بالشرف ويشترط كذلك توافر صفات معينة تتطلبها طبيعة وظيفة السلك الخارجي كعدم الانتماء إلى الأحزاب السياسية وحيازة درجة جامعية معينة، وإتقان اللغات الأجنبية والتمتع بصفات أهمها الحكمة وسعة الثقافة والاطلاع وقوة الشخصية وسرعة البديهة وبراعة المناقشة وفصاحة اللسان واللباقة والرصانة ودماثة الأخلاق والكرامة والاستقامة والكرم فالدبلوماسية وكذلك الموظف القنصلي هو على حد قول غلادستون سيد ذكي مثقف. (4)

وتقوم الدول بإخضاع المرشحين لدخول سلكها الخارجي لامتحانات متعددة لتتأكد من توافر جميع هذه الشروط أو غالبيتها وهذا ما نصت عليه المادة الثانية عشر من القانون رقم (2) لسنة

(1) وقد منعت بريطانيا بمرسوم صدر في نيسان (أبريل) 1721 النساء من تولي وظائف في السلك الخارجي وكذلك فعلت فرنسا عام 1929، إلا أن موقف الدولتين من دخول النساء في السلك الخارجي تغير بعد الحرب العالمية الثانية، للمزيد راجع: د. عاصم جابر، الوظيفة القنصلية والدبلوماسية في القانون والممارسة، مرجع سبق ذكره، ص 266.

(2) مثال ذلك أن ملك فرنسا كلف في أواخر القرن السابع عشر الكونتيسة جييريان تمثيله في مهمة لدى ملك لولونيا، وكلف لويس الخامس عشر السيدة دي يومنت عدم مهام دبلوماسية في القرن الثامن عشر، وفي عام 1924 عين الاتحاد السوفياتي الكسندرة كولوتنالي وزير، مفوض في الترويج، وفي سنة 1937 عينت الولايات المتحدة الأنسة مرجريت هانا قنصلاً لها في جنيف. للمزيد انظر: د. داوود رامز، القنصل، مرجع سبق ذكره، ص 142.

(3) راجع القانون رقم 2 لسنة 1369 و.ر بشأن العمل السياسي والقنصلي.

(4) راجع: د. محمد خلف، النظرية والممارسة الدبلوماسية، المركز الثقافي العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1989.

1369 و.ر بشأن تنظيم العمل السياسي القنصلي الليبي. هذا بالنسبة إلى موظفي السلك القنصلي المسلكيين، أما بالنسبة إلى القناصل الفخريين فإنهم يختارون من بين الشخصيات المعروفة والبارزة من رعايا الدولة الموفدة المقيمين في البلد المضيف أو من رعايا هذا البلد الأخير أو من رعايا دولة ثالثة من المقيمين في البلد المضيف. وفي ليبيا تنص المادة التاسعة من القانون رقم (2) لسنة 1369 و.ر ((يجوز بقرار من (أمانة اللجنة الشعبية العامة) بناء على عرض من أمانة اللجنة الشعبية العامة للقطاع تعيين قناصل شرفيين من غير الليبيين وفقاً للأوضاع والشروط التي تحددها اللائحة التنفيذية بهذا القانون))⁽¹⁾. وتنص المادة الثالثة عشر من اللائحة التنفيذية لهذا القانون على الشروط الآتية:-

- 1- يكون تعيين القناصل الشرفيين في الدول التي لا يوجد للبيبا فيها بعثات سياسية أو قنصلية.
- 2- أن تتوافر من يشغل هذه الوظائف الآتي: أن يكون مقيماً إقامة اعتيادية في البلد التي يعين فيها وأن يكون حسن السيرة ومحمود السمعة، وأن يكون مرموقاً ويتمتع بعلاقات واسعة في الدولة التي يتولى فيها .
- 3- ألا يكون قد حكم عليه في جنابة أو جنحة مخلة بالشرف .
- 4- وأن يلقي المرشح لهذه المهمة قبول الدولة المعتمدة لديها .

المبحث الثاني: فئات القناصل

ينقسم الموظفون القنصليين إلى فئتين: مسلكيون وفخريون، حيث أن كل فئة تختلف عن الأخرى في العديد من الأوجه، وهذا ما أشارت إليه أحكام اتفاقية فيينا لعام 1963م القنصلية، حيث إنه خصصت أحكام الفصل الثاني من هذه الاتفاقية للبعثات التي يرأسها موظفون قنصليون مسلكيون، وأحكام الفصل الثالث للبعثات التي يرأسها موظفون قنصليون فخريون. وهذا التقسيم لا يخل بتقسيم رؤساء البعثات القنصلية طبقاً للمادة التاسعة من الاتفاقية حيث قسّمت رؤساء البعثات إلى فئات أربع: قناصل عامون، قناصل، نواب قناصل، وكلاء قناصل، ونشير إلى أن البعثة القنصلية مسلكية أم فخرية قد تكون برئاسة قنصل عام أو نائب قنصل أو وكيل قنصل تبعاً لدرجتها كما قد تتألف البعثة برئيسها من موظفين قنصليين ينتمون إلى أية درجة من الدرجات المذكورة.⁽²⁾ وستتناول من خلال المطالبين القادمين تحديد مفهوم ودرجات كل من الموظفون القنصليين المسلكيين والفخريين. ولقد بينا في مقدمة هذا البحث للعلاقات كيف أن مؤسسة القنصل الفخري (أو كما عرف

(1) راجع: الإعلان الدستوري الليبي الصادر 2011م وتعديلاته في المادة 35 من الأحكام الختامية.

(2) تنص المادة التاسعة المتعلقة بفئات رؤساء البعثات القنصلية على ما يلي:

1- ينقسم رؤساء البعثات القنصلية إلى الفئات الأربع التالية:

أ- القناصل العامون. ب- القناصل.

ج- نواب القناصل. د- وكلاء القناصل.

2- أن الفقرة الأولى من هذه المادة لا تفيد بأي شكل حق أي من الفرقاء المتعاقدين في تحديد تسمية الموظفون القنصليين ما عدا رؤساء البعثات القنصلية، ونشير إلى أن البعثة القنصلية مسلكية كانت أم فخرية قد تكون برئاسة قنصل عام أو قنصل أو نائب قنصل أو وكيل قنصلي تبعاً لدرجتها، كما قد تتألف البعثة برئيسها، من موظفين قنصليين ينتمون إلى أية درجة من الدرجات المذكورة.

بالقنصل المنتخب أو المختار) نظراً لاختياره من بين جماعة التجار المقيمين في الدولة المضيضة قد سبقت مؤسسة القنصل المسلكي أو كما يسمى بالقنصل المبعوث أو بالقنصل المحترف التي اعتمدها الدول في القرن السابع عشر عندما أصبحت تعتبر القنصل موظفاً من موظفيها يتلقى منها مرتباً ثابتاً. وستناول في مطلبين تحديد مفهوم ودرجات كل من الموظفين القنصليين، المسلكيين والفخريين .

المطلب الأول : الموظفون القنصليون المسلكيون:

على الرغم من تطور دور القناصل المسلكيون وتزايد أهميتهم وخاصة في القرنين التاسع عشر والعشرون⁽¹⁾ إلا أن اتفاقية فيينا لعام 1963 قد خلقت من أي تعريف للقنصل المسلكي ويشكل هذا الإغفال للتعريف بالقنصل ثغرة مهمة في الاتفاقية لاسيما وأن أحكام الفصل الثاني من الاتفاقية تتعلق بحصانات وامتيازات القناصل المسلكيين.

الفرع الأول: ماهية القنصل المسلكي: عرفت المعاهدة القنصلية الموظفين القنصليين المسلكيين بأنهم موظفون تعينهم الدولة المرسله ولا يتعاطون أي نشاط مهني في الدولة المضيضة تخرج عن ممارستهم لوظائفهم القنصلية، وهم يحملون جنسية الدولة المرسله فقط.⁽²⁾

مزايا الموظف القنصلي المسلكي:

يتميز الموظف القنصلي بعدة مزايا يمكن إيجازها في الآتي:

أولاً: أنه موظف رسمي من موظفي الدولة الموفدة: ويكون غالباً من موظفي السلك الخارجي وتطبق عليه بالتالي الأنظمة والقوانين التي ترعى أوضاع الموظفين عامة وأوضاع موظفي السلك الخارجي خاصة في الدولة الموفدة.

ثانياً: أنه يتلقى من دولته مرتباً منتظماً: وتحدد القوانين والأنظمة الداخلية لدولته هذا المرتب والتعويضات الملحقه به، وهو في هذا يختلف عن القنصل الفخري الذي يتقاضى جزءاً من العائدات القنصلية التي يستوفيه.

ثالثاً: أنه لا يقوم بأي عمل مأجور غير عمله الرسمي في الدولة المضيضة: تحرم قوانين الدول عادة على موظفي سلكها الخارجي تعاطي أي عمل خارج عن نطاق وظائفهم الرسمية⁽³⁾، وقد نصت الفقرة الأولى من المادة (57) من اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية على انه ((لا يجوز للموظفين القنصليين المسلكيين

(1) راجع د. على صادق ابوهيف، القانون الدبلوماسي، مرجع سبق ذكره، ص 288

(2) أما مندوب البرتغال إلى مؤتمر فيينا للعلاقات القنصلية الذي اقترح فيه تعريف الموظف المسلكي بأنه (أي شخص من موظفي الدولة الموفدة يتلقى مرتباً منتظماً ولا يمارس في الدولة المضيضة أي نشاط مهني خارج عن نطاق وظائفه القنصلية) وهذا هو التعريف الذي افترضته لجنة القانون الدولي في دورتها الحادية عشرة. للمزيد راجع د.عاصم جابر، الوظيفة القنصلية، مرجع سبق ذكره، ص 279.

(3) وتضمنت بعض المعاهدات الدولية نصوصاً تحول دون قيام القناصل المسلكيين بأي عمل مكسب خارج نطاق مهامهم القنصلية، فالفقرة الثالثة من المادة (16) من المعاهدة البنانية اليونانية لعام 1948 تنص مثلاً على انه ((يسمح فقط للقناصل الفخريين والموظفين الفخريين بممارسة التجارة أو أي نشاط آخر مختلف عن وظائفهم الرسمية)). للمزيد راجع: المرجع نفسه، ص 280 .

تعاطي أي عمل مهني أو تجاري بقصد الربح الشخصي في الدولة المضيفة)). غير أن بعض الدول، وان تكن قليلة، تقسم في هذا المجال أمام موظفيها القنصليين والمسلكين لتعاطي أعمال مأجورة تخرج عن نطاق مهامهم الرسمية ولهذا اعتبرت (لجنة القانون الدولي) هؤلاء في حكم القناصل الفخريين بالنسبة إلى حصاناتهم وامتيازاتهم على الرغم من انتمائهم إلى السلك القنصلي المسلكي، وحددت اللجنة مفهوم العمل المأجور بأنه يشمل الأعمال التجارية والمهنية والنشاطات التي تمارس بقصد الربح، ولا تشمل تلك التي لا تهدف إلى تحقيق ربح كإعطاء محاضرات في الجامعات ونشر كتب ومقالات علمية.

رابعاً: أنه يحمل في الغالب جنسية الدولة الموفدة: تنص المادة (22) من اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية على أن يكون الموظف القنصلي من حيث المبدأ، من رعايا الدولة الموفدة.

ويجوز أن يعين أحيانا من بين مواطني الدولة المضيفة شرط الحصول على موافقة هذه الدولة التي يبقى لها حق سحب موافقتها هذه في كل وقت وهذه الدولة ممارسة نفس الحق في مجال تعيينه من بين مواطني دولة ثالثة وتختلف مواقف الدول حول هذا الموضوع فيشترط بعضها حمل الموظف القنصلي لجنسية الدولة الموفدة، ولا يوافق على تعيين قناصل للدول الأخرى في أراضيها إذا كانوا من رعاياها، وتأتي الدول الاشتراكية سابقاً، باستثناء قلة منها على رأس هذه الفئة وقد أدخلت هذا الشرط ضمن معاهداتها القنصلية الثنائية حتى بعد عقد اتفاقية فيينا لعام 1963. وتخصر كل من إيطاليا وفرنسا والولايات المتحدة الأمريكية تعيين قناصلها المسلكيين بمواطنيها.⁽¹⁾

وهذا هو موقف غالبية الدول حيث يخضع الموظفون القنصليون فيها لأنظمة الخدمة العامة التي تشترط حمل جنسيتها على جميع المرشحين لدخول الوظيفة العامة⁽²⁾ وذهبت الولايات المتحدة إلى حد رفض قبول تعيين قناصل مسلكيين في أراضيها من بين رعايا الدولة الموفدة الذي يقيمون على أراضيها إقامة دائمة. ولكن هناك بالمقابل دولاً أخرى وان يكن عددها قليلاً، تجيز اختيار قناصلها المسلكيين من غير رعاياها، أو تجيز للدولة الموفدة اختيار قناصلها من بين رعاياها دولة ثالثة أو من بين رعايا الدولة المضيفة.

وانسجاماً مع هذه الحالات أفسحت المادة "22" من الاتفاقية القنصلية المجال أمام تعيين الموظفين القنصليين من بين رعايا الدولة المضيفة أو من بين رعايا دولة ثالثة بعد الحصول موافق صريحة ومسبقاً من الدولة المضيفة التي يبق لها حق سحب موافقتها متى شاءت وجاءت المادة "71" من الاتفاقية القنصلية تحدد وضع الموظفين القنصليين وبقية أفراد البعثة ممن يحملون جنسية الدولة المقيمة أو يقيمون إقامة دائمة فيها .

الفرع الثاني: "درجات الموظفين القنصليين المسلكيين ورتبهم":

أوضحت (لجنة القانون الدولي) في معرض تعليقها على نص المادة (التاسعة) من الاتفاقية القنصلية

(1) راجع د. عاصم جابر، الوظيفة القنصلية، مرجع سبق ذكره، ص 281 .

(2) أما في ليبيا فإن القانون رقم (2) لسنة 1369 بشأن تنظيم العمل السياسي والقنصلي، قد نص على ذلك في المادة الثانية عشرة.

المتعلقة بتصنيف رؤساء البعثات القنصلية إلى التعداد الوارد فيها لا يقصد به إلزام الدول بالأخذ بالدرجات الأربع معاً (القناصل العامون، القناصل، نواب القناصل، الوكلاء القنصليون) بل إلزامها بحصر تسميات ودرجات رؤساء بعثاتها القنصلية في درجة أو أكثر من هذه الدرجات، وذلك من أجل توحيدها بعد أن عرف تاريخ العلاقات القنصلية الطويل تضارباً وتعددًا في تسميات ودرجات رؤساء البعثات القنصلية خلافاً لرؤساء البعثات الدبلوماسية الذين تحدت تسمياتهم ودرجاتهم مند مؤتمر فيينا لعام 1815 ومؤتمر "أكس لا شابيل" لعام 1816 وأخيراً مؤتمر فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام "1961" وأشارت (لجنة القانون الدولي) صراحة إلى أن نص المادة التاسعة لا يقيد الدول بالنسبة إلى درجات وتسميات رؤساء البعثات القنصلية وبالتالي لا يحد من حريتها في تحديد درجات ألقاب بقية أفراد البعثة فيكون لها أن تستعمل التسميات والدرجات المذكورة وإن تختار غيرها من التسميات ومنها⁽¹⁾:

- القنصل النائب: وهو لقب أطلقتها الولايات المتحدة على بعض موظفيها القنصليين ولا يختلف كثيراً عن الوكيل القنصلي.
 - الوكلاء التجاريون: وهم موظفون قنصليون لجأت الولايات المتحدة إلى تعيينهم في البلاد التي لم تعترف بحكومتها.
 - نواب المندوب السامي: وهو لقب يطلق على الموظفين القنصليين المتبادلين بين دول (الكومنولث)، وهم يحملون معهم رسالة موجهة من الوزير المكلف بشؤون الكومنولث إلى نظيره في الدولة المضيفة، وهم لا يتحصلون على أجازة قنصلية ولكنهم يعاملون على قدم المساواة مع الموظفين القنصليين الأجانب الآخرين.
 - تسميات أخرى: كالقناصل المناوبين، والملحقين القنصليين، والتلاميذ القناصل، والسكربتيرين القنصليين.
 - ويعتبر نص المادة (التاسعة) من اتفاقية (فيينا) تكريماً لقواعد عرفية درجت على إتباعها دول عدة منذ وقت طويل⁽²⁾. بينما اكتفت دول أخرى بالدرجات الثلاث الأولى دون الأخذ بدرجة الوكلاء القنصليين⁽³⁾.
- والبعثة القنصلية قد تكون قنصلية عامة يرئسها قنصل عام أو قنصلية يرئسها قنصل، أو نيابة قنصلية يرئسها نائب قنصل، أو وكالة قنصلية يرئسها وكيل قنصل .

(1) د. تامر كامل محمد، الدبلوماسية المعاصرة وإستراتيجية إدارة المفاوضات، دار المسرة للنشر والطباعة، الطبعة الأولى 2000، ص 240-241
(2) ومن الدول التي اعتمدت الدرجات الأربع في سلكها القنصلي: كولومبيا ونيكاراغوا والبيرو وهندوراس وليبيريا وكوستاريكا وبناما وفنزويلا والاتحاد السوفيتي وهولندا ويوغسلافيا والولايات المتحدة وبريطانيا وكندا. للمزيد راجع: د. عاصم جابر، الوظيفة القنصلية، مرجع سابق، ص 284
(3) ومن هذه الدول: لبنان وبوليفيا والنرويج وكوريا الديمقراطية، وذهبت بعض الدول إلى اعتماد الدرجات الأربع وتقسيمها إلى فئتين أو أكثر بحيث تصبح على الشكل التالي: قنصل عام أول، قنصل عام ثاني، نائب قنصل أول، ونائب قنصل ثاني ... ومن هذه الدول سويسرا والأكوادور واسبانيا. المشار إليه لدى الدكتور عاصم جابر، الوظيفة القنصلية، مرجع سبق ذكره، ص 284.

