

مجلة القانون
علمية متخصصة محكمة
نصف سنوية تُعنى بنشر الأبحاث العلمية
والأحكام القضائية والقوانين واللوائح



عدد خاص

بالمؤتمر العلمي التكريمي الثالث
2018-2019م

تنظيم كلية القانون - جامعة طرابلس

رعاية وزارة العدل



للاتصال:

فاكس: 021 462 62 94

هاتف: 021 462 62 94

جميع الحقوق محفوظة لكلية القانون





المؤتمر العلمي التكريمي الثالث

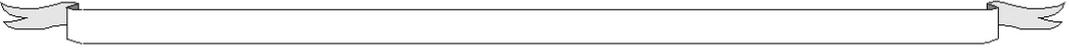
تحت شعار

(بحوث مهداة للدكتور الكوني أعبودة)

وفاءً وتكريماً للأستاذ الدكتور : الكوني أعبودة

المنعقد يوم الاثنين الموافق 2019/04/29م

بكلية القانون – جامعة طرابلس





هيئة تحرير المجلة:

رئيساً	أ.د. عبدالغني عمر الرويمض
عضواً	أ.د. ضو مفتاح أبوغرارة
عضواً	أ.د. فائزة يونس الباشا
عضواً	د. عمران عبدالسلام الصفراني

اللجنة الاستشارية

أعضاء هيئة التدريس بالكلية

ساهم في الإشراف على هذا العدد

أ. عصام عبدالله جاب الله

أ. العائش حسين عامر

المواد التي تنشرها المجلة تعبر عن وجهة نظر أصحابها

اللجنة العلمية للمؤتمر التكريمي الثالث

رئيساً

عضواً

عضواً

عضواً

عضواً

مقررأ

أ. د/ امحمد معمر الرازقي

أ. د/ محمد على البدوي

أ. د/ على عبد الرحمن ضوي

أ. د/ عبد الحكيم ضو زامونة

أ. د/ محمد الصادق الخازمي

أ/ مصدق امحمد الحافي

اللجنة التحضيرية للمؤتمر العلمي التكريمي الثالث

رئيساً	أ. د/ ضو مفتاح أبو غرارة
عضواً	د. هويدا الفتيش
عضواً	أ/ عصام عبد الله جاب الله
عضواً	أ/ عماد سالم شقوارة
عضواً	أ/ ناجي عبد السلام مصباح
عضواً	أ/ رشاد فرج دحيم
عضواً	أ/ الطاهر امحمد الحاج
عضواً	أ/ أنس سالم العود
عضواً	أ/ أحمد محمد دومة
عضواً	أ/ مصطفى عبد الرحمن البوسيفي
عضواً	أ/ سراج رجب المريمي
عضواً	أ/ مودة بن الطيف
عضواً	أ/ أمّنة المحمودي
عضواً	أ/ مرام العكروت
عضواً	أ/ منذر بن فايد
عضواً ومقرراً	أ/ العائش حسين عامر

المحتويات

- 10 • كلمة وزير العدل. رئيساً شرفياً للمؤتمر المستشار: محمد عبدالواحد لملوم
- 11 • كلمة رئيس الجامعة. رئيساً شرفياً للمؤتمر أ.د/ نبيل صبري النطاح
- 12 • كلمة عميد كلية القانون. رئيس المؤتمر د/ سالم فرحات الفناي
- 13 • كلمة اللجنة التحضيرية أ.العائش الحسين عامر
- 14 • كلمة اللجنة العلمية. أ.د/ امحمد معمر الرازقي
- 19 • كلمة وفاء. أ.د/ أبو جعفر عمر المنصوري
- 22 • القابض على جمر المبادئ المستشار: علي أبوراس
- 27 • كلمة وفاء. المستشار: عثمان الكف
- 29 • السيرة الذاتية للدكتور الكوني اعבודה.
- 40 • إضاءة. أ.د/ نجيب الحصادي
- 41 • المسؤولية الطبية والقضاء (الهرولة نحو القواعد العامة). أ.د/ محمد علي البدوي.
- 91 • استكمال مشروع الإسكان (وجهة نظر قاتونية). أ.د/ الحبيب خليفة جيودة
- 117 • اتفاق التحكيم. د/ عمر إبراهيم حسين
- 148 • ارتباط دعوى الرجوع إلى بيت الزوجية بدعوى التطلق للضرر أو لاستحالة دوام العشرة. د/ خلود علي الساعدي
- 168 • السلطة القضائية في إطار العدالة الانتقالية (الحالة الليبية أمودجاً). أ/ محمد نوح عيسى
- 180 • مقارنة السلطة التقديرية للقاضي. أ/ كوثر الأمين عبد الجواد
- 192 • تأملات حول فلسفة العقوبة (محاضرات مقدمة لطلبة الدكتوراه في القانون الجنائي). أ.د/ امحمد معمر الرازقي
- 261 • المرتكزات الأساسية لسياسة التصدي لجرام الاجتر بالبشر على الصعيدين الوطني والدولي أ.د/ محمد هاشم ما قورا
- 285 • تشريعات محاربة الفساد بين الهوية والفاعلية (قراءة في نصوص فقهية). أ.د/ ضو مفتاح أبوغراة
- 311 • ملامح من ضوابط التجريم والعقاب في القوانين الجنائية الخاصة والمكملة د/ طارق محمد الجملي
- 338 • قراءة في موقف المشرع الليبي من ذاتية الجريمة السياسية. د/ شعبان محمد عكاش
- 365 • الحماية الجنائية البنائية الهوائية (دراسة في القانون الليبي والمقارن). د/ ما شاء الله عثمان محمد
- 423 • السياسة الجنائية لحماية حقوق المؤلف والحقوق المجاورة له في القانون الليبي د/ جازية جبريل شعيتير والمقارن.
- 458 • حق الإنسان في التنمية (المشاكل والحلول). أ/ صالح أحمد الفرجاتي
- 480 • الشباب والمواطنة والمشاركة. أ.د/ علي الحوات
- 498 • تحديات بناء الدولة ما بعد الدكتاتورية ومتطلبات نجاح عملية التحول وبناء الديمقراطية أ.د/ مالك أبوشهبوة (الحالة الليبية).

- 534 أ. د/ محمود أحمد أبوصوة التعايش الإثني في ليبيا (الواقع والمآل).
- 559 أ. د/علي المنتصر فرفر الإعلام والهوية الليبية (محاولة تأصيلية).
- 586 د/ آمال سليمان العبيدي تدوير النخبة السياسية على المستويين المحلي والوطني في ليبيا القذافي: منظور تاريخي.
- 612 أ.د/ سعيد الجلدي. سبل تفعيل العدالة التصالحية.
- 624 أ.د/ زاهي بشير المغيربي العولمة وحقوق الإنسان.
- 635 د/محمد خليفة بن نصر فكرة النظام العام في الشريعة الإسلامية.
- 654 د/ محمد الصادق الخازمي احتفاءً بفصيح
- 663 د/الصالحين محمد العيش المفاهيم الكبرى للقانون الخاص
- 669 د/ ناصر الغيطة حكم لمحكمة أمن الدولة المصرية (الصادر في 16-4-1987)
- 674 Prof: Nagib Husadi A moderate Account of Science
- 685 D.r.Suliman Ibrahim Transitional Justice in Today's Libya

كلمة الرئيس الشرفي للمؤتمر

بسم الله الرحمن الرحيم

نتشرف وزارة العدل بالمشاركة في احتفالية جامعة طرابلس تكريماً للأستاذ الدكتور الكوني اعبودة وإصدار عدد خاص من مجلة كلية القانون بالجامعة على شرفه وإشادة بانجازاته العلمية. إن الأستاذ الدكتور الكوني لحري بكل احتفاء وأهل لكل تكريم وهو الذي أمضى أكثر من ثلاثة عقود في خدمة الفكر القانوني والبحث العلمي في بلاده بدأها أستاذاً للقانون الخاص في رحاب جامعة بنغازي ثم في جامعة طرابلس وغيرها من الكليات والمعاهد التي تعني بتدريس القانون والحقوق، مسيرة مديدة وزخرة بالإنجازات العلمية والتي أثرت المكتبة القانونية العربية بكتب الشروح والتعليقات والمقالات العلمية التي ازدانت بها أعداد المجالات والدوريات القانونية في ليبيا وخارجها.

إن الإسهامات القانونية للأستاذ العلامة الدكتور الكوني لم تقتصر على تدريس القانون وشرحه والتعليق على أحكام القضاء به بل تعدتها إلى صناعته فلا يكاد يخلو قانون أو لائحة في ليبيا إلا وكان للأستاذ الدكتور الكوني مساهمة فيه بالمشاركة في صياغته أو مراجعته أو تنقيحه أو تعديله.

إن هذه الأسطر القليلة لا أجدّها تعني كثيراً أو تسعف أو لو شيئاً قليلاً في تعداد مجهوداته ومساهماته في خدمة الفكر القانوني وصناعة التشريعات عموماً وأعماله مع وزارة العدل خاصة ويكفي أن أشير إلى أنه كان من المساهمين في إنشاء ودعم معهد القضاء ومن أوائل الذين قاموا بالتدريس فيه ثم مديراً عاماً له فترة من الزمن عمل خلالها على تطوير المعهد ليكون مدرسة وطنية لتأهيل الكوادر والأطر القانونية التي يمكنها أن تنهض بأعباء رسالة القضاء النبيلة.

إن وزارة العدل ليسرها أن تشارك وأن تدعم هذه اللفتة الكريمة وأن تحيي القائمين عليها ونحن نعلم أنها لا تفي هذه القامة العلمية قدرها وليت شعري هل تغني هذه الكلمات فتيلاً أو ترد جميلاً من جمائله التي أسداها طوال هذه المسيرة الحافلة والتي نتمنى من الله لها أن تستمر والتي أثمرت أجيالاً من الخبراء القانونيين الذين تزخر بهم أروقة المحاكم قضاة جالسين وواقفين ومحامين وآخرين تلقفتهم الإدارات الحكومية مستشارين وباحثاً قانونيين، ولعله يسوغ لنا أن نذكر أن وزارة العدل و اعترافاً منها بقدرة ومكانته العلمية قد تشرفت بترشيحه لعضوية مجلس إدارة المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية ببيروت إيماناً منها بأنه سيكون خير سفير لبلاده عند هذا المنتدى القانوني العربي الكبير.

في الختام أتمنى لأستاذنا الجليل دوام الصحة والعافية ومزيد العطاء.

أ.محمد عبدالواحد ملوم

وزير العدل

طرابلس - يناير 2019

كلمة الرئيس الشرفي للمؤتمر

بسم الله الرحمن الرحيم

إن مسؤولية الجامعة لا تقف عند تلقين الطلبة العلوم بشتى فروعها داخل قاعات الدراسة فحسب، بل تتعداها لأن تكون أداة تغيير داخل المجتمع من خلال المساهمة في معالجة مختنقات الدولة، ونشر القيم الإنسانية بين أعضائها أولاً، وداخل المجتمع، ومن القيم التي نحن بأشد الحاجة لها في مؤسستنا الجامعة وداخل المجتمع قيمة وفاء الأجيال بعضها لبعض، والحرص على إكرام أهل الفضل تشجيعاً للقيم السامية ومكارم الأخلاق.

إن التشجيع على القيم ومكارم الخلاق ورفع مكانتها داخل المجتمع يكون من خلال الحديث عن يكون مثالا للقيم والأخلاق التي نسعى أن تسود في المجتمع، وهذا المؤتمر يمثل حلقة سبقتها حلقات حرصت الجامعة على نظمها رغم ما تمر به الجامعة من متاعب ضاعف من حجمها مرحلة يمر بها الوطن اليوم، وهو ينزف دما، ويمر بمنعطف تاريخي خطير وهو في أمس الحاجة إلى تظافر الجهود والتضحية والعمل على التغلب على العقبات وتحدي الصعاب.

وفي هذا الإطار لا يسع الجامعة رئاسة وأعضاء هيئة تدريس وموظفين وطلابا إلا أن نتمن عاليا مساعي كلية القانون لتكريم من يستحق التكريم من أسرتها، فهي اليوم تقوم بالتكريم الثالث في شخص الأستاذ الدكتور الكوني علي اعبودة أستاذ القانون الخاص بالكلية اعترافا بدوره في العملية التعليمية في مجال القانون وإنجازاته العلمية .

أ.د.نبيل النطاح

رئيس جامعة طرابلس

كلمة رئيس المؤتمر

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله، والصلاة والسلام على سيدنا محمد صلى الله عليه نبي الهدى، المبعوث إلى الناس كافة، رحمة للعالمين، بشيراً ونذيراً وداعياً بإذنه وسراجاً منيراً . أما بعد،،،،،، يسعدني بدءاً بادئ ذي بدء أن أقدم باسمي وبأسماء أعضاء هيئة التدريس بكلية القانون - جامعة طرابلس - كل الشكر والامتنان للسادة القائمين على هذا المحفل التكريمي "مؤتمر تكريم الأستاذ الفاضل الدكتور الكوني عبودة، وكذلك الشكر موصول لكل من قدم لهم يد العون والمساعدة.

إن مهنة عضو هيئة التدريس في الجامعة بشكل عام وفي كلية القانون بوجه خاص من المهن التخصصية الرفيعة والحيوية في المجتمع، ولها إسهامات فعالة في بناء وتحقيق العدالة واستقرار الحياة الاجتماعية والسياسية والاقتصادية، بل الأكثر من ذلك تنمية الفكر القانوني لدى الأفراد في المجتمع، وتوعيتهم بحقوقهم وحثهم على أداء واجباتهم.

وسيراً على ما دأبت عليه كلية القانون من عقد المؤتمرات والندوات التي تتناول موضوعات قانونية ترتبط بأحداث المجتمع وتطوراتها، فقد استشعرت كلية القانون - من خلال محليتها القانونية - واجب أخلاقي ومهني متمثل في تكريم أستاذ فاضل الأستاذ الدكتور/ الكوني علي عبودة، عضو هيئة التدريس بقسم القانون الخاص - بكلية القانون - جامعة طرابلس.

أستاذ له دور عظيم في إعداد وتأهيل وتنشئة الطلاب سواء في المرحلة الجامعية أو في مرحلة الدراسات العليا.

فقيه قانوني لا يخفى على أحد ما أنتجه من كتب ومحاضرات وبحوث واستشارات تعكس بطبيعة الحال ملكته الفكرية وقدرته ومهارته وإبداعه في فهم التشريعات والقوانين.

أستاذ جمع بين العلم والكفاية والخبرة وحسن السمعة، منحه الله قدرة على تحمل مشاق هذه المهنة الشريفة . أستاذ التمسنا في شخصه الكريم رحابة الصدر، وتواضع العلماء وحلم الآباء.

ليس هناك أجمل من الاعتراف بفضل شخص عزيز علينا. ومن لا يشكر الناس لا يشكر الله.

باسمي و باسم أعضاء هيئة التدريس والموظفين والطلبة - بكلية القانون - جامعة طرابلس .

نتقدم بجزيل الشكر وفائق الاحترام والتقدير وعظيم الامتنان إلى رسول العلم والمعرفة الأستاذ الدكتور الكوني عبودة، على الجهد المبذول والعطاء اللا محدود طيلة حياته العلمية والعملية من أجل الرقي بمسيرة العلم.

وإني لأضرع إلى الله العلي القدير أن يطيل في عمره ويسدد خطاه . جزاه الله كل خير وأدامه ذخراً لهذه الأمة العظيمة المعطاءة .

د.سالم الغنای فرحات

عميد كلية القانون

كلمة اللجنة التحضيرية

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين

معالي وزير العدل، حضرة رئيس جامعة طرابلس، السادة الحضور الضيوف الأكارم. تحرص كلية القانون في جامعة طرابلس على أنْ تعقد سنوياً مؤتمراً علمياً لتكريم أحد روادها وعلمائها، وقد اختارت الكلية لمؤتمر هذا العام الاحتفاء بعالمها الجليل الأستاذ الدكتور/ الكوني على أعبودة. وجاء شعار المؤتمر بعنوان (بحوث مهداة للأستاذ الدكتور الكوني على أعبودة)، وكانت المشاركة في أعمال المؤتمر زاخرة، فضمت المشاركة بحثاً في علم القانون وبمختلف تخصصاته، وفي علم الاجتماع والاقتصاد، والسياسة وغيره، ومن كافة ربوع البلاد ليكون المؤتمر جامعاً شاملاً بقدر شخصية الأستاذ/ الدكتور الكوني أعبودة.

ويكون من الواجب، قبل أنْ نكرم عالمنا الجليل على سعة علمه وقدر عطاءه في العلم والعمل، أنْ نكرمه - وبحق - على سعة صدره وسمو أخلاقه وعلو أفعاله. صفات رفعت من شأنه وجعلت له مكانة خاصة بين زملائه وطلابه وأصدقائه. ليقف اللسان عاجزاً عن انصافه كانسان وعالم جليل في ذات الوقت.

إن هذا التكريم ليس لشخص الدكتور الكوني، بل لما يحمله من قيمة علمية وخلقية، بحسبانه رائداً من رواد الدراسات القانونية في بلادنا ليبيا، ونحن نعتقد جازمين أن تكريم أستاذنا الكوني إنما هو تكريم لجبل بكامله من الرواد، الذين عبدوا لنا الطريق، وشيدوا لنا بنيان الدراسات القانونية، وأضاعوا الطريق لمن أتى بعدهم، أمثال أستاذنا الدكتور الكوني! في مجال القانون الخاص الدكتور أحمد أبوزقية، والدكتور سالم ارجيبة، والدكتور مفتاح المهدي! وفي مجال القانون الجنائي الدكتور محمد هاشم ماقورة، والدكتور أحمد الصادق الجهاني، والدكتور ظافر المريض! وفي مجال القانون العام الدكتور عمر السيوي، والدكتور محمد الحراري، والدكتور ميلود المهدي! وفي مجال الشريعة الإسلامية الدكتور سعيد الجليدي، والدكتور عبدالله بن صلاح، والدكتور سليمان الجروشي، وغيرهم كثر.

وعليه، لا يسعني باسمي وباسم أعضاء اللجنة التحضيرية إلا الامتثال لقول المصطفى صلى الله عليه وسلم (إِنَّ اللَّهَ وَمَلَائِكَتَهُ وَأَهْلَ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِينَ حَتَّى النَّمْلَةِ فِي جُحْرِهَا وَحَتَّى الْحُوتِ لَيُصَلُّونَ عَلَى مُعَلِّمِ النَّاسِ الْخَيْرِ). نسأل الله أنْ يحفظه، ويبارك في علمه وعمله، وأنْ يجعله ذخراً لهذا الوطن.

(رحم الله الأموات وأمد في عمر الأحياء).

مقرر اللجنة التحضيرية

العائش حسين عامر

كلمة اللجنة العلمية

بسم الله الرحمن الرحيم.

و الصلاة و السلام على أشرف المرسلين ... و بعد

السيدات والسادة : السلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

قد لا يكون ضروريا أن نقدم لحضراتكم الأستاذ الدكتور الكوني عبودة المحتفى به اليوم فيكمفي أنكم مجتمعون هنا لتكريمه ولهذا فأنتم تعرفون فضله وقدره حق المعرفة ربما أكثر مني, فلا أحد ممن يعرفه شخصيا على المستوى الإنساني لا يعترف له بدمائة الخلق وحسن المعشر والأدب الجم, ولا يعترف له على المستوى العلمي بالفضل في الرفع من مستوى الخطاب القانوني .

فحينما استعنت بمؤلفاته في تدريس " القانون المدني " كما تسمى هذه المادة في كليات الاقتصاد, لاحظت كما لاحظ غيري فيما أعتقد, أن له أسلوبا خاصا في الكتابة وهو الأسلوب السهل الممتنع بعيدا عن التعقيد الذي يلجأ إليه بعض الباحثين, وهذا الأسلوب الأخير بشي بأحد أمرين: إما أن الكاتب لم يع الفكرة التي هو بصدد الحديث فيها فتراه يبدي ويعيد وهذا غالبا ما يوقعه في التناقض الفكري بحيث يقول الشيء ونقيضه, أو أنه يعي ما يريد قوله ولكن قد يخونه التعبير فتأتي الفكرة مشوشة لدى المتلقي, وهذه آفة البحث العلمي عندنا وعند غيرنا لبعض من نقرأ لهم في القانون و في غير القانون.

وزملاء الدكتور الكوني والنبهاء من تلاميذه وكل المهتمين بالشأن القانوني يشهدون له بأنه صاحب عقل ومنطق والعقل والمنطق يعصمانه من الوقوع فيما لا ينبغي أن يقع فيه أمثاله فهو يملك أدوات البحث العلمي ولعل أهمها: المنهج النقدي في التأليف وهو (المنقذ من الضلال) ضلال التهافت في الكتابة مع الاعتذار لأبي حامد الغزالي فالضلال له أوجه كثيرة, هذا أولا, وثانيا احترامه لقواعد اللغة وهما أهم عناصر الكتابة سواء في مجال القانون أو في أي مجال آخر من مجالات العلوم الإنسانية.

ونحن في واقع الأمر, لسنا بحاجة لهذا كله للتعريف بعلمه وفضله, ولكن حيث إن الظروف فرضت علينا ما فرضت فكان لابد مما ليس منه بد, وأنا أعرف أنه الآن يكاد يستحم في عرقه حياء كما قال أحدهم يوما, فهو قد جمع بين الحسنيين: الحياء والعلم وهذه شيمة العلماء في كل زمان ومكان .

وإذا كانت بعض المجالات المحترمة في العالم يتصدر غلافها كل سنة شخصية العام لأسباب يراها القارئون عليها, فشخصية علما هذا نحن هنا بلا منازع هو الأستاذ الدكتور الكوني عبودة كما كان الأستاذ الدكتور سعيد الجليدي شخصية عام 2016 وهو العام الذي كرم فيه, وهي سنة حميدة نرجو أن تدوم حتى تكون حافزا للباحثين الشباب وعدم الاكتفاء بالشهادات الحاصلين عليها فهذه ينبغي أن تكون بداية البحث العلمي وليست نهاية المطاف فيه, ولو ركن الدكتور الكوني للكسل والخمول لما استحق هذا التكريم منكم اليوم.

وهذا التكريم لا يكون كاملا إذا اقتصر على تدبيح قصائد المديح في المحتفى به فقط وهو أهل لكل ذلك على كل حال , ولكن هي مناسبة لنشر كثير من البحوث والمقالات ليس في مجال القانون والشريعة

فقط كما قد يعتقد البعض، ولكن حظي هذا المؤتمر التكريمي لأول مرة بمجموعة من البحوث الأخرى العامة من خارج هذه التخصصات والتي تفضل أصحابها مشكورين بنشرها في هذا العدد الخاص من "مجلة القانون" بهذه المناسبة: في الإعلام وعلم الاجتماع والعلوم السياسية والتاريخ وهي بلا شك سوف تثير النقاش حول القضايا التي تعالجها وهي قضايا تمس الواقع الليبي وتعقيداته في الصميم.

فهذه الحالة المعقدة التي تمر بها بلادنا تتطلب من جميع المخلصين من رجال الفكر والثقافة عندنا أمثال هؤلاء الأساتذة الأجلاء أن يساهموا في حل هذه العقد كل في مجال تخصصه ومن الزاوية التي يرى أنها أفضل في خدمة الغرض التي كتب هذا البحث أو ذلك من أجله، فنحن بحاجة لكل كلمة صادقة علنا نتمكن في أقرب الآجال من عبور هذا النفق المظلم الذي وضعنا فيه حفنة من سماسرة السياسة والذين نجحوا في أن يجروا وراءهم للأسف الشديد، بعض ضعفاء العقول من أبناء هذا الوطن.

وهكذا كتب الدكتور علي المنتصر فرفر أستاذ الإعلام في جامعة طرابلس عن "الإعلام والهوية الليبية".

واهتم الدكتور محمد أحمد أبو صوة أستاذ التاريخ بجامعة طرابلس بالبحث في "التعايش الإثنى في ليبيا - الواقع و المآل".

وجاء بحث الدكتور مالك عبيد أبوشهوية بعنوان "تحديات بناء الدولة ما بعد الدكتاتورية ومتطلبات نجاح عملية التحول وبناء الديمقراطية - الحالة الليبية".

بينما خصصت الأستاذة أمل سليمان العبيدي من كلية الاقتصاد والعلوم السياسية بجامعة بنغازي بحثها للحديث عن "تدوير النخبة السياسية على المستويين المحلي والوطني في ليبيا القذافي - منظور تاريخي -".

ويتحدث الدكتور على الحوات أستاذ علم الاجتماع بجامعة طرابلس في بحثه عن "الشباب والمواطنة والمشاركة".

وقد أحزنتني الخلاصة التي توصل إليها الباحث الفاضل حول الشباب الليبي وهذا ما دفعني لأن أقف عندها لحظة فهي لا تبشر بخير للأسف الشديد فهذا الشباب كما يراه الأستاذ الباحث ضعيف في كل شيء تقريبا:

- ضعف في النموذج الثقافي والحضاري .
- ضعف السلطة الاجتماعية المتمثلة في الآباء و المدرسين وكبار السن .
- ضعف محتوى مناهج التربية المدنية والوطنية .
- ضعف أساليب التنشئة الاجتماعية .
- ضعف إتقان اللغات الأجنبية ... الخ .

وهذا المستوى الضعيف للشباب الليبي يمثل تحدياً كبيراً بلا شك ويقع على عاتق الجميع مواجهة هذا التحدي بشرط أن نملك أدوات هذه المواجهة، وأنا على قناعة أن بحث الدكتور الحوات وهو يملك هذه الأدوات، سوساهم في الرفع من هذا المستوى علنا نخرج من هذه الحالة المزرية من الجهل والتخلف. وقد يكون ضروريا ونحن بصدد الحديث عن محتويات هذا العدد من المجلة أن نشير لعناوين بقية البحوث والمقالات حتى يتسنى للمهتمين بالموضوعات التي تعالجها الرجوع إليها كلما رأوا حاجة لذلك. وقد وضعت البحوث التي تدخل ضمن اهتمامات قسم القانون الخاص في الصدارة ليس لأن الدكتور الكوني ينتمي لعائلة هذا الفرع من القانون فقط، بل أيضا لأن البحوث التي تدخل ضمن هذا التخصص قد حظيت بنصيب الأسد بالمقارنة مع بحوث الأقسام الأخرى فيحمد لزملائه في القسم هذه المجاملة اللطيفة.

ف نجد بحثاً للدكتور محمد على البدوي بعنوان "المسئولية الطبية والقضاء - الهرولة نحو القواعد العامة -"

وأخر للدكتور عمر إبراهيم حسين الذي أهتم بموضوع "اتفاق التحكيم".

وكتبت الدكتورة خلود الساعدي حول "ارتباط دعوى الرجوع إلى بيت الزوجية بدعوى التطليق للضرر أو لاستحالة دوام العشرة".

واهتم الأستاذ محمد نوح عيسى يوسف بالبحث في "السلطة القضائية في إطار العدالة الانتقالية (الحالة الليبية أُنموذجاً)".

وجاء بحث الدكتور الحبيب خليفة جبودة بعنوان "استكمال مشاريع الإسكان - وجهة نظر قانونية".

وكتبت الأستاذة كوثر الأمين عبد الجواد عن "مقاربة لفهم سلطة القاضي التقديرية".

وفي مجال القانون الجنائي نجد بحثاً للدكتور ضو أبو غرارة تحت عنوان "تشريعات محاربة الفساد بين الهوية والفاعلية - قراءة في النصوص الفقهية - " قد يقول قائل وما علاقة د/ ضو أبو غرارة وهو أحد أقطاب قسم الشريعة الإسلامية بالقانون الجنائي ومقتضياته؟ ولكن هل يمكن محاربة الفساد إلا بالتلويح بالعصا الغليظة للقانون الجنائي؟ هو بحث في القانون الجنائي لا شك في ذلك، ولكن هذا لا يمنع أنه بنكهة فقهية شرعية.

وأخر للدكتور محمد هاشم ماقورا بعنوان "المرتكزات الأساسية لسياسة التصدي لجرائم الاتجار بالبشر على الصعيدين الوطني والدولي".

واهتمت الدكتورة جازية جيريل شعيتير بموضوع "السياسة الجنائية لحماية حقوق المؤلف والحقوق المجاورة له في القانون الليبي والمقارن".

وخصص الدكتور ما شاء الله عثمان محمد بحثه للحديث عن "الحماية الجنائية للبيئة الهوائية -

دراسة في القانون الليبي والمقارن".

وجاء بحث د/ طارق محمد الجملي بعنوان " ملامح من ضوابط التجريم و العقاب في القوانين الجنائية الخاصة و المكملة - مناسبة للتعليق على القانون رقم 18 لسنة 2016 بشأن تعديل أحكام القانون رقم 6 لسنة 1423 بشأن القصاص والدية .

وكانت للدكتور شعبان محمد عكاش كذلك " قراءة في موقف المشرع الليبي من ذاتية الجريمة السياسية".

وكتب العبد لله " تأملات حول فلسفة العقوبة " وهي ليست بحثا بالمعنى الأكاديمي بل أعدت في الأصل كمحاضرات لطلبة الدكتوراه منذ أكثر من سنتين وكنا على أمل في ذلك الوقت أن يتم اعتمادها في هذه الكلية ولكن لم يتم هذا الإجراء حتى الآن لأسباب لا نعرفها، ونحن ننتهز هذه الفرصة لنلتصم من السيد الدكتور رئيس الجامعة أن يجعل هذا الموضوع من أولى اهتماماته حتى يتسنى للباحثين على الماجستير استكمال هذه المرحلة بعد أن فشلت جهود كثير منهم في تنفيذ قرارات الإيفاد بالخارج.

ونجد في مجال القانون العام ورقة واحدة تغرد خارج سربها للأستاذ صالح الفرجاني المهتم بحقوق الإنسان فقد كانت بعنوان " حق الإنسان في التنمية - المشاكل و الحلول".

هذا، وقد تفضل علينا أستاذنا الدكتور سعيد الجليدي بالمشاركة بمقال بعنوان " سبيل تفعيل العدالة التصالحية " كتبه الدكتور سعيد سنة 2004 وكان ينوي إلقاءه في إحدى الندوات ولكن لحسن حظنا ألغيت هذه الندوة وهكذا قدر له أن يشترك به الأستاذ الفاضل في هذا الملتقى، والغريب في الأمر أنه كما لو كان يرى ببصيرته الثاقبة التناقضات المجتمعية في ذلك الوقت ولكنها كانت في حالة كمون وحينما تهيأت لها ظروفها بعد 2011 ظهرت في أبشع صورة لها ولهذا نحن الآن في أمس الحاجة لهذه العدالة التصالحية التي يناهز بها الأستاذ الفاضل من خلال هذه الورقة في هذه الفترة الحرجة من تاريخنا وهو حديث الساعة في المجتمع الليبي كما نعرف.

وتناول صديقنا المحامي الأستاذ محمد خليفة بن نصر " فكرة النظام العام في الشريعة الإسلامية والأستاذ محمد متعدد القراءات فهو يكتب في التاريخ والفلسفة والقانون بطبيعة الحال وهو يعنى في مقاله على كليات القانون عدم اهتمامها بتدريس مادة الفلسفة، الإسلامية وغير الإسلامية، والدليل عنده أن مصطلح "النظام العام مثلا، هو فكرة فلسفية وليست قانونية فالأفكار عنده هي من مباحث الفلسفة وليست من مباحث القانون " .

وسواء اتفقنا أو اختلفنا معه، ومع ذلك فأنا أعتقد أن الدكتور الكوني أقدر مني على مناقشة هذا الرأي على اعتبار أنه قام لعدة سنوات بتدريس مادة " فلسفة القانون"، وفي كل الأحوال، فقد بح صوتنا ونحن ننادي بإعادة النظر في المناهج المقررة في كليات القانون ومفردات هذه المناهج ولكن للأسف لم يكن لهذا الصوت صدى حتى الآن فكليات القانون لازالت تعيش على تصورات بالية في وطننا العربي وفي بلادنا بخاصة منذ عقود وهي قطاعا لا تنمي في الطالب ملكة الإبداع التي قوامها المنهج النقدي في التفكير فهي مجرد محفوظات يجتريها الطالب كل سنة وينساها في السنة التي تليها وإذا علق في ذهنه

شيء مما حفظ فأخذه وكأنه من المسلمات غير قابلة للنقاش والحوار العقلاني ولو اكتفى الدكتور الكوني بحصيلة ما درسه في كلية القانون من هذه المحفوظات لما وصل إلى هذا المستوى الرفيع في العلوم القانونية ولما استحق منكم هذا التكريم ولكنها الهمة العالية وإرادة التفوق التي جعلت منه أحد أهم رجالات القانون في بلادنا. ولهذا نحن ندعو أن تكون أهم التوصيات التي ينبغي أن يخرج بها هذا المؤتمر هو التأكيد على إعادة هيكلة هذه المناهج.

هذا وقد تفضل الدكتور محمد زاهي المغربي استاذ شرف العلوم السياسية - جامعة بنغازي بالمشاركة بمقال بعنوان " العولمة وحقوق الإنسان " ويبدو أن الدكتور محمد يميل إلى القول بأن الديمقراطية وحقوق الإنسان وجهان لعملة واحدة , ولكن للأسف لا نعتقد أن هذه العملة قابلة للتداول في جميع الدول ولا نعدم الشواهد على ذلك من دولنا العربية فهي ترى أن " عولمة حقوق الإنسان " سوف تمس بسيادة هذه الدول , ولكن هل لهذه الدول سيادة أصلا حتى نخشى المساس بها !؟.

ونجد في هذا العدد كذلك مقالا للدكتور محمد الصادق الخازمي بعنوان " احتفاء بفصيح " وهذا العنوان يشي بتخصص الدكتور محمد وهو اللغة العربية فالفصاحة هي من مفردات هذه اللغة وبهذه الصفة فهو المسئول عن الجانب اللغوي من محتويات هذا العدد .

وقد قام د/ الصالحين محمد العيش بعرض كتاب: Les grandes notions du droit privé المفاهيم الكبرى للقانون الخاص لـ: جوديث روشفلد Judith Rochfeld.

ونجد أيضا في هذا العدد تعليقا للأستاذ ناصر الغيطة على حكم لمحكمة أمن الدولة المصرية (الصادر في 16-4-1987) خلصت فيه إلى مشروعية الإضراب الذي قام به عمال السكك الحديدية لأن القول بغير ذلك, كما جاء في هذا الحكم, يتعارض وأحكام العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية, وكثيرا ما كانت هذه المسألة محل جدل كبير عندنا , وهكذا عرفنا , على الأقل أنا حتى لا أظلم أحدا, أن أستاذنا الدكتور عبد الغني الرويمض خبيرنا الأول في قانون العمل, لا ينطلق من فراغ عندما كان ينادي دائما بمشروعية الإضراب رغم اعتراض الكثيرين أمس واليوم .

ونشير في الختام إلى أن هذا العدد يتضمن أيضا بحثين كتبا باللغة الإنجليزية أحدهما للدكتور نجيب الحصادي أستاذ الفلسفة - جامعة بنغازي بعنوان " تصور معتدل في العلم : معيار مقترح لتقويم النشاط البحثي في ليبيا, والآخر للدكتور سليمان السحاتي, كلية القانون - جامعة بنغازي بعنوان " العدالة الانتقالية في ليبيا ! المحاولة والخطأ, لكن الخطأ في الغالب".

وفي النهاية لا يسعني إلا أن أتقدم باسمي وباسم اللجنة العلمية إليكم جميعا بأسمى آيات الشكر والتقدير على الحضور والمساهمة في إنجاح هذا المؤتمر الفكري, وحتى نلتقي في مناسبات أخرى كهذه المناسبة لكم منا أجمل تحية, والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته .

د/ محمد معمر الرازقي

كلمة وفاء

تقديم :

عالم وفقه تخرج على يديه نخبة وكوكبة من رجال القانون في كليات القانون ومعهد القضاء الذي كان مديراً له ،عالم وفقه تخلق بالخلق الحميد ،والابتسامه الرائعة في وجه كل من يلاقيه ، لا يعرف الكلال أو الملل في خدمة وطنه ، تراه مثابراً في محاضراته لا يعرف التأخر أو الغياب عن من أراد إن يتعلم أو يستفيد ، تسأله فيجيبك ، تطلب منه فيعطيك ، تكلفه بعمل فينجزه ، تلتجئ إليه فيجبرك ، تقصده فلا يصدك ، أنه المرجع في نطاق تخصصه ، أمده الله بالصحة والعافية ، إذا تكلمت عن الخلق فهو أبوه ، وإذا عرجت على المعلومة فهو عالمها ومفسرها ، وإذا أتيت إلى المعاملة فهو حسنها .

كل كلماتي عاجزة وقاصرة عن وصف هذه القامة العلمية ، حياته اجتهاد ومثابرة ومنها أنشأ لنا علم وفقه ، أنه مدبلج قانون المرافعات الليبي الأستاذ العلامة د. الكوني على عبودة .
أولاً - حياة المثابرة والاجتهاد .

برز فقيها منذ أن كان طالباً في المراحل الأولى من مراحل تعلمه . ومن أسباب تفوقه تلك النشأة البعيدة عن المدينة مع قساوة الحياة وضنك العيش في الريف ، لكن شغفه بالعلم جعله متميزاً بين أقرانه من أجل الوصول إلى هدفه ، تنقل بين المدارس الدنيا والمتوسطة إلى أن التحق بالجامعة ليكمل مشواره العلمي .

بعد نيل درجة الدكتوراه ، التحق فقيها بكلية القانون فكان الفقيه المقتدر والعالم المتميز بين أقرانه من خلال خطوط رسمها لنفسه مع بداية مشواره العلمي ليكون رافداً من روافد العلم لبلده وطلابه .
أجتهد فقيها في فرض احترامه وآدابه على الكافة فكانت ولازالت ابتساماته تجعل من قاصديه أكثر إعجاباً بشخصيته وعلمه النافع

لم يحالفني الحظ أن أكون أحد طلابه لكن القدر جعلني أحد زملائه وفي نفس التخصص الدقيق ، كنت ولازلت التجئ لكتبه ومنشوراته عند الحاجة إليها من خلال تجميعه للأراء الفقيهيه حول كافة الإشكالات المثارة في كثير من المسائل القانونية لينتهي بطرح رأيه حول تلك الأمور - فقد كان نبزاً يسعف الجميع بالحلول التي يحتاجها كل طالب علم .

من مكارم أخلاق فقيها انه كان سبباً في قبول نقلي إلي صرح العلم بالجامعة من عملي السابق **بالهيئات القضائية** بعد إن طلب منى مشرف أطروحة الدكتوراه وأيضاً أخي الدكتور عبد الحفيظ ديكنة ضرورة الانتقال إلي الجامعة ، وفعلاً ذلك ما حصل وبعد موافقته على طلبي استكمل مشوار الإجراءات في إدارة شؤون أعضاء هيئة التدريس بالجامعة أستاذي ومعلمي و شخي أ.د سعيد الجليدي ليصدر قرار نقلي من خلال مروره بصفوة علماء القانون .

وعندما تم تكليفي عميدا لكلية القانون نصحني بأن أكون عميدا للجميع وبالجميع وأن أخدم زملائي وطلابي وكليتي وأن أكون عند حسن ظن الجميع داعيا لي بالتوفيق، فكان نعم العون والمشير والناصح .

ثانياً : علم وصناعة :

اهتم فقيهاً بالكتاب الجامعي منذ أن باشر التدريس عندما لاحظ نقص المراجع المتخصصة لمؤلفين ليبيين في مجال تخصصه الدقيق ولإلحاق طلابه على توفير الكتاب المنهجي كمرجع أساسي في العملية التعليمية وأيضاً ابتغاء نشر الوعي القانوني بين أطباف المجتمع المختلفة ، فابتدأ بتأليف كتاب مادة أساسيات علم القانون لطلبة السنة الأولى من مراحل التعليم في الكلية.

ولم تمض شهور حتى أصدر فقيهاً مؤلفه في مجال تخصصه الدقيق (قانون المرافعات المدنية والتجارية) أسماه - قانون علم القضاء - بعد أن انتقد معظم التسميات السابقة لهذا الفرع من القانون وقد قسم هذا المؤلف إلي جزئين حيث تناول في الأول التنظيم القضائي في ليبيا حيث عرف قانون على القضاء مع أصوله ومميزاته ثم تشكيل المحاكم في ليبيا والأشخاص العاملين بها ثم تدرج إلي مسألة الولاية القضائية وختم كتابه بقواعد الاختصاص التي يجب مراعاتها عند رفع أي دعوى قضائية أما الجزء الثاني من الكتاب فقد كان في الخصومة القضائية حيث تناول فيه التعريف بالدعوى القضائية وخصائصها وشروطها أمام المحاكم ثم عرج على تلك الشروط الواجب توافرها من حيث مراعاة المواعيد المقررة لانطلاق الخصومة القضائية وعوارضها إلي حين صدور حكم فيها ، واختمت بنظام الأوامر الولائية المنصوص عليها في قانون المرافعات .

وفيما بعد أضاف فقيهاً إلي مؤلفاته السابقة مؤلفاً في مقرر التنفيذ الجبري، فأصدر كتاباً بعنوان القواعد العامة للتنفيذ الجبري عرف فيه بالتنفيذ الجبري وشروطه وأشخاصه ثم عرج على أنواع السندات التنفيذية ومحل التنفيذ والمنازعات المثارة بشأن تلك العملية مع طرق التنفيذ ومحلها وانتهى بدعوى الاستحقاق الفرعية ومسألة توزيع حصيلة التنفيذ

عالمنا ساهم في خلق وتخريج أفواج مثقفة ومؤهلة علمياً لحمل رسالة العدالة وترسيخ مبادئ دولة القانون من خلال تدريسه في كليات القانون المختلفة أو عند تكليفه بإدارة المعهد العالي للقضاء الخاص بتدريب وتأهيل رجال القضاء.

كما ساهم وبشكل جلي في تدريس مرحلة الدراسات العليا فتخرج على يديه العديد من طلابنا الذين هم اليوم زملاء لنا وأشرف على العديد من رسائل الماجستير والدكتوراه كما هو موضح في موضع آخر من هذه المجلة .

لقد كان أستاذنا شغوفاً بطرح المواضيع الحديثة والإشكالات المثارة بشأنها

فقد رسم لنفسه مسطرة عنوانها من أراد التعلم فليجتهد ويثابر من أجل نيل المطالب ، ولهذا نراه في كل عام يطرح مواضيع جديدة لطلبته في الدراسات العليا تتسم بالحدثة من أجل التعمق فيها وتجاوز تلك المواضيع المتكررة أو التدريس بالطرق التقليدية بل يتعمق في جزئيات دقيقة ليصنع منها مقرر سنة دراسية

دأب فقيها على المشاركة في المؤتمرات و الندوات و ورش العمل التي تقام في مجال القانون و ساهم بشكل كبير في تلك اللجان الخاصة في صياغة القوانين واللوائح والقرارات فكان بحق المعلم والفقير بل والمرجع ، أمده الله بالصحة والعافية وجزاه عن طلاب العلم كل خير، وبارك الله فيه وفي من رباه وعلمه .

والله ولي التوفيق

د . أبوجعفر عمر المنصوري

المكلف بإدارة شؤون فرع الكلية / بجنزور

القابض على جمر المبادئ

بسم الله الرحمن الرحيم

تبقى الذكريات أعلى ما يحتفظ به الإنسان في ذاكرته ورغم طول العهد، فإن صورتها تبقى ماثلة في الذهن.

فالذكريات وإن تقادم عهدها ... تبقى كجمر في رماد الذاكرة

أوهي على حد قول شوقي: صدى السنين الحاكي.

حين التحقت بركب الدراسة الجامعية في كلية القانون بجامعة بنغازي - قاريونس سابقا - في النصف الثاني من ثمانينيات القرن الماضي سمعت لأول مرة باسم الدكتور الكوني علي عبودة، ولم يتح لي التلمذة عليه حينها، فقد كان فيما أذكر يدرس مادة المرافعات لطلبة السنة الثالثة بالكلية، لكنه كان يدين حديث الطلاب الذين سبقونا إشادة بجديته والتزامه وانصافه.

والذي أذكره أنني عرفت من كتاباته قبل أن أراه رأي العين، إذ وقع بين يدي عدد من مجلة المحامي تضمن مقالاً له عن دستورية القانون تناول فيه بالنقد مسلك المحكمة العليا المتمثل في تخليها عن رقابة الامتناع المكفولة لها بموجب مبدأ تدرج التشريعات، وأذكر أن هذا المقال كان له أكبر الأثر في نفسي بما تضمنه من تشبث بأهداب المشروعية، وحرص على ترسيخ قيمها في مواجهة النظام الحاكم يومئذٍ، فأكبرت فيه شجاعته وسعة إطلاعه ومواكبته للتشريعات وللأحكام القضائية.

وسرعان ما غادر الدكتور الكوني جامعة بنغازي إلى طرابلس، فلم ألتق به إلا بعد تخرجي والتحقافي بمعهد القضاء سنة 1993م؛ حيث درسنا مادة الإثبات، ومن أول محاضرة ألقاها بان لي صدق ما سمعته عنه من قبل.

كانت مساعلة الركبان تخبرنا ... عن جعفر بن فلاح أطيّب الخبر

حتى التقينا فلا والله ما سمعت ... أدنى بأحسن مما قد رأى بصري

اتزان وهدوء تصاحبهما رصانة وثقافة واسعة وسعة اطلاع ومواكبة لأحكام القضاء الليبي والأجنبي على السواء، وحرص على تقديم مستجدات ما يدرسه، وفوق ذلك رحابة صدر وتقبل للرأي الآخر مع جدية والتزام قل نظيرهما، وهو حين يلقي محاضراته يتدفق في تعبيره على وجه سمح لا انقطاع لرافده وكأنه غدير يتّرقق.

ثم دارت الأيام والتحقت ببرنامج الدراسات العليا، فأتيح لي التلمذ على يديه في مادة المرافعات، وكان من توفيق الله سبحانه وتعالى أن حظيت بإشرافه في إعداد رسالة الماجستير، فزدت قرباً منه ومعرفة به.

والذي يتاح له التعرف على الدكتور الكوني عن قرب لا يحتاج إلى وقت طويل ينفقه كي يزيل الحواجز النفسية والاجتماعية، فما أن تجالسه أول مرة حتى تألفه ويألفك وتصبعا صديقين حميمين،

فالرجل يمتاز بالبساطة والرهافة والكبرياء، وهو أيضا يتحلّى بالصدق والأريحية والكرم والشهامة، والذين يقتربون منه يعرفون بلا ريب أن من أحب الأشياء لنفسه مديد العون للأخريين، ولعلي لا أفشي سرا حين أقول أن كثيرا من الناس يتصلون به هاتفياً دون سابق معرفة يستقون منه فيما ينزل بهم فينهض إلى ذلك بكل رحابة صدر، وتراه لا يكتفي بإجابة بما يراه، بل هو ينفق الساعات بحثا عن تأصيل فقهي وسابقة قضائية لإسعاف من سأله، لا يبتغي بذلك جزاء ولا شكورا.

إن تكريم الأستاذ الكبير الدكتور الكوني علي اعبودة يكتسي أهمية خاصة، فهو أنموذج للعبء والمثابرة والصدق والأثفة والاعتداد بالنفس والأصالة.

ويمكن القول أن مفتاح شخصية المحققي به الدكتور الكوني يتمثل في صفتين اثنتين، صدقه وأصالته.

لقد كان أستاذنا ولا يزال صادقا مع نفسه وغيره، لذلك كانت حياته تجري على سنن واحد لم تغيرها حوادث الدهر ولا تقلبات العصر.

لقد كان بإمكانه أن يصانع ويدهن كما فعل الكثيرون، لكنه ظل ثابتا على منهجه، لم يلق للعواصف بالا، ولم يأبه للشدائد والمكاره التي تحيط به، فكان حقيقا أن يتصف بالصدق والصدق شر كما يقول أبو الطيب المتنبي: والصدق شر إذا ألقاك في الكرب العظام.

حين كان النظام السابق في أوج قوته وبطشه بكل من يعارضه كتب أستاذنا الكبير كما سلف البيان مطالبا بتفعيل رقابة الامتثال على عمل المشرع، لم يكتف بذلك ، فلم يمنعه بطش النظام من أن يصدر بصوته قائلا: إن تفويض رأس النظام بإصدار القوانين العسكرية لا يجد له أساسا من القانون.

وإن أنس لا أنسى أنه كتب تعليقا قانونيا في صفحته الفيسبوكية لم يلق قبولا من بعض الشرائح، فهاتفه أحد خلاله قائلا مقالة صاحب موسى عليه السلام: { إِنَّ الْمَلَأَ يَأْتَمِرُونَ بِكَ لِيَقْتُلُوكَ فَاخْرُجْ إِنِّي لَكَ مِنَ النَّاصِحِينَ } ، فكان رده، أنه ليس هو من يخرج، وبقي صامداً لم يمسه سوء. وأحسب أن هذا الأمر يحسب لمخالفه الرأي، فقد قدروا صدقه ووطنيته.

ويوم كان مكلفا بإدارة معهد القضاء طلب منه بعض المتنفذين شيئا يخالف اللوائح والنظم فظل متمسكا بمبادئه وقيمه، ولم يستجب لهذا المطلب وخرج من منصبه وأثر أن يبقى نبيلاً.

لقد ظل خلال مراحل حياته صادقا مع نفسه وغيره متمسكا بقيمه ومبادئه محترما للعلم الذي اتصف به، واضعا نصب عينيه قول الجرجاني:

لو أن أهل العلم صانوه صانهم ... ولو عظموه في النفوس لعظما

فانعكس ذلك مهابة عليه وقبولا من جميع الناس.

لقد انحاز أستاذنا لما رآه حقا وجسد هذا الانحياز في مسلكه عزوفا عن المناصب وابتعادا عن السلطة وانحيازا لقضايا الإنسان وحقوقه.

وبحسبنا في هذا المقام أن نشير إلى أنه لم يخش سطوة النظام الحاكم، فكتب قائلاً أن استقلال القضاء قد فقد دعامة الأساسية في ليبيا بعد أن تحول القضاء من سلطة إلى وظيفة، وكان أول المدافعين عن استقلال القضاء حينئذ، معلنا بوضوح رفضه لشعبية القضاء، واعتباره عزل القضاة أمراً غير مشروع، ولم يكتب بذلك بل طالب بتحقيق مبدأ المساواة وإلغاء المحاكم الاستثنائية.

لقد أدرك أستاذنا بثاقب فكره قدسية الرسالة التي يحملها (رسالة التعليم)، فكان همه الأول والأخير أداء هذه الرسالة على الوجه الأكمل فالتعليم عنده رسالة وليس مهنة، فكان أن أخلص نفسه لتعليم الأجيال المتعاقبة من خلال التدريس والتأليف دون أن تثنيه عنه مصاعب أو عوائق أو تصرفه عنه مغريات أو مناصب ولسان حاله مقالة الأميري :

الوهول في دربي وفي هدفي ... وأظل أمضي غير مضطرب

ما كنت من نفسي على خور ... أو كنت من ربي على ريب

ما في المنايا ما أحاذره ... الله ملء القصد والإرب

لقد أعطى الدكتور الكوني بموافقة العظيمة درساً بليغاً للأجيال التي علمها والتي أتيح لها الاطلاع على ما سطره قلمه وهو النوذ بكل ما أوتي من قوة عن المبادئ التي نؤمن بها ولسان حاله قول الشاعر:

قف دون رأيك في الحياة مجاهداً ... إن الحياة عقيدة وجهاد

إن شخصيته الواضحة وجرأته في قول الحق وإيمانه بمبادئه كل ذلك جعل منه رجلاً مثبته بالأمل متافئلاً بالمستقبل حتى في أحلك ساعات المحنة فردية كانت أم وطنية.

وكل هذه الميزات تجلب فيما يكتب فهو لا يعرف الازدواجية (الكاتب والكتابة) ما يكتبه هو صورة لما يعتقه ويؤمن به فهو يكتب ولا يوارب وينقد ولا يدهن ويدرس ولا يحابي.

ومع ذلك لا تجد في كتابته أو نقده أو دراسته انتقاصاً لأحد أو غيباً أو تحاملاً أو سوء تقدير، فلا كلمة نابية ولا تجريح ولا تشهير، وإذا كان لنا أن نستخدم لغة المجاز، فإننا نقول أن أسلوبه يتمتع بدفع الحقيقة ورهافة المعالجة وكرم الأخلاق والله ذر حافظ حين يقول:

والناس هذا حظه مال وذا ... علم وذاك مكارم الأخلاق

والمال إن لم تدخره محصنا ... بالعلم كان نهاية الاملاق

والعلم إن لم تكتفه شمائل ... تعليه كان مطية الإخفاق

فإذا رزقت خليفة محمودة ... فقد اصطفاك مقسم الارزاق

لا يحتاج من يتعرف على الدكتور الكوني لكثير عناء لكي يدرك أصالته وعنصره النفيس يستوي في ذلك من يصطحبه حقيقة أو من خلال مطالعة كتاباته.

وبحسبنا في هذا المقام أن نطالع أول كتبه ظهوراً أساسيات القانون الوضعي الليبي "المدخل إلى علم القانون نظرية القانون الصادر عام 1993م".

لنجد أنه يستهله بإهدائه إلى الجامعة التي تخرج فيها، وبأثر فيها أولى سنوات عمله في مقتبل حياته، جامعة بنغازي التي كان اسمها حينئذ جامعة قاريونس وإلى المرحوم الدكتور عبدالله بن صلاح الذي كان أستاذا بها.

وهو بذلك يكشف عن أصالة معدنه وكرم خلقه بما أفصح عنه من وفاء لأهل العلم والفضل مؤسسات وأفراداً.

وإذا ما مضيت مستكملاً قراءة الكتاب ستدرك - دون أدنى تعب- مناقحته بكل ما أوتي من قوة عن الإسلام ديناً وحضارة وقيماً، فهو حين يتحدث عن القاعدتين الأخلاقية والقانونية يعلن بكل وضوح أن الفصل بين الأخلاق والقانون غريب في كل دولة تنتمي إلى الحضارة الإسلامية لأن مصدرهما واحد وهو الدين الإسلامي.

ولا يكتفي بذلك بل يستطرد قائلاً أن الفصل بين القانون والدين يتعارض مع مبادئ الدين الإسلامي.

والدين عنده " في كل دولة إسلامية" ليس مجرد تراث، بل يجب أن يكون كما أراد الله عقيدة وشريعة، وهو لا يتردد في القول بأن العلمانية دسيئة خبيثة في بلد مسلم والقول بها تقليد أعمى للغير.

وهو حين يضع الدين الإسلامي موضع الصحيح لا يغلق عينيه عما سواه من شرائع ونظم. فعلى الرغم من نقده الصريح لأطروحات المصري علي عبدالرازق والتونسي محمد الشرفي في هذا الصدد، فإنه لا يغفل عن أهمية حرية الرأي والتأكيد على النتائج الإيجابية للاختلاف فيه.

واللافت للنظر أنه يبهرك بسعة اطلاعه على الفكر الإسلامي بمختلف مدارس ومناهجه (سنية أو ظاهرية أو شيعية)، وقدرته على الموائمة بين التراث الإسلامي والفكر الغربي، من ذلك أنه حين يتكلم عن مدرسة القانون الطبيعي لم يغفل عن الإشارة إلى أن فكرة القانون الطبيعي لها صدى في فكر المعتزلة (التحسين والتقيح) وفكر أهل السنة (مبدأ الاستحسان).

إن اجتماعنا اليوم في هذا المكان البهيج ونحن نسعى إلى تكريم أستاذ معلم وأب فاضل، ومعلم من معالم القانون في هذه الأرض الطيبة هو سمة حضارة ورمز كرامة ومبعث اعتزاز، فالأمة الكريمة هي التي تقدر أبنائها الذين بدلوا من أجلها وسهروا على رفعة شأنها. والأمة الهلوك هي التي تكفر حق الكرام من أبنائها، وحق كل من أسهم في علو شأنها. ورفع رايتها.

إن هذا المؤتمر لا يمثل تكريماً لأستاذنا فحسب بل هو درس للأجيال المتعاقبة يرسخ قيم العمل والإخلاص والتفاني وإنكار الذات والصدق والوفاء التي يمثلها المحققي به أستاذنا الدكتور الكوني اعبودة. وإنني أعتقد جازماً أن أجمل تكريم للمحققي به هو بدراسة كل ما رقمه بنانه من مؤلفات وأبحاث ومشاركات مضافاً إليها تجاربه واسهاماته الوظيفية.

وما أوجنا إلى أن نرى بعض الرسائل الجامعية عن أستاذنا من خلال اسهاماته وتجاربه.

يضاف إلى ذلك إتاحة نتاجه العلمي للباحثين بنشر كل مؤلفاته المطبوع منها والمخطوط، وتجميع ما كتبه مفرقا في الدوريات المحلية والعربية ونشره.
أخيرا هذا الرجل فاضت نفسه بحب الوطن، وأخلص فيما قدم وعمل من أجل وطنه ودينه، نشر علمه بسخاء، وعطر به دنيا، وأفرح به كثيرا من متبوعي الفكر القانوني.
أفيضوا عليه من التكريم والتبجيل، وادعوا له أن يكلاه بعين رعايته، ويمده بالألاء الصحة والعافية، ويجزيه عما قدم خير الجزاء.

المستشار : علي محمد أبوراس

كلمة وفاء

يقيض الله جل وعلا للأمة في كل زمان ومكان علماء أتقياء وصفوة أوفياء لدينهم ووطنهم ورسالتهم يواصلون سيرة السلف علما وسلوكا، يصلون حاضر الأمة بماضيها، ويجاهدون لترسيخ قيم العلم، ويناضلون لإحياء القيم الإنسانية والمعاني الرفيعة.

هم مشاعل الأمة ونورها إذا داهمتها الأحداث ، وتكالتب عليها يبثون فيها روح الأمل والمحبة .
واحد من هؤلاء العالم والفقير القانوني والباحث الدؤوب الدكتور الكوني علي اعبودة.

وقبل أن أتحدث في هذه العجالة عن خصال هذا الرجل لا بد لي أن أرجع إلى الماضي الذي ليس بقريب، إنه عقد الثمانينات من القرن المنصرم في، ذلك العقد الذي يمكن تسميته بعقد السنوات العجاف، ففضل التحول الاشتراكي الذي تبناه النظام الحاكم حينئذ تحول المجتمع من مجتمع بسيط يقوم على إنتاجية محدودة في قطاع الزراعة والإنتاج الحيواني إلى مجتمع ريعي يعتمد على ما تسدده الدولة من مرتبات هزيلة يذهب معظمها إلى أسواق الشعب خالية الأرفف، ورافق هذا التحول عسكرة الدولة والتورط في صراعات خارجية أبرزها حربا أوغندا وتشاد.

في ظل هذه الظروف كانت بداياتنا بجامعة ناصر ، كأول دفعة فيها عام 87-88م.

كانت الدراسة في ظل هذه الظروف ضربا من التحدي، فالكلية الوليدة تعوزها الإمكانيات، وبكفينا في هذا المقام أن نشير إلى أنها كانت بدون مكتبة .

أقبل علينا الدكتور الفاضل الكوني علي اعبودة في العام الجامعي الثاني ودرسنا مادة الالتزامات، لنبدأ معه مشوارا لم ينته إلا بتخرجنا .

أدرك الدكتور الكوني علي اعبودة أنه أمام طلاب فعلت فيهم السنوات العجاف فعلتها فمسحت عسكرة المدارس كل براءة فيهم، ولا توجد كتب أو مراجع يمكن أن تكون معينا في دراستنا بعد أن أطبقت سياسة شد الأحزمة قبضتها على كل انتاج ثقافي أو أكاديمي.

جعل الدكتور الكوني من نفسه كتابا مرجعيا مفتوحا ينهل من معينه الطلاب .

كانت محاضراته بلغة فصحي تعتمد البساطة في طرح المادة بأسلوب شيق ومحبب منتها منوها جديدا في طريقة التدريس، فبعد أن أرهقتنا سياسة التلقين والحفظ في المدارس الثانوية وسنتنا الأولى في القانون اعتمد الدكتور الكوني أسلوب المناقشة والتحاور، فبدأ بطرح الإشكالية تاركا المجال لنا للمناقشة والإجابة.

كنا خلال محاضراته في وسط تنافسي يدفعك إلى قتل الخمول وأعلاء صهوة التحاور والظفر برضى الدكتور الكوني والذي يعبر عنه بكلمته المشهورة " أحسنت".

خلال سنوات الجامعة المتبقية أكملنا المسيرة مع الدكتور الكوني نهلنا منه ما يصلح ليس للنجاح في المادة فقط بل للنجاح في حياتنا العملية بعد التخرج، لقد كان الدكتور الكوني يمثل بالنسبة لنا قاضيا

ومحاميا وباحثا وقيها في ذات الوقت، هكذا كنا ننظر نحن الطلبة إليه، لم يكن أستاذا جامعيًا يقدم دروسه ويذهب إلى حال سبيله، بل كان يمثل لنا تلك الوظائف في وقت واحد.

جسد الدكتور الكوني أحلام جيل الثمانينيات في التعطش للحرية والإبداع والشجاعة. اختار البعض منا بعد التخرج أن يشق طريقه لمواصلة الدراسات العليا على يد الدكتور الكوني، فكانت رسالتهم للماجستير تحت إشرافه.