ونلاحظ أن هذا الربط بين درجة البعثة ودرجة رئيسها هو الغالب، إلا أنه قد يحدث أن يرأس القنصلية العامة موظف من درجة قنصل ويرأس القنصلية موظف من درجة قنصل عام، بل وقد يحدث أحيانا وان كان ذلك نادراً، أن تعين على رأس القنصلية العامة شخص برتبة سفير.⁽¹⁾ ولا تؤثر الدرجة التي يحملها رئيس البعثة في صلاحياته، فيمارس القنصل صلاحيات القنصل العام أن يرأس قنصلية عامة، ويمارس القنصل العام صلاحيات القنصل أن يرأس قنصلية، مع العلم أن الفارق ضئيل بين صلاحيات القنصلية العامة وصلاحيات القنصليات، وهو يقتصر في الغالب على اتساع المنطقة القنصلية وحجم الأعمال.

وقد تتألف البعثة القنصلية على عدد من الموظفين القنصليين من الدرجات المختلفة فتضم القنصليات العامة الكبرى قنصلاً عاماً رئيساً لها وقنصلاً أو أكثر ونائب قنصل أو أكثر .

وسنحاول تحديد مفهوم كل درجة من درجات رؤساء البعثات القنصلية المذكورة، مشيرين إلى أن الدرجة الأكثر أثارة للجدل هي درجة الوكيل القنصلي.

أولاً: القناصل العامون: يعين القناصل العامون عادة على رأس قنصلية عامة تشمل صلاحياتها مناطق قنصلية عدة تابعة لها، أو منطقة قنصلية واحدة كبيرة مهمة، ويعتبر القناصل العامون رؤساء مباشرين لجميع الموظفين القنصليين العاملين في منطقتهم القنصلية، يمارسون عليهم سلطة الإشراف والمراقبة والتوجيه فيصدرون إليهم التعليمات ويبلغونهم تلك الصادرة عن وزارة خارجية الدولة الموفدة ويطلعون على مراسلاتهم مع هذه الوزارة التي تتم بواسطتهم كما يقومون بزيارات تفتيشية دورية لهذه البعثات.⁽²⁾

ويرتبط القناصل العامون عادة برؤساء البعثات الدبلوماسية في حال وجودهم وإلا بوزارة الخارجية مباشرة.

ثانياً: القناصل: يعينون عادة رؤساء مناطق قنصلية صغيرة أو في مرافئ لا تستوجب حجم العمل فيها أنشاء قنصلية عامة، وينطبق عليها ما ينطبق على القناصل العامون، وإذ لا اختلاف في طبيعة المهام التي يمارسها كل من القنصل العام والقنصل وإنما هناك اختلاف ينحصر في حجم الأعمال واتساعها وقد يعمل القناصل في القنصلية العامة عينها كمعاونين للقنصل العام ولا يعتبرون عندها رؤساء لبعثات قنصلية إلا في حالة تغيب القنصل العام وقيام احدهم بتولي رئاسة البعثة القنصلية مكانه.⁽³⁾

ثالثاً: نواب القناصل: القاعدة أنهم مساعدون للقناصل العامين أو القناصل يرأسون البعثة القنصلية في حال تغيب رئيسها، إلا أن هناك حالات يكون فيها رؤساء أصليين لبعثات صغيرة تعرف بالنيابات القنصلية وتقوم في مدن صغيرة أو مناطق نائية لا يستوجب حجم العمل فيها افتتاح قنصلية أو قنصلية عامة.

⁽¹⁾ راجع عبد القادر سلامة، التمثيل الدبلوماسي والقنصلي المعاصر، مرجع سبق ذكره، ص 211

⁽²⁾ راجع: د.عاصم جابر، الوظيفة القنصلية، مرجع سبق ذكره، 285.

⁽³⁾ راجع: المرجع نفسه، ص 286.

رابعاً: الوكلاء القنصليون⁽¹⁾:

على الرغم من ذكر الوكلاء القنصليون ضمن فئة الموظفين القنصليين المسلمين، فإنهم يؤلفون في الواقع فئة خاصة، وضعها اقرب إلى وضع الموظفين القنصليين الفخريين منه إلى وضع الموظفين القنصليين المسلمين، وذلك بالنسبة إلى طرق تعيينهم وجنسياتهم ومهامهم وتعاطيهم أحياناً أعمالاً تجارية خارج نطاق وظائفهم القنصلية.

ولقد تضاربت الآراء حول تصنيف هذه الفئة من الموظفين القنصليين خلال مناقشات (لجنة القانون الدولي) لمشروع الاتفاقية القنصلية وخلال أعمال المؤتمر نفسه.

فخلال مناقشة اللجنة للمادتين (3)،(4) ومن تقرير مقررها الفقيه زوريك طالب بعض أعضائها باستبعاد هذه الفئة من درجات رؤساء البعثات القنصلية واعتبار الوكلاء القنصليين قناصل فخريين لتشابه قواعد تعيينهم ووظائفهم وجنسياتهم وطريقة تقاضيهم لدخلهم مقابل عملهم القنصلي ومدى تطابقها... مع القواعد المطبقة على القناصل الفخريين.⁽²⁾

بينما طالب فريق بالإبقاء على هذه الفئة ضمن درجات رؤساء البعثات القنصلية واعتبارهم قناصل مسلمين ما دامت هناك دول توكل أمر تعيين نواب القناصل لديها إلى قناصلها وقناصلها العامين، وما دامت اللجنة قد وافقت رغم هذا على تصنيف نواب القناصل ضمن درجات رؤساء البعثات القنصلية واعتبارهم قناصل مسلمين.⁽³⁾

وقد أكد الداعون لإبقاء هذه الفئة ضمن فئة القناصل المسلمين انه ليس في هذا أي ضرر ما دامت الدول التي لا تعتمد مؤسسة الوكلاء القنصليين غير ملزمة باعتمادها ولو تم إدراجها ضمن تصنيف رؤساء البعثات القنصلية.

وخلال مناقشة المادة التاسعة المذكورة أعلاه في لجان مؤتمر فيينا لعام 1963 طالب مندوب سويسرا بحذف درجة الوكلاء القنصليين من صلب المادة متذرعاً بعدم حمل هؤلاء لكتاب تعيين أو حصولهم على إجازة قنصلية، فهم يمارسون أعمالهم بناء لقبول بسيط بذلك من السلطات المحلية، كما أن وضعهم لم يتبلور في التاريخ الطويل للعلاقات القنصلية كرؤساء للبعثات القنصلية المسلمين، وهذا هو وضعهم في سويسرا التي تجد في مؤسسة الوكلاء القنصليين مؤسسة مقيدة لها تعتمد عليها في علاقاتها مع أكثر من 30 دولة. وقد أيدت كل من ألمانيا وفرنسا والنمسا هذا الموقف السويسري .

⁽¹⁾ راجع: داوود محمد رامر، القنصل ببحث علمي في الشؤون القنصلية، مرجع سبق ذكره، ص 91.

⁽²⁾ راجع: د. عاصم جابر، الوظيفة القنصلية، مرجع سبق ذكره، ص 291.

⁽³⁾ راجع: المرجع نفسه، ص 292.

غير أن مندوب إيطاليا عارض الرأي السويسري وأوضح أن الوكالات القنصلية الإيطالية هي قنصليات مسلكية تقوم بدور قنصلي كامل، كما بين الفقيه (بارتوش) مندوب يوغسلافيا، موقف بلاده التي تعتبر الوكلاء القنصليين اليوغسلافيين قناصل رسميين معترفاً بهم كرؤساء للبعثات القنصلية على الرغم من عدم حصولهم على البراءة القنصلية.

وأدى هذا التضارب في الموقف إلى إقرار نص المادة (التاسعة) كما وردت من فئات رؤساء البعثات القنصلية، كما أدى إلى إقرار مشروع مادة جديدة اقترحتها سويسرا هي المادة (69) تتيح للدول إنشاء وقبول أنشاء وكالات قنصلية دون اعتبار الوكلاء القنصليين رؤساء للبعثات القنصلية، وتترك لها تحديد حصاناتها وامتيازاتها ومهامها ولقد أقرت هذه المادة بغالبية 32 صوتاً ضد 12 وامتناع 17 عن التصويت في اللجنة الأولى، وبالإجماع في الهيئة العامة وهي تنص على ما يأتي:

لكل دولة الحرية في أن تقرر ما إذا كانت ستنشئ أو تقبل وكالات قنصلية يتولاها وكلاء قنصليون غير معينين كرؤساء للبعثة القنصلية من قبل الدولة الموفدة.

أن الكيفية التي تستطيع بها الوكالات القنصلية، بالمعنى المحدد في الفقرة الأولى من هذه المادة، ممارسة نشاطها، وكذلك الامتيازات والحصانات التي يمكن أن يتمتع بها الوكلاء القنصليون الذين يتولونها، تحدد باتفاق بين الدولة الموفدة والدولة المضيفة.⁽¹⁾

وتشير أخيراً إلى أن بعض الاتفاقيات اللاحقة لاتفاقية فيينا قد تناولت أوضاع الوكلاء القنصليين، ومنها المعاهدة الأمريكية الفرنسية لعام 1966 التي خصصت قسمها الخامس لهؤلاء الوكلاء ونصت مادتها (36) على أنهم يمارسون أعمالهم بموافقة الدولة المضيفة ويمكن منحهم لقب قناصل فخريين، كما نصت المادة (37) منها على إمكان ممارستهم لأعمال مأجورة تخرج عن نطاق وظائفهم القنصلية.

وحددت المادتان (38) و(39) من هذه المعاهدة حصانات وامتيازات الوكلاء القنصليين وهي نفس حصانات وامتيازات القناصل الفخريين وفقاً للقانون الدولي ولاتفاقية فيينا القنصلية

المطلب الثاني: القناصل الفخريون:

هناك عدة آراء تعترى مؤسسة القناصل الفخريين المختارون من بين التجار ورجال الأعمال المقيمين في الدولة المضيفة ولا يحملون في اغلب الأحيان جنسية الدولة التي تعينهم. ورأى البعض انه لا فائدة في هذا النوع من القناصل، ودعت لجنة خبراء عصبة الأمم لتقنين القانون الدولي، إلى إلغاء مؤسستهم بسبب الإمكانيات التي توفرها لهم وتساعدهم على مناقشة غيرهم من التجار بشكل غير عادل مستغلين بما يقع تحت أيديهم من إمكانيات تجارية مهمة⁽²⁾، هذا بالإضافة إلى تغليب المصالح الشخصية على

(1) راجع: د. داوود محمد رامز، القنصل، مرجع سبق ذكره، ص 92.

(2) ناظم عبد الواحد الجاسور، أسس وقواعد العلاقات الدبلوماسية والقنصلية، مرجع سبق ذكره، ص 438.

مصالح الدولة التي تعينهم ورعاياها. إن دور المؤسسة القنصلية الفخرية على الصعيد الدولي قد تقلص في الواقع بعد أن أخذت دول عدة في أعقاب الحرب العالمية الأولى تشترط في معاهداتها القنصلية على الموظفين القنصليين حمل جنسية الدولة الموفدة، مما يعني بطريقة غير مباشرة إلغاء مؤسسة القناصل الفخريين، وكذلك بعد أن استغنت دول أخرى عن هذه المؤسسة كدول المنظومة الشيوعية، والولايات المتحدة وأستراليا وغيرها من الدول الغنية التي تسمح لها مواردها بتعيين قناصل مسلكيين لها في كل مكان وترغب في افتتاح قنصليات لها في الخارج على الرغم من استمرارها في قبول تعيين قناصل فخريين للدول الأخرى لديها حتى من بين رعاياها. ورغم تحلي عدد من الدول عن هذه المؤسسة، ومطالبة عدد من الفقهاء بإلغائها (كفاتيل) و(فيلمور)، فهناك دول مازالت تعتمد عليها (كفرنسا وسويسرا) اللتين تقومان بتعيين وكلاء قنصليين، هم في الواقع قناصل فخريون .

وبريطانيا ((التي أعلن مندوبها إلى مؤتمر فيينا قيام بلاده بتعيين عدة قناصل فخريين لها في الخارج وقبولها بتعيين العديد من القناصل الفخريين لديها))⁽¹⁾.

ولقد برز تعلق الدول بهذه المؤسسة عبر تلك التحفظات على نص المادة (22) من الاتفاقية القنصلية التي سجلتها كل من الدانمرك وفنلندا وأيسلندا والنرويج والسويد عبر تصديقها على الاتفاقية، مبدية رغبتها في أن لا تحول المادة المذكورة دون استمرار الدول المضيفة، حيث للدول المتحفظة قنصليات فخرية فيها، في قبول القناصل الفخريين الحاملين لجنسية الدولة المضيفة أو جنسية دولة ثالثة.⁽²⁾

ودون قبول الدول الأخرى بتعيين هؤلاء القناصل لديها عملاً بالفقرتين 2، 5 من المادة (22) ويرى العديد من الفقهاء أن مؤسسة القنصل الفخري قد أوجدت نظراً لما توفره من فوائد للدول وخاصة الفقيرة منها، حيث هناك فرصة لإنشاء القنصليات دون الحاجة إلى تكبد النفقات، إضافة إلى الخبرة الواسعة المتوفرة لأشخاص يقيمون منذ فترة طويلة في بلد ما ويعرفون جيداً أوضاعه الاقتصادية مما يزيد من إمكانياتهم كقناصل فخريين، وهذا هو الرأي الذي نؤيده نحن.

وللتوفيق بين الاتجاهين المناهضين بإلغاء مؤسسة القناصل الفخريين، والاتجاه المناهض بالإبقاء على مؤسسة القناصل الفخريين، اقترحت (لجنة القانون الدولي) نصاً يقر الصفة الاختيارية للمؤسسة القنصلية

(1) والسويد والنرويج اللتين أكدتا خلال أعمال مؤتمر فيينا على أهمية مؤسسة القناصل الفخريين بالنسبة إليهما وعلى دورها الناجح في تعزيز علاقاتها بالدول الأخرى.

وهولندا التي أكدت خلال مناقشاتهما لجنة القانون الدولي لمشروع الاتفاقية القنصلية في عام 1956 أن لديها 500 قنصل فخري مقابل 20 قنصلاً مسلكياً وفنلندا والبرازيل وغيرها من الدول التي تؤيد هذه المؤسسة وتعتمدها نظراً لما توفره لها من اقتصاد في النفقات ونظراً لعجزها عن افتتاح قنصليات لها في عدة أمكنة من العالم . راجع: د. سعيد بن سلمان العبري، التنظيم الدبلوماسي والقنصلي لسلمة عمان، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 1996، ص 265.

(2) راجع: د. علي صادق أبو هيف، القانون الدبلوماسي، مرجع سبق ذكره، ص 325-326.

الفخرية في نص المادة (67) من مشروع اللجنة، ولاقى الاقتراح ترحيباً من المؤتمرين حتى من الدول التي لا تعتمد هذه المؤسسة.⁽¹⁾

وللقناصل الفخريون درجات لا تختلف عن درجات القناصل المسلكيين ورؤساء البعثات القنصلية الفخرية قد يكونون قناصل فخريين عامين أو قناصل أو نواب قناصل تبعاً لدرجة القنصلية الفخرية التي قد تكون قنصلية فخرية عامة أو قنصلية فخرية أو نيابية قنصلية كما قد يحملون لقب وكيل قنصل في الدول التي تعتمد الوكالات القنصلية. وما يهمنا هنا هو تحديد ماهية القناصل الفخريين وصفاتهم المميزة وما تفرضه هذه الماهية الخاصة من أحكام خاصة ترعى أوضاعهم وتختلف عن تلك التي ترعى أوضاع القناصل المسلكيين.⁽²⁾

الفرع الأول: التعريف بالقناصل الفخريين:

خلت اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية من أي تعريف للقنصل الفخري نتيجة لتضارب الآراء حول تحديد مفهومه على الرغم من أهمية هذا التعريف في تحديد الأشخاص الذين يخضعون لأحكام الاتفاقية المتعلقة بالقناصل الفخريين.⁽³⁾

حيث إن (لجنة القانون الدولي) عرفت القنصل الفخري في دورتها الحادية عشر بالشخص الذي لا يتلقى مرتباً منتظماً من الدولة الموفدة والذي تجيز له هذه الدولة ممارسة نشاطات مكسبة أخرى في الدولة المضيفة، إلا أن الاختلاف بين الدول حول المعيار الواجب اعتماده للتفريق بين القنصل الفخري والقنصل المسلكي أدى إلى عدول اللجنة في دورتها الثانية عشرة عن تضمين مشروعها النهائي أي تعريف للقنصل الفخري أو القنصل المسلكي.

وترى بعض الدول أن معيار التمييز بين القنصلين هو في المرتب المنتظم الذي يتقاضاه الأول دون الثاني، بينما يرى البعض الآخر أن هذا المعيار غير سليم ما دام هناك قناصل مسلكيون لا يتقاضون مرتباً منتظماً، وبالتالي فإن المعيار الأصح هو في طريقة اختيار القنصل، فمن أوفد من قبل دولته كان مسلكياً، وان اختير من بين المقيمين في الدولة المضيفة كان فخرياً.

واعترفت دول أخرى أن (القنصل الفخري) هو كل موظف قنصلي من غير مواطني الدولة الموفدة له حق ممارسة نشاطات مكسبة خارج نطاق وظيفته.

(1) فأقرته اللجنة الثانية بغالبية 630 صوتاً ضد 13 واتساع 16 وأقر في الهيئة العامة بالإجماع ليصبح المادة (68) من الاتفاقية التي تحمل عنوان الصفة الاختيارية لمؤسسة الموظفين القنصليين الفخريين ونص المادة هو " لكل دولة الحرية في أن تقر ما إذا كانت ستعين أو تستقبل موظفين قنصليين فخريين. المشار إليه لدى: د.عاصم جابر، الوظيفة القنصلية، مرجع سبق ذكره، ص 295.

(2) راجع: د. علي صادق أبو هيف، القانون الدبلوماسي، مرجع سبق ذكره، ص 325 - 326.

(3) ((ولقد اعتبر (زوريك) مقرر لجنة القانون الدولي للعلاقات القنصلية في تقريره الأول الذي وضعه عام 1957، أن القنصل الفخري هو كل ممثل قنصلي سواء كان أم لم يكن من مواطني الدولة الموفدة، لا تقاضى أجرها منها وليس من مواطنيها الرسميين، واعتبر أن الموظفين القنصليين المسلكيين الذين تتيح لهم قوانينهم الوطنية ممارسة أعمال مكسبة في الدولة المضيفة إلى جانب وظائفهم القنصلية هم في حكم القناصل الفخريين)). راجع: د.عاصم جابر، الوظيفة القنصلية، مرجع سبق ذكره، ص 296-297.

وقد ورد ذكر القناصل الفخريين في عدة معاهدات قنصلية إلا أن قلة منها نظمت تعريفاً لهم.⁽¹⁾ وما تقدم يمكن استنتاج تعريف للقنصل الفخري بأنه الشخص الذي تختاره الدولة الموفدة من بين المقيمين في أراضي الدولة المضيفة ممن يحملون جنسيتها أو جنسية الدولة المضيفة أو جنسية دولة ثالثة وتكلفه القيام بأعمال قنصلية تحددها له دون أن تعتبره موظفاً رسمياً من موظفيها، ودون أن تقوم بدفع مرتب منتظم له. ومن هذا التعريف نستخلص الصفات المميزة للقناصل الفخريين وهي:

أولاً: عدم تقاضيهم مرتباً منتظماً:

أن القناصل الفخريين بعكس القناصل المسلكيين لا يتلقون مرتبات منتظمة، فهم يقدمون خدماتهم مجاناً أو يقتطعون نسبة مئوية معينة من الواردات القنصلية التي يقومون بتحصيلها. وفي العصور الماضية عندما كان القنصل الفخري هو الأصل والقنصل المسلكي هو الاستثناء، كانت بعض القنصليات كالقنصلية الأمريكية في باريس تؤمن لمن يتولاها دخلاً محتملاً جداً بسبب كثرة وارداتها القنصلية، أما اليوم وبعد أن تحولت القنصليات الفخرية إلى الدرجة الثانية من الأهمية أخذت الدول التي مازالت تعتمد هذه المؤسسة تحصر أعمالها بمدن وأماكن غير مهمة أصبح دخل التحصيل الفخري من الواردات القنصلية رمزياً.

وفي مصر لا يتقاضى القناصل الفخريون ونوابهم مرتبات من الدولة، وإنما يجوز أن تقرر لهم مكافآت بقرار من مجلس الوزراء بناء لاقتراح وزير الخارجية.⁽²⁾

ثانياً: عدم اعتبارهم موظفين رسميين:

لا يعتبر القنصل الفخري موظفاً رسمياً لأنه لا يخضع للأنظمة والقوانين التي ترعى الخدمة العامة في الدولة ولا تطبق عليهم شروط التعيين المطلوبة من القناصل المسلكيين بل يشترط فيهم أن يكونوا من البارزين اجتماعياً بحيث يمكنهم مركزهم الاجتماعي ووضعهم المالي الجيد من تأدية خدمات فعالة للدولة الموفدة ورعاياها.⁽³⁾

(1) ومن هذه القلة المعاهدات اليوغسلافية النمساوية لعام 1960- التي عرفتهم بأنهم "أشخاص تعينهم الدولة الموفدة يمكنهم أن يمارسوا في الدولة المضيفة نشاطاً مكسباً إلى جانب قيامهم بوظائفهم القنصلية" كما أن اتفاقية هافانا القنصلية لعام 1928 المعقودة بين الدول الأمريكية ميزت في أحكامها بين الموظفين القنصليين من مواطني الدولة الموفدة والذين لا يتعاملون عملاً خاصاً في الدولة المضيفة بقصد الربح وبين أولئك الذين يمارسون أعمالاً أو وظائف تخرج عن نطاق مهماتهم القنصلية. للمزيد راجع: محمد متولي، الأحكام الخاصة بأعضاء السلك الدبلوماسي والقنصلي في القانون المصري، بدون نشر، د.ط، 1999م، ص102.

(2) علي صادق أبوهيف، القانون الدولي العام، الطبعة العاشرة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1972، ص 516-517.

(3) ففي مصر مثلاً يشترط في القنصل الفخري أن يكون من ذوي المكانة والسمعة الطيبة والسلوك الحسن، وفي لبنان يتم تعيينه بناء لاقتراح معقل صادر عن رئيس البعثة اللبنانية المعتمدة رسمياً في البلد الذي يجري التعيين فيه. وبالتالي يجوز إنهاء خدمات القنصل الفخري في أي وقت ودون أي قيد أو شرط على عكس القنصل المسلكي الذي لا يجوز إنهاء خدماته إلا وفقاً لأحكام قانون الموظفين. مشار إليه لدى: د.عاصم جابر، الوظيفة القنصلية، مرجع سبق ذكره، ص297.

ثالثاً: عدم اشتراط حملهم جنسية الدولة الموفدة:

إذا كان القنصل المسلكي من موظفي الدولة الموفدة الرسميين يحتم اشتراط حمله لجنسية الدولة فإن القنصل الفخري يعفى من هذا الشرط، لأن اختياره يتم عادة من بين المقيمين في أراضي الدولة المضيفة التي قد يكون من رعاياها أو من رعايا الدولة الموفدة أو من رعايا دولة ثالثة وعملاً بأحكام المادة (22) من اتفاقية فيينا القنصلية فإنه يجب الحصول على موافقة الدولة المضيفة الصريحة والمسبقة عند تعيين موظف قنصلي فخري أو مسلكي من رعاياها ولهذه الدولة حق سحب موافقتها متى شاءت، كما أن لها أن أرادت أن تشترط الحصول على موافقتها المسبقة والصريحة إذا رغبت الدولة الموفدة في تعيين قنصل فخري من بين رعايا دولة ثالثة، وللدولة المضيفة عندئذ مطلق الحق في سحب موافقتها على هذا التعيين متى شاءت.⁽¹⁾

ويعتبر اشتراط الحصول على موافقة الدولة المضيفة وفقاً للمادة (22) وبالنسبة إلى جميع الموظفين القنصليين وليس بالنسبة إلى رؤساء البعثات فقط عند حملهم جنسية هذه الدولة أو جنسية دولة ثالثة. رابعاً: ممارستهم عملاً خاصاً يخرج عن وظائفهم القنصلية: هذه ميزة رئيسية للقناصل الفخريين، فهم في الأصل تجار ورجال أعمال يتولون المهام القنصلية إلى جانب قيامهم بأعمالهم المعتادة ولقد ذهبت غالبية الدول وغالبية فقهاء القانون الدولي واتفاقية فيينا القنصلية، إلى اعتبار كل موظف قنصلي يتعاطى عملاً مأجوراً خارج نطاق مهامه القنصلية قنصلاً فخرياً تطبق عليه الأحكام المتعلقة بهذا النوع من القناصل، حتى ولو اعتبرت قوانين الدولة الموفدة قنصلاً مسلكياً.

الفرع الثاني: الأحكام الخاصة التي ترعى أوضاع المؤسسة القنصلية الفخرية:

نتيجة للتمايز بين الطبيعة القانونية لكل من القنصلين المسلكي والفخري فإن الأحكام التي ترعى وضع كل من المؤسساتين تختلف من عدة نواحٍ وسنعرض للإحكام الخاصة بالمؤسسة القنصلية الفخرية من حيث إنشاء البعثات الفخرية وصلاحياتها وحصاناتها وامتيازاتها وحصانات وامتيازات القناصل الفخريين، وهو ما سنتناوله على النحو التالي:

أولاً: إنشاء البعثات القنصلية الفخرية وتعيين موظفيها:

تنشأ البعثات القنصلية الفخرية عادة في الأماكن التي ليس للدولة فيها بعثات دبلوماسية، أو قنصلية مسلكية، ويكون هذه الأماكن مدناً مهمة أو مرفئاً أو مناطق يقطنها عدد من مواطني الدولة الموفدة أو تقوم لها فيها مصالح اقتصادية مهمة، وتحول أسباب اقتصادية أو أسباب أخرى دون افتتاحها لقنصليات مسلكية لها فيها.

(1) سعيد بن سليمان العبري، التنظيم الدبلوماسي والقنصلي لسلطنة عمان، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 1996م،

وتحدد التعليمات القنصلية الليبية الغاية من إنشاء هذه البعثات الفخرية (الشرفية) خدمة مصالح ليبيا والليبيين في أماكن ليس لليبيا فيها بعثات مسلكية، على أن يؤخذ بعين الاعتبار، عند إنشاء القنصليات الفخرية أهمية المكان الذي ستنشأ فيه الاقتصادية والتجارية والسياحية وحجم الجالية الليبية فيه، ولا يجوز إنشاء قنصلية فخرية وتعيين قناصل بحريين (شرفيين) في الأماكن التي يكون لليبيا فيها بعثات سياسية وقنصلية مسلكية.⁽¹⁾

وتنشأ البعثات القنصلية الفخرية بنفس الطريقة التي يتم بها إنشاء البعثات القنصلية المسلكية . ففي ليبيا تنشأ القنصليات بقرار من أمانة اللجنة الشعبية العامة سابقاً بناء على عرض من أمانة اللجنة الشعبية للقطاع (للاتصال الخارجي) وتكون تبعيتها لأمين اللجنة الشعبية للمكتب المعتمد في الدولة أو الدول التي تكون هذه المكاتب في نطاقها ويخضع أعضاؤها لإشرافها.⁽²⁾

ويشترط الحصول على موافقة الدولة المضيفة المسبقة والصريحة عند اختيار القناصل الفخريين من بين رعاياها، ولهذه الدولة حق سحب موافقتها على هذا التعيين في كل وقت كما أن لها أن تشترط الحصول على موافقتها المسبقة والصريحة عند اختيار القناصل الفخريين من بين رعايا دولة ثالثة، ولها الحق كذلك في سحب موافقتها على تعيينهم في كل وقت.⁽³⁾

أما القناصل المسلكيون فهم عادة من رعايا الدولة الموفدة ولا يحتاجون بالتالي إلى موافقة الدولة المضيفة على تعيينهم، إلا في حالة تعيينهم رؤساء للبعثات القنصلية مما يستدعي حصولهم على الأجازة القنصلية. ونشير أخيراً إلى أحكام الفصل الأولى من اتفاقية فيينا القنصلية المتعلقة بالعلاقات القنصلية في إطارها العام لا يفرق في أحكامه بين البعثات القنصلية المسلكية والفخرية وأن كان يترك للقوانين والأنظمة الداخلية للدولتين الموفدة والمضيفة تحديد العديد من الأحكام التي تدعي إنشاء هذه البعثات وممارستها لمهامها.⁽⁴⁾

ثانياً: صلاحيات البعثات القنصلية الفخرية:

ليس في النظام القانوني الدولي للعلاقات القنصلية ما يحد من صلاحيات القناصل الفخريين ويجول دون ممارستها لجميع المهام التي يمارسها القناصل المسلكيون. إلا أن القوانين الداخلية للدول هي التي تقوم بتحديد صلاحيات البعثات القنصلية الفخرية، فتعطي هذه القنصليات الفخرية صلاحيات تكون في الغالب محدودة، كعدم السماح لهم بتحديد جوازات السفر السياسية والخاصة وعدم السماح لهم بأعمال كتابة العدل والأعمال القضائية .

(1) انظر نص المادة رقم (13) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم(2) لسنة 1369 بشأن تنظيم العمل السياسي والقنصلي.

(2) المشار إليه في اللائحة التنفيذية للقانون رقم 2 لسنة 1369 و.ر بشأن العمل السياسي والقنصلي.

(3) المادة (22) من اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية.

(4) راجع نص الفقرة(2) من المادة (10) من اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية لعام 1963

كما تستثنى دول أخرى من صلاحياتهم القيام بمنح وتحديد جوازات السفر وتسجيل المواطنين ومنحهم شهادات الجنسية وتسجيل وثائق الأحوال الشخصية وتصديق الوثائق الصادرة عن وزارة خارجية الدولة المفودة منح التأشيرات دون موافقة سلطات هذه الدولة.⁽¹⁾

فنحن نرى أنه من الأفضل لتفادي التضارب في مدى صلاحيات القناصل الفخريين للدول المختلفة، فإن من المناسب أن تقوم دولة القنصل الفخري بإبلاغ الدولة المضيفة، للمهام التي تحوله ممارستها.

الخاتمة

بعد دراسة مستفيضة لجميع جوانب الموضوع النظرية والعملية نستخلص أن العلاقات القنصلية قديمة قدم التاريخ واسبق وجودا من العلاقات الدبلوماسية وهي وجدت لتلبية حاجات البشرية، كما أن النظام الدولي للعلاقات القنصلية قام على قواعد عرفية عرفتها البشرية بمراحلها المتعاقبة وكللت بقواعد قانونية في علم 1963 في فيينا وتعاقبت بعدها العديد من الاتفاقيات الثنائية، حيث أن القنصل هو الأداة الفاعلة لتمثيل دولته أمام الدول الأخرى بالاتفاق على إقامة علاقات قنصلية في جميع أوجه الحياة مما يعزز التكامل والتكافل بين الدول، وأن دور القناصل مر بمراحل متعددة اتسع قبل ظهور الدبلوماسية، ثم انكمش حيث أن العالم يركز على السياسة ولكن في الآونة الأخيرة بدأ العالم يركز على الاقتصاد مما يزيد من الأهمية العملية للقناصل، كما خلصنا إلى أن الطبيعة القانونية للقنصل تختلف عن الطبيعة القانونية للدبلوماسية ولكن ليس ذلك الاختلاف وخاصة عندما عمدت غالبية الدول لتوحيد سلوكها الدبلوماسي والقنصلي، وختاماً نورد بعض التوصيات:

- 1- إعطاء القناصل الصلاحيات اللازمة من حصانات وامتيازات لأداء واجباتهم المنوطة والمقناة على عاتقهم .
- 2- الحد من طغيان العمل السياسي " الدبلوماسي " على العمل القنصلي وإعطاء القناصل الصفة الكاملة لتمثيل دولهم اقتصادياً .
- 3- إنشاء معاهد ودورات وتنظيم ندوات وذلك للتعريف بالقناصل .
- 4- وأخيراً أوصى أي باحث بالكتابة في موضوع القناصل لأنه هناك العديد من الجزئيات لا بد أن تولى الاهتمام الكافي بالدراسة والتمحيص .

(1) المادة السادسة من قرار رئيس الجمهورية المصرية بالقانون رقم (59/231) . راجع: د. محمد طلعت الغنيمي، ص 778

المراجع:

أولاً: الكتب:

1. د . محمود خلف، النظرية والممارسة الدبلوماسية، المركز الثقافي العربي، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 1989.
2. د. تامر كامل محمد، الدبلوماسية المعاصرة وإستراتيجية إدارة المفاوضات، دار المسرة للنشر والطباعة، الطبعة الأولى 2000.
3. د. سعيد بن سلمان العبري، التنظيم الدبلوماسي والقنصلي لسلطنة عمان، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 1996.
4. د. عاصم جابر، الوظيفة القنصلية والدبلوماسية في القانون والممارسة، منشورات عويد للنشر والطباعة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2001.
5. د. عبدالقادر سلامة، التمثيل الدبلوماسي والقنصلي المعاصر، والدبلوماسية في الإسلام، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 1996-1997.
6. د. علي صادق أبو هيف، القانون الدبلوماسي، منشأة المعارف بالاسكندرية، بدون طبعة.
7. د. محمد خلف، النظرية والممارسة الدبلوماسية، المركز الثقافي العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1989.
8. د. محمد طلعت الغنيمي، الأحكام العامة لقانون الأمم، منشأة المعارف الإسكندرية، بدون طبعة.
9. د. ناظم الجاسور، أسس وقواعد العلاقات الدبلوماسية والقنصلية، " دليل عمل الدبلوماسي والبعثات القنصلية" دار مجدلاوي للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2001.
10. د. احمد أبو الوفاء، قانون العلاقات الدبلوماسية والقنصلية، دار النهضة العربية، القاهرة 1995، 1996 .
11. د. سعيد بن سليمان العبري، التنظيم الدبلوماسي والقنصلي لسلطنة عمان، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 1996م.
12. د. سموحي فوق العادة، القانون الدبلوماسي وقواعد البروتوكول، منشأة المعارف، الإسكندرية ، بدون طبعة.
13. د. عائشة راتب، التنظيم الدبلوماسي القنصلي، دار النهضة العربية الطبعة الاولى 1961.

14. د. على حسن الشامي, (الدبلوماسية نشأتها وتطورها وقواعدها) إصدار دار العلم للملايين، بيروت لبنان، 1994.
15. د. علي صادق أبوهيف، القانون الدولي العام، الطبعة العاشرة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1972، ص 516-517.
16. د. غازي حسن صباريني، الدبلوماسية المعاصرة، كلية الحقوق، جامعة فيلادلفيا، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2002.
17. د. محمد حافظ غانم، العلاقات الدبلوماسية القنصلية، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، الطبعة الأولى، 1974م.
18. د. محمد متولي، الأحكام الخاصة بأعضاء السلكين الدبلوماسي والقنصلي في القانون المصري، بدون نشر، د. ط، 1999م.
19. د. محمد متولي، الأحكام الخاصة بأعضاء السلكين الدبلوماسي والقنصلي، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون طبعة، 1994م.