أما من ولج باب القضاء وأنا من بينهم فقد بدأنا مشوارنا العلمي والعملية بمعهد القضاء، وقد اخترت الدكتور الكوني ليكون مشرفا على بحث التخرج والذي اختاره بعنوان "السلطة القضائية للقاضي في المواد المدنية، دراسة لأحكام المحكمة العليا"، كان مطلوبًا مني تحديد كنه هذه السلطة وحدودها في ضوء أحكام المحكمة العليا، خاصة وأن جميع الأحكام في تلك الفترة أمر شاق، فلم تصل تقنية الإنترنت بعد، وبتشجيع من الدكتور الفاضل تمكنت من إنجاز البحث، والدكتور الكوني أحد أعضاء لجنة المناقشة، وبالرغم من شعور الخوف والارتباك إلا أن الدكتور الكوني فتح النقاش بالإشادة والإطراب في مدح البحث، وهو ما شجعني بعد ذلك على إجابة لجنة المناقشة على كل أسئلتهم التي أثارها.

مرت السنوات تلو السنوات وتواصلت اللقاءات مع الدكتور الكوني في ندوات معهد القضاء والحلقات الدراسية واللجان المختلفة.

ولدى تشريفي برئاسة قسم القضايا الخارجية بإدارة القضايا أليت على نفسي أن أنتهج نهجا جديدا في إدارة هذه المنازعات، تمثل في الاستعانة بالخبرات المحلية فيما يتعلق بالقوانين الليبية بدل ترك الأمر لمكاتب المحاماة الدولية في اختيار خبراء من بلدان عربية أخرى، وأحيانا من محامين ليبيين مقيمين بالخارج انقطعت صلتهم بالبلاد وقوانينها.

وبفضل الله وبمباركة الأستاذ المستشار عبد الرحمن شميلة رئيس إدارة القضايا حينئذ اخترنا الدكتور الكوني ليكون الخبير الوطني المستقل في بعض القضايا التحكيمية الدولية كأول خبير وطني يتم الاستعانة به.

وعلى الرغم من أن الدكتور هو خبير مستقل في هذه القضايا فإن آراءه كانت تتضح بعقلية قانونية رفيعة المستوى وبطريقة حيادية باحثًا عن العدالة بالدرجة الأولى، وقد لقيت مشاركته استحسانًا وتأييدًا كبيرًا مكاتب المحاماة في العالم.

ويعد فإن المعدن النفيس يزداد توهجا ولمعانا كلما طال به العمر، وهكذا أستاذنا الدكتور الكوني يزداد كل يوم تألقًا وشموخًا.

والمرء ترفع ذكره آثاره... فيعيش بين مجد ومعظم

أطال الله عمر أستاذنا الدكتور الكوني ومتعته بالصحة والعافية.



السيرة الذاتية للدكتور الكوني أعبودة

- الكوني على عبودة
- ولد سنة 1949م
- تحصل على الشهادة الابتدائية من مدرسة جنان بن نصيب 1963م.
- وتحصل على الشهادة الإعدادية من مدرسة قرقارش الإعدادية 1966م.
- وتحصل على الشهادة الثانوية من مدرسة الزاوية الثانوية 1969م.
- التحق بكلية الحقوق بالجامعة الليبية "بنغازي حاليا" وتحصل على ليسانس الحقوق 1973م.
- نال دبلوم الدراسات العليا من جامعة جرنوبل Grenol 1975م.
- نال دبلوم الدراسات العليا المعمقة في سياسة وقانون التنمية من جامعة بويتيه 1980م.
- تحصل على دكتوراة الدولة في القانون الخاص من جامعة بويتيه الموسومة (التهديد المالي وتنفيذ الالتزامات التعاقدية - دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي وقوانين البلاد المنحدرة عن الحضارة العربية) 1982م.
- أستاذ القانون الخاص بكلية القانون بجامعة بنغازي قاريونس سابقا .
- أستاذ القانون الخاص بكلية القانون بجامعة طرابلس .
- تولى إدارة معهد القضاء 2000م - 2006م.
- عضو لجنة إعداد قانون الإجراءات المدنية العربي الموحد.
- عضو لجنة مراجعة القانون المدني.
- رئيس لجنة قانون المرافعات 2010م.
- رئيس لجنة قانون نظام القضاء 2010م.
- رئيس لجنة مشروع قانون التحكيم.
- رئيس لجنة إعداد قانون المعاملات الالكترونية.
- رئيس لجنة عقود التنمية.
- رئيس لجنة فبراير لتعديل الإعلان الدستوري.

المؤلفات :

- 1- أساسيات القانون الوضعي الليبي " المدخل إلى علم القانون " نظرية القانون. ثلاث طبعات
- 2- أساسيات القانون الوضعي الليبي "المخل إلى علم القانون " نظرية الحق. ثلاث طبعات
- 3- قانون علم القضاء - النظام القضائي الليبي. ثلاث طبعات
- 4- قانون علم القضاء -النشاط القضائي -الخصومة القضائية والعريضة.
- 5- التنفيذ الجبري - الجزء الأول - القواعد العامة للتنفيذ الجبري.
- 6- التنفيذ الجبري - الجزء الثاني "طرق التنفيذ" مخطوط(مخطوط)
- 7- التحكيم . (مخطوط)

البحوث:

1. مدى كفاية الشرط الجزائي في اعتبار المدين معذرا " من الواقع القضائي" مجلة المحكمة العليا - العدد الثاني - السنة الخامسة عشر يناير 1979م.
2. محاولة تقييمية لنص المادة 59 من قانون العمل الليبي بمناسبة أحكام حديثة للمحكمة العليا - مجلة المحكمة العليا - العدد الثاني - السنة الرابعة عشر يناير 1978م.
3. رقابة صحة التشريع في ليبيا - مجلة المحامي تصدرها المحاماة الشعبية - العدد 13 السنة الرابعة يناير مارس 1986م.
4. مدى مسؤولية الدولة الليبية عن تعويض الدولة الليبية عن تعويض الأضرار الناجمة عن مخلفات الحرب العالمية الثانية. العدد 15 - السنة الرابعة يوليو سبتمبر 1986م.
5. صلاحية القضاء في التصدي لدستورية القوانين في معرض تطبيق القانون في سوريا وليبيا من وحي القضاء- مجلة المحامي العدد 24 - السنة السادسة - نوفمبر ديسمبر 1988م.
6. التأصيل القانوني للدعوى المباشرة وانعكاساتها الإجرائية بمناسبة حكم قضائي- مجلة العلوم القانونية - تصدر عن الاتحاد العام للقانونيين - العدد السابع السنة السابعة - أبريل يونيو 1993م.
7. ضمانات حسن أداء العدالة في التنظيم القضائي الليبي - مجلة الدراسات العليا - تصدر عن أكاديمية الدراسات العليا والبحوث الاقتصادية - العدد الخامس السنة الثامنة 1998م.
8. إدارة القضايا وإدارة المحاماة الشعبية ازدواجية غير مبررة - مجلة المحامي - العددان 41 - 42 السنة الحادية عشر يناير يونيو 1994م.
9. صلاحية المحكمة الاستثنائية عند إلغاء الحكم المطعون فيه - مجلة المحامي العددان 43 - 44 يوليو ديسمبر 1994م.

10. مبادئ المحكمة العليا والالزام المستحيل - مجلة المعهد العالي للقضاء - العدد الأول السنة الأولى 2000م.
11. مدى ضرورة اختصام جميع المحكوم عليهم لقبول الطعن " تعليق على حكم المحكمة العليا - مجلة المعهد العالي للقضاء العدد الثاني - سنة 2008م.
12. الشرط الجزائي في القانونين الفرنسي والليبي " عرض لأطروحة دكتوراه " مجلة القانون - كلية القانون جامعة طرابلس - العدد الأول السنة الأولى 2003م.
13. الثوابت القانونية ودستور ليبيا المرتقب - مجلة القانون - كلية القانون جامعة طرابلس - العدد الثالث 2011-2012م.
14. السياسة التشريعية في ليبيا في المرحلة الانتقالية - مجلة القانون كلية القانون جامعة طرابلس العدد السادس 2016-2017م
15. الخصخصة الجزئية لمهنة المحضرين - مجلة إدارة القضايا العدد الثالث السنة الثانية
16. فكرة القاضي الطبيعي وفكرة المحاكمة العادلة في القانون الليبي - مجلة الاجتهاد القضائي - تصدر عن مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع - جامعة محمد خيضر بسكرة - كلية الحقوق والعلوم السياسية - العدد 13 ديسمبر 1916م.
17. الحق في عدم التمييز في ليبيا بعد ثورة 17 فبراير - ضمن الكتاب السنوي للمنظمة العربية للقانون الدستوري - 2015-2016م.
18. أضواء سريعة على المسؤولية المدنية للمحامي في القانون الليبي - المجلة العربية للفقهاء والقضاء - تصدرها الأمانة العامة لجامعة الدول العربية - العدد 24 أبريل نيسان 2003م.
19. أضواء على قواعد التحكيم في قانون المرافعات الليبي - المجلة العربية للفقهاء والقضاء - العدد 25 أبريل نيسان 2001م.
20. السياسة التشريعية في المرحلة الانتقالية - ضمن كتاب تقويم تشريعات ليبيا لأجل إعادة البناء - مركز دراسات القانون والمجتمع - جامعة بنغازي ومؤسسة فولينهوفن للقانون والحوكمة والتنمية جامعة ليدن هولندا. 2015م.
21. منازعات الملكية العقارية والعدالة الانتقالية في المقاربة الليبية - ضمن كتاب علاج منازعات الملكية العقارية في ليبيا ما بعد القذافي في إطار العدالة الانتقالية - مركز دراسات القانون والمجتمع - جامعة بنغازي ومؤسسة فولينهوفن للقانون والحوكمة والتنمية جامعة ليدن هولندا.
22. دراسة عن قانون التوفيق والتحكيم في ليبيا - مجلة التحكيم - العدد الثامن - السنة الثاني تشرين الأول أكتوبر 2010م.
23. عضو مجلس إدارة في المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية - بيروت.



رايمون لوجيه (المشرف) فرانسوا شابا - جامعة باريس (مناقش يسار)
بيير كوفران - جامعة بواتييه (مناقش يمين)
تاريخ المناقشة : 9 نوفمبر 1981م جامعة بواتييه



لجنة إعداد القانون العربي للإجراءات المدنية



اليمين الصف الأول: مسعود شريحة .. عمر صافار .. عبدالغني الرويمض .. الكوني أعبودة .. خالد كعوان .. محمد بركة
يسار الصف الثاني: ميلود المهدي .. المدني الأزهري



اجتماع عمداء كليات الحقوق (مكناس - المغرب)



محاضرة في جامعة مصراته حول (القضاء الليبي بين مقتضيات المثال وضغوط الواقع)





قائمة برسائل الماجستير والدكتوراه التي أشرف عليها السيد المحترم أ.د. الدكتور الكوني علي أعبودة.

ت	اسم الطالب	عنوان الرسالة	أعضاء اللجنة	تاريخ المناقشة
1	علي مسعود محمد	الادعاء المدني بالتزوير في المواد المدنية والتجارية	د.عبد السلام المزوغي د.سعيد محمد الجليدي	1999/3/22م
2	فرج أحمد الدائمي	الغير في خصومة التحكيم	د. محمد علي البدوي د.أحمد عمر أبوزقية	2001/1/10م
3	عبد الحميد مصباح الهرمة	التقدير القضائي للتعويض في القانون المدني	د.محمد علي البدوي د.سعيد محمد الجليدي	2001/10/28م
4	علي محمد إبراهيم أبورأس	الخبرة في النزاع المدني	د.عمر إبراهيم حسين د.مفتاح عبد السلام المهدي	2002/4/17م
5	فضل آدم فضل	الإثابة القضائية "دراسة مقارنة في القانون الليبي والسوداني"	د.محمد علي البدوي د.عمر إبراهيم صفار	2004/3/18م
6	مصطفى سالم كريم	النظام التأديبي للقضاة وأعضاء النيابة في القانون الليبي	د.عبد الغني الرويمض د.خليفة سعيد القاضي	2004/7/15م
7	خلود العربي عبدالله الساعدي	ارتباط دعاوى والطبقات في قانون المرافعات	د.الحبيب خليفة اعبودة د.عمران مفتاح الشكشوكي	2004/7/20م
8	علي مسعود محمد "دكتوراه"	القاضي ووقائع النزاع	د.أحمد عمر بوزقية د.عبد الرحمن محمد أبوتوتة د.مسعود محمد مادي د.محمد علي البدوي	2005/5/7م
9	عماد رجب العربي	التملك بطريق الشفعة	د.محمد علي البدوي د.عمر إبراهيم صفار	2008/8/2م
10	خليل محمد جابر	النطاق الموضوعي للأثر الناقل للاستئناف	د.محمد علي البدوي د.عمر إبراهيم صفار	2008/11/5م
11	عبير سالم عبدالعزيز	وسائل الحد من آثار البطلان	د.محمد علي البدوي د.عمران مفتاح الشكشوكي	2009/7/20م
12	سامي بن حسين ثابت	ضمانات حق الدفاع أمام القاضي المدني	د.عبد الحفيظ عبد الجليل ديكنة د.عمر إبراهيم صفار	2009/7/26م
13	فضل آدم أحمد "دكتوراه"	التحكيم في منازعات الاستثمار "دراسة مقارنة بين القانون الليبي والقانون السوداني"	د.محمد عمار تيبار د.محمد علي البدوي د.مسعود محمد مادي د.محمد مصطفى سليمان	2009/10/26م

ت	اسم الطالب	عنوان الرسالة	أعضاء اللجنة	تاريخ المناقشة
14	حمزة امحمد الأخضر	مسئولية المحكم المدنية	د.الحبيب خليفة اعبودة د.الصادق الأمين المصري	2010/2/18م
15	نادية عياد الأزرق	نسبية آثار الطعن في الأحكام المدنية "دراسة في قانون المرافعات"	د.محمد علي البدوي د.جمعة محمود الزريقي	2010/6/9م
16	حمزة مفتاح سوف	الحجز التحفظي على الطائرات في القانون الليبي	د.محمد علي البدوي د.عمران مفتاح الشكشوكي	2010/11/8م
17	أبو فايد محمد احموده"دكتوراه	مسئولية القاضي المدنية عن أخطائه المهنية	د.محمد علي البدوي د.الحبيب خليفة اعبودة د.مسعود محمد مادي	2012/1/5م
18	خالد محمد حسن المنفي	حياد المحكم دراسة في القانون الليبي	د.محمد علي البدوي د.مجمد مصطفى سليمان	2012/1/24م
19	ريم عمران العكرمي	القضاء المستعجل وتحوير الطلبات	د.محمد علي البدوي د.مصطفى مصباح شليك	2012/5/8م
20	محمد صالح أبو حجر	النفقة الوقتية في القانون الليبي	د.محمد علي البدوي د.عمران مفتاح الشكشوكي	2013/2/5م
21	محمد نوح عيسى	مبدأ القاضي الطبيعي في النظام القضائي الليبي	د.محمد علي البدوي د.سليمان محمد خليفة إبراهيم	2015/12/30م
22	أبو بكر عبدالسلام بن زيد	النظام القضائي للجان الإدارية ذات الاختصاص القضائي	د.أبو جعفر عمر المنصوري د.محمد الهادي الحراري	2015/7/7م
23	كوثر الأمين عبدالجواد	التعويض عن تفويت الفرصة في المسؤولية العقدية	د.عبدالغني الرويمض د.مفتاح رمضان الرويمي	2016/4/5م
24	فتحي فرج صالح مفتاح	القوة القاهرة في عقود الفيديك	د.محمد علي البدوي د.سليمان محمد خليفة إبراهيم	2016/8/8م
25	صالح علي أبو رقية	حجز القيم المنقولة"دراسة فقهية مقارنة بين القانون الليبي والمصري"	د.الحبيب خليفة اعبودة د.مفتاح رمضان الرويمي	2016/12/4م
26	أمنة عمر المحمودي	العرض والإيداع في القانون الليبي	د.محمد علي البدوي د.سليمان محمد خليفة إبراهيم	2018/5/5م

قائمة برسائل الماجستير والدكتوراه التي شارك فيها أ.د. الكوني أعبودة كعضو داخلي بلجنة المناقشة

ت	اسم الطالب	عنوان الرسالة	أعضاء اللجنة	تاريخ المناقشة
1	عبدالمجيد الصادق السائح	التأمين عن المسؤولية المدنية	د.محمد علي البدوي د.مسعود محمد مادي	2000/10/16م
2	صلاح كريم جواد الخفاجي "دكتورة"	الظروف والملابسة وأثرها على التعويض	د.محمد علي البدوي د.سالم ارجيعة د.مسعود مادي د.محمد مصطفى سليمان	2001/11/12م
-3	سعاد علي ناجي	دعوى الحسبة بين النظرية والتطبيق	د.محمد علي البدوي د.عمر مولود أبوحميرة	2002/2/13م
4	سعد جبار حسن السوداني"د كتوراه"	المؤولية المدنية في علاقات العمل "دراسة مقارنة"	د.عبدالغني الرويمض د.محمد مصطفى سليمان د.عبدالقادر محمد شهاب د.محمد علي البدوي	2002/7/18م
5	-نصر الدين أحمد الصخفان	تنظيم الاستثمار الأجنبي بتشريع خاص	د.الحبيب خليفة جبودة د.مسعود محمد مادي	2002/11/4م
6	صالح محمد صالح امبارك	عقد التمويل والتأجير في ضوء القواعد العامة في القانون المدني الليبي	د.الحبيب خليفة جبودة د.مسعود محمد مادي	2008/3/8م
7	حسن علي مكي امشيري	خصوصيات التعاقد عن طريق الانترنت "شبكة المعلومات الدولية" "دكتورة"	د.مسعود محمد مادي د.محمد علي البدوي د.عمر إبراهيم صفار د.محمد مصطفى سليمان	2008/5/4م
8	سلمى أحمد البشير	العدالة الخاصة في القانون المدني "دراسة مقارنة"	د.عمر إبراهيم حسين د.محمد مصطفى سليمان	2008/6/16م
9	هدى نور الدين الثلثي	الملكية الفكرية للتجارة الالكترونية	د.محمد الجيلاني البدوي د.مسعود محمد مادي	2009/4/23م
10	عزالدين مصطفى جاب الله المحجوب	معوقات الضمانات المصرفية المستقلة	د.الحبيب خليفة جبودة د.مسعود محمد مادي	2009/7/13م
11	خالد رافع الغالي	ابشرط المخالف للقانون الأكثر فائدة للعامل	د.عبدالغني الرويمض د.محمد مصطفى سليمان	2009/11/9م

ت	اسم الطالب	عنوان الرسالة	أعضاء اللجنة	تاريخ المناقشة
12	شذى محمد صالح	آثار نظرية البطلان على عقد العمل الفردي	د. عبدالغني الرويمض د. محمد مصطفى سليمان	2010/5/24م
13	محمد مفتاح الجطلاوي	النظام القانوني لمجلس إدارة شركة المساهمة في القانون التجاري الليبي	د. محمد الجيلاني البدوي د. عمر إبراهيم صفار	2010/7/4م
14	امحمد فتح الله عبد الحميد	الشركة القابضة طبيعتها وأحكامها	د. محمد عمر تبار د. مسعود محمد مادي	2010/9/20م
15	أبو بكر امحمد بن يحمّد	رجوع الدائن على الكفيل بين الجمود والتطوير	د. محمد علي البدوي د. محمد مصطفى سليمان	2010/10/19م
16	مرّوة عليّوة يحي	النظام القانوني لبراءة الاختراع	د. محمد الجيلاني البدوي د. محمد مصطفى سليمان	2012/7/17م
17	حنان محمد حمدي المغربي	ملكية العلامة التجارية في القانون الليبي	د. محمد الجيلاني البدوي د. مسعود محمد مادي	2011/6/27م
18	آلاء عمر أبو رخيص	المسؤولية المدنية لمحري العقود	د. محمد علي البدوي د. عبدالسلام عبدالجليل سالم	2015/9/3م
19	عبدالمنعم محمد الشح	رهن المحل التجاري "دراسة مقارنة"	د. محمد علي البدوي د. عمر إبراهيم صفار	2017/2/4م

إضاءة

تقرير

منه عرفت معنى أن تكون الصياغة حمالة أوجه بالقدر الذي يجعلها تتكيف مع النوازل والمستجدات، دون أن تكون غائمة إلى حد يسمح بالتحايل والالتفاف. ومنه أدركت خطر الخطاب القانوني، أن مصير شعب بأسره قد يكون رهنا لخطأ في الصياغة. في أحلك الظروف الأمنية التي كانت تمر بها العاصمة، كان يقول كلمته واضحة جلية، تجرأ بما لا يجرؤ كثيرون على قوله. لا شيء يحظى باحترامه كالصدق في القول والإخلاص في العمل، ولا شيء ينبو عنه كالزيف والإدعاء. اختلافه مع الآخرين لا يرقى، بل لا ينزل، إلى مستوى الخلاف الشخصي، فالآخر مرحب به، أيا كان مذهبه، وحق هذا الآخر لا يصادر، ليس فحسب لأنه مواطن، بل أساسا لأنه إنسان، والإنسان عنده، كما عند الفلاسفة العظام، قيمة في ذاتها، والطرائق عنده، كما عند المنصوفة الكبار، بعدد أنفس الخلائق. لا خلاف لديه يفسد للود قضية، فالود عنده هو القضية. قل ما نشاء، سوف ينصت الكوني إليك، ما لم تكن دعيا، أو تساوم على كرامة الإنسان. وحبل وده مع الأحباب لا ينقطع، وحين يهمل بابتسامته النديّة يشعرون أن قدم صدق تسعى إليهم. لم يعرفه أحدٌ قدر ما عرفه مالك عبيد ومحمود بوصوة، وثلاثتهم أعضاء في حزب لا تسترط العضوية فيه الاعتقاد في أفكار أيديولوجية، أو التشيع إلى أي حميات عصبية، بل الالتزام بالجدية والإنصاف. وماذا ننتظر من قانوني وسياسي ومؤرخ، يجمعهم الصدق والحرص والحياد، غير سعي لا يلين من أجل الحقيقة والوطن والإنسان؟ أليس حسب جامعتهم أنها أنجبت هؤلاء القابضين على جذوة البحث، المنبرين بها عتمة هذا السواد، المتشوفين إلى هدوء العاصفة، إلى ليلة ننام فيها واثقين أن غدا بهيّا في انتظارنا؟.

د/ نجيب الحصادي

المسؤولية الطبية والقضاء (الهرولة نحو القواعد العامة)

المقدمة:

صدر قانون المسؤولية الطبية (ق . م . ط) بتاريخ 1986/11/24، وتتالت لوائحه التنفيذية في الصدور فمنها ما يُنظم هيئة التأمين الطبي، ومنها ما يخص المجلس الطبي، ومنها ما يتعلق بلائحة التعويضات .

كما أنّ القرارات المنظمة للمجلس الطبي بعضها صدر عن اللجنة الشعبية العامة (سابقاً)، ومنها ما أصدره أمين الصحة والضمان الاجتماعي (سابقاً)، وقد ألغى المشرع هيئة التأمين الطبي لتحل محلها شركة ليبيا للتأمين .

المهم من خلال هذه التشريعات أراد المشرع أن تكون مميزة بقواعد قانونية خاصة تخرج عن المألوف في القواعد العامة بقصد توفير أكبر ضمانات لضحايا الأخطاء الطبية.

وقد تناول قانون المسؤولية الطبية بالتفصيل الضروري قواعد المسؤولية الطبية، وأراد أن يكون طموحاً ليغطي جميع أنواع المسؤولية الطبية : المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية والمسؤولية التأديبية في نصوص محدودة لا تتعدى (37) مادة . وأحال في تنظيم أحكام قانونية أخرى مهمة جداً إلى المشرع اللائحي وخاصة فيما يتعلق بالتأمين الطبي !!

ومن هنا كان النقص والتناقض في الأحكام مما استدعى تدخل القضاء لتفسير النصوص بما يلائم إرادة المشرع ويحقق المصلحة معاً .

فتعثر القضاء كثيراً في تلمس الرأي الذي يراه مناسباً في المسائل المعروضة عليه، فتراه ينتقل من النقيض إلى النقيض وأحياناً في وقت قصير .

وليس من شأن هذه الورقة - بطبيعتها محدودة - مناقشة الجوانب المختلفة لأحكام قانون المسؤولية الطبية ولوائحه وموقف القضاء، وحسبها إبراز المهم منها الذي رجح بتشريعات (ق.م.ط) من أحكام متفردة ومميزة إلى القواعد العامة في المسؤولية الطبية. ونخص بالبحث في مسألة الإثبات من جهة (المبحث الأول) والتعويض من جهة أخرى (المبحث الثاني) .

المبحث الأول

إثبات المسؤولية الطبية

أنط قانون المسؤولية الطبية مهمة الإثبات إلى المجلس الطبي بالنص على ذلك في مادة وحيدة وهي المادة (27) منه، وأحال قانون المسؤولية الطبية في شأن تنظيم هذا المجلس إلى اللوائح .

وقد كانت رؤية اللوائح المنظمة للمجلس الطبي لتفسير نص المادة (27) من قانون المسؤولية الطبية متماشية مع رؤية القضاء في جعل المجلس الطبي الجهة الوحيدة المختصة بإثبات المسؤولية الطبية .

وبعد وقت ليس بالطويل انفرط عقد هذا الرأي الموحد إلى أن انتهى إلى النقيض تماماً . والعودة بالإثبات إلى المربع الأول .

ومن المفيد إبراز تنظيم المجلس الطبي وتقديره (المطلب الأول)، وعرض موقف القضاء بشأن دوره في الإثبات (المطلب الثاني) .

المطلب الأول: المجلس الطبي

أولاً : تنظيم المجلس الطبي:

أ- نبذة عن المجلس الطبي:

نص وحيد تناول قانون المسؤولية الطبية المجلس الطبي وهو نص المادة (27) والذي يقضي بأنه " يختص بتقرير مدى قيام المسؤولية الطبية لمجلس طبي يتبع أمانة الصحة، ويتكون من عدد من ذوي الخبرة في الاختصاصات العالية في المهن الطبية والمهن المرتبطة بها " . ويُعاب على هذا النص بأنه أنط بالمجلس الطبي إثبات المسؤولية، وليس هذا المقصود، بل ما أراده القانون هو إثبات الخطأ الذي هو عنصر من عناصر المسؤولية، ولأن بعض أنواع المسؤولية في (ق. م. ط) لا تحتاج في ثبوتها إلى وجود خطأ، بل مجرد التسبب في الضرر أو المسؤولية عنه (مسؤولية طبيب الأسنان عن تركيب الأسنان، والمسؤولية عن الأدوات والأجهزة "المادة 26"، والمسؤولية عن أخطاء الغير " المادة 25 ") .

ونصّ المادة (27) بصياغته جاء مُناقضاً للاتجاه العام في (ق . م . ط) وهو التشديد في المسؤولية الطبية، وافترض أنّ مجرد حصول الضرر يقوم قرينة على وجود الخطأ الطبي أو الإخلال بالالتزام⁽¹⁾.

فكيف من جهة يفترض ترتب مسؤولية الطبيب من مجرد حصول الضرر المادة (23) ثم القول بأنّ المجلس الطبي يختص بمدى قيام المسؤولية الطبية، والفرص أنها قائمة من حصول الضرر للمريض ما لم يثبت العكس !! فكأنّ المشروع قد سلب من المريض باليد اليسرى (المادة 27) ما أعطاه له باليد اليمنى (المادة 23) !!

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة (27) ق . م . ط) على أن تصدر اللجنة الشعبية العامة (سابقاً) بناءً على عرض أمين اللجنة الشعبية العامة للصحة القرارات المتعلقة بتشكيل المجلس المذكور، وتنظيمه، وكيفية مباشرته لاختصاصاته .

وفي هذا السياق أصدرت اللجنة الشعبية العامة القرار رقم (182) لسنة 1989 م بإنشاء المجلس الطبي، والذي قضى بتكوين هذا المجلس وجعل تبعيته للجنة الشعبية العامة للصحة (الخصم والحكم) !!

ويتكون المجلس من عدد من العناصر من ذوي التخصصات العالية في المهن الطبية والمهن المرتبطة بمهنة الطب، وتسري في شأنهم الأحكام المتعلقة بالخبراء المنصوص عليها في قانون المرافعات وقانون الإجراءات الجنائية، وذلك بما لا يتعارض مع أحكام القانون رقم (17) لسنة 1986.

وحددت المادة (الثالثة) من ذات القرار اختصاصات المجلس بأنّ " يختص المجلس الطبي بالنظر في القضايا المتعلقة بالمهن الطبية والمهن المرتبطة بها التي تحال إليه من الهيئات القضائية ودراستها وتقييمها فنياً، وتقرير مدى قيام المسؤولية الطبية المترتبة على الخطأ الطبي الناجم عنها بشكل محدد أو إثبات العكس وإعداد تقرير بذلك يرفع إلى الجهة المحالة منها القضية".

(1) تنص المادة 23 من ق . م . ط " ... ويعدّ نشوء الضرر قرينة على ارتكاب الخطأ أو الإخلال بالالتزام " وكان حرياً بأن يكون نص المادة 27 " ويختص بتقرير مدى عدم وجود الخطأ مجلس طبي ... " فيقع على الطبيب الالتزام بإثبات براءته من دم المريض .

وسرعان ما تم تعديل القرار المذكور بالقرار رقم (17) لسنة (1424) لتكون الإحالة إلى المجلس الطبي من الهيئات القضائية وكذلك من هيئة التأمين الطبي . على أن عبارة الإحالة من طرف الهيئات القضائية غير موفقة، كما نعرف أن مدلول الهيئات القضائية واسع، ويشمل جهات لا علاقة لها بموضوع الإحالة على المجلس الطبي (هيئة التفطيش القضائي، إدارة القضايا، والمحاماة العامة) . ولعل ما قصده المشرع هو المحاكم والنيابة العامة، بالإضافة إلى هيئة التأمين الطبي التي حلت محلها شركة ليبيا للتأمين. وعلى أية حال تجربة المجلس الطبي فريدة، وتستحق التقييم .

ب- تقييم المجلس الطبي:

المجلس الطبي فكرة جديدة ابتدعها المشرع لها ما لها (أ)، وعليها ما عليها (ب) .

1- الجانب الإيجابي للمجلس الطبي:

لا شك أن المجلس الطبي بحكم تكوينه من استشاريين مخضرمين في مهنة الطب له القدرة، وربما أكثر من غيره على تقدير سلوك الطبيب ومن في حكمه المدعى عليه بارتكاب الخطأ.

أيضاً العدد الكبير لأعضائه من (تسعة إلى عشرة) بما لهم من خبرة واسعة وبما يفترض أن يتم بينهم من نقاش ومشاورات حول الوقائع المنسوبة إلى الطبيب، قد يكون تقييمهم أقرب إلى الحقيقة، ويمنح الثقة عند الجمهور فيما يقررونه بشأن وجود الخطأ من عدمه، كما أن العدد الكبير للمجلس أو الغالبية الحاضرة⁽¹⁾ يمنع من التحيز لطرف (الغالب الطبيب) على حساب آخر (غالباً المريض) فيما لو كان قرار الخبرة صادراً من طبيب واحد، تُعينه المحكمة لذلك .

أيضاً تراكم الخبرة من خلال إدارة تحتفظ بالملفات، وتوثق المؤشرات على وجود تراخ أو تهاون أو نقص في الإمكانيات قد يكون جيداً إذا أحسن استخدامه على تطوير مهنة الطب وتوجيه التعليمات إلى الجهات الطبية المعنية. كما تساعد تراكم المعلومات ورصدها البحاث على تقييم حقيقي لمستوى الرقي الطبي في البلاد أو معالجة القصور . مقارنة بتعيين خبير مستقل من طرف المحكمة في كل قضية .

(1) ليس من الضروري حضور جميع الأعضاء، ويكفي مشاركة أغلبية أعضاء المجلس في اتخاذ القرار!!

(المادة 6).

لعل الدور الأساسي الذي كان من المفترض أن يقوم المجلس الطبي به هو الدور التصالحي ردماً للهوة وحلاً للخلاف الذي قد يجعل الطبيب المعالج ومريضه بعيدين عن ردهات المحاكم، وفي سرية تامة مما يسهل الوصول إلى توافق قد يرضي المضرور والطبيب والمؤمن جميعاً. وبذلك يتم علاج المشكلة بعيداً عن معارك القضاء فلا مهزوم، ولا منتصر. فالكل يجد ضالته فيما يتوصل إليه المجلس الطبي صلحاً، وبهذا يتم تقادي بطء العدالة التي نعاني منها وبمرارة⁽¹⁾، وقد تكون تجارب الدول عوناً لنا في تنظيم هذا الدور الحيوي⁽²⁾.

ولكن المشرع في تنظيمه للمجلس الطبي تغاضى عن هذا الدور المهم، وتصور أن كل تعويض للمضرور يجب أن يمر من خلال دعوى تستهلك جهداً ووقتاً ومالاً على أطراف الدعوى جميعاً المضرور والطبيب والمؤمن.

فقد يفضل المضرور الوصول إلى حل سريع خاصة وأنه في حاجة ماسة للمال لاستكمال علاجه إذا حصل تفاقم للمرض بسبب خطأ الطبيب ومن في حكمه، أو في حالة إعالة الأيتام وأسرة المتوفى عموماً بخطأ الطبيب، وهم في كثير من الأحيان في حاجة ماسة للمال بعد فقد العائل. وقد لا يسعهم الانتظار سنوات للحصول على حكم نهائي قابل للتنفيذ. وكذلك يجد الطبيب ضالته في الوصول لصلح يحفظ له سمعته، ولا يفقد ثقة المريض فيه والمرضى عموماً "قالصالح خير"⁽³⁾ كما عبر القرآن الكريم، وكما يقول المثل الدارج "صلح سيئ أفضل من قضية رابحة". كذلك قد يكون الصلح أفضل للمؤمن يُغنيه عن معاناة التردد على ردهات المحاكم وتراكم مصاريف القضاء والمحاماة، وقد تكون القضية خاسرة والخطأ ثابت في حق الطبيب، ولا داعي للعت.

وإذا كان المجلس الطبي يمكن أن يخدم العدالة في مسائل فنية صعبة الإثبات إلا أنه بوضعه الحالي سيء التنظيم.

2- الجانب السلبي للمجلس الطبي:

لقد وجد الفقه في تنظيم المجلس الطبي كثيراً من المثالب، وساهم قضاة الموضوع والقضاء العالي في إبراز العديد منها.

- (1) فلم يتمكن المجلس الطبي خلال مسيرته منذ إنشائه من إصدار قرارات إلا في حدود الثلث.
- (2) ألمانيا وسويسرا وفرنسا. أشرف جابر، التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء، دار النهضة العربية، 1999، ص 296، وما بعدها.
- (3) سورة النساء، آية 126، رواية قالون.

فُيعاب على تنظيم المجلس الطبي أنه استحدث جهازاً كبيراً ومحدود النتائج. فهو مشكّل من عدد كبير من الأطباء (بين تسعة وعشرة من الاستشاريين)، وهيكل إداري كبير مركزه في مدينة طرابلس وحدها، ودون أن تكون له فروع في ربوع بلاد مترامية الأطراف تفصل فيما بينها مئات الكيلومترات، فكيف يتسنى لمريض من طبرق أو سبها أو غات أو غدامس مثلاً أن يتواصل مع هذا المجلس لشرح حالته أو عرض نفسه على خبرة المجلس!! وكمن عناء نفسي ومادي سيعانيه الطبيب المدعى عليه بخطأ طبي في الاتصال أو التوجه للمجلس الطبي ليشرح ظروف ما حصل ويدافع عن نفسه!! وهل بمقدور المجلس الطبي الانتقال إلى مثل هذه المناطق البعيدة للإطلاع على ملابسات القضية وظروفها في عين المكان، وقانون المسؤولية الطبية يلزمه بأخذ الظروف الملاعبة التي حصل فيها التدخل الطبي في الاعتبار!! ولا شيء يسمح للمجلس الطبي بعقد اجتماعاته خارج مركزه، ولا أن يندب أحد أعضائه للقيام بالمهمة أو يطلب من جهة في عين المكان القيام بالتحقيق وجمع المعلومات والدلائل على الظروف المحيطة بالحالة المحالة إليه .

وقد يتبادر إلى الذهن أنه كلما كثر أعضاء المجلس الطبي كلما كان قراره أقرب إلى الصواب . وبإمعان النظر في تشكيل المجلس الطبي نجد قرار المجلس الطبي هو في الغالب من صنع الطبيب المتخصص في المسألة المعروضة عليه، وما توقيع بقية الحاضرين سوى أمر شكلي. فإذا عرضت قضية تتعلق مثلاً (بالعيون أو المسالك البولية أو طب النساء) فإن فتوى الطبيب المتخصص في هذه المسألة هو الذي سيتم تبنيه في معظم الحالات من بقية أعضاء المجلس .

كذلك تبعية المجلس الطبي لوزارة الصحة، وهو الذي يقرّ وحده مدى قيام المسؤولية الطبية، يتناقض أحياناً مع مبدأ حيدة الخبير . فأغلب القضايا المرفوعة موجّهة ضد وزارة الصحة بشأن أخطاء أطباء ومن في حكمهم من العاملين لديها . " فيك الخصام وأنت الخصم والحكم " كما قال الشاعر المعروف أبو الطيب المتنبي .

وقد بينت الإحصائيات أن المجلس الطبي لم يفلح في القيام بالمهام المنوطة به، وساهم بشكل كبير في بطء العدالة .

فقد عرضت على المجلس الطبي خلال مسيرته منذ إنشائه حوالي (3000) قضية، ولم يتمكن من إصدار قراراته إلا بنسبة 35% من هذه القضايا .

ويرجع هذا البطء إلى عوامل عديدة لعل أهمها عدم تلبية العناصر الطبية لطلبات الاستدعاء الصادرة من المجلس لاستكمال واستجلاء التحقيقات، وكذلك نتيجة تزامن سفر العناصر الطبية غير الوطنية خارج البلاد بانتهاء عقودهم خلال فترة النظر في الطلبات الموجهة ضدهم أمام المجلس الطبي. هذا فضلاً عن عدم إرسال التقارير في الميعاد أو عدم الردّ مطلقاً وضياع بعض ملفات المرضى أو العبث بها بنزع بعض الأوراق أو تحريف المعلومات التي تدين الطبيب ومن في حكمه⁽¹⁾، وكذلك عدم تجاوب المرافق الطبية الخاصة أو العامة بإرسال الملفات الطبية أو الوثائق المتعلقة بما هو معروض على المجلس الطبي .

وقد طالب المجلس الطبي لتفادي هذا القصور من الجهات المختصة منحه صفة مأمور الضبط القضائي⁽²⁾ .

وكيف يتسنى عدلاً ومنطقاً أن يتولى المجلس الطبي تقرير مدى قيام المسؤولية الجنائية!! ويُصدر المبدأ المستقر والمهم : حرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته، فيضطر القاضي إلى الحكم بالإدانة أو البراءة بناءً على تقرير المجلس الطبي رغم قناعة القاضي بعدم وجود خطأ من مصادر إثبات أخرى (الطب الشرعي، أطباء مستقلون في الخارج أو الداخل!!) ولعل هذه هي القشة التي قسمت ظهر البعير، وجعلت القضاء الجنائي ينأى مبكراً بنفسه عن قاعدة إلزامية قرار المجلس الطبي للقاضي وأطراف الدعوى وينتصر لمبدأ القاضي الجنائي حر في تكوين عقيدته، وما المجلس الطبي إلا خبرة كغيره ليس إلا⁽³⁾ .

وقد سبق القول بأنه رغم الصياغة الواسعة لنص المادة 27 من ق . م . ط فإن مجال عمل المجلس الطبي لا يتطابق مع هذه الصياغة .

ثانياً: نطاق عمل المجلس الطبي:

رغم الصياغة الواسعة لنص المادة (27 ق . م . ط) التي تقضي " يختص بتقرير مدى قيام المسؤولية الطبية لمجلس طبي يتبع أمانة الصحة ويتكون من عدد من ذوي التخصصات العالية في المهن الطبية والمهن المرتبطة بها " . فإنه ليس من شأن المجلس الطبي النظر في

(1) وقد أشارت الدائرة الجنائية الأولى بتاريخ 2005/5/14 إلى قصور بعض تقارير المجلس الطبي واستبعدت تقرير المجلس الطبي كونه جاء مجهلاً بما أصاب المدعية نافيةً مسؤولية الطبيب دون ذكر أو توضيح هذه العبارة .

(2) توصيات مؤتمر المسؤولية الطبية لسنة 2018 " غير منشورة " .

(3) الطعن الجنائي، رقم 36/364، بتاريخ 1992/2/12، (غير منشور) .

كثير من المسائل التي تثير المسؤولية الطبية للطبيب ومن في حكمه، إما لأن ما ينسب إليه من الأخطاء العادية التي يجب أن يقدرها القاضي وحده، ولا شأن ولا حاجة للرجوع للمجلس الطبي (أولاً)، وإما لأن مسؤولية الطبيب تقوم على أساس آخر غير الخطأ (ثانياً)، وإما لوجود حكم جنائي نهائي أصبح عنوناً للحقيقة وملزماً للقاضي المدني (ثالثاً).

أ- الخطأ العادي:

لن ندخل في جدل التمييز بين الخطأ العادي والخطأ المهني، فهناك العديد من الأخطاء التي يكون القاضي هو الأقدر والأولى بالتعرف عليها، وهي الأخطاء التي لا تتصل بالأصول الفنية المهنية الطبية، كعدم مراعاة الطبيب ومن في حكمه في اتخاذ واجبات الحيطة والحذر التي تكون لزاماً على الكافة مُراعَاتها دون النظر في المهنية، أو هي من الوضوح بحيث لا تحتاج لتقدير فني من الخبير، من ذلك تأخر الطبيب المعالج عن الحضور ومساعدة المريض رغم استدعائه، أو تأخره في الحضور مما أدى إلى تفاقم حالة المريض، أو إجراء العمل الطبي (الجراحي أو غيره) في حالة سكر أو تحت تأثير مخدر أو وصف الدواء للمريض دون الكشف عنه، أو بتر العضو الصحيح للمريض بدلاً من العضو المريض (كلية أو ساقاً أو يداً) أو هروب الجراح تاركاً المريض بعد بدء العملية عندما أخبر أن مريضه مصاب بمرض عدم المناعة المكتسبة، أو إصدار الطبيب أمراً للقبالة بتوليد امرأة حامل مما ترتب عنه فشل عملية الولادة، أو حقن المريض بحقنة في الوريد بدلاً من العضلة، أو حقنه بحقنة (أمبيسلين) دون اختبار الحساسية مما أدى إلى وفاة المريض .

مثل هذه الأخطاء وغيرها لا تحتاج لخبرة فنية من المجلس الطبي، فهي لا تتطلب معرفة خاصة، فهي أخطاء عادية يُدركها القاضي، وقد يكون الوحيد المختص - دون المجلس الطبي - بتقديرها كإجراء عملية من جراح وهو في حالة سكر أو إفشاء سر المريض .

والأمر يزداد وضوحاً في عدم اختصاص المجلس الطبي إذا كانت المسؤولية الطبية تقوم على أساس آخر غير الخطأ .

ب- المسؤولية الطبية غير الخطئية:

هناك حالات عديدة قرّر فيها قانون المسؤولية الطبية قيام المسؤولية الطبية دون الحاجة لإثبات خطأ، بل يكون الطبيب ومن في حكمه مسؤولاً ولو ثبت يقيناً أنه لم يرتكب أي خطأ .

1- في الالتزام بتحقيق نتيجة:

صحيح أن الغالب في مسؤولية الأطباء ومن في حكمهم تقوم على خطأ، ويُعفى من أية مسؤولية إذا لم يرتكب خطأ رغم تحقق الضرر كموت المريض " كُلُّ نَفْسٍ ذَنْفَةٌ الْمَوْتِ "، "فَإِذَا

جَاءَ أَجْلُهُمْ لَا يَسْتَأْخِرُونَ سَاعَةً وَلَا يَسْتَقْدِمُونَ " أو تفاقم حالة المريض لعدم استجابته للعلاج لأسباب خاصة بالمريض كانهيار معنوياته. فكثيراً ما يفشل الأطباء في تحقيق الشفاء رغم الجهود الجبارة المبذولة، فالطبيب يعالج والله تعالي هو الشافي المادة (23 ق . م . ط) " وَإِذَا مَرِضْتُ فَهُوَ يَشْفِينِ " .

ومع ذلك بيّن قانون المسؤولية الطبية والاجتهاد القضائي والفقهية أن مسؤولية الأطباء ومن في حكمهم تصبح شديدة ويلتزمون بتحقيق نتيجة، فقد نصّ قانون المسؤولية الطبية مثلاً على أنّ التزام طيب الأسنان بتركيب الأسنان هو التزام بتحقيق نتيجة (المادة 2/16 ق . م . ط)، وليس على المريض إلباً إثبات أنّ النتيجة لم تتحقق لعدم تركيب الأسنان الصناعية الملائمة لحالة المريض، ولا حاجة من جانبه لإثبات وجود إهمال أو تقصير من جانب طبيب الأسنان، وليس لهذا الأخير التخلّص من المسؤولية بأنه عمل ما في وسعه، وعليه ليتحرّر من المسؤولية المدنية، تقديم الدليل على وجود سبب أجنبي، كخطأ المريض ذاته أو فعل الغير .

ونفس الشيء ينطبق على فني تحليل الدم⁽¹⁾، وكذلك التزام طيب التجميل فيما يعرف بعمليات التجميل الترفيحية أو الجمالية التي لا تقتضيها ضرورة طبية .

كذلك الحال بالنسبة للطبيب عندما يكون متبوعاً فهو مسؤول لمجرد توافر شروط مسؤولية المتبوع عن أخطاءٍ تابعه (الممرض أو الفني) كما نصت على ذلك المادة (25 ق . م . ط) . ويمثله إذا ما استعمل الطبيب شيئاً خطراً أضّر بالمريض .

2- المسؤولية عن الأشياء:

أصبح الطب الحديث يعتمد كثيراً على الآلات والأجهزة سواء لكشف أو علاج الأمراض، فضلاً عن زراعة الأجهزة المهمة في جسم المريض لتعويض بعض الأعضاء أو لمساعدتها على أداء مهامها عند حصول ضعف فيها. كما أنّ زيادة عدد أنواع الأدوية رغم مساهمتها الكبرى في تحقيق الشفاء قد تكون مصدراً إضافياً للإضرار بالمريض، ونتيجة لما يواكب المخترعات أحياناً بشتى أنواعها من عيوب في الصناعة أو في الاستعمال الشيء قد تسبب هذه الأدوات أضراراً

(1) من المؤسف أنّ (ق . م . ط) قد أعلق الباب أمام الاجتهاد في إيجاد التزامات أخرى صارمة لا تقوم على الخطأ، حيث جعل التزام طبيب الأسنان بتركيب الأسنان الصناعة كاستثناء من الأصل على أن التزام الطبيب ومن في حكمه التزام ببذل عناية حيث تنص المادة (7) " يكون التزام الطبيب في أداء عمله التزاماً ببذل عناية إلا إذا نص القانون خلاف ذلك " وقد أساء المشرع التعبير دون قصد، وكان الأولى إلباً إذا قضى القانون (بمعناه الواسع) على خلاف ذلك . ومن تم يسمح النص بظهور التزامات أخرى بتحقيق نتيجة .

للمريض. ومن هنا ذهب الفقه والقضاء إلى ضرورة تطبيق قواعد المسؤولية عن الأشياء التقصيرية أو العقدية أحياناً⁽¹⁾.

فالقانون المدني يُقيم مسؤولية حارس الأشياء (1/1384) مدني فرنسي، (181) مدني ليبي، الجامدة بمجرد إفلاتها من سيطرته دون حاجة لإثبات أي خطأ أو انحراف في السلوك من جانبه، بل تقديمه الدليل على عدم وجود خطأ في جانبه لا يغنيه فتبيلاً، فلا يعفى ولا تخفف مسؤوليته، ما لم يقدم هذا الحارس دليلاً على وجود سبب أجنبي أدى إلى حصول الضرر⁽²⁾.
 علماً بأن عيوب الشيء ولو كانت غير متوقعة أو مستحيلة الدفع لا تعتبر سبباً أجنبياً؛ بالتالي لا تصلح للتخلص من المسؤولية. وهذا ما كرسه قانون المسؤولية الطبية في المادة (26) "يكون مسؤولاً بالتضامن عن الأضرار التي تنجم عن استعمال الأدوات والأجهزة الطبية والأدوية كل من أمانة الصحة والجهات الموردة والمصنعة والموزعة والمستعملة"⁽³⁾.

(1) يُشار فقط ودون الدخول في التفاصيل إلى أن المسؤولية عن الأشياء العقدية لم تلقَ رواجاً بين الفقه والقضاء، ومع ذلك أصبحت إرصاصاتها تظهر بوضوح على مستوى التشريع والقضاء، ولعل المادة (26) ق. م. ط. والمادة 575 من قانون النشاط التجاري الجديد "لا يعدُّ من القوة القاهرة في عقود النقل انفجار وسائل النقل، أو احتراقها أو تصادمها أو غير ذلك من الحوادث التي ترجع إلى الأدوات والآلات التي يستعملها الناقل في تنفيذ النقل، ولو ثبت أنه أخذ الحيطة لضمان صلاحيتها للعمل ولمنع ما تحدثه من ضرر." أحد الشواهد على صحة ما نقول.

(2) للباحث: النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، 2003، طرابلس، الطبعة الرابعة، ص 326.

(3) ويبدو أن هذا النص جاء مسابراً للفترة التي أعد فيها قانون المسؤولية الطبية (1986) حيث كانت الجهات المذكورة في النص على العموم حكومية وتتبع غالباً وزارة الصحة نظراً لسيطرة الدولة على مفاصل الاقتصاد من استيراد وتوزيع واستعمال، ولا ينسجم النص ما عليه الحال اليوم، حيث غزا القطاع الخاص المجالات الطبية المختلفة من استيراد وتصنيع وتوزيع واستعمال. كذلك لا ينسجم مع ما تقتضيه تطبيق قواعد المسؤولية عن الأشياء، حيث يُسأل فقط من كانت له السيطرة الفعلية المستقلة على هذه الأشياء وقت حصول الضرر المادة (181) مدني. كما يُجافي هذا النص بعمومه العدل والمنطق: فكيف تُسأل وزارة الصحة مثلاً عن جهاز مصحة خاصة، واستورده شركة خاصة أو صنعه !!! وكيف يتسنى مُساءلة المستورد أو الصانع عن عيوب جهاز استعمله مستشفى أو مصحة خاصة، وظهر به عيب بعد البيع لطول الاستعمال أو عدم المعايرة! راجع للمؤلف: المرجع السابق، ص 217.

ويرى بعض الفقه بحق أن المسؤولية الشبئية عن هذه الأشياء لا تُطبق إلا إذا كان الضرر ناجماً عن وجود عيب فيها، أما الأضرار الناجمة عن استعمال هذه الأجهزة والأدوية المرتبطة بالعمل الطبي الفني فيكون التزام الطبيب فيها التزاماً ببذل عناية⁽¹⁾.

أما إذا كان الضرر الناجم عن استخدام هذه الأجهزة والأدوية منقطع الصلة بالعمل الطبي، ويرجع لعيب فيها، فهنا يُسأل الطبيب كغيره من الأشخاص مسؤولية حارس الشيء المادة (181 مدني)، وكذلك إذا صدر حكم جنائي نهائي يُدين الطبيب .

ج - صور حكم جنائي نهائي:

قانون المسؤولية الطبية ملئ بالتزامات على عاتق الأطباء، واعتبر المشرع مخالفتها جرائم معاقباً عليها جنائياً (المواد 33 إلى 36 ق . م . ط)⁽²⁾، ويترتب على مخالفة أي من هذه الالتزامات إحالة الطبيب ومن في حكمه على القضاء الجنائي مثل الموت أو حصول تشوه بخطأ الطبيب ومن في حكمه أو حرمان شخص من التنازل بصفة دائمة أو مؤقتة، أو القتل بدافع الرحمة أو الشفة (Autonasia)⁽³⁾.

ويصدر حُكم جنائي بات يقضي بالإدانة يُصبح هذا الحكم عنوان الحقيقة وحجة أمام القضاء المدني، ودون حاجة لصدور قرار من المجلس الطبي بوجود خطأ. فإذا رفع المضرور دعوى أمام القضاء المدني طالباً بالتعويض مقدماً الحكم الجنائي بالإدانة، فلا يحق للقاضي المدني إحالة الملف إلى المجلس الطبي المادة (394 مدني) (417 إجراءات) .

وقد أدرك القضاء بعض هذه الملاحظات وأشار إليها مبرراً موقفه من دور المجلس الطبي .

(1) محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ب، ت، ن، ص 160 .
 (2) يلاحظ أن العمل الطبي يجري على جسم الإنسان وكل مساس به بخطأ إذا تسبب في موت المريض أو إصابته بجروح يشكل جريمة معاقباً عليها حسب قانون العقوبات وقانون الدية رقم (7) لسنة 1993 .
 (3) يبدو أن المشرع قد اعتدّ بدافع الطبيب الإنساني عند إنهاء حياة المريض بدافع الشفقة، فتكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على عشر سنوات رغم أنه قتل عمد وليس عقوبة القصاص (المادة 12 من ق . م . ط) .

المطلب الثاني: موقف القضاء

أثار تفسير (المادة 27 من ق.م.ط) مشاكل عديدة فقهاً وقضاءً، ولم تستقر أحكام قضاة الموضوع والقضاء العالي على تفسير موحد بشأن إثبات الخطأ الطبي، ودور المجلس الطبي في هذا الصدد.

فتارةً جعل القضاء قرار المجلس الطبي ملزماً للقاضي والمتقاضين (أولاً)، وثارةً أخرى حصر تدخل المجلس الطبي الإلزامي في المسؤولية التأديبية، خاصة على يد القضاء الجنائي (ثانياً)، وأخيراً حسم الأمر على يد الدوائر المجتمعة للمحكمة العليا (ثالثاً).

أولاً: المجلس الطبي وحده مختص بالإثبات:

جنح القضاء المدني إلى إرساء مبدأ أن الإحالة على المجلس الطبي وتقرير مدى وجود الخطأ الطبي من عدمه وجوبي، وأن قراره في هذا الشأن ملزم لأطراف الدعوى . فقد جاء في حكم للمحكمة العليا أن رفض دعوى الطاعن جاء على سند من أن الثابت بصورة قاطعة وجلية من مضمون ما جاء بالتقرير الذي أعدّه المجلس الطبي الذي استعانت به محكمة أول درجة والذي يعتبر المختص طبقاً لأحكام قانون المسؤولية الطبية رقم 17 لسنة 1986 بتقرير المسؤولية الطبية، أن العملية الجراحية التي أجريت لعين المستأنف قد تمت وفقاً للأصول العلمية ولا يوجد بها أي خطأ مهني .

وتتحصل وقائع هذا الحكم في أن مريضاً تقدم للعلاج في مستشفى لإجراء ترقيع لتجويف العين التي تم استئصالها أثر مرض قديم، وذلك حتى يسهل تركيب عين صناعية لمنع تشويه في الوجه . وأدعى المريض أن الطبيب قد ارتكب خطأ فادحاً لا يمكن تداركه، وهو توسيع تجويف العين بحيث لم يعد ممكناً تركيب عين صناعية، كما أن العملية قد أثرت على قوة أبصار العين الأخرى السليمة، وطالب بالتعويض، وقد رُفض طلب التعويض على سند من القول " بأن المناط في تقرير المسؤولية هو الخطأ المهني الذي يحصل أثناء العملية، والمتمثل في مخالفة الأصول العلمية المتعارف عليها الأمر الذي نفاه المجلس الطبي " .

وفي حكم آخر حديث نسبياً تبنت المحكمة العليا نفس الرأي، وتتحصل وقائع الحكم في أن مريضة أدخلت المستشفى، وبقيت ثلاثة أيام دون أن تجرى لها الفحوصات اللازمة، وقيل لها بأنها حامل، وخرجت من المستشفى، وبعد ذلك زادت حالتها سوءاً فتم نقلها مجدداً إلى مستشفى آخر، وبالفحص تبين وجود سائل حول المعدة والأمعاء نتيجة انفجار الزائدة الدودية مما تسبب في موت الجنين، وكان ذلك بسبب خطأ الطبيب العامل في المستشفى الأول وفق ما أكدّه الطبيب

الشرعي، وطالبت المريضة بالتعويض فحكم لها بذلك، وتأيّد الحكم في الاستئناف . طُعن على الحكم أمام القضاء العالي بحجة أنّ الحكم خالف القانون كونه أعتد في إثبات المسؤولية الطبية بتقرير الطبيب الشرعي مخالفاً قانون المسؤولية الطبية رقم 17 لسنة 1986 الذي جعل الاختصاص في هذا الشأن للمجلس الطبي دون غيره .

وقد نقضت المحكمة العليا هذا الحكم ورأت " أن هذا النعي سديد ذلك أن المادة 27 من القانون رقم 17 لسنة 1986 بشأن المسؤولية الطبية تنص على أنّ يختص بتقرير مدى قيام المسؤولية الطبية مجلس يتبع أمانة الصحة، ويتكون من عدد من ذوي التخصصات العالية في المهن الطبية والمهن المرتبطة بها... ومن تمّ فإنّ خطأ الطبيب إنّما يقرره المجلس المذكور . ولما كان ذلك وكان يبين من مدونات الحكم الجزئي فيما يتعلق بالخطأ أنه أقام قضاءً بثبوت خطأ الطبيب المعالج استناداً إلى تقرير الطبيب الشرعي دون عرض الأمر على المجلس الطبي المذكور لتقرير مدى قيام المسؤولية الطبية من عدمه على ضوء أحكام القانون رقم 17 لسنة 1986 بشأن المسؤولية الطبية وإذ أيده الحكم المطعون فيه فإنه يكون مخالفاً للقانون بما يوجب نقضه" (1) .

وقد انبرى اتجاه آخر للقضاء يؤيد الحل العكسي .

ثانياً: لا اختصاص حصري للمجلس الطبي:

ذهب اتجاه قضائي يؤيده بعض أحكام المحكمة العليا إلى أنه لا إلزام على القاضي بإحالة القضية إلى المجلس الطبي لتقرير مدى وجود خطأ طبي من عدمه، ولا تثريب على المحكمة إذا هي لم تتفق برأي المجلس الطبي، إذا أحيل الأمر إليه، فقد جاء في حكم للدائرة المدنية " أن تقرير مدى قيام المسؤولية الطبية في الدعوى المدنية خاضع لسلطة محكمة الموضوع تحكم فيها بالدليل الذي تظمن إليه، ولا يلزم في هذا الشأن أن يعرض موضوع الدعوى على المجلس الطبي " .

وقد صدر هذا الحكم بمناسبة تبرع بالدم تبين من التحليل الذي جرى قبل التبرع أن المتبرع مصاب بفيروس التهاب الكبد الوبائي. وأن نتيجة هذا التحليل قد أثرت فيه نفسياً وأصبح منطوياً على نفسه، فقرّر إعادة التحليل لدى أكثر من جهة وتبين من خلاله أنه خالٍ من المرض .

وعلى أثر ذلك تقدم للقضاء بطلب التعويض المعنوي، وحكم له بذلك .

(1) طعن مدني رقم 336/320 ق، بتاريخ 2009/1/25، غير منشور .

طعن المحكوم عليه بالنقض، وكان من بين مناعي الطعن أن محكمة الموضوع اعتمدت للحكم بالتعويض، وثبتت المسؤولية على تقريرين صادرين عن مصحتين، مخالفاً بذلك أحكام قانون المسؤولية الطبية الذي حصر الاختصاص في ثبوت المسؤولية الطبية للمجلس الطبي⁽¹⁾.

ونظراً لانقسام القضاء على طرفي نقيض كان لابد من حسم الأمر على يد جهة أعلى ألا وهي الدوائر مجتمعة للمحكمة العليا .

ثالثاً: موقف الدوائر مجتمعة:

نظراً للانقسام العميق بين دوائر المحكمة العليا سواء الجنائية أو المدنية بشأن دور المجلس الطبي في إثبات المسؤولية الطبية كان لابد من حسم الأمر على يد المحكمة العليا الموقرة بدوائرها مجتمعة .

وقد كان حكم الدوائر مجتمعة بمناسبة قضية - وللأسف - تتاقلتها ردهات المحاكم بما يُقارب عشرين سنة⁽²⁾ .

ولعلهُ من المفيد بيان الأسانيد الظاهرة التي أفصحت عنها المحكمة في قرارها وتقييمها (أ)، ثم سبر ما عنَّ أن نراه الأسانيد الواقعية (ب) .

أ - أسانيد الحكم:

في تأييد لرأيها ساقطت المحكمة العليا بدوائرها مجتمعة عدة أسباب على رأسها " أن الأصل في التقاضي حرية القاضي في استخلاص الدليل من المصدر الذي يراه، وحرية في

(1) طعن مدني، رقم 52/66 ق، بتاريخ 2007/12/25 . وقد فات المحكمة العليا الرد على ادعاء المحكوم عليه بأن الأمر يتعلق بتحليل طبي تكون فيه المسؤولية الطبية مشددة، وأن الأمر يتعلق بتحقيق نتيجة، فتقوم مسؤولية مراكز تحليل الدم بعدم مطابقة نتيجة التحليل للحقيقة، ما لم تقدم هذه الجهات الدليل على وجود سبب أجنبي، ولا يكفيها في هذا الخصوص إثبات عن طريق المجلس الطبي أو غيره عدم وجود خطأ في جانبها علماً بأن عيوب الأجهزة المستعملة في التحليل أو العطل فيها لا تدفع المسؤولية عنها عقدياً كانت هذه المسؤولية - كما هو في واقع الحال، أو تقصيرية . وهذا ما سار عليه الفقه والقضاء المقارن، ويمكن تخريجه من نصوص قانون المسؤولية الطبية (م 26) .