ثانياً: القوانين:

1. الجريدة الرسمية، العدد 7، السنة الأولى، 2001م، قانون رقم (2) لسنة 1369 و.ر، الصادر في 22 الربيع 1369 و.ر، بشأن تنظيم العمل السياسي والقنصلي .

اللوائح التفويضية أو التنظيمية ((دراسة مقارنة))
د/ الداه محمد إبراهيم .
قسم القانون العام. جامعة عمر المختار.

مقدمة

يقصد باللوائح التفويضية أو التنظيمية تلك اللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية بناء على تفويض من السلطة التشريعية - خلال فترة استثنائية في الغالب- لتنظيم بعض المواضيع التي تدخل كأصل عام في اختصاص البرلمان بمقتضى نص الدستور. وتصدر هذه اللوائح في شكل قرارات - أو قوانين نظامية- لأن صدورها يستند على تفويض من البرلمان للحكومة للتشريع في أمور محددة اثناء فترة معينة، لذا سميت باللوائح التفويضية، كما هو الحال في الدساتير الفرنسية الصادرة قبل دستور 1958. وفي ظل هذا الأخير اطلق عليها اللوائح أو الأوامر التنظيمية، وقد أخذ بهذه التسمية الأخيرة الدستور الموريتاني الصادر عام 1991.

والتفويض يعد أحد مظاهر مشاركة السلطة التنفيذية للسلطة التشريعية في وظيفتها التشريعية، وأحيانا إحلال السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية في ممارسة الوظيفة التشريعية- جزئيا - على الرغم من وجودها وقيامها بأداء دورها الطبيعي⁽¹⁾.

فالتفويض التشريعي يعني تنازل السلطة التشريعية عن بعض اختصاصاتها للسلطة التنفيذية ممثلة في (رئيس الدولة أو الحكومة) بمقتضى الأوامر التفويضية أو التنظيمية من أجل مباشرتها وتنظيمها عن طريق قرارات تتمتع بقوة القانون.

والتفويض يجب أن يكون كتابة وليس شفويا، كما أن حلول السلطة التنفيذية محل البرلمان يجب أيضا أن يكون في الحدود التي يبينها قانون التفويض .

وإذا كان التفويض قد عرف اهتماما وعناية من قبل المشرع الدستوري، فذلك لكونه لا ينصب على جميع اختصاصات البرلمان التشريعية، أو لا يتناول تلك الهامة التي قرر الدستور أن يمارسها هو لو حده وإنما يقتصر على مسائل محددة أقل أهمية، لأن التفويض في المواضيع الهامة يعد تنازلا من البرلمان عن ممارسة وظائفه الأساسية في التشريع، وجعل السلطة التنفيذية سلطة عادية وليست استثنائية، وهذا إجراء لا يجوز دستوريا، لأن الاختصاص التشريعي ليس حقا للبرلمان يتصرف فيه كما يشاء، أو يتنازل عنه لغيره إذا أراد.

لذا فإن التفويض التشريعي لا يجوز - كقاعدة عامة - إلا إذا أقره الدستور بشكل واضح، مثل الدستور الفرنسي الحالي الصادر عام 1958، والدستور الموريتاني الصادر سنة 1991 وذلك ما سيستبين من هذه الدراسة .

(1) عبدالعظيم عبدالسلام: الدور التشريعي لرئيس الدولة في النظام المختلط، دار النهضة العربية 1996، ص 85
محمد عبدالحميد أبو زيد: أثر التفويض في الإصلاح الإداري، دار النهضة العربية، 1977، ص 59 .

أما بخصوص اشكالية هذا البحث ، فإنها تتمحور حول السؤال التالي: إلى أي مدى توسع الدستور الفرنسي والموريتاني في مجال التفويض؟

وبخصوص فرضية البحث ، فإنها تقر بأن المشرع الدستوري الموريتاني قد ترسم خطى نظيره الفرنسي إلى الحد الذي يمكن القول أن دستور 1991 الموريتاني هو نسخة (مشوهة) من دستور 1958 الفرنسي ، فهل كان هذا الافتراض وجيها ؟

وذلك ما سنحاول الوقوف عليه في هذا البحث.

وقد اتبعنا في هذه الدراسة - أو البحث - المنهج الوصفي المقارن الذي يتركز على الحقائق العلمية ، ثم يجللها ويستخلص نتائجها.

كما تناولناه حسب الخطة التالية:

المبحث الأول- الأوامر التفويضية في فرنسا قبل دستور 1958 .

المبحث الثاني- الأوامر التنظيمية في ظل الدستور الفرنسي الحالي الصادر عام 1958.

المبحث الثالث- الأوامر التنظيمية في ظل الدستور الموريتاني الصادر سنة 1991 .

المبحث الأول- الأوامر التنظيمية في فرنسا قبل دستور 1958

أشرنا في مقدمة هذا البحث أن التفويض يعد مظهر من مظاهر مشاركة السلطة التنفيذية السلطة التشريعية في بعض وظائفها التشريعية ، وأن ذلك قد أقرته بعض الدساتير الحديثة كالـدستور الفرنسي الحالي الصادر في عام 1958 ، لكن ما هو الوضع في فرنسا قبل ذلك ؟. ذلك ما سنبنيه على النحو الآتي :

المطلب الأول - اللوائح التنظيمية في فرنسا قبل دستور 1958 .

المطلب الثاني- أسباب ظهور الاختصاصات التفويضية.

المطلب الثالث- مخاطر التفويض.

المطلب الأول: اللوائح التنظيمية في فرنسا قبل دستور 1958 .

التفويض هو تنازل السلطة التشريعية عن بعض اختصاصاتها التشريعية للسلطة التنفيذية من أجل أن تمارسها هذه الأخيرة عن طريق ما يسمى (باللوائح التفويضية أو الأوامر التفويضية)، وأحيانا يطلق عليها(المراسيم القانونية، أو المراسيم التنظيمية) وكانت الدساتير التقليدية حتي بداية القرن(20) تقضي بأن كل سلطة من سلطات الدولة الثلاثة يجب أن تمارس وظيفتها التي أسند هاها الدستور ، وأن لا تتجاوزها إلي غيرها من وظائف السلطات الأخرى ، وذلك وفقا لمبدأ الفصل بين السلطات ، مما يعني أن التفويض في ظل هذه الدساتير ممنوع ولا يجوز.

لم تشذ الدساتير الفرنسية الصادر قبل دستور 1958 عن هذه القاعدة، إذ منعت برلماناً عن التنازل عن اختصاصاتها التشريعية للسلطة التنفيذية.⁽¹⁾

بل إن دستور الجمهورية الرابعة الصادر عام 1946 نص في المادة 13 منه أن (الجمعية الوطنية وحدها هي التي تضع القانون، وأنها لا تملك أن تملك أن تفوض هذا الحق). وموفق الدساتير المتشدد من عدم التفويض نابع من الأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات الذي يقضي بأن يمارس كل منها وظيفته محددة، فالسلطة التشريعية تقوم بوظيفة التشريع. باعتبارها صاحبة الحق الأصيل في مباشرة هذه المهمة، ومن ثم لا يجوز لها إنابة غيرها، أو تفويضية بالقيام بذلك، والسلطة التنفيذية تباشر مهمة تنفيذ القوانين دون أن يكون لها الحق في تقريرها، أو التدخل في مجال التشريع بأي شكل من الأشكال. والسلطة القضائية تقوم بفض المنازعات التي تعرض أمامها. إلا أن ذلك لم يمنع من ظهور الاختصاصات التفويضية، وأن تتسع، وأن تعترف بها الدساتير الحديثة لأسباب متعددة.

المطلب الثاني - أسباب ظهور الاختصاصات التفويضية:

إذا كانت الدساتير التقليدية الفرنسية قد منعت التفويض كمبدأ عام، وأجازته في حدود ضيقة، فإن تلك القاعدة تم تجاوزها و ظهر التفويض التشريعي في النظم السياسية المعاصرة بسبب الأزمات الاقتصادية والسياسية والعسكرية الناجمة عن الحربين العالميتين، وتدخل الدولة في العديد من الأنشطة التي تمس حياة الأفراد المختلفة، ومواجهتها للكثير من المشاكل المعقدة ذات طابع الفني الامر الذي أفضى إلى ظهور التفويض في مجال التشريعي.

يضاف إلى ذلك سبب آخر وهو أن القوانين تمر بإجراءات طويلة تجعل البرلمان عاجزاً عن التدخل لتنظيم بعض الأمور على وجه السرعة، أو بشكل يتجنب فيه تعقيد العملية التشريعية التي تؤدي إلى تأخير التشريع إلى حد غير معقول.

تلك أهم الأسباب التي أدت إلى ظهور التفويض وإلى أن تأخذ به العديد من الدول المعاصرة حيث يفوض البرلمان بعض اختصاصاته التشريعية للسلطة التنفيذية ممثلة في رئيس الدولة أو الحكومة لممارستها في حدود معينة، من خلال اللوائح تنظيمية.

وتتمتع هذه اللوائح بخصائص وقوة العمل التشريعي الصادر عن البرلمان، إذا يمكن أن تعدل أو تلغي بعض التشريعات القائمة، لذا فإنها تمثل مظهراً - كما اشرنا سابقاً - من مظاهر مشاركة السلطة التنفيذية للسلطة التشريعية في بعض وظائفها التشريعية، رغم ما يمثل ذلك من خطورة على حقوق الأفراد وحرابتهم الأساسية.

(1) عبدالعظيم عبدالسلام: الدور التشريعي لرئيس الجمهورية في النظام المختلط، المرجع السابق ص 89.

وبما أن هذه اللوائح تصدر من السلطة التنفيذية، فإنها تعد قرارات إدارية قابلة للطعن فيها أمام القضاء الإداري، مثل غيرها من الأعمال الإدارية الصادرة عن السلطة التنفيذية حتى لحظة تصديق البرلمان عليها، ومن لحظة التصديق هذه تعد قوانين.

وهذه اللوائح تصدرها السلطة التنفيذية في الظروف العادية والظروف الاستثنائية، لذا فإنها تشبه لوائح الضرورة التي تصدرها السلطة التنفيذية في الظروف الاستثنائية لمواجهة هذه الظروف وما تتطلبه من ضرورة اتخاذ تدابير سريعة تختلف عن تلك التي يتبعها البرلمان في الظروف العادية.

وهكذا فإن انتشار الاختصاصات التفويضية ترجع إلى عوامل متعددة، ومتنوعة، من أهمها ما يلي:

1. لقد انتشر التفويض التشريعي⁽¹⁾ نتيجة للتغيير الذي طرأ على مفهوم الدولة الحديثة و ما تقوم به من وظائف متعددة، ومتنوعة، الأمر الذي جعل السلطة التنفيذية تتحمل تبعات هذا التغيير في ظل التقدم العلمي والتكنولوجي الكبير في أمور فنية معقدة تتطلب أصحاب الدراية والخبرة الفنية العالية. وذلك ما دفع فقهاء⁽²⁾ القانون العام إلى التحذير من المخاطر التي قد تنجم عن التوسع في التفويض التشريعي خاصة على حقوق الأفراد وحررياتهم العامة.

2- أن اللوائح التفويضية تصدر أثناء مزاوله البرلمان لسلطاته التشريعية الا انه قد يكون عاجز عن مواجهة بعض المشاكل المستجدة بقوانين، أو أن الدولة والمجتمع في حالة من الخطورة التي تتطلب معالجتها السرعة والسرية في ذلك، وهو ما لا يتحقق إذا ترك الأمر البرلمان لأن أعماله تغطي عليها المناقشات العلنية والمناورات الحزبية، ومحاوله استرضاء الناخبين، وإن كان على حساب المصلحة العامة وهذا ما يبرر السلطة التنفيذية اتخاذ المبادرة فتصدر هذه اللوائح لمعالجة المخاطر المحدقة بالدولة والمجتمع، ولتحقيق المصلحة العامة.

3- بما أن اللوائح التفويضية تستطيع أن تعدل وتلغي بعض التشريعات التي تعالج مواضيع منصوص عليها في قانون التفويض، فإن ذلك قد يترتب عليه المساس بحقوق الافراد وحررياتهم العامة، لذا فإن البرلمان يفوض الحكومة في اصدار هذه اللوائح حتى يلقي على عاتقها المسؤولية، ومن ثم يحملها ما تتخذه من قرارات، فيظهر البرلمان بريئاً أمام الناخبين، وهي حيلة سياسية في ثوب قانوني. ورغم ما تتمتع به اللوائح التفويضية من قوة في أن تغير أو تعدل في قانون التفويض فإنها تظل خاضعة لرقابة القضاء الاداري في حدود قانون التفويض أيضا، سواء من ناحية المواضيع التي نص عليها، أو مدة سريانها أو خروج السلطة التنفيذية عن قواعد وحدود التفويض.

1- بشار جميل: التفويض في الاختصاص (رسالة دكتوراه) جامعة عين شمس، 1979، ص 158 - 159

2- عبد العظيم عبد السلام: الدور التشريعي لرئيس الدولة في النظام المختلط، مرجع سابق ص 94.

المطلب الثالث - مخاطر التفويض :

لقد احتل التفويض التشريعي منزلة كبيرة في ظل الدولة الحديثة ، وأقرته العديد من الدساتير ، إلا أن التفويض له مخاطر متعددة من أهمها ما يلي¹ :

- 1- أن التوسع في التفويض التشريعي وافراط البرلمان في استخدامه قد يؤدي إلى اهدار مبدأ التوازن في الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية ، رغم صحة وجدية الظروف والمبررات التي دفعت البرلمان والحكومة إلى اللجوء إليه فاستخدام التفويض التشريعي المتكرر قد يترتب عليه عدم التوازن بين السلطتين التشريعية والتنفيذية لصالح هذه الأخيرة ، وهو ما يمثل خطر على الحقوق والحريات العامة .
- 2- يمثل التفويض التشريعي خطر على النظام النيابي خاصة المختلط منه مثل النظام الفرنسي والموريتاني ، لأنه يعبر عن تجاوز السلطة التنفيذية على اختصاصات السلطة التشريعية ، والإحلال محلها على الرغم من كونها السلطة الأصلية التي خصها الدستور بممارسة التشريع .
- 3- أن التشريع ليس حقا خالصا للبرلمان يمكن أن يتصرف فيه كما يشاء ووفقا لإرادته ، وإنما هو وظيفة عهد بها الدستور إليه وفقا لأحكامه وطبقا لحدود معينة ،ومن ثم فليس من حقه التنازل عنه للسلطة التنفيذية إلا في حدود ضيقة ، ونتيجة لظروف استثنائية ، وذلك طبقا لأحكام الدستور نفسه .
- 4- إذا أجاز للسلطة التنفيذية ممثلة في رئيس الدولة والحكومة ممارسة وظيفة التشريع أو سلطة تعديل أو إلغاء القوانين نيابة عن البرلمان فإن ذلك من شأنه أن يحدث خللا في مبدأ تدرج النظام القانوني وما يقضى به من ضرورة خضوع الإدارة للقانون .

المبحث الثاني- الأوامر التنظيمية في ظل الدستور الفرنسي الصادر عام 1958.

عرفت فرنسا منذ دستورها الصادر سنة 1875 مبدأ التفويض ، ثم حرمته المادة 13 من دستور الجمهورية الرابعة الصادر عام 1946 التي نصت على أن (الجمعية الوطنية وحدها هي التي تضع القانون ، وأنها لا تملك أن تفوض هذا الحق). وكان هذا النص يتمش مع توجهات جمهور الفقهاء - آنذاك - الفرنسيين الراضين للتفويض . إلا أن الدستور الفرنسي الحالي 1958 أنهى الجدل الفقهي حول مشروعيه التفويض التشريعي وأقره بشكل صريح في المواد 38، 11، 47 من الدستور . وقد اطلق عليه (الأوامر Les or donnaces) بدلا من التسميات الأخرى التي كانت تطلق عليه في ظل دساتير ما قبل الجمهورية الخامسة¹ ، مثل :قوانين التفويض Lois dhabiLitat at ion ، أو قوانين السلطة العامة Lois de pLeins pouvoirs .

¹ - طعمة الجرف : مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون ، د - ت ، ص 151 و ما بعدها .

عبدالعظيم عبدالسلام: الدور التشريعي لرئيس الدولة في النظام المختلط ، مرجع سابق ص

¹ - Bernard Branchet :LarticLie,11,et Lerespect de La constution de 1958 R.D.P.1990 . P 1705 et.s.

وعلى ذلك فإننا سنتناول الأوامر التنظيمية في ظل دستور الجمهورية الخامسة على النحو التالي :

المطلب الأول - الأوامر التنظيمية التي يصدرها رئيس الدولة بناء على المادة 11 من الدستور .

المطلب الثاني - الأوامر التنظيمية التي يصدرها رئيس الدولة - الاشتراك مع الحكومة استنادا للمادة 38 من الدستور .

المطلب الثالث - الأوامر التنظيمية التي يصدرها رئيس الدولة بالاشتراك مع الحكومة استنادا للمادة 47 من الدستور .

المطلب الرابع - الطبيعة القانونية للأوامر التنظيمية.