(2) حصلت الواقعة بتاريخ 1994/10/16، وقد دخلت ردهات المحاكم (المحكمة الجزئية) سنة 2004، وأرست المحكمة العليا المبدأ محل الدراسة بتاريخ 2013/12/23 . فالعدالة تتأذى من البطء في الفصل في الدعاوى وخاصة إذا تجاوزت كل حدود المعقول كما في قضية الحال !!! ويبدو أن طول المدة كان عاملاً إضافياً مهماً لتبني المبدأ المشار إليه . فلو تم الأخذ بالمبدأ العكسي لكان لزاماً على المضرور العودة مجدداً إلى المحاكم الدنيا .

الأخذ بالدليل أو طرحه وفقاً لما يقتنع به، ولا يجوز الخروج على هذا الأصل العام إلا بنص صريح في القانون يحدد طريقاً معيناً للإثبات، وينص على أن القاضي ملزم بالاستناد عليه .

وهذا الذي ساقته المحكمة لا ينهض دليلاً حاسماً لما أرادت الوصول إليه .

فعبارة نص المادة 27 من قانون المسؤولية الطبية ظاهرة الدلالة على أن المشرع أراد، بشأن إثبات المسؤولية الطبية، طريقاً خاصاً متميزاً عن القواعد العامة حيث تقضي هذه المادة بأنه " يختص بتقرير مدى قيام المسؤولية الطبية مجلس طبي يتبع أمانة الصحة، ويتكون من عدد من ذوي التخصصات العالية في المهن الطبية والمهن المرتبطة " (1) .

فضلاً عن أن خلق المشرع لجهاز متخصص عالٍ بشخصية وذمة مالية مستقلة ينم بوضوح على أن قراراته لا بد أن تكون لها قيمة أكبر، في مجال إثبات المسؤولية الطبية من تقرير خبير طبي عادي (طبيب شرعي أو غيره) .

أما عن إشارة نص المادة 27 المذكور بأنه " تسري في شأن المجلس المذكور الأحكام المتعلقة بالخبراء المنصوص عليها في قانون المرافعات والإجراءات الجنائية، وذلك بما لا يتعارض مع أحكام هذا القانون " فلا ينهض دليلاً حاسماً يؤيد ما ذهب إليه الدوائر المجتمعة .

فالمشرع يدرك أن نصاً وحيداً (م 27) لا يمكن أن يستوعب كل ما تقتضيه الخبرة من أحكام، والإحالة على القواعد العامة في المادة 27 دليل على مغايرة حكمها وخروجها على القواعد العامة، وإلا ما كان المشرع في حاجة لهذه الإشارة الصريحة لهذه الأخيرة .

أما عن عدم النص على جزاء لعدم اعتماد المحكمة في إثبات المسؤولية أو نفيها على دليل يخالف ما توصل إليه المجلس الطبي، فهي أيضاً حجة ضعيفة لا تنهض دليلاً على ما ذهب إليه المحكمة العليا .

ولعل الحكمة فيما ذهب إليه المحكمة العليا بدوائرها مجتمعاً يكمن فيما لم تصرح به .

ب- الأسانيد الواقعية:

يبدو أن الأسباب الكامنة وراء ما قررتها الدوائر المجتمعة في عدم إلزام محكمة الموضوع بالإحالة إلى المجلس الطبي، ولا بالأخذ بتقريره، ولها أن تستند في تحديد مدى قيام المسؤولية الطبية إلى أي دليل تظمنن إليه يكمن في أسباب واقعية .

(1) فالمدلول اللغوي لكلمة يختص يدل بوضوح على معنى اللزوم . موسى مسعود ارحومة، الخبرة وما نثيره من

اشكاليات في ضوء أحكام قانون رقم 17 لسنة 1987، ص 220 .

فقد اثبت المجلس الطبي فشله في معظم الأحيان في إصدار قراراته لأسباب عديدة سبق شرحها تكمن في آلية إصدار قراراته، وموقعه الحصري، وعدم وجود أدع له تسانده في تحقيق أهدافه خارج مدينة طرابلس في بلد مترامية الأطراف، وعدم وجود آلية لإلزام الجهات المعنية بالتعاون معه (الطبيب المدعى عليه، المصحات والمستشفيات...)، فلا تستجيب لدعواته بالمثول أمامه، أو بإحالة ملفات المرضى إليه، ولا بالتحقق من سلامة هذه الملفات من النقص أو التزوير... .

وقد ترتب على كل ذلك بطء في العدالة غير مبرر، ولا يتمشى مع الدعوات إلى تسريع العدالة وخاصة بالنسبة للمرضى ضحايا الأخطاء الطبية، وخير مثال على ذلك القضية التي صدر بمناسبةها المبدأ الذي أرسته الدوائر المجتمعة التي افتتحت صحيفتها في 2004، وفصلت فيها المحكمة بدوائرها مجتمعة في آخر أسبوع من 2013، وحصلت الواقعة محل الدعوى قبلها بعشر سنوات⁽¹⁾!! ولو قدر للمحكمة العليا أن تبنت الرأي الآخر أي ببطلان تقرير الطبيب الشرعي وما بنى عليه لعدم عرض الموضوع على المجلس الطبي لعادت القضية إلى ردهات المحاكم الدنيا مُجدداً وربما إلى المحكمة العليا . هل ستأخذ عشرين سنة أخرى !!

يبدو أن رأي المحكمة العليا في اجتهادها هذا - وليس بغريب عن محكمة العليا الموقرة⁽²⁾، وهو أيضاً يدين القضاء المقارن⁽³⁾ هو تحقيق المصلحة التي تأدّت بالرأي المخالف . فقد قدرت بحق أن مصلحة المريض، وتحقيق العدالة يتطلبان الحد من سلطات المجلس الطبي، للمساهمة في محاربة بطء العدالة، وتحكم المجلس في نتيجة الخبرة مما قد يتصادم مع فئات قاضي الموضوع التي تكون تكونت لديه من خلال تقرير الطبيب الشرعي أو أطباء آخرين في الداخل والخارج . فكيف يكون لقرار المجلس الطبي قوة إلزام أكثر مما لحكم القاضي القابل

(1) فقد أقام المدعي عن نفسه وعن ابنه القاصر الدعوى أمام المحكمة الجزئية سنة 2004 مطالباً بالتعويض عن الضرر الذي أصاب ابنه أثناء عملية الوضع سنة 1994 بفعل الطبيب المشرف على الولادة وطاقمه الطبي حيث تم جذب المولود بقوة من يده اليسرى ناحية الكتف فحصل له شلل أي بعد عشرين سنة !!

(2) أنظر ط . م 2/73 ق، ديسمبر 1976، المصادر، المرجع السابق، ص 381 بشأن المسؤولية عن الأخطاء، م 181 مدني، ط . م رقم 30/7 ق، بتاريخ 27/يونيو/1983، مجلة المحكمة العليا، س20، ع 4 (1984)، ص 110 بشأن الوكالة الظاهرة .

(3) اجتهادات محكمة النقض الفرنسية لتطوير القانون المدني العتيق كثيرة ومثال على ذلك المسؤولية عن الأخطاء، والتزام التاجر بضمان العيوب الخفية ولو كان لا يعلم بوجود العيب مع أن القانون المدني يشترط سوء النية عند البائع .

للطن عليه أمام درجات أعلى !! فقد رأَت المحكمة العليا - كما يبدو - أنه أينما تتحقق المصلحة فتمَّ شرع الله كما يقول الفقهاء. والمصلحة تتحقق بفض النزاع بسرعة حول وجود الخطأ من عدمه من أي طريق، بواسطة المجلس الطبي أو غيره .

مما زاد الطين بلة أنَّ المحكمة العليا الموقرة تدخلت بشأن التعويض مما قد يعطل سرعة الفصل في القضايا ويؤجج بطء العدالة التي يُعاني منها المريض أصلاً، ومسائل أخرى مهمة تتعلق بالتعويض والملمزمين به .

المبحث الثاني

التعويض

هدف المسؤولية المدنية هو جبر الضرر بمحو آثاره أو بما يقوم مقامه.

وقد تناول قانون المسؤولية الطبية ولوائحه تقدير التعويض للمضرور من الخطأ الطبي .

وقد صدرت اللائحة رقم 1424/236 (1985). إعمالاً للتفويض بمقتضى المادة 32 من قانون المسؤولية الطبية، وبقيت رداً من الزمن وسيلة سهلة لتقدير التعويض بناءً على معايير موضوعية لا تحتاج للجوء للقضاء .

باختفاء اللائحة المذكورة أصبح تطبيق القواعد العامة حتمياً (المطلب الأول) .

وقد يتطلب الحصول على التعويض رفع دعوى أو دعاوى على المؤمن والمسؤول عن الحقوق المدنية أو الطبيب ومن في حكمه .

وهنا أثرت مشاكل عدة عن هذه المطالبات يتعين بحثها (المطلب الثاني) .

المطلب الأول: تقدير التعويض

كان تقدير التعويض يخضع لللائحة 236 لسنة 1985، ويتم احتسابه بآليات لا يملك حيالها القضاء أي سلطة تقديرية (أولاً) .

إلا أن القضاء لم يرق له التعويض المقدر باللائحة المذكورة وقرر استعادة سلطته في تحديد مقدار التعويض (ثانياً) .

أولاً : التعويض المقدر باللائحة 236:

هناك نصوص سواء في قانون المسؤولية الطبية أو في اللوائح الصادرة بمقتضاه تعالج المشكلة التي نحن بصدد دراستها، وهي التعويض المقدر، يتعين بيانها .

ومن ثم يمكن من خلالها ومن خلال القضاء الصادر بمقتضاها رصد التطور الذي حاق باللائحة محل البحث .

يبدو مفيداً عرض اللائحة بما لها وما عليها (أ) قبل بيان موقف القضاء منها (ب).

أ- عرض اللائحة :

لعله من المفيد عرض النصوص التشريعية التي انبعثت منها اللائحة، وتلك التي بينت قوة الإلزام التي تتمتع بها (1) قبل تقدير هذه اللائحة (2).

1) النصوص التشريعية

استندت اللجنة الشعبية العامة سابقاً في وضع اللائحة على نص يتيم ورد في قانون المسؤولية الطبية، وهو نص المادة 32 الذي يقضي بأنه :

" تصدر اللجنة الشعبية العامة، بناء على عرض اللجنة الشعبية العامة للصحة قراراً بتنظيم الهيئة المشار إليها في المادة السابقة، وكيفية مباشرتها لاختصاصها، وأوجه استثمارها لمواردها، والفئات الملزمة بالتأمين لديها، وقيمة أقساط التأمين و طريقة سدادها، وغير ذلك من الأحكام المنظمة لها".

وقد بين القراران 556، 236 الصادران عن اللجنة الشعبية العامة بنصين متعارضين قوة إلزام اللائحة 236 المشار إليها .

فقد نص القرار رقم 556 الصادر عن اللجنة الشعبية العامة سابقاً بتاريخ 20 يوليو 1991 على أن " تضع لجنة إدارة الهيئة (بعد موافقة اللجنة العليا) الجداول النمطية لمبالغ التعويض التي تصرف للمضروب والشروط اللازمة توافرها لاقتضاء ذلك التعويض .

ويجوز لصاحب الشأن عدم قبول مبلغ التعويض واللجوء إلى القضاء لتحديده . وفي هذه الحالة تلتزم الهيئة بقيمة ما يحكم به من تعويض مهما بلغت قيمته، وبأداء هذه القيمة إلى من له الحق فيها المادة (30).

ونصت المادة الثانية من اللائحة 236 الصادرة بقرار اللجنة الشعبية العامة بتاريخ 1424/9/27 ف " تسري أحكام هذه اللائحة دون غيرها، وذلك لأغراض إثبات حالات العجز الصحي وتقدير درجته والتعويض عنه في حالات العجز الناتج عن الخطأ المهني الذي يقرر المجلس الطبي قيام المسؤولية الطبية بشأنه " .

على ضوء هذه النصوص وغيرها يمكن تقييم اللائحة والأحكام القضائية الصادرة بشأنها.

2) تقدير اللائحة:

لوجود لائحة تقدير التعويضات رقم 236 محاسن لاشك فيها، ولها عيوب قصمت ظهرها وساهمت في بطلانها .

(1-2) المحاسن:

تقدير التعويض تشريعياً مسبقاً كثيراً ما يلجأ إليه المشرع لأغراض عدة ؛ منها ما يتعلق بالحد من تحكم القاضي، وتسهيل مهمته في تقدير التعويض أيضاً، فيتم بذلك تقاضي الاختلاف البين وأحياناً المريع بين مبالغ التعويضات التي يحكم بها القضاة، فمنهم من يجعل يده مغولة إلى عنقه، ومنهم من يبسطها كل البسط، فتفقد أحكام القضاء تناسقها وتماشيقها مع المنطق والعدل، وتنقص من هيبتها واحترامها في عيون الجمهور، الذي قد يعجز عن فهم الاختلاف المبين بين حكم مقتر وأخر نسخي مع تشابه وربما تماثل الوقائع والحوادث الموجبة للتعويض .

كذلك وربما خاصة في موضوعنا بالذات – التقدير المسبق للتعويض يحد من بطء العدالة ويشجع على التصالح إذا ما أحسن استخدامه . فلماذا المغامرة برفع دعوى قضائية إذا كان الخصم مسلماً بحق المضرور في التعويض – لوضوح موجباته (الخطأ الطبي مثلاً) - ومعرفة ما سيحكم به القاضي من تعويض لا يجوز له تجاوزه أو الإنقاص منه .

" فالصلح خير " للأطراف جميعاً : فالمضرور يحصل على التعويض المقدر ببسر وسهولة، وفي وقت قصير، وبلا جهد كبير ولا مصاريف باهظة، والمدعى عليه يتفادي تراكم المصاريف القضائية وضياح الوقت والجهد في قضية يعلم يقيناً بأنها خاسرة سلفاً .

التعويض المقدر تشريعياً يقدم حماية للمضرور عند إجراء صلح خاصة مع شركات التأمين التي تملك كوادراً متخصصة في القانون فتعرض على المضرور مبالغ قليلة مقارنة بما ألم به من ضرر، وبما يحصل عليه من ألمات به مصائب مثله، وقد يقبل إما تحت ضغط الحاجة الماسة لنقود سريعة لمعالجة دائته الجديد الناشئ عن الخطأ الطبي، أو لسد رمق عياله بعد أن أصبح عاجزاً عن العمل بفعل هذا الخطأ أو للإففاق على أرملة أو أيتام فقدوا عائلهم بسبب الخطأ الطبي وقد يكون ذلك نتيجة لجهل المضرور بحقوقه وما يحصل عليه أقرانه .

فتحديد مقدار من التعويض لكل درجة من العجز معروفة سلفاً يحمي المضرور ويسهل عملية التوصل لصلح سريع وناجز .

وقد سبقت شريعتنا الغراء إلى ذلك في حالات القتل أو الاعتداء على النفس عن طريق الدية المسلمة إلى أهل المتوفى عند وجود قتل أو إلى المعتدى عليه عند فقد عضو (يد أو رجل أو أصبع...) . فلا مجال للنقاش بين المضرور والمعتدي حول مبلغ الدية ومستحقها، فلا يظلم ولا يُظلم . كذلك تفتق ذهن المشرعين في قوانين التأمين الإجباري الحديثة إلى هذا الأمر بتحديد مبالغ التعويض بناء على معايير موضوعية، لا تحتاج للتقدير من أحد . ولنا في قانون التأمين

الإجباري من حوادث المركبات الآلية التونسي لسنة 2005 وقانون التأمين الإجباري من حوادث المركبات الآلية المصري لسنة 2007 أسوة حسنة نأمل أن يحدو مشرعنا حدو هذا الاتجاه، بل وجعلت هذه القوانين التقدير الجزافي إجباريا على الأقل بالنسبة للمؤمن يجب أن يدفعه خلال مدة محددة تحت طائلة جزاءات قاسية لصالح المضرور أو لصالح جهة تساهم في التوعية للحد من حوادث المرور أو لصالح صندوق التعويضات للمضرورين عند إفلاس شركة التأمين أو عدم التعرف على القاتل بحدوث مروري لهروبه، أو لعدم وجود وثيقة تأمين سارية المفعول .

وفعلا هناك جانب مضيء إلى حد ما في هذه اللائحة، فقد جعلت اللائحة مبلغاً معيناً في حالة الوفاة بخطأ طبي 60,000 د. ل، وقد كان هذا المبلغ مجزيا إبان وضع اللائحة في سنة 1424 ف إلا أنه تآكل نتيجة لآفة التضخم، ولتحسن الوضع المعيشي لبعض الفئات .

وضمن الحسنة التي تحسب للائحة 236 أنها وضعت معايير موضوعية واضحة للتعويض لا تحتاج إلا لتحديد نسبة العجز أحياناً فيما يتعلق بضرر ما دون الوفاة أيضا لفقد بصر العين الواحدة نسبة أو للعينين معاً و لفقد الرحم، و بتر الرجل أو اليد أو اليدين، وأصابع اليد الواحدة، وأعطت نسبة لكل منها مقارنة بالتعويض الكامل .

فلم تعد هناك حاجة للتدخل القضائي، مما يسرع عملية التسوية الودية إن حسنت النوايا ورُويعت مصلحة المضرور أو الطرفين .

وقد كان للائحة محل الدراسة نصيب في هذا الخصوص . فقد تبنت بشأن المضرورين من خطأ طبي أو أقاربهم عند الوفاة ولهم دخول ثابتة تقديراً جزافياً، يرتبط بسن المضرور أو المتوفى بخطأ طبي، ودخله السنوي الصافي، وذلك بإيجاد معامل لكل فئة عمرية تبدأ من سن الثامنة عشرة، ومن ثم أصبح التعويض عن الأضرار المادية لهذه الفئة يتطور ويتغير بتغير الدخل، ولا يتعرض لمخاطر انخفاض قيمة العملة، أو بالأحرى يزداد بزيادة دخل المضرور . كذلك يحمى للائحة 236 السماح لصاحب الشأن التظلم من قيمة التعويض الذي تقرره اللجنة بطلب مسبباً يقدم لإدارة التفتيش والمتابعة التي عليها إبداء الرأي وإعداد مذكرة بالخصوص تعرض على لجنة الإدارة للبت فيها .

وهذا التظلم غير متاح بالنسبة لقرار المجلس الطبي بشأن ثبوت الخطأ الطبي من عدمه فتكون له قوة إلزام أكبر من الأحكام الصادرة من محاكم الدرجة الأولى - الجزئية أو الابتدائية - التي يمكن استئنافها

وعلى المحكمة التقيد بما يقرره المجلس الطبي بحسب اتجاه قضائي ساد فترة من الزمن .

هذه الحسنات القليلة للائحة 236 تناظرها سيئات أصابها في مقتل.

2-2) العيوب:

الصياغة والمعايير التي تبنتها في تقدير التعويض - عدا ما ذكر أعلاه - غير موفقة خاصة بالنسبة للتعويض المادي لمن ليس لهم دخول ثابتة والنسبة للتعويض عن الضرر الأدبي للجميع، من لهم دخل ثابت ومن ليس لهم دخول ثابتة، هذا بالإضافة إلى الحد الأقصى للتعويض أي السقف وهو ستون ألف دينار .

لقد وضع المشرع اللائحة سقفا للتعويض في حالة الوفاة بخطأ طبي وفي حالة العجز الكلي المستديم، وجعل هذا السقف 60,000 د.ل .

وتجوز زيادته بنسبة الربع في حالة العجز الكلي الدائم عند احتياج المضرور إلى عناية خاصة وفي الحالات التي تتطلب فيها الحالة الاجتماعية للمضرور ذلك .

ولا شك أن هذا السقف كان معقولا إبان وضع اللائحة في سنة 1424 (1985) م وحتى مقارنة بما تحكم به المحاكم (1) في ذات الفترة .

إلا أن هذا المبلغ لم يعد بأي حال كافياً وعادلاً نتيجة لانخفاض قيمة الدينار من جهة ولزيادة دخول بعض الأفراد من جهة أخرى .

وكان حريا بمشرعنا أن يختار سقفا يتطور مع تطور قيمة العملة والمستوى المعيشي للناس، ولنا فيما قررته الشريعة السمحة أسوة حسنة حيث قدرت الدية بالإبل أو البرد وأحيانا بالذهب وزنا معيناً . وقيم هذه الأشياء تتغير بتغير عوامل الاقتصاد .

وهذا النقد يصدق أيضا على المضرورين الذين ليس لهم دخول حقيقة ثابتة حيث أحالت المادة 2/20 على الجدول " ب " الذي وضع لكل سن مبلغاً ثابتاً، مثلاً إذا كان المتوفى أو المصاب بعجز كامل مستديم يبلغ من العمر 10 سنوات، استحق مبلغ 17,250 د.ل . ولمن عمره 22 يكون تعويضه هو أو وراثته في حالة الوفاة 22,000 د.ل إلخ .

(1) قضت محكمة جنوب بنغازي الجزئية في قضية وفاة شخص بخطأ الطبيب والمرضة نتيجة حقنة لعمل صورة ملونة للمسالك البولية، ودون اختبار حساسيته فتوفي بعد دقائق، فقضت المحكمة بتعويض قدره 4,000 د . حسب القواعد العامة لأن الواقعة حصلت قبل صدور اللائحة رقم 236 محل البحث 1985/9/10 رفع هذا المبلغ إلى 20,000 د . في الاستئناف 1986 رجب المسلاتي، التأمين الطبي ص 267 .

ويتصاعد المبلغ مع العمر إلى سن 44 ثم يبدأ في التراجع فيكون أكبر مبلغ هو 32,000 د.ل لمن بلغ عمره 41 سنة أي يزيد بقليل على نصف السقف
ويلاحظ أن هذه اللائحة لا تمنح تعويضاً إلا في حالة الوفاة والعجز المستديم كلياً أو جزئياً . أما من أصيب بضرر نتيجة خطأ طبي وشفى منه ولو بعد سنوات من المعاناة فلا يستحق شيئاً، ولو بقى في المصحات مدة طويلة بمصاريفها الباهظة، ولو بقى طريح الفراش غير قادر على العمل لكسب رزقه وقوت عياله . فكل هذا يضيع هباءً منثوراً طالما أنه شفى من المرض الذي ألم به بخطأ الطبيب . اللهم إلا إذا أريد أن يتم الرجوع بهذه الأضرار على الطبيب المخطئ ومن في حكمه ...

فيحمل الطبيب الذي استطاع أن يعالج الخطأ بدفع التعويض من جيبه الخاص، ويجد الطبيب المتهور أو الجاهل بأصول الطب فلم يفلح في تحقيق الشفاء لمريضه فمات أو ساءت حالته إلى الأبد سنداً له في التأمين الإجباري فلا يدفع شيئاً!
ثم ماذا عن إخلال الطبيب بواجباته التي حملها بها قانون المسؤولية الطبية، ولا تؤثر في القدرة على العمل : إفشاء سر المريض، عدم المساواة بين المرضى....

أما عن التعويض عن الأضرار المعنوية فحدث ولا حرج عن مثالب اللائحة خاصة في حالة عدم إحداث عاهة تعيق عن العمل : فقد حالة الشم، أو فقد القدرة على الإنجاب بخطأ الطبيب الجراح، الإجهاض دون موجب صحي لإنقاذ الأم، ضعف الأبصار في إحدى العينين، فقد أو تشوه أحد الأعضاء....

ولكن هل يمكن الرفع من حسنات اللائحة 236 المذكورة والتخفيف من سيئاتها بالسماح للمضرور من الخطأ الطبي بالمطالبة بتعويض تكميلي من المسؤول (المؤمن له) ومتبوعه إن وجد لتحقيق مبدأ التعويض بقدر الضرر؟ ومن تم يتحقق الهدفان: انقاد اللائحة المذكورة وحماية المضرور من الخطأ الطبي بحصوله على التعويض؟

2-3) التعويض التكميلي:

قد يكون المشرع اللائحة عند وضعه للائحة 236 بتعويضاتها المحدودة قد أراد أن يضمن للمريض أو لأهله إذا توفي حداً أدنى، ويمكنهم أن يكملوا هذا التعويض من الطبيب المخطئ ومن في حكمه والمسؤول عنه . وسلك القضاء هذا الطريق وأخذ بهذا الحل فيما يتعلق بالتأمين الإجباري من حوادث المركبات الآلية. إذ اعتبر أن ما تقرره لائحة التعويضات رقم

213 هو ما يجب على المؤمن دفعه للمضرور من الحادث، ويمكنه أيضاً تكملة هذا التعويض بالرجوع على السائق والمسؤول عن الحقوق المدنية⁽¹⁾ (مكلف بالرقابة أو متبوع)⁽²⁾ .

ولعل هذا ما قصده المشرع في اللائحة 236 المشار إليها إذ أن المسؤول في الأساس عن دفع التعويض هو المسؤول تقصيرياً أو عقدياً عن الضرر من ذوي المهن الطبية، وما المؤمن إلا ضامن له في دفع التعويض للمضرور، وفي حدود ما التزم به في عقد التأمين أو ما حدده المشرع إذا كان هناك قانون أو لائحة قد وضع حداً لما يلتزم به المؤمن . وهذا ما قصده القانون المدني في المادتين 751 و 3/779⁽³⁾ .

إلا أنه وللأسف لم تنثر مسألة التعويض التكميلي أمام القضاء - حسب علمي - وقد تكون لهذا الحل فوائد منها ضمان حد أدنى من التعويض للمضرور يلزم المؤمن بدفعه، وأيضاً يحس الطبيب المهمل بأنه لا يستطيع أن يفلت من دفع التعويض ولو جزئياً لمجرد إبرامه لعقد التأمين، فتكون للمسؤولية المدنية هنا دور رادع للمهملين والجهلة من ذوي المهن الطبية .

وبذلك يصفو الوسط الطبي للجادين، أما الزيد منهم فيذهب جفاءً. وفي الحقيقة أن القضاء بشأن حوادث المركبات الآلية لم يستقر على هذا الحل، وإنما نحا منحى الرفض للتعويض التكميلي أحياناً وبقره في أحيان أخرى، وهذا اتجاه لعمري غير محمود، ويؤثر على اليقين القانوني، بعكس الحال بالنسبة للقانون المصري بشأن حوادث المركبات الآلية لسنة 2007 الذي حسم المسألة بنص صريح!.

وبسكوت مشرعنا وقضائنا عن معالجة التعويض التكميلي انحصرت المشكلة في دوائر المحاكم بين التعويض بحسب أحكام اللائحة بمالها وما عليها وبين بطلان هذه اللائحة. هذه التناقضات في أسلوب اللائحة في معالجة الأضرار انعكست على موقف القضاء .

ب- اللائحة بين يدي القضاء:

بمثل ما حصل مع المجلس الطبي من أخذ ورد حصل للائحة محل الدراسة .

- (1) ط . م رقم 57/740 ق - 57/757 ق بتاريخ 2014/5/13، غير منشور .
- (2) وهناك اتجاه في القضاء تؤيده بعض أحكام المحكمة العليا يقول بعكس هذا الرأي ويذهب إلى أن كل ما يستحقه المضرور بمركبة آلية هو ما تمنحه اللائحة 213 المشار إليها آنفاً.
- (3) تنص المادة 751 على أنه "لا يلتزم المؤمن بتعويض المؤمن له إلا عن الضرر الناتج من وقوع الخطر المؤمن منه بشرط إلا يجاوز ذلك قيمة التأمين، وتنص المادة 3/779 على أنه "وتقع المصاريف التي يتطلبها الدفاع في القضية التي يرفعها الطرف المتضرر ضد المؤمن له على عاتق المؤمن لغاية المبلغ المؤمن عليه...".

فقد ذهب اتجاه قضائي إلى اعتبارها المرجع الوحيد لتقدير التعويض (1)، بينما رأى اتجاه آخر غير ذلك (2) .

1) الاتجاه المؤيد

ظهر اتجاه في القضاء تؤيده المحكمة العليا في بعض أحكامها مؤداه أن اللائحة 236 تسري دون غيرها على تقدير نسبة الضرر وتحديد مقدار التعويض عنه .

فقد أجريت عملية ولادة لطفلة ونتج عن ذلك حصول تشوه بسبب إصابتها بشلل بالطرف العلوي، وفقا لتقرير الطبيب الشرعي، وقد أدين الطبيب جنائياً . حصل الوالدان على تعويض تم تخفيضه في الاستئناف .

طعن الوالدان على هذا الحكم أمام المحكمة العليا ناعيان عليه مخالفة القانون وذلك أنه قضى لهما بالتعويض عن الضرر المادي فقط استناداً إلى نص المادة 225 من القانون المدني في حين أن الواقعة " يحكمها قرار اللجنة الشعبية العامة رقم 1424/236، والذي تسري أحكامه دون غيرها على الحالات الواردة به " .

وأيدت المحكمة العليا هذا النعي " ذلك أن المادة الثانية من قرار اللجنة الشعبية العامة رقم 1424/236 بشأن لائحة التعويضات المادية والمعنوية الناتجة عن الأخطاء المهنية لممارسة المهن الطبية والطبية المرتبطة بها وتقدير نسبة العجز للمتضررين نصت على أن تسري أحكام اللائحة المذكورة دون غيرها، وذلك لإغراض إثبات حالات العجز الصحي وتقدير درجته والتعويض عنه . كما نصت المادة 16 من ذات القرار على تشكيل لجان تقدير التعويض عن الأخطاء المشار إليها، ويكون التقدير وفقاً للضوابط التي تضمنتها المواد التالية للنص المذكور وخاصة المواد 20 و 21 و 22 المتعلقة بالتعويض المادي والتعويض المعنوي الكامل " (1) .

وفي حكم صادر عن الدائرة المدنية الأولى بتاريخ 2007/12/29 تبنت المحكمة العليا ذات الحل . فقد جاء في قرارها " وحيث ما ينعي به الطاعنون على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون، ذلك أنه قضى بالتعويض (للمدعية) وفقاً لأحكام المادتين 166 و 225 من القانون المدني مخالفاً بذلك أحكام قرار اللجنة الشعبية العامة رقم 236 لسنة 1424 م بشأن لائحة تقدير

(1) الدائرة المدنية الأولى، ط.م. رقم 52/125 ق بتاريخ 2007/2/4، غير منشور .

الإضرار ... التي بينت أسس وضوابط تقدير العجز عن طريق لجان طبية متخصصة بما يكون معه الحكم معيياً متعين النقص .

وحيث أن هذا الوعي صحيح ذلك أن المادة الثانية من قرار اللجنة الشعبية العامة رقم 236 لسنة 1424م... نصت على أن تسري أحكام هذه اللائحة دون غيرها وذلك لإغراض إثبات حالات العجز الصحي وتقدير درجته، والتعويض عنه، كما نصت المادة 16 من ذات القرار على تشكيل لجان تقدير التعويض عن الأخطاء المشار إليها، ويكون التقدير وفقاً للضوابط التي تضمنتها المواد التالية للنص المذكور وخاصة المواد 1، 21، 22 المتعلقة بالتعويض المادي والمعنوي

وبالتالي " فإن المطالبة بالتعويض عن هذا الخطأ الطبي تكون خاضعة لأحكام القرار المشار إليه، الأمر الذي كان على المحكمة أعمال أحكامه على الواقعة والفصل فيها وفقاً لما تنتهي إليه من انطباقه عليها حسب الضوابط الواردة فيه، وإذ لم تفعل فإن حكمها يكون مخالفاً للقانون بما يوجب نقضه " (1) . إلا أن الغلبة كانت من نصيب الاتجاه المناهض .

(2) الاتجاه المناهض (بطلان اللائحة):

انبرى اتجاه آخر والأخير في القضاء العالي إلى الحكم ببطلان اللائحة وقدم حججاً تأخذ بظاهر النص، وتقدم ذلك على أنه الأسباب الحقيقية للحكم ببطلان اللائحة المذكورة . على أنه من خلال ذات النصوص كان يمكنها أن تحكم بصحتها كما كانت تقول في أحكامها السابقة لذات الأسباب التي كانت تستند إليها، إلا أن العلة في هذا البطلان تكمن فيما لم تقله المحكمة العليا الموقرة .

(2-1) الأسباب الظاهرة للحكم ببطلان اللائحة:

انطلقت المحكمة العليا للحكم ببطلان اللائحة من نص المادة 32 من قانون المسؤولية الطبية وكما لو لم يكن ماثلاً أمامها عندما كانت تقول إن اللائحة 236 هي الفيصل الوحيد في تقدير العجز و في تقدير التعويض عنه كما مر بنا سابقاً .

فقد رأت المحكمة العليا الموقرة أن النص المشار إليه لا يتضمن تفويضاً بتقدير التعويض ولا بتقدير الضرر الموجب لهذا التعويض، والحق أن النص المذكور لم يشر صراحة إلى هذين الأمرين عندما فوض للجنة الشعبية العامة سابقاً بتنظيم هيئة التأمين الطبي، وتحديد قيمة الاشتراكات ... وأمور أخرى .

(1) ط . م بتاريخ 2007/04/02 غير منشور . كذلك ط . م . رقم 52/194 ق بتاريخ 2007/6/19، غير منشور .

ولهذا قدرت المحكمة العليا أن المشرع اللائحي تجاوز حدود التفويض الممنوح له . والحق أقول لو لم تصبح اللائحة غير متوازنة ومصدر إجحاف لبعض المضرورين خاصة ممن ليس لهم دخول ثابتة أو لمن ليس لهم الحق في المطالبة إلا بالتعويض عن الإضرار المعنوية لأن الخطأ الطبي لم يؤدي إلى العجز الكلي أو الجزئي المستديم (فقد الرحم فقد حاسة الشم، تشوه في الوجه دون تأثير على القدرة على العمل ...) لولا ذلك لاستطاعت المحكمة العليا الموقرة أن تجد من خلال ذات النصوص مخرجا لإنقاذ اللائحة من البطلان . فنجد في ذات النص رقم 32 من قانون المسؤولية الطبية ما يسمح بهذا بالتفسير على هذا الوجه أو ذلك حسب ما يحققه هذا التفسير من مصلحة وعدل .

وذلك أن النص المذكور يشير إلى " سلطة اللجنة الشعبية العامة في تنظيم الهيئة وكيفية مباشرتها لاختصاصاتها ... وغير ذلك من الأحكام المنظمة لها " .

وقد كان بمقدور المحكمة العليا تجاوز المادة الثانية من اللائحة 236 التي تقضي بسريان اللائحة دون غيرها وذلك لإغراض ... تقدير التعويض عن العجز الصحي . ودون الحكم ببطلان اللائحة بكاملها فتحل محلها المادة 30 من اللائحة 556 لسنة 1991 بشأن تنظيم هيئة التأمين الطبي . التي تنص على أن " تضع الهيئة (بعد موافقة اللجنة العليا) الجداول النمطية لمبالغ التعويض التي تصرف للمضرورين والشروط اللازمة لاقتضاء ذلك التعويض .

ويجوز لصاحب الشأن عدم قبول مبلغ التعويض واللجوء إلى القضاء لتحديده وفي هذه الحالة تلتزم الهيئة بقيمة ما يحكم به من تعويض مهما بلغت قيمته، وبأداء هذه القيمة إلى من له الحق فيها " .

وما دامت اللائحة غير ملزمة للمضرور يقبل بالتعويض الذي تقررته أو يرفض ذلك ويلجأ إلى القضاء فلم تعد له مصلحة في الطعن في أحكامها، ومن ثم لا يحتاج وضع هذه اللائحة لتفويض من قانون المسؤولية الطبية على فرض أن المادة 32 من ذات القانون لم تنص عليه . إذن اللائحة ملزمة للمؤمن خيارية للمضرور، له الخيار في قبول التعويض الذي تقررته أو رفضه، واللجوء إلى القضاء .

وهذا هو الاتجاه الذي تأخذ به تشريعات التأمين الإجباري من حوادث المركبات الآلية في كل من تونس (2005) . وجمهورية مصر العربية (2007) .

إذن كان أمام المحكمة العليا وهي تفصل في مصير اللائحة 236 خياران أحلاهما مر، إما الحكم ببطلان اللائحة بعد أن أصبحت مجحفة بحقوق المضرورين بأخطاء طبية، وإما الحكم

بصحة اللائحة لبعض الفوائد التي تقدمها - كما رأينا - منها سرعة البت في التعويض وسرعة التوصل إلى صلح... وإما الخيار الآخر وهو بطلان اللائحة للعيوب الكثيرة التي تعتربها وعلى رأسها التقدير في التعويض.

2-2) الأسباب الحقيقية للحكم ببطلان اللائحة 236:

سبق القول أن المحكمة العليا أبطلت اللائحة 236 المشار إليها بحجة أن نص المادة 32 من قانون المسؤولية الطبية فوض للجنة الشعبية العامة سابقاً بإصدار اللائحة التنفيذية ذات القانون وفوضها بتنظيم أمور محددة صراحة وليس من ضمنها تقدير الضرر وتقدير التعويض عنه.

ويبدو أن الأسباب الكافية وراء بطلان اللائحة 236 غير تلك التي بنيت على التفسير الظاهر لنص المادة 32، ولو أرادت واقتنعت المحكمة العليا بضرورة وملاءمة إنقاذ اللائحة من جزاء البطلان لما أوعزتها الوسائل و الحجج ومن ذات النص الذي فعلاً لم يورد صراحة تفويض اللجنة الشعبية العامة في إصدار لائحة تقدير التعويضات⁽¹⁾، إلا أن عجز المادة فيه ما يسمح بطريق التلميح منح سلطة اللجنة الشعبية العامة في إصدار هذه اللائحة.

وربما على هذا الأساس تمسكت المحكمة العليا في العديد من أحكامها بشرعية اللائحة وأنها المصدر الوحيد لتقدير العجز والتعويض عنه وعن الوفاة بخطأ الطبيب، وذلك عندما كان تقدير اللائحة للتعويض متمشياً مع العدل ويحقق مصالح الأطراف جميعاً.

إلا الأمور تغيرت وأصبحت تقديرات اللائحة لا تحقق العدل ولا تتماشى مع المنطق لعيب في وضع المعايير التي بناءً عليها يتم التعويض نتيجة لتغيرات الاقتصادية بزيادة دخول الأفراد - غالباً المرتبات -، وهبوط قيمة الدينار هبوطاً حاداً خاصة خلال السنوات الأخيرة. فقد أصبح التعويض الذي تحدده اللائحة ضئيلاً إن لم نقل تافهاً خاصة بالنسبة للأضرار المعنوية علماً بأن كثيراً من الأخطاء الطبية لا تترتب عليها إلا أضرار أدبية (بتر الرحم، تشوه لا يحد من القدرة على العمل، تقرير مزور...).

وكذلك الأمر بالنسبة لضحايا الأخطاء الطبية الذين ليس لديهم دخول ثابتة، فقد وضعت اللائحة لهاتين الحالتين الضرر الأدبي، وتعويض من ليس له دخل ثابت - تعويضات مقدرة

(1) خاصة بعد تعدد الاستثناءات على القانون رقم (15) سيء السمعة وابتداع فكرة التعاقد مع الموظفين لتمكين

الإدارة من التحرر من التحديد المجحف للمرتبات في هذا القانون .

بالدينار ثابتة سرعان ما يتجاوزها الزمن، وذلك بعكس التعويض المادي لمن لهم دخول ثابتة حيث يزيد التعويض كلما حصلت زيادات في دخول هذه الفئة⁽¹⁾.

ولا بد للمرء أن يشعر بعدم عدالة التعويض عندما يرى أن المحكمة العليا نقضت حكماً قض للمرأة فقدت رحمها، ومن ثم قدرتها على الإنجاب وإلى الأبد - بخطأ الطبيب ذلك أنه قضى لهذه المرأة بتعويض قدره 90,000 دل) عما لحقها من ضرر معنوي جراء فقد رحمها نتيجة أخطاء طبية دون أن يلتزم بأحكام قرار اللجنة الشعبية العامة رقم 236... ذلك أن نسبة تقدير العجز عن فقد الرحم وفقاً للجدول (أ) المرفق بقرار اللجنة الشعبية العامة رقم 236... تكون بين 30-65% حسب سن الإصابة من إجمالي قيمة التعويض المستحقة... وكان المبلغ الذي قضى به المحكم المطعون فيه عن الضرر المعنوي المعنوي يجاوز الحد الأقصى للتعويض الكامل عن الضررين المادي والمعنوي⁽²⁾، من تم يتعين تطبيق القواعد العامة في التعويض فما هي يا ترى؟.

ثانياً: التعويض حسب القواعد العامة:

القانون المدني يشكل الشريعة العامة تنطبق أحكامه ما لم يوجد استثناء تشريعي يتم بمقتضاه إخضاع مسألة معينة لقواعد خاصة كما كان الحال بالنسبة للاثثة 1424/236 بشأن المسؤولية الطبية⁽³⁾ وللاثثة 213⁽⁴⁾ بشأن التعويض عن حوادث المركبات الآلية. وقد أبطل القضاء كلياً منهما .

وليس بالمقدور تناول كل ما تقول به القواعد العامة في شأن التعويض، فذلك يتجاوز نطاق بحث بالضرورة محدود، وحسبه أن يشير في مجاله إلى التطورات المهمة التي حصلت بفعل التفسير القضائي لأحكام القانون المدني المتعلقة بالتعويض.

ومقدار التعويض ومستحقوه يختلفان بحسب ما إذا كان الخطأ الطبي قد أدى إلى الوفاة أم توقف دونها وأصاب المضرور بعجز كلي أو جزئي.

(1) التعويض هنا هو ضرب صافي المرتب في المعامل المقابل للفئة العمرية للمتوفى أو المضرور من الخطأ

الطبي - فإذا زاد المرتب كما حصل في السنوات الأخيرة بالنسبة لبعض الفئات زاد مبلغ التعويض.

(2) معنى ذلك إن هذه المرأة كل ما يستحقه في أحسن الفروض نسبة 30 - 65% من المبلغ 8000، إذا كانت لا

تعول أسرة. ط.م 52/149ق (الدائرة المدنية الثالثة) بتاريخ 2007/6/19، غير منشور..

(3) أنظر ط. م 59/325 ق، بتاريخ 2017/2/21، غير منشور .

(4) أنظر ط إداري رقم 53/62 ق، بتاريخ 2008/2/10، غير منشور، محكمة استئناف مصراته، القضاء الإداري

رقم 31/18 بتاريخ 2010/1/21 غير منشور، رسالة عبد المجيد العارف، مرجع سابق ص 262 .

أ- التعويض في حالة الوفاة:

كانت الأمور سهلة قبل الحكم ببطلان اللائحة 236 حيث يتم تطبيق أحكامها في حالة الوفاة وما دون الوفاة .

أما بعد بطلان اللائحة فإنه يثور التساؤل المهم حول القانون الواجب التطبيق : هل نطبق قانون الدية فيكون التعويض دية مسلمة إلى أهل القتل ؟ أم يتم تطبيق قواعد القانون المدني؟.

1-تطبيق قانون الدية:

صدر قانون الدية رقم 6 لسنة 1993 وعدل بمقتضى القانون رقم 7 لسنة 1430م⁽¹⁾، وقد انقسم الفقه بشأن طبيعة الدية هل هي تعويض أو عقوبة ؟ وأثر هذا الانقسام على القضاء . وإذا صح الرأي الذي نؤيده بأن الدية حسب قانونها المشار إليه تعتبر تعويضاً محضاً خاصة فيما يتعلق بالقتل الخطأ⁽²⁾ .

وعلى أية حال يثار تساؤل : هل يلتزم المؤمن بدفع الدية كاملة للمضروب؟⁽³⁾ علماً بأن الدية يقع عبؤها على العاقلة في القتل الخطأ، والتأمين الإجباري من المسؤولية الطبية وجد لتغطية مسؤولية الطبيب المخطئ فحسب؟ أما إذا كان القتل من جانب الطبيب عمداً فإن المؤمن سيتحمل عبء الدية!! طبقاً للمادة 31 من قرار اللجنة الشعبية العامة رقم 556 بشأن تنظيم هيئة التأمين الطبي التي تسمح للمؤمن، بعد تعويض المضروب، بالرجوع على المؤمن له إذا كان الخطأ عمدياً !! ولا جدال أنه على المؤمن دفع التعويض طبقاً للقواعد العامة في غير حالات الوفاة .

2-تطبيق أحكام المسؤولية المدنية في القانون المدني:

القانون المدني هو الشريعة العامة التي يتعين تطبيق أحكامه إذا لم توجد تشريعات خاصة بالتعويض .

(1) موسوعة القوانين الجنائية والقوانين المكملة لها - الجزء الأول- قانون العقوبات والقوانين المكملة له، الطبعة الأولى، 2006م، ص407.

(2) بل أصبح القتل الخطأ الخاضع لقانون الدية غير مجرم، وقد كان القتل العمد كذلك أيضاً وبكل أسف لولا أن تدخل المشرع وعدل قانون الدية في هذا الشق أي القتل العمد وجعل في حالة العفو عن القصاص عقوبة السجن المؤبد، وترك وبكل أسف القتل الخطأ. فأصبح الإيذاء الخاضع لقانون العقوبات مجرماً والقتل الخطأ غير ذلك!!!!

(3) وكادت أن تطرح مسألة تطبيق قانون الدية فيما يتعلق بقانون المسؤولية الطبية أمام القضاء العالي . إلا أنه تم رفض الدعوى لأسباب شكلية .

وتختلف أحكام التعويض بحسب ما إذا كان قد ترتب على خطأ الطبيب ومن في حكمه وفاة المريض أو فقط أصابته بضرر .

وفي الحالتين يقتصر التعويض على الأضرار الجسدية، وهي الأضرار التي يغطيها التامين الإجباري من المسؤولية الطبية. .

وقد سبق القول أن القضاء لم يطبق قانون الدية دون إيداء الأسباب المبررة لذلك، ويخضع جميع صور التعويض للقواعد العامة في القانون المدني . وطبقاً لهذه القواعد هناك تعويض يستحقه الورثة ويقسم بينهم قسمة ميراث، وهو يشمل التعويض عن الأضرار المادية التي تكبدها المتوفى قبل موته كمصاريف العلاج من أدوية وتحاليل وأجرة المصحة وكذلك ما فقده من كسب نتيجة تعطله عن العمل بفعل خطأ الطبيب ومن في حكمه .

ومن حق الورثة المطالبة بالتعويض عن الأضرار الأدبية التي عاناها المريض قبل وفاته من الأم... بشرط أن يكون المريض قد اتفق قبل وفاته مع الطبيب المخطئ على مبدأ التعويض ومقداره أو أن يكون قد رفع دعوى يطالب فيها بالتعويض عن هذا الضرر قبل موته، وهذا أمر نادر .

وعند وفاة المريض فإنه يحق لمن كان يعولهم من أقارب المطالبة بالتعويض عن فقد العائل كالأبناء القصر والزوجة والريبيبة .

ويمكن أيضاً للأقارب القريبين المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي الذي ألم بهم بفعل موت المصاب كما بينته المادة 225 مدني .

وقد حسمت المحكمة العليا بدوائرها مجتمعة مسألة أنقسم حولها القضاء وهي مسألة التعويض عن ضرر الموت .

فقد سايرت بعض أحكام القضاء موقف محكمة النقض المصرية بالتعويض عن ضرر فقد الحياة . وذهب اتجاه آخر في القضاء إلى عدم الحكم بالتعويض عن هذا الضرر المزعوم، لأن المريض قبل موته لم يتحقق له ضرر الموت حتى يطالب بالتعويض عنه، وبعد وفاته تفنى شخصيته ولم يعد قادراً على كسب الحق في التعويض . وقد انتصرت المحكمة العليا بدوائرها المجتمعة لهذا الرأي الأخير⁽¹⁾.

(1) وترتب على ذلك اختلاف الأحكام بين ما جرى عليه القضاء في مصر وبين ما أخذت به المحكمة العليا الموقرة، رغم تطابق النصوص في البلدين . أقرت محكمة النقض المصرية لأول مرة التعويض الموروث بتاريخ 1966/2/17 . وكذلك نقض مصري رقم 54/344 ق بتاريخ 1978/4/19 . ورفض القضاء الليبي هذا التعويض، ط . م رقم 2/2 ق بتاريخ 1955/3/16، كذلك ط . م رقم 46/543 ق بتاريخ 2004/20/3 .

ب- عناصر التعويض في حال تفاقم المرض:

يتمثل التعويض نتيجة تفاقم المرض بخطأ طبي في شقين : مالي وآخر أدبي .

1- الشق المالي:

يشمل التعويض ما لحق المريض من خسارة وما فاتته من كسب .

1-1) الخسارة:

يمكن حصر الخسارة في نوعين : الأول جميع ما أنفقه المريض على العلاج من أجرة أطباء وإقامة في المصحات وجراحة وتكاليف الأدوية والأجهزة التكميلية أو التعويضية وإذا لم يتيسر للقاضي وقت الحكم تحديد مقدار التعويض تحديدا نهائيا فإنه يحتفظ للمضروب بالحق في المطالبة خلال أجل بإعادة النظر في التقدير كحصول مرض لم يتبين عقباه إلا بعد مدة من الزمن . هنا القاضي يحكم بتعويض مؤقت على قدر الضرر المعلوم وقت الحكم، على أن يعيد النظر في قضائه بعد فترة معقولة يقدرها لاستقرار الحالة المرضية . وعند انتهاء الأجل المحدد يعيد النظر فيما قضى به، ويحكم بتعويض إضافي إذا تطلب الأمر ذلك . وللقاضي أن يضمن حكمه الأضرار المستقبلية إذا كانت محققة كنفقات العلاج التي سينفقها المريض حتما في المستقبل.

1-2) الكسب الفائت:

النوع الثاني: الكسب الفائت، فقد تترتب على الخطأ الطبي آثار اقتصادية على نشاط المريض في مجال عمله نتيجة قعوده عن ممارسة نشاطه اثناء العلاج أو بسبب عجزه الدائم كلياً أو جزئياً عن القيام بعمله .

وقد يكون سهلاً تحديد مقدار الكسب الفائت نتيجة لقعود المريض عن العمل اثناء العلاج على ضوء متوسط دخله خلال هذه الفترة، لكن الصعوبة تظهر بشأن تحديد مقدار الضرر في حالة العجز الكلي أو الجزئي الدائم .

ومن ضمن الكسب الفائت تفويت الفرصة . والفرصة وإن كانت أمراً محتملاً فإن تفويتها أمر محقق يجب جبر ضرره، إذا كانت الفرصة قائمة على أساس وهناك رجحان كسبها وفوته الخطأ الطبي كحرمان الطالب من دخول الامتحان أو حرمان شخص من الدخول في مسابقة للحصول على عمل

والتعويض بقدر جسامته الضرر بغض النظر عن جسامته خطأ المسؤول عنه، وإن كان الملاحظ ان القضاء يأخذ في الاعتبار مدى فداحة الخطأ ووجود تأمين يغطي مسؤولية المدعي عليه خاصة عند تقدير الأضرار الأدبية .

2- الشق الأدبي:

التعويض يشمل كل ما يعانيه المضرور من آلام أثناء العلاج أو بعد ذلك نتيجة للعجز عن القيام بشؤونه أو للتشوهات وذلك على النحو التالي :

- الآلام الجسدية بسبب تفاقم المرض من جراء الجروح أو بتر الأعضاء أو عجزها عن أداء وظيفتها .

- الآلام النفسية : قد يعاني المريض آلاما نفسية نتيجة فشل العلاج أو التشوهات التي تؤثر على تكامله الجسماني وما يسببه ذلك من مضايقات وشعور بالنقص .

كذلك يجب التعويض عن المضايقات الناجمة عن عدم قدرة المريض على إشباع حاجاته الطبيعية (فقد حاسة الشم أو السمع أو البصر أو القدرة على الإنجاب...)، أي الآلام الناجمة عن حرمان المضرور من التمتع بحياته العادية .

ولا شك أن هناك صعوبة في تقدير عناصر الضرر المعنوي، وبالتالي التعويض عنها، ولهذا يكفي القاضي أن يحكم بمبلغ إجمالي دون إسراف أو تقتير .

هناك آلام تصيب أقارب المريض من أبوين وزوجة وأولاد من جراء ما حاق بقربهم . هذا النوع أوضح في حالة الوفاة بخطأ طبي والفقهاء والقضاء المقارن يرى إمكان التعويض لهؤلاء أيضا. وإن كان نص المادة 225 مدني لم يشر إلا لحالة الوفاة، وترك ما دونها لسلطة القاضي. ويرى الفقهاء أنه من الصعب تصور الحكم بالتعويض عن الضرر الأدبي إلا للأبوين، ويذهب آخرون إلى ضرورة ترك الأمر للقاضي يقدر كل حالة على حده . فيمكن أن يشمل التعويض بالإضافة للأبوين الزوجة والأولاد .

وإن كان من الصعب تطور القضاء للحكم بالتعويض لهؤلاء الأخيرين، في الوضع الراهن، حيث تميل المحاكم إلى تضيق دائرة المستفيدين من التعويض .

بل وذهبت المحكمة العليا بدوائرها⁽¹⁾ مجتمعة إلى عدم الحكم بأي تعويض للأقارب إذا لم ينجم عن الخطأ وفاة بحجة أن نص المادة 2/225 مدني قصر الحق في التعويض على الأقارب إلى الدرجة الثانية في حالة الوفاة فقط ! وبهذا الحكم يتراجع قضاؤنا عما قرره القضاء المصري مع تطابق النصوص في هذه المسألة في القانونين المدنين الليبي والمصري!.

(1) المحكمة العليا - الدوائر المجتمعة ط رقم 46/495 ق بتاريخ 2004/10/3 غير منشور . بإزالة التعارض بين المبدأ المقرر في الطعن رقم 376/ق والمبدأ الوارد في ط . م رقم 43/61 ق (الاول يجيز والثاني يرفض) .

المطب الثاني: الأحكام الإجرائية

في كثير من الأحيان يتم التواصل إلى صلح بين المضرور والمؤمن على تقدير التعويض، وبذلك تنتهي المشكلة خاصة عندما كان هذا التعويض مقدراً بمقتضى اللائحة 236 التي سبقت دراستها .

وقد يُشارك الطبيب ومن في حكمه في هذا الصلح المؤمن أو يجريه منفرداً مع المضرور في غيبة المؤمن . ولكن هذا الصلح لا ينفذ في حق هذا الأخير إلا إذا قبله. أما بعد إلغاء اللائحة المشار إليها فإن إمكانية التوصل إلى حل تصالحي قد تكون تضاعلت اللهم إلا بالاستعانة بأحكام اللائحة المذكورة بعد بطلانها .

وليس هناك ما يمنع قانوناً من ذلك. فتصبح أحكامها شروطاً اتفاقية إذا حظيت بقبول الأطراف لها.

ويتبادر إلى الذهن سؤال وهو هل من حق المضرور الرجوع على الطبيب والجهة التي يتبعها ؟ (أولاً) . وهل من ضرورة لرضاء المؤمن لإلزامه بالتعويض (ثانياً) . أيضاً هل يوجد ما يشفع للمريض أو أهله إذا توفي بمطالبة المؤمن مباشرة أمام القضاء الجنائي وأمام القضاء المدني؟ ثم ما هي المدة التي لا يجوز لهؤلاء بعدها المطالبة بالتعويض ؟ (ثالثاً) . أشارت هذه المسائل خلافاً حادة أمام القضاء وكذلك من منظور فقهي، ولهذا رأيت اختيار دراستها، وكذلك ستتم الإشارة إلى مسائل أخرى مهمة باختصار (رابعا) .

أولاً : مطالبة الطبيب ومن في حكمه والمسؤول عن الحقوق المدنية:

أثارت مسألة مطالبة المضرور لهؤلاء بالتعويض خلافاً في القضاء وأنقسم بشأنها إلى اتجاهين متعارضين .

أ- إخراج الطبيب والمسؤول عن الحقوق المدنية من الدعوى:

ذهبت بعض محاكم الموضوع إلى إخراج الطبيب والجهات المتبوعة من الدعوى المرفوعة لعدم الصفة، على اعتبار أنّ المسؤولية عن التعويض بكاملها تتحملها هيئة التأمين الطبي ومن بعدها شركة لييبا للتأمين⁽¹⁾ .

(1) محكمة باب بن عشير الجزئية/ الدائرة المدنية الأولى بتاريخ 2015/6/28، غير منشور . محكمة تزهونة الابتدائية / الدائرة الاستثنائية الأولى بتاريخ 2016/11/27، غير منشور .

والجدير بالملاحظة أنه قليلاً ما ترفع الدعوى المدنية على الطبيب لمطالبته بالتعويض نظراً للتسامح الذي يبديه المرضى حيال من حاولوا مساعدتهم على الشفاء من عللهم وإن ارتكبوا أخطاء غير مقصودة في حقهم⁽¹⁾، اللهم إلا إذا كان الخطأ على درجة كبيرة من الجسامة أو كان هناك تعسف من الطبيب، ولعل السبب في ذلك هو أن المضرور يبحث عن تعويض بالدرجة الأولى لإكمال علاجه أو لسد رمق عياله، ولا يبحث عن الانتقام من الطبيب ومن في حكمه ولو أخطأ في حقه .

وقد أيدت المحكمة العليا في بعض أحكامها هذا الاتجاه وسندها في ذلك " أن القانون رقم 86/17 بشأن المسؤولية الطبية قد نصت المادة 31 منه " تنشأ هيئة تسمى هيئة التأمين الطبي تكون لها الشخصية الاعتبارية ويلتزم الأشخاص القائمون بالمهن الطبية بالتأمين لديها عن مخاطر ممارستهم لتلك المهن" . وتتص المادة 1/29 من قرار اللجنة الشعبية العامة رقم 1991/556 بشأن تنظيم هيئة التأمين الطبي " تلتزم الهيئة بتغطية المسؤولية المدنية الناجمة عن الوفاة أو أية إصابة بدنية أو ضرر مادي أو معنوي يلحق بأي شخص بسبب خطأ من الأخطاء المهنية الناشئة عن ممارسة المهن الطبية والمهن المرتبطة بها " ونصت المادة 2/30 من ذات القرار (تلتزم الهيئة بقيمة ما يحكم به من تعويض مهما بلغت قيمته، وبأداء هذه القيمة لمن له الحق فيها ...) وترى المحكمة الموقرة أن مفاد هذه النصوص أن المسؤولية بالتعويض تقع على هيئة التأمين الطبي أثناء قيامهم بمهنتهم ... وتخلص إلى القول بأن شركة ليبيا للتأمين تكون وحدها المسؤولية عن التعويض ولها الصفة ... باعتبارها قد حلت محل هيئة التأمين الطبي التي أُلغيت بموجب قرار اللجنة الشعبية رقم 2000/123 م وآلت اختصاصاتها إلى شركة ليبيا للتأمين⁽²⁾ .

وهذا ما أكدته المحكمة العليا⁽³⁾ أيضاً في حكم آخر بقولها أن شركة ليبيا للتأمين " أصبحت هي المختصة بتغطية المسؤولية المدنية الناشئة عن الخطأ الطبي المدعى به، وهي تعد صاحبة الصفة قانوناً، ولا يجوز إقحام الجهات العامة في الدعوى لانتهاء الصفة، وأن للشركة الشخصية الاعتبارية والذمة المالية المستقلة وهي شركة مساهمة تجارية تمارس نشاطها وفقاً للقانون

(1) أنظر ط . م رقم 47/352 ق، الدائرة المدنية الثانية بتاريخ 2005/2/12، غير منشور حيث رفعت الدعوى على المتبوعين والمؤمن دون الطبيب .

(2) ط . م رقم 47/352 ق، بتاريخ 2005/2/12، غير منشور .

(3) ط . م رقم 49/197 ق، بتاريخ 2005/6/1، غير منشور .

التجاري وعقد تأسيسها فإنها تكون وحدها المسؤولة عن التزاماتها تجاه الغير، وأن مسؤوليتها قانونية (1).

ولم يستقر القضاء على هذا الحل السيئ وسلك في نظري المسلك الصحيح .

ب- الاتجاه الصحيح:

ذهب الاتجاه الذي نؤيده إلى أن من حق المتضرر من الخطأ الطبي أن يطالب الطبيب المخطئ ومن في حكمه وكذلك متبوعة بالتعويض إلى جانب حقه في الرجوع على المؤمن . كما يحق للمؤمن له إذا ما طالبة المضرور بالتعويض أن يدخل المؤمن في الدعوى المرفوعة عليه، وذلك تطبيقاً للمادة 123 مرافعات التي تنص على أنه " لكل من الخصوم أن يدخل الغير في الدعوى إذا رأى أن الدعوى مشتركة بينهما أو أنه ضامن فيها " . ومن تم فإنه من مصلحة الطبيب ومن في حكمه وكذلك المتبوع أن يدخل المؤمن في الدعوى المرفوعة من المتضرر من الخطأ الطبي حتى يصير هذا الحكم حجة عليه بما عسى أن تحكم به المحكمة من تعويض .

وبذلك يكون هذا الحكم سنداً للمؤمن له الأصلي (الطبيب ومن في حكمه والمتبوع) في الرجوع على المؤمن إذا ما تم تنفيذ الحكم على المدين الأصلي أولاً .