المطلب الأول - الأوامر التنظيمية التي يصدرها رئيس الدولة بناء على المادة 11 من الدستور

أجاز دستور الجمهورية الخامسة لرئيس الدولة اصدار اوامر تنظيمية بناء على القوانين الاستثنائية التي يقرها الشعب في استفتاء عام بمقتضى المادة 11 من الدستور . فقد نصت هذه المادة على أن (لرئيس الجمهورية بناء على اقتراح الحكومة أثناء دورات انعقاد البرلمان أو بناء على اقتراح مشترك من المجلسين ينشر في الجريدة الرسمية أن يعرض في استفتاء عام كل مشروع قانون يتعلق بتنظيم السلطات العامة او با قرار اتفاق بين مجموعة دول أو خاص بالإذن بالتصديق على معاهدة يكون شأنها - دون أن تتعارض مع الدستور - التأثير على سير المنظمات .وعنما يسفر الاستفتاء عن الموافقة على المشروع يصدره رئيس الجمهورية في المدة المنصوص عليها في المادة السابقة) .

واضح من هذا النص أنه حول لرئيس الجمهورية سلطة اصدار اللوائح التنظيمية لمعالجة بعض المسائل مثل :تنظيم السلطات العامة، أو اقرار اتفاقيات معينة، أو التصديق عليها ، وذلك بعد موافقة الشعب على تلك الاجراءات في استفتاء عام.إلا أن هذه المادة قيدت سلطة رئيس الدولة في استخدامها للتدخل في مجال التشريع ، سواء بالتنظيم أو التعديل بشروط بعضها شكلي والآخر موضوعي، نجلها في الآتي :

أولا :الشروط الشكلية :

تتمثل الشروط الشكلية المقيدة لسلطة رئيس الدولة الواردة في المادة 11 من التدخل في المجال التشريعي أن يكون عرض مشروع قانون الاستفتاء بناء على اقتراح الحكومة خلال دورات انعقاد البرلمان ، أو أن يكون بناء على اقتراح مشترك من مجلس البرلمان(الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ) ، وأن ينشر الاقتراح في الجريدة الرسمية .

ثانيا - الشروط الموضوعية :

تتمثل الشروط الموضوعية ف أن يكون مشروع القانون يتعلق بتنظيم السلطات العامة ، أو اقرار اتفاق بين بعض من الدول ، أو الإذن بالتصديق على معاهدة قد تؤثر على سير أجهزة الدولة بشرط عدم تعارضها مع الدستور .

وهكذا إذا تحققت تلك الشروط وموافقة الشعب على القانون موضوع الاستفتاء ، فإن رئيس الدولة يصدره خلال (15) يوما من تاريخ الموافقة دون عرضه على البرلمان لإقراره ، كما لا يعرض على المجلس الدستوري للتأكد من دستوريته ، لأنه ينظر إليه وكأنه صادر من الشعب صاحب السلطة والسيادة ، ثم يقوم رئيس الدولة بتطبيقه عن طريق الأوامر .

المطلب الثاني - الأوامر التنظيمية التي يصدرها رئيس الدولة بالاشتراك مع الحكومة استناد للمادة 38 من الدستور .

يقضى الدستور الفرنسي بأن الرئيس هو رئيسا للجمهورية وللمجلس الوزراء معا ، فقد نصت المادة 9 من هذا الدستور على أن (.... يرأس رئيس الجمهورية مجلس الوزراء ...) ونصت المادة 13 من نفس الدستور على أن (.... يوقع رئيس الجمهورية الأوامر والمراسيم التي تتم المداولة فيها في مجلس الوزراء). هاتين المادتين مرتبطتين أشد الارتباط بالمادة 38 من الدستور التي تقر بأنه (يجوز للحكومة لتنفيذ برنامجها أن تطلب من البرلمان أن يأذن لها لمدة محددة بإصدار أوامر بإجراءات تدخل عادة في نطاق القانون وتصدر هذه الأوامر في مجلس الوزراء بعد أخذ رأي مجلس الدولة. وتكون نافذة المفعول من تاريخ نشرها ، على أنها تصبح لاغية إذا لم يعرض المشروع القانون الخاص بإقرارها على البرلمان قبل نهاية المدة المحددة في قانون التفويض . وبعد انتهاء المدة المذكورة في الفقرة الأولى من هذه المادة لا يجوز تعديل الأوامر إلا بقانون ، وذلك في المواد التي تدخل في النطاق التشريعي). وهذه المادة تعد القاعدة العامة في التفويض التشريعي ، أو اصدار الأوامر التنظيمية وكانت مثار جدل واسع في الفقه الفرنسي ، سنتطرق له لاحقا عندما نتحدث عن الطبيعة القانونية لهذه الأوامر . وإذا كانت المادة 38 من الدستور الفرنسي قد شرعت بشكل صريح الأوامر التنظيمية فإن تطبيقها يتطلب توافر شروط معينة ، وفي نطاق محدد ، سنوضحه على النحو التالي :

أولا - شروط اصدار الأوامر التنظيمية .

ثانيا - نطاق الأوامر التنظيمية .

أولا - شروط الأوامر التنظيمية :

تتمثل شروط اصدار الأوامر التنظيمية في الآتي :

أ - أن تطلب الحكومة من البرلمان الإذن بإصدار هذه اللوائح : هذا الشرط¹ يقضي بأن الحكومة تطلب من البرلمان القائم أن يأذن لها بإصدار لوائح تنظيمية لتنفيذ برنامجها بغض النظر عما إذا كان هذا التنفيذ في الظروف العادية أو الاستثنائية ، لأن نص المادة 38 جاء عاما ولم يخص . بل إنه أشار فقط إلى حاجة الحكومة إلى تنفيذ برنامجها .

¹ رمزي الشاعر : النظرية العامة للقانون الدستوري دار النهضة العربية 1983 ، ص 303 - 304

ولذلك فإن الفقه الفرنسي اختلف حول هذا النص الدستوري لعدم ذكر حالة الضرورة أو الظروف الاستثنائية كشرط لصدور هذه اللوائح ، وذلك لاتساع عبارة (برنامج الحكومة) الوارد في هذه المادة . إلا أن الفقه متفق أيضا على أن الروح العام للمادة 38 تقضي بأن لا تلجأ للحكومة إلى استخدامها إلا في الحالات الصعبة كالأزمات .

ب - أن تعرض الأوامر التنظيمية على مجلس الدولة قبل اصدارها

يقضي هذا الشرط بعرض مشروعات الأوامر التنظيمية على مجلس الدولة قبل اصدارها ، وذلك للتأكد من سلامة صياغتها ومصطلحاتها القانونية ، واتفاقها مع الغاية منها وقصد الحكومة، وعدم تعارضها مع القواعد القانونية التي تسمو عليها ، سواء كانت دستورية أو تشريعية ، أو المبدئ القانونية التي ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي نفسه .

إلا أن عرض هذه الأوامر على مجلس الدولة لا يترتب عليه الزام الحكومة برأيه ، فيجوز أن تأخذ به أو ترفضه ، لأنه في الأخير رأيا استشاريا في هذا المجال وليس ملزما . وعلى العموم فإن هذا الشرط يتفق مع المادتين 21، 22 من قانون مجلس الدولة الفرنسي الصادر عام 1945 اللتان تنصان على ضرورة اشراك مجلس الدولة في سن القوانين واستشارته في المراسيم التي تتمتع بقوة القانون .

ج - أن يصدر مجلس الوزراء الأوامر التنظيمية :

يستوجب هذا الشرط¹ أن تصدر الأوامر التنظيمية من مجلس الوزراء ، وأن توقع من قبل رئيس الدولة باعتباره رئيس مجلس الوزراء ، وذلك استناد للمادة 13 من الدستور 1958 - المشار إليها سابقا - التي تنص على ضرورة توقيع رئيس الجمهورية على الأوامر والمراسيم التي يتم تداولها في مجلس الوزراء . ولذلك فإن الوزير الأول لا يمكن أن يصدر هذه الأوامر بإرادته المنفردة ، كما لا يمكن أن يفوض الوزراء في اصدارها . ويشكل توقيع رئيس الدولة على الأوامر التنظيمية اجراء جوهريا يمنح بموجبه سلطات حقيقية في اصدار هذه الاوامر ، ويجعله رقبيا على أعمال الحكومة للتأكد من مطابقتها السياسية العامة للدولة ، وعلى برنامجها الذي قدمته للبرلمان ، وعلى أساسه منحت التفويض .

د - أن يحدد البرلمان مدة اصدار الأوامر التنظيمية

لقد أوردت المادة 38 من الدستور هذا الشرط بشكل واضح ، حيث تقضي بأن يحدد البرلمان المدة الزمنية التي يجب على الحكومة أن تصدر فيها هذه الأوامر . والحكمة من هذا التحديد نابعة من أن الدستور قد منع البرلمان من التشريع في المواضيع التي فوض الحكومة في تنظيمها خلال مدة التفويض

¹ droitadminis... paris.1988.p.308 - vedeL et DeL voLve : ممدوح عبد الحميد : سلطات الضبط

الإداري د - ت ، ص 145 .

وذلك بمقتضى المادة 41 من الدستور التي تنص على أنه (إذا ظهر أثناء الإجراءات التشريعية اقتراحا أو تعديلا يخرج عن النطاق القانون ، أو يتعارض مع تفويض تشريعي منح بمقتضى المادة 38 فللحكومة أن تدفع بعدم قبوله ، وفي حالة الخلاف بين الحكومة ورئيس المجلس المختص ، يفصل المجلس الدستوري في هذا الخلاف بناء على طلب أي من الطرفين ، وذلك خلال ثمانية أيام) .

وهكذا فإن المادة 41 لا تتيح للبرلمان أن يشرع في المواضيع محل التفويض ، والتي تنظمها الحكومة باللوائح تنظيمية ، لذا وجب على البرلمان أن يحدد تحديدا مواضيع التفويض بشكل دقيق .

وقد اعتاد البرلمان الفرنسي أن يحدد مدتين في قانون التفويض الذي يصدره بناء على المادة 38 . فيحدد في المدة الأولى الفترة التي يمكن للحكومة خلالها أن تصدر الأوامر التنظيمية ، كما يحدد في المدة الثانية الفترة التي تستطيع الحكومة أن تقدم فيها مشروع قانون الأوامر التنظيمية للتصديق عليها .

وهناك نتائج خاصة تترتب على انتهاء هاتين المديتين وعدم التزام الحكومة بهما ، فانتهاء المدة الأولى تنتهي معها سلطة الحكومة في اصدار الحكومة في اصدار اللوائح التنظيمية استنادا إلى نفس قانون التفويض الذي انتهت مدته ، كما تنتهي سلطة الحكومة في تعديل أو الغاء الأوامر التي سبق لها أن اصدرتها عن طريق أوامر أخرى إلا بموجب تفويض جديد ، وذلك لتحسين هذه الأوامر في وجه الحكومة . اما إذا انتهت المدة الثانية ولم تقدم الحكومة للبرلمان مشروع قانون الأوامر التنظيمية سقطت هذه الأوامر من تاريخ انتهاء هذه المدة فقط ، أي بالنسبة للمستقبل فقط دون الماضي وذلك استنادا على مبدأ عدم سريان الأثر الرجعي إلا بنص ، ولعدم إشارة المادة 38 إلى امتداد الأثر إلى الماضي .

هـ – أن يعرض مشروع قانون الأوامر التنظيمية على البرلمان¹ :

تنص المادة 38 من الدستور على أن (... تكون الأوامر التفويضية نافذة المفعول من تاريخ نشرها على أنها تصبح لاجية إذا لم يعرض مشروع القانون الخاص بإقرارها على البرلمان قبل نهاية المدة المحددة في قانون التفويض ...) .

هذا النص يلزم الحكومة أن تعرض على البرلمان الأوامر التنظيمية لمراجعتها والتأكد من مطابقتها لقانون التفويض ، وابداء رأيه حولها دون أن يكون ملزما بالتصديق عليها أو الموافقة عليها خلال فترة معينة قد تطول أو تقصر .

وفي حالة عرض الحكومة لمشروع قانون الأوامر التنظيمية على البرلمان قبل نهاية مدة التفويض .

¹ عبدالعظيم عبدالسلام : الدور التشريعي لرئيس الدولة ... مرجع سابق ، ص ، 118 ،
سمير علي عبدالقادر : السلطات الاستثنائية لرئيس الدولة د- ت ، ص 437 ، 438 .

زال ما كان تتمتع به قوة القانون اعتباراً من التاريخ الذي كان من الواجب على الحكومة عرضه على البرلمان دون الأثر الرجعي ، وذلك وفقاً للمادة 38 .

وإذا عرضت على البرلمان في الوقت المحدد وتحقق من صحتها وعدم مخالفتها لقانون التفويض صدق عليها ومنحها صفة القانون ابتداءً من نشرها .

وبذلك تتحصن من الرقابتين الدستورية والقضائية ، نظراً لقصر رقابة المجلس الدستوري الفرنسي على مشروعات القوانين قبل إصدارها وليس بعد إصدارها ، وأيضاً لأن مجلس الدولة الفرنسي تقتصر رقابته القضائية على أعمال الإدارة ولا تتناول رقابة دستورية القوانين .

كما أن التصديق يعد نوعاً من الرقابة البرلمانية على تصرفات لرئيس الدولة النابعة من المادة 38 والمتجسدة في الأوامر التنظيمية حتى لا تتجاوز هذه الأوامر حدود التفويض وتخرج عنه . وتحوز الأوامر التنظيمية التي يقرها البرلمان ويصدق عليها قوة القانون من تاريخ نشرها ، فلا يجوز أن تعدل أو تلغى إلا بقوانين أخرى يصدرها البرلمان ، أو بتفويض جديد من هذا الأخير للحكومة لتنظيمها عن طريق الأوامر التفويضية . وعندما يرفض البرلمان التصديق على مشروع قانون الأوامر التنظيمية لسبب ما فإنها تصبح لاغية من تاريخ هذا الرفض بأثر مستقبلي وليس بأثر رجعي خوفاً من تضرر الصالح العام وحقوق الغير المكتسبة في ظل هذه الأوامر . وقد تعرض الأوامر على البرلمان في الفترة المحددة لكنه لم ينظر فيها لأي سبب ، إلا أنها تظل سارية المفعول ، وتمتعة بقوة القرارات الإدارية¹ حتى يبت في شأنها ، فتركها لا يعد نوعاً من التصديق الضمني كما يقول البعض² والتصديق على الأوامر التنظيمية يكون بشكل صريح وواضح ، أو بشكل ضمني ، فالأول يعني موافقة البرلمان على مشروع قانون الأوامر ، والثاني أن يصدر قانون يتضمن بعض الأحكام الواردة في هذه الأوامر ، فيلغى بعض الأوامر باعتبارها قرارات إدارية ويحل محلها قانون . وقد أقر المجلس¹ الدستوري الفرنسي في بعض أحكامه التصديق الضمني للبرلمان ، مثل الحكم الصادر في 24 فبراير 1972 ، الذي يقر أن (... من الممكن أن يكون التصديق ضمناً وذلك بظهور إرادة البرلمان الضمنية الواضحة ...).

ومثال ذلك أن يقوم البرلمان بتعديل في مواد الأوامر ، ويترك البعض الآخر ، ويعتبر ذلك تصديقاً ضمناً للمواد التي يمسهما التعديل .

¹ محسن خليل : النظم السياسية والقانون الدستوري د - ت 376

² محسن عبد العظيم عبد السلام : الدور التشريعي لرئيس الدولة ... مرجع سابق ص 121 .

¹ أشار إلى ذلك ، عبد العظيم عبد السلام ، المرجع السابق ، ص 121 .

وعلى خلاف المثال السابق فإن المجلس الدستوري قد اعلن في حكمه الصادر في 7. فبراير عام 1972 أن (... إيداع الحكومة مشروع قانون الأوامر لدى البرلمان وعدم نظر البرلمان لا يعد من صور التصديق الضمني¹ .

كما ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى صحة التصديق الضمني للأوامر التنظيمية ، وأنها تستنتج من ارادة المشرع² ، عندما تتضح في بعض نصوص القانون ، أو في الأعمال التحضيرية³ . وأقر هذا المجلس أنه بالإمكان استخلاص التصديق الضمني للبرلمان علي الاوامر التنظيمية وذلك عند ما يصدر قانونا بتعديل هذه الاوامر، أو يوسع من نطاقها.

وعلى العموم فإن البرلمان الفرنسي لا يتحمس في الغالب للتصديق على الأوامر التنظيمية بشكل صريح أو ضمني لتفضيله أن تظل على الدوام متمتع ببقوة القرارات الإدارية ، وأن تخضع لرقابة مجلس الدولة للتأكد من تطابقها لقانون التفويض والتزامها بالقيود الواردة فيه لأنها صادرة عن السلطة التنفيذية .

ثانيا - نطاق الأوامر التنظيمية :

كانت العلاقة بين القانون واللائحة في ظل الدساتير التي لم تتأثر بالدستور الفرنسي الصادر عام 1958 تقوم على أساس انطلاق القانون في المجال التشريعي ، وتحديد نطاق معين لا يجوز لغيره الدخول فيه ، ولا زاله بعض الدول تأخذ بهذا المبدأ مثل الدستور الأمريكي الصادر عام 1787 . إلا أن دستور فرنسا لسنة 1958 غير من هذه القاعدة تماما ، وأحداث العكس فيها ، اذ حدد وحصر مجال القانون ، واطلق اليد الطولي لللائحة ب موجب المادة 34 منه التي حددت المواضيع التي يجب أن تنظم بقانون .

وأقرت بعد ذلك المادة 37 من الدستور أن (المواد التي لا تدخل في نطاق القانون تكون لها صفة اللائحية)، وبذلك يتسع مجال اللائحة ، وينكمش مجال القانون .

هذا التوسع الذي طرأ على مجال اللائحة الذي يتيح لها تتدخل في مواضيع حجزها الدستور أصلا للقانون هو الذي أدى إلى طرح السؤال التالي: هل يجوز للبرلمان أن يفوض الحكومة تنظيم جميع المواضيع التي خصه بها الدستور ، سواء كانت تلك المواضيع تنظم بقوانين عادية أم قوانين أساسية ؟ . لقد أجاب الفقه والمجلس الدستوري على ذلك بالإجماع أن نطاق الأوامر التنظيمية يقتصر على تلك المواضيع التي تنظم بقوانين عادية ، دون المواضيع التي تنظم بقوانين أساسية ، مستنديين في ذلك على حجج متعددة من أهمها ما يلي :

¹ أشار لهذا الحكم : عبد العظيم عبدالسلام في المرجع ص 122.

² C.CE 2-5 1945- Boset CR EP.Rec.P.5

³ C.E-18 -5-1973. Rec.P.357

أ – أن المشرع الدستوري ميز القوانين الأساسية بإجراءات خاصة ، سواء من حيث مناقشتها والتصويت عليها ، وضرورة موافقة المجلس الدستوري عليها قبل اصدارها .

وذلك ما نصت عليه المادة 46 من الدستور بقولها أن (القوانين التي يعطيها الدستور صفة القوانين الأساسية يجرى التصويت عليها وتعديلها وفقا للأوضاع التالية :

- لا يعرض المشروع أو الاقتراح للمناقشة والتصويت عليه في المجلس الذي قدم إليه أولا ، إلا بعد مضي 15 يوما من إيداعه .

- ويطبق في هذه الحالة الإجراءات المنصوص عليها في المادة 45 ، ومع ذلك فإنه في حالة عدم الاتفاق بين المجلسين ، فإن النص لا يكون اقراره من الجمعية الوطنية في المداولة الأخيرة إلا بالأغلبية لأعضائها .

- القوانين الأساسية التي تتعلق بمجلس الشيوخ يجب أن يتم اقرارها بنفس النص من المجلسين .

- لا يجوز اصدار القوانين الأساسية إلا بعد أن يقر المجلس الدستوري مطابقتها للدستور).

هذا النص يفيد الأهمية التي تحظى بها القوانين الأساسية لدى المشرع الدستوري باعتبارها تسمو وتعلو على القوانين العادية ، لذا فقد أحاط مناقشتها والتصويت عليها بإجراءات أكثر تعقيدا من تلك الإجراءات المتبعة في القوانين العادية¹ .

ب – أن المواضيع التي تنظمها القوانين الأساسية² . بطبيعتها تخرج من نطاق التفويض التشريعي لأنه لا يوجد ارتباط بينها وبين برامج الحكومة التي من أجله اجاز الدستور التفويض ، ولأنها أيضا تتعلق بتنظيم مؤسسات الدولة الدستورية التالية :

1- تنظيم السلطة التنفيذية :

فالسلطة التنفيذية تنظم بقوانين أساسية ، اذا تبين كيفية اختبار رئيس الجمهورية وشروط تفويض سلطته في التعيين ، والوظائف التي يعين فيها مجلس الوزراء.

2- تنظيم السلطة التشريعية :

تنظم القوانين الأساسية السلطة التشريعية ، وذلك من حيث مدة كل مجلسي البرلمان وعدد أعضائه ، وشروط الترشيح ، وموانعه ، وحالات عدم الجمع ، ومكافئات أعضاء البرلمان.

¹ رمزي المشاعر : النظرية العامة للقانون الدستوري ، مرجع سابق ، ص 227

عبد الحميد متولى (مشارك) : القانون الدستوري والنظم السياسية ، منشأة المعارف د.ت، ص 217

² علي عبد العال سيد احمد : فكرة القوانين الأساسية ، مرجع سابق ص 157

عبد العظيم عبد السلام ، مرجع سابق ص 143 .

1 - تنظيم السلطة القضائية :

السلطة القضائية هي ثالث السلطات العامة في الدولة ، لذا فإن تنظيمها تتكفل به القوانين الأساسية ، فتبين نظام القضاء ، وقواعد التدرج القضائي ، وقواعد الترقية والتأديب وشروط التعيين ، ونظام المحكمة العليا ...

2 - تنظيم المجلس الدستوري :

المجلس الدستوري الفرنسي هو الجهة المعنية بالرقابة على دستورية القوانين والتأكد من مطابقتها للدستور ، ومن ثم فإنه ينظم بقوانين أساسية تبين قواعد عمل هذا المجلس والإجراءات المتبعة أمامه خاصة المدد التي تقوم فيها المنازعات ، وتحديد حالات عدم الجمع بين عضوية المجلس الدستوري والوظائف الأخرى .

ج - أن جواز التفويض التشريعي في مواضيع القوانين الأساسية يفتح المجال للأغلبية البرلمانية للتواطؤ مع الحكومة للتخلص من الإجراءات المتعلقة بإصدار هذه القوانين خاصة المتعلقة بموافقة الأغلبية المطلقة على هذه القوانين ، وأيضا عرضها على المجلس الدستوري للتأكد من مطابقتها للدستور.

د - عدم جواز تعديل القوانين الأساسية :

يجب ألا تعدل القوانين الأساسية إلا بأداة تعادلها ، أي تتمتع بنفس قوتها ، ولم يقرر الدستور ، ولا القوانين الأساسية هذه القوة للقوانين العادية ، وذلك وفقا للمادة 46 من الدستور .

كما أن الدستور لم يخول للحكومة أن تعدل القوانين الأساسية عن طريق الأوامر التنظيمية أو التفويضية ه - اقرار المجلس الدستوري¹ في العديد من أحكامه عدم جواز تنظيم مواضيع القوانين الأساسية عن طريق الأوامر التنظيمية ، ومن الأحكام - مثلا - حكمه الصادر 4 يونيو 1984 الذي قرر فيه أنه (... لا يجوز للحكومة على الإطلاق التدخل في مواضيع القانون الأساسي عن طريق الأوامر وفقا للمادة 38 من الدستور)² .

المطلب الثالث - الأوامر التنظيمية التي يصدرها رئيس الدولة بالاشتراك مع الحكومة استناد للمادة 47 من الدستور .

اجازت المادة 47 من دستور 1958 رئيس لي رئيس الجمهورية باعتباره رئيسا (3) للوزراء اصدار اللوائح التنظيمية في مشروع الميزانية العامة للدولة .

فقد نصت هذه المادة على أن (يصوت البرلمان على مشروعات القوانين المالية طبقا لإجراءات يحددها قانون أساسي).

¹ علي عبد العال السيد احمد : فكرة القوانين الأساسية د.ت. ص 175 .

² مجموعة أحكام المجلس الدستوري الفرنسي لعام 1984 ص 80 .

عبد الحميد متولى (مشترك) : القانون الدستوري والنظم السياسية ، منشأة المعارف د.ت، ص 217

- وإذا لم تتخذ الجمعية الوطنية قرارها في المداولة الأولى للمشروع في مدى أربعين يوماً من إيداعه أحوالته الحكومة على مجلس الشيوخ الذي يجب أن يبت فيه خلال خمسة عشر يوماً وتتبع بعد ذلك الإجراءات المنصوص عليها في المادة 45 .
 - وإذا لم يتخذ البرلمان قراراً في مدى سبعين يوماً فإن أحكام المشروع يمكن أن توضع موضع التنفيذ عن طريق أمر....).
- كما تنص المادة 13 من نفس الدستور على أن (يوقع رئيس الجمهورية الأوامر والمراسيم التي تتم المداولة فيها في مجلس الوزراء).
- يبدو أن المشرع للدستور الفرنسي كان هدفه من نص المادة 74 تجنب ما كان يحدث في ظل الجمهوريتين الثالثة والرابعة من عدم تطرق المجالس التشريعية إلى عرض الميزانية العامة عليها من أجل أن تدرسها ، وأن تصوت عليها .
- فالزم الحكومة - بناء على المادة 74 - أن تقوم بعرض مشاريع الميزانية على البرلمان وفق اجراءات يحددها قانون أساسي ، وذلك لدراستها ومناقشتها ، ثم التصويت عليها في غضون (سبعين يوماً)من تاريخ إيداعها .
- وإذا انتهت المدة الزمنية السابقة دون أن يتخذ البرلمان أي اجراء في مشروع قانون الميزانية أجاز للحكومة تطبيق مشروع الميزانية عن طريق أوامر تنظيمية ، وذلك لحماية المصلحة العامة للدولة .
- أما إذا وافق البرلمان على مشروع قانون الميزانية بعد اصدار الحكومة للأوامر التنظيمية ، فإن هذه الأوامر تصبح قوانين عادية من تاريخ موافقة البرلمان .
- وفي حالة رفض البرلمان مشروع قانون الميزانية فتصبح هذه الأوامر لاغية بالنسبة للمستقبل ، وذلك طبقاً لمبدأ عدم اقرار الأثر الرجعي إلا بنص ، وعدم اقرار المادة 47 لهذا المبدأ .
- وتتفق الأوامر الصادرة بناء على المادة 47 من الدستور مع تلك التي تصدر استناداً للمادة 11 سواء من حيث الطبيعة الإدارية ، أو الخضوع لرقابة القضاء .
- إلا أنها تختلف عن الأوامر الصادرة بناء على المادة 38 من الدستور من ناحية تصديق البرلمان اللاحق ، او من ناحية تحديد مدة الإيداع اللذان يعتبران من أهم السمات التي تميز هذه الفئة من الأوامر .
- المطلب الرابع - الطبيعة القانونية للأوامر التنظيمية :**
- تباينت الآراء الفقهية في ظل الدساتير الفرنسية عامة حول الطبيعة القانونية للأوامر أو المراسيم التفويضية التي تصدرها الحكومة استناداً للقوانين التفويضية ، وعمماً إذا كانت هذه الأوامر أو المراسيم تعد قرارات إدارية أم أعمالاً تشريعية ، كما كان لمجلس الدولة أيضاً موقف منها .
- وقد تبنى الفقه في تحديده للطبيعة القانونية لهذه الأوامر أو المراسيم العديد من النظريات مثل نظرية التفويض التشريعي ، ونظرية التجريد التشريعي ، ونظرية بونار ، ونظرية توسيع الاختصاص التشريعي .

وستتناول هنا موقف الفقه والقضاء حول الطبيعة القانونية لهذه الأوامر وذلك على النحو التالي :

أولا – موقف الفقه من تحديد الطبيعة القانونية للأوامر التنظيمية

ثانيا _ موقف مجلس الدولة من الأوامر التنظيمية

أولا _ موقف الفقه من تحديد الطبيعة القانونية للأوامر التنظيمية :

كانت الطبيعة القانونية للأوامر التنظيمية أو المراسيم محل جدل واسع في الفقه الفرنسي لكننا سنذكر هنا الآراء التالية كمثال على ذلك .

الرأي الأول : لقد تبني أنصار هذا الرأي نظرية التفويض التشريعي التي تنظر إلى الأوامر التنظيمية أو المراسيم من قبيل الأعمال التشريعية التي تتمتع بقوة القانون – وليس لها طبيعته – منذ وقت نشرها حتى وإن خالفت قانون التفويض ، ومن ثم فإنها تدخل في نطاق الأعمال التشريعية وتخرج عن نطاق الأعمال الإدارية ، الأمر الذي يترتب عليه عدم خضوعها لرقابة القضاء سواء بالإلغاء أو التعويض مثل الأعمال الإدارية الأخرى . ولا يمكن الطعن بعدم دستورتها لأن القضاء الإداري يرفض رقابته على دستورية القوانين، وإنما تخضع فقط لرقابة البرلمان وقت عرضها عليه للتصديق عليها ، ومن لحظة تصديق البرلمان تصبح قوانين عادية من ناحية الشكل والموضوع . وذلك ما يترتب عليه امكانية الحكومة ممارسة الوظيفة التشريعية نيابة عن البرلمان¹ بموجب هذه الأوامر والمراسيم ، وأن تتناول القوانين المعمول بها بالتعديل وإلغاء بناء على قانون التفويض ، وذلك في مواضيع معينة وخلال فترة محددة .

وكانت حجة انصار هذا الرأي أن هذه الأوامر تنظم مواضيع تشريعية بطبيعتها ، وأنها تندرج في نطاق القانون الذي حدوده الدستور أصلا . وأن البرلمان لا يستطيع أن يعدل في هذه الأوامر التي صدق عليها الا بواسطة قوانين اخرى يصدرها لأنه لا يعقل أن يكون العمل الذي يعدل أو يلغى قانونا إلا أن يكون عملا تشريعيا يماثله . إلا أن هذا الرأي لم يلقى قبولا لدى جمهور الفقهاء ، ولم يأخذ مجلس الدولة الفرنسي ، الذي يعتبر هذه اللوائح والمراسيم التشريعية قرارات إدارية حتى لحظة تصديق البرلمان عليها .

الرأي الثاني : يمثل هذا الرأي بعض الفقهاء الذين تبنا نظرية التجريد التشريعي¹ ، التي تعتبر اللوائح والمراسيم التشريعية قرارات إدارية قابلة للطعن بالإلغاء أمام القضاء الإداري طيلة مدة التفويض ، مع قدرتها على تعديل وإلغاء القوانين محل التفويض خلال فترة التفويض أيضا .

وقد استند من يقول بهذا الرأي إلى أمرين :

¹ محسن خليل : النظم السياسية والقانون الدستوري ، مرجع سابق ، ص 354. عمرو بركات : التفويض في القانون ، دار النهضة العربية 1989 ، ص 39 .

¹ محسن خليل : النظم السياسية والقانون الدستوري ، مرجع سابق ، ص 353.

- الأمر الأول ، هو أن هذه اللوائح صادرة من السلطة التنفيذية ، ومن ثم فإنها قرارات إدارية حسب المعيار الشكلي في التمييز بين الأعمال الإدارية والأعمال التشريعية مهما كان مضمونها .

- الأمر الثاني ، أن البرلمان نزع الصفة التشريعية من القوانين محل التفويض طيلة مدة التفويض ، وتحويلها إلى أعمال ذات صفة إدارية تستطيع الحكومة أن تعدل فيها أو تلغيها بأوامر ومراسيم ذات طبيعة إدارية استنادا لقانون التفويض ، ثم أعاد البرلمان صفة التشريع لهذه القوانين بعد نهاية التفويض ، وأقر لها صفة اللوائح والمراسيم التي اصدرتها الحكومة استنادا لقانون التفويض .

وقد وجهت لهذه الرأي انتقادات عديدة من أهمها :

- أن البرلمان لا يتمتع بالقوة التي تجعله يقلل من قيمة التشريع ، وينزل بها من مرتبة القانون إلى منزلة اللوائح والمراسيم¹ .

- أن انصار هذا الرأي يتجاهلون أن هذه اللوائح تصدر من السلطة التنفيذية وليس السلطة التشريعية ، مما يترتب عليه أن البرلمان لا يجوز له اضعاف صفة اللوائح على القوانين محل التفويض والمنزول بها إلى منزلة أخرى .

- أن القوانين التفويضية لا تخضع للطعن بالإلغاء أو عدم الدستورية أمام مجلس الدولة على عكس الأوامر التفويضية التي تخضع لرقابة المجلس باعتبارها قرارات إدارية² .

الرأي الثالث : يقول بهذا الرأي بعض الفقهاء الذين أخذوا بنظرية (بونوا) في تحديده لطبيعة المراسيم التشريعية والتي تتخلص في أن هذه المراسيم تمر بمرحلتين من لحظة صدورها و لحظة اقرارها من البرلمان ، حيث تتمتع في كل مرحلة من هذه المراحل بقوة قانونية تختلف عن الأخرى ، وبيان ذلك على النحو التالي :

المرحلة الأولى - وتبدأ هذه المرحلة من وقت اصدار السلطة التنفيذية للأوامر التنظيمية أو المراسيم وحتى وقت عرضها على البرلمان للتصديق عليها ، وفيها تكون هذه الأوامر أعمال تشريعية من الناحية الموضوعية ، وليس من الناحية الشكلية ، ولها قوة القانون وبذلك تستطيع أن تعدل وتلغى القوانين السارية لأنها تكتسب الصفة التشريعية بموجب قوانين التفويض التي استندت إليها الإدارة في اصدارها .
وبما أن هذه الأوامر صادرة من الحكومة فإنها تعد قرارات ادارية وفقا للمعيار الشكلي ومن ثم فإنها تخضع لرقابة مجلس الدولة الفرنسي مثل باقي القرارات الإدارية الأخرى .

¹ Ebrard:L artice38de La constitution 4 oct obre 1958 R.D.P.1969

² طعمية الجرف : مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون ، مرجع سابق ص 155 ، 156 .

المرحلة الثانية – وتبدأ هذه المرحلة من وقت تصديق البرلمان على الأوامر التنظيمية وفيها تتحول هذه الأوامر إلى أعمال تشريعية من الناحيتين الشكلية والموضوعية و تتمتع بنفس خصائص القوانين العادية ، فلا يجوز الطعن فيها بالإلغاء أمام القضاء الإداري كما لا يجوز فحص دستورتها حسب موقف مجلس الدولة الفرنسي الذي يرفض رقابة دستورية القوانين .

إلا أن هذا الرأي واجه العديد من الانتقادات من أهمها ما يلي :

- أن هذا الرأي يعطي لهذه الأوامر طبيعة تشريعية مجرد أنها مواضيع تتناول مواضيع تدخل أصلا في مجال التشريع ، وذلك غير معقول .
- إذا أقر البرلمان بالأوامر التنظيمية فإن ذلك لا يغير من طبيعتها القانونية ، لأن ذلك لا يتعدى عن كون البرلمان عبر عن وجوده ، وأنه قد تحقق من احترام السلطة اللائحة لحدود قانون التفويض .