ولا يستطيع المدين الأصلي أو متبوعة " دفع مسؤوليته بوجود عقد التأمين لما في ذلك من إنقاص للضمان المقرر للدائن لأنه إما أن يكون مديناً أصلياً لأنه تسبب في حصول الضرر أو أن يكون مسؤولاً معه بحكم المادة 177 من القانون المدني باعتباره متبوعاً " (2) .

ومصدر هذه المسؤولية هو القانون المدني فلا يجوز الإعفاء منها بقرار - على فرض وجوده - من جهة أدنى (اللجنة الشعبية العامة سابقاً) بإنشاء هيئة التأمين الطبي التي حلت محلها شركة ليبيا للتأمين .

وقد عقدت المحكمة العليا في حكم حديث لها مقاربة جيدة بين التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء ومن في حكمهم والتأمين الإجباري من حوادث المركبات الآلية رقم 28 لسنة 1971 حيث رأت المحكمة العليا الموقرة أنه لا يوجد أي مبرر قانوني للتفرقة بين الوسيلة التي

(1) نفس الاتجاه ط . م 50/737 ق، بتاريخ 2006/7/26، غير منشور .

(2) ط . م رقم 56/162 ق الدائرة المدنية الأولى بتاريخ 2013/01/02 غير منشور . ط . م رقم 56/296 الدائرة المدنية الأولى بتاريخ 2012/5/3 غير منشور . ط . م رقم 56/778 ق الدائرة المدنية الأولى، بتاريخ

2012/6/27، غير منشور .

يمكن بها المضرور من عمل ناجم عن خطأ طبي من الحصول على تعويض بحصرها في مقاضاة المؤمن دون غيره عن التي تجيز لمضرور عن عمل خاضع لتأمين إجباري آخر - بقوة القانون - من المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث المركبات الآلية مثلاً .

ومفاد ذلك أنه يحق للمضرور رفع دعوى مباشرة ضد المؤمن لاقتضاء مبلغ التعويض وعلى المسؤول ومتبوعة⁽¹⁾، وأنه أصبح للمضرور مدينان بالتعويض المستحق له، وهما المؤمن له والمسؤول، وهو مدين طبقاً لقواعد المسؤولية، والمؤمن بحكم الدعوى المباشرة، ولكونهما غير متضامنين فيه، بل هما مسؤولاً عنه بالتضام⁽²⁾ .

وننوه إلى أنه من مصلحة المضرور إدخال المؤمن في الدعوى لسهولة التنفيذ عليه مقارنة بالطبيب ومتبوعة من الجهات العامة أو الخاصة، وفي هذه الحالة يكون المؤمن مسؤولاً بالتضام مع المسؤول الأصلي (الطبيب ومن في حكمه) ومتبوعة لاختلاف مصدر المسؤولية : فالأول مسؤول بمقتضى عقد التأمين والأخيران مسؤوليتهما تقصيرية غالباً .

ويتأكد هذا الرأي بالرجوع إلى المادة 2/779 من القانون المدني التي تنص على أنه "يجوز للمؤمن له إذا أصبح مدعى عليه من قبل الطرف المتضرر أن يدخل المؤمن طرفاً في القضية" .

فالتأمين من المسؤولية الطبية هو تأمين من الأضرار وبالتحديد تأمين من المسؤولية المدنية قصد منه أن يتفادى الطبيب ومن في حكمه، ومتبوعة أن يتحمل عبء المسؤولية بدفع التعويض للمضرور . فيمكن لهؤلاء إذا ما رفعت عليهم دعوى المسؤولية من طرف المريض إدخال المؤمن فيها، وإذا ما رجع المريض على أي منهم أولاً أن يرجع بما دفعه على المؤمن . وأصبح هذا الرأي هو الأرجح خاصة بعد إلغاء هيئة التأمين الطبي وإحلال التأمين الخاص مكانها، ولكن هل تتحمل شركة التأمين وحدها عبء التعويض المحكوم به على الطبيب أو متبوعة كما ذهب إلى ذلك جانب من القضاء ؟

(1) وقد استقر قضاء المحكمة العليا على أن اللجنة الشعبية العامة (سابقاً) مسؤولة بحكم اختصاصها على جميع مؤسسات الدولة بحكم مسؤوليتها التضامنية، وأن جميع الأمانات واللجان الشعبية في ظل النظام السابق كانت تشكل الهيكل العام لها، ومن ثم فإن اختصاصها يعني عن اختصاص بقية الجهات الإدارية كما يمكن اختصاصها جميعاً . ط . م . رقم 56/296 ق بتاريخ 2012/5/3 غير منشور .

(2) ط . م . الدائرة المدنية الرابعة رقم 60/567 ق بتاريخ 2017/2/5 . غير منشور .

ونظراً لوجود تعارض بين أحكام المحكمة العليا كما مر ذكره، فإن ذلك يقتضي تدخل المحكمة العليا بدوائرها مجتمعة لوضع الأمور في نصابها وإرساء المبدأ الذي يخدم المضرور ويحمي حقوقه، وينسجم مع مبادئ القانون، وهو حقه في مطالبة المؤمن له والمسؤول عن الحقوق المدينة طبقاً للمادة 177، وليس الحكم بإخراج هؤلاء من الدعوى لعدم الصفة الأمر الذي لا يؤيده سند من القانون أو المصلحة أو العدالة .

والاختلاف القضائي لم يقتصر على هذه المسألة بل امتد إلى مدى ضرورة وجود رضا المؤمن بعقد التأمين .

ثانياً: مدى ضرورة عقد التأمين:

ذهب الاتجاه الغالب في القضاء⁽¹⁾ تؤيده المحكمة العليا في العديد من أحكامها⁽²⁾ إلى أنه لا ضرورة لوجود عقد التأمين بين الطبيب ومن في حكمه والمؤمن سواء قبل إلغاء هيئة التأمين الطبي أو بعد إلغائها .

وقد تأيد هذا القضاء بحكم المحكمة العليا بدوائرها مجتمعة مقررة العدول عن المبدأ الذي يقضي بأن هيئة التأمين الطبي لا تلزم بتعويض المضرور إلا إذا قدم وثيقة التأمين الصادرة عن الهيئة . ونفس الحل يسري كذلك على شركة ليبيا للتأمين التي حلت محلها، وتعدُّ ملزمة قانوناً بتعويض كل من لحقه ضرر نتيجة خطأ طبي بالنسبة للمشاركين المشمولين بالتغطية التأمينية طالما أنهم يمارسون مهنة الطب والمهن المرتبطة بها، ذلك كله إعمالاً لقانون المسؤولية الطبية رقم 17 لسنة 1986، ولا يترتب على الملزم سوى دفع غرامة تأخير بنسبة 5% من قسط التأمين عن تأخره في دفع الأقساط، هذا فضلاً عن حق الهيئة في اقتضاء تلك الأقساط بإجراءات الحجز الإداري طبقاً للقانون 152 لسنة 1970 م .

(1) محكمة جنوب طرابلس/الدائرة الاستئنافية بتاريخ 2016/12/14 غير منشور، محكمة باب بن غشير بتاريخ 2015/6/28 غير منشور، محكمة ترهونة الابتدائية /الدائرة الاستئنافية الأولى بتاريخ 2016/11/27 م غير منشور .

(2) ط . م رقم 53/12 ق، بتاريخ 2008/6/29، غير منشور . ط . م رقم 56/684 ق، بتاريخ 2012/8/28، غير منشور . طعن مدني رقم 7/355 الذي أيدته المحكمة العليا بدوائرها مجتمعة بتاريخ 2010/10/10. ط.م. رقم 56/162 ق بتاريخ 2013/01/02 (الدائرة المدنية الأولى)، غير منشور . ط . م . رقم 55/1494 ق بتاريخ 2012/3/12 غير منشور .

إلا أنه يتم التساؤل عن الحل إذا ما تم التأمين من المسؤولية الطبية لدى شركة أخرى غير شركة ليبيا للتأمين، وهو ما يحصل أحياناً⁽¹⁾ هل ستلزم شركة ليبيا للتأمين بدفع التعويض؟ وما حكم عقد التأمين المبرم مع شركة أخرى للتأمين؟
على أية حال فإن الحجج التي استند عليها هذا الاتجاه القضائي أو هن من بيت العنكبوت، ولا تقوى على النقد .

فكيف يتسنى القول بوجود عقد التأمين دون إرادة من المؤمن تسنده، وتمنحه القوة الملزمة !! ألا يعتبر ذلك مناقضاً لمبدأ العقد ذاته الذي قوامه التراضي (إيجاب وقبول) لعل هذا الحل كان يستقيم عندما كانت هيئة التأمين الطبي قائمة للتشابه بينها وبين هيئة الضمان الاجتماعي التي تلتزم بتغطية العامل ولو لم يقم رب العمل بالاشتراك عنه في دفع أقساط الضمان. وقد يجد هذا الحل سناً ولو ضعيفاً عندما كانت شركة ليبيا للتأمين تحتكر سوق التأمين ومملوكة للدولة بالكامل . أما الآن وقد غدت هذه الشركة تتنافس مع غيرها سوق التأمين وتعمل على مقتضى قواعد القانون الخاص وأساس نشاطها (عقد التأمين) فليس بالمقدور افتراض وجود هذا العقد رغم عدم انصراف إرادة طرفيه إلى إبرامه، وقد يجهل المؤمن وجود هذا العقد، وقد يرفض المؤمن له إبرامه مع شركة ليبيا للتأمين بتعاقدته مع شركة أخرى أو بتهربه من التأمين حتى لا يدفع القسط التأميني، متهوراً أو متوقفاً أن لا يحصل له مكروه . وإذا ما حصل فسيجد نفسه مغطى تأمينياً، وكل ما هناك أنه سيدفع غرامة بنسبة 5% من قسط التأمين والتي لم تعد ملزمة له لأنها ربا حرمه المشرع في جميع صورته بالقانون رقم 1 لسنة 2013 م⁽²⁾ ألا يشجع هذا الحل على التهرب من التأمين الإجباري من المسؤولية الطبية، خاصة أنه لا توجد عقوبة جنائية على عدم التأمين سوى الغرامة المذكورة⁽³⁾!!

(1) محكمة ترهونة الابتدائية بتاريخ 2016/4/27 . رغم وجود وثيقة تأمين إجباري من المسؤولية الطبية بين الطبيب والشركة الإفريقية للتأمين فقد ألزمت المحكمة شركة ليبيا للتأمين بدفع التعويض مع الشركة الإفريقية بحجة أن شركة ليبيا للتأمين حلت محل هيئة التأمين الطبي، وبهذه الصفة فهي مدينة بالتعويض للمضروب ولو انعدمت وثيقة التأمين !!

(2) بل لا يحق للمؤمن الرجوع على المؤمن له لاسترجاع ما دفعه عنه للمضروب فقد حددت اللائحة حالات الرجوع!!

(3) بعكس التأمين الإجباري من حوادث المركبات الآلية الذي قرر له المشرع عقوبة جنائية عند قيادة مركبة آلية غير مؤمنة .

كيف يتسنى للمحكمة العليا بدواؤها مجتمعة أن تتخطى المنطق والقانون معاً (ضرورة وجود وثيقة تأمين) وتضحي بمصلحة طرف (المؤمن) لحساب آخر (المضروب). نعم كان رائد المحكمة العليا وبقية المحاكم التي شايحت هذا الحل هو إيجاد تغطية تأمينية لكل مضروب من خطأ طبي. لكن ليس بأي ثمن. لقد كان هذا دور المشرع الذي عليه أن يأخذ بما درجت عليه القوانين المقارنة ومنذ مدة طويلة وهو إيجاد صندوق خاص لضحايا الأخطاء تدفع منه التعويضات لمن لا يسعهم الرجوع على مؤمن من المسؤولية لعدم وجوده أو لإفلاسه أو هروب المؤمن له⁽¹⁾ وكان حرياً بمشرعنا، وكانت تجارب هذه الدول المجاورة لنا أو التي تتأثر بها في وضع تشريعاتنا، ماثلة أمامه أن يتبنى هذا الحل.

وهذا هو الطريق الصحيح الذي تبنته المحكمة العليا في أحكام سابقة، بل وفي ظل وجود هيئة التأمين الطبي " فقد صرح به حكم المحكمة العليا في الطعن المدني رقم 48/181 ق حيث جاء فيه " أن التزام هيئة التأمين الطبي بتغطية المسؤولية المدنية من الضرر الذي يلحق بأي شخص لا يتحقق إلا خلال وثيقة التأمين الصادرة عن الهيئة، وبشرط أن يكون الخطأ الذي أدى إلى حصول الضرر قد وقع خلال فترة سريان الوثيقة .

" وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر، وقضى بمسؤولية الطاعن (شركة ليبييا للتأمين) باعتباره حل محل هيئة التأمين الطبي دون أن يبحث ويتأكد من وجود وثيقة تأمين تغطي المسؤولية المدنية الناجمة عن الخطأ الطبي الذي تسبب فيه محدث الضرر ومدة سريانها فإنه يكون مخالفاً للقانون قاصر التسيب بما يتعين نقضه " (2).

وإذا كانت هذه المسألة قد تناولتها أحكام القضاء واختلقت بشأنها فإن وجود الدعوى المباشرة يبقى مسألة مفروغاً منها دون أن يبدي القضاء أسانيد مبررة.

ثالثاً: الدعوى المباشرة:

أهمية الدعوى المباشرة في التأمين الإجباري لا تخفى على أحد، فهي تسمح للدائن بمهاجمة مدين المدين لمطالبته بما يستحق عليه للمدين الأصلي. ففي التأمين الإجباري من المسؤولية الطبية يستطيع المضروب بألية الدعوى المباشرة مطالبة المؤمن بدفع التعويض

(1) وهذا ما فعله المشرعون في كل من فرنسا وتونس (منذ 1962) ومصر (منذ 2007) في قوانين التأمين الإجباري من حوادث المركبات الآلية .

(2) الدائرة المدنية الأولى بتاريخ 2005/2/7، غير منشور وكذلك الطعن رقم 46/143 ق . ط . م رقم 49/213 ق بتاريخ 2005/7/7، غير منشور، ط . م رقم 49/198 ق بتاريخ 2005/7/7، غير منشور .

مباشرة، ولا يمر التعويض بذمة المؤمن له (الطبيب ومن في حكمه) ومن ثم لا يُشارك دائنو هذا الأخير المضرور في اقتسام حصيلة هذه الدعوى قسمة غرماء.

ولولا وجود دعوى مباشرة لكان لزاماً على المريض للحصول على التعويض رفع دعوى غير مباشرة، وتدخل حصيلتها ذمة الطبيب (المدين الأصلي بالتعويض)، ويتقاسم هذه الحصيلة دائنو الطبيب بمن فيهم المريض أو خلفه قسمة غرماء كما تقضي بذلك القواعد العامة. وهذا الحل ظاهر السوء والظلم للمريض الذي دفع صحته وربما حياته ثمناً لهذا التعويض فلا ينال منه هو أورثته إلا نصيباً وربما لا شيء إذا كان هناك دائنون آخرون لهم حق التقدم (رهن أو امتياز). وبهذه المثابة تشكل الدعوى مباشرة خروجاً صارخاً على مبدئين أساسيين في القانون المدني: فهي استثناء من مبدأ نسبية الأثر الملزم للعقد لأن المضرور ليس طرفاً في عقد التأمين ولكن ينصرف إليه أثره، ولأنها خروج على مبدأ المساواة بين الدائنين العاديين (والمضرور منهم) في التنفيذ على أموال مدينهم. ومن ثم لا تنقرر هذه الدعوى إلا بنص في القانون يسمح بوجودها.

فهل هذا النص موجود؟ ما هي مدة تقادم هذه الدعوى؟ وهل يجوز مطالبة المؤمن أمام القضاء الجنائي؟

دون الخوض في تفاصيل الدعوى المباشرة نكتفي بهذه النقاط الجدلية. لغموض أو سكوت تشريعات المسؤولية الطبية والتأمين الإجباري منها.

أ- السند التشريعي:

لقد أهتم المشرع بإعداد قانون المسؤولية الطبية، وهياً لأعداده لجنة تولت دراسة ووضع مشروعه فكان عملاً أكثر نجاعة من التأمين الإجباري من المسؤولية الطبية مع أن هذا الأخير أكبر أهمية ويمثل لب الحماية للمريض⁽¹⁾ وللطبيب على السواء.

فقد رأينا أن قانون المسؤولية الطبية فرض التأمين على الأطباء ومن في حكمهم دون أن يتناول أحكامه، وأحال في شأنها على اللوائح. ونظراً لتعدد هذه الأخيرة (اللوائح 556، 236،

(1) ولعلي أقول أنه لو اكتفى المشرع بتنظيم ووضع قانون التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية للأطباء لكان أجدى وأنفع بل أنه لو ترك المسؤولية الطبية للقواعد العامة يطورها القضاء ويتناولها الفقه بالمقترحات والدراسات لكان ذلك أجدى وأنفع من حشرها في نصوص محدودة تستعصي على التفسير، وقد تكون حائلاً دون التطور المنشود.

132، 203...) فإنها لا بد من أن يصيبها التعارض في الأحكام والنقص فيها والتشكيك في مشروعيتها في خصوص هذه المسألة .

وبالقاء نظرة سريعة على قانون المسؤولية الطبية فلا نجد فيه إلا نصين يتعرضان على استحياء وبطريق غير مباشر للتأمين الإجباري من المسؤولية المدنية للأطباء ومن في حكمهم (المادتان 31، 32) .

وهذان النصان يتعلقان بإنشاء هيئة التأمين الطبي وبتنظيم هذه الهيئة ومباشرتها لاختصاصها، وكيفية استثمار مواردها، والفئات الملزمة بالتأمين لديها، وقيمة أقساط التأمين، وطريقة سدادها، وغير ذلك من لأحكام المنظمة لها .

إذن لا نجد أي إشارة للدعوى المباشرة في قانون المسؤولية الطبية رغم أنه تعرض لأمر تعتبر أقل أهمية منها (طريقة سداد أقساط التأمين) . اللهم إلا إذا اعتبرناها تدخل ضمن ما يحتويه عجز المادة 32 المشار إليها، الذي جاء فيه " وغير ذلك من الأمور المنظمة لها !! " إذن يلاحظ غياب النص القانوني للدعوى المباشرة . والنص الذي يمكن الاعتماد عليه لتقرير الدعوى المباشرة هو نص المادة 30 من اللائحة رقم 556 لسنة 1991 بشأن تنظيم هيئة التأمين الطبي . إذ تقضي الفقرة الثانية من المادة المشار إليها " يجوز لصاحب الشأن عدم قبول التعويض (المحدد باللائحة 236) واللجوء إلى القضاء لتحديده . وفي هذه الحالة تلتزم الهيئة بقيمة ما يحكم به من تعويض مهما بلغت قيمته، وبأداء هذه القيمة لمن له الحق فيها " .

ويلاحظ أن عبارة " وبأداء هذه القيمة لمن له الحق فيها " هي بيت القصيد وعلى أساسها قد تقرّر الدعوى المباشرة بمثل ما تقررت الدعوى المباشرة في التأمين الإجباري من حوادث المركبات الآلية على ذات الصيغة تقريباً، (المادة 6 من القانون رقم 28 لعام 1971 المعدل بالقانون رقم 8 لعام 2003) .

وإذا كانت الدعوى المباشرة في قانون التأمين الإجباري من حوادث المركبات الآلية لا تثير أي مشكلة في وجودها وفي آثارها فهي تركز على نص قانوني مازال قائماً ولم يلغ .

أما الدعوى المباشرة في التأمين الطبي فإن أساسها نص ورد في لائحة (اللائحة 556) تم إلغاؤها صراحة باللائحة 132 لسنة 1430 بإلغاء هيئة التأمين الطبي وإحلال شركة ليبيا للتأمين محلها . وحتى قبل إلغاء اللائحة 556 المشار إليها والمنظمة للمادة 30 التي تقرّر وجود الدعوى المباشرة في حقل المسؤولية الطبية فإنه يثار التساؤل عن صحة ذلك . فالتفويض القانوني بالمادتين 31 و 32 من قانون المسؤولية الطبية، ليس من ضمنه الدعوى المباشرة . فقد رأينا

مناسبة أخرى أن المحكمة العليا فسرت نص المادة 32 تفسيراً مضيقاً، وألغت اللائحة 236 المتعلقة بتقدير التعويض على اعتبار أن التفويض الصادر للجنة الشعبية العامة بمقتضى المادتين 31 و32 لا يشمل على تقدير التعويض . وهذا التفويض لا يشمل أيضاً ومن باب أولى على منح دعوى مباشرة للمضور من الخطأ الطبي .

ولا يقبل الخروج على مبدأ المساواة بين الدائنين العاديين المقررة في القانون المدني (م 237) باللائحة، ولو صدرت بناء على تفويض من قانون المسؤولية الطبية، فضلاً عن الشك في مضمون نص التفويض كما قيل أعلاه. ولما كان ذلك وكان قانون المسؤولية الطبية قد خلا من نص يفوض اللجنة الشعبية العامة في تقرير دعوى مباشرة⁽¹⁾ فإنّ اللائحة التنفيذية التي تهدف إلى وضع القانون موضع التنفيذ لا يجوز لها أن تخرج عن حكم القانون الذي تضطلع بتنفيذه، وإذا ورد باللائحة التنفيذية حكم مخالف للقانون امتنع القاضي عن تطبيق اللائحة، وأقتصر فقط على تطبيق القانون، وسبب ذلك أن اللائحة تستمد قوتها التشريعية من تفويض المشرع في القانون، ولأن مهمة اللوائح تنظم الأحكام الموضوعية التي شرعها القانون لا ابتداع الأحكام⁽²⁾ .

ولا شكّ في أن قلوبنا مع ضرورة وجود الدعوى المباشرة في المسؤولية الطبية. لكن بشرط توافر الوسيلة الشرعية اللازمة لذلك، وهي إرادة المشرع واردة بنص في القانون. فضحية الخطأ الطبي أولى بالحصول على مبلغ التعويض وحده فهو الذي دفع فيه صحته وربما حياته ؛ فلا يجوز أن يشارك بقية الدائنين العاديين وغير العاديين في ما تدفعه شركة التأمين .
فهل أفتعت هذه الحجج القضاء ؟

(1) فقد سبق للمحكمة العليا أن قالت كلمتها بشأن تفسير التفويض الصادر للجنة الشعبية العامة بتنظيم هيئة التأمين الطبي " لما كان القانون رقم 17 لسنة 1986 خلا من نص يفوض اللجنة الشعبية العامة في إصدار القرار الذي يحدد المسؤولية عن الأخطاء المهنية الطبية والطبية المساعدة بقيمة معينة فإن ما ورد باللائحة التي صدر بها قرار اللجنة الشعبية العامة رقم 236 - 84 بشأن التعويض ... تحد من مسؤوليات الجهات الطاعة بغير تفويض السلطة المختصة بالقوانين، فهي والعدم سواء، ولا على المحكمة إن هي أعرضت عنها، وقدرت التعويض وفقاً للقواعد العامة في المادتين 224، 225 من القانون المدني بما يتعين معه رفض الطعن " .
(2) الحكم المشار إليه أعلاه ط . م رقم 56/162 ق بتاريخ 2013/01/02 غير منشور .

ب- موقف القضاء من الدعوى المباشرة:

1) مدى وجود الدعوى المباشرة:

رغم الإشارات العديدة لهذه الدعوى في أحكام القضاء إلا أن مسألة وجودها من عدمه لم تنثر أمام المحاكم، فلم يطعن أحد بعدم وجود الدعوى المباشرة في المسؤولية الطبية. بل ورأينا أن القضاء في العديد من أحكامه يقرر مسؤولية هيئة التأمين الطبي وخليفاتها شركة ليبيا للتأمين مباشرة عن دفع التعويض للمريض أو ذويه إذا مات، وتخرج الطبيب والجهات العامة من الدعوى لعدم الصفة، الأمر الذي لا نقره نصوص قانون المسؤولية الطبية واللوائح الصادرة بمقتضاه، ولا تسمح به طبيعة التأمين الطبي الذي هو تأمين من المسؤولية، وقد سبق الحديث في ذلك .

والملاحظ أن الدعوى ترفع باسم المريض أو خلفه العام، وتصدر الأحكام لصالح هؤلاء، بل أحياناً يتم التغاضي عن إدخال الطبيب أو متبوعه في الدعوى⁽¹⁾، ولو تعلق الأمر بدعوى غير مباشرة لكان لزاماً أن ترفع الدعوى باسم المدين (المؤمن له) الطبيب، أو يتم إدخاله فيها ليصدر الحكم باسمه ولحسابه كما تقضي بذلك القواعد العامة في الدعوى غير المباشرة⁽²⁾.

فقد جاء في حكم للمحكمة العليا بتاريخ 2014/5/7 م " أن دعوى الضمان إذا رفعت استقللاً عن الدعوى الأصلية فإن الاختصاص بنظرها يتحدد حسب قيمة الدعوى ولو كان الحق المدعى به ناجماً عن فعل يعدُّ جنحة أو مخالفة لأن أساسها العقد أو القانون " ويلاحظ أنه لو تعلق الأمر بدعوى غير مباشرة لوجب إدخال المدين الأصلي فيها⁽³⁾.

وفي حكم أحدث للمحكمة العليا بتاريخ 2017/2/5 أشارت فيه إلى التقارب البين بين التأمينين الإلزاميين : التأمين من المسؤولية الطبية والتأمين الإجباري من حوادث المركبات الآلية بمناسبة السماح بمقاضاة المسؤول عن الحقوق المدنية إلى جانب المؤمن . وبأنه " ينتقي معاً أي مبرر قانوني للفرقة بين الوسيلة التي يمكن بها للمضروب من عمل ناجم عن خطأ طبي من الحصول على تعويض بحصرها في مقاضاة المؤمن دون غيره عن التي تجيز لمضروب من

(1) يلاحظ التسامح الذي يبديه المرضى أو ذويهم عند الوفاة حيال الطبيب، فلا يُطالب غالباً بالتعويض، ولا تُرفع عليه الدعوى المدنية، وتصدر الأحكام الجنائية علي الأطباء بأحكام خفيفة مع وقف التنفيذ، رغم جسامة الأخطاء أحياناً .

(2) أنظر للباحث النظرية العامة للالتزام : أحكام الالتزام، ص 56 .

(3) ط . م رقم 54/235 ق، الدائرة المدنية الثالثة، غير منشور .

عمل خاضع لتأمين آخر - بقوة القانون - من مقاضاة المؤمن وغيره كالقانون رقم 28 لسنة 1971م بشأن التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث المركبات الآلية مثلاً الذي نصت عليه مادته السادسة على أن " يلتزم المؤمن بتغطية المسؤولية المدنية الناشئة عن الوفاة أو عن أية إصابة بدنية تلحق أي شخص من حوادث المركبات الآلية . " والتي مفادها - على ما أستقر عليه قضاء هذه المحكمة - أنه يحق للمضروب رفع دعوى مباشرة ضد المؤمن لاقتضاء مبلغ التعويض وعلى المسؤول، وأنه أصبح للمضروب مدينان بالتعويض المستحق له، وهما المؤمن له والمسؤول، وهو مدين طبقاً لقواعد المسؤولية المدنية، والمؤمن بحكم الدعوى المباشرة " (1) .

ويُدرِك القارئ الكريم أنّ القلوب مع وجود الدعوى المباشرة ولكن السيوف بيد المشرع (البرلمان)، هو الذي يملك حسم الأمر، فهذا دوره وتلك مهمته، وليس للقضاء أن يتدخل فيما يتجاوز سلطاته في تفسير القانون لا أعماله. وإذا كان وجود الدعوى المباشرة في الحقل الطبي موضوع شك فإن مشاكل أخرى تظهر على السطح تتعلق بتقادمها .

(2) تقادم الدعوى المباشرة:

الخلاف حول مدة تقادم الدعوى المباشرة قديم بسبب الخلاف حول أساسها : القانون أو عقد التأمين . فقد اختلف الفقه والقضاء الفرنسيان حول مدة تقادم الدعوى المباشرة منذ صدور قانون التأمين سنة 1930 م . فقد نصت المادة 25 من هذا القانون على تقادم ثنائي للدعوى النابعة من عقد التأمين . فهل الدعوى المباشرة منها وتتقادم بمرور سنتين أم تقادمها يخضع للقواعد العامة في القانون المدني فيكون ثلاثين سنة ؟

وسبب الخلاف هو هل مصدر الدعوى المباشرة القانون فيكون تقادمها حسب القواعد العامة (30 سنة) أو هي نابعة من عقد التأمين فتخضع دعاواه للتقادم القصير (سنتان) .
 وذهب الرأي السائد في الفقه⁽²⁾ والقضاء إلى أن الدعوى المباشرة لا تتبع من عقد التأمين، بل هي نتاج إرادة المشرع فتخضع للتقادم الطويل . والرأي مجمع على أن هذه المدة طويلة ولا تتناسب التأمين من المسؤولية . وذات الخلاف شب في مصر بشأن مصدر الدعوى المباشرة . فقد

(1) ط . م رقم 60/567 ق، الدائرة المدنية الرابعة، غير منشور .

(2) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 7، ص 1686 .

رأى القضاء المصري أن أساسها القانون ومن تم يكون تقادمها هو التقادم العادي لأنها لا تعتبر من الدعاوى الناشئة عن عقد التأمين⁽¹⁾.

ونظراً لأن التقادم العادي لا يناسب التأمين، حتى تصفى الأوضاع بسرعة بين المؤمن والمؤمن له وإلا سقطت دعواه في المطالبة بملغ التأمين. فقد فطن المشرع في مصر وفي ليبيا بشأن تقادم الدعوى المباشرة في التأمين الإجباري من حوادث المركبات الآلية وجعلها ثلاث سنوات من حصول الضرر (مصر) أو من صدور حكم نهائي في الواقعة المسببة للضرر (ليبيا). أما قانون المسؤولية الطبية ولوائحه فقد التزموا الصمت حيال هذه المسألة المهمة، ومن ثم لا بد من الرجوع إلى القواعد العامة في تقادم دعوى المضرور من الخطأ الطبي في الرجوع على المؤمن. وليس بغريب عن أحد أن التقادم الطويل لا يناسب التأمين. وهذا يؤكد ما قيل أعلاه بأن التأمين من المسؤولية الطبية لم يحظ بالتنظيم الكافي قدر أهميته وأنه كان حرياً بالمشرع أن يضع أحكامه في قانون أسوة بقانون المسؤولية الطبية، بل العناية بالتأمين أولى وأهم من العناية بقواعد المسؤولية الطبية.

والجدير بالملاحظة أن بقاء حق المضرور في مطالبة المؤمن قائماً مشروط بأن لا تكون دعواه قبل المؤمن له قد سقطت بالتقادم المنصوص عليه في المادة 175 مدني (تقادم المسؤولية التصيرية)⁽²⁾.

وقد تكون الإجابة فيما قرره قانون النشاط التجاري الجديد رقم 23 لسنة 2010 بشأن مدة التقادم جعلها عشر سنوات من تاريخ حلول ميعاد الوفاء ولو في مواجهة من لا يعد تاجراً (م505).

ويلاحظ أن عدم بيان مدة تقادم الدعوى المباشرة ليس العيب الوحيد بل وكذلك سكوت المشرع عن مدى حق المضرور من خطأ طبي في رفع دعوى التعويض أمام القضاء الجنائي.

(1) عبد المجيد العارف، خصوصيات التأمين الإجباري، المرجع السابق، ص 379، وما بعدها.

(2) والجدير بالملاحظة أن المحكمة العليا ترى أن دعوى المضرور المباشرة هي من الدعاوى الناشئة عن عقد التأمين بحجة أنه " وإن كان المطعون ضده لم يكن طرفاً في عقد التأمين ... إلا أنه يعتبر مستفيداً من عقد التأمين ويخضع لما يخضع له المؤمن له، فتسري عليه مدة التقادم وفقاً للمادة 752 مدني " ط . م رقم 38/8 ق، بتاريخ 1992/6/22، مجلة المحكمة العليا، ص 28، ع 4/3، ص 207. رسالة عبد المجيد العارف، ص 379.

3) مدى اختصاص القضاء الجنائي بنظر الدعوى المباشرة:

رأينا أن القضاء يؤيد وجود الدعوى المباشرة رغم ضعف السند القانوني . وسبق القول أن جهد المشرع أنصب على محاولة صياغة قانون المتكامل بشأن المسؤولية الطبية، وترك الأهم وبكثير وهو وضع قانون متكامل للتأمين من المسؤولية الطبية، وترك أمره للوائح بتقويض غامض تناول بعض المسائل وغفل عن أخرى رغم أهميتها القصوى ومن بين هذه المسائل إسناد الاختصاص للقضاء الجنائي بنظر الدعوى المباشرة للمضروب من الخطأ الطبي .

ولو رجعنا إلى الخلف قليلاً بصدد الاختصاص الجنائي للدعوى المباشرة في القوانين التي استقينا منها تشريعاتنا ونتأثر بها في وضع قوانيننا لوجدنا أنها كانت تعاني من هذا القصور أيضاً .

فقد اتخذ القضاء المقارن موقفاً صارماً مؤداه عدم اختصاص القضاء الجنائي بنظر الدعوى المباشرة التي يرفعها المضروب على المؤمن بحجة أن المطالبة بالتعويض من المضروب أمام القضاء الجنائي جاء على خلاف الأصل، ولأن الإجراءات الجنائية كانت تنص على أنه لا يجوز رفع دعوى الضمان أمام المحاكم الجنائية، ولا يدخل في الدعوى غير المدعى عليه بالحقوق المدنية والمسؤولين عن الحقوق المدنية والمؤمن ليس من هؤلاء، فهو ضامن وليس مديناً للمضروب أي ليس من المسؤولين عن الحقوق المدنية . وهذا الحل لا شك أنه سيئ، ويؤدي إلى بطء العدالة، إذ على المضروب، إذا رفعت الدعوى الجنائية الانتظار إلى أن يصدر فيها حكم نهائي حتى يتسنى له المطالبة المؤمن بالتعويض أمام القضاء المدني .

ولكن الدول التي تحيط بنا ونتأثر بها تداركت المشكلة وأدخلت تعديلات على قوانين الإجراءات لديها مثل فرنسا⁽¹⁾ وتونس ومصر، وبالتالي أن ما قرره هؤلاء المشرعون هو عين الصواب، ويساهم في محاربة بطء العدالة الذي نشكو منه بمرارة . كذلك يؤدي هذا الحل إلى نظر جميع الدعاوى أمام ذات المحكمة بدلاً من تقطيع أوصال الدعوى، ويسمح للمؤمن بالدفاع عن المؤمن له وعن نفسه لأن الحكم الجنائي سيكون في كل الأحوال حجة عليه، حضر أو لم يحضر، وهذا ظلم له .

(1) وكان النص في ق . ج . ج المصري مطابقاً لما نص عليه ق . ج . ج الليبي، وأصبح بعد التعديل " لا يجوز أمام المحاكم الجنائية أن ترفع دعوى الضمان، ولا أن يدخل في الدعوى غير المدعى عليهم بالحقوق المدنية والمسؤولين عن الحقوق المدنية والمؤمن لديه " .

وهكذا ألتزم مشرعنا الصمت حيال هذه المسألة المهمة، ولم يبد قضاؤنا مرونة في تفسير المادة 226 إجراءات، بأن المسؤول عن الحقوق المدنية الوارد في النص السابق لا يقتصر على المؤمن له والمتبوع والمكلف بالرقابة، بل يشمل المؤمن أيضا . ولا شك أن تفسيراً موسعاً للمادة المذكورة يمكن أن يستوعب أيضاً المؤمن لأنه مسؤول في النهاية عن دفع التعويض، ومن تم يدخل في طائفة من ذكرهم النص تحقيقاً للعدالة وتسريعاً لها ومنعاً من تزيق أوصال الدعوى . كذلك السياسة الجنائية المعاصرة تسعى رويداً إلى إقرار مبدأ تعويض المضرور من الجريمة . فتمسك القضاء بحرفية النصوص يعطل أهداف الدعوى المباشرة في حماية المضرور بنص خاص فيضيع الجهد والوقت والمصاريف، فكيف يُصادم بنص عام مضى على وجوده أكثر من نصف قرن !! وتخلي عنه القانون المقارن . وعلى أية حال لا يقتصر النقص في التشريعات المسؤولية الطبية على ما سبق بيانه بل هناك مزيد .

رابعاً: مسائل أخرى مهمة:

ما قيل بصدد مدة تقادم الدعوى المباشرة ومدى اختصاص القضاء الجنائي بها ليس إلا غيظ من فيض بشأن العيوب والعيور التي يعاني منها التأمين الإجباري من المسؤولية الطبية . ولعل عرض بعض أوجه النقص في تنظيمه يعطي فكرة ولو موجزة عن ضرورة صدور قانون خاص بالتأمين الإجباري من المسؤولية الطبية أسوة بالتأمين الإجباري من حوادث المركبات الآلية الذي هو أيضا في حاجة ماسة لإعادة النظر . فيه ويبدو أن حكم المحكمة العليا بدوائرها المجتمعة المشار إليه سيحدث تأثيرات سلبية تتجاوز بطلان اللائحة 236 لتتال حالات رجوع المؤمن على المؤمن له " الطبيب ومن في حكمه من ذوي المهنة الطبية " .

فقد صدر قرار اللجنة الشعبية العامة رقم 556 سنة 1991 بشأن تنظيم هيئة التأمين الطبي ونص على أربع حالات لرجوع المؤمن على المؤمن له بقيمة ما أداه من تعويض وهي :

- 1- إذا حصل الضرر نتيجة قتل متعمد من المؤمن له .
- 2- إذا حصل الضرر من المؤمن له نتيجة قيامه بعمله وهو في حالة سكر أو تحت تأثير مخدر .
- 3- إذا مارس المهنة بدون ترخيص، أو ترخيص مزور .
- 4- إذا ثبت أن التأمين عقد بناء على إدلاء المؤمن له ببيانات كاذبة أو إخفائه وقائع جوهرية تؤثر في حكم المؤمن على قبوله تغطية الخطر أو قسط التأمين أو لشروطه " م 31 " .

ولاشك أن في هذا النص حماية للمريض أو لأهله إذا توفي بسبب خطأ طبي . والنص المذكور مأخوذ من قانون التأمين الإجباري من حوادث المركبات الآلية رقم 28 لسنة 1971 المعدل بالقانون رقم 8 لسنة 2003 م .

وهذه الحالات الأربع تشكل خروجاً على القواعد العامة في عقد التأمين، فهل يبطل التوقيض الصادر للجنة الشعبية العامة بالمادة 32 من (ق . م . ط) هذا الخروج على ما تقرره قواعد عقدة التأمين في القانون المدني حيث لا تعتبر أسباباً لرجوع المؤمن على المؤمن له بل بطلان عقد التأمين من الأساس ولو كان المستفيد من التأمين شخصاً آخر غير المؤمن له " المريض هنا " . لا يشك أحد في أن هذا الحل سيئ بالنسبة للمضروب من الخطأ الطبي الذي سيفقد حقه في التعويض فكل منهما مرتبط بالآخر من حيث وجوب التوقيض التشريعي بنص في القانون وليس بلائحة. وحتى لو ظهر هذا التفسير خاطئاً فإن مشكلة أخرى تظهر على السطح وتؤثر سلباً على حق المضروب من الخطأ الطبي وكما يقول المثل العربي " أينما أذهب ألقى سعدا " . ذلك أن اللائحة 556 لسنة 1991 المشار إليها تم إلغاؤها صراحة باللائحة رقم 132 التي حلت بمقتضاها شركة ليبيا للتأمين محل هيئة التأمين الطبي. فقد جاء في المادة الأولى من هذا القرار " يلغى قرار اللجنة الشعبية رقم 556 لسنة 1991 بشأن تنظيم هيئة التأمين الطبي " .

من ثم لم يعد النص الذي يقضي برجوع المؤمن على المؤمن له (الطبيب ومن في حكمه)، في الحالات الأربع المنوه عنها أعلاه قائماً، ويتعين تباعاً لذلك الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني بشأن عقد التأمين والتي تقضي ببطلان عقد التأمين، وبذلك يفقد المريض أو أهله إذا توفي الحق في الرجوع على المؤمن، وهم في أشد الحاجة إلى التعويض . ولعل تفسيراً آخر للقرار يمكن أن ينقذ حق المضروب من الخطأ الطبي، ويمكن المؤمن رغم الإلغاء الصريح في المادة 1 من القرار 132 المشار إليه الرجوع على المؤمن له " الطبيب ومتبوعه إن وجد " .

يبدو أن المادة الأولى من القرار 132 المذكور التي تقضي بإلغاء القرار 556 المشار إليه تزيد من المشرع لم يكن لها دور فيما أراد المشرع الوصول إليه، وهو إلغاء الهيئة وإحلال شركة ليبيا للتأمين محلها . فتكفي النصوص الأخرى من هذا القرار لتحقيق الغرض المنشود، وخاصة المادة 4 .

فقد نصت المادة الرابعة من القرار 132 على أن " تضاف إلى أغراض شركة ليبيا للتأمين الاختصاصات التي كانت تمارسها هيئة التأمين الطبي الواردة في القرار 556 لسنة 1991 المشار إليه، كما تطبق في شأنها ممارسة الشركة لهذه الأغراض اللوائح والسنظم التي كانت مطبقة لدي هيئة التأمين الطبي الملغاة، وذلك إلى أن يتم استبدالها أو تعديلها " .

وثالثة الاتفاي تتعلق بوقت فعالية الدعوى المباشرة على فرض وجودها . فهي لا تنشأ في القانون الليبي إلا لمقتضى نص يقررها، وهذا النص يحدد في الغالب بدايتها . وأقوى الدعاوي المباشرة المعروفة دعوى المضرور من حادث مركبة آلية المباشرة في مطالبة المؤمن، إذ يتجمد حق المضرور في مواجهة المؤمن من تاريخ حصول الحادث . وتطهر الدفوع بذات التاريخ . وفي عقد المقاوله يكون للمقاول من الباطن وعماله وعمال المقاول الأصلي دعوى مباشرة في مطالبة رب العمل بدعوى المقاول الأصلي قبله من وقت رفع الدعوى⁽¹⁾. أما تشريعات التأمين الإجباري من المسؤولية الطبية فلا نجد فيها شيئا من ذلك . وكان حريا بالمشرع أن ينظم هذه المسألة المهمة، فيقرب الحل مما جرى به العمل في تأمين المركبات الآلية بتجميد مبلغ التعويض من تاريخ حصول الضرر مع إرساء مبدأ تطهير الدفوع حتى يتم تأمين حماية فعالة لضحايا الأخطاء الطبية، وبنفس الكيفية والدرجة التي عليها ضمان ضحايا المركبات الآلية . طبقا لما يفرضه به القانون رقم 28 لسنة 1971 م لما أسنقر عليه القضاء الليبي والمقارن⁽²⁾ .

وأخيرا نشير إلى أنه من المفيد توسيع دائرة الخاضعين والملزمين بالتأمين الإجباري من المسؤولية الطبية ليشمل الجهات التي تتولى علاج المرضى من مستشفيات ومصحات . والجهات الأخرى التي يمكن أن تسأل عن عدم تطبيق قانون المسؤولية الطبية، ذلك أن مسؤولية هذه الجهات قد تتحقق طبقا لأحكام هذا القانون⁽³⁾ دون أن يكون الطبيب ومن في حكمه مسؤولا عن ذلك (عدم انتظام المرفق العلاجي، أو جود عدوى بسبب نقص التعقيم أو عدم النظافة ...) ومن

(1) وكذلك في عقد الإيجار نصت م 595 مدني يكون من المستأجر من الباطن ملزما بأن يؤدي الأجرة مباشرة ما يكون ثابتا في ذمة المستأجر الأصلي وقت أن ينذر المؤجر .

(2) أنظر رسالة د. عبد المجيد العارف، خصوصيات التأمين الإجباري من حوادث المركبات الآلية 2018 .

(1) تنص المادة الأولى من قانون المسؤولية الطبية على سريان أحكامه على كل من يمارس المهن الطبية والمهنة المرتبطة بها المشار إليها في المادتين 109 أو 123 من القانون الصحي، وأية مهنة أخرى تضاف إلى هذه المهن بقرار من اللجنة الشعبية العامة للصحة " وزارة الصحة " . كما تسري أحكام هذا القانون على الجهات التي تتولى علاج المرضى ... " .

ثم تعم الفائدة بالنسبة للمريض المضروب الذي سيجد مؤمناً مليئاً يمكنه الرجوع عليه، وبالنسبة لجهات العلاج يتوفر غطاء تأميني وكذلك للمؤمن الذي سيحقق دخلاً إضافياً من أقساط التأمين . وبزيادة عدد المؤمن لهم تنقص أقساط التأمين، فتعم الفائدة للجميع .

إذا صحت الملاحظات السابقة - كما أرجو - فإنه حرياً بالمشرع أن ينظم التأمين الإجباري من المسؤولية الطبية بقانون يعد جيداً ليتفادى مطالب اللوائح المبعثرة الحالية بشأن هذا التأمين .

﴿وآخر دعوانهم أن الحمد لله رب العالمين﴾

استكمال مشروع الإسكان (وجهة نظر قانونية)

ما نفع النظام القانوني في دولة من الدول إن لم يكن مشتتاً على الأدوات القانونية التي تستجيب لما هو قائم وتكون متأهبة لما هو طارئ؟.

القانون ليس مجرد قيود على التصرفات والأعمال التي تجري داخل الدولة، إنه نظام متكامل يتوجه بعنايته لتنظيم العلاقات والروابط داخل المجتمع، يبعث فيها الاستقرار والسكينة، وهو أيضاً الوسيلة التي يستقلها المجتمع أو الفرد كي يصل بها إلى غاياته، والمطية التي يخرج بها من أزماته.

لا يجب أن نتصور أن الخارطة التي يضعها القانون للمخاطبين بأحكامه تقتض دائماً الهدوء والاستقرار، فقد تمر بالمجتمع أزمات عاصفة في مجالات عدة، وهنا يجب أن يكون القانون حاضراً يعالج بالحكمة، ويمد يده بالوسائل التي تساعد على الخروج من كل أزمة.

إن الأزمات التي تمر بها ليبيا هذه الفترة متعددة ومتداخلة وتستوجب عناية الباحثين للمساهمة في حلها، والكل مدعو لأن يدلي بدلوه بما يسمح له تخصصه، وسنحاول في هذه الورقة أن نركز على الدور الذي يمكن أن يلعبه القانون بأدواته في مجال إعادة الأعمار واستكمال بعض مشاريع التنمية.

يجب أن نقر أولاً بأن الدمار المادي الذي نتج عن الصراع السياسي والعسكري مهول بحيث تقف معه الدولة عاجزة، في الأمد القريب والمتوسط، أن تجد له موارد في ميزانيتها. هل هذا يعني أن نقف مكتوفي الأيدي؟ أعتقد أن كل متخصص عليه أن يساهم في البحث عن حلول، ومن وجهة نظر قانونية علينا أن نمد النظر في مختلف التشريعات ونعصرها عصرًا كي نخرج منها كل أداة يمكنها أن تمد يد المساعدة وتلعب دوراً ولو صغيراً.

سنركز في هذه الورقة على مثال ظل وما زال يشهد على عجزنا وتخفض معه أبصارنا خجلاً كلما مررنا بجانبه وهو تلك المشاريع الإسكانية غير المكتملة والممتدة في ربوع البلاد كافة، كيف يمكننا أن نستكملها، وما هو وضعها القانوني؟ وهل من سبيل لتمويلها؟ هي محاولة متواضعة لبحث أبعاد المشكلة (الفقرة الأولى) والتركيز على آفاق الحل (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: أبعاد المشكلة:

يتعلق الأمر بمشاريع تم التعاقد عليها منذ فترة، وهي لا زالت في طور الإنشاء، وينسب أنجاز مناقوتة، وسيكون مهماً في البداية أن ننظر في الوضع القانوني لهذه المشاريع (أولاً)، ثم بعد ذلك نستطلع متطلبات البت في أمرها (ثانياً).

أولاً: الوضع القانوني للمشاريع:

تمثل العقود التي أبرمت لإنجاز هذه المشاريع جملة القواعد التي تحكمها⁽¹⁾، والتي يتعين الرجوع إليها للوقوف على الوضع القانوني الصحيح الذي يقودنا بعد ذلك لاختيار الطريق الأنسب للسير في التنفيذ.

منذ استلام الشركة المنفذة للمشروع تصبح مسؤولة عن الموقع وكل ما يتعلق بعمليات الإنشاء، ولا ينتهي عملها إلا مع اكتمال التنفيذ وتسليم المشروع تسليمًا نهائيًا للجهة المتعاقدة. وما دام التعاقد قائمًا لا يمكن للجهة المتعاقدة، وهي الدولة، أن تتصرف في المشروع إلا بالطرق القانونية الواردة في العقد أو واجبة التنفيذ، وعلينا ألا نتصور أن بإمكان الدولة أن تتدخل في أي وقت، أو تفعل ما تراه فلا سبيل لتجاوز الرابطة العقدية مع الشركات المنفذة إلا بعد البت في أمرها.

ليس بخاف على أحد أن هذه المشاريع قد توقف العمل فيها منذ سنة 2011م نتيجة الأحداث التي مرت بها البلاد، والتي أدت إلى خروج الشركات الأجنبية وتوقف التنفيذ، وقد حاولت الدولة أن تدعو الشركات لاستئناف العمل إلا أن الأحوال الأمنية المضطربة لم تساعد على ذلك، فضلاً عما تدعيه هذه الشركات من حقوق ومطالبات.⁽²⁾

نحن إذًا أمام مشكلة مركبة؛ إذ توجد عقود تتضمن التزامات الأطراف وحقوقهم، وتضع مددًا محددة للانتهاء من التنفيذ، ولكن يوجد عجز واضح عن الاستمرار في التنفيذ لأسباب متعددة

(1) غني عن القول أن العقد لو حده لا يكفي لحكم كل المسائل، وبالتالي تتم العودة للقواعد التي وضعها المشرع، والتي تكون واجبة التطبيق في أي مسألة من المسائل التي سكت عنها العقد، أو نظمها بالمخالفة لقواعد أمره.

(2) حاولت الحكومة أن تتعامل مع الموضوع، وقامت بتشكيل لجنة تسمى بلجنة العشرين وذلك بموجب قرار مجلس الوزراء رقم (20) لسنة 2012 م، وذلك لدراسة عقود البرنامج التنموي، حيث عكفت هذه اللجنة على دراسة أولية لحوالي 9500 عقد تضم كافة المشاريع المتعاقدة عليها ومن بينها المشاريع الإسكانية، وقدمت تكييفًا قانونيًا للأوضاع التي مرت بها البلاد وجملة مقترحات قدمتها في تقريرها لمجلس الوزراء، ولكن مع تسارع الأحداث السياسية وتغير الحكومات لم يتم النظر في التقرير وظل عمل اللجنة معلقًا حتى الآن.

أبرزها مطالبات الشركات المنفذة بتعويض الأضرار التي تدعي أنها لحقت بها إبان الأحداث، وأيضاً ما تتحجج به من أن الأوضاع الأمنية لم تستقر في أماكن عديدة في الدولة. إذا رجعنا للموضوع من بداياته فإننا يجب أن نتساءل عن الطريقة التي أبرمت بها هذه العقود حتى نتعرف على بنيتها وصلتها بالنظام القانوني القائم.

إن الإجابة البديهية هي خضوع هذه العقود للاتحة الإدارية رقم (563) لسنة 2007 م والصادرة في 2007/7/5 م عن اللجنة الشعبية العامة سابقاً.⁽¹⁾ غير أننا لاحظنا أن هناك صيغة أخرى في التعاقد أبرمت بموجبها بعض عقود الإنشاءات وهي المعروفة بعقود الـ (fidic)⁽²⁾، ومن المهم الآن أن نميز بين الصيغتين:

أ- التعاقد وفق لاتحة العقود الإدارية:

تحكم هذه اللاتحة كافة العقود التي تبرمها الجهات والوحدات الإدارية، وكذلك العقود التي تبرم لتنفيذ مشروعات التنمية الممولة من الميزانية العامة أياً كانت جهة التعاقد.⁽³⁾ أول ما نلاحظه هو أن هذه اللاتحة وصفت العقود محل انطباقها بالعقود الإدارية، وقد وضعت معيارين لتحديد نطاق سريانها، ولم تشترط اجتماعها، بل يكفي وجود أحدهما لكي تنطبق اللاتحة على عقد من العقود.

المعيار الأول: هو أن يكون أحد أطراف العقد جهة أو وحدة إدارية، ومصطلح الجهة هنا يقصد به أي شكل من أشكال القانون العام المعروفة سواء كان وزارة أو مؤسسة أو جهاز أو

(1) بموجب المادة الأولى من القرار المشار إليه تنطبق اللاتحة على العقود الإدارية القائمة وقت صدورها أياً كان نوعها.

(2) وهو اختصار للاتحاد الدولي للمهندسين الإنشائيين بالفرنسية: Federation Internationale des Ingenieurs conseils

(3) تنص المادة الثانية من اللاتحة على نطاق سريانها كما يأتي ((تسري أحكام هذه اللاتحة على العقود التي تبرمها الجهات والوحدات الإدارية وكذلك على العقود التي تبرم لتنفيذ مشروعات التنمية الممولة من الميزانية العامة أياً كانت جهة التعاقد.

ويجوز للجنة الشعبية العامة تحقيقاً للمصلحة العامة استثناء بعض الجهات والمشروعات من تطبيق أحكام هذه اللاتحة).

هيئة⁽¹⁾، وتتطبق اللائحة وفق هذا المعيار على كل العقود التي تبرمها هذه الجهات أو الوحدات مهما كان موضوعها.

وهذا المعيار كما هو واضح معيار شكلي يعتمد على أن أحد أطراف العقد شخص عام، وليس مهماً بعد ذلك موضوع العقد أو الجهة المتعاقد معها لتقرير سريان أحكام هذه اللائحة .

أما المعيار الثاني فهو معيار موضوعي؛ إذ يجعل هذه اللائحة تسري على العقود التي تبرم لتنفيذ مشروعات التنمية الممولة من الخزينة العامة بغض النظر عن جهة التعاقد، فمحل الاعتبار هنا هو موضوع العقد وليس أطرافه.

وفقاً لما سبق يمكن أن نتصور ثلاث مجموعات من العقود التي تحكمها هذه اللائحة، الأولى هي التي يتوافر فيها المعياران، أي أن تكون مبرمة من جهة عامة وتتعلق بمشروع تنموي، والثانية هي العقود التي تبرمها جهات عامة ولا تتعلق بمشروعات التنمية، أما الثالثة فهي العقود المتعلقة بمشروعات التنمية ولا تبرمها جهات عامة.

ورغم أن اللائحة قد وضعت تعريفاً للعقد الإداري في مادتها الثالثة جمعت فيه المعيارين السابقين وأضافت إليهما اشتغال العقد على شروط استثنائية غير مألوفة في العقود المدنية وتستهدف المصلحة العامة لكي يمكن اعتبار أن العقد هو عقد إداري، إلا أنها وكما لاحظنا في المادة المتعلقة بسريان هذه اللائحة لم تشترط اجتماع هذه المعايير ، ومع ذلك وصفت العقود محل انطباقها بأنها عقود إدارية.

ولا شك أن هذا يخلق تناقضاً غير مقبول نتج عن إقحام المشرع نفسه في مسألة كان دائماً ينادى عنها وهي وضع التعريفات.⁽²⁾

لعله من المفيد أكثر أن نشير إلى بعض الأحكام التي اشتملت عليها اللائحة والتي لها صلة بما نود الوصول إليه من خلال هذه الورقة، ومنها ما ورد في المادة (23) من اللائحة والمتعلق بصدور نماذج من مجلس الوزراء للعقود الإدارية التي تسري عليها هذه اللائحة ، ونصت المادة

(1)اهتمت اللائحة في مادتها الأولى بوضع تعاريف لكل من الجهة الإدارية والوحدة الإدارية وكذلك الجهة صاحبة المشروع يمكن الرجوع إليها.

(2) يستقر الفقه والقضاء المصري على أن المعايير المميزة للعقد الإداري 1- أن تكون الإدارة طرفاً في العقد 2- اتصال العقد بنشاط مرفق عام 3- تضمين العقد شروطاً استثنائية راجع ذلك في عيد المنعم عيد الحميد شرف، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، 2001، 2002 م ص29 وما بعدها.

المذكورة بوضوح أنه (لا يجوز لأية جهة من الجهات طالبة التعاقد أن تخرج عن مقتضى هذه النماذج أو أن تضيف إلى بنودها أو تنقص من شروطها أو تعدل فيها).

أن ذلك يعني أن هذه النماذج ملزمة، وهو تعبير عن حرص المشرع على توحيد العقود التي تصدر من جهات الدولة العامة المختلفة، ومراعاة لتفادي الوقوع في الفخاخ التي تدسها الشركات الأجنبية في العقود، ويمثل وجود عقود مخالفة لذلك خرقاً واضحاً لأحكام اللائحة.

تضمنت اللائحة كذلك حكماً مهماً في المادة (83) ينص على اختصاص القضاء الليبي بالنظر في المنازعات الناشئة عن العقود الخاضعة لأحكام هذه اللائحة، وذلك بصفة أساسية، ولكنها أعطت في ذات المادة لمجلس الوزراء أن يأذن في بعض العقود، وبشروط حددتها الفقرة ب⁽¹⁾ من المادة (83)، بجواز اللجوء للتحكيم بمشاركة تحكيم خاصة، ومثل هذا الحكم يبدو مهماً في ظل تجربة مريرة عانتها ليبيا مع بعض قرارات المحكمين، وبالتالي يجب الحرص على أن القضاء الليبي يجب أن يكون دائماً هو المختص طالما أن التنفيذ في ليبيا وطره الأساسي الدولة الليبية.

أما الملاحظة المهمة في هذه اللائحة فإنها لم تتضمن تنظيمياً لحالة القوة القاهرة وآثارها على العقد باستثناء ما ورد في المادة (106)⁽²⁾ من أنه يعفى المتعاقد من تنفيذ التزاماته إذا طرأت قوة القاهرة تجعل تنفيذها مستحيلاً.⁽³⁾

أما ما يخص الأضرار الناجمة عن ذلك ومسؤولية كل طرف عنها فقد تركتها للأحكام ولجنة التطبيق في التشريعات الليبية، باعتبار أن ما لم يتم النص عليه في هذه اللائحة يجب الرجوع له في التشريعات النافذة.

ما سبق سرده من بعض الأحكام في لائحة العقود الإدارية يمثل احتياطات تشريعية مهمة كان لا بد من احترامها في العقود المبرمة مع أطراف أجنبية، وبالتالي فهي تمثل معياراً للحكم على مدى تفيد الجهات العامة بها في تعاقداتها.

(1) يجب في هذه الحالات أن تحدد مشاركة التحكيم أوجه النزاع التي يلجأ فيها إلى التحكيم وإجراءاته وقواعد اختيار المحكمين بما يكفل للجانب الليبي فرصة متكافئة في اختيارهم وتحديد ما للمحكمين من سلطة واختصاص، والجوانب الأخرى المتطلبه لهذا الغرض، وبراعى في كل ذلك عدم الاتفاق على التحكيم بواسطة محكم منفرد .

(2) كما نصت المادة 105 على حالة الظروف الطارئة التي تجعل التنفيذ مرهقاً وليس مستحيلاً .

(3) هذا الحكم ترديد لما ورد في المادة 360 من القانون المدني الليبي.

وإذا افترضنا أنه قد تم الالتزام بها فإن موقع الطرف الليبي قوي أمام المطالبات المتكررة من الشركات الأجنبية بتعويضات مالية مبالغ فيها.

يأتي هذا بخلاف الصيغة الثانية في التعاقد والتي هي وفق عقود الـ (fidic)، ومن المفروض أن الجهات العامة لا تتبع هذه الصيغة لأنها ملزمة باتباع لائحة العقود الإدارية - ما لم يؤذن لها - إلا أن بعض العقود المنفذة لمشروعات التنمية تمت وفق هذه الصيغة.

ب/ التعاقد وفق عقود الـ fidic :

يقصد بها مجموعة العقود التي صدرت عن الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين والتي تتضمن شروطاً عامة وخاصة لأنواع مختلفة منها عقد البناء والتشييد⁽¹⁾ وهي تجد مجالاً لانطباقها بين الأشخاص الاعتبارية الخاصة، أو عندما يمنح الإذن للجهات العامة بالتعاقد وفقاً لها.

ولا يمكننا أن ننكر القيمة التنظيمية الكبيرة التي لهذه العقود، ولكن دائماً يخالجننا شك في النظم التي تخرج من غير المشرع في الدولة، إذ من المتصور أن يكون بها ميل واضح لمصلحة واضعيها.

إن هذه العقود تنظم العلاقة بشكل واضح بين أطرافها، وتواجه الكثير مما يمكن أن يحدث في العمل، وبالتالي فهي أوفى تنظيمياً للعلاقات مما يمكن أن نجده عند أي مشروع. من بين أبرز ما اشتملت عليه هذه العقود، والذي له علاقة بموضوعنا، هو تنظيم القوة القاهرة وبيان آثارها بتفصيل كبير يندر أن نجده في الكثير من التشريعات ومنها التشريع الليبي⁽²⁾.

وقد اهتمت هذه العقود بوضع تعريف للقوة القاهرة، وأضافت عليه بيانا للحالات التي من المتصور أن تقوم فيها القوة القاهرة، كما أمتد اهتمام هذه العقود بوضع مدد وقواعد إجرائية يجب احترامها حتى يمكن تطبيق الشروط والقواعد المتفق عليها في العقد.

لا يثير ما سبق أي إشكالية، إذ يمكن أن يعد ذلك من قبيل حرص واضعي هذه العقود على ضبط مختلف المسائل الواردة في العقد، غير أن ما يستوقفنا هو الأثر المهم الذي رتبته هذه

(1) راجع في ذلك بحثنا: القوة القاهرة بين القانون المدني الليبي وعقود الفيديك، المجلة الجامعة، تصدر عن جامعة الزاوية، العدد 16، السنة 2014، المجلد الثاني.

(2) راجع في ذلك بحثنا: القوة القاهرة بين القانون المدني الليبي وعقود الفيديك، المجلة الجامعة، تصدر عن جامعة الزاوية، العدد 16، السنة 2014، المجلد الثاني.

العقود في جعل المسؤولية عن القوة القاهرة دائماً تتعدى على عاتق رب العمل وأعت المقاول من ذلك، رغم أنها في تعريفها للقوة القاهرة اشترطت أن يكون الفعل المرتب لذلك خارجاً عن سيطرة أي فريق.

بقي أن نشير إلى ما تتضمنه هذه العقود من الدعوة إلى تطبيق نظام التحكيم وإخراج المنازعات عن اختصاص الدولة المتعاقدة، وهو ما قد يجر الدولة إلى ميدان قد تفقد فيه أموالها وهيباتها.

نتهي في خاتمة هذه الفقرة إلى القول بأن الدولة الليبية ترتبط بعدد كبير من العقود مع شركات أجنبية وهي في حاجة إلى أن تثبت أولاً في أمر هذه العقود حتى يمكنها التعامل مع مشاريعها المتوقفة.

ثانياً: تحديات لا بد من مواجهتها.

إن تحديد المشكلة وما يجب القيام به تجاه هذه المشاريع يتطلب أولاً اتخاذ موقف يحسم العلاقة مع المتعاقد الأجنبي.

والوضع المائل أمامنا الآن لا يخرج عن فرضين، إما أن تعود الشركات لتنفيذ تعهداتها وتستأنف عملها، أو أن يفسخ العقد وتنتهي العلاقة مع الشركات الأجنبية وحينها على الدولة وجهاتها العامة أن تتدبر الأمر وتواجه مسؤولياتها في استكمال هذه المشاريع.

سنحاول الآن النظر في معطيات الحالة التي يبقى فيها العقد وتستأنف الشركات أعمالها (أ) ثم الحالة التي يفسخ فيها العقد (ب).

أ- بقاء العقد:

يعني بقاء العقد استمرار العلاقة مع الشركات الأجنبية وتفعيل العقد بعد فترة التوقف، واستمرار كل طرف في تنفيذ التزاماته.

من البدهي ألا نتصور أنه يمكن الوصول بسهولة إلى هذا الخيار، ففترة التوقف بأسبابها، وما صاحبها من أحداث لا بد أن يكون لها أثر يجعل تفعيل العقد لا يتم إلا بعد التغلب على العديد من الصعوبات والمشاكل التي كانت تحول دون التنفيذ. أما الصعوبات المتوقعة وجودها فستكون متأتية من الطرف المتعاقد وأعني الشركات - التي ستنتظر لمصالحها فقط وتقدم ما أمكنها من مطالبات مالية مقابل ما وقع خلال الفترة التي توقف فيها العقد.

وبالنسبة للدولة الليبية في همها عودة الشركات للمضي في تنفيذ المشاريع المتعاقد عليها، وبالتالي فإن عليها الاستعداد للرد، وحفظ حقوقها ومصالحها هي الأخرى.

فيما يخص المطالبات التي قد تقدمها الشركات، إما أن تكون مقابل أعمال تم تنفيذها قبل الأحداث، أو أضرار لحقت بها أو بالمشروع الذي تتولاه.

عندما يتعلق الأمر بتقديم مستخلصات عن أعمال تم تنفيذها فذلك لا يثير من حيث المبدأ مشكلة، ولكن يمكن وضع ترتيبات للدفع، إلى جانب ما هو منصوص عليه في العقد أو اللائحة، من شأنها أن تؤدي للشركات حقوقها وتشجعها على مواصلة أعمالها واختبر جديتها في استئناف العمل.⁽¹⁾

أما المطالبات المتعلقة بالأضرار الناشئة عن الأحداث التي وقعت منذ سنة 2011م، فإن ذلك يتطلب البت أولاً في مشروعية هذه المطالبة والسند الذي تتأسس عليه، وطريقة التعاقد التي تم انتهاجها، هل هي وفق لائحة العقود الإدارية أم وفق عقود الـ fidic؟.

لاحظنا فيما سبق أن عقود الـ fidic تصدت لتنظيم حالة القوة القاهرة وبينت الطرف المسؤول عن الأضرار الناشئة عنها وهو الطرف المقابل للشركة المنفذة، ولكنها أحاطت ذلك بجملة من الإجراءات التي يجب أتباعها حتى يمكن الوصول إلى هذه النتيجة، وفي هذه الحالة سيكون التخلص من دفع التعويضات أمراً صعباً ولكن حتى مع وجوب دفع التعويضات في هذه الحالة يجب التدقيق في محتواها، وجدية الأضرار، ومدى شمولها بالتعويض⁽²⁾، وأعتقد في هذه الحالة أن الجهة المتعاقدة مع الشركة يتعين عليها أن تستعد لإجراء مفاوضات جادة⁽³⁾ تحمي بها مصالح الدولة، ومن شأنها أن تحسم الموضوع وتتجنب مآهات التحكيم الأجنبي الذي لم يثبت أنه ينصف الدول النامية وخاصة تلك التي تتوفر على بعض الملاء المالية، مثلما كان الاعتقاد حول ليبيا، فهي دائماً محل أطماع، وعادة ما يدس شرط التحكيم بنية أن العلاقة العقدية يجب الوصول بها بين أيدي التحكيم الأجنبي وإبعادها عن قضاء الدولة.

تبقى إذن الحالة التي تكون فيها العقود قد أبرمت وفق لائحة العقود الإدارية، فهذه يجب أن تتم معالجتها بدون شك وفق شروط العقد التي يفترض أنها مطابقة لللائحة، وعند عدم كفاية

(1) اقترحت لجنة القرار 20 أن يدفع نصف المستحقات مع بداية استئناف العمل ونصفها الآخر لعد الاستمرار في العمل.

(2) راجع بحثنا المشار إليه سابقاً ص 21 .

(3) اقترحت لجنة القرار 20 أسساً للتفاوض مع المقاولين تضمنها تقرير المرحلة الثانية الصادر عن اللجنة بتاريخ 2012/10/1 م ص 37 .

هذه الأخيرة يتم اللجوء للقواعد العامة التي تحكم العقود ومن أهمها تلك التي يتضمنها القانون المدني الليبي.

أبرز ما يجب البدء به هو موضوع القوة القاهرة المعروفة في مختلف التشريعات والتي حدد القانون والفقهاء شروطها ، وبالأخص كونها غير متوقعة عند التعاقد وتخرج عن إرادة الطرفين ولا يمكن لأي منهما دفعها. (1)

وإذا كانت لائحة العقود الإدارية لم تتناول الموضوع بالتنظيم فيطلب الأمر أن ننظر في القانون المدني الليبي الذي يعتبر القوة القاهرة سبباً أجنبياً لا يد لإرادة الأطراف فيه. (2)

لا يختلف اثنان في تكييف الأحداث التي وقعت في سنة 2011 م وما تلاها بأنها مثال للقوة القاهرة، وما دام الأمر كذلك يتعين علينا أن ننظر في الأثر الذي رتبته القانون للقوة القاهرة على العقود، وذلك على مصير العقد من ناحية، وعلى المسؤولية الناجمة عن الأضرار التي وقعت لأحد الطرفين بسبب القوة القاهرة من ناحية أخرى .

فيما يتعلق بمصير العقد فإن المادة (106) من اللائحة تنص على أن يعفى المتعاقد من تنفيذ التزاماته إذا طرأت قوة القاهرة تجعل تنفيذها مستحيلًا، وهو ترديد لنص المادة (360) من القانون المدني الليبي، ويكون ذلك في حالة الاستحالة المطلقة التي يتعذر معها استمرار العقد ، أما إذا كانت الاستحالة نسبية لم تدم فيها الظروف التي أدت إلى القوة القاهرة فحينها سيكون من الأنسب النظر في إمكانية استمرار العقد، أما المدة التي توقف فيها التنفيذ فلا تحسب ضمن مدة العقد.

ولم يكن المشرع الليبي صريحاً في التمييز بين الاستحالة المطلقة والاستحالة النسبية، ولكن يفهم أنه يعتد بذلك عندما ننظر في المادة 218 مدني التي بينت أن السبب الأجنبي يمكن أن يؤدي إلى عدم تنفيذ الالتزام مطلقاً، أو التأخير في تنفيذه، وهو ما يعني أن عدم التنفيذ يمكن أن يحدث نتيجة استحالة القيام به مطلقاً، أو يكون لفترة معينة تزول بعدها ظروف التوقف ويصبح التنفيذ ممكناً.

(1) أنظر د . محمد علي البدوي، النظرية العامة للالتزام ، الطبعة الثانية، 1997 ، ص353 .

(2) تنص المادة (168) مدني ((إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، كحادث مفاجئ، أو قوة القاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير ، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ، ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك .

إن المادة (106) من اللائحة والمتعلقة بالقوة القاهرة تركت أمر إثبات وجود قوة القاهرة مفتوحاً ولم تكلف أي طرف به، بينما جعلت المادة (360) من القانون المدني عبء إثبات السبب الأجنبي على المدين، وفي الحالة الليبية فإن وجود القوة القاهرة يبدو واضحاً بالشكل الذي تعتبر فيه تلك الأحداث نموذجاً ومثالاً حياً لها.

قد يتساءل البعض، هل ترتب مع أحداث 2011 استحالة نسبية أم مطلقة؟ الواقع أنه مع أواخر السنة المذكورة هدأت الأوضاع في الدولة وبدأت تسير نحو الاستقرار، وتم دعوة الكثير من الشركات لاستئناف العمل، مما يفهم معه زوال القوة القاهرة وإمكانية الاستمرار في تنفيذ العقود، وهذا قد يفهم منه أن الاستحالة كانت نسبية، وبالتالي فإن العقود لم تنتهي.

وكانت سنة 2012 سنة استقرار نسبي استمر إلى منتصف سنة 2013 م. وبعد ذلك بدأت الأحوال الأمنية تسوء وبدأت تظهر الخلافات التي تطورت إلى اشتباكات بالأسلحة في الكثير من المناطق، وبالتالي عادت القوة القاهرة لتسود في مناطق كثيرة في الدولة.

إن الموضوع المهم هو ما يتعلق بالمسؤولية عن الأضرار الناتجة عن القوة القاهرة، وأمام سكوت العقد عن ذلك وما رأيناه من أن لائحة العقود الإدارية لم تنظم الموضوع فإن القانون المدني الليبي هو واجب التطبيق في هذه الحال، وقد كان المشرع صريحاً في المادة (168) والمادة (218) مدني في أنه لا تعويض في حالة القوة القاهرة، وهنا كل طرف يتحمل ما وقع له، وليس له الحق في مطالبة الطرف الآخر.

وأكثر من هذا يذهب المشرع الليبي في المادة (1/664) من القانون المدني إلى الحكم الآتي (إذا هلك الشيء وبسبب حادث مفاجئ قبل تسليمه إلى رب العمل، فليس للمقاول أن يطالب لا بثمن عمله ولا برد نفقاته، ويكون هلاك المادة على من قام بتوريدها من الطرفين)، وهذا النص يقطع الطريق أمام المقاول في المطالبة بأي تعويضات، إذ ما دام لا يستحق التعويض حتى عن تلك الأعمال التي نفذها أو المواد التي ورد لها ولم يسلمها وهلكت بسبب القوة القاهرة، فلا يمكنه أن يطالب بأي تعويضات أخرى.

إذن ما تدعيه الشركات من مطالبات لا أساس له في القانون في العقود التي أبرمت وفق لائحة العقود الإدارية، وما عليها إلا أن تستمر في تنفيذ التزاماتها إذا زالت ظروف القوة القاهرة أو تسلم بانتهاء العقد.

ب- زوال العقد:

العقود تنظم روابط بين أطرافها تحدد فيها حقوق والتزامات كل طرف خلال مدة زمنية لها بداية ونهاية يتم تحديدهما في كل عقد، وينتهي العقد مع تمام إنجاز العمل المتفق عليه إلا إذا تم تمديده بالاتفاق أو لمقتضى قانوني ما كالقوة القاهرة.

وفي اعتقادنا أنه عندما يستمر التوقف لمدة طويلة فإن هذا دليل على قيام الاستحالة المطلقة التي يترتب عليها بدون شك انفصام الرابطة العقدية.

تنص المادة (114) من لائحة العقود الإدارية على أنه (على المقاول أن ينهي جميع الأعمال المسندة إليه بما في ذلك أية تعديلات أو زيادات أو إضافات تدخلها الجهة المتعاقدة، في حدود ما يكون مخولاً لها بموجب العقد أو بمقتضى أحكام هذه اللائحة مع مراعاة المراحل الزمنية المتفق عليها).

إن مفاد ذلك أن التنفيذ - كما أشرنا - مرتبط بمدة زمنية محددة، وكل ما يطرأ أثناء التنفيذ ويؤدي إلى إطالة المدة نص عليه المشروع كوجود زيادة أو إضافات في العمل أو توقف في حالة القوة القاهرة يؤدي إلى التأخير في التنفيذ، أما إذا كان الملتزم عاجزاً عن التنفيذ أو استحال عليه ذلك فمآل العقد هو أن يزول.

إنه من غير المتصور أن يبقى العقد معلقاً لفترة طويلة فلذلك أثر على حقوق والتزامات الطرفين، وعلى الأعمال محل التنفيذ بما يجعل الاستمرار فيها واستكمالها صعباً ومكلفاً أو غير ممكن من الناحية الفنية، وهو ما يؤدي إلى رفع كلفة المشروع وتحمل رب العمل بأضرار كان يمكن تفاديها لو تم حسم العلاقة مع المتعاقد في فترة مبكرة .

تواجه المادة (98/ج) من اللائحة الحالة التي يكون فيها المقاول عاجزاً عن التنفيذ وتجزئ للجهة المتعاقدة إلغاء العقد أو تنفيذه على حسابه، وذلك بخطاب مسجل يرسل إليه دون حاجة إلى الالتجاء للقضاء أو اتخاذ أية إجراءات أخرى، وتحفظ الجهة المتعاقدة بالحق في المطالبة بالتعويضات المترتبة على ذلك.

كما تبين المادة (103) من اللائحة الحالات التي يجوز فيها إلغاء العقد⁽¹⁾ ويتم ذلك بعد موافقة الجهة المختصة بإصدار قرار الترسية والإذن بالتعاقد، ويمكنها بموجب هذه المادة أن

(1) تعدد المادة تسع حالات يمكن معها - للجهة المتعاقدة أن تنتهي العقد.

تسحب العمل من المقاول وتفيذه على حسابه مع استمرار مسؤوليته عن الأعمال التي قام بتنفيذها وإلزامه بالتعويضات وغرامة التأخير.

إذا ما تم إنهاء العقد بأي طريقة من الطرق السابقة يبقى على الدولة أن تستلم مشاريعها وتتحمل مسؤولياتها في استكمالها، وتقوم بوضع سياسة واضحة للتمويل والتنفيذ، وهو ما يدعونا في الفقرة الآتية أن نستشرّف بعض الأفكار التي قد تساعد على الحل ولو جزئياً.

الفقرة الثانية: فاق الحل:

القانون صنيعة واضعية، إن صلحوا صلح وإن فسدوا فسد، إنه نتاج وعي وإدراك وتخطيط ورؤى للتقدم والتطور تترجم في نصوص تتضمن أدوات وآليات تواجه متطلبات الحياة ومستجداتها بعد أن تكون قد درست بعمق يوازي حاجات العيش بسلام وتعقيدات ما تخبئه الأيام، تسكنها روح العصر وتغذيها الآمال والآلام.

والآن ماذا لو مددنا النظر للنظام القانوني في ليبيا، وتساءلنا عن الدور الذي يمكن أن يلعبه للمساعدة في إعادة البناء والأعمار، فهل نجد فيه ما ننشده؟.

الحقيقة التي يجب أن نصدع بها هي أن هذا النظام القانوني يدخر الكثير من الأدوات والهيكل القانونية والاقتصادية التي حان الوقت لتخرج من جمودها، وهذه الأدوات سكنت النظام القانوني في أوقات مختلفة وجدت في بعضها منفذاً للتطبيق وظلت في بعضها الآخر حبيسة النصوص.

وعندما نقول النظام القانوني فإننا نقصد على الأخص جانب التشريعات ذات العلاقة بموضوع هذه الورقة، فعلياً أن ننظر فيها لنسخرها لحشد ما نملكه من موارد نخدم بها سياسة البناء والإعمار.

إن الحاجة الملحة أمامنا هي كيف يمكننا أن ندبر الموارد المالية لتكملة المشاريع المتوقفة (أولاً) ثم ننظر في طرق التنفيذ وأدواته (ثانياً).

أولاً: حشد الإمكانيات المالية:

رغم ما يلوح في المصطلحات المستخدمة من صيغة اقتصادية إلا أن البحث سيتناول الجوانب القانونية ليطم التركيز على أدوات التعامل الاقتصادي.

إن الحاجات توقظ دائماً التدبر في وسائل بلوغها وقضائها، وعندما يتعلق الأمر بالحاجة للمال فإن البصر سيتجه لموارده ولما هو متوفر منه، وما يجب تدبيره أيضاً، وفي فترة من الفترات كنا ننظر فقط إلى ما تحتويه الخزينة العامة، وتقتصر خططنا على ما تحتويه، ولكن في اللحظة التي تعجز فيها الخزينة عن توفير ما يلزم، وبالكاد تكفي لتدبر المعيشة اليومية، عندها

لا بد أن ننظر في كل ما نملكه من موارد بيد الدولة أو بيد غيرها، فالكل مسؤول والكل مطالب بأن يساهم ويشارك بما يستطيع.

وهذه المشاركة لا تعني بها الصيغ التبرعية - التي يمكن الاستفادة منها - ولكن تعني بها المشاركة الاقتصادية في صيغ استثمارية تتركز على الإعمار تعود الفائدة من ورائها على الجميع.

لتوضيح الأمر أكثر نشير إلى بعض الأرقام المهمة التي تحتوي على قيم الأموال النقدية المتاحة، والتي حان الوقت لتدبر طرق الاستفادة منها، واستثمارها في عملية البناء والأعمار، حيث تشير النشرة الاقتصادية الصادرة عن إدارة البحوث والإحصاء بمصرف ليبيا المركزي إلى أن الودائع تحت الطلب الموجودة بالمصارف التجارية تبلغ (236,78,000,000) أي أكثر من ثمانية وسبعون مليار دينار، كما أن العملة لدى الجمهور هي (31,993,100,000) أي أكثر من واحد وثلاثين مليار دينار، ومجموع هذه المبالغ المائة وعشرة مليار دينار ليبيا⁽¹⁾.

إن هذا الرقم يمثل بدون شك ثروة هائلة، ومبلغاً هاماً خارج الميزانية يجب التفكير في الاستفادة من جزء منه على الأقل وتوظيفه في استكمال المشروعات وربما إنشاء غيرها. علينا أن نفكر في صيغ تتميز بالأمان وإحكام التنظيم حتى يمكن لصاحب المال أو المستثمر أن يثق فيها ويؤمنها على أمواله .

أن قانون النشاط التجاري يوفر صيغة الاكتتاب العام (أ) ويتعين على سوق المال أن يكون جاهزاً للمهمة (ب).

أ - الاكتتاب العام:

تهتم التشريعات المختلفة بتنظيم الاكتتاب العام في معرض تنظيمها لشركات المساهمة، كما أن كتب الفقه التجاري تتناوله عند الحديث في الاكتتاب أو زيادة رأسمال شركة المساهمة والواقع أن الاكتتاب العام وسيلة لحشد الأموال، وهي كما تصلح عند تأسيس شركات المساهمة يمكن لها أن تلعب دوراً مهماً في تأسيس أدوات اقتصادية أخرى أو في تمويلها .

إن ما يعرف اليوم بالصناديق الاستثمارية والتي تعتمد في نشاطها وتمويلها، إلى جانب أموال مؤسسيها، على أموال المستثمرين تعتمد بشكل أساسي على الاكتتاب العام، كما أن

(1) النشرة الاقتصادية ، صادرة عن إدارة البحوث والإحصاء بمصرف ليبيا المركزي، المجلد 58، الربع الأول

الصكوك الإسلامية، وهي صيغة تمويل مهمة بدأ العمل بها في كثير من الدول تعتمد هي الأخرى على الاكتتاب العام، ومن هنا أوسع الدور الذي يقوم به الاكتتاب وأصبح من الوسائل الهامة التي يمكنها أن تنشي، أو تمويل مؤسسات استثمارية عملاقة تعمل في مختلف النشاطات الاقتصادية ويمكن الاعتماد عليها في إنجاز المشروعات الكبرى التي تحتاج إلى تمويل كبير.

إن فقه القانون التجاري اليوم مطالب بالاهتمام بهذا الموضوع وإيلائه ما يستحقه من بحث وجدية، فهو لم يعد مقتصرًا على شركات المساهمة أو شركات التوصية بالأسهم عند تأسيسها أو زيادة رأسمالها، بل أصبح يتعدى هذه الغاية ليساهم في خلق قدرات اقتصادية أضخم وأقوى .

قبل أن نعرض بعض آراء الفقه وبعض التشريعات في تعريف الاكتتاب علينا أن نلاحظ أنه يوجد إلى جانب الاكتتاب العام ما يعرف بالاكتتاب الخاص.

والاكتتاب الخاص هو الذي يتم من قبل المؤسسين وحدهم، ويطلق عليه بالتأسيس الفوري⁽¹⁾، ولا توجد قواعد خاصة به، ولكن يلتزم المؤسسون بموجبه بالأحكام التي وضعها المشرع لتأسيس الشركة وصحة البيانات الواردة في عقد التأسيس.⁽²⁾

أما الاكتتاب العام فهو الذي يتم فيه اشتراك الجمهور في تأسيس الشركة وذلك بعرض أسهمها للبيع بنسبة تقل أو تكثر من رأس المال.

وقد تصدى قانون النشاط التجاري للنوعين ووضعهما خياراً أمام الراغبين في تأسيس شركات المساهمة حيث يمكنهم الاقتصار على الاكتتاب الخاص أو طرح نسبة من رأس المال للاكتتاب العام، ولكنه جعل الاكتتاب العام إجبارياً في الحالة التي يتجاوز فيها رأس مال شركة المساهمة يبلغ خمسة مليون دينار.⁽³⁾

(1) فتوح عبد الرحمن دوما، القانون التجاري الليبي، المكتبة الوطنية، 1993، ص 310 .

(2) تنص المادة (99) من قانون النشاط التجاري على أن تؤسس شركة المساهمة عن طريق الاكتتاب الخاص إما بقرار من مجلس إدارة شركة قابضة أو بعقد مبرم بين شركتين مساهمتين أو أكثر أو بعقد موقع من قبل عدة أشخاص طبيعيين أو معنويين أو منهم معاً، أو بقرار صادر عن جهة عامة مختصة بالنسبة لشركات المساهمة العامة.

(3) فوضت المادة (107) من قانون النشاط التجاري مجلس الوزراء في تحديد الحد الأدنى لرأسمال الشركة التي يجب تأسيسها وفق الاكتتاب العام، وبناء على ذلك صدر قرار مجلس الوزراء رقم (186) لسنة 2012 م، ونص في مادته الرابعة على وجوب طرح أسهم الشركات التي يزيد رأسمالها عن 5 مليون دينار للاكتتاب العام، وأسنتى من ذلك الشركات العامة والتي تؤسس من قبل شركة قابضة أو شركات مساهمة.

عرف الفقه الاكتتاب بأنه إعلان الإدارة في الاشتراك في مشروع الشركة والتعهد بتقديم عدد من الأسهم في رأس المال⁽¹⁾، كما وصفه البعض بأن القيام بالعمل القانوني الذي يلتزم بمقتضاه شخص بأن يكون شريكاً في شركة، وذلك بتعهده بتقديم مبلغ يساوي القيمة الاسمية للسهم.⁽²⁾

ولسنا هنا بصدد التعليق على مدى توفيق هذه التعريفات في الإحاطة بمعنى الاكتتاب، ولكن يهتما ملاحظة أن الاكتتاب لديهم هو فقط ما يتعلق بتأسيس شركات المساهمة والتوصية بالأسهم، وهم يقصرونه على نوع واحد من الأوراق المالية وهو السهم. وليس بعيد عن ذلك التعريف الذي تبناه المشروع الليبي في قانون سوق المال⁽³⁾، حيث ورد في المادة الأولى بند (20) أن الاكتتاب العام هو دعوة عامة للجمهور للاكتتاب في أسهم شركة مساهمة أو توصية بالأسهم في مرحلة التأسيس أو عند زيادة رأس مال شركة قائمة وفقاً للشروط والبيانات الواردة في نشرة الاكتتاب المعتمدة من الهيئة.⁽⁴⁾

من الواضح أن هذا التعريف يقتصر على الاكتتاب في الأسهم فقط غير أن الأحكام الواردة في قانون سوق المال قد اتخذت منحى آخر، حيث استخدم المشرع مصطلحاً أوسع في المادة 17 التي جاء فيها (يجب على أي جهة ترغب في إصدار أوراق مالية عن طريق الاكتتاب العام أن تحصل على موافقة الهيئة).

فمصطلح الأوراق المالية تتعدد معه الحالات التي يتم فيها إتباع طريق الاكتتاب العام وليس الأسهم فحسب، وكان أولى بالمشرع أن يراعى ذلك في وضعه للتعريف أو أن يتركه للفقه. أما الأوراق المالية التي نصت عليها المادة (16) من قانون سوق المال فهي الأسهم وسندات القرض. وسندات وأذونات الخزانة وما يصدر عن الدولة من سندات، ووثائق الصناديق والمحافظ الاستثمارية، وشهادات الاستثمار وأي ورقة مالية أخرى يسمح بتداولها بقرار من لجنة إدارة هيئة سوق المال .

إن ما نلاحظه هنا هو أن الاكتتاب العام بدأ يتسع ويشمل أوراقاً مالية أخرى غير الأسهم ومنها وثائق المحافظ والصناديق الاستثمارية، بل إن المجال مفتوح أمام أية ورقة يمكن السماح

(1) مصطفى كمال طه، القانون التجاري، دار الجامعة الجديدة، 1990، ص 367 .

(2) فنوح عبد الرحمن دوما، المرجع السابق، ص 310 .

(3) قانون رقم 11 لسنة 2010 م، ج . ر عدد 6 السنة 10 بتاريخ 2010/5/10 .

(4) وقد أورد البند 21 من المادة الأولى تعريفاً للاكتتاب الخاص كذلك .

بتداولها وهو ما يمكن أن يمتد إلى الصكوك الإسلامية. بذلك يكون قانون سوق المال قد قطع خطوات متقدمة في تعميم تقنية الاكتتاب العام على أدوات اقتصادية متعددة، بل أن التعريف الذي وضعه القانون بات يضيق عن استيعاب هذا التطور، وهذا يدعونا إلى أن نجدد البحث في مفهوم الاكتتاب العام والغاية منه ليصبح أداة أكثر فعالية.

ولما كان للاكتتاب العام الذي يتوجه للجمهور هذه الأهمية فلا بد أن يحاط بالأحكام التي تبعث الثقة لدى المستثمرين وتجعلهم لا يترددون في الانخراط فيه عندما تحين الفرصة الاستثمارية، وهذا ما يمكن أن يكون لسوق المال دور كبير فيه.

ب- دور سوق المال:

إن جذب المستثمرين للاكتتاب فيما يطرح من أوراق مالية يتطلب قواعد محكمة، وأداة منظمة تتولى تحصيل الأموال والتأكد من جدية الجهة التي تطرح الأوراق وتشرف على العملية بما يساعد على بلوغ الهدف من الاكتتاب سواء كان لتأسيس أداة اقتصادية أو زيادة رأسمالها وحتى لغايات التمويل .

لاشك أن سوق الأوراق المالية هو الأداة التي يمكنها أن تتولى هذه المهمة بوصفها سوقاً أولية يخضع هو الآخر لإشراف ومراقبة جهة حكومية هي هيئة الإشراف والرقابة على سوق المال.

إن سوق المال هو الوعاء الذي يطرح فيه الاكتتاب، ولكن الإجراءات الفعلية له لا تتم إلا بعد موافقة الهيئة وتمت مراقبتها، وهذا مراعاة للثقة التي ينشدها المستثمرون، صحيح أن القانون قد تصور وجود جهات تتولى الترويج للاكتتاب وحتى تغطيته ولكنه جعل كل ذلك يتم تحت نظر الهيئة.

لقد أشرط القانون على أي جهة ترغب في إصدار أوراق مالية عن طريق الاكتتاب العام أن تحصل على موافقة الهيئة، وهذه رقابة سابقة تتمكن معها الهيئة من فحص العملية من حيث الثقة في الجهة ومدى جديتها، ولها أن تمنح الإذن أو ترفض الطلب، ولها في ذلك سلطة تقديرية⁽¹⁾ انطلاقاً من واجبها الأساسي وهو حماية المستثمرين والمتعاملين من المخاطر غير التجارية، كما أن رقابتها الدائمة على السوق يتحقق معها ضمان نزاهة العمل به.⁽²⁾

(1) تنص المادة (17) من قانون سوق المال أنه على الهيئة في حال رفض الطلب أن تصدر قراراً مسبباً بذلك خلال ستين يوماً من تاريخ تقديم الطلب .

(2) أنظر في مهام وصلاحيات الهيئة المادة الرابعة من قانون سوق المال، وفي الجهات الخاضعة لرقابتها المادة (2).

ولبعث الثقة والشفافية في عملية الاكتتاب فإن المشرع قد أشرط على كل جهة ترغب في طرح اكتتاب عام أن تعد نشرة إصدار يتعين اعتمادها هي الأخرى من الهيئة وذلك قبل طرح الأوراق المالية .

الواقع أن قانون سوق المال لم يبين المعلومات التي يجب الإفصاح عنها في نشرة الاكتتاب ولكنه قضى بأن تكون شاملة لكل ما يجب معرفته من قبل المستثمرين، كما أشرط أن تكون هذه البيانات صحيحة، وتحمل الجهة المصدرة المسؤولية كاملة عن عدم صحتها أو نقصانها، أو عند تقديم معلومات مضللة .

أما قانون النشاط التجاري فقد أشرط للاكتتاب العام في شركات المساهمة أن يتم على أساس برنامج يبين أغراض الشركة ورأسمالها، والأحكام الرئيسية الواردة في عقد التأسيس، وما قد خصص للمؤسسين من نصيب في الأرباح، والأجل الذي يجب أن يبرم خلاله عقد التأسيس، وطريقة الإبلاغ والإعلانات (م 107) .

كما كان قانون النشاط التجاري أكثر وضوحاً عندما حدد البيانات التي تصدرها الصناديق الاستثمارية حيث أورد 19 بياناً في المادة (384) كحد أدنى وأعطى لمجلس إدارة الصندوق أن يضيف غيرها.

إن نشرة الاكتتاب لها أهميتها وهي التي تفصح عن المشروع المراد طرحه، والهدف من وراء ذلك وجدواه، ولا يجوز طرح أوراق مالية للاكتتاب العام دون نشرة إصدار، وقد وضعت المادة (63) من سوق المال عقوبة لكل من طرح للاكتتاب العام أوراقاً مالية دون نشرة إصدار معتمدة ، وهي عقوبة الحبس مدة لا تتجاوز سنة وغرامة لا تقل عن عشرين ألف دينار ولا تزيد على مليون دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين .

ولبعث الثقة أكثر في عمليات الاكتتاب العام والنشاط الاستثماري داخل سوق المال فقد أنشأ المشرع بموجب المادة (80) من قانون سوق المال صندوق حماية المستثمرين وذلك للعمل على تأمين المستثمرين من المخاطر غير التجارية الناشئة عن أنشطة الجهات العاملة في مجال الأوراق المالية ويكون خاضعاً لرقابة هيئة سوق المال وإشرافها.(1)

(1) تنص المادة (80) من قانون سوق المال على الآتي : وتبين اللائحة التنفيذية لهذا القانون والنظام الأساسي للصندوق نظام إدارته ورأس ماله والجهات المساهمة فيه ونسبة مساهمتها في موارده، وكيفية إنفاق واستثمار هذه الموارد والمخاطر التي يؤمن عليها الصندوق وأسس التعويض عنها .

إن ما نود الوصول إليه هو أنه تتوفر لدينا أدوات في غاية الأهمية يمكن بواسطتها استقطاب قدر هائل من الأموال المتاحة بحسب النشرة الاقتصادية للمصرف المركزي وأن نمضي في تأسيس هياكل اقتصادية أو في تمويل نشاطها ، وعلينا الآن أن نفكر في الأدوات التي يمكن أن ننفذ بها مشروع استكمال وإعادة الإعمار والتي يلعب الائتتاب العام دوراً هاماً فيها.

ثانياً: أدوات التنفيذ:

يجدر بنا في البداية أن نوضح أننا نتحدث عن مشروع للإعمار لا تموله الدولة بل يعتمد على أدوات النشاط الاقتصادي التي تتيحها التشريعات ذات العلاقة، وكون البرنامج خارج يد الحكومة في تمويله وتنفيذه فهو سيتخلص من الكثير من التعقيدات، إذ هو في جانب كبير منه بيد أصحابه من القطاع الخاص الذي يظهر منه دائماً الحرص على أمواله ويسعى لأن يكون نشاطه ذا جدوى وربحية.

ولكن من ناحية أخرى تظل الدولة معنية بالأمر فمشروعات الإسكان محل اهتمامنا مملوكة للدولة، وبالتالي يحتاج الأمر إلى تدابير تسهل التعامل في هذه المشروعات إلى أن تصل لمستحقيها (ب) ولكن قبل ذلك نستعرض الهياكل التي يساعدنا الائتتاب العام في تأسيسها وتكون أداة التنفيذ (أ).

أ- هياكل التنفيذ:

إن تنفيذ هذا البرنامج يحتاج إلى هياكل اقتصادية وفنية ضخمة تحشد فيها قدرات بشرية ومالية كبيرة، وفي هذا الإطار يمكن أن نشير إلى الآتي:

1- صناديق الاستثمار:

من بين الأشكال القانونية الجديدة التي ظهرت مع صدور قانون النشاط التجاري سنة 2010م نجد صناديق الاستثمار، وهو هيكل اقتصادي يتمتع بالشخصية القانونية، ولا يبدو أنه ينصاع لأشكال الشركات المعروفة حيث اكتفى المشرع في المادة 379 تجاري بوصفه أنه كيان ذو شخصية قانونية.

ورغم أن الهدف الأساسي من خلق الصندوق كما نص عليه القانون هو استثمار أمواله في الأوراق المالية وذلك بغرض خلق مستثمر ينعش سوق المال ويقويه إلا أن بإمكان الصندوق ممارسة نشاطات في مجالات أخرى، وذلك بعد الحصول على موافقة هيئة الرقابة على سوق المال.⁽¹⁾

(1) ورد هذا الحكم في المادة 380 من قانون النشاط التجاري ، وكذلك في المادة 47 من قانون سوق المال، وكلاهما أعطى لهيئة سوق المال الترخيص بذلك.

من المهم الإشارة إلى أن تنظيم صناديق الاستثمار ورد في قانون النشاط التجاري وكذلك في قانون سوق المال، وبالتالي ستطبق عليه أحكام القانونين، ولا توجد مشكلة إذا كانت الأحكام متماثلة أو متكاملة، ولكن المشكلة تنثور في الحالة التي يحدث فيها تناقض بينهما فعندها لا بد من تحديد لمن تكون الغلبة.

وفي ظاهر الأمر لا يوجد تناقض بين الأحكام الواردة في التشريعين ، ولكننا نسجل تضارباً واضحاً بين نص المادة (395) في القانون التجاري، التي تحيل في تنظيم بعض الأحكام التفصيلية لصناديق الاستثمار إلى لائحة تصدر من مجلس الوزراء بناءً على اقتراح من الأمين المختص، وبين المادة (55) من قانون سوق المال التي تحيل في تنظيم تلك الأحكام إلى اللائحة التنفيذية لقانون سوق المال.⁽¹⁾

ومما قد يزيد الأمر تعقيداً بشأن هذه الصناديق هو ما قرره قانون المصارف رقم (1) لسنة 2005م في المادة (55)/ أو لاً/6 من خضوع صناديق الاستثمار لرقابة مصرف ليبيا المركزي، وكذلك ما قرره المادة (46) من نفس القانون من ضرورة الحصول على إذن من المصرف المركزي لمزاولة هذا النشاط.

أردنا من هذا أن ننبه المشرع إلى مراجعة الموضوع لتفادي كل ما من شأنه أن يعرقل هذه الأداة الهامة، ونعود إلى بيت القصيد وهو أن صناديق الاستثمار يمكن تأسيسها لخلق مستثمر قوي يركز نشاطه في المجال العقاري ويساهم بفعالية في استكمال المشروعات الإسكانية.

تظهر قوة هذه الصناديق من المكنة التي أعطها لها المشرع في المادة (382) من قانون النشاط التجاري، حيث يجوز للصندوق أن يصدر وثائق استثمارية تعادل عشرة أضعاف رأسماله المدفوع، وهو ما يعني أن رأسمال الصندوق الذي تأسس به، والذي يقسم إلى حصص استثمارية متساوية في قيمتها الاسمية⁽²⁾، يوجد إلى جانبه مبلغ يساوي عشرة أضعافه في شكل وثائق استثمارية، وهنا سيكون للاكتتاب العام الدور الكبير في استقطاب هذه الأموال.

(1) بما أن اللائحتين ستصدران من نفس الجهة وهي مجلس الوزراء ، فمن الواجب أن تكون هذه الأحكام واحدة في اللائحتين .

(2) المادة (381) من قانون النشاط التجاري .

يمكننا الآن أن نتصور ضخامة الأموال التي يستثمرها الصندوق لو تخصص في المجال العقاري، وهو ما يؤهله إلى أن يأخذ على عاتقه استكمال بعض المشروعات، واستثمارها بالبيع أو الإيجار بعد ذلك .

ولكن علينا أن نلاحظ المعضلة القانونية التي تواجهنا في هذه الحالة ، وهي نقل ملكية هذه المشروعات العامة للصناديق، وهو ما سنحاول معالجته في ختام هذه الورقة.

الإعمار وإعادة البناء يحتاج إلى شركات مقاولات عملاقة ومقتدرة ، ورغم الاعتراف بأننا لا زلنا في حاجة إلى الشركات الأجنبية إلا أنه بالإمكان تأسيس شركات وطنية مقتدرة برأسمال وطني عن طريق الاكتتاب العام .

2- شركات المساهمة:

تعتبر شركات المساهمة أداة التطور الاقتصادي في العصر الحديث ، ويهتم المشرع بتنظيمها والتأكد من صحة تأسيسها لعلاقتها الوثيقة بالادخار العام، وأهميتها في الاضطلاع بتنفيذ المشروعات الكبرى.(1)

يمكن لشركة المساهمة أن تؤسس في اكتتاب خاص بين أفراد أو بقرار من شركة قابضة أو بعقد بين شركات مساهمة، ولكن في الحالة التي يصل فيها رأسمال الشركة إلى خمسة ملايين دينار فحينها لابد أن تطرح أسهمها للاكتتاب العام في سوق المال.(2)

وقد يكون هدف المشرع من هذا الإجراء الأخير هو فتح رأس مال الشركة للجمهور وتوسيع قاعدة تملك الأسهم والحصول على فرصة المشاركة في هذه الشركات الكبيرة، ولكن فوق ذلك نعتقد أن ذلك يساعد على تأسيس شركات برأسمال كبير تكون قدرتها عالية في تنفيذ المشاريع الكبيرة .

إن المجال مفتوح أمام تأسيس مثل هذه الشركات سواء على المستوى الوطني أو المحلي، ويجب أخذ المبادرة من الأفراد أو الجهات المختلفة عامة أو خاصة للتركيز على تأسيس شركات مقاولات كبرى لأن الحاجة ملحة لذلك، وبالاكتتاب العام يمكن استقطاب الكثير من المدخرات وإيجاد مثل هذه الشركات في مدن ومناطق كثيرة .

(1) مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 245، 260 .

(2) قرار مجلس الوزراء المشار إليه رقم 186 لسنة 2012 م، ويجب ملاحظة أنه يمكن تأسيس شركة مساهمة بالاكتتاب العام حتى دون هذا المبلغ .

وقد تكون شركة المساهمة في صورة شركة قابضة ، وحينها يمكن أن تتعدد أنشطتها وتتوافر معها آلية تكامل النشاط في مجال الإعمار ، أو أكثر من هذا يمكن أن تنشغل الشركة القابضة بمهام التمويل والضمان للشركات التابعة لها.(1)

3- شركة الانتفاع العقاري:

هو نوع من الشركات ظهر مع قانون النشاط التجاري الجديد، وواقع الأمر أنه ليس شكل جديد من الشركات بل هو نشاط وجه له المشرع هذه الشركة المدنية التي جعلها تخضع لأحكام شركة التضامن.(2)

ولا صلة لهذه الشركة بفكرة الاكتتاب العام ولكن ورد ذكرها في هذا المقام لعلاقتها بالنشاط العقاري فهو هدفها الوحيد، إذ تخصص في إنشاء المباني المختلفة وبيعها، ورأس مال هذه الشركة مقسم إلى حصص، ومسؤولية الشريك فيها غير محدودة فيما يخصه من ديون الشركة، والمشرع أجاز أن تكون هذه الشركة عامة تتولى إنشاء المباني المختلفة وبيعها واستئجارها وتأجيرها .

وكون المسؤولية غير محدودة في هذه الشركة لا ينسجم مع واجب النأي بالمال العام عن هذا النوع من المسؤولية، كما أن فرصة مشاركة المصارف فيها غير واردة لأن قانون المصارف يحظر على المصارف المشاركة في هذا النوع من الشركات(3)، وتبقى الفرصة ممكنة لتأسيس مثل هذه الشركات على نطاق محلي في بلدية أو في فروعها، فهي يمكن أن تساهم ولو بقدر في انشغالات البناء والأعمار .

4- المصارف:

المصارف بأنواعها هيكل جاهزة للمشاركة بفعالية في عملية الأعمار بحسب الدور المناط بها، فالمصارف التجارية تتوفر على إمكانيات مالية هائلة، وهي وإن كانت لا تملكها بحسبان أنها ودائع لديها، إلا أنها يمكن أن تتعامل بها، وقد صار التحول والتوسع في النشاط العقاري هدفاً لهذه المصارف بعد قانون تحريم التعامل بفوائد الذي قلل من الإيرادات المتأتية من الإقراض النقدي فصار عليها أن تبحث عن بدائل يمكن أن نجدها في المجال العقاري .

(1) أنظر المادة (250) من قانون النشاط التجاري .

(2) أنظر المادة (330) من قانون النشاط التجاري .

(3) أنظر المادة (77) من قانون المصارف .

كما ظهرت في الآونة الأخيرة بعض المصارف الإسلامية بعد أن تم تعديل قانون المصارف رقم (1) لسنة 2005م بموجب القانون رقم (46) لسنة 2012م، حيث أضاف هذا الأخير فصلاً خاصاً بالصيرفة الإسلامية، وعلى ضوءه تأسست بالاكنتاب العام مصارف إسلامية أشرت المصرف المركزي ألا يقل رأسمالها عن 250 مليون دينار⁽¹⁾، وقوة رأس المال بلا شك دافع هام للانطلاق بقوة والمساهمة في إنشاء شركات مقتردة.

أما المصرف الذي خصصه المشرع للأغراض العقارية فهو مصرف الادخار والاستثمار العقاري الذي أنشئ بقانون رقم (2) لسنة 1981م، حيث نصت المادة الثالثة من القانون على أن يختص المصرف بدعم حركة البناء والتعمير.

وأياً كان الوضع الذي عليه هذا المصرف، ودون الدخول في تقييم لا تتوفر لدينا معطياته نقول إن هذا الهيكل يحتاج إلى عناية المشرع وإعادة تنظيمه وجعله أكثر جاهزية لممارسة النشاط العقاري ومن المهم أن يكون في الدولة مصرف متخصص لهذا الغرض إلى جانب ما تقوم به المصارف الأخرى .

كل هذه الأدوات السابق الإشارة إليها يجب أن تتخرط في برنامج الأعمار، وهي مطالبة بأن تعزز موقعها في العمل الوطني وبرامج الأعمار التي لا تتناقض مع هدفها في تحقيق الربح والنجاح الاقتصادي، ولكن ما هي الآلية التي يمكن أن تساعد في نجاح هذا البرنامج والربط بين أطرافه؟.

ب- آليات التنفيذ:

إن ما تناولناه فيما سبق يتعلق بمجموعة مكنات وأدوات تتيحها التشريعات الاقتصادية القائمة ويتم العمل بمعظمها في مجالات مختلفة، ولكن التركيز في هذه الورقة ينصب على حشد الإمكانيات البشرية والمالية للقيام بمهمة محددة وهي استكمال مشاريع الإسكان، ولاحظنا أنه تتوفر من القواعد والأحكام القانونية ما يمكن أن يساعد على بلوغ هذه الغاية.

لقد انطلقنا من معطى مهم وهو أن خزينة الدولة لا يمكنها أن تتكفل بهذه المشاريع ولكن هذا لا يعني أن الأمر يخرج من يدها تماماً فنحن بصدد برنامج وطني لا بد أن تتحمل الدولة مسؤوليتها في إطلاقه والإشراف عليه.

(1) راجع إجراءات تأسيس المصارف الإسلامية وتحول المصارف التقليدية إلى إسلامية في القواعد والضوابط المنظمة لممارسة نشاط الصيرفة الإسلامية، ص 2 .

إذن الحكومة هي التي يجب أن تفكر في الإطار المناسب لهذا البرنامج، وعليها أن توحد الجهة التي تشرف عليه و قد يتطلب الأمر إنشاء جهة بصلاحيات واضحة بالإعمار في كافة أشكاله، وربما يحقق إنشاء وزارة للأشغال العامة هذه الغاية . نترك هذا الشأن التنفيذي على أهميته ونكتفي بالتنبيه له ونعود للبحث في جاهزية التشريعات القائمة حالياً، ثم ننتهي ببحث الحاجة إلى تدخل تشريعي ما .

1- جاهزية تشريعات المعاملات:

القانون المدني في ليبيا هو ثروة تشريعية وطنية ظل محافظاً على حيده وقدرته على حكم المسائل المتعلقة بالمعاملات رغم ما مرت به البلاد من ظروف سياسية، ورغم أن بعض أحكامه المتعلقة بحق الملكية قد توقفت فترة طويلة، إلا أن ما يتعلق بالعقود والمعاملات لم يكن ممكناً الاستغناء عنها أو استبدالها فهي في غاية الدقة والتجريد، وكل ما لا تدرجه التشريعات المختلفة المتعلقة بالنشاطات والمعاملات المالية والتجارية تتم العودة فيه للأحكام العامة التي يدخرها القانون المدني لكل الأزمان .

كما لا يجب التردد في القول بأن قانون النشاط التجاري يوفر البيئة المناسبة للنشاط الاقتصادي في مختلف المجالات، وقد لمسنا في هذه الورقة بعض ما وفره بيد المتعاملين من أدوات، وكان لإعادة إصدار هذا القانون في سنة 2010م فرصة مناسبة للتحرر من الكثير من التشريعات التي قيدت النشاط الاقتصادي في فترة ما⁽¹⁾، كما أنه أضاف بعض الأشكال الاقتصادية وبعض العقود التجارية والمصرفية مما يعزز شبكة القواعد المتعلقة بالمعاملات . وقد تعزز الميدان الاقتصادي بصدور قانون سوق المال الذي أشرنا إليه، والذي نظم منصة هامة لا غني عنها في الميدان الاقتصادي وهو سوق الأوراق المالية والهيئة التي تشرف عليه وعلى النشاطات المالية الأخرى .

كما تجدر الإشارة إلى القانون رقم 46 لسنة 2012 م المعدل لقانون المصارف، والذي أضاف فصلاً خاصاً بالصيرفة الإسلامية، فقد فتح المجال على هذا النوع من الصيرفة التي تتوفر على أدوات للتعامل سيكون لها شأن في مجالات التعامل المختلفة ومنها النشاط العقاري، وقد نصت المادة (100 مكررة/2/3) على جملة من صيغ التعامل مثل المضاربة والمشاركة وبيع المرابحة وبيع السلم والاستصناع والإجارة التشغيلية والإجارة المنتهية بالتملك، وهذه العقود

(1) بموجب المادة 358 من قانون النشاط التجاري تم إلغاء 21 تشريع صدرت في أوقات سابقة .

وغيرها ضرورية لربط العلاقات الناشئة عن هذا البرنامج سواء في مرحلة استكمال البناء أو في مرحلة التصرف في المشروعات بعد اكتمالها، ومن بين التشريعات التي يجب الإشارة إليها التأجير التمويلي رقم 15 لسنة 2010⁽¹⁾، فهو ينظم نشاطاً مهماً يؤدي إلى تمويل اقتناء المنقولات والعقارات، وربط بكيفية رائعة بين من ينتج أو يوزع وبين من يطلب هذا المال للاقتناء أو العمل وبين من يمول.

وفي فترة تشريعية قلقة صدر عن المؤتمر الوطني بعد بدء مجلس النواب لأعماله قانون يتعلق بالصكوك الإسلامية، وهي أداة تمويل هامة نكتفي بالإشارة لها ونعتقد في قادم الأيام أنها ستكون ذات شأن في تمويل العديد من المشروعات - والخدمات والمنافع.

وإذا كانت هناك حاجة للتعامل مع شركات أجنبية فأعتقد أن لائحة العقود الإدارية كفيلة بتنظيم العلاقة متى ما حرصت الجهة المتعاقدة على التقيد بأحكامها، وأرى في هذه المرحلة الابتعاد عن صيغة التعاقد وفق عقود الـ (fidic).

ولا مجال لإعمال قانون تشجيع الاستثمار مع الشركات الأجنبية في مجال الأعمار إذ يكفي أي شركة ميزة حصولها على مشروع دون الحاجة لإعطاء إعفاءات وميزات أخرى . نستنتج مما سبق أن ما هو متوفر من تشريعات يغطي معظم الجوانب المتعلقة باستكمال مشاريع الإسكان ولكن تبقى مسألة مهمة لا سبيل من حلها إلا بالاستناد بالمشروع .

2- الحاجة لتدخل تشريعي:

إن الفرضية التي نعالجها الآن هي ما يتعلق بالمشروعات الإسكانية غير المكتملة والتي قد تلغى فيها العقود مع الشركات المنفذة وتؤول للدولة، فهذه بلا شك ملك للدولة ومال عام لا يجوز التصرف فيه بحالته هذه ولا الحجز عليه .

ولكن تمويل استكمالها من الأدوات الاقتصادية التي أشرنا إليها يتطلب نقل ملكية هذه المشروعات لمن يتولى أمرها مثل الصناديق الاستثمارية العقارية، والمصارف أو الشركات فهي تستشرط تملك المشروع لتستثمر أموالها فيه أو تتصرف فيه عند استكماله وتحقيق عوائد من وراء ذلك.

هذا التصور بالتأكيد يتعين معه صدور قانون يسمح للجهة صاحبة المشروع أن تنقل ملكيته للأداة الاقتصادية المقتررة التي تأخذ على عاتقها إكماله .

(1) ج . ر العدد 8، السنة العاشرة بتاريخ 2010/5/25 م .

- وليس معنى التصرف في المشروع أن تنفض الدولة يدها منه ، بل يتعين أن يأخذ التشريع الجديد مسائل هامة بعين الاعتبار منها:
- تنظيم مسألة نقل الملكية، ويمكن أن تتولاها بشكل موحد مصلحة الأملاك العامة وفق ضوابط تسمح بدراسة الطرف المتقدم وتتأكد من مدى جديته وقدرته.
 - تكليف الجهة المنفذة للبرنامج برمته من الإشراف والمراقبة لعملية التنفيذ وضمان عدم الانحراف بالمشروع أو تغيير أغراضه.
 - ضمان التصرف في المشروع حال استكماله لمستحقه، ولا يتم البيع للمستحقين إلا بعد اكتمال المشروع، ومراعاة عدم الشطط في الأسعار.
 - وضع حلول تضمن استكمال البنية التحتية لكل مشروع، سواء أخذته الدولة على عاتقها أو ساهمت في جزء منه.
 - وضع بعض الحوافز التي تشجع الأدوات الاقتصادية على الدخول في البرنامج في شكل إعفاءات جمركية على المواد الموردة أو إعفاءات ضريبية.
 - تشجيع المصارف على إنشاء شركات للتمويل العقاري تساعد الأفراد على اقتناء بيوت وفق قانون التأمير التمويلي أو الإجارة المنتهية بالتملك ، وإنشاء صندوق يضمن عمليات التمويل في جزء منها على الأقل.
 - تكليف مصلحة التسجيل العقاري بتسجيل نقل الملكية على الأقل في نطاق هذا البرنامج.

الخاتمة:

كان السؤال في مقدمة هذه الورقة هو ما نفع النظام القانوني في دولة ما إن لم يكن ذا جاهزية في كل الظروف، وإذا كانت هذه الورقة قد سلطت الضوء على بعض ما يدخره النظام القانوني في ليبيا من أدوات وآليات تحتاج إلى تفعيل فإن هذا يعني أن ننقل هذا التساؤل من قانون الدولة إلى أبنائها .

الإرادة والقدرة ليستا توأمين، فقد توجد الإرادة ولكن دون قدرة، وقد تتوفر القدرة وتغيب الإرادة، ولكن في اللحظة التي يتفقا فيها فعندها يمكن أن نردد القول (لقد هرمنا من أجل هذه اللحظة).

اتفاق التحكيم

المقدمة:

إذا صار التحكيم اليوم من أهم أدوات القانون المعاصر، فإنه في الوقت ذاته واحدة من مشكلاته، بسبب ما يثيره من مسائل بالغة التعقيد في الفكر القانوني المعاصر فعلاوة على ما أثارته طبيعته، من جدل ونقاش فقهي واسع، فإن نقطة انطلاقه الأولى، اتفاق التحكيم لا يقل نقاشاً وجدلاً عن طبيعته وإجراءاته، هذا الاتفاق الذي لم يجد فقه التحكيم، غير أن يسجل عليه "غرابته"⁽¹⁾ لأنه من خلاله يحدد الأفراد ميداناً، يتم بموجبه تسوية منازعاتهم وخصوماتهم عن غير الطريق العادي وهو القضاء، الذي بحسب محكمتنا العليا الموقرة للجوء إليه "حق عام مقرر لكل إنسان... وصاحب الولاية العامة في الفصل في المنازعات بين المتخاصمين"⁽²⁾، وإذا كان التحكيم لا يخلو قانون حديث منه، فهو ليس ظاهرة جديدة، بل عرفته البشرية منذ زمن غابر، تجد من يعيد جذوره الأولى إلى شرق العالم القديم، فقد عرفه الفراعنة والبابليون والآشوريون، كوسيلة لتسوية ما نشأ من منازعات بينهم⁽³⁾ كما عرفه اليونانيون القدماء ونقل عن أرسطو، أن الأفراد يفضلون التحكيم على القضاء، فالمحكم يرى العدالة بينما لا يعتد القاضي إلا بالتشريع⁽⁴⁾، ولم يغفل فقه التحكيم⁽⁵⁾ أن يشير إلى ما عرفه الرومان من خلال وظيفة ((البريتور))، الذي يسوي النزاع بعد سماع ادعاءات الخصوم، ولعب دوراً هاماً في العقود الرضائية، والتي يعهد فيها الطرفان لشخص ثالث مهمة تسوية الخلاف حول بعض المسائل، ولقد قال الرومان قديماً "التحكيم غير القضاء".

وعرفه العرب قبل ظهور الإسلام وعرفوه، حيث يترك لعقلاء الحي أو القبيلة، أمر تسوية ما ينشأ من منازعات وأقره الإسلام بعد ظهوره⁽⁶⁾، ويعتقد فقه التحكيم أن القانون الطبيعي هو الذي فرض التحكيم على الإنسان قبل نشوء الدولة⁽⁷⁾، لأنه هو "طريق العدل الأول للإنسان"، ويرتبط التحكيم قوة وضعفاً، تبعاً لقوة أو ضعف درجة النظام السياسي الذي وصلت إليه البشرية.⁽⁸⁾

التحكيم الذي صار أداة معترفاً بها لتسوية المنازعات، في القانون الوطني أو في منازعات التجارة الدولية، مصدره الاتفاق، ودراسته تتطلب تتبع مراحل، تكوينه وانعقاده (المطلب الأول)، ثم آثاره (المطلب الثاني)، وأخيراً اتفاق التحكيم كأى اتفاق آخر لا بد من زاوله وانقضائه (المطلب الثالث).

المطلب الأول: تكوين اتفاق التحكيم

اتفاق التحكيم عقد وهو كأى عقد، يخضع في نشأته وتكوينه إلى ما تخضع له العقود الأخرى، علاوة على ما تتطلبه ذاتية اتفاق التحكيم من قواعد خاصة (9)، لذلك لا بد من توافق إرادة طرفي اتفاق التحكيم، على تسوية نزاعهما بالتحكيم، بدلاً من الطريق العادي لتسويته عن طريق القضاء، لكن ذاتية اتفاق التحكيم، تفرض إفراغه في شكل خاص، ذلك يعني أن هناك من يعتقد ولاعتقادها أساس، أن التراضي وحده لا يكفي، بل لا بد من إفراغه في شكل معين حدده القانون (10). ودون أن نهمل الجدل الفقهي حول طبيعته، فلا يعدم الباحث أن يجد من يصف اتفاق التحكيم بالعقد، فهو "علاقة قانونية عقدية" (11)، لا بد أن تتحقق أركانه الموضوعية المعروفة، علاوة على الشكل المقرر قانوناً، في ضوء ما سبق نعتقد، أن شروطاً موضوعية وأخرى شكلية، لا ينعقد اتفاق التحكيم بدونها، أيًا كانت صورة اتفاق التحكيم، شرطاً أو مشاركة (12).

أولاً: - الشروط الموضوعية:

إن أي عقد، اتفاق التحكيم أو غيره، له ثلاثة أركان تُعد شروطاً موضوعية له، وهي الرضاء والمحل والسبب (13)، فهل لها خصوصية في اتفاق التحكيم؟ الأمر يتطلب استعراضها جميعاً، للإجابة عن هذا التساؤل.

أ- الرضاء

التراضي جوهر أي اتفاق ومناطق وجوده، ولتحقيق الرضاء لدى طرفي التحكيم، يتطلب توافر الإرادة، التي تلعب دوراً مهماً في إبرام اتفاق التحكيم (14) هذه الإرادة يعبر عنها فقه القانون المدني بـ"إرادة التعاقد" (15)، ويجسدها تقابل الإرادتين وارتباطهما، بما يفرضي إلى تحقيق الإرادة المشتركة لطرفي اتفاق التحكيم، ولن تتحقق الإرادة المشتركة لطرفي التحكيم، ما لم يوجد الرضاء، لكن وجوده لا يكفي وحده، بل لا بد أن يكون صحيحاً ولن يكون كذلك، إلا إذا كان صادراً عن ذي أهلية ولا يشوبه أي عيب من عيوب الإرادة.

إن الرضاء على اتفاق التحكيم، يتطلب تطابق الإيجاب والقبول، مما يعني وجوب أن تتصرف إرادة الموجب والقابل، على الاتفاق حول التحكيم، أي أن يكون توافق الإرادتين على التحكيم، بشكل واضح لا لبس فيه أو غموض، فوجود التراضي على التحكيم، لا بد أن ينصب الإيجاب والقبول على التحكيم تحديداً، تحسباً لما قد ينشأ من مشاكل عليه، لمعرفة عن أي شيء تم التراضي، ذلك لأن التحكيم تشابهه أدوات أخرى لتسوية النزاع، كالصلح وغيره، ولذلك يقع على محكمة الموضوع، صلاحية "تكييف الاتفاق لتحديد طبيعته... وهي غير مقيدة في تكييف

الاتفاق على الصلح أو التحكيم بالوصف الذي أسبغته عليه الطرفان وإن لها كامل السلطة في العدول عن المدلول الظاهر لعبارة الاتفاق المختلف على معناها بما تراه أوفي بمقصود الطرفين " (16)، كما إن القضاء ذهب أيضاً إلى أن وجود لفظ ((التحكيم))، لا يعد وحده كافياً لاتجاه إرادة طرفي الاتفاق، إلى تسويته عن طريق التحكيم، ذلك أنه بحسب هذا القضاء إن ورود عبارة التحكيم في السند، "لا يعنى أن السند هو اتفاق على التحكيم، بل لابد أن يقرأ الاتفاق بجميع فقراته، لكي يتبين المقصود من كلمة ((تحكيم)) الواردة فيه، إذ العبرة للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني" (17) ومن هنا فلا يُمكن القول بوجود اتفاق على التحكيم، إذا اتفق الطرفان، على عدم اللجوء إلى القضاء، فهذا اتفاق لا قيمة له ولا أثر، من حيث اعتباره اتفاقاً على التحكيم (18).

وإذا عرض الأمر على المحكمة، ومطلوب منها أن تبين وجود اتفاق على التحكيم أو عدم وجوده، فعليها أن تراعي " كامل الحيطة والحذر عند تكييف العقد "، فلا تعتبره اتفاق تحكيم، إلا إذا كانت الإرادة، واضحة ((بجلاء)) إلى ذلك الاتفاق، والحجة لأن التحكيم، " استثناء من الأصل العام فلا يجبر الشخص على سلوك التحكيم ولا يحرم من الالتجاء إلى القضاء إلا عن رضا واختيار " (19)، ولذلك يمكن القول: لابد من توافق الإرادتين على اللجوء إلى التحكيم، مما يعني لابد أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب مطابقة تامة، بشأن إبرام اتفاق التحكيم، لكن السؤال هل لابد أن يكون القبول صريحاً أم يكفي القبول الضمني ؟

إن محاولة الإجابة عن هذا التساؤل، كانت محلاً للجدل في فقه التحكيم، كما أدلى القضاء بدلوه فيها، فذهب البعض (20)، إلى أن قبول الإيجاب المعروض على الشخص بشأن اتفاق التحكيم، إما أن يكون " بكيفية صريحة أو ضمنية " .

حاول أستاذنا د. ابوزقية، أن يستنتج رأياً تجاه هذه المسألة، في ضوء ما ذهب إليه القضاء الفرنسي، الذي يكفي عنده القبول الضمني، لكن ذلك في اعتقاده مشروطاً، بالألا يكون شرط التحكيم في ذاته أو علم أطراف التحكيم به محل شك، واستخلص أن تكرار العمليات التجارية بين الطرفين، وتحتوي هذه العمليات على شرط التحكيم، يفيد أن شرط التحكيم صار جزءاً من أية عملية تجارية بين الطرفين، مما يعنى انه لا يقبل، إثارة عدم القبول بشرط التحكيم تجاه، أية عملية تجارية من هذه العمليات (21).

نحن من جانبنا نؤيد أنه قد يكون القبول على اتفاق التحكيم ضمناً، وحتماً، أن القبول في اتفاق التحكيم هو تعبير عن إرادة القابل، وهذا التعبير وفق م 2/90 م ل، قد يكون ضمناً، ما لم يشترط القانون أو الاتفاق، أن يكون صريحاً، وبحسب المذكرة الإيضاحية للقانون المدني، أن

القبول الضمني، نصل إليه ((عن طريق الاستنتاج))⁽²²⁾، إذا ظروف حال اتفاق التحكيم، تسمح باستخلاص انصراف الإرادة إلى التحكيم، كما هو حال وجود شرط تحكيم في عمليات تجارية متكررة بين الطرفين.

نخلص إلى أنه لا بد أن تتطابق إرادة طرفي التحكيم عليه، إيجاباً وقبولاً، مما يعني أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب مطابقة تامة، ذلك أن اتفاق التحكيم كأى عقد قوامه الإرادة، فإذا انتقت هذه الإرادة تماماً، كان هذا الاتفاق معدوماً، وهو باطل لانعدام الرضاء.

إن صحة التراضي تتطلب أن يصدر عن ذي أهلية، والسؤال الذي يفرض نفسه ما الأهلية المطلوبة لانعقاد اتفاق التحكيم؟.

أهلية اتفاق التحكيم:

السؤال هل تطبيق القواعد العامة لأهلية التعاقد وفق أحكام القانون المدني المعدلة بالقانون رقم 1992/17م بشأن تنظيم أحوال القاصرين⁽²³⁾؟. وما الحكمة الدافعة للمشرع لأن يشترط نوعاً خاصاً من الأهلية لإبرام اتفاق التحكيم؟

إن استطلاعاً عابراً لما ورد في الباب الرابع من الكتاب الثالث من قانون المرافعات، الذي خصصه المشرع للتحكيم باعتباره نوعاً خاصاً من الخصومات، يكشف أن م 740 واضحة الدلالة تجاه عدم صحة اتفاق التحكيم إلا من له ((أهلية التصرف في حقوقه)) وفي تقدير فقه قانون المرافعات الليبي⁽²⁴⁾، إن المشرع قد تنتشد تجاه الأهلية المطلوبة لإبرام اتفاق التحكيم، لكن فقه التحكيم لا يعتبر ذلك أمراً غريباً، فهو مسلك القانون المقارن، سواء في قانون المرافعات أو في القوانين الخاصة بالتحكيم⁽²⁵⁾، فالأهلية المطلوبة لإبرام اتفاق التحكيم، هي أهلية التصرف ولذلك فأهلية التبرع لا تكفي لإبرام اتفاق التحكيم والحجة لأن هذا الاتفاق، ليس من نوع التبرع بالحق، كما أن أهلية التقاضي لا تكفي لإبرام اتفاق التحكيم، لأن قانون تنظيم أحوال القاصرين، يجيز للقاصر الذي بلغ الخامسة عشرة، أن يدير ما سلم له من أموال بإذن من المحكمة، وله حق التقاضي فيما أذن له، وبحسب فقه التحكيم⁽²⁶⁾، إن المشرع باشرط أهلية التصرف لإبرام اتفاق التحكيم، يكون قد خرج عن الأصل الذي يحكم أهلية التقاضي؛ لأن هذه الأهلية تثبت لمن يملك أهلية الإدارة، فالقاصر المسموح له بأعمال الإدارة، تكون له أهلية التقاضي بشأن ما أذن له في إدارته، والولي والوصي لهما أهلية التقاضي نيابة عن القاصر أو المحجور عليه، لكن ليس لهما أهلية التحكيم رغم امتلاكهما أهلية التقاضي، فهذه الأهلية لا تكفي لإبرام اتفاق التحكيم، وإنما لا بد من أهلية التصرف، ومن هنا ليس للقاصر أو المحجور عليه، إبرام اتفاق التحكيم، وليس

للولي أو الوصي أو القيم، قبول التحكيم نيابة عن القصر وغيرهم، لأنه ليس لهؤلاء أهلية التصرف في أموالهم، كما لا يجوز للحارس القضائي على المال المتنازع عليه إبرام اتفاق التحكيم، كما لا يجوز للتاجر الذي أشهر إفلاسه إبرام اتفاق التحكيم وإذا أبرمه فلا ينفذ في مواجهة دائنيه⁽²⁷⁾، ذلك لأن الفصل الثالث من الباب الثاني خصه المشرع في قانون النشاط التجاري رقم 2010/23، لأثار التفليسة على المفلس، وحرمته م 1047 " من إدارة أمواله والتصرف فيها"، وقلنا أن قانون المرافعات في م 740 يشترط لإبرام اتفاق التحكيم أهلية التصرف، والمفلس وفق ما أشرنا إليه حرمه القانون التجاري من التصرف في أمواله كما لا يجوز للوصي على القاصر، أن يبرم اتفاق التحكيم، وأن كان يملك تمثيل القاصر أمام القضاء، لكنه لا يملك التحكيم لتسوية نزاع على أموال القاصر، التي رفعت دعاوى بشأنها على القاصر، لأنه ببساطة لا يملك أهلية التصرف بشأنها.

القاصر في ليبيا يملك حق التقاضي حول ما أذن له وتسلمه من مال أو ما يكسبه من عمله أو مهنته أو صناعته، فهذه الأموال في تقديرنا، يجوز له إبرام اتفاق تحكيم، لتسوية نزاع بشأنها⁽²⁸⁾، بشرط التقيد بما وضعه قانون تنظيم أحوال القاصرين من شروط.

وإذا أردنا أن نبرر مسلك مشرعنا في قانون المرافعات باشرطه أهلية التصرف في إبرام اتفاق التحكيم، فنقول انه ربما اراد أن يكون منطقياً مع نفسه ومنسجماً مع ما نص عليه القانون المدني، عند تنظيمه لعقد الوكالة، حين اشترط في م 702 وكالة خاصة، " في كل عمل ليس من أعمال الإدارة وبوجه خاص في البيع والرهن ... والتحكيم" وأعمال التصرف ليست من أعمال الإدارة، وهذه الأخيرة وفق م 1/701، يكفي فيها الوكالة العامة ولا تشترط الوكالة الخاصة، وحتى أعمال التصرف التي تقتضيها الإدارة تعد وفق م 2/701 م ل، من أعمال الإدارة، وأشار المشرع بشكل صريح إلى أنه من أعمال الإدارة ((استيفاء الحقوق))، والتحكيم قد يراد منه في الغالب استيفاء الحقوق، فهذه الأعمال لا يقبل فيها إبرام اتفاق التحكيم⁽²⁹⁾، لكن لا بد من الإشارة إلى م 3/702 م ل إن الوكالة الخاصة "لا تجعل للوكيل صفة إلا في مباشرة الأمور المحددة فيها وما تقتضيه هذه الأمور من توابع ضرورية وفقاً لطبيعة كل أمر والعرف الجاري".

في ضوء هذا النص يثور سؤال مفاده، هل يملك رئيس مجلس إدارة الشركة التجارية إبرام اتفاق التحكيم؟.

إن م 172 من قانون النشاط التجاري، حددت اختصاصات مجلس إدارة الشركة، التي من بينها " إبرام كل التصرفات اللازمة لتحقيق غرض ونشاط الشركة "، والتحكيم أصبح أمراً مألوفاً

في العمل التجاري اليوم، وصار ظاهرة واضحة في العلاقات التجارية الوطنية والدولية، مما يعني أن اللجوء إليه صار أمراً معتاداً، ووفق م 2/172 من قانون النشاط التجاري، مجلس إدارة الشركة له أن يقوم بكل ما يحقق غرض الشركة واستمرار نشاطها، وقد يكون مضطراً لنجاح أعمال الشركة التجارية، أن يبرم اتفاقات تحكيم، لتسوية منازعات تجارية مع أطراف آخرين، أفراداً أو شركات، ذلك يؤكد أن اتفاق التحكيم يخدم غرض إنشائها⁽³⁰⁾، مما يعني أن اللجوء إلي التحكيم، يعتبر عملاً من أعمال الإدارة العادية اليومية، ولا يتطلب وكالة خاصة، لأن القول بعكس ذلك، يستوجب انعقاد الجمعية العمومية للشركة، لتصدر قراراً يفوض مجلس إدارتها لإبرام اتفاق التحكيم، وربما نص م 3/702 م ل، يخدم هذا التحليل، لأن "الوكالة الخاصة لا تجعل للوكيل صفة إلا في مباشرة الأمور المحددة فيها، وما تقتضيه هذه الأمور من توابع ضرورية وفقاً لطبيعة كل أمر وللعرف الجاري".

فالأهلية المطلوبة لإبرام اتفاق التحكيم هي أهلية التصرف وفقاً لمنطوق م 740 مرافعات، لكن السؤال المشروع والمبرر ما الحكمة من تشدد المشرع لاشتراطه أن التحكيم لا يصح إلا من له أهلية التصرف؟.

قلنا سابقاً إن محكمتنا العليا الموقرة، حكمت أن اللجوء إلي القضاء حق عام مقرر لكل فرد في المجتمع للدفاع عن حقوقه والأهم، أن القضاء له مكنة " الفصل في المنازعات بين المتخاصمين أفراداً أو شركات وغيرها من الأشخاص المعنوية⁽³¹⁾، ذلك لأن قضاء الدولة العام، أحاطه المشرع في قانون المرافعات بضمانات كثيرة، ويخشى المشرع من مخاطر التنازل عن ضمانات التقاضي التي فصل فيها وحددها قانون المرافعات، وتسوية النزاع من غير القضاء قد يعرض الحق المتنازع عليه للخطر، ذلك ما يبرر تشدد المشرع تجاه اللجوء إلى التحكيم باشتراطه أهلية التصرف⁽³²⁾.

ونخلص إلى إن الإرادة لا بد أن تكون موجودة، ولها صلاحية إبرام اتفاق التحكيم والذي اشترط المشرع له أهلية خاصة وهي أهلية التصرف، وفوق ذلك لا بد أن تكون إرادة طرفي التحكيم، غير مشوبة بأي عيب من عيوب الإرادة.

عيوب الإرادة واتفاق التحكيم:

سبقت الإشارة إلى أن الرضاء في اتفاق التحكيم، لن يكون صحيحاً إلا إذا جاء من ذي أهلية، ونضيف، إن صحة التراضي في اتفاق التحكيم، تتطلب خلو إرادة كل طرف فيه من عيوب الإرادة، ومن المعروف وفق القانون العام للعقود، إن الرضاء يكون معيباً، إذا شاب إرادة

المتعاقد، واحد من عيوب الإرادة الأربعة المعروفة وهي، الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال، المواد 120-130 من القانون المدني، والعقد المعيب بواحد أو أكثر منها، يكون قابلاً للإبطال، فهذه العيوب لا تعدم الرضاء لكنها تجعله معيباً أو غير صحيح، والسؤال ما العيوب المحتمل أن تلحق الإرادة في اتفاق التحكيم وما التي لا تلحقه؟.

يؤكد البعض من فقه التحكيم⁽³³⁾، وهو على حق في تأكيده، أن اتفاق التحكيم، لا يتطلب عدم التناسب الفادح، بين ما يلتزم به كل طرف فيه وما يعود عليه من نفع، ولذلك فعدم التناسب الفادح غير متصور في اتفاق التحكيم، فلا وجود لعبب الاستغلال في هذا الاتفاق محل البحث، والسبب غياب الركن المادي فيه، الذي هو عدم التعادل الفادح بين الأداءات، ذلك أن اتفاق التحكيم، الالتزام الوحيد الذي يرتبه على طرفيه، هو حل وتسوية النزاع عن طريق التحكيم، وذلك في تقديرنا أحد أهم عوامل ذاتية اتفاق التحكيم وخصوصيته.

إذا كان ذلك ما يمكن قوله عن عيب الاستغلال، فهل يلحق الإرادة في اتفاق التحكيم عيب

الغلط؟.

طرح هذا العيب أمام القضاء، فقد رفضت محكمة استئناف باريس، طلب إبطال اتفاق التحكيم للغلط، وسبب الرفض، أن المدعي بوجود غلط انصب على تعيين محكم، الذي هو في الوقت نفسه محامي أحد طرفي الاتفاق على التحكيم، قد فشل في إثبات الغلط المدعي به⁽³⁴⁾ فرفض المحكمة يعود لاستحالة اثبات الغلط المدعي به، رغم ذلك يؤكد فقه التحكيم، أن الغلط يمكن تصوره في اتفاق التحكيم، ويستشهد بما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية التي اعتبرت أن جهل أحد طرفي اتفاق التحكيم بعلاقة العمل التي تربط المحكم بالخصم الذي اختاره، يعتبر من قبيل الغلط في صفة جوهرية في شخص المحكم يعيب الإرادة ويفضي إلى بطلان الاتفاق على التحكيم⁽³⁵⁾، في ضوء ما سبق نخلص إلى أن، الرضاء في اتفاق التحكيم لا يكون صحيحاً إلا إذا كان صادراً عن ذي أهليه، واشترط قانون المرافعات أن تكون أهلية التصرف، وصحة الرضاء تتطلب أن تكون إرادة كل طرف في اتفاق التحكيم، خالية من أي عيب من عيوب الإرادة، والواقع القضائي، يكشف أن أكثر العيوب حضوراً في اتفاق التحكيم، هو عيب الغلط، وإذا كان الرضاء هو الشرط الموضوعي الأول لاتفاق التحكيم، فإنه ليس الوحيد، فلا بد أن يرد هذا الرضاء على محل، فهل تطبق القواعد العامة عليه أم أن قانون المرافعات نص على أحكام خاصة بمحل اتفاق التحكيم؟ وما سبب اتفاق التحكيم؟.

ب- المحل في اتفاق التحكيم:

نتساءل هنا هل تطبق القواعد العامة في القانون العام للعقود أو النظرية العامة للعقد، على محل اتفاق التحكيم؟

وهل كل مسألة أو نزاع يكون محلاً لاتفاق التحكيم؟

الإجابة عن هذا التساؤل الأخير، تحدد محل اتفاق التحكيم، ومدى قابلية النزاع لتسويته بالتحكيم.

لا يوجد أدنى شك، إن محل اتفاق التحكيم، يجب أن تتوفر فيه شروط المحل، التي حددها القانون المدني، فيجب ألا يكون محل اتفاق التحكيم مستحيلاً 132 م ل، كما تتطلب م 133 تعيين محل اتفاق التحكيم، ويجب ألا يكون محل اتفاق التحكيم مخالفاً للنظام العام والآداب وفق 135، كأن يتم الاتفاق على تسوية النزاع بالتحكيم حول صفقة خمور أو مخدرات.

قانون المرافعات لم يكتف بذلك، بل إنه نص في م 740 على ما تم استبعاده من اتفاق التحكيم أو ما لا يجب تسويته بالتحكيم، فحددت تلك المادة ما لا يجوز فيه التحكيم، وبذلك حددت محل التحكيم عن طريق الاستبعاد⁽³⁶⁾، لأن عنوان هذه المادة عكس محل اتفاق التحكيم من خلال بيان "الأحوال التي لا يجوز فيها التحكيم"، ذلك يعني أن موضوع النزاع الذي تتم تسويته، بناء على اتفاق التحكيم، يجب أن يكون مما يجوز فيه التحكيم، ولقد حلل هذه المادة الفقه واستنتج أنها عدت الحالات أو المنازعات التي لا يجوز فيها اتفاق التحكيم والتي لا تكون محلاً لاتفاق التحكيم، تلك الحالات يمكن تقسيمها إلى "أربع طوائف".

الأولى: منازعات متعلقة بالنظام العام.

الثانية: منازعات العمال.

الثالثة: منازعات الجنسية أو الحالة الشخصية.

الرابعة: المنازعات التي لا يجوز فيها الصلح.

إن إمعان النظر عميقاً في هذه الحالات، يلمس الباحث أن قاسماً مشتركاً يجمع بينها وهو، تعلقها ((بالمصلحة العامة))، والنظام العام⁽³⁷⁾، وهي ذات الموضوعات التي منعت م 550 من م ل، الصلح فيها، فمنازعات الجنسية والحالة الشخصية والعمل القواعد المنظمة لها من النظام العام، فعلى سبيل المثال من ذا الذي يشك أن قواعد قانون العمل، بما احتوته من ضمانات للعمال، ليست من النظام العام، فهي بحسب محكمتنا العليا الموقرة " من النظام العام، يترتب على إغفالها كلياً أو جزئياً البطلان"⁽³⁸⁾، لكن لماذا أضافت م 740 مرافعات إلي المسائل المتعلقة

بالنظام العام، الأحكام الخاصة " بالتأمين الاجتماعي (الضمان الاجتماعي) وإصابات العمل" يبدو أن سبب ذلك مرجعه، لأن قانون العمل لم يأت بأحكام خاصة بها، أو بحسب تعبير المحكمة العليا " حيث خلا قانون العمل من الأحكام المنظمة لهاتين الحالتين" (39) والحكم جاء بمناسبة نزاع حول الأجر الإضافي وجرى قضاء المحكمة العليا أن أحكام قانون العمل كلها تعتبر من النظام العام، ولذلك سبب استبعاد الحالات الواردة في م 740 مرافعات، هو تعلقها بالنظام العام، فتلك الحكمة من استبعادها ولا يجوز تسوية نزاع بشأنها بواسطة اتفاق تحكيم، ويعتقد فقه التحكيم صادقاً، أن المشرع يهدف من وراء هذا الاستبعاد، إخضاع تلك الحالات المتعلقة بالنظام العام، إلى القضاء الذي أنشأته الدولة، وهو وحده الذي ينشئ ((قواعد عامة موحدة)) بشأنها (40).

وإذا كانت الحكمة من استبعاد تلك الحالات، هو تعلق تلك الحالات بالنظام العام، فإن تلك الحكمة لن تكون موجودة، إذا تعلق الأمر بمصلحة مالية خاصة ناشئة عنها حتى لو كان أساسها، الحالة الشخصية على سبيل المثال، كحق النفقة أو التعويض عن الاعتداء على الحالة الشخصية كالحق في الاسم (41)، ويبدو أن ذلك منطقياً، بحسبان أنه يجب التفرقة بين الحالة الشخصية وما يترتب عليها من آثار مالية، ولذلك ثبوت أو نفي الجنسية أو الاسم، لا يكون محلاً لاتفاق التحكيم، أما ما يترتب عنها من مصالح مالية، كالتعويض عن استغلال الاسم، فهي من الجائز، أن تكون محلاً لاتفاق التحكيم، لأن ذلك ما يمكن فهمه من نص م 740 نفسها التي أوردت استثناء من الاستبعاد بقولها " على أنه يجوز أن يكون موضوع التحكيم تقديراً لنفقة واجبة ... أو دعوى مالية أخرى ناشئة عن قضايا الأحوال الشخصية"، ذلك في تقديرنا ينسجم مع ما نص عليه عجز م 550 م ل التي أجازت الصلح "على المسائل المالية المترتبة على الحالة الشخصية"، ومن هنا فكل مسائل الحالة الشخصية والنظام العام لا يمكن أن تكون محلاً لاتفاق التحكيم، لكن لا يوجد ما يمنع قانوناً تسوية ما ينشأ عنها من حقوق مالية عن طريق التحكيم.

في ضوء ما سبق يمكن القول، إن كل مصلحة مالية تكون محلاً لاتفاق التحكيم، الذي يجب أن يكون معيناً تحييناً واضحاً، لكن السؤال الذي يثور ما أهمية تعيين محل اتفاق التحكيم؟ قلنا إن اتفاق التحكيم تحكمه القواعد العامة في القانون العام للعقود، حيث اشترط القانون المدني في م 133 أن يكون محل الالتزام العقدي معيناً، وبحسب المذكرة الإيضاحية للقانون المدني، "إذا التزم شخص بعمل شيء وجب أن يكون ما التزم به محدداً تحديداً كافياً" (42)، وفي اتفاق التحكيم أن تحديد محله تحديداً واضحاً ودقيقاً، يسهل ويبيرس عملية التحكيم، والانتهاء من تسوية النزاع بشكل سلس من ناحية، ويبعد طرفيه عن الحاجة إلى تفسير موضوع التحكيم أو محله من ناحية

أخرى، والأهم من ذلك، أن تحديد محل اتفاق التحكيم أو موضوعه، يساهم مساهمة جادة في تحديد ولاية المحكم الفرد أو المحكمين، إذا كانوا أكثر من محكم واحد، فإذا خرج المحكمون أو المحكم عن موضوع التحكيم أو محله، يكونوا قد خرجوا، عن ولايتهم تجاه تسوية النزاع، مما يجعل حكمهم فيه باطلاً، لأنه يعد خروجاً عن ولاية المحكم ويفصل في موضوع خارج اتفاق التحكيم⁽⁴³⁾، لكن اتفاق التحكيم وفق م 739 مرافعات، إما أن يكون بناء على شرطاً أو مشاركة تحكيم، والسؤال هل يختلف تحديد النزاع الذي هو محل اتفاق التحكيم بحسب نوعه، شرط أم مشاركة؟.

من المعروف أن شرط التحكيم يرد في العقد الأصلي قبل النزاع حول ما ينشئه العقد أو يرتبه من حقوق، ذلك الشرط يعد أحد بنود العقد، بموجب هذا الشرط، يلتزم الطرفان بتسوية ما ينشأ من نزاع حول ما يضعه على الطرفين من التزامات وينشئه من حقوق، ولذلك فالمنطق يقضي أن يكون اتفاق التحكيم قبل النزاع، والنتيجة المترتبة على ذلك، أن محل اتفاق التحكيم لن يكون محدداً، فالنزاع لم يقع بعد، فهو ببساطة غير قائم⁽⁴⁴⁾. شرط التحكيم يتخذ أشكالاً مختلفة، إما أن يكون بنداً في العقد الأصلي أو يرد في اتفاق مستقل عن العقد الأصلي ويضاف إليه، مضمونه تسوية أي نزاع على الحقوق الناشئة عنه بالتحكيم، وقد يكون شرط التحكيم في مستند مكتوب أو في رسائل بين طرفيه أيما كان شكل هذه الرسائل، عادية أم الإلكترونية، سواء أكانت بالتلكس أو الفاكس أو برقية أو بالإيميل.

شرط التحكيم قد يتخذ صورة ثالثة، وهي ما يطلق عليه فقه التحكيم " شرط التحكيم بالإحالة"⁽⁴⁵⁾، ذلك يعني أن شرط التحكيم ليس وارداً في العقد المبرم بين الطرفين، لكنهما أحالا إلى وثائق أخرى، وتنتج إرادة الطرفين للإحالة على تلك الوثائق التي بها شرط التحكيم، مما يفضي إلى دمج تلك الوثائق في العقد الأصلي، لكن يشترط أن تكون الإحالة واضحة وصریحة، تجاه اعتبار شرط التحكيم المحال إليه جزءاً من العقد الأصلي، بما يوضح أن إرادة طرفي العقد الأصلي، تعرف بشكل دقيق شرط التحكيم الوارد في الوثائق المحال إليها.

إذا كان ذلك ما يمكن قوله تجاه تحديد محل التحكيم الوارد في الشرط فهل يختلف تحديده في مشاركة التحكيم؟ إذا كان شرط التحكيم يرد لتسوية نزاع محتمل أو متوقع، فعلى عكس ذلك المشاركة تتم لتسوية نزاع قائماً فعلاً⁽⁴⁷⁾، ذلك يعني إن محل اتفاق التحكيم أو موضوع النزاع محل التحكيم، يكون في المشاركة أكثر وضوحاً وتحديداً بعكس الشرط، ولذلك نفهم لماذا اشترطت م 743 مرافعات، وجوب تحديد موضوع النزاع في المشاركة وإلا كان التحكيم باطلاً،

وإن اعتقد البعض، أن البطلان يزول بسبب عدم تحديد موضوعه في المشاركة، إذا تم تحديده كتابة بموافقة طرفي اتفاق التحكيم (48).

في ضوء ما سبق يمكن الاستنتاج أن تحديد موضوع النزاع في المشاركة كمحل لاتفاق التحكيم، هو الفرق الجوهرى بين شرط التحكيم ومشارطته.

نخلص بعد استعراض ما سبق بشأن محل اتفاق التحكيم، أن شروط المحل وفق القواعد العامة في القانون المدني يجب أن تكون متوفرة، لكن خصوصية اتفاق التحكيم دفعت المشرع في م 740 مرافعات، إلى تحديد ما يكون محلاً لاتفاق التحكيم وما هو مستبعد من نطاق هذا الاتفاق، لكن المحل كشرط موضوعي لاتفاق التحكيم، لا يجب أن يغفل شرط موضوعي آخر وهو سبب اتفاق التحكيم.

ج - سبب اتفاق التحكيم:

يتطلب القانون العام للعقود وجود السبب إلى جانب الرضاء والمحل في العقد، فالسبب ركن لا ينعقد عقد بدونه، واتفاق التحكيم ما هو إلا عقد، يجب أن يكون له سبب، ويقصد به الغرض الذي يقصد طرفا اتفاق التحكيم إلى تحقيقه، ذلك الغرض هو المحرك لإرادة طرفيه، على الرغم من أن فقه المرافعات يذهب إلى أن أهلية التحكيم ومحلها لهما أهميتهما في اتفاق التحكيم (49)، فإن فقه التحكيم يعتقد وهو على حق في اعتقاده، أن السبب لا بد أن يتوافر في اتفاق التحكيم (50)، وإن لم يقدم حجة لاعتقاده، فإننا نرى أن السبب هو ركن في كل تصرف قانوني، حتى لو كان اتفاق تحكيم هذا التصرف، ولذلك لا بد من توافر السبب في هذا الاتفاق، الذي هو السبب الباعث فإذا انعدم كان التصرف باطلاً، والسؤال هل توجد فرضية انعدام السبب في اتفاق التحكيم؟.

من المؤكد أن فقه القانون المدني قد تعرض بالتحليل للنظريتين، التقليدية التي هي السبب القصدى والنظرية الحديثة في السبب، التي تعطى اهتماماً كبيراً للبواعث، الهادفة إلى تحقيق التوازن المأمول بين الحماية الفردية والحماية الاجتماعية (51).

والسؤال هل توجد فرضية لانعدام السبب في اتفاق التحكيم؟ فقه التحكيم يعتقد، أن السبب القصدى المباشر هناك فرضية، يمكن أن ينعدم فيها، ويبطل بناء عليها اتفاق التحكيم، ذلك ما عكسه الواقع القضائي الفرنسي الذي عرضت عليه، وقائع ترك فيها الخيار لأحد طرفي اتفاق التحكيم، أن يختار التحكيم أو القضاء لتسوية النزاع، حيث اعتبرت محكمة استئناف انجيز (52) angezs، أن هذا الشرط جائز ولا يخالف النظام العام، فقه التحكيم الليبي، يذهب إلى أن

المحكمة في هذه الدعوى، لم تبحث البطلان لانعدام السبب، والتي يعتقد هو في الواقع مثل حالة انعدام السبب التي يجعل اتفاق التحكيم باطلاً، لأن السبب في اتفاق التحكيم، هو التزام كل طرف فيه باللجوء إليه وتسوية النزاع عن طريقه (53).

نحن نعتقد أن اتفاق التحكيم كأى تصرف قانوني، لا بد أن يحرك إرادة طرفيه سبب موجود وباعت مشروع يتجسد في الغرض أو الهدف الذي يقصد طرفا اتفاق التحكيم تحقيقه، لأن العدالة التي ينشد التحكيم تحقيقها، تتطلب وجود السبب، والفضيلة (54) تتطلب مشروعية الباعث الدافع لإبرام اتفاق التحكيم، ولذلك السبب الباعث يكون حاضراً بقوة في أي اتفاق للتحكيم. نخلص إلى أن شروطاً موضوعية يجب توافرها في اتفاق التحكيم، الذي هو كأى تصرف قانوني لا بد له من إرادة واعية وصحيحة، مما يشترط أن تكون لها أهلية وألا تكون معيبة، ولا بد أن يرد التراضي على محل والدافع الباعث إليه مشروع، لكن اتفاق التحكيم علاوة على شروطه الموضوعية لا بد أن تفرغ في شكل حدده القانون.

ثانياً: الشروط الشكلية:

لقد ولى الزمن الذي كانت فيه الشكلية هي السائدة في التعاقد، حيث أصبح مبدأ الرضائية يسود في القانون المعاصر، فالأصل العام في القانون الحديث، هو كفاية التراضي لانعقاد أي عقد، واستثناء أحياناً يتطلب القانون شكلاً معيناً، لإبرام الاتفاق العقدي (55)، ويعتقد فقه القانون المدني أنه في القانون المعاصر "ما زالت هناك للشكلية دور تلعبه" (56)، لكن هناك فرق واضح للشكلية في القوانين الحديثة، حيث تعتبر ((شكلية مرشدة)) (57)، لأنها ليست مقصودة لذاتها، بل للوصول إلى أهداف محددة، للحماية أو للتبني من مغبة التصرف القانوني وخطورته، بعكس الشكلية في موطنها الأول القانون الروماني، التي هي هدف في حد ذاتها، دون اعتبار للإرادة، علاوة على ذلك فإن الشكلية في القانون المعاصر، مطلوبة مع الإرادة فهي لا تقوم بدونها بل إلى جانبها، أما قديماً فالشكلية هي الأساس فلا يعقد عقد إلا بها.

ذلك ينطبق تماماً على اتفاق التحكيم، الذي لن يكون منتجاً لأثره، إلا إذا توافرت فيه نوعان من الشروط، أولها: الشروط الموضوعية التي عرضنا لها في الفقرة السابقة، والمطلوبة لانعقاد أي تصرف عقدي، أما النوع الثاني من الشروط فهي الشروط الشكلية، ذلك أن قوانين المرافعات، تشترط وجوب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً، لكنها تختلف في مدى هذا الشرط.

الكتابة هي الصورة الغالبة للشكل في القانون المعاصر (58) فبعض القوانين تعد الكتابة شرطاً لانعقاد اتفاق التحكيم، حيث تنص على أنه "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان

باطلاً⁽⁵⁹⁾، والبعض الآخر من التشريعات تعد كتابة اتفاق التحكيم شرطاً لإثباته لا لانعقاده، كما هو حال قانون المرافعات الليبي، الذي نص في م 742، على أنه "لا تثبت مشاركة التحكيم إلا بالكتابة"⁽⁶⁰⁾، وفي تقدير فقه قانون المرافعات الليبي، كتابة اتفاق التحكيم هي لإثباته لا لانعقاده، ذلك لا يحتاج إلي أي تأويل أو تفسير، وذلك في تقدير هذا الفقه هو مسلك أغلب قوانين المرافعات⁽⁶¹⁾.

وفق قانون المرافعات الليبي، يعد شكل الكتابة في اتفاق التحكيم شرطاً لا لانعقاده بل لإثباته، لكن فقه التحكيم الليبي، يعتقد أنه مع ذلك لكتابة اتفاق التحكيم أهمية عملية كبيرة، لأنها تجعل اتفاق التحكيم لا أثر له بدونها⁽⁶²⁾، ذلك نلمسه في أكثر من موضع في القانون المدني أو غيره من فروع القانون الأخرى، كما عكسته م/550 ل، بشأن عقد الصلح حيث "لا يثبت الصلح إلا بالكتابة ..."، وذلك هو مسلك قانون المرافعات المقارن، كما هو حال قانون المرافعات المصري والفرنسي⁽⁶³⁾، ويبدو ذلك هو توجه قانون التجارة الدولية، حيث القانون النموذجي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري واتفاقية نيويورك لسنة 1958م⁽⁶⁴⁾، يشترط أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً.

في ضوء ما سبق يمكن القول: إن الكتابة تعد شرطاً ضرورياً ولازماً في اتفاق التحكيم، أيًا كان مدنياً أو تجارياً، وطنياً أم دولياً⁽⁶⁵⁾، وسواء كانت الكتابة شرطاً لانعقاده أم لإثباته، فالنتيجة واحدة، حيث يترتب على عدم وجودها من الناحية العملية، أن اتفاق التحكيم يتجرد من أي أثر قانوني، فلا يجوز التمسك به ما لم يكن مكتوباً، كما لا يمكن إثباته بأية وسيلة أخرى، ونحن نعتقد صوابية ما ذهب إليه البعض من فقه التحكيم، أن حكمة دافعة للمشرع كانت وراء اشتراط الكتابة في اتفاق التحكيم، فالغاية تعود إلى منع قيام منازعات فرعية حوله، تعرقل دور المحكم في تسوية النزاع تحكيمياً، كما أنه من ناحية أخرى تبدو أهمية الكتابة في إثبات صحة أي تعديل لاحق على أي بند أو شرط من شروط اتفاق التحكيم، خاصة إذا تعلق الأمر، بمدى التحكيم أو موضوعه أو سلطة المحكم ومداه أو الإجراءات الواجب مراعاتها أو اتباعها، فأى تعديل في تلك المسائل، يجب كتابته والتوقيع عليه، من طرفي اتفاق التحكيم، حتى لا يكون محلاً لأي نزاع حوله⁽⁶⁶⁾.

القانون في اشتراطه الكتابة لاتفاق التحكيم، يعطى الكثير من المرونة تجاه هذا الشرط⁽⁶⁷⁾، فلا يهم شكل الوثيقة التي كتب فيها اتفاق التحكيم، فقد تكون في مستند أو في رسائل متبادلة، برقيات أو توكس أو غيرها من رسائل الاتصال المكتوبة، حتى ولو كانت الكترونية كالإيميل.

الكتابة أياً كانت لانعقاد اتفاق التحكيم أو لاثباته، هي شرط شكلي لا يقوم بدونها هذا الاتفاق، لكن ذلك لا يغفل شرط شكلي آخر نصت عليه م 743 من قانون المرافعات، يترتب على تخلفه بطلان اتفاق التحكيم حيث يجب " أن يحدد موضوع النزاع في مشاركة التحكيم أو اثناء المرافعة ... وإلا كان التحكيم باطلاً " .

لكن السؤال ما الحكمة من اشتراط المشرع، تحديد موضوع النزاع في مشاركة التحكيم؟ يؤكد فقه قانون المرافعات الليبي، أن الحكمة يحددها مبتغى المشرع وغايته، من تحديد موضوع النزاع في اتفاق التحكيم إذا كان وارداً في مشاركة تحكيم الذي هو حمل طرفي اتفاق التحكيم " على التروي قبل قبول التحكيم " (68)، وذلك من بين أهم أهداف الشكلية، بوجه عام التي تعطي المتعاقدين فرصة للتفكير والتروي، فلا يندفع أي منهما إلى الارتباط باتفاق لا يحقق مصالحه أو يحيطه علماً بالأمر الذي هو مقدم عليه (69).

نخلص إلى أن اتفاق التحكيم له شروط موضوعية، وهي ذات الشروط لأي اتفاق من تراضٍ ومحلٍ وسبب، التي لا ينعقد أي عقد بدونها، لكن خصوصية اتفاق التحكيم تطلبت أن يكون هذا الاتفاق مكتوباً، مما يعني أن الشروط الموضوعية لا تكفي وحدها بل تقف إلى جانبها وبجوارها شروط شكلية لا يكون هناك اتفاق تحكيم بدونها. وإذا انعقد اتفاق التحكيم، فهو كأبي عقد، انعقاده ليس غاية في حد ذاته، وإنما لا بد أن يترتب أثراً على طرفيه.

المطلب الثاني: آثار اتفاق التحكيم

اتفاق التحكيم هو عقد، يتمثل أثره فيما يفرضه على طرفية من التزامات وما يكسبهما من حقوق، وغيرها من نتائج أو آثار قانونية، يمكن تحديدها واماطة اللثام عنها، من خلال تحديد مضمون الاتفاق، الذي هو كأبي عقد آخر له قوة ملزمة، مما يعني التقيد به من طرفيه ولا يجوز تعديله بالإرادة المنفردة لأحدهما، كما يجب تنفيذه عملاً بقاعدة، العقد شريعة المتعاقدين م 1/147م، اتفاق التحكيم كأبي عقد آخر، قوته الملزمة، ليست مطلقة، بل هي نسبية، من حيث الأشخاص، فهو لا يلزم غير طرفيه وخلفائهما، ولذلك القوة الملزمة لاتفاق التحكيم، تنصرف إلى طرفيه أنفسهما، لكنها قد تنصرف إلى خلفائهما، أما الغير وخلفه، فالمبدأ لا تنصرف إليه آثار العقد، الذي لا يكسبه حقاً ولا يحمله التزاماً، ذلك إن مبدأ نسبية الأثر الملزم للعقد، هو مبدأ عام، يطبق على جميع العقود، ولذلك فهو يطبق على اتفاق التحكيم، لكن هذا المبدأ فسي تقدير فقه التحكيم (70)، لا يؤخذ على اطلاقه، ذلك أن بعض حالات التحكيم، تخرج عن نطاقه على سبيل

الاستثناء، لذلك نبحت أولاً أثر اتفاق التحكيم على طرفيه وفق القواعد العامة، ثم نبحت ثانياً خصوصية اثر اتفاق التحكيم.

أولاً: نسبة أثر اتفاق التحكيم:

وفقاً للمادة 145 من القانون المدني، ينصرف أثر اتفاق التحكيم، إلى طرفيه المتفقين على تسوية النزاع بينهما عن طريق التحكيم، ولذلك لا يكسب اتفاق التحكيم الغير حقاً ولا يحمله التزاماً، كما لا يملك غيرهما طلب إبطاله، ما لم يكن لذلك الطلب صلة بالنظام العام (71).

وفق م 145 م ل، ينصرف أثر اتفاق التحكيم في مواجهة الخلف العام، وهم ورثته طرفي التحكيم، دون الإخلال بقواعد الميراث، لكن سريان اتفاق التحكيم على الخلف العام، مشروط بعدم منع الاتفاق أو القانون من سريانه عليهم، ذلك ما تنص عليه م 145 م ل، ومن المؤكد أن الورثة كخلف عام، لا يلتزمون باتفاق التحكيم، إلا في حدود التركة ونصيب كل منهم فيها، ذلك ما عبرت عنه م 145 صراحة ((بشرط عدم الإخلال بقواعد الميراث)).

ولذلك يسرى أثر اتفاق التحكيم على طرفيه، سواء تم الاتفاق أصالة أو عن طريق النيابة، فكل وارث لطرف اتفاق التحكيم هو خلف عام له، ويسرى اتفاق التحكيم في مواجهته.

فالقاعدة أن اتفاق التحكيم يسرى في مواجهة الخلف العام لأي طرف من طرفي اتفاق التحكيم، فكل وارث لأي طرف من طرفي اتفاق التحكيم، يسرى في مواجهته هذا الاتفاق، بشرط مراعاة قواعد الميراث وفق أحكام الشريعة الإسلامية، فيما يكسبهم من حقوق، أما الالتزامات والديون والأعباء المالية الأخرى، فتسري عليها أحكام الشريعة الإسلامية، التي تقضي لا تركة إلا بعد سداد الديوان.

إن الخلف العام أو الورثة لأي طرف من طرفي اتفاق التحكيم، ينصرف آثار هذا الاتفاق إليهم، فيما يتعلق بما يكسبهم من حقوق، أما الالتزامات أو الديون، فلا يسرى اتفاق التحكيم في حق الخلف العام، إلا في حدود ما تلقاه من حقوق وأموال، كما لا تنفذ وصية أي طرف في اتفاق التحكيم إلا في حدود الثلث، وفق ما تقضي به أحكام الشريعة الإسلامية، ذلك ما قصده المشرع في م 145 م ل بما نص عليه فيها بقوله " دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث "

تلك هي القاعدة، أما الاستثناء، فلا يوجد ما يمنع طرفي اتفاق التحكيم، أن يضعوا شرطاً يمنع انصراف أثر الاتفاق إلي الورثة، ذلك ما تقضي به صراحة م 145 م ل، " ما يتبين من العقد"، عدم انصرافه أثره إلى الورثة.

لكن تلك المادة تشير إلى استثناء آخر، وهو أن اتفاق التحكيم لا يسري في مواجهة الخلف العام الورثة، إذا اقتضت طبيعة التعامل عدم انصرافه إليهم، ومن ناحية ثالثة استثناء لا يسري، أثر اتفاق التحكيم إلى الخلف العام الورثة، إذا نهى القانون على ذلك، والقانون هنا يجب أن يؤخذ بمعناه الواسع، نص في القانون أو في اللائحة أو قرار تشريعي، إذا كان ذلك ما يمكن قوله عن الخلف العام، فهل يسري اتفاق التحكيم على الخلف الخاص؟.

كما معرف الخلف الخاص، هو من يخلف السلف في مال معين بالذات، كالمشتري فهو خلف خاص للبائع في المبيع، ولقد حددت م 146 م ل، أحكام آثار انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص، ويؤكد فقه القانون المدني، أن الخلافة العامة أوسع من الخلافة الخاصة، والسبب لأن الخلف الخاص، لا يرتبط بسلفه إلا فيما يتعلق، بالحق الذي تلقاه منه، أما عدا ذلك فيعد غيراً بالنسبة للعقود، التي أبرمها سلفه (72)، القاعدة إن الخلف الخاص، لا تتصرف إليه آثار العقود التي أبرمها سلفه، إلا إذا كانت من مستلزمات الشيء الذي انتقل إلى الخلف الخاص وكان يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه م 146 م ل، ذلك يعني أن التزامات السلف تنتقل إلى الخلف الخاص في بعض الحالات، التي من بينها " الالتزامات الناشئة عن عقود تبادلية عقدها السلف، لأنها مقابل للحقوق التي انتقلت إلى الخلف الخاص بموجب هذه العقود " (73).

والسؤال هل يعد اتفاق التحكيم من العقود التبادلية التي يلزم بها الخلف الخاص؟.

يعتقد فقه التحكيم (74)، أن الخلف الخاص ملزم بمتابعة ما يفرضه اتفاق التحكيم من إجراءات، كما يلزم بالحكم الصادر عن المحكم، في النزاع الذي أحاله سلفه إلى التحكيم، فيكون الحكم الصادر بموجب اتفاق التحكيم الذي أبرمه سلفه حجة على الخلف الخاص، فهو والحال هذه من العقود التبادلية التي يلزم بها خلفه الخاص.

نخلص إلى أنه وفقاً للقواعد العامة، الخاصة بنسبية الأثر الملزم للعقد، تطبق على اتفاق التحكيم، فلا يلزم غير عاقيه وينتقل أثره إلى الخلف العام ورثة طرفي التحكيم، كما ينتقل إلى الخلف الخاص، لكن السؤال هل لاتفاق التحكيم خصوصية من حيث آثاره؟

ثانياً: خصوصية اثر اتفاق التحكيم:

علاوة على ما تفرضه القواعد العامة من آثار على طرفي اتفاق التحكيم، وفق نسبية الأثر الملزم للعقد، فإن خصوصية أو ذاتية اتفاق التحكيم، تفرض آثاراً، لا نجدها في غيره من العقود، فهو يرتب أثرين على عاتق طرفيه، أحدهما سلبي والآخر إيجابي.

أ - الأثر السلبي:

يتمثل الأثر السلبي لاتفاق التحكيم، وفق ما ذهب إليه فقه التحكيم⁽⁷⁵⁾ في "منع طرفيه من تسوية النزاع عن طريق القضاء"، الذي هو يحسب ما ذهبت إليه محكمتنا العليا، صاحب الولاية العامة، ذلك يعني أن الاتفاق على التحكيم "يلغي مؤقتاً وجزئياً حق طرفيه في الالتجاء إلى المحاكم"⁽⁷⁶⁾، وهذا ينسجم مع المفهوم اللغوي للتحكيم، الذي مصدره حكم، فيقال حُكِمَ الرجل، أي فوضت الحكم إليه⁽⁷⁷⁾.

التحكيم نوع من العدالة الخاصة، يجيزها القانون وينظم أوضاعها، عن طريقها تخرج بعض المنازعات من ولاية القضاء، ليتم تسويتها بواسطة أفراد عاديين، يختارهم طرفا النزاع ويفوضونهم بتسويته بينهم⁽⁷⁸⁾، والنتيجة الطبيعية لهذا الاتفاق، إصدار حكم في النزاع بين طرفيه، ولذلك فإن اتفاق التحكيم، ينشئ التزاماً متبادلاً على طرفيه، مفاده أو مضمونه، امتناعهما عن طرق باب القضاء ليتولى الفصل في النزاع بينهما، ويفصل فيه التحكيم بدلاً عنه، لذلك الأثر السلبي لاتفاق التحكيم، يمنح طرفيه دعواً، يسمى الدفع باتفاق التحكيم، هدفه إذا رفع أحد طرفيه النزاع إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظره، فيحق للطرف الآخر أن يتمسك باتفاق التحكيم، في صورة دفع يقدم للمحكمة المنظور أمامها النزاع، لمنعه من نظره، مما يجبر الطرف الآخر بتسوية النزاع عن طريق التحكيم، إعمالاً للاتفاق بينهما.

اتفاق التحكيم يعكس الرغبة المشتركة لطرفيه، ورفع أحدهما النزاع للمحكمة، يعد تنازلاً منه وحده ولا يعكس رغبة الطرف الآخر، لذلك فهو له حق التمسك باتفاق التحكيم في شكل دفع يديه أمام المحكمة، وهو وسيلة طرف التحكيم الذي دفع به للتمسك باتفاق التحكيم⁽⁷⁹⁾. وإذا كان للتحكيم أثر سلبي، فإنه يقابله أثر إيجابي.

ب - الأثر الإيجابي:

هذا الأثر لا يمنح القضاء من نظر النزاع بسبب وجود اتفاق التحكيم، الذي على العكس يعطي دوراً إيجابياً للتحكيم وبواسطته أو عن طريقه يسوى النزاع ويحل بين طرفي اتفاق التحكيم، واعتماد الحكم الصادر فيه من المحكم، ومعاملته هو وحكم المحكمة المختصة على حد سواء، كأن حكم التحكيم قد صدر منها⁽⁸⁰⁾، وإذا ظهر من أحد طرفي التحكيم عدم الالتزام بتسوية النزاع عن طريق التحكيم، جاز للطرف الآخر إجباره عن طريق القضاء، على تنفيذ اتفاق التحكيم وإلزامه به، ويتسلح بكل ما يمنحه له القانون من وسائل إجبار قانونية، تهدد الطرف الآخر وتجعله يتقيد باتفاق التحكيم، فهو عقد تحكمه قواعد الالتزام والإجبار التي يتيحها القانون

المدني كافة⁽⁸¹⁾، ولذلك تطبق كل ما يمنحه القانون المدني من وسائل ضغط على المدين المماثل كالتهديد المالي الاتفاقي (أو الشرط الجزائي) والتهديد المالي القضائي (الغرامة التهديدية) وتظهر هنا أهمية، اقتران اتفاق التحكيم بشرط جزائي، ضد الطرف في اتفاق التحكيم الذي يماثل في تنفيذه⁽⁸²⁾.

إن الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم، يقضي إلى أن يلتزم طرفاه بتسوية النزاع بالتحكيم، ويلجأ إليه ويلزمان بكل الإجراءات لأن م 754 مرافعات نصت على أن يضع طرفا اتفاق التحكيم قواعد وإجراءات التحكيم التي يلزم المحكمون بها، وإذا غاب الاتفاق على الإجراءات يتولى المحكمون وضع الإجراءات التي يرونها مناسبة وألا تنفذ الإجراءات والقواعد والمواعيد المطبقة أمام المحاكم، وإعمالاً لما تنص عليه هذه المادة على المحكمين أن يحكموا في النزاع خلال المدة التي حددها طرفا اتفاق التحكيم في اتفاقهم وإذا خلا الاتفاق من ميعاد للحكم، يجب الحكم "في ظرف ثلاثة اشهر من تاريخ قبولهم للتحكيم"، وللمحكمين، مد هذا الميعاد مرة واحدة، على ألا تزيد عن ثلاثة أشهر.

من الناحية العملية رغم وجود اتفاق التحكيم، فقد يلجأ أحد طرفيه إلى القضاء، هنا يكون للطرف الآخر الدفع بوجود اتفاق التحكيم، شرط أم مشاركة، فما طبيعة هذا الدفع؟.

ج - طبيعة الدفع باتفاق التحكيم:

الدفع في قانون المرافعات أنواع مختلفة، بعضها موضوعية وأخرى إجرائية وثلاثة دفعوع بعدم القبول، ولكل منها احكامها التي تتسجم مع طبيعتها الخاصة، وإذا لجأ أحد طرفي اتفاق التحكيم إلى المحكمة، فما هي طبيعة الدفع الذي يدفع الطرف الآخر دعوى خصمه؟.

من المؤكد أن هذا الدفع لن يكون دفعاً موضوعياً، يمسى موضوع الدعوى، وإذا كان الامر كذلك، فهل هو دفع بعدم الاختصاص أم بعدم القبول؟.

والسؤال المشروع ما ضابط التفرقة بين الدفعين؟.

سواء في الدفع بعدم القبول أم الدفع بعدم الاختصاص، يطلب المتمسك بأحدهما، من المحكمة عدم الفصل في الدعوى، فقط في الدفع بعدم الاختصاص، ينكر المتمسك به على المحكمة عدم اختصاصها ولائياً بنظرها، أما في الدفع بعدم القبول فينكر سلطة المحكمة في سماع الدعوى⁽⁸³⁾.

محاولة الفقه والقضاء تحديد طبيعة الدفع باتفاق التحكيم، دفعتهما إلى الاختلاف، ويجد الباحث مذهبين مختلفين، فهناك من يذهب إلى أن هذا الدفع هو دفع بعدم الاختصاص والبعض الآخر يعتقد انه دفع بعدم القبول.

الاختصاص وفق قانون المرافعات، يعكس ولاية القضاء وسلطته بموجب القانون في خصومة معينة، ويقابله عدم الاختصاص الذي يتجسد في فقدان هذه السلطة⁽⁸⁴⁾، ومن المعلوم أن قانون المرافعات، تكفل بتحديد اختصاص كل درجة من درجات التقاضي، سواء كان هذا الاختصاص ولائياً أو نوعياً أو محلياً، وإذا رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة ولائياً بنظرها فينشئ عن ذلك دفع بعدم الاختصاص، ولذلك الدفع بعدم الاختصاص يكون سببه عندما يرتكب الخصم مخالفة لقواعد الاختصاص كما حددها قانون المرافعات، ويتمثل ذلك في رفع الدعوى إلى محكمة لا تختص بنظرها لأنها تدخل في اختصاص محكمة أخرى، وقد ينشأ الدفع بعدم الاختصاص، إذا كانت تختص ينظر الموضوع لجنة إدارية ذات اختصاص قضائي، كما نصت على ذلك م 44 من قانون الضمان الاجتماعي رقم 1980/13م⁽⁸⁵⁾ لكن أيّاً كانت المحكمة فهناك شروط لقبول الدعوى أمام المحكمة المختصة، وإذا تخلفت هذه الشروط لقبول الدعوى أمام المحكمة المختصة، فيمنع على المحكمة قبولها وينشأ عن ذلك دفع بعدم القبول.

ولقد توصل من أعد رسالة حول الدفع باتفاق التحكيم في الدعوى المدنية، إلى أن الاختلاف حول طبيعة الدفع بالتحكيم، ليس اختلافاً نظرياً، بل هناك نتائج عملية تترتب على نوعية الدفع، سواء من حيث القواعد الإجرائية أو من حيث وقته أو حجية الحكم الصادر به وكيفية الطعن فيه⁽⁸⁶⁾.

هناك من يذهب إلى أن الدفع باتفاق التحكيم، هو دفع بعدم الاختصاص لأن وجوده ينكر اختصاصاً للمحاكم بنظر الدعوى⁽⁸⁷⁾، فالمحكمة التي تنظر النزاع الذي اتفق على تسويته بالتحكيم، هي غير مختصة، لأن الاختصاص معقود لهيئة التحكيم، فاتفق التحكيم يسلب اختصاص المحكمة بنظره، لكن الدفع بعدم الاختصاص، يشترط فيه أن يزيل اختصاص المحكمة بنظره، وذلك يخالف الواقع فالمحكمة تظل مختصة رغم وجود اتفاق التحكيم⁽⁸⁸⁾.

الجدير بالذكر أن هذا التوجه وجد طريقه إلى تشريعات بعض الدول، كقانون المرافعات الفرنسي، وفق ما نصت عليه م 1458/⁽⁸⁹⁾ وبعض القوانين العربية مثل قانون المرافعات الكويتي، حيث نصت م 5/173، أن الدفع باتفاق التحكيم هو دفع بعدم الاختصاص⁽⁹⁰⁾.

لكن القول بأن الدفع باتفاق التحكيم، هو دفع بعدم الاختصاص، بفشل في تحديد نوع الاختصاص هل هو ولائى أم نوعي أو محلي؟، علاوة على أن الاتفاق على التحكيم، لا يقصي القضاء بشكل تام عن نظر بعض المسائل ذات الصلة بالنزاع المعروض على التحكيم⁽⁹¹⁾، ومن ناحية أخرى فإن المحكمة لولا اتفاق التحكيم هي مختصة بنظر النزاع، لكن هذا الاتفاق يمنع المحكمة من قبول الدعوى فقط.

الدفع باتفاق التحكيم دفع بعدم القبول:

ذهب جانب من الفقه إلى أن، اتفاق التحكيم بموجبه يتنازل الخصم عن حقه في التقاضي أمام المحاكم، ويلجأ بإرادته الحرة إلى تسوية النزاع عن طريق التحكيم، وبذلك تكون المحكمة فقدت ((شروطاً من شروط قبولها))⁽⁹²⁾.

يعتقد فقه قانون المرافعات، أن هذا التكييف هو الرأي السائد والأكثر قبولا عند الفقه والقضاء⁽⁹³⁾، لأن شرط التحكيم، لا يمسى الشروط الشكلية المعنية بتوزيع الاختصاص، وإنما هو يمسى قدرة الخصم في انتهاج طريق الدعوى أمام المحاكم، ولذلك فهو ينشئ عائناً مؤقتاً، يمنع المحكمة من التصدي للدعوى، بالاتفاق على تسوية النزاع بالتحكيم والرجوع عنه بوجب الالتجاء إلى المحكمة المختصة⁽⁹⁴⁾.

هذا التكييف، لا يقتصر على الفقه، بل إن المشرع في بعض الدول اعتنقه، سواء في قانون التحكيم أو في قانون المرافعات، من ذلك ما نصت عليه م 2/13 من قانون التحكيم المصري رقم 1994/27، كما تبئت هذا التكييف بعض قوانين المرافعات⁽⁹⁵⁾ ولقد سايرت أحكام بعض المحاكم هذا التكييف وتبنته واعتبرته، "الراجع في الفقه والقضاء وأنه لا يعد دعواً موضوعياً وإنما هو دفع بعدم القبول لوجود شرط التحكيم"⁽⁹⁶⁾.

رغم أن هذا التكييف هو الأكثر قبولا، إلا أنه لم يسلم من النقد، فمن ناحية الاتفاق على التحكيم، لا يمس الحق في الدعوى وإنما ينظم وسيلة استخدامه، ولذلك فالدعوى تستمر مقبولة، رغم الاتفاق على التحكيم، كما أن الدفع باتفاق التحكيم يجب أن يكون قبل الموضوع وإسقاط الحق بالتمسك به، الأمر الذي يدخله في طائفة الدفوع الشكلية، كما أن شروط قبول الدعوى، ليس من بينها اتفاق التحكيم⁽⁹⁷⁾.

ونظراً للانتقادات التي وجهت إلى التوجهين السابقين، برز توجه ثالث، يكيف الدفع باتفاق التحكيم باعتباره دعواً ببطان المطالبة القضائية، لأن صحيفة الدعوى لا تكون محلاً لهذه

المطالبة⁽⁹⁸⁾، فالدفع باتفاق التحكيم ليس إلا دعواً ببطلان الإجراء الافتتاحي، فينصب على عنصر المحل في المطالبة القضائية.

لكن هذا التكييف رغم ما يدلّه أصحابه من جهد لتبريره، لم يسلم من الانتقاد، فمن ناحية البطلان في الأصل جزاء يلحق العمل القانوني المعيب لمخالفته القانون، ويفضى إلى عدم ترتب أي أثر عليه حتى لو تمّ صحيحاً⁽⁹⁹⁾، ومن ناحية أخرى الدفع باتفاق التحكيم لا يتعلق بالمطالبة بالقضائية، لأنه أمر خارج عن صحيفة الدعوى، فقد يوجد بعد تقديمها، كما إن الدفع باتفاق التحكيم، ليس دعواً بالبطلان، بسبب ان البطلان يكون بنص القانون⁽¹⁰⁰⁾.

من بحث في الدفع باتفاق التحكيم، توصل إلى حقيقة، مفادها أنه من الصعوبة أن يكييف هذا الدفع، تكييفاً يخلو من النقد، ولذلك برزت آراء جديدة، تحاول تلافى الانتقادات التي وجهت إلى الآراء السابقة جميعها، وتحاول أن تجمع بين الدفع بعدم الاختصاص والدفع بعدم القبول، فالدفع باتفاق التحكيم، هو دفع بتعطيل الاختصاص، فهو يقترب من الدفع بعدم الاختصاص، كما انه يمنع المحكمة من التصدي للنزاع الذي اتفق على تسويته بالتحكيم، وبذلك ينتهي هذا الرأي إلى ما انتهى إليه القائلون بأن الدفع باتفاق التحكيم، هو دفع بعدم القبول، لكن من تأمل في هذا الرأي، انتهى إلى أنه يزيد المشكلة تعقيداً، فقانون المرافعات لا يعرف تعطيل الاختصاص، ولذلك فهو دفع مستقل والمحكمة عندما تتصدى له، لا تحكم بعدم الاختصاص ولا بعدم القبول، بل هي في الواقع تقوم بعملين، أولهما الامتناع عن نظر النزاع حول موضوع اتفاق التحكيم، وذلك عمل سلبي، لكنها تقوم في الوقت بعمل إيجابي، وهو توجيه الخصوم إلى قضاء التحكيم، ويجد هذا الرأي دعماً له في الاتفاقيات الدولية، التي تلزم المحكمة التي يدفع أمامها باتفاق التحكيم، إحالة الخصوم إلى التحكيم المتفق على اختصاصه بتسوية النزاع⁽¹⁰¹⁾.

في الواقع هذا الرأي حاول أن يجمع بين الآراء التي قبلت تجاه طبيعة الدفع باتفاق التحكيم، ولقد توصل من بحث في طبيعة هذا الدفع، إلى أنه لا يمكن إدخاله بشكل تلقائي في أية طائفة من الدفوع، دون أن يوجه له انتقاد واستثناءات في بعض آثاره⁽¹⁰²⁾.

نخلص إلى أن اتفاق التحكيم هو عقد يرت آثاراً وفق القواعد العامة، لكن ذاتية وخصوصية اتفاق التحكيم، تجعل له أثرين أحدهما سلبي والآخر إيجابي، كما أن هذا الاتفاق بينشئ دعواً اختلف في تكييفه وتحديد طبيعته، لكن من الصعب إدخاله في واحد من الدفوع المعروفة.

اتفاق التحكيم أياً كان شكله شرط أم مشاركة، وأياً كان أثره، فهو كأى عقد آخر لا بد أن يزول وينحل وينقضي.

المطلب الثالث: انقضاء اتفاق التحكيم

اتفاق التحكيم لا ينعقد كما رأينا، إلا إذا توافرت له أركان انعقاده، وعلاوة على ذلك لا بد أن يستوفي شروط صحته، وإذا حدث خلل في تكوين الاتفاق فيكون الجزاء هو البطلان، لكن العقد قد يزول وينحل ليس لسبب يعود إلى خلل في تكوينه، بل إلى عطب في تنفيذه، إذا لم ينفذ أحد طرفيه هذا الاتفاق وهنا نكون أمام جزاء مدني آخر وهو الفسخ، وذلك ينطبق على اتفاق التحكيم، فيفسخ الاتفاق إذا لم ينفذه أحد طرفيه، فالسبب يعود إلى خطأ أحد الطرفين، كما ينحل الاتفاق إذا كان عدم التنفيذ راجعاً إلى سبب أجنبي، وهنا نكون أمام حالة انفساخ للاتفاق، وقد يعود انحلال اتفاق التحكيم إلى إرادة طرفيه المشتركة، بالتنازل أو التناسخ.