الرأي الرابع – يعبر هذا الرأي عن موقف جمهور الفقهاء الذين أخذوا بنظرية توسيع الاختصاص اللائحي ، والتي تقر بأن الأوامر التنظيمية أو التفويضية تعد قرارات إدارية منذ وقت نشرها وحتى وقت تصديق البرلمان على مشروع قانون التفويض الخاص بها ، وذلك استنادا لمصدرها ، وللمعيار الشكلي في التمييز بين القانون واللائحة ، بغض النظر عما تتمتع به من قوة في تعديل أو الغاء القوانين . وعلى ذلك فإنها تخضع لرقابة القضاء من الغاء أو تعويض كغيرها من القرارات الإدارية الأخرى . إلا أنها تتحول إلى قوانين تتمتع بطابع التشريعات من لحظة تصديق البرلمان ، وذلك لصدور القوانين والأعمال التشريعية فقط من البرلمان ، مما يعني أنها لا تخضع للرقابة الدستورية أو القضائية . وقد أخذ مجلس الدولة بهذا الرأي ، فاعتبر أن الأوامر التنظيمية ذات طبيعة إدارية قبل تصديق البرلمان ، وأنها لا تخضع لرقابته حتى يتأكد من مطابقتها لقانون التفويض (1) .

ثانيا – موقف مجلس الدولة من الأوامر التنظيمية :

مر موقف مجلس الدولة الفرنسي من المراسيم أو الأوامر بمرحلتين ، ففي بداية عهده كان يضيف عليها صفة التشريعات العادية ولم يقبل الطعن فيها أمامه بالإلغاء وحتى نهاية القرن (19) ، مستندا في ذلك على نظرية التفويض التشريعي التي كان يتبعها في تكييف طبيعة اللوائح والمراسيم . إلا أنه تراجع عن هذا الموقف منذ بداية القرن (20) ، فاعتبر هذه الأوامر مجرد قرارات إدارية قبل أن يصدق عليها البرلمان ، تخضع لرقابته سواء كانت مخالفة لمبدأ المشروعية أو مبدأ الدستورية ، وأقر بإمكانية الطعن فيها بالإلغاء أمامه عند مخالفتها لشروط وقواعد قانون التفويض ، أو الدستور . وقد اعترف المجلس لهذه اللوائح بقوة القانون ، وباستطاعتها أن تتناول القوانين المعمول بها بالتعديل أو الإلغاء . وذلك بعد اعتناقه للمعيار الشكلي في التمييز بين القانون واللائحة ، وتكيفه للعمل وفقا

لمصدره وليس لمضمونه .وعندما يصدق البرلمان على هذه القوانين تصبح قوانين عادية ، ومن تم فلا تخضع لرقابة القضاء الإداري .

ومن أولى الأحكام الصادرة عن مجلس الدولة في هذا الشأن ، حكمه الصادرة في 6 ديسمبر 1907 في قضية ،شركة سلكك حديد الشرق وآخرون¹ .

- حكم مجلس الدولة الصادر في 24 نوفمبر عام 1961 في قضية الاتحاد الوطني للنقابات البوليس .

- - حكم مجلس الدولة الصادر في 11 يونيو 1990 في قضية المؤتمر المنعقد لبحث موضوع إقليم (كاليدونيا الجديدة).

- بناء على ما سبق ذكره فإننا نرى أن ما ذهب إليه جمهور الفقهاء ومجلس الدولة الفرنسي على حق عندما اعتبر الأوامر التنظيمية الصادرة من السلطة التنفيذية أعمال الإدارية ذات طبيعة إدارية من وقت صدورها إلى وقت تصديق البرلمان عليها على الرغم من أنها تنظم مواضع تندرج في نطاق القانون الذي حدده دستور 1958 في المادة 34 منه.

المبحث الثالث - الأوامر التنظيمية في ظل الدستور الموريتاني الصادر سنة 1991

ظهر الدستور الموريتاني عام 1991 في ظروف سيئة من الناحية السياسية والاقتصادية والاجتماعية ، وذلك بعد محاولات انقلابية عسكرية متتالية ، بعضها نجح ، والبعض الآخر فشل .

وقد انعكس ذلك على مادة الدستور نفسها بشكل متعمد ، أو غير متعمد فإذا كان متعمدا فإنه واضح من خلال تقوية السلطة التنفيذية عامة ورئيس الدولة خاصة على حساب السلطة التشريعية ، اذ يتمتع رئيس الجمهورية باختصاصات واسعة تقارب تلك يتمتع بها رئيس الدولة في النظام الرئاسي ، باعتباره - أي الرئيس الموريتاني - رئيس الدولة ، وحامي الدستور ، والضامن للاستقلال الوطني ، والضامن للسير المنظم والمضطرد للسلطات العمومية ، والمحافظ على امن الوطن ، إلى غير ذلك من المبادئ الكبيرة التي لم يختبر فيها إلى حد الآن بشكل جدي ليتبين لنا مدى الصدق والجدية في ذلك.

أما إذا كانت تقوية سلطات رئيس الدولة غير متعمدة - وذلك ما نراه - فإن ذلك نابع من من الاعتماد على الدستور الفرنسي لسنة 1958 ونقل بعض احكامه بشكل اعمى ورديء ، وغير متبصر .

- ¹ C.E.6.12.1907.P 913. عبدالعظيم عبدالسلام : الدور التشريعي لرئيس الدولة ، مرجع سابق ،

فقد حدد دستور 1991 اختصاص البرلمان في المجال الدستور التشريعي في مواد حصرية نصت عليها المادة 57 منه ، اسوة بالمادة 34 من دستور 1958 الفرنسي ، وبذلك تكون المواد الخارجة عن نطاق المادة 57 من الدستور من اختصاص اللائحة ، الأمر الذي ترتب عليه أن أصبحت اللائحة هي المصدر الأصيل للتشريع ، وأن القانون هو المصدر الاستثنائي .

كما أقر دستور 1991 مبدأ رئاسة رئيس الجمهورية لمجلس الوزراء بمقتضى المادة 25 منه التي تنص على أن (يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنفيذية ، ويتأثر مجلس الوزراء).

وتقابلها المادة 9 من دستور الجمهورية الخامسة التي نصت على أن (يرأس رئيس الجمهورية مجلس الوزراء).

وقد نصت المادة 32 من الدستور الموريتاني على أن رئيس الجمهورية (... يتمتع بالسلطة التنظيمية ويمكنه أن يفوض جزئها أو كلها للوزير الأول ...) ، وهذا النص قريبا من المادة 21 من الدستور الفرنسي التي تنص على أن (يجوز بصفة استثنائية أن ينوب الوزير الأول عن رئاسة مجلس الوزراء ، على أن يكون ذلك بمقتضى تفويض صريح وبجدول أعمال محدد...).

والذي يهمنا من السرد السابق هو بيان أن الدستور الموريتاني يأخذ أخذاً من دستور الجمهورية الفرنسية الخامسة ، وأن رأستنا هذه التي تنصب على اللوائح التنظيمية في دستور 1991 لا تخرج هي أيضا عما سبق ذكره . لذا فإن تناولنا لهذه الجزئية من البحث سيكون على النحو التالي :

المطلب الأول - نطاق القانون في ظل دستور 1991 .

المطلب الثاني - اللوائح التنظيمية في ظل دستور 1991 .

المطلب الأول - نطاق القانون في ظل دستور 1991

ذهب الدستور الموريتاني الصادر 1991 عام إلى تحديد نطاق ومجال القانون ، وحصره في مواضيع ينظمه البرلمان ، إما بقوانين عادية ، أو قوانين أساسية . وسنبين ذلك وفقا الآتي :

أولا - المواضيع التي ينظمها البرلمان بقوانين عادية :

لقد حددت المادة 57 من الدستور مجال القانون ، وتلك المواضيع التي ينظمها ، أو يختص بتنظيمها ، كما ورد في الدستور بعض المسائل الأخرى التي يمكن أن يتناولها التشريع بالتنظيم .

وسنقف على هذين النوعين من المواضيع حسب الآتي :

أ - المواضيع التي ينظمها البرلمان وفقا للمادة 57 من الدستور

ب - المواضيع التي ينظمها البرلمان بقوانين عادية حسب نصوص متفرقة من الدستور .

أ - القوانين التي ينظمها البرلمان وفقا للمادة 57 من الدستور (1)

بينت المادة 57 مجال أو نطاق لقانون ، وتركت تنظيمه للبرلمان ، وسنذكر هنا امثلة واردة في نص هذه المادة ، اذا نصت على الآتي (تدخل في مجال القانون : حقوق الأشخاص ، وواجباتهم الأساسية

لاسيما نظام الحريات العمومية وحماية الحريات الفردية ... الجنسية الزواج ، الطلاق ، الميراث ... تحديد الجرائم أو الجرح ، وكذلك العقوبات ... انشاء وتنظيم الهيئات القضائية ... الاجراءات المدنية وطرق التنفيذ ... النظام الجمركي ، نظام اصدار العملة ... نظام الملكية والحقوق العينية ... نظام الانتخابات والتقسيم الاقليمي (...).

وتنتهي المادة السابقة بالعبرة التالية (... ولقانون نظامي أن يوضع ويكمل أحكام هذه المادة). وهكذا فإن هذه المادة أعطيت للبرلمان سلطات كاملة في تنظيم المواضيع التي نصت عليها ، إلى حد وضع التفاصيل - إن أراد - والجزيئات من خلال القوانين المنظمة لتلك المواضيع .

وبما أن المادة 57 سألقة الذكر حددت مجال القانون ، وبنيت نطاقه ، فإن البرلمان في ظلها لا يقتصر دوره على بعض الضمانات الأساسية لبعض المواضيع الواردة في متن هذه المادة أو وضع المبادئ الأساسية للبعض الآخر ، كما حصل في ظل المادة 34 من دستور 1958 الفرنسي ، وإنما تتجاوز سلطته ذلك في وضع ما يشاء من تفصيل لكل ما ورد في هذه المادة .

وبذلك يكون المشروع الدستوري الموريتاني قد سد باب الاختلاف - في المستقبل ، وإن وجد أصلا- حول شرح وتفسير مضمون المادة 75 من الدستور ، خاصة فيما يتعلق بالتمييز بين ما هو من المبادئ الأساسية ، وما هو من الضمانات الأساسية ، التي كانت محل خلاف في ظل المادة 34 من دستور 1958 الفرنسي ، التي تعتبر المصدر للمادة 75 من الدستور الموريتاني .

ب - المواضيع التي ينظمها البرلمان بقوانين عادية حسب نصوص متفرقة من الدستور :-
لم يتوسع دستور 1991 الموريتاني في المواضيع التي يجوز أن تنظم بناء على نصوص أخرى من الدستور ، وإنما حصرها في مادتين أو ثلاثة ، أهمها المادة 10 من الدستور التي تدور حول الحريات العامة ، وممارستها . فقد نصت المادة 10 من الدستور على أن (تضمن الدولة لكافة المواطنين الحريات العمومية والفردية ، وعلى وجه الخصوص :

- حرية التنقل والإقامة في جميع أجزاء تراب الجمهورية
- حرية دخول التراب الوطني ، وحرية الخروج منه
- حرية الرأي وحرية التفكير .
- حرية التعبير ، حرية الاجتماع ، حرية انشاء الجمعيات ، وحرية الانخراط في أية منظمة سياسية ونقابية يختارونها ، حرية التجارة والصناعة ، حرية الإبداع الفكري والفني والعلمي ، - و - لا تقيد الحرية إلا بقانون).

- وهكذا يتضح أن المواضيع السابقة تعد جوهر حقوق الانسان وحرياته الأساسية ومن ثم فإن المادة 10 عندما أعلنت أن الدولة تضمنها لكافة المواطنين ، فإن ذلك يعني أنها حق يجب أن يمارسه جميع المواطنون بغض النظر عن أي فرق قد يكون بينهما¹ .

ثانيا - المواضيع التي ينظمها البرلمان بقوانين أساسية :

لقد اتبع المشرع الدستوري الموريتاني نظيره الفرنسي في استحداث تفرقة بين القوانين التي يضعها البرلمان ، ولم يساوي بينهما ، فأقر بأن القوانين الأساسية هي التي يضمنها الدستور هذه الصفة² ، ومن ثم فإنها تخضع الاجراءات خاصة من ناحية مناقشتها والتصويت عليها داخل البرلمان . أما غير هذه القوانين فإنها تعد قوانين برلمانية عادية ولذلك فإن دستور 1991 أقر للبرلمان بعض المواضيع التي ينظمها بقوانين أساسية فقد نصت المادة 48 من الدستور على أن (يحدد قانون نظامي من شروط انتخاب أعضاء البرلمان وعددهم ... كما يحدد نظام عدم القابلية والتعارض ...)، والمادة 82 التي تنص على أن (وظائف أعضاء المجلس الدستوري متعارضة مع الوظائف الحكومة أو البرلمان ويحدد قانون نظامي التعارضات الأخرى) ، والمادة 88 التي تقضي بأن (يحدد قانون نظامي قواعد تنظيم وسير المجلس الدستوري ، والاجراءات المتبعة أمامه ...) .بالإضافة إلى ما سبق ،نصت المادة 89 من الدستور على أن (... يحدد قانون نظامي النظام الأساسي للقضاء وتكوين وسير وصلاحيات المجلس الأعلى للقضاء ...) .والمادة 92 التي تنص على أن (... يحدد قانون نظامي تشكيل محكمة العدل السامية وقواعد سيرها ... والاجراءات المتبعة أمامها) ، وكذلك المادة 97 التي تنص على أن (يحدد قانون نظامي تكوين المجلس الاقتصادي ، والاجتماعي وقواعد سيره) .تلك اذن بعض المواضيع التي ينظمها البرلمان بقوانين أساسية ، ويتبع في ذلك إجراءات أكثر تعقيدا من ناحية مناقشتها والتصويت عليها . وكما هو معروف فإن الفقه يجمع على أن القوانين الأساسية تأتي من حيث تسلسل القواعد القانونية في مرتبة أدنى من الدستور ، وأعلى من القوانين العادية³ .

1 - عبد الحميد متولى (وأخرين): القانون الدستوري والنظم السياسية مرجع سابق ، ص 217.

2- رمزي الشاعر : النظرية العامة للقانون الدستور ، مرجع سابق ، 266 وما بعدها .

¹ محمد رفعت عبد الوهاب : رقابة دستورية القوانين ، دار الجامعة الجديدة ، 2008 ، ص 308 .محمد مدحت

غسان : الحماية الدولية لحقوق الانسان ، دار الراجية للنشر والتوزيع 2013 ، ص 45 .

² عبد الحميد متولى (وأخرين): القانون الدستوري والنظم السياسية مرجع سابق ، ص 217

³ رمزي الشاعر : النظرية العامة للقانون الدستور ، مرجع سابق ، 266 وما بعدها .

المطلب الثاني - اللوائح التنظيمية في ظل دستور 1991

أشرنا في بداية هذا البحث ان التفويض يعد أحد مظاهر مشاركة السلطة التنفيذية للسلطة التشريعية في اختصاصاتها التشريعية ، واحلالها - احيانا - محلها في ممارسة الوظيفة التشريعية ، رغم وجودها وقيامها بأدائها .إلا أن التفويض التشريعي لا ينصب على جميع اختصاصات البرلمان التشريعية ولا تلك الأساسية التي قرر الدستور أن يختص بها ، لأن التفويض إن كان شاملا اعتبر ذلك تنازلا من البرلمان عن وظيفته التشريعية ، واسنادها للسلطة التنفيذية وهو امر غير جائز دستوريا ، حيث أن وظيفة البرلمان ليست حقا له يتصرف فيها كما يريد .ومع ذلك فإن الدستور الموريتاني الصادر سنة 1991 أجاز التفويض ، وافر للبرلمان الحق في ذلك ، في المواد (38،60،68) من الدستور .

وسنقف على اللوائح التنظيمية في ظل الدستور الموريتاني على النحو التالي :

أولا - اللوائح التنظيمية الصادرة بناء على المادة 60 من الدستور :

ثانيا - الأوامر التنظيمية الصادرة وفقا للمادة 68 من الدستور .

ثالثا - الأوامر التنظيمية الصادرة بناء على 38 من الدستور .

أولا - الأوامر التنظيمية الصادرة بنا على المادة 60 من الدستور :

أجاز الدستور الموريتاني لرئيس الدولة والحكومة اصدار اللوائح التنظيمية ، وذلك وفقا للمادتين 25، 60 من الدستور ، فالمادة الأولى - 25 - أقرت بهذا الحق باعتباره رئيس الوزراء ، اذ نصت على أن (يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنفيذية ويتأسس مجلس الوزراء).

أما المادة 60 من نفس الدستور فقد حولت حق اصدار اللوائح التنظيمية (1) للحكومة بعد موافقة رئيس الجمهورية ، فقد نصت هذه المادة على أن (للحكومة بعد وفاق رئيس الجمهورية ومن أجل تنفيذ برنامجها أن تستأذن البرلمان في اصدار أمر قانوني خلال أجل مسمى يقضي باتخاذ اجراءات من العادة أن تكون في مجال القانون¹ .

- يتخذ هذه الأوامر القانونية مجلس الوزراء وتتطلب وفاق رئيس الجمهورية الذي يوقعها .
- تدخل الأوامر القانونية حيز التنفيذ فور نشرها ، غير أنها تصبح لاغية إذا لم يتسلم البرلمان مشروع قانون التصديق قبل تاريخ الذي يحدده قانون التأهيل وبانقضاء الأجل المذكور في الفقرة

¹ ننبه أن المشروع الدستوري الموريتاني اطلق على هذه اللوائح والأوامر التنظيمية ، وبغض عن انواع التسميات فإن الجوهر واحد ، وهو أنها في الأخير لوائح صادرة عن السلطة التنفيذية .

الأولى من هذه المادة تصبح هذه الأوامر القانونية غير قابلة للتعديل إلا بموجب القانون في المواضيع الخاصة بالمجال التشريعي .

- يصبح قانون التأهيل لا غيا إذا حلت الجمعية الوطنية).