في ضوء ما سبق فإن اتفاق التحكيم ينقضي لخلل في تكوينه (أ) كما ينقضي اتفاق التحكيم بتنفيذ كل طرف ما عليه من التزام (ب)، كما ينقضي اتفاق التحكيم بعدم تنفيذه (ج).

أ- انقضاء اتفاق التحكيم لخلل في تكوينه:

ينقضي اتفاق التحكيم ببطلانه، إذا حدث خلل في واحد أو أكثر من أركانه، من رضاء ومحل وسبب (103) وأيضاً إذا تخلف شرط الكتابة، كما يبطل اتفاق التحكيم إذا كان محله مخالفاً للنظام العام والاداب أو وروده على مسألة من مسائل الأحوال الشخصية، ويبطل اتفاق التحكيم إذا كان موضوع النزاع الذي يسوى عن طريق التحكيم، غامضاً أو ذا جهالة (104).

ويكون اتفاق التحكيم قابلاً للإبطال، إذا وقع أي طرف من طرفي اتفاق التحكيم في غلط أو كان ضحية تدليس أو ابرمه تحت ضغط الإكراه، أو إذا أبرمه ناقص الأهلية، أما إذا كان عديم أهلية فيعد اتفاق التحكيم باطلاً بطلاناً مطلقاً ولقد نص قانون المرافعات على حالة خاصة تتعلق ببطلان التحكيم لا لسبب يعود لانعقاده بل لأن المحكم كان قاصراً أو محجوراً أو محروماً من حقوقه المدنية أو مفلساً لم يرد إليه اعتباره ذلك ماتقضي به م 741 من ذلك القانون.

ب- انقضاء اتفاق التحكيم بتنفيذه

المصير الطبيعي لأي عقد أو اتفاق هو تنفيذه، وينقضي الاتفاق إذا حقق هدفه وأنجز الغرض الذي أبرم من أجله، وغرض اتفاق التحكيم وهدفه هو تسوية النزاع عن طريق التحكيم، وإذا حدث ذلك، يكون اتفاق التحكيم قد تم تنفيذه، فإذا صدر حكم من المحكم أو هيئة التحكيم فاصلاً في موضوع النزاع، تلك هي النتيجة الطبيعية لاتفاق التحكيم، لأن هدف اتفاق التحكيم، هو صدور حكم يفصل في النزاع أو الخصومة بينهما، بمراعاة أحكام المادتين 756 و 760 من

قانون المرافعات، وإذا التزم حكم المحكم بهما يكون حكماً واجب النفاذ بعد أمر يصدره قاضي الأمور الوقتية بالمحكمة التي أودع أصل الحكم قلم كتابها وفق ما نصت عليه م 763 مرافعات. لا يمكن تنفيذ حكم المحكم إلا إذا أصدر الحكم المنهي للخصومة أو النزاع خلال الميعاد، الذي اتفق عليه طرفا التحكيم إذا حددا ميعاداً أما إذا لم يحددا ميعاداً فإن م 752 مرافعات أو جبت على المحكم أن يصدر حكمه في "طرف ثلاثة أشهر من تاريخ قبوله للتحكيم"، وإذا كان المحكومون أكثر من واحد ولم يقبلوا التحكيم في وقت واحد، يبدأ ميعاد الثلاثة أشهر من "يوم قبول آخر واحد منهم"، وللمحكمن مد الميعاد مرة واحدة بشرط "ألا يزيد الامتداد على ثلاثة أشهر" م 752. وعدم مراعاة ميعاد التحكيم أو تجاوزه يجعل التحكيم لا جدوى منه (105).

لكن هل ينقض اتفاق التحكيم بعدم تنفيذه؟.

ج - انقضاء اتفاق التحكيم بعدم تنفيذه:

اتفاق التحكيم كأى عقد آخر لا ينفذ، أما لسبب يعود إلى خطأ من أحد طرفيه أو لاستحالة تنفيذه، أو لاتفاق طرفيه على انهائه.

يؤكد الفقه على أن اتفاق التحكيم هو عقد ملزم للجانبين، أي أنه يرتب التزامات متقابلة، مما يعني أن كل طرف فيه يمتنع عليه اللجوء إلى القضاء لتسوية النزاع، المتفق على حله بالتحكيم، لكن السؤال ما الجزاء على عدم قيام طرف التحكيم بذلك؟.

يؤكد فقه قانون المرافعات (106) على أنه، إذا تملك أحد طرفي الاتفاق على تنفيذه، فيمكن للطرف الآخر إجباره بواسطة القضاء، على تنفيذ اتفاق التحكيم بعرض النزاع على هيئة التحكيم، أي مطالبته بتنفيذ الاتفاق، وعرض النزاع على التحكيم، لكن م 159 م ل، أعطته خيار آخر غير المطالبة بتنفيذ اتفاق التحكيم، وهو الفسخ، مع التعويض في الحالتين أن كان له مبرر، بل يجوز للقاضي أن يمنحه أجلاً، إذا اقتضت الظروف ذلك، كما يجوز له رفض الفسخ، وتلك سلطة تقديرية أعطاها المشرع للقاضي. والسؤال هل يمكن للطرف الذي لم ينفذ اتفاق التحكيم بالنسبة له أن يطالب بالفسخ؟.

يؤكد فقه القانون المدني على أن الفسخ فيه معني الجزاء (107) ولذلك لا يكفى أن يكون أحد طرفي اتفاق التحكيم لم ينفذ التزامه بعرض النزاع على التحكيم، بل يجب أن يكون ذلك راجعاً إلى خطئه.

لكن خصوصية التحكيم تجعلنا نعتقد أنه لا فائدة من الفسخ لسبب بسيط، وهو أنه سيؤدي إلى انحلال الاتفاق، وذلك لا يخدم هدف الطرفين اللذين يرغبان تسوية النزاع عن طريق

التحكيم، واعتبار حكم المحكم كأنه صدر عن المحكمة المختصة بنظر النزاع، ولذلك نعتقد أنه من الأفضل تنفيذ اتفاق التحكيم لا فسخه، ما لم يكن هناك استحالة في التنفيذ، والتي نعتقد أنها تؤدي إلى انقضاء اتفاق التحكيم، كحالة القوة القاهرة أو إذا توفي أحد طرفي اتفاق التحكيم⁽¹⁰⁸⁾، لكن اتفاق التحكيم قد لا ينقضي بسبب عدم تنفيذه بخطأ أحد طرفيه أو لاستحاله التنفيذ، بل قد ينقضي باتفاق طرفيه.

قلنا لا يتكون اتفاق التحكيم إلا بإرادة طرفيه، هذه الإرادة كما انشأت الاتفاق يحق لها أن تنتهي، فهل تكون هذه الإرادة صريحة؟.

يؤكد فقه التحكيم على أن إرادة إنهاء الاتفاق قد تكون صريحة أو ضمنية⁽¹⁰⁹⁾، فقد يعبر طرفا الاتفاق بشكل صريح عن الرغبة في إنهائه بأيّة صورة كانت، سواء في اتفاق لاحق أو بموجب مراسلات بين الطرفين أو عن طريق إذار عن طريق محضر، المهم أن تكشف الوسيلة عن تعبير إرادة طرفي التحكيم في الرغبة المؤكدة لإنهائه.

انقضاء التحكيم بإرادة الطرفين، قد يكون ضمناً، كأن يلجأ احدهما إلى المحكمة المختصة للنظر في تسوية النزاع ويحضر الطرف الآخر بعد إعلانه بالدعوى، ولم يدفع بوجود اتفاق التحكيم الذي هو ذات موضوع الدعوى، بل على العكس قام بتقديم دفعوع موضوعية أمام المحكمة، مما يعد تنازلاً ضمناً عن اتفاق التحكيم، ذلك إذا كانت الدعوى موضوع اتفاق التحكيم، منظورة امام غير القضاء المستعجل، فاذا كانت الدعوى أمام القضاء المستعجل بحسب فقه التحكيم⁽¹¹⁰⁾ الذي يعتقد ولاعتقاد ما يبرره، ان نظر الدعوى أمام القضاء المستعجل والرد على الطلبات أمامها، لا يعد تنازلاً عن شرط التحكيم، والحجة ان اتفاق التحكيم لا يمنع القضاء المستعجل حق النظر في موضوع اتفاق التحكيم، مالم يتفق طرفاه على منح المحكم وحده سلطة القضاء المستعجل.

الخلاصة:

اتفاق التحكيم تطبق عليه الشروط الموضوعية وفق القواعد العامة، فلا بد من الرضاء والمحل والسبب، لكن خصوصية هذا الاتفاق تطلبت أن يكون مكتوباً، ذلك يؤكد أن لهذا الاتفاق شروطاً موضوعية وأخرى شكلية، ويرتب هذا الاتفاق آثاراً على طرفيه، وفق ما تقضي به القواعد العامة، إلا إن ذاتيته وخصوصيته جعلت أثرين له أحدهما سلبي والآخر إيجابي، وأعطى هذا الاتفاق لطرفيه دفعاً، اختلف حول تكييفه، مما يعني أنه من الصعب إدخاله في واحد من الدفوع المعروفة.

وينقضي اتفاق التحكيم لخلل في تكوينه وانعقاده بالبطان، كما ينقضي إذا حقق هدفه وتم تنفيذه بتسوية النزاع عن طريق التحكيم، وينقضي لعدم تنفيذه بالانفساخ لاستحالة التنفيذ أو بالفسخ بسبب عدم التنفيذ لخطأ قام به أحد طرفيه، وإن كانت خصوصيته تجعلنا نعتقد لا فائدة من الفسخ، لأنه سيؤدي إلى انحلاله، فالأفضل تنفيذه بتحقيق هدفه وتسوية النزاع عن طريق التحكيم، ما لم تكن هناك استحالة في التنفيذ، وينحل اتفاق التحكيم بإرادة طرفيه، لأنه كما يتفقان على تكوينه بداية، قد يتفقان على انحلاله انتهاءً.

الهوامش

- 1- أحمد أبو الوفاء: التحكيم الاختياري والإجباري، ط 5، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص 26.
- 2- ط م 51 / 711 ق جلسة 2007/3/26م، مجموعة احكام المحكمة العليا، القضاء المدني، ج2، 2007، ص 861.
- 3- حسين عبدالعزيز النجار: البدائل القضائية لتسوية النزاعات الاستثمارية والتجارية، رسالة دكتوراه، جامعة الحسن الثاني، المغرب، ط 1، بدون ناشر، الدار البيضاء، 2014، ص 38.
- 4- استاذنا أحمد أبوزقية : دراسات في المرافعات الداخلية والدولية، مجلس الثقافة العام، سرت، 2008، ص 22.
- 5- استاذنا أحمد أبوزقية : اوراق في التحكيم، منشورات جامعة قاريونس، ط 1، 2003، ص 14.
- 6- انظر الاثنتين 35-65 من سورة النساء، وحول معرفة العرب للتحكيم انظر صوفي أبوطالب: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار النهضة- العربية، القاهرة، 1986، ص 203.
- 7- أحمد ابو الوفاء: المرجع السابق، ص 16.
- 8- عبدالرحيم زضاكي: التحكيم الدولي على ضوء القانون المغربي الجديد والمقارن، ط1، دار السلام للنشر، الرباط، 2010، ص 9.
- 9- ابراهيم جوهر: الدفع باتفاق التحكيم في الدعوى المدنية، رسالة ماجستير، الجامعة الاردنية منشورات دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2009، ص 114 - استاذنا : ابوزقية، اوراق في التحكيم، ص 37-39.
- 10- جوهر : الرسالة السابقة، ص 100
- 11- النجار: الرسالة السابقة، ص 106.
- 12- استاذنا الكوني اعبودة: قانون علم القضاء، ط 2، المركز القومي للبحوث، طرابلس، 1998، ص 279.
- 13- ابراهيم الدسوقي ابو الليل: نظرية الالتزام - المصادر الارادية، العقد والارادة المنفردة، منشورات جامعة الكويت، 1995، بند 81 ص 83.

- 14- زضاكي: المرجع السابق، ص 25.
- 15- ابو الليل: المرجع السابق، بند 82 ص 85.
- 16- المحكمة العليا، ط م 22/63 ق جلسة 1977/3/6، مجلة المحكمة العليا، س 14، ع 1، ص 152.
- 17- محكمة التمييز الاردنية، قرار رقم 305، 1973، منشورات مركز عدالة، مشار اليه في جوهر، الرسالة السابقة، هامش 1 ص 114.
- 18- استاذنا ابوزقية : اوراق في التحكيم، المرجع السابق، ص 40.
- 19- ابو الوفاء: المرجع السابق، ص 28
- 20- زضاكي : المرجع السابق، ص 20.
- 21- استاذنا ابوزقية: اوراق في التحكيم، ص 40.
- 22- مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني، ج 2، مطبعة دار الكتاب العربي، بدون تاريخ، ص 15.
- 23- انظر القانون، ج ر، ع 36، س 30، ص 1249- وانظر الدراسة الهامة حول هذا القانون للزميل العزيز محمد على البدوي : اضواء على الولاية على المال، لمناسبة صدور القانون رقم 1992/17، بشأن القاصرين ومن في حكمهم، مجلة القانون كلية القانون، جامعة طرابلس، المجلد الأول، س 1، 2003، ص 3.
- 24- استاذنا اعبودة: المراجع السابق، ص 280.
- 25- جوهر: الرسالة السابقة، ص 115.
- 26- استاذنا ابوزقية: أوراق في التحكيم: المراجع السابق، ص 43
- 27- النجار: الرسالة السابقة، ص 124 - وانظر قانون النشاط التجاري الليبي رقم 2010/23، مدونة التشريعات، ع خاص س 10، ص 2010.
- 28- قرب هذا المعنى: ابو الوفاء، المرجع السابق، ص 69
- 29- استاذنا ابوزقية: أوراق في التحكيم: المراجع السابق، ص 47- وانظر عكس ذلك ابو الوفاء، ص 69.
- 30- استاذنا ابوزقية: أوراق في التحكيم: المراجع السابق، ص 47
- 31- المحكمة العليا، ط م 51/711 ق جلسة 2007/3/26، مجموعة احكام المحكمة العليا، القضاء المدني، ج 2، المرجع السابق، ص 861.

- 32- حول ذلك استاذنا اعبودة، المرجع السابق، ص 280- النجار الرسالة السابقة، ص 124.
- 33- استاذنا ابوزقية: أوراق في التحكيم: المراجع السابق، ص 42.
- 34- حول هذا الحكم والتعليق عليه انظر رضاكي، المرجع السابق، ص 27.
- 35- حكم محكمة النقض الفرنسية في 14/7/1964م، منشور في مجلة التحكيم الفرنسية، 1964، ص 125، مشار اليه في استاذنا ابوزقية: أوراق في التحكيم: المراجع السابق، هامش (1) ص 42.
- 36- استاذنا اعبودة: المرجع السابق، ص 280.
- 37- استاذنا اعبودة: المرجع السابق، ص 281- استاذنا ابوزقية، المراجع السابق، ص 50، وحول علاقة اتفاق التحكيم بالنظام العام انظر محمود مصطفى يونس، النظام العام والتحكيم، مجلة الأمن والقانون، اكااديمية الشرطة دبي، س 13، ع 2، 2005، ص 138.
- 38- ط م 50 / 314 ق جلسة 2006/3/26، مجلة المحكمة العليا، س 41، ع 2، ص 92.
- 39- ط م 23 / 89 ق جلسة 1977/12/25م، مجلة المحكمة العليا، س 14، ع 3، ص 180.
- 40- ابو الوفاء، المرجع السابق، بند 29 ص 73.
- 41- استاذنا اعبودة: المرجع السابق، نفس الموضوع - استاذنا ابوزقية: أوراق في التحكيم: المراجع السابق، ص 49- 50.
- 42- مجموعة الاعمال التحضيرية، المرجع السابق، ص 216.
- 43- النجار: الرسالة السابقة، ص 131.
- 44- استاذنا ابوزقية: أوراق في التحكيم: المراجع السابق، ص 37.
- 45- النجار: الرسالة السابقة، ص 103 - رضاكي: المرجع السابق، ص 46.
- 46- النجار: الرسالة السابقة، نفس الموضوع.
- 47- ابو الوفاء: المرجع السابق، بند 29 ص 112، والمشاركة قد تسمى احياناً وثيقة التحكيم وفي احيان أخرى عقد التحكيم في ذلك انظر استاذنا اعبودة: المرجع السابق ص 279.
- 48- النجار، الرسالة السابقة، ص 132.
- 49- استاذنا: اعبودة، المرجع السابق، ص 280.
- 50- استاذنا ابوزقية، اوراق في التحكيم، ص 47.

- 51- استاذنا نبيل ابراهيم سعد: النظرية العامة للالتزام - المصادر - الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2004، ص 222.
- 52- انظر الحكم في 1972/9/25م، منشور في مجلة التحكيم الفرنسية، 1973، ص 164- مشار اليه في استاذنا ابوزقية، اوراق في التحكيم، هامش (1) ص 47.
- 53- استاذنا ابوزقيه، اوراق في التحكيم، ص 48.
- 54- ابو الليل: المرجع السابق، بند 266 ص 217.
- 55- ابو الليل: المرجع السابق، بند 177 ص 153
- 56- استاذنا، سعد، المرجع السابق، ص 64.
- 57- استاذنا: سعد: نفس الموضوع.
- 58- ابو الليل: المرجع السابق، بند 52 ص 59.
- 59- تعكس هذا الاتجاه بعض قوانين التحكيم الحديثة كقانوني التحكيم المصري والاردني حول ذلك انظر جوهر: الرسالة السابقة، ص 115.
- 60- ذلك هو مسلك بعض قوانين المرافعات، كما هو الحال في قانون المرافعات المصري م 501 وقانون المرافعات البحريني م 233 وقانون المرافعات الاماراتي م 2/203 وقانون المرافعات الكويتي م 173 حول ذلك انظر جوهر: الرسالة السابقة، هامش 4 ص 115.
- 61- استاذنا اعبودة: المرجع السابق، ص 283- والجدير بالذكر ان بعض القوانين الوطنية لا تشترط الكتابة في اتفاق التحكيم كالقانون الالمانى والسويدى والسدنامركي، حول هذا المسلك انظر النجار: الرسالة السابقة، ص 134.
- 62- استاذنا ابوزقية: اوراق في التحكيم، ص 38.
- 63- حول ذلك انظر استاذنا اعبودة، المرجع السابق، ص 283.
- 64- رضاكي: المرجع السابق، ص 451
- 65- النجار: الرسالة السابقة، ص 133.
- 66- النجار: الرسالة السابقة، ص 133-134
- 67- جوهر: الرسالة السابقة، ص 116.
- 68- أستاذنا اعبودة: المرجع السابق، ص 283.
- 69- ابو الليل: المرجع السابق، بند 52 ص 60.
- 70- رضاكي: المرجع السابق، ص 57.

- 71- ابو الوفاء: المرجع السابق، بند 54 ص 139.
- 72- ابو الليل: المرجع السابق، بند 293 ص 319.
- 73- انور سلطان: الموجز في النظرية العامة للالتزام دار النهضة العربية، بيروت، 1983، بند 224 ص 200.
- 74- ابو الوفاء: المرجع السابق، بند 58 ص 142.
- 75- جوهر: الرسالة السابقة، ص 125-126 ابو الوفاء: المرجع السابق، بند 42 ص 119.
- 76- استاذنا اعبودة، المرجع السابق، ص 283.
- 77- ابن منظور لسان العرب، ج 12، دار صادر، بيروت، ص 143.
- 78- جوهر: الرسالة السابقة، ص 80.
- 79- محمود السيد عمر: الوسيلة الفنية لأعمال الاثر السلبي للاتفاق على التحكيم، منشأة المعارف الاسكندرية، 2003، ص 199
- 80- ابو الوفاء: المرجع السابق، بند 42 ص 120.
- 81- استاذنا اعبودة، المرجع السابق، ص 284- جوهر، الرسالة السابقة، ص 125.
- 82- زضاكي: المرجع السابق، ص 55.
- 83- ابو الوفاء: المرجع السابق، بند 44 ص 122.
- 84- ابو الوفاء: المرجع السابق، نفس الموضوع.
- 85- انظر القانون ج ر، س 18، ع 11، 1980.
- 86- جوهر: الرسالة السابقة، ص 132.
- 87- من انصار عدم الاختصاص لأن وجوده ينكر اختصاص المحاكم ينظر الدعوى محمود مصطفى يونس، البحث السابق، ص 86.
- 88- استاذنا: اعبودة: المرجع السابق، ص 285.
- 89- حول التشريعات التي تبنت هذا المذهب انظر جوهر: الرسالة السابقة، ص 134-135.
- 90- أحمد ابو الوفاء: التحكيم في القوانين العربية، خاصة القانون الكويتي، منشأة المعارف، الاسكندرية، بدون التاريخ ص 23.
- 91- جوهر: الرسالة السابقة، ص 138-139.
- 92- ابو الوفاء: التحكيم الاختياري والاجباري، المرجع السابق، بند 45 ص 125، ابو الوفاء، الدفع بشرط التحكيم هل هو دفع بعدم الاختصاص أو دفع بعدم القبول، مجلة المحاماة

- المصرية، س 41، ع3، ص 385- نبيل اسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني في قانون المرافعات، ط1، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1981، ص 221. وفي الفقه الاردني: انظر المراجع التي اشار اليها جوهر: الرسالة السابقة، هامش (1) ص 141.
- 93- استاذنا اعبودة، المرجع السابق، ص 285.
- 94- ابو الوفاء: التحكيم الاختياري والاجباري هامش (2) ص 126.
- 95- انظر قانون المرافعات البحريني، جوهر، الرسالة السابقة، ص 142.
- 96- انظر ما ذهبت اليه محكمة النقض المصرية، ط رقم 42/9 ق جلسة 1976/1/6م- وحكم محكمة التمييز الاردنية، قرار رقم 1980/384م والقرار رقم 1981/135م وانظر قرارها رقم 1618 /1995-1996م منشورات مركز عدالة للمعلومات القانونية، عمان، الموقع <http://www.Adaleh.INF/hom>.
- 97- في هذه الانتقادات وغيرها جوهر: الرسالة السابقة، ص 145-146.
- 98- مصطفى الجمال وعكاشة عبدالعال: التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ط1، منشورات الحلبي، بيروت، 1998، ص 522.
- 99- النجار: الرسالة السابقة، ص 169.
- 100- جوهر: الرسالة السابقة، 150-151.
- 101- أحمد عبدالكريم سلامة: قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 506.
- 102- جوهر: الرسالة السابقة، ص 157.
- 103- رضاكي: المرجع السابق، ص 124.
- 104- جوهر: الرسالة السابقة، ص 119.
- 105- مصطفى الجمال وعكاشة عبدالعال: المرجع السابق، ص 562.
- 106- استاذنا اعبودة، المرجع السابق، ص 284.
- 107- استاذنا سعد: المصادر، المرجع السابق ص 310.
- 108- أبو الوفاء: التحكيم الاختياري والاجباري، المرجع السابق، بند 62 ص 148.
- 109- مصطفى الجمال وعكاشة عبدالعال: المرجع السابق ص 560.
- 110- أبو الوفاء: التحكيم الاختياري والاجباري، المرجع السابق، بند 62 ص 148.

ارتباط دعوى الرجوع إلى بيت الزوجية بدعوى التطليق للضرر أو لاستحالة دوام العشرة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين ، و بعد،،،

مقدمة:

دعوى الرجوع إلى بيت الزوجية ودعوى التطليق للضرر أو لاستحالة دوام العشرة من الدعاوى الأكثر تداولاً أمام القضاء الشرعي. وهي خصومات تمس كيان الأسرة وتتعلق باستمرارها واستقرارها وفق أسس سليمة من المودة والرحمة والطمأنينة وبعيدا عن الخلاف والشقاق بحيث تضمن بيئة سليمة لتربية ونشأة الأولاد نشأة صحيحة وطبيعية، أو تسريح بإحسان وفقا لأوامر العلي القدير. وكما هي عناصر الخصومة (أشخاص ومحل وسبب) فكذاك الخصومات محل الدراسة يتعين تحقق عناصرها. فمن حيث الأشخاص فإن أي خصومة تحدث بين شخصين يتنازعان حقا ما، كل في مواجهة الآخر وبغير الأشخاص لا توجد خصومة.⁽¹⁾ فالأشخاص في خصومة الرجوع إلى بيت الزوجية هم المدعي وهو الزوج والزوجة هي المدعى عليها⁽²⁾. أما دعوى التطليق للضرر أو لاستحالة دوام العشرة وفقا للتعديل الأخير للقانون رقم 10 لسنة 1984 بشأن الزواج والطلاق وآثارهما الذي تم بموجب القانون رقم 14 لسنة 2015 اقتصر حق طلب التطليق على الزوجة على اعتبار أن الزوج يملك الطلاق بالإرادة المنفردة وذلك بموجب المادة 35 والتي جاء فيها (يحق للزوجة أن تطلب التطليق من المحكمة المختصة)⁽³⁾ بعد ما تم حذف الفقرة ج التي كانت تنص على أنه (إذا لم يتفق الطرفان على الطلاق، فيحق لكل منهما أن يطلب التطليق من المحكمة المختصة). ومن المنصور نظريا في دعاوى التطليق تدخل أو إدخال مالك بيت الزوجية إذا ما طالبت الزوجة ببيت الحضانة وكان لا يرغب في بقائها في هذا البيت وإذا لم يتدخل أو لم يتم إدخاله قد يرفع دعوى طرد وإخلاء في مواجهة الحاضنة.⁽⁴⁾

- (1) السداوي، ماهر إبراهيم . نظرية الخصومة القضائية، بدون مكان ودار النشر ورقم الطبعة، 1977، بند 20، ص 26.
- (2) وهي تختلف عن دعوى التمكين من بيت الزوجية التي ترفعها الزوجة على الزوج والتي يكفي في بعض الأحيان استصدار أمر على عريضة في غيبة الزوج إذا كان الأمر يتعلق بتنفيذ حكم قضائي.
- (3) المذكرة التوضيحية للقانون رقم 14 لسنة 2015 الصادر عن المؤتمر الوطني.
- (4) فقد جرى قضاء المحكمة العليا على أن حق الحاضنة في السكن لا يتعلق بعقار بعينه يبقى ببقائه وينعدم بانعدامه، وإنما يتعلق بذمة الزوج باعتباره من مشمولات النفقة الواجبة عليه لأولاده من الحاضنة والأصل أن يكون للحاضنة الحق بالبقاء في بيت الزوجية إلا إذا كان مملوكا لغير والد المحضونين ولم يقلل مالكة البقاء فيه) المحكمة العليا. طعن شرعي. جلسة 2008/04/24، رقم 54/44 ق، مجموعة أحكام المحكمة العليا، س 2008-2010، الجزء الأول، ص 108.

أما محل أو موضوع دعوى⁽¹⁾ الرجوع يتمثل في مطالبة المدعي بحق كفله له القانون وهو بقاء الزوجة في بيت الزوجية ومطالبته برجوعها إليه إذا هي خرجت منه، أي المطالبة بتنفيذ عقد الزواج . في حين أن محل دعوى التطلاق للضرر أو لاستحالة دوام العشرة هو المطالبة بإنهاء العقد وقطع العلاقة الزوجية.

وسبب دعوى الرجوع سواء بالمفهوم القانوني أو الواقعي للسبب⁽²⁾ يتمثل في الوقائع القانونية التي يؤسس عليها الزوج طلبه والتي تدور في الغالب حول كون الزوج عاشر زوجته معاشرة الأزواج الصالحين وأنه أحسن إليها غاية الإحسان ولم يقصر معها أو يهمل واجباته والتزاماته الشرعية معها إلا أنها تركت بيت الزوجية بدون سبب أو لمجرد خلافات لا تستدعي

(1) محل الطلب القضائي: هو مجموع الوقائع التي يتقدم بها المدعي والتي تترجم قانوناً إلى ادعاء بحق أو مركز قانوني.

(2) سبب الدعوى أو الطلب من أكثر الأفكار القانونية إثارة للجدل وموضع للخلاف لصعوبة صياغة نظرية عامة تحوز موافقة جميع الفقهاء ويشترك السبب مع المحل في تحديد نطاق الخصومة لأنه لا يكفي أن يحدد الخصم موضوع إدعائه وإنما يلزم أن يبين لطلبه أساساً ولادعائه سبباً ويطلق على عنصر المحل والسبب العناصر الموضوعية. ولقد استعمل المشرع الليبي اصطلاح السبب القانوني في المادتين 38 و39 من قانون المرافعات وكذلك اصطلاح سبب الطلب في المادة 321 إلا إنه لم يأت في أي موضع بتعريف لهذا المصطلح. واختلف الفقه والقضاء في تحديد طبيعته وانحصر الاختلاف في اتجاهين : الأول أعطى للسبب مفهوماً قانونياً بحثاً. هناك من يرى أن السبب هو المصدر القانوني للحق المدعى به أو القاعدة القانونية التي يستمد منها الحق مباشرة ويؤخذ على الاتجاه القانوني للسبب أنه يؤدي إلى تجريد القاضي من القدرة على الخروج من الإطار القانوني الذي حدده الخصوم لدعواهم وفي هذا مسخ للترقية بين الواقع والقانون بوصفه أساساً لتوزيع مهام كل من القاضي والخصوم في الدعوى المدنية، كما أن تطبيق هذا الاتجاه لا يؤدي إلى وجود ارتباط بين الدعوى من جهة الخصوم وإنما يؤدي إلى تزامم في النصوص القانونية هذا إلى جانب أن أي خطأ من جانب الخصوم في اختيار النص القانوني يؤدي إلى ضياع حقوقهم: د. جيرة، عبد المنعم عبد العظيم. حجية الأمر المقضي والتفرقة بين الحجية النسبية والحجية المطلقة، مجلة العدالة، س 4 ، ع 26 ، 1977. ص 42 وما بعدها؛ د. السداوي، ماهر إبراهيم. نظرية الخصومة القضائية، مرجع سبق ذكره. بند 29. ص 37. د. تمام . السيد عبد العال. تأثير ارتباط الدعوى على وحدة الخصومة، القاهرة: كلية الحقوق 1991. رسالة دكتوراه غير منشورة. إشراف د. فتحي والي . ص 73؛ أما الاتجاه الواقعي فيرى أن سبب الدعوى فكرة واقعية تتمثل في الوقائع التي من شأنها توليد الحق المدعى به ولا يدخل في تعريفها القاعدة القانونية أو التكييف القانوني لهذه الوقائع. د. عمر، نبيل إسماعيل . أصول المرافعات المدنية والتجارية، الإسكندرية: منشأة المعارف ، الطبعة الأولى، 1986 بند 319. ص 345؛ د. هندي، أحمد عوض. ارتباط الدعوى والطلبات في قانون المرافعات، رسالة دكتوراه منشورة الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة ، بدون رقم الطبعة 1995، بند 11. ص 41.

فعلها هذا، مما يعد إخلالاً منها بحقوقه المنصوص عليها في المادة 18 من القانون رقم 10 لسنة 1984 بشأن الزواج والطلاق وآثارهما وتعديلاته والتي جاء فيها ((حقوق الزوج على زوجته:- يحق الزوج على زوجته:

أ) الاهتمام براحة الزوج واستقراره حسباً ومعنوياً.

ب) الإشراف على بيت الزوجية وتنظيم شؤونه والمحافظة عليه.

ج. حضانة أولادها والمحافظة عليهم وإرضاعهم إلا إذا كان هناك مانع صحي.

د) عدم إلحاق ضرر به مادياً كان ومعنوياً)). فتصدر المحكمة حكمها بإلزام الزوجة بالرجوع إلى بيت الزوجية أو برفض الدعوى إذا اقتنعت عدالة المحكمة بالمبررات التي ساقتها الزوجة والتي كانت وراء عدم رغبتها في العودة إلى بيت الزوجية.

في حين أن دعوى التطليق للضرر تؤسس على أن الزوجة متضررة في الغالب من معاملة الزوج القاسية أو شكوكه أو تصرفاته السيئة من ضرب وشم ونحوه من التصرفات التي لا تستقيم مع الإمساك بمعروف وتستند الزوجة في تأسيس دعواها إلى المادة 17 من ذات القانون والتي جاء فيها ((حقوق الزوجة على زوجها:- يحق للزوجة على زوجها:

ب/ عدم التعرض لأموالها الخاصة بها، فلها أن تتصرف فيها كما تشاء.

ج/ عدم إلحاق ضرر بها مادياً ومعنوياً)).

فإذا أفلحت الزوجة في إثبات دعواها بأي وسيلة من وسائل الإثبات المعتبرة شرعاً حكمت المحكمة بتطليقها على الزوج مع احتفاظها بكل حقوقها لأن الشريعة توجب رفع الضرر عن المضرور. وإذا لم تفلح الزوجة في إثبات دعواها وأصرت على فصر عرى الزوجية يكون لها ذلك شرعاً وقانوناً للشقاق واستحالة دوام العشرة مع إسقاط حقوقها.

هذه الدعاوى تدخل في اختصاص محكمتين مختلفتين، فدعاوى التطليق سواء للضرر أو لاستحالة دوام العشرة تدخل في الاختصاص الاستثنائي للمحكمة الجزئية وفقاً لأحكام المادة 47 من قانون المرافعات في حين أن دعوى الرجوع هي من اختصاص المحكمة الابتدائية باعتبارها صاحبة الاختصاص العام فهي تختص بكل ما لم يسند إلى المحكمة الجزئية استناداً للمادة 49 من قانون المرافعات. والجدير بالذكر في هذا المقام أن الاختصاص النوعي المقرر للمحكمة الجزئية من النظام العام فإذا ما رفع للمحكمة ما ليس من اختصاصها النوعي من حيث الموضوع قررت من تلقاء نفسها عدم اختصاصها في أية حال وأية درجة كانت فيها الدعوى وفقاً لأحكام المادة 76

من قانون المرافعات، وإن المحكمة الابتدائية صاحبة الولاية العامة فهي تختص بكل ما لم يسند إلى المحكمة الجزئية استناداً لأحكام المادة 49 من قانون المرافعات.

وهكذا يثور التساؤل حول مدى ارتباط دعوى الرجوع إلى بيت الزوجية المرفوعة أمام المحكمة الابتدائية بدعوى التطليق المرفوعة أمام المحكمة الجزئية؟ ما مدى إمكانية صدور أحكام متعارضة إذا ما فصل فيهما على استقلال؟ إذا كانت الإجابة بنعم، ما موقف القضاء من هذه العلاقة وما مدى صحة هذا الموقف؟.

هذا البحث ينصب على إسقاط نظرية ارتباط الدعاوى والطلبات في قانون المرافعات⁽¹⁾ على العلاقة بين دعوى الرجوع إلى بيت الزوجية ودعوى التطليق للضرر أو لاستحالة دوام العشرة كما جاءت في أحكام القضاء. وبدون شك بحث من هذا النوع لا يخلو من الصعوبات والتي تتمثل في كيفية الوصول إلى التطبيقات القضائية في غياب الإحصائيات الرسمية وغياب تصنيف للأحكام وللدعاوى والذي نجده في الدول المقارنة بمساعدة المنظومات الالكترونية التي توفر للباحث الكثير من الجهد والوقت والمال ودقة المعلومات. وبالتالي فالدراسة اقتصر على موقف القضاء في مدينة طرابلس دون إمكانية مقارنته بقضاء المدن الأخرى. التمس من هذه الدراسة تسليط الضوء حول تحديد مدى ارتباط دعوى الرجوع بدعوى التطليق للضرر أو لاستحالة دوام العشرة في مطلب أول، تم عرض الانعكاس الإجرائي المترتب على هذا الارتباط في مطلب ثانٍ.

المطلب الأول

مدى ارتباط دعوى الرجوع إلى بيت الزوجية بدعوى التطليق للضرر أو لاستحالة دوام العشرة للقول بوجود الارتباط بين الدعويين من عدمه يتعين الوقوف على المعيار الإجرائي المتبع وإسقاطه على الدعاوى محل البحث، ولتكتمل الفكرة يتعين تحديد من له سلطة تقدير وجود هذا الارتباط.

أولاً: معيار الارتباط :

خلافًا للمشرع الفرنسي الذي عرّف الارتباط في المادة 101 من قانون المرافعات بأنه صلة تجعل من حسن سير العدالة أن يحققا فيهما وأن يفصل فيهما معاً⁽²⁾، لم يعرّف المشرع الليبي الارتباط،

(1) لصاحبة البحث، ارتباط الدعاوى والطلبات أمام القضاء في قانون المرافعات الليبي، رسالة ماجستير تحت إشراف الدكتور الكوني علي اعبودة، 2004، غير منشورة.

(2) S'il existe entre des affaires portées devant deux juridictions distinctes un lien tel qu'il soit de l'intérêt d'une bonne justice de les faire instruire et juger ensemble, il peut être demandé à l'une de ces juridictions de se dessaisir et de renvoyer en l'état la connaissance de l'affaire à l'autre juridiction.

في الوقت الذي اختلف الفقه والقضاء حول تحديد معيار يقاس به الارتباط بين الدعوى فانقسم إلى اتجاهين أساسيين: الاتجاه الأول يبحث عن معيار الارتباط من خلال تحليل الصلة بين عناصر الدعويين المدعى بارتباطهما وهذا هو المعيار التحليلي. في حين أن الاتجاه الثاني يبحث عن معيار الارتباط في الغاية المرجوة من جمع الدعوى أمام محكمة واحدة وهذا ما يعرف بالمعيار الغائي.

أ- المعيار التحليلي:

يرى أنصار هذا الاتجاه بأنه لا يمكن الحديث عن وجود ارتباط بين الدعوى إلا بالبحث في عناصر كل دعوى والكشف عن مدى الصلة بين هذه العناصر. فالارتباط يقتضي اختلاف إحداها لأن اتحاد هذه العناصر يجعلنا أمام طلب واحد وليس أمام طلبين مرتبطين، وبالتالي يتحقق الارتباط باختلاف العنصر الشخصي وبالتطابق الكامل بين العناصر الموضوعية للدعوى المحل والسبب أو أي من هذين العنصرين⁽¹⁾ وقد اختلف الفقه والقضاء بشأن وحدة الخصوم ففي الوقت الذي رأى نفر منهم أن الارتباط لا يتحقق بوحدة العناصر الموضوعية فقط وإنما وحدة الخصوم من شأنها تحقيق الارتباط⁽²⁾ ذهب الرأي المخالف إلى أن وحدة الخصوم ليست من العناصر الضرورية لوجود الارتباط فيمكن أن ينتقي الارتباط مع توافر تلك الوحدة⁽³⁾. في حين أن هنا كمن يرى من الفقه أن الارتباط لا يتطلب بالضرورة وحدة أحد عناصر الدعوى وإنما هو صلة تتحقق بالاشتراك الجزئي لعناصر الدعوى الموضوعية فيكفي للقول بوجود الارتباط أن يكون المحل والسبب مشتركاً ولا يشترط التطابق الكامل بين أي من العنصرين⁽⁴⁾.

وبتطبيق هذا المعيار على الدعوى موضوع البحث نجد تحقق ارتباط واضحاً بين الدعويين فهناك وحدة في العنصر الشخصي والمتمثل في الزوج والزوجة، واشتراك في العناصر الموضوعية، فالزوج يطالب بتنفيذ العقد وفقاً لأحكام القانون والشرع، والزوجة ترفض الرجوع لإخلال الزوج بحقوقها القانونية والشرعية فتؤسس على أسباب هذا الرفض طلباً في المقابل وهو قطع عرى هذه العلاقة وتطالب بإنهاء العقد تطبيقاً.

(1) د. جيرة ، عبد المنعم عبدالعظيم، تركيز الاختصاص، مجلة دراسات قانونية. منشورات الجامعة الليبية، المجلد

الثاني، يونيو 1972، ص 96.

(2) د. رزق الله، رمزي سيف. الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، القاهرة : دار النهضة العربية.

الطبعة الخامسة. 1964 . بند 382. ص 445.

(3) د. تمام، السيد عبدالعال . مرجع سبق ذكره، ص 65.

(4) هندي، أحمد عوض. مرجع سبق ذكره، بند 9. ص 32

ب- المعيار الغائي:

المعيار السائد لدى الفقه والقضاء الفرنسي وبعض الفقه العربي في تحديد وجود الارتباط بين الدعاوى يكمن في تجنب صدور أحكام متعارضة أو يصعب تنفيذها، فالدعاوى تكون مرتبطة إذا كان نظرها على انفصال يؤدي إلى احتمال صدور أحكام متناقضة.⁽¹⁾

فالمعول عليه لتقرير الارتباط وفق هذا الاتجاه الهدف من هذه الفكرة لا طبيعتها ففي الوقت الذي ذهب فيه بعضهم إلى الاكتفاء بنظر الطلبين معا كغاية للارتباط ذهب آخر إلى مد هذه الغاية إلى الفصل في الطلبات بحكم واحد منعا من تعدد الأحكام وتناقضها وتعذر تنفيذها، ويؤخذ على المعيار الغائي أنه يتقل عبء القاضي فيطالبه بدراسة دعويين أحدهما فقط منظورة أمامه كي يضع احتمالات لموقف قاضي الدعوى الأخرى ويتحرى إمكانية حدوث تعارض بين الأحكام من عدمه ولا شك أن هذا الأمر يؤدي إلى بطء التقاضي وتراكم القضايا. إلا أنه وبغض النظر عن الجدل الفقهي حول هذا المعيار، فإنه متحقق إذا ما أسقطناه على الدعاوى موضوع البحث، فإلى جانب اشتراك عناصر الدعاوى فإن احتمال صدور أحكام متعارضة ويصعب أو يستحيل تنفيذها معا قائم. فالأحكام المحتمل صدورهما في حالة التعاصر الإجرائي هي إما الحكم برجوع الزوجة في دعوى الرجوع وبتطليقها في دعوى التطليق للضرر أو لاستحالة العشرة، الاحتمال الثاني: الحكم برفض دعوى الرجوع ورفض دعوى التطليق، الاحتمال الثالث: الحكم برجوع الزوجة في دعوى الرجوع ورفض دعوى التطليق، الاحتمال الرابع: رفض دعوى الرجوع ورفض دعوى التطليق. ولا شك أن الأحكام ستكون متناقضة في بعضها ويصعب تنفيذها في البعض الآخر فتكون الزوجة كالمعلقة لا هي بالمطلقة ولا هي بالزوجة عندما يرفض دعوى الرجوع ويرفض التطليق وذلك كله بأحكام قضائية لها حجية تجعلها عنواناً للحقيقة.

و لكن من يملك تقرير وجود الارتباط من عدمه؟

(1) Morel (René). Traitée élémentaire de procédure civile. Sirey. 1949. 2ème éd. p 242
Barraine, Connexité et expertise, Gaz. Pal. 1985. I. Doctrine. p. 329.

د. فهمي، محمد حامد. المرافعات المدنية والتجارية. بدون مكان ودار النشر. ورقم الطبعة. 1940. بند 494.
الصفحة 451؛ أحمد أبو الوفا. المرافعات المدنية والتجارية. الإسكندرية: بدون دار النشر الطبعة الخامسة
1959 بند 199. الصفحة 291؛ د. مسلم أحمد. أصول المرافعات، التنظيم القضائي والإجراءات والأحكام والمواد
المدنية والتجارية والشخصية. القاهرة: دار الفكر العربي. 1971. بدون رقم الطبعة. بند 226. الصفحة 244.

ثانياً: تقدير الارتباط :

لا مناص من ترك العنان للقاضي ليعمل سلطته التقديرية بالاستعانة بجملة المعايير التي قيل بها في إطار الغاية المنتظرة من ترتيب الآثار الإجرائية ، وبحسب المرحلة الإجرائية التي وصلت لها كل دعوى لتقرير وجود الارتباط من عدمه بلا معقب عليه مادام تقديره مبنياً على أسباب سائغة وقد قضت المحكمة العليا بذلك في حكمها الذي جاء فيه ((إن تقدير ما إذا كان الفصل في الخصومة ممكناً أو غير ممكن أو يتوقف على الفصل في مسألة فرعية متروك لتقدير المحكمة))⁽¹⁾.

نخلص إلى أن هنا كعلاقة وثيقة بين دعوى الرجوع إلى بيت الزوجية ودعوى التطليق للضرر أو لاستحالة دوام العشرة أيا كان المعيار المتبع، ولكن ما هو الأثر الإجرائي لهذه العلاقة؟.

المطلب الثاني**الانعكاس الإجرائي لارتباط دعوى الرجوع إلى بيت الزوجية بدعوى التطليق للضرر أو****لاستحالة دوام العشرة**

التعاصر الإجرائي لدعوى الرجوع إلى بيت الزوجية ودعوى التطليق للضرر أو لاستحالة دوام العشرة يسبب في وقف دعوى الرجوع إلى بيت الزوجية أمام المحكمة الابتدائية ولكن هل هذا الحل الإجرائي هو الأنسب لهذا الارتباط؟.

أولاً/ الوقف القضائي لدعوى الرجوع كإجراء معمول به في محاكم البداية:

تلجأ المحاكم الابتدائية في طرابلس إلى وقف دعوى الرجوع إذا لم تكن الخصومة جاهزة للحكم فيها متى ما تبين لها وجود دعوى تطليق أمام المحكمة الجزئية و لكن هل حكمها نهائي أم قابل للطعن؟.

أ- التطبيقات القضائية لوقف دعوى الرجوع:

باستقراء الأحكام الحديثة الصادرة من المحاكم الابتدائية باعتبارها المختصة بدعوى الرجوع في مدينة طرابلس، نجد أن القضاء يتجه نحو وقف السير في نظر الدعوى ومن أمثلة ذلك:

- الدعوى رقم 2017/188 شرعي كلي وموضوعها الرجوع لبيت الزوجية أمام محكمة جنوب طرابلس الابتدائية فالمحكمة بعد أن نظرت الدعوى قضت حضورياً بتاريخ 2018/04/01 ((بوقف السير في الدعوى إلى حين الفصل في دعوى التطليق رقم 2017/510 المنظورة أمام محكمة تاجوراء الجزئية دائرة الأحوال الشخصية وأبقت الفصل في المصاريف)).

(1) محكمة عليا. طعن مدني جلسة 1975/12/28 ، رقم 21/39 ق. مجلة المحكمة العليا . س 12. ع 3 . ص 123. محكمة عليا. طعن مدني، جلسة 1969/12/21 رقم 40/222. ق (غير منشور).

- الدعوى رقم 2018/2 شرعي كلي وموضوعها الرجوع لبيت الزوجية أمام محكمة شمال طرابلس الابتدائية قضت المحكمة بتاريخ 2018/3/1 حضوريا ((بوقف السير في نظر الدعوى لحين الفصل في الدعوى رقم 2017/662 المرفوعة من المدعى عليها ... ضد المدعي ... وموضوعها طلاق لاستحالة دوام العشرة أمام الدائرة الأولى للأحوال الشخصية بمحكمة المدينة الجزئية)).

وفي ذات الاتجاه محكمة شرق طرابلس الابتدائية وقد قضت في الدعوى رقم 2017/163 بتاريخ 2018/01/17 ((بوقف السير في نظر الدعوى لحين الفصل في الدعوى رقم 2017/957 سوق الجمعة بحكم نهائي))⁽¹⁾.

(1) وأيضا انظر أحكام حديثة للمحاكم الابتدائية : محكمة جنوب طرابلس الابتدائية جلسة 2017/10/8 . رقم 2017/89 شرعي فالمحكمة بعد أن نظرت الدعوى قضت حضوريا بتاريخ ((بوقف السير في نظر الدعوى إلى حين الفصل في دعوى التطليق رقم 2017/756 المنظورة أمام محكمة باب بن غشير الجزئية دائرة الأحوال الشخصية (غير منشور).

* محكمة جنوب طرابلس الابتدائية . بتاريخ 2018/03/11 . رقم 2017/171 حكمت المحكمة حضوريا بوقف السير في نظر الدعوى إلى حين الفصل في دعوى التطليق رقم 2018/175 المنظورة أمام محكمة باب بن غشير الجزئية دائرة أبو سليم للأحوال الشخصية وأبقت الفصل في المصاريف (غير منشور).
* محكمة جنوب طرابلس الابتدائية بتاريخ 2018/02/04 رقم 2018/1 حكمت حضوريا بوقف السير في الدعوى لحين الفصل في الدعوى رقم 2018/120 المنظورة أمام محكمة أبو سليم دائرة الأحوال الشخصية وأبقت الفصل في المصاريف (غير منشور).

* محكمة شمال طرابلس الابتدائية، بتاريخ 2018/1/25 رقم الدعوى 2017/45 شرعي كلي حكمها حضوريا ((بوقف السير في نظر الدعوى لحين الفصل في الدعوى رقم 2017/200 المرفوعة من المدعى عليها ... ضد المدعي ... وموضوعها طلاق للضرر أمام محكمة المدينة الجزئية دائرة 23 أكتوبر للأحوال الشخصية)) (غير منشور).

* محكمة شمال طرابلس الابتدائية رقم 2017/119 شرعي كلي، أصدرت بتاريخ 2018/1/25 حكمها حضوريا ((بوقف السير في نظر الدعوى لحين الفصل في الدعوى رقم 2017/634 المرفوعة من المدعى عليها ... ضد المدعي ... أمام محكمة المدينة الجزئية وموضوعها طلاق للضرر)) (غير منشور).

* محكمة شمال طرابلس الابتدائية أصدرت بتاريخ 2018/1/25 رقم الدعوى 2017/89 شرعي كلي حكمها حضوريا بوقف السير في نظر الدعوى لحين الفصل في الدعوى رقم 2017/955 المرفوعة من المدعى عليها ... ضد المدعي ... وموضوعها طلاق للضرر أمام محكمة المدينة الجزئية دائرة 23 أكتوبر للأحوال الشخصية (غير منشور).

* محكمة شرق طرابلس الابتدائية رقم الدعوى 2017/203 حكمت حضوريا بوقف السير في نظر الدعوى لحين الفصل في الدعوى رقم 2017/580 سوق الجمعة بحكم نهائي)) (غير منشور)

ترى المحاكم الابتدائية أنه لا مجال للحكم في طلب المدعي بإرجاع المدعي عليها لبيت الزوجية حتى يستبين ما تصدره المحاكم المرفوعة أمامها دعوى التطليق. فهي تُكَيّف دعوى التطليق للضرر بأنها مسألة أولية بالنسبة لدعوى الرجوع وتستند في أسبابها على نص المادة 248 من قانون المرافعات والتي جاء فيها (في غير الأحوال التي نص فيها القانون على وقف الدعوى وجوبا أو جوازا يكون للمحكمة أن تأمر بوقفها كلما رأت تعليق حكمها في موضوعها على الفصل في مسألة أخرى يتوقف عليها الحكم وبمجرد زوال سبب الوقف تستأنف الدعوى بقوة القانون سيرها من النقطة التي بدأت عندها ويقوم قلم الكتاب بتعجيلها إذا اقتضى الحال) وقضت المحكمة العليا (فمتى رأت (المحكمة) أن ما قدم لها في الدعوى من أدلة وأوراق لا يكفي للفصل في الخصومة المعروضة عليها لتوقفها على مسألة أخرى مرتبطة بالدعوى المنظورة أمامها فلها أن تأمر بوقف السير فيها إلى أن يفصل في المسألة التي يتوقف عليها الفصل في الدعوى المطروحة عليها سواء كان يطلب من أحد الخصوم أو من تلقاء نفسها. أما إذا كان الأمر على العكس بأن كان من الممكن الفصل في الدعوى دون حاجة إلى حسم مسألة أخرى فلا تلزم المحكمة بوقف سير الدعوى التي تنتظرها بل لها أن تفصل في الخصومة المعروضة عليها مادامت قد كونت رأيها في المستندات والأوراق المقدمة إليها فيما عرض عليها من نزاع⁽¹⁾. و قضت أيضا بـ ((أن الأصل إذا دفعت الدعوى بدفع يثير مسألة أولية يتوقف عليها الفصل في موضوع الدعوى وجب على المحكمة أن تعرض للمسألة الأولية وتفصل فيها أولاً متى كانت هذه المسألة تدخل في اختصاصها الوظيفي أو النوعي ولا محل لوقف الدعوى وتفصل المحكمة في المسألة الأولية وفي موضوع الدعوى بحكم واحد ذلك لان الادعاء الذي تضمنه الدفع لا يعدو أن يكون وسيلة دفاع في ذات موضوع الدعوى فالسير في تحقيقه والفصل فيه يكون من قبيل المضي في الخصومة الأصلية شأنه في ذلك شأن أية منازعة عارضة، وأما إذا كانت المسألة تخرج عن اختصاص المحكمة الوظيفي أو النوعي وجب عليها إذا رأت ضرورة الفصل في الدفع قبل الحكم في الموضوع أن توقف الدعوى وأن تحدد للخصم الموجه إليه الدفع ميعادا يستصدر فيه حكما نهائياً من القاضي المختص⁽²⁾). فوفقاً لأحكام المادة 248 السابق الإشارة

(1) محكمة عليا. طعن مدني جلسة 1975/12/28 رقم 21/39 ق. مجلة المحكمة العليا . س 12. ع 3 . ص 123.

محكمة عليا . طعن شرعي. جلسة 2004/02/19، رقم 50/43 ق (غير منشور).

(2) محكمة عليا. طعن شرعي. جلسة 1976/11/25، رقم 23/12 ق مجلة المحكمة العليا، س 13 . ع 3

إليها الخصومة الموقوفة خصومة قائمة غير أنها رغم ذلك تعتبر خصومة راکدة مصيرها لأحد أمرين وهما إما أن تستأنف سيرها من جديد لتسير إلى غايتها ويتم العودة لمتابعتها من النقطة التي وقفت عندها بقوة القانون ويقوم قلم الكتاب بتعجيلها إذا تتطلب الأمر ذلك أو الخصم صاحب المصلحة والتعجيل في هذه الحال ليس ضروريا بل مجرد مكنة للخصم الحريص على سير الخصومة وهو المدعي غالبا. وإما أن تنقضي الخصومة انقضاء مبتسرا قبل الحكم في موضوعها إذا اكتملت مدة السقوط المعتادة المنصوص عليها في المادة 255 من قانون المرافعات وهي سنة من آخر إجراء صحيح من إجراءات التقاضي.⁽¹⁾

وفي الحقيقة إنه لن تتم العودة إلى دعوى الرجوع لأن القاضي الجزئي إذا لم يحكم بالتطليق للضرر سيحكم إذا أصرت الزوجة بالتطليق للشقاق ولاستحالة دوام العشرة إعمالا لأحكام المادة 39 من القانون رقم 10 لسنة 1984 بشأن الزواج والطلاق وآثارهما. فاستئناف دعوى الرجوع لا يكون إلا بإلغاء الحكم بوقف السير في الدعوى أمام محكمة الطعن إذا كان ذلك ممكناً.

ب/مدى قابلية الأحكام الصادرة بوقف السير في نظر الدعوى للطعن:

لا شك أن القرار الصادر عن المحكمة بوقف السير في نظر الدعوى هو حكم مسبب امتثالا لما قضت به المحكمة العليا بأن ((المقصود من كلمة تأمر (الواردة في المادة 248) أي تصدر حكما بذلك إذ يتوجب في هذه الحالة أن يكون الوقف بحكم...))⁽²⁾. ولكن هل هذا الحكم نهائي أم قابل للطعن بالاستئناف والنقض؟ تنص المادة 300 مرافعات المعنونة ب الطعن في الأحكام الصادرة قبل الفصل في الدعوى على أن ((الأحكام التي تصدر قبل الفصل في موضوع الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة لا يجوز الطعن فيها إلا مع الطعن في الحكم الصادر في الموضوع)).

إلا أن القضاء اختلف في تفسير المادة السابقة على ثلاثة اتجاهات وذلك على النحو التالي:
الاتجاه الأول: ذهبت المحكمة العليا إلى أن الأحكام الصادرة بوقف السير في نظر الدعوى من الأحكام غير منهيّة للخصومة وبالتالي الطعن فيها غير جائز لا استئنافا ولا نقضا.

(1) د. عبودة، الكوني علي، قانون علم القضاء: النشاط القضائي . الخصومة القضائية والعريضة ، طرابلس: المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، الطبعة الثانية، 2003، ص 286 وما بعدها.

(2) محكمة عليا. طعن مدني. جلسة 1981/05/17، رقم 26/84 ق مجلة المحكمة العليا س 18، ع 2، ص 49.

(إن مقتضى المادة 300 من قانون المرافعات المدنية والتجارية أنه لا يجوز الطعن في الأحكام الصادرة قبل الفصل في موضوع الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة إلا مع الطعن في الحكم الصادر في الموضوع ولما كان الحكم المطعون فيه غير منه للخصومة لأنه لا يعدو عن أن يكون وقفا للسبب فيها ريثما يتم الفصل في مسألة أخرى يتوقف عليها الحكم في الخصومة محل الوقف فإن الطعن في الحكم القاضي بوقف هذه الخصومة لا يكون جائزا... فطبقا لهذا النص فإن الأحكام تنقسم إلى طائفتين أحكام صادرة في الموضوع وهذه يجوز الطعن فيها فور صدورها . وأحكام صادرة قبل الفصل في الموضوع وهي ليست قاصرة على الأحكام التمهيدية والوقفية بل تشمل جميع الأحكام التي تصدر قبل نظر الدعوى وأثناء نظرها دون أن تفصل في طلبات الخصوم الموضوعية فهذه الأحكام لا يجوز الطعن فيها فور صدورها إذا كانت لا تنتهي بها الخصومة. وحيث أن المادة 248 مرافعات تنص على أنه في غير الأحوال التي نص فيها القانون على وقف السير في الدعوى وجوبا أو جوازا يكون للمحكمة أن تأمر بوقفها كلما رأت تعليق حكمها في موضوعها على الفصل في مسألة أخرى يتوقف عليها الحكم. ولما كان الحكم المطعون فيه غير منهي للخصومة فإن الطعن فيه لا يكون جائزا⁽¹⁾).

الاتجاه الثاني: ذهبت المحكمة العليا في أحكام أخرى إلى أن الأحكام الصادرة بوقف السير في نظر الدعوى من الأحكام القطعية الجائز الطعن فيها ولها مكنة التصدي للفصل في الموضوع ومن ذلك ما قضت به ((أن الحكم بوقف السير في الدعوى يعتبر حكما قطعيا له حجية الأحكام الموضوعية ومن ثم يقيد المحكمة التي أصدرته وتستنفد به ولايتها في نظر الدعوى لما كان ذلك وكانت المحكمة المطعون في حكمها قد انتهت إلى إلغاء الحكم المستأنف والقاضي بوقف السير في الدعوى وتصدت للفصل فيها دون أن تعيدها إلى محكمة أول درجة فإنها تكون قد التزمت صحيح القانون⁽²⁾). وعلى ذلك الفقه والقضاء المصري⁽³⁾ حيث يعتبر الحكم الصادر

(1) محكمة عليا. طعن شرعي، جلسة 2011/05/03، رقم 57/46 ق (غير منشور)؛ ومن الأحكام الصادرة وقفا لهذا المبدأ قضت محكمة شرق طرابلس الابتدائية، الاستئناف شرعي، جلسة 2017/02/07، رقم الدعوى 2016/170، رقم الحكم 2017/188 (حكم المحكمة حضوريا بعدم جواز الاستئناف وألزمت رافعه بالمصاريف)) (غير منشور).
(2) محكمة عليا. طعن مدني. جلسة 2002/5/27، رقم 44/300 ق (غير منشور)؛ طعن مدني. جلسة 1981، 84/05/17، رقم 26 ق مجلة المحكمة العليا س 18، ع 2، ص 49.
(3) د. أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، الإسكندرية: منشأة المعارف، الطبعة السادسة، 1989، ص 520 وما بعدها وأحكام القضاء المشار إليها في هذا الموضوع.

بوقف الخصومة حتى يفصل في مسألة أولية يتوقف عليها الحكم هو حكم قطعي لأنه يفصل ويقطع في طريقة سير الخصومة ويقرر عدم صلاحيتها للحكم بالحال التي هي عليها وهذا يؤخر نظرها وهذا التأخير يُضر بالمدعي الأمر الذي يجعل له مصلحة في استئنافه.

وحل التنازع بين المبادئ المتعارضة يكون عن طريق الدوائر المجتمعة للمحكمة العليا وإلى حين تحقق ذلك فإن الأستاذ الدكتور الكوني علي اعبودة⁽¹⁾ يرى أن الأفضلية للأقدم من المبادئ لان القياس على التشريع من حيث اللاحق يلغي السابق لا يتأتى فالمحكمة لم تعد تعمل كوحدة واحدة وإنما من خلال عدة دوائر، وبالتالي ما يصدر عن كل دائرة لا يعبر حتما عن قضاء المحكمة العليا. وهذا ما أخذ به قضاء الاستئناف ولكن ليس على إطلاقه.

الاتجاه الثالث: وجود هذا التعارض على مستوى المحكمة العليا انعكس بدوره على المحاكم الاستئنافية. فقد تبنت محكمة استئناف طرابلس الدائرة الشرعية بهيئتها الحالية الاتجاه الأول القاضي بجواز الطعن في أحكام وقف الدعوى فهي تقرر بأن الأحكام الصادرة بوقف السير في نظر الدعوى من الأحكام التي يجوز الطعن فيها ولكن لا تتصدى للموضوع وإنما تلغي الحكم الصادر بوقف السير في نظر دعوى الرجوع وتحيل الدعوى إلى محكمة أول درجة للفصل في الموضوع ومن ذلك ما قضت به (ولما كان الفصل في الخصومة ممكناً أو غير ممكن ويتوقف على الفصل في مسألة فرعية متروك لتقدير المحكمة فمتى رأت أن ما قدم لها في الدعوى من أدلة لا تكفي للفصل في الخصومة المعروضة عليها لتوقف على مسألة أخرى مرتبطة بالدعوى المنظورة فلها أن تأمر بوقف السير في الدعوى إلى أن تفصل في المسألة المطروحة عليها سواء كان ذلك بطلب أحد الخصوم أو من تلقاء نفسها، أما إذا كان الأمر على العكس بأن كان من الممكن الفصل في الدعوى بل لها أن تفصل في الخصومة المطروحة عليها وحيث إنه ولما كان فقهاء الشريعة الإسلامية قد أجمعوا على انه في حالة طلاق الزوجة فإنه يتعين عليها البقاء في بيت الزوجية إلى حين انقضاء فترة العدة، قال تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ ﴾ وقوله تعالى: ﴿ أَسْكُنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ ﴾، وحيث أنه ولما كانت دعوى الرجوع إلى بيت الزوجية لا يتوقف الفصل فيها على الفصل في دعوى الطلاق لأنه في حالة

(1)د. اعبودة ، الكوني علي. مبادئ المحكمة العليا والإلزام المستحيل، مجلة معهد القضاء، السنة 2004، العدد

الحكم بالتطليق سواء كان التفريق لثبوت الضرر أو لاستحالة دوام العشرة لا يكون هناك مجال لاستئناف السير في دعوى الرجوع ، الأمر الذي تكون معه محكمة البداية اذ قضت بوقف السير في دعوى الرجوع إلى حين الفصل في دعوى الطلاق قد جانبت الصواب مما يتعين معه إلغاء الحكم المستأنف على النحو الوارد بالمنطوق، وحيث إنه ولما كانت محكمة البداية قد حجت نفسها عن نظر موضوع الدعوى فإن هذه المحكمة تقرر إعادة الدعوى إلى محكمة أول درجة حتى لا تفوت درجة من درجات التقاضي على الخصوم فلهذه الأسباب باسم الله حكمت المحكمة بقبول الاستئناف شكلاً وفي الموضوع بإلغاء الحكم المستأنف وإعادة الدعوى إلى محكمة أول درجة للفصل في موضوعه وألزمت المستأنف عليها بالمصاريف⁽¹⁾.

في حين أن الدائرة نفسها بهيئة سابقة تبنت موقفاً آخر وهو وقف السير في نظر الطعن المقدم ضد حكم صادر من محكمة البداية برفض دعوى الرجوع إلى حين الفصل في دعوى التطليق علاوة على أن وقف السير تم بموجب أمر وليس بموجب حكم مسبب.⁽²⁾

ثانياً : جمع الدعاوى المرتبطة في خصومة واحدة كإجراء مأمول:

إن كنا نسلم بسلطة المحكمة التقديرية في وقف السير في نظر الدعوى إلا إننا نقرن ذلك بصحة تكييفها لما يُعد مسألة أولية، أما في الدعاوى موضوع الدراسة نعتقد بأن هناك خطأ في تكييف دعوى التطليق بأنها مسألة أولية لدعوى الرجوع، فلا يجوز للمحكمة أن توقف الدعوى المنظورة أمامها إلا إذا كان الفصل في هذه المسألة الأخرى ضرورياً للفصل في الدعوى المراد وقفها بحيث لا يمكن الفصل في النزاع بالقبول أو الرفض إلا بعد صدور الحكم في تلك المسألة الأخرى. فنعتقد بأن القضاء قد أخطأ في التكييف ومن تم في الأثر المترتب على ذلك وهو وقف السير في الدعوى. فدعاوى الحال مرتبطة دون شك ولكن هذا الارتباط لا يعطي أولوية لأحدهما عن الأخرى. ومجرد وجود ارتباط بين الدعوى المنظورة أمام المحكمة ودعوى أخرى لا يكفي

(1) محكمة استئناف طرابلس، دائرة الأحوال الشخصية ، جلسة 2017/11/13، رقم 2017/905 ، (غير منشور)؛

محكمة استئناف طرابلس، دائرة الأحوال الشخصية ، جلسة 2017/10/9، رقم 2017/320 (غير منشور).

(2) محكمة استئناف طرابلس، دائرة الأحوال الشخصية ، جلسة 2015/02/09، رقم 2013/1338 قررت وقف

السير في هذا الاستئناف إلى حين الفصل في دعوى الطلاق المشار إليها) وقد سبق وان قدمت المستأنف ضدها

إفادة من محكمة سوق الجمعة الجزئية بوجود دعوى تطليق للضرر منظورة أمامها تحمل رقم 2013/255

(غير منشور)

لكي توقف المحكمة الفصل في الدعوى الأولى حتى يُفصل في الدعوى الثانية⁽¹⁾. إذ يمكن للزوجة الدفع بأنها متضررة أو أن العشرة أصبحت مستحيلة بينهما ليفصل القاضي برفض دعوى الرجوع. فالدعويان يتم الفصل فيهما بذات الإجراءات والتمثلة في الإحالة للحكمين والجلسة السرية في كل منهما والقاضي غير مقيد في دعوى الرجوع فيمكن أن يلزم الزوجة بالرجوع ويمكن أن تفلح في إقناعه ليفصل فيها بالرفض. وبالتالي الفصل في دعوى التطليق للضرر أو لاستحالة دوام العشرة لا يعد ضرورياً وأولي بالنسبة لدعوى الرجوع. فدعوى الرجوع إلى بيت الزوجية من لوازمها تحقق قيام الرابطة الزوجية أثناء رفع الدعوى وربطها بالحكم الصادر في دعوى التطليق يثير التساؤل ماذا لو انتهت دعوى التطليق بحكم نهائي بالتطليق فلا يوجد عندئذ مجال لتحريك دعوى الرجوع لأن السير فيها غير ممكن الأمر الذي يُعد حسب اعتقادنا مساساً بحق الزوج في التقاضي.

ولعلنا نجد ضاللتنا فيما ذهبت له محكمة النقض المصرية في حكم لها جاء فيه ((على المحاكم كلما بدى لها احتمال وقوع التناقض بين الأحكام أن تدرأه بما يسر لها القانون من سبيل سواءً بوقف الدعوى على نهائية حكم آخر لم يكتسب بعد قوة الأمر المقضي أو بضمها لدعوى أخرى مرتبطة بها أو بإحالتها إلى محكمة مطروح عليها نزاع مرتبط))⁽²⁾.

تعددت النصوص التي تعالج الضم والإحالة للارتباط في قانون المرافعات الليبي⁽³⁾ والمادة الرئيسية في هذا الصدد هي المادة 78 والمعنونة بارتباط دعاوى والتي تنص على أنه ((إذا رفعت عدة دعاوى إلى محاكم مختلفة وتوفر لدى إحدى هذه المحاكم من أسباب الارتباط ما يسمح بالفصل فيها بحكم واحد حددت ميعاداً حتمياً لنظر الدعوى التبعية أمام الجهة التي رفعت إليها الدعوى والأصلية، أما في حالات الارتباط الأخرى فتحال الدعوى إلى المحكمة التي رفعت إليها أول دعوى. ولا يجوز للخصم الدفع بجود الارتباط ولا للقاضي أن يقرره من تلقاء نفسه بعد الجلسة الأولى كما لا يجوز الأمر بالإحالة إذا كانت الحالة التي وصلت إليها الدعوى الأصلية أو

(1) د. العشماوي. محمد، د. عبدالوهاب العشماوي، قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن، الجزء الثاني،

القاهرة: مكتبة الآداب الجزء الثاني، 1958، ص 383.

(2) محكمة النقض المصرية. طعن مدني. جلسة 1980/01/05. رقم 1104 سنة 48 ق. المكتب الفني. س 31.

المجلد 1. ص 92. الطعان رقم 60/4004 قو 61/446 ق جلسة 1991/11/6 مشار إليهما عند هرجه،

مصطفى مجدي. عوارض الخصومة في ضوء الفقه والقضاء، المكتبة القانونية، 1996. ص 19.

(3) منها المواد : 51، 69، 71، 72.

الدعوى المرفوعة أولاً لا تسمح بتأخيرها للفصل فيها مع الدعوى المرتبطة⁽¹⁾. أمام سكوت النص دفع بعض الفقه إلى اشتراط وحدة القضاء والدرجة والطبقة لإعمال الإحالة للارتباط وبالتالي رفض الإحالة بين المحاكم الابتدائية والمحاكم الجزئية.⁽²⁾

ومع ذلك تقرر الامتداد التشريعي لاختصاص المحكمة الابتدائية باعتبارها صاحبة الولاية العامة دون المحكمة الجزئية وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية عندما قررت بأن للمحكمة الابتدائية دون المحكمة الجزئية النظر في الطلبات المرتبطة بالطلبات المنظورة أمامها حيث جاء في حكمها (المحكمة الابتدائية هي المحكمة ذات الاختصاص العام في التنظيم القضائي ومتى كانت مختصة بالنظر في طلب ما، فإن اختصاصها يمتد إلى ما عساه أن يكون مرتبطاً به من طلبات أخرى ولو كان مما يدخل في الاختصاص النوعي للقاضي الجزئي)⁽³⁾. وعلى ذلك القضاء الفرنسي⁽⁴⁾ وأيضاً أحكام المحكمة العليا الليبية فقد جرى قضاؤها على غرار ما سارت عليه محكمة النقض المصرية بتقرير الامتداد التشريعي لاختصاص المحكمة الابتدائية بالطلبات المرتبطة بالطلبات المنظورة أمامها ولو كانت هذه الطلبات المرتبطة تدخل في الاختصاص الاستثنائي للمحكمة الجزئية ومن ذلك ما قضت به (إذا رفعت الدعوى بطلب يدخل في اختصاص

(1) الصياغة المقترحة من قبلنا للنص (إذا رفعت عدة دعاوى إلى محاكم مختلفة وكان بينها اشتراك في العناصر أو صلة تجعل من حسن سير العدالة أن يفصل فيها معاً بحكم واحد فإنه يمكن إحالة إحدى الدعاوى إلى المحكمة الأخرى ولو كانت أجنبية).

الطلب المرتبط قد يأخذ شكل الطلب العارض وقد يكون طلباً مبدئياً مكملاً أو متصلًا بالطلب الأصلي.

تحال الدعوى التبعية إلى المحكمة التي رفعت إليها الدعوى الأصلية أما في حالات الارتباط الأخرى فتحال الدعوى إلى المحكمة التي رفعت إليها أول دعوى ولو لم تتبع ذات القضاء والدرجة. للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم تقدير وجود الارتباط والإحالة شرط أن يتم ذلك قبل قفل باب المرافعة) ولمعرفة المزيد حول هذا المقترح انظر رسالتنا السابق الإشارة إليها.

(2) د. فوده، عبدالحكم. ضوابط الاختصاص القضائي في المواد المدنية والتجارية والجنائية والإدارية والشرعية في ضوء الفقه وأحكام القضاء، الإسكندرية: منشأة المعارف، 1995، بند 351 ص 449.

(3) محكمة النقض المصرية. طعن مدني. جلسة 1964/12/23 رقم 30/86 ق. المكتب الفني. س 15. المجلد 3. ص 1211، طعن مدني. جلسة 1963/12/25. 30/235 ق. المكتب الفني. س 14. المجلد 3. ص 1197.

(4) Lyon, 19/02/1975, D. 1975.somm.97,

Versailles, 8/3/1978, Gaz.Pal.1979.2.somm.440

المحكمة الابتدائية فإن هذه المحكمة ذات الاختصاص العام في النظام القضائي يمتد اختصاصها إلى ما عساه يكون مرتبطا به من طلبات أخرى وإن كانت أصلا مما يدخل في اختصاص المحكمة الجزئية إذ أن حسن سير العدالة يقتضي الجمع بين الطرفين المرتبطين أمام محكمة واحدة حرصا على عدم تقطيع أوصال الدعوى وتفاديا لصدور أحكام متعارضة فيها⁽¹⁾. وفي حكم آخر أضافت (إذ أنه من مقتضى حسن سير العدالة جمع الطرفين المرتبطين أمام نفس المحكمة لتفادي صدور أحكام متعارضة)⁽²⁾ وفقا لهذا القضاء يكون للمحكمة الابتدائية النظر في دعوى الرجوع ودعوى التطليق في آن واحد لتحكم إما برجوع الزوجة وإما بتطليقها، وإذا ما رفعت دعوى التطليق أمام المحكمة الجزئية يمكن للزوج أن يطلب رجوعها وفي هذه الحالة يملك القاضي أن يحيل الدعوى الأصلية والطلب العارض للمحكمة الابتدائية إعمالا لنص المادة 48 من قانون المرافعات والتي مفادها إذا قدم للمحكمة الجزئية من الطلبات العارضة ما يجاوز اختصاصها وكان الفصل بين الدعوى الأصلية والطلب العارض يضر بحسن سير العدالة كان لها أن تحيل الدعوى الأصلية والطلب العارض للمحكمة الابتدائية. وأيضا يمكن إعمال المادة 69 والتي مفادها يجوز رفع الدعوى التبعية أمام المحكمة المختصة بالدعوى الأصلية وإذا رفعت بطريقة مستقلة جاز طلب ضمها إلى الدعوى الأصلية.⁽³⁾

والجدير بالملاحظة في هذا المقام أن التعددية النوعية لمحاكم الدرجة الأولى وتوزيع الاختصاص بينها، في اعتقادنا، لا يقوم على أساس مقبول. فإفراد محكمة دون غيرها بنظر مسائل محددة مع ما يترتب على ذلك من الحكم بعدم الاختصاص لا يحقق فائدة لا للقضاء ولا للمتقاضين. ومثال ذلك دعاوى محل الدراسة فالمادة 47 بند 10 من قانون المرافعات كانت تقضي بالفصل في دعاوى التطليق من اختصاص المحكمة الابتدائية إلا إنه قد تم تعديل هذه المادة بالقانون رقم 18 لسنة 1989 ثم عدل البند 10 منها بالقانون رقم 26 لسنة 1423 بموجب

(1) محكمة عليا. طعن مدني. جلسة 04/17/1999. 222/42 ق. (غير منشور).

(2) محكمة عليا، طعن مدني. جلسة 12/21/1996، 40/222 ق مجلة المحكمة العليا، غير منشور، طعن مدني. جلسة 11/27/2007، رقم 52/824 مجموعة أحكام المحكمة العليا، الجزء الخامس، 2007، ص 2136.
(3) الطلب التبعية هو طلب ينشأ ويترتب على طلب أصلي أو يتولد عن تنفيذ الحكم الصادر في الدعوى الأصلية هندي، أحمد عوض. مرجع سبق ذكره، بند 15، ص 53. فالحكم برفض الرجوع يولد طلب الحكم بالتطليق مثلا.

المادة الأولى منه وصارت الفرقة بين الزوجين بجميع أنواعها وأسبابها من اختصاص المحكمة الجزئية.⁽¹⁾

المنطق يقتضي استعمال الأدوات الإجرائية الأكثر ملاءمة والتي تسهل الفصل في الخصومات على نحو يتمشى ومقتضيات العدالة فجمع الدعاوى المرتبطة والفصل فيها معاً يحول دون صدور أحكام متعارضة فضلاً عن حسن سير العدالة من خلال توفير الوقت والجهد والمال⁽²⁾ وإتاحة فرصة أوفر للقاضي لاكتشاف الحق وجعل حكمه عنواناً للحقيقة⁽³⁾. وهو حل أكثر منطقية من الوقف القضائي لدعوى الرجوع، رغم أن هذا الحل فيه مساس بالاختصاص النوعي المتعلق بالنظام العام ومساس بالتعددية النوعية لمحاكم الدرجة الأولى كما رسمها المشرع إلا إنه حل أكثر عدالة إلى أن يتم إعادة النظر في النصوص القائمة على نحو تكون فيه محاكم الدرجة الأولى محاكم من ذات النوع.⁽⁴⁾

(1) محكمة عليا. طعن شرعي 50/18 ق جلسة 2004/04/21 (غير منشور).

(2) د. النيداني، الأنصاري حسن . مبدأ وحدة الخصومة ونطاقه في قانون المرافعات . رسالة دكتوراه منشورة

الإسكندرية : دار الجامعة الجديدة . بجون رقم الطبعة 1998 . بند 21 . ص 25 .

(3) ياسين، محمد نعيم عبدالسلام. نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية .

الجزء الثاني القاهرة : كلية الشريعة والقانون . جامعة الأزهر . السنة 1971 . ص 545 .

(4) لمعرفة المزيد حول هذا الاقتراح انظر بحثنا تهافت فلسفة التعدد النوعي لمحاكم الدرجة الأولى، مجلة العلوم

القانونية والشرعية، جامعة الزاوية، س. 2، ع 5، ديسمبر 2014، ص 133 .

الخاتمة:

مرور أكثر من سبعين عاما على صدور قانون المرافعات المدنية والتجارية بما تضمنه من نصوص قاصرة وغامضة دون تعديل يجعله لا يسعف إلى حسن سير العدالة . فدعوى الزوج المرفوعة في مواجهة زوجته مطالبا رجوعها إلى بيت الزوجية مرتبطة أشد ارتباط بدعواها بالتطلاق لتضررها أو لاستحالة دوام العشرة بينهما . هذا الارتباط يقتضي أن يفصل فيهما نفس القاضي حتى يتمكن من بدل مساعيه للوصول إلى الصلح ولملمة الشمل وإذا لم يفلح فيكون لذات القاضي الفصل في هذه الخصومة بدلا من تفتيتها بين عدة محاكم. فالارتباط أحد الأفكار التي تساهم في تحقيق عدالة سريعة وتقلص عدد القضايا المعروضة على المحاكم بتجميعها والفصل فيها معا من صدور أحكام متعارضة يصعب أو يستحيل تنفيذها . فجمع الطلبات المرتبطة أمام محكمة واحدة لكي تنظرها يمكنها من الإلمام الكامل بالنزاع والوقوف على الإدعاءات المتبادلة بين الخصوم أو المقدمة من الغير، ويمنع انقطاع أوصال الخصومة. الأمر الذي ينعكس إيجابا على القرار الصادر منها في موضوع النزاع ويجعل حكمها بعيدا عن التعارض وأكثر اتقا مع المراكز الواقعية للخصوم.

لكن انعدام التنظيم التشريعي الجيد لارتباط الدعاوى في قانون المرافعات قاد المحاكم إلى اعتبار دعوى التطلاق المرفوعة من الزوجة أولية بالنسبة لدعوى الرجوع المرفوعة من الزوج وبالتالي وقف نظرها، وبغض النظر عن المراحل التي وصلت إليها القضية ولا شك أن ذلك فيه مساس بحق التقاضي، فالإزام الزوجة بالرجوع إلى بيت الزوجية من لوازمها قيام الرابطة الزوجية أثناء رفع ومباشرة الدعوى ولا يتصور استئنافها بعد الحكم بالتطلاق وإنهاء الرابطة الزوجية بين الخصوم لأن سببها ومحلها لم يعد موجوداً . فقواعد العقل والمنطق تقتضي أن يكون الرجوع مشفوعا بعقد زواج شرعي وقائم . والأدهى والأمر أن الزوجة لها حق النفقة المستعجلة واستمرارها باستمرار موجبها الشرعي وهو قيام العلاقة الزوجية وكذلك لها الحق في المطالبة بنفقة إهمال دون أن تكون للزوج أي حيلة إزاء وقف دعواه وليس له إلا الحظ لقبول طعنه أو عدم قبوله. لأن مسألة الطعن في الأحكام الصادرة بوقف السير في نظر الدعوى محل خلاف قضائي ومتروك للحظ والصدفة وغير محسوم بمواقف تشريعية وقضائية ثابتة.

نأمل الالتفات إلى وسيلة إجرائية أخرى وهي ضم دعوى التطلاق لدعوى الرجوع المنظورة أمام المحكمة الابتدائية باعتبارها مختصة بالنظر في كل الطلبات المرتبطة بالطلبات المنظورة أمامها إلى حين إلغاء التعددية النوعية لمحاكم الدرجة الأولى.

وما التوفيق إلا من عند الله،،، هذا ما أمكنني بحثه والوصول إليه ، والحمد لله رب العالمين

قائمة بأهم المراجع

أولاً/ الفقه:

أ/ الكتب:

- باللغة العربية:

*د. أحمد أبو الوفا. المرافعات المدنية والتجارية. الإسكندرية : بدون دار النشر الطبعة الخامسة 1959.

*د. أحمد عوض هندي. ارتباط الدعاوى والطلبات في قانون المرافعات . رسالة دكتوراه منشورة الإسكندرية دار الجامعة الجديدة ، بدون رقم الطبعة 1995.

*د. أحمد مسلم .أصول المرافعات ، التنظيم القضائي والإجراءات والأحكام والمواد المدنية والتجارية والشخصية . القاهرة : دار الفكر العربي بدون رقم الطبعة.1971.

*د. السيد عبد العال تمام.تأثير ارتباط الدعاوى على وحدة الخصومة . القاهرة كلية الحقوق 1991. رسالة دكتوراه غير منشورة .إشراف د. فتحي والي.

*د. الكوني علي إعبودة، قانون علم القضاء: النشاط القضائي . الخصومة القضائية والعريضة، الطبعة الثانية ،2003، طرابلس:المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية،

*د.الأنصاري حسن النيداني. مبدأ وحدة الخصومة ونطاقه في قانون المرافعات . رسالة دكتوراه منشورة الإسكندرية : دار الجامعة الجديدة . بدون رقم الطبعة 1998.

*د. رمزي سيف رزق الله. الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية . القاهرة : دار النهضة العربية. الطبعة الخامسة. 1964.

*د. ماهر إبراهيم السداوي. نظرية الخصومة القضائية. بدون مكان ودار النشر ورقم الطبعة . 1977.

*د.محمد نعيم عبدالسلام ياسين،. نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية . الجزء الثاني القاهرة : كلية الشريعة والقانون . جامعة الأزهر. السنة 1971.

*د. نبيل إسماعيل عمر. أصول المرافعات المدنية والتجارية . الإسكندرية منشأة المعارف . الطبعة الأولى 1986.

-باللغة الفرنسية

Morel (René). Traitéélémentaire de procédurecivile. Sirey .1949. 2ème éd

ب/الرسائل العلمية والبحوث القانونية

-باللغة العربية

*د. الكوني علي اعبودة ، مبادئ المحكمة العليا والإلزام المستحيل، مجلة معهد القضاء، السنة 2004، العدد الأول.

*د.خلود علي الساعدي

-تهافت فلسفة التعدد النوعي لمحاكم الدرجة الأولى، مجلة العلوم القانونية والشرعية ، جامعة الزاوية، س. 2، ع 5، ديسمبر 2014.

- ارتباط الدعاوى والطلبات أمام القضاء في قانون المرافعات الليبي، رسالة ماجستير تحت إشراف د. الكوني علي اعبودة ، 2004. غير منشورة.

*د. عبد المنعم عبد العظيم جيرة.

-حجية الأمر المقضي والتفرقة بين الحجية النسبية والحجية المطلقة. مجلة العدالة السنة 4 ، العدد 26 . 1977.

- تركيز الاختصاص. مجلة دراسات قانونية. المجلد الثاني يونيو 1972. منشورات الجامعة الليبية.

-باللغة الفرنسية

*Barraine, Connexité et expertise, Gaz.Pal.1985.1.Doctrine

ثانيا/ أحكام قضائية متنوعة للقضاء الليبي، والفرنسي وللمحكمة النقض المصرية.

السلطة القضائية في إطار العدالة الانتقالية

مقدمة

تحتاج الدول التي تمر بتغير أنظمتها السياسية الحاكمة إلى جملة من الخطوات، من شأنها توفير المناخ المناسب للانتقال إلى المرحلة الجديدة، وتهدف هذه الخطوات إلى تسوية كل ما من شأنه عرقلة الانتقال، كجبر الضرر، ترسيخ مبادئ المحاكمة العادلة، حوكمة المؤسسات... الخ، وتجسدت هذه الخطوات - بالنسبة للحالة الليبية - في صورة تشريع اصطلح على تسميته بالعدالة الانتقالية⁽¹⁾، الذي أكد في مادته الأولى على معالجة ما تعرض له الليبيون خلال النظام السابق من انتهاكات جسيمة وممنهجة لحقوقهم وحررياتهم الأساسية، وذلك من أجل إظهار الحقيقة، ومحاسبة الجناة، وإصلاح المؤسسات، وحفظ الذاكرة الوطنية، وجبر الضرر، والتعويض عن الأخطاء التي تكون الدولة مسؤولة بالتعويض عنها، وذلك خلال الفترة الزمنية من 1 سبتمبر 1969م إلى حين انتهاء المرحلة الانتقالية بانتخاب المجلس التشريعي بناء على الدستور الدائم (م3).

لاشك أن سن تشريع يعنى بالعدالة خلال مرحلة انتقالية ينبغي أن يعكس خصوصية هذه العدالة، التي بدورها نابعة عن خصوصية المرحلة الانتقالية، وقد حددت آليات هذه العدالة من خلال إجراءات تشريعية وقضائية واجتماعية وإدارية (م1 من قانون العدالة الانتقالية المشار إليه)، وهذه الإجراءات إذا ما قررنا استبعاد التشريعية منها وكذلك الاجتماعية والإدارية، فإن القضائية محل تساؤل مفاده، هل هناك تلازم بين خصوصية العدالة الانتقالية ودور السلطة القضائية في المرحلة الانتقالية؟ الإجابة عن هذا التساؤل تتطلب إلقاء نظرة موجزة عن فكرة العدالة الانتقالية حتى تتضح خصوصيتها (فقرة أولى)، ثم بيان الدور الذي ينبغي أن تلعبه السلطة القضائية خلال المرحلة الانتقالية (فقرة ثانية).

فقرة أولى: نظرة موجزة عن العدالة الانتقالية:

تثير فكرة العدالة الانتقالية العديد من التساؤلات، بعضها يتعلق بطبيعتها كعدالة هل هي حقا عدالة انتقالية، أو عدالة ولكن في مرحلة انتقالية؟ بعضها الآخر يتعلق بمصيرها، هل العدالة الانتقالية مرتبطة بالمرحلة التي كانت السبب في ظهورها؟ أو أن مصيرها منوط بتحقيق أهدافها؟ وإذا كان قانون العدالة الانتقالية رقم (29) لسنة 2013م قد حدد موعدا لانتهاء المرحلة الانتقالية،

(1) قانون رقم (29) لسنة 2013م في شأن العدالة الانتقالية، ج ر ع 15، السنة الثانية، 15 ديسمبر 2013م.

ملحوظة: أي إشارة إلى نص مادة متعلق بالعدالة الانتقالية فيقصد بها قانون العدالة الانتقالية الليبي المشار إليه.

وذلك بانتخاب المجلس التشريعي بناء على الدستور الدائم، فكيف نتصور انتهاء المرحلة الانتقالية إذا لم يتم انتخاب المجلس التشريعي، أو إذا لم يصدر الدستور الدائم؟.

تساؤلات نتصور الإجابة عنها من خلال البحث في مفهوم العدالة الانتقالية (أولاً) ثم التصور المستقبلي لها (ثانياً).

أولاً: مفهوم العدالة الانتقالية:

عرف المشرع العدالة الانتقالية -على غير عاداته- بأنها معالجة ما تعرض له الليبيون خلال النظام السابق من انتهاكات جسيمة وممنهجة لحقوقهم وحررياتهم الأساسية من قبل الأجهزة التابعة للدولة، عن طريق إجراءات تشريعية وقضائية واجتماعية وإدارية، وذلك من أجل إظهار الحقيقة ومحاسبة الجناة وإصلاح المؤسسات وحفظ الذاكرة الوطنية وجبر الضرر والتعويض عن الأخطاء التي تكون الدولة مسؤولة بالتعويض عنها (م1 من القانون رقم (29).

بداية تبنى المشرع تسمية العدالة الانتقالية دون العدالة في المرحلة الانتقالية، فتسمية العدالة الانتقالية من شأنها الدلالة على أنها نوع من أنواع العدالة (انتقالية وأخرى غير انتقالية)، والعدالة واحدة، لا تختلف باختلاف المراحل الانتقالية، وقد صدق عليها مثل المرأة معصوبة العينين، فهي لا تميز حتى بين المستهدين بأحكامها، ويبدو أن وقوع المشرع في مثل هذه الهفوات راجعا إلى ما سار عليه مشرعو القانون المقارن لهذه التسمية⁽¹⁾. ولذا فإن الأدق من وجهة نظرنا اصطلاح العدالة في المرحلة الانتقالية، كونه يُعنى بالعدالة في مرحلة معينة وُصفت بأنها انتقالية.

من جانب آخر، ربط المشرع أحكام العدالة الانتقالية بأفعال وقعت خلال فترة معينة، ألا وهي فترة النظام السابق، واستثنى من المرحلة اللاحقة له بعض الأعمال مثل مواقف أدت إلى شرخ في النسيج الاجتماعي، أو أعمال كانت ضرورية لتحسين الثورة شابتها بعض السلوكيات غير الملتزمة بمبادئها (م211). فهذا التحديد من شأنه الدلالة على أن المشرع الليبي لم يلتزم بفلسفة العدالة الانتقالية، التي تهدف إلى تهيئة الانتقال إلى مرحلة جديدة يسودها العدل والمساواة دون النظر إلى فترة معينة أو نظام معين، فإلى جانب المظالم التي وقعت في ظل النظام السابق، قد تكون هناك مظالم أخرى تمت خلال مرحلة الأنظمة الأسبق (مرحلة الاحتلال على سبيل

(1) المشرع التونسي على سبيل المثال، قانون أساسي عدد 53 لسنة 2013م مؤرخ في 24 ديسمبر 2013م يتعلق بإرساء العدالة الانتقالية وتنظيمها، راجع النصوص القانونية المتعلقة بالعدالة الانتقالية، الجمهورية التونسية، وزارة العدل.

المثال)، لاسيما أن العدالة الانتقالية لم تجسد في تلك المراحل السابقة. ومن ثم كان ينبغي عدم تقييد أحكام العدالة الانتقالية بفترة النظام السابق فحسب، بل تمتد لتشمل المراحل السابقة على صدور قانون العدالة الانتقالية.

هذه العدالة التي وصفت بالانتقالية، حدد لها المشرع فترة زمنية لتطبيقها، تبدأ من 1 سبتمبر 1969م إلى حين انتهاء المرحلة الانتقالية بانتخاب المجلس التشريعي بناء على الدستور الدائم (م3)، وعندما تطبق أحكام قانون خلال فترة معينة، فإنه يعكس تماما خصوصية أحكامه، التي وضعت لهذه الفترة الزمنية المحددة، وهذا ما نحن بصده في شأن العدالة الانتقالية، من خلال الإجراءات التشريعية والقضائية والاجتماعية والإدارية (م1)، ولنا أن نتساءل عن طبيعة هذه الإجراءات الموصوفة بالتشريعية أو القضائية⁽¹⁾... الخ، اكتفى المشرع بتسمية هذه الإجراءات دون بيان طبيعتها، ولكن من الممكن معرفة طبيعتها من خلال إشارة المشرع إلى مكونات العدالة الانتقالية، التي حددها في المادة الخامسة في جوانب عديدة، مثل إصدار قوانين ونصوص دستورية تكشف عن عدالة ثورة السابع عشر من فبراير عن عدم عدالة النظام السابق، كشف الحقائق ذات الطبيعة العامة والجماعية، كشف الحقائق الفردية، المحاسبة الجنائية، المصالحة الاتفاقية، العفو التشريعي والعفو العام، جبر الضرر، شؤون النازحين.

هذه الجوانب المتعددة - باستثناء الأول منها- لا تعكس حقيقة خصوصية العدالة الانتقالية، فكشف الحقائق سواء الجماعية أو الفردية أو العامة، أو المحاسبة الجنائية، أو جبر الضرر، فهي ليست لصيقة بالفكرة الانتقالية، بل تعد هذه الجوانب مطلوبة حتى بعد انتهاء المرحلة الانتقالية، قد يقال أن المشرع قصد من تعداد هذه الجوانب حث السلطة الجديدة على مباشرة هذه الإجراءات؛ لتهيئة الانتقال إلى المرحلة الجديدة، ولكن هذا التصور يقود إلى نتيجة مفادها أن العدالة الانتقالية ليس الهدف منها إصلاح ما فسده النظام السابق، بقدر ما هو تحقيق استقرار السلطة الحاكمة بعد انتصارها، ويبدو أن هذا التصور هو الأقرب لقصد المشرع، وذلك من خلال تأكيده على عدالة ثورة السابع عشر من فبراير!

فصدر المادة الرابعة من قانون العدالة الانتقالية أكد على ضرورة الاعتراف بعدالة ثورة فبراير، بالإضافة إلى الإقرار بفساد وطغيان وتجريم العهد السابق! فإشارة مثل هذه تؤكد أن

(1) سبق وأن أشرنا إلى استبعاد الإجراءات التشريعية والاجتماعية والإدارية من الدراسة، ولكن الإشارة إليها في هذه الفقرة يعد من متطلبات بيان خصوصية أحكام العدالة الانتقالية.

أحكام العدالة الانتقالية موجهة إلى نظام معين، ورغم ذلك، فإنه لا ضرورة - من أجل تحقيق هذا الغرض - لسن قانون يعنى بالعدالة الانتقالية، بل يكفي أن تباشر السلطة الحاكمة كل الإجراءات التي من شأنها تحقيق أهداف ومكونات العدالة الانتقالية.

لو حاولنا تفصيل الهدف المتعلق بالاعتراف بعدالة ثورة فبراير، وعدم عدالة النظام السابق، فإننا نتساءل عن آلية هذا الاعتراف، فمن الذي سيقدر هذا الاعتراف؟ أم أن إشارة المشرع له كافية بهذا الاعتراف؟ أعتقد أن المشرع في سنه لهذا القانون قد ابتعد عن خصائص القاعدة القانونية، التي ينبغي أن تكون عامة ومجردة، وأكد بذلك على أنه وسيلة لتحقيق استقرار السلطة الجديدة دون مرحلتها، ولذا فإن العدالة الانتقالية حقا ينبغي أن تعنى بالمرحلة الانتقالية، بصرف النظر عن السلطة الحاكمة خلالها.

والعدالة الانتقالية سواء تعلقت بالمرحلة الانتقالية أو السلطة الحاكمة خلالها، حدد لها المشرع فترة زمنية لتطبيق أحكامها، ألا وهي انتخاب المجلس التشريعي بناء على الدستور الدائم، فما آلية انتهائها إذا فشل انتخاب المجلس التشريعي، أو صدور الدستور الدائم؟

ثانياً: مستقبل العدالة الانتقالية:

ظهرت فكرة العدالة الانتقالية بإرادة تشريعية واحدة، عبرت من خلالها عن تبنيتها واعترافها بعدالة ثورة فبراير، وأنها تهدف إلى إصلاح ما فسد النظام السابق، وأكدت على آلية انتهاء المرحلة الانتقالية بانتخاب المجلس التشريعي بناء على الدستور الدائم، ويبدو أن هذا المسار يتطلب استمرار ولاية الإرادة التشريعية التي أصدرت القانون، حيث إن قواعد العدالة الانتقالية تتميز بخصوصية في طبيعتها؛ إذ تتطلب صلة وثيقة بين هذه القواعد والسلطة التي قامت بتشريعها، ومن ثم فإن نشطي الإرادة التشريعية (انقسامها) يعكس تماما انقسام أحكام العدالة الانتقالية، ويكفي أن نتصور مصير قانون العدالة الانتقالية في حال سقوط النظام الذي صدر في ظلها، فهل سيكون للعدالة الانتقالية معنى؟

حتما ستسقط فكرة العدالة الانتقالية، وهذا من الممكن أن نلتمسه في واقعنا، فمعظم أحكام العدالة الانتقالية تفتقد إلى الفعالية في التطبيق، فهياًة تقصي الحقائق لم تباشر عملها بشكل اعتيادي إلى الآن⁽¹⁾، لاسيما في حال تعدد المجالس التشريعية أو التنفيذية وأحيانا حتى القضائية!.

(1) هذا ما أفاد به رئيسها المستشار حسين البوعيشي أثناء مداخلته التي أبدأها في المؤتمر الثاني للتسجيل العقاري في ليبيا، والذي عقد في نهاية يناير 2018م في طرابلس.

إضافة إلى ما سبق، فإن تأكيد المشرع على انتهاء المرحلة الانتقالية بانتخاب المجلس التشريعي بناء على الدستور الدائم من شأنه ربط فكرة العدالة الانتقالية ليس فقط بالسلطة الحاكمة في المرحلة الانتقالية، بل أيضا بفترة زمنية معينة، بصرف النظر عن تحقيق أهداف العدالة الانتقالية! فعلى سبيل المثال هل من المتوقع تحقيق السلم الأهلي، أو بث الطمأنينة في نفوس الناس وإقناعهم بالعدالة أنها قائمة وفعالة، أو تحديد مسؤوليات أجهزة الدولة عن انتهاكات حقوق الإنسان؛ بمجرد انتهاء المرحلة الانتقالية بناء على انتخاب المجلس التشريعي؟ لا أعتقد ذلك، ولو حاولنا بحث خلفية هذا التساؤل، فإن الإجابة لن تقف عند حد النفي؛ بل ربما تمتد لتمس فكرة العدالة الانتقالية، التي من شأنها نقل العدالة من انتقالية إلى عدالة دائمة تتميز بخصوصية معينة، وهذا لا يعني العودة إلى فكرة الانتقالية، بل تكمن هذه الخصوصية في استحداث ما من شأنه ترسيخ قواعد العدالة⁽¹⁾، وهذا شأن القاعدة القانونية العامة، التي تعبر تماما عن مجموعة وقائع مادية كانت هي السبب في ظهورها. ربما هذا التصور يمتد إلى كيفية تنظيم فكرة العدالة الانتقالية تشريعا، التي نرى إمكانية تجسيدها في تقييم أهداف العدالة الانتقالية المشار إليها في المادة الرابعة من قانون العدالة الانتقالية، كجبر الضرر، تحقيق المصالحة المجتمعية، إصلاح مؤسسات الدولة، هذه في الحقيقة ليست أهداف عدالة انتقالية فحسب، أو أهدافا مرحلية؛ بل أهداف الدولة التي تنشئ العدل والإنصاف، والاحتكام إلى القانون، ومن ثم يمكن وصف هذه الأهداف بالمبادئ التي ينبغي التأكيد عليها دستوريا⁽²⁾، وقد أشارت المادة (181) من مسودة مشروع الدستور إلى ذلك في عبارتها بأن "تلتزم الدولة بتطبيق تدابير العدالة الانتقالية؛ ويصدر قانون ينظم كشف

(1) فمثلا يمكن إضفاء الصفة الرسمية على محاضر الصلح التي تتم عن طريق بعض شيوخ الدين ومشائخ القبائل خلال فترة معينة، فهؤلاء ربما يسهمون - لو نظرنا إلى مرتبتهم الاجتماعية- في تحقيق أهداف العدالة الانتقالية.

(2) حيث تبقى أحكام العدالة الانتقالية مقننة على الصعيد الدستوري، ويترك تطبيق الأحكام الدستورية عن طريق التشريعات المختلفة، ومن ثم فلا حاجة إلى تسمية قانون يعني بالعدالة الانتقالية، فأهداف العدالة الانتقالية المذكورة في المادة (181) من مقترح مشروع الدستور كجبر الضرر وكشف الحقيقة وفحص المؤسسات قد لا يحتاج تحقيقها إلى تشريع خاص، بقدر ما يحتاج إلى رغبة صادقة من السلطة التنفيذية في مباشرة الإجراءات التي من شأنها تحقيق هذه الأهداف. من ناحية أخرى، يسمح هذا التصور التشريعي لتنظيم أحكام العدالة الانتقالية بديمومة هذه الأحكام، ومن ثم فإن الأهداف المذكورة لن تكون رهينة بانتهاء المرحلة الانتقالية، بل تستمر وتبقى مع بقاء الدستور، ومن ثم قد تسري لأكثر من مرحلة انتقالية.

الحقيقة، وتعويض الأضرار، والمساءلة، والمحاسبة، وفحص المؤسسات⁽¹⁾. ورغم هذه الإشارة الصريحة إلى تكريس أهداف العدالة الانتقالية؛ إلا أن الإحالة إلى القانون بشأن تنظيم تحقيق تلك الأهداف من شأنها تجويف أحكام المادة المشار إليها. بعد أن اتضحت خصوصية أحكام العدالة الانتقالية، حان الآن تقييم دور السلطة القضائية في ضوء هذه الخصوصية.

فقرة ثانية: دور السلطة القضائية في المرحلة الانتقالية:

نؤكد مجدداً على خصوصية أحكام العدالة الانتقالية، بصرف النظر عن أسباب هذه الخصوصية، أو أهدافها، إلا أن تطبيق هذه الأحكام قد يستلزم إعادة تنظيم السلطة القضائية بما ينسجم وخصوصية العدالة الانتقالية. وتأتي هنا الخصوصية في إطار المفاضلة بين أمرين، إما الإبقاء على تنظيم السلطة القضائية، أو إعادة تنظيمها بما يحقق متطلبات العدالة الانتقالية، كإنشاء قضاء استثنائي أو مختلط ... الخ، وهذا بدوره يتطلب بحث الآليات المطروحة لإعادة تنظيم السلطة القضائية، التي نراها متجسدة في جانبين أحدهما هيكلي (أولاً) والآخر إجرائي (ثانياً).

أولاً: السلطة القضائية على الصعيد الهيكلي:

عند الحديث عن دور السلطة القضائية على الصعيد الهيكلي، فينبغي أن يدور حول إمكانية إعادة هيكلة الجهاز القضائي بما يتناسب وأحكام العدالة الانتقالية، كإنشاء قضاء متخصص أو مختلط أو استثنائي كما سنرى، إلا أن المادة السابعة من قانون العدالة الانتقالية المشار إليه أشارت إلى إعادة هيكلة جزء من السلطة القضائية، وذلك بإنشائها لهيئة تقصي الحقائق، فهذه الهيئة أسند لها صلاحيات مهمة، منها ما يتعلق بمباشرة مهام تدخل في اختصاص النيابة العامة، كسلطة تفتيش الأماكن وضبط المستندات والأدلة وتحريزها، بل ولها أن تطلب من أي شخص الكشف عن أي معلومة أو وثيقة أو يكون لها علاقة بموضوع البحث الذي تقوم به الهيئة وأن تستجوب أي شاهد وأن تحلفه اليمين القانونية المقررة! (م16 من قانون العدالة الانتقالية).

يفهم من هذا التنظيم، أن المشرع لم يجعل صلاحية التحقيق والتفتيش وكذلك الاستجواب حكراً على النيابة العامة من حيث المبدأ⁽²⁾، بل منح هذه الصلاحية لهيئة تقصي الحقائق، التي لا

(1) مسودة مشروع الدستور الصادرة عن الهيئة التأسيسية لصياغة مشروع الدستور في مدينة البيضاء بتاريخ 29 يوليو 2017م. يلاحظ أن مثل هذه الإشارة لم ترد في الإعلان الدستوري الليبي المؤقت!
(2) أحياناً قد يباشر التحقيق عن طريق مأمور الضبط القضائي بناء على تكليف من قاضي التحقيق، راجع المادة (54) من قانون الإجراءات الجنائية الليبي، موسوعة القوانين الجنائية والقوانين الكاملة لها، الجزء الثاني (قانون الإجراءات الجنائية)، الطبعة الأولى، 2008م.

نرى أنها خطوة محمودة؛ كون أن أعمال التحقيق والتفتيش والاستجواب تتطلب تأهيلا معيناً، كأن يكون اختصاصياً في مجال القانون، وأحياناً متحصلاً على ما يفيد اجتيازَه للدورات المؤهلة بالعمل القضائي، وهذا ليس مشروطاً في عضوية لجنة تقصي الحقائق، فالمادة (12) من قانون العدالة الانتقالية أكدت على ضرورة توافر عدة شروط لاكتساب العضوية في الهيئة، كأن يكون لبيبي الجنسية، أو غير منتمي إلى حزب سياسي، أو لم يسبق له العمل في الأجهزة الأمنية التابعة للدولة ولو كان متولياً وظيفة النائب العام ... ! ولا نجد إشارة إلى ضرورة توفر المؤهلات اللازمة لمباشرة هذه الصلاحيات المهمة.

أما عن إمكانية إعادة تنظيم السلطة القضائية بما يستجيب وأحكام العدالة الانتقالية، مثل إنشاء قضاء استثنائي أو متخصص أو مختلط، فإن الحكم بذلك يتطلب بيان مفاهيم هذه المسميات:

أ- القضاء الاستثنائي والمتخصص:

من الصعب إعطاء تعريف دقيق يحدد ماهية القضاء الاستثنائي، ولكن يمكن إجمال عناصره بأنه ذلك القضاء الذي تنظم محاكمه خارج إطار القضاء العادي، وتشكل بحسب الأصل من عناصر غير قضائية، للفصل في طائفة محددة على سبيل الحصر، وفقاً لإجراءات و ضمانات تختلف في الغالب عن الإجراءات العادية للتقاضي⁽¹⁾. وغالباً ما يتم اللجوء إلى إنشاء قضاء استثنائي عندما ترغب السلطة الحاكمة في التخلص من خصومها، وتهيئة استقرار الحكم لها، ولا ترى في القضاء العادي ما يلبي هذه الأهداف، ولعل أهم أن يطرح في إطار العدالة الانتقالية مدى إسهام هذا النوع من القضاء في تحقيق أهداف العدالة الانتقالية؟ لا نتصور أن إنشاء قضاء استثنائي خاص بطائفة محددة يفقد أمامه المتقاضون الضمانات الأساسية للمحاكمة العادلة يمثل تحقيقاً لأهداف العدالة الانتقالية، بل يكون هذا القضاء مسبباً في ضرورة سريان أحكام العدالة الانتقالية على المتقاضين الذين كانوا ضحية المحاكمة أمام هذا القضاء، ومن ثم فإن السلطة القضائية خلال المرحلة الانتقالية تحتاج إلى التمسك بوحدتها، والتأكيد على ضمانات المتقاضين أمامها، وإذا ما دعت الضرورة إلى إنشاء قضاء خاص؛ فإن السبيل هو التأكيد على فكرة القضاء المتخصص، الذي يظهر بمظهر المحكمة التي تنتظر في منازعات محددة، يحظى أمامها المتقاضون بالضمانات الكافية، بذلك سيكون هذا التشكيل داعماً لأحكام العدالة الانتقالية ومؤدياً نحو تحقيق أهدافها.

(1) د. محمود مسعود الشعلاحي، المحاكم الاستثنائية وعلاقتها بالقضاء العادي، مقال منشور على الانترنت بدون

ب- القضاء المختلط:

سُمي هذا القضاء بهذه التسمية نسبة إلى اختلاط أعضاء محاكمه بناءً على عامل الجنسية، فيتم تشكيل محكمة ما من قضاة وطنيين، وآخرين غير وطنيين للفصل في منازعة معينة، ويكون ذلك إما في صورة اتفاقية بين دولتين، أو في صورة قانون وطني، بموجبه يتم تعيين قضاة أجانب للفصل في بعض المنازعات الداخلية، إما لقلّة عدد القضاة، أو عدم قدرتهم على إجراء محاكمة عادلة.⁽¹⁾

هذه هي الصورة التقليدية لفكرة القضاء المختلط، التي لا نرى أنها داعمة لمسار العدالة الانتقالية، فمجال العدالة الانتقالية في ليبيا يتعلق بمنازعات داخلية بين فئات أو مناطق معينة، ومن ثم فإن القضاء المختلط بين دولتين يكون خياراً مستبعداً. إلا أن البعض قد نادى بضرورة هذا النوع من القضاء، واعتبره لازماً من لوازم العدالة الانتقالية⁽²⁾، وأكد على كيفية تشكيل هذا القضاء، الذي يتم عن طريق اتفاق يبرم بين الأمم المتحدة والدولة الليبية، وبيّش القضاة مهامه إما داخل ليبيا أو خارجها⁽³⁾، ورغم وجهة نظر أنصار هذا الاتجاه؛ فإن هناك بعض المعوقات من شأنها جعل هذه الفكرة مجرد نظرية، فما الذي يضمن استقلال الأمم المتحدة وحيادها تجاه المنازعات التي تدخل في اختصاص القضاء المختلط؟ لاسيما إذا أخذنا في الحسبان ضبابية موقف الأمم المتحدة تجاه الأزمات التي حلت بالدولة الليبية بعد عام 2011م! من جانب آخر، يعدّ المشكل بالنسبة للحالة الليبية ليس في قبول أو عدم قبول القضاء الوطني، بل في عدم رغبة أحد أو جميع أطراف النزاع في تسوية المنازعات، ويظهر ذلك من خلال تمسك كل طرف بمطالبه، ولعل قضية عودة أهالي تاورغاء تجسد مثالا لذلك، ومن ثم فإن القضاء المختلط سيقف عاجزاً عن استصدار أي عمل قضائي، وعلى فرض أن هذا القضاء يباشّر مهامه خارج ليبيا؛ فإن أحكامه ستقتد إلى الفعالية في التطبيق، ولذا، فإن المشكل يكمن في ضرورة استرجاع هيبة الدولة التي تدّعن الطرف المتعنّت، عندها تخفي التفرقة بين القضاء الوطني والمختلط، ويتأكد بذلك مسار العدالة الانتقالية.

(1) راجع بحثنا حول مبدأ القاضي الطبيعي في النظام القضائي الليبي، رسالة ماجستير، كلية القانون جامعة طرابلس، 2015م.

(2) د. الهادي علي بوحمرّة، القضاء المختلط كلازم من لوازم العدالة الانتقالية، مجلة القانون، العدد الثالث، 2012م، ص 185.

(3) د. بوحمرّة، مرجع سابق، ص 193.

ثانياً: السلطة القضائية على الصعيد الإجرائي:

يتطلب الحديث عن الجانب الإجرائي للسلطة القضائية تحديد طبيعة المنازعات التي يمكن تصنيفها بمنازعات العدالة الانتقالية، وهذه إشكالية أخرى تتعلق بماهية هذه المنازعات، حتى يتسنى تمييزها، ولا تكفي الإشارة الواردة بالمادة الأولى من قانون العدالة الانتقالية (الانتهاكات الجسيمة والممنهجة من قبل أجهزة الدولة)، فضلاً عن ضرورة توفر وسيلة اتصال النزاع بالمحكمة، كالدعوى، أو الشكوى في الأحوال التي يتطلب فيها القانون ذلك، التي أحياناً قد لا تكون ممكنة، فعلى سبيل المثال كيف نتصور اتصال السلطة القضائية بقضايا فحص المؤسسات؟ ومن ثم، فليس كل قضايا العدالة الانتقالية تتصل بالسلطة القضائية، فبعض أهداف العدالة الانتقالية يتجاوز فكرة النزاع، كبث الطمأنينة في نفوس الناس وإقناعهم بأن العدالة قائمة وفعالة (م4ف4) من قانون العدالة الانتقالية.

بعد التأكيد على أن بعض قضايا العدالة الانتقالية ليست ذا علاقة بالسلطة القضائية، فإنه من اللازم التساؤل عن الدور الذي ينبغي أن تلعبه السلطة القضائية حيال القضايا التي يمكن أن تتصل بها، كمحاسبة الجناة، أو جبر الضرر، أو تحديد مسؤولية أجهزة الدولة... الخ، يبدو من الضروري التمييز بين المنازعات الفردية والجماعية، التي نرى أن الأخيرة تندرج تحت مسمى قضايا العدالة الانتقالية خلافاً للأولى، رغم إشارة المادة (5ف3) من قانون العدالة الانتقالية إلى كشف الحقائق الفردية، والمبرر في هذا التمييز أن الحقائق الفردية يمكن ترك شأنها إلى السلطة القضائية دون إدخالها في إطار العدالة الانتقالية، بينما الحقائق الجماعية ربما يتطلب كشفها الحاجة إلى خصوصية أحكام العدالة الانتقالية، كجرائم الإبادة الجماعية.

الحاجة إلى خصوصية أحكام العدالة الانتقالية فيما يخص القضايا الجماعية لا تعني إبعاد مثل هذه القضايا عن ولاية سلطة القضائية، بل يتطلب أن تلعب السلطة القضائية دوراً مختلفاً، نراه في ضرورة تخصيص دائرة قضائية في كل محكمة استئناف تختص بنظر القضايا المتعلقة بالعدالة الانتقالية ذات الطابع الجماعي، وتشكل هذه الدائرة من عناصر قضائية وأخرى غير قضائية فاعلة ولها التأثير في حلحلة مثل هذه القضايا، كبعث مشائخ القبائل، شيوخ الدين، الأعيان ومجالس الحكماء... الخ. لا شك أن تطبيق هذه الفكرة ليس بالأمر الهين، فهي تحتاج إلى تدخل تشريعي لتعديل القواعد المنظمة للسلطة القضائية، أيضاً قد يكون من السهل الوصول إلى حل ينهي القضية، ولكن تغيب ل ضمانات اللازمة لتنفيذ ما قضى به الحكم بسبب عدم قدرة الدولة على فرض هيبتها.

بهذا نكون قد انتهينا من بيان مدى التلازم بين دور السلطة القضائية في المرحلة الانتقالية وخصوصية العدالة الانتقالية، الذي ظهر في جملة من النتائج والتوصيات نوردتها في خاتمة هذا البحث.

خاتمة

(نتائج وتوصيات)

أولاً: نتائج :

- 1- لم يوفق المشرع في اختبار تسمية القانون بالعدالة الانتقالية، مما يثير في الذهن أنها نوع من أنواع العدالة.
- 2- ربط المشرع أحكام العدالة الانتقالية بفترة زمنية معينة ألا وهي فترة النظام السابق، واستثنى بعض الأعمال التي ارتكبت في ظل النظام اللاحق، مع تجاهل المظالم التي وقعت قبل النظام السابق.
- 3- تفتقد أحكام العدالة الانتقالية إلى التنظيم التشريعي وفق مبدأ تدرج التشريعات، حيث احتوى القانون مبادئ أساسية، كان الأجدر أن ترد نصوصاً دستورية.
- 4- لا حاجة إلى قانون خاص يُعنى بالعدالة الانتقالية، بل يكفي تكريس أهدافها من خلال نصوص دستورية تلزم السلطة التنفيذية تحقيق هذا الأهداف وترسيخها.
- 5- ابتعد قانون العدالة الانتقالية عن أهم خصائص للقاعدة القانونية، ألا وهي العموم والتجريد، حيث إنها عدالة موجهة إلى النظام السابق، وفي المقابل عدالة داعمة للنظام اللاحق (17 فبراير).
- 6- قد لا تتحقق متطلبات العدالة الانتقالية بمجرد انتخاب المجلس التشريعي أو صدور الدستور الدائم، وهذا يعكس تماماً ما سبقت الإشارة إليه فيما يتعلق بالتكريس الدستوري لأهداف العدالة الانتقالية.
- 7- قانون العدالة الانتقالية يعيد - بطريق غير مباشر - تنظيم اختصاص السلطة القضائية، وذلك بإنشائه لهيئة تقصي الحقائق، التي أسند لها اختصاصات تدخل في صميم اختصاص النيابة العامة.
- 8- التلازم بين خصوصية أحكام العدالة الانتقالية ودور السلطة القضائية في المرحلة الانتقالية ليس حتمياً، ومن ثم، فلا حاجة - من حيث المبدأ - لإعادة تنظيم السلطة القضائية وبما ينسجم ومتطلبات العدالة الانتقالية.
- 9- القضاء المختلط والاستثنائي خياران غير مناسبين لدعم مسار العدالة الانتقالية.
- 10- التخصص القضائي سواء على صعيد المحاكم أو الدوائر ربما يسهم في تحقيق أهداف العدالة الانتقالية.

ثانيا: توصيات:

- 1- الانتقال من تسمية العدالة الانتقالية إلى العدالة ولكن في مرحلة الانتقالية، حتى تُميز على أنها ليست نوعا من أنواع العدالة.
- 2- نتصور بأن من الضروري التفكير في إعادة هيكلة العدالة الانتقالية تشريعا، وذلك بالتأكيد على مفهوم العدالة الانتقالية وأهدافها والجهات المعنية بتحقيقها في مسودة الدستور، وترك تطبيق هذه النصوص على الوقائع إلى الجهات المعنية سواء من السلطة التنفيذية أو القضائية.
- 3- لا بد من تحديد الوقائع التي تكون محلا لتطبيق أحكام العدالة الانتقالية، ونوصي بأن تكون الصفة الجماعية في الواقعة هي ضابط الاختصاص، حتى يتم حصر هذه الوقائع، ومن ثم معالجتها بما ينسجم ومتطلبات العدالة الانتقالية.
- 4- إعادة التفكير في هيكلة العدالة الانتقالية يستتبعه إعادة تنظيم سريان أحكام العدالة الانتقالية، ففلسفة العدالة الانتقالية ليست موجهة إلى نظام ما في فترة ما، بل يمكن تطبيق أحكامها على الفترات السابقة واللاحقة أيضا.
- 5- يجب أن تتسم أحكام العدالة الانتقالية بالعمومية والتجريد، فهي أداة تهدف إلى الإصلاح، وجبر الضرر، وبت الطمأنينة... الخ، وهذا لن يتأتى إلا إذا اتسمت هذه الأحكام بالعمومية والتجريد.
- 6- قد تلعب السلطة القضائية دورا مختلفا في المرحلة الانتقالية، تمشيا مع متطلبات العدالة الانتقالية، وذلك بإنشاء فكرة القضاء المتخصص، أو التخصص على صعيد الدوائر في محاكم الاستئناف.

ثبت المصادر والمراجع:

- 1- قانون الإجراءات الجنائية الليبي، موسوعة القوانين الجنائية والقوانين المكملة لها، الجزء الثاني، قانون الإجراءات الجنائية، الطبعة الأولى، 2008م.
- 2- قانون رقم (29) لسنة 2013م في شأن العدالة الانتقالية، ج ر ع 15، السنة الثانية، 15 ديسمبر 2013م.
- 3- قانون أساسي، عدد 53 لسنة 2013م مؤرخ في 24 ديسمبر 2013م، يتعلق بإرساء العدالة الانتقالية وتنظيمها، النصوص القانونية المتعلقة بالعدالة الانتقالية، الجمهورية التونسية، وزارة العدل.
- 4- مسودة مشروع الدستور الليبي الصادرة عن الهيئة التأسيسية لصياغة مشروع الدستور، مدينة البيضاء، مؤرخ في 29 يوليو 2017م.
- 5- د. الهادي بو حمرة، القضاء المختلط كلازم من لوازم العدالة الانتقالية، مجلة القانون، العدد الثالث، 2012م، ص185.
- 6- د. محمود مسعود الشعلالي، المحاكم الاستثنائية وعلاقتها بالقضاء العادي، مقال منشور على الانترنت، رابط <http://www.startimes.com>

مقاربة السلطة التقديرية للقاضي

تقدير سلطة القاضي التقديرية:

إن البحث في سلطة القاضي التقديرية موضوع طارف وتليد، إذ لازالت محل جدل ونقاش، وجذب وشد، وكثيراً ما تجد المحاكم العليا في مختلف الدول تسلم بوجود هذه السلطة دون أن تفصح عن ماهية هذه السلطة ومضمونها، ولا عن محيطها وامتدادها، ربما خشية أن يقصر التعريف عن الإحاطة بكل عناصرها، فكانت هذه الورقة محاولة للاقتراب من هالة هذه السلطة، والنظر في طبيعتها وكنهها وذلك بالبحث في ماهيتها ومضمونها (أولاً)، ثم وضع هذه السلطة في الميزان (ثانياً).

أولاً: ماهية السلطة التقديرية:

البحث في ماهية السلطة التقديرية للقضاة يقتضي التحري عن مفهومها (أ) ثم محاولة التقصي عن عناصر هذه السلطة (ب) .

أ - مفهوم السلطة التقديرية:

مصطلح السلطة التقديرية يشير إلى وجود سلطة، وإلى أن هذه السلطة قوامها التقدير، والسلطة لها من المفاهيم والدلالات الكثير، و التقدير لفظ عميق المعنى.

فالسلطة تعني القدرة على الإكراه بمقتضى الواقع وبمقتضى القانون، وأصلها من: "التسلط والسيطرة والتحكم"⁽¹⁾، فمن يتسلط على شخص أو على شيء، يستطيع السيطرة والتحكم فيه، ويوجهه أنى يشاء، وفي الكتاب العزيز: "ولو شاء الله لسلطهم عليكم فلقاتلوكم"⁽²⁾. أما التقدير في اللغة: "من قدر الشيء: بين مقداره، وقدر الشيء بالشيء: قاسه به وجعله عل مقداره،...وقدر فلان: تمهل وفكر في تسوية أمر وتهينته"⁽³⁾.

وقد عرف الدكتور نبيل إسماعيل عمر السلطة التقديرية للقاضي المدني بقوله: "هي النشاط الذهني الذي يقوم به هذا القاضي في فهم الواقع المطروح عليه، واستنباط العناصر التي تدخل هذا الواقع في نطاق قاعدة قانونية معينة، يقدر أنها هي التي تحكم النزاع