هذا النص يتيح للحكومة ورئيس الدولة اصدار اللوائح التنظيمية أو أوامر قانونية إلا أن ذلك لم يكن بشكل مطلق ، وإنما وفقا لشروط معينة ، وفي نطاق محدد ، سنقف عليهما على النحو الآتي :

أ - شروط صدور اللوائح التنظيمية

ب - نطاق اللوائح التنظيمية

ج - الطبيعة القانونية للوائح التنظيمية

أ - شروط صدور اللوائح التنظيمية :

يستخلص من نص المادة 60 من الدستور أن شروط تطبيقها تتمثل في الآتي :

1 - أن تستأذن الحكومة من البرلمان إصدار هذه اللوائح

ويعني هذا الشرط أن الحكومة من البرلمان القائم أن يسمح لها بإصدار الأوامر التنظيمية أو القانونية من أجل تنفيذ برنامجها المزعوم ، سواء في الظروف العادية أو الاستثنائية فالمادة لم تشترط لهذا التفويض أي نوع من الظروف ، ولا أن يقدرها البرلمان ، وإنما اكتفت بعبارة (من أجل تنفيذ برنامجها ...)، ليكون ذلك مبرر للتفويض ، واصدار هذه اللوائح . ومع ذلك نرى أن روح المادة 60 من الدستور تقضى بأن يكون لجوء الحكومة إلى اصدار اللوائح التنظيمية له ما يبرره ، كمرور الدولة بصعوبات وازمات خطيرة يستحيل معها الانتظار حتى تنفذ الحكومة برنامجها بالطرق العادية ، أو أن تكون الظروف على درجة من الخطورة التي لا يمكن التغلب عليها بالطرق العادية التي يتخذها البرلمان لوحده لما تتسم به من بطئ ، أو أن تكون اغلبية البرلمان لم تتفق حول ما ينبغي اتخاذه من اجراءات .

ومن المنطق أن يكون تقدير الظروف المؤدى إلى اصدار اللوائح التنظيمية غير قاصرة على الحكومة ، وإنما يشاركها في ذلك البرلمان باعتباره المعبر عن إرادة الشعب - وأي شعب؟- وصاحب الاختصاص الأصيل في ميدان التشريع ، وذلك ما يترتب عليه تقييد الحكومة من مباشرة هذا الاختصاص كلما أرادت¹ .

أما الآثار القانون لهذا التفويض في اصدار فإنها تقتصر على الحكومة التي طلبت التفويض ، وفي حالة سقوطها فإن التفويض يسقط .

و على خلاف ذلك فإن تعديل الوزاري لا يترتب عليه سقوط التفويض .

¹ ممدوح عبد الحميد : سلطات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية ، د - ت ، ص 145 .

وأما البرلمان فإنه إذا حل أو انتهت مدته التشريعية فإن ذلك يؤدي إلى انتهاء مدة التفويض وذلك وفقاً للمادة 60 التي تنص على أن (... يصبح قانون التأهيل لا غيا إذا احلت الجمعية الوطنية).¹

2 - اللوائح التنظيمية تصدر عن مجلس الوزراء :

يقصد بهذا الشرط أن اللوائح التنظيمية تصدر من مجلس الوزراء ، وذلك بنص المادة 60 التي تقر بأن (... يتخذ هذه الاوامر القانونية مجلس الوزراء وتتطلب وفاق رئيس الجمهورية الذي يوقعها ...).

ويعني ذلك أن هذه اللوائح تصدر من مجلس الوزراء كهيئة جماعية ، فلا يجوز لرئيسه اصدارها بإرادته المنفردة ، كما لا يجوز له أن يفوض الوزراء في اصدارها . ولذلك تأتي أهمية توقيع رئيس الجمهورية - باعتباره (... يتأسس مجلس الوزراء م 25 .) - على هذه الأوامر أو اللوائح ، لأن ذلك اجراء جوهري يتيح له سلطات حقيقية في مراقبة أعمال الحكومة ، والتأكد من مطابقتها لسياسة الدولة العامة ، ومن برنامج الحكومة الذي بموجبه منحت التفويض .

3- تحديد المدة الزمنية للوائح التنظيمية :

ورد هذا الشرط في المادة 60 من الدستور حيث نصت على أن (للحكومة ... أن تستأذن البرلمان ... خلال أجل مسمى ...) ، مما يعني أن البرلمان عليه أن يحدد المدة الزمنية لاستخدام هذه اللوائح ، خاصة أنه لا يجوز له أن يتناول بالتشريع تلك المواضيع التي تنظمها الحكومة باللوائح التنظيمية خلال مدة التفويض . ويبدو من نص المادة 60 أن البرلمان عليه أن يحدد مدتين من الزمن في قانون التفويض ، يحدد في المدة الأولى الفترة التي يمكن للحكومة أن تصدر خلالها الأوامر التنظيمية ، ويحدد في المدة الثانية الفترة التي ينبغي على الحكومة أن تقدم فيها مشروع قانون الأوامر التنظيمية للتصديق عليها ، ذلك أن هذه المادة تقر بأن الاوامر أو اللوائح تكون نافذة منذ وقت نشرها إلا أنها تصبح ملغية إذا لم يستلم البرلمان مشروع القانون للتصديق عليه قبل تاريخ الذي يحدده (قانون التأهيل ، كما تقول م 60).

1 - أن يعرض مشروع الأوامر التنظيمية على البرلمان² .:

تقر المادة 60 من الدستور 1991 بهذا ، الشرط ، اذا الزمت البرلمان بضرورة تحديد مدة معينة يجب على الحكومة أن تقدم خلالها مشروع قانون الأوامر التنظيمية ، من أجل مراجعتها والتحقق من مدى مطابقتها لقانون التفويض . وفي حالة عدم عرض الحكومة مشروع قانون الأوامر التنظيمية أو التفويضية على البرلمان قبل نهاية التفويض زال ما كانت تتمتع به من قوة القانون اعتباراً من المدة التي كان على الحكومة أن تعرضه على البرلمان ، وذلك بنص المادة 60 التي تنص على أنه (... تدخل الأوامر القانونية

حيز التنفيذ فور نشرها غير أنها تصبح لا غية إذا لم يتسلم البرلمان مشروع قانون التصديق قبيل التاريخ الذي يحدده قانون التأهيل¹.

وبانقضاء الأجل المذكور في الفقرة الأولى من هذه المادة تصبح الأوامر القانونية غير قابلة للتعديل إلا بموجب القانون في المواضيع الخاصة بالمجال التشريعي (...). فتصديق البرلمان على الأوامر أو اللوائح يعطيها صفة القانون اعتباراً من نشرها ومن ثم فإن ذلك يجنبها الرقابة الدستورية ، لأن دستور 1991 أخذ بالرقابة السابقة على دستورية القوانين . كما أن تصديق البرلمان على هذه اللوائح أو الأوامر يعد نوعاً من رقابة البرلمان على عمل الحكومة ، وذلك حتى لا تخرج هذه اللوائح عن حدود التفويض .

ب - نطاق اللوائح التنظيمية²:

قلنا سابقاً أن الدستور الموريتاني حدد مجال القانون ، وترك للائحة تنظيم كل ما هو خارج عن هذا المجال ، ويعني ذلك - أيضاً - انكماش نطاق القانون ، واتساع مجال اللائحة ولذلك فإننا نرى أن نطاق اللوائح التنظيمية يقتصر على المواضيع التي تنظم بقوانين عادية ولا تشمل تلك المواضيع التي تنظم (بقوانين أساسية) ، لأن هذه الأخيرة يتبع في تعديلها ومناقشتها والتصويت عليها إجراء أكثر تعقيداً من تلك المتبعة في القوانين العادية .

ثم أن المواضيع التي تنظم بقوانين أساسية بطبيعتها تخرج عن التفويض التشريعي ، حيث لا وجود لأي علاقة بينها وبين برامج الحكومة الذي من أجله طلبت التفويض ، ولعلاقته أيضاً بالسلطات التالية : تنظيم السلطات التنفيذية ، والقضائية والتشريعية ، والمجلس الدستوري .

يضاف إلى ما سبق أنه لو أجاز التفويض في مواضيع والقوانين الأساسية لترتيب على ذلك افساح المجال للأغلبية البرلمانية لتتفق مع الحكومة للتخلص من الاجراءات الخاصة بإصدار هذه القوانين ، خاصة المتعلقة بالأغلبية البرلمان .

ج - الطبيعة القانونية للوائح التنظيمية³ :

لم نعثر على أي رأي ولا حكم قضائي في موريتانيا يمكن أن يستند عليه لمعرفة الطبيعة القانونية لهذه اللوائح من جهة نظر الباحثين الموريتانيين ، أو قضائهم .

و لذلك فلم يبق أمامنا إلا الإقرار بما ذهب إليه جمهور فقهاء القانون الفرنسي الذين يتبنون نظرية توسيع الاختصاص اللائحي ، وتطبيقها على اللوائح التنظيمية الصادرة بمقتضى المادة 60 من الدستور

¹ Ebrar: ArticLe38 de La constitution. Op.cit .p293

² d.D.soto: La Loir et regLement dans La constitution 1958 .R.D.P. 1959.p288

³ طعمية الجرف : مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون ، مرجع سابق ، ص، 155، 156 .

الموريتانيا ، لذا فإن هذه الأوامر أو اللوائح التفويضية تعد قرارات إدارية عادية منذ وقت نشرها وحتى لحظة تصديق البرلمان على مشروع قانون التفويض الخاص بها .

وذلك استنادا لمصدرها والمعيار الشكلي في التمييز بين القانون والأعمال الإدارية ، بغض النظر عن قوتها في تعديل أو إلغاء القانون ، ومن ثم فإنها - أي الأوامر أو اللوائح - تخضع لرقابة القضاء من حيث الإلغاء والتفويض مثل بقية القرارات الإدارية الأخرى ، أي أنها لا يمكن أن تتحصن ضد هذه الرقابة . إلا أن هذه الأوامر أو اللوائح تأخذ الطابع التشريعي منذ لحظة تصديق البرلمان عليها وبالتالي لا تخضع للرقابة الدستورية أو القضائية ، لأن القوانين والأعمال التشريعية تصدر فقط من البرلمان .

ثانيا - الأوامر التنظيمية الصادرة وفقا للمادة 68 من الدستور :

أتاحت المادة 68 من الدستور الموريتاني لرئيس الجمهورية باعتباره رئيسا لمجلس الوزراء الحق في اصدار أوامر أو لوائح تفويضية تتعلق بمشروع الميزانية العامة للدولة إذا لم يتخذ البرلمان قرارا فيها في مدى (30 يوما) من تاريخ إيداعه .

فقد نصت المادة 68 على أن (يصادق البرلمان على مشاريع قانون المالية

- يقدم مشروع قانون المالية إلى البرلمان فوراً ففتح دورة نوفمبر
- إذا لم تقل الجمعية الوطنية كلمتها في قراءة أولية يحدد مشروع خلال 30 يوما من تقديمه تحيل الحكومة المشروع إلى مجلس الشيوخ الذي يبت فيه في غضون 15 يوما ، ويلجأ هنا إلى الاجراءات الواردة في المادة 66 من هذا الدستور
- إذا انقضت الدورة دون أن يصوت البرلمان على الميزانية أو إذا لم يصوت عليها بالموازنة تحيل للحكومة في غضون (15) يوما مشروع الميزانية إلى الجمعية الوطنية في دورة استثنائية . وعلى الجمعية الوطنية أن تبت في (8 أيام)، وإذا لم يتم التصويت على الميزانية عند انقضاء هذه المدة يقرها رئيس الجمهورية تلقائيا بأمر قانون (...).

يبدو من هذا النص أن المشروع الدستوري الزم الحكومة بعرض الميزانية العامة للدولة على البرلمان وفقا لإجراءات محددة من أجل دراستها ومناقشتها والتصويت عليها ، اذ تقدم على الجمعية الوطنية أولا لإبداء ما تراه من ملاحظات غير نهائية حول الميزانية خلال (30 يوما) ، ثم تقوم الحكومة بإحالة مشروع الميزانية إلى مجلس الشيوخ الذي يجب عليه أن يبت في هذه الميزانية في غضون (15 يوما) ، ذلك وفقا للإجراءات الواردة في المادة 66 من الدستور التي تنظم طرق حل الخلاف بين البرلمان والحكومة .

وفي حالة عدم تصويت البرلمان على الميزانية في الدورة البرلمانية التي قدمت فيها ، فإن البرلمان يعقد دورة استثنائية تحيل فيها الحكومة الميزانية العامة إلى الجمعية الوطنية فقط ، وعلى هذه الأخيرة أن تصوت على الميزانية خلال (8 أيام) ، وإن تعذر عليها ذلك ، يتم إقرار الميزانية من قبل رئيس الجمهورية (بأمر قانوني)

وهكذا تبرز هذه المادة الدور الذي يتمتع به رئيس الجمهورية في المجال المالي ، إلا أن هذا الدور لا يظهر إلى بعد فشل البرلمان في اقرار الميزانية العامة للدولة .

ثالثا - الأوامر التنظيمية الصادرة بناء على المادة 38 من الدستور :

منح الدستور الموريتاني لرئيس الجمهورية الحق في اصدار أوامراً ولوائح تنظيمية استناد إلى المادة 38 من الدستور التي تمكنه من اجراء استفتاء شعبي في أي قضية وطنية .فقد نصت هذه المادة على أن (لرئيس الجمهورية أن يشير الشعب عن طريق الاستفتاء في كل قضية ذات أهمية وطنية) .هذه المادة فتحت بابا واسعا لرئيس الجمهورية في استخدامها في أي قضية يتبناها باعتبارها تكتسى (أهمية وطنية).

وهذه الأهمية هو الذي يقدرها بنفسه دون الحكومة أو البرلمان ، وبالتالي فإن استخدم المادة 38 من الدستور ترجع إلى الإرادة المنفردة لرئيس الجمهورية ، وذلك عكسا للمادة ¹ 11 من دستور 1958 الفرنسي التي أخذت منها المادة 38 من الدستور الموريتاني .

الخاتمة

ونستخلص مما سبق ظاهرة التوسع في الاختصاصات التفويضية في النظامين الفرنسي والموريتاني ، وأن ذلك راجع إلى التغيير الحاصل في مفهوم الدولة الحديثة ، اذ تشعبت وظائف وتنوعت مجالات تدخلها ، الأمر الذي جعل السلطة التنفيذية تتحمل العبء الأكبر في اشباع الحاجات المتزايدة والملحة للمواطنين فتضطر أحيانا إلى التفويض وصدار اللوائح أو الأوامر التنظيمية لمواجهة الأوضاع الحرجة التي تمر بها الدولة ، والتي لا تتحمل معالجتها بقوانين نظرا لبطيء إجراءات هذه الأخيرة ، وعدم قدرتها على مجارات الأحداث المتسارعة .وإذا كانت الدساتير الفرنسية الصادرة قبل دستور 1958 قد اعترفت بالتفويض بشكل ضيق - باستثناء دستور 1946 الذي منعه - فإن دستور الجمهورية الخامسة قد أقره في المواد (38، 11، 47) ، واتبعه في ذلك الدستور الموريتاني في المواد (38، 60، 68) ، فاللوائح التنظيمية أو الأوامر تستطيع أن تعدل أو تلغى التشريعات القائمة التي تعالج مواضيع منصوص عليها في قانون التفويض ، الأمر الذي قد يترتب عليه المساس بحقوق الإفاد وحررياتهم العامة .

وقد أشرنا في هذا البحث أن المشرع الدستوري الفرنسي ونظيره الموريتاني حصرا نطاق اللوائح أو الأوامر التنظيمية على موضوعات القوانين العادية التي وردت في قانون التفويض ، وخروج المواضيع التي تنظم بقوانين أساسية من مجال التفويض ، لأنها تتعلق بتنظيم السلطات العامة في الدولة ، ومن ثم فلا علاقة لها ببرامج الحكومة الذي من أجله طلبت التفويض من البرلمان .

¹ تنص المادة 11 من الدستور الفرنسي على أن (لرئيس الجمهورية بناء على اقتراح الحكومة أثناء دورات انعقاد البرلمان أو بناء على اقتراح مشترك من المجلسين ... أن يعرض في استفتاء عام ...).

أهم المراجع المعتمدة في هذا البحث

أولاً- المراجع القانونية العربية

- 1- بشار جميل : التفويض في الاختصاص (رسالة دكتوراه) جامعة عين شمس، 1979 .
- 2- رمزي الشاعر: النظرية العامة للقانون الدستوري ، دار النهضة العربية 1983 .
- 3- سمير علي عبدالقادر: السلطات الاستثنائية لرئيس الدولة د- ت .
- 4- عبد العظيم عبد السلام : الدور التشريعي لرئيس الدولة في النظام المختلط ، دار النهضة العربية 1996 .
- 5- عمرو بركات : التفويض في القانون ، دار النهضة العربية 1989 ، .
- 6- عبد الحميد متولى (مشترك) : القانون الدستوري والنظم السياسية ، منشأة المعارف د - ت ،
- 7- طعمة الجرف : مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون ، د - ت ،
- 8- محمد عبد الحميد أبوزيد : أثر التفويض في الإصلاح الإداري ، دار النهضة العربية 1977
- 9- محسن خليل : النظم السياسية والقانون الدستوري د - ت 376 .

ثانياً المراجع الفرنسية:

- 1- Ebrard:LartiLe38 deLaconstitution4 octobre1958 -1 R.D.p.1969.
- 2- Desot: LaL0i etLe règlement dansa La const ...de1958 A.D.P -2 1959.P.287.
- 3- VedeL et DeLVoLV e:droit a dminis... paris.1988.p.308
- Bernard Branche t:LarticLe,11,et Lerrespect de Le constitution de4- 1958,R.D.P.1990.P1705 et.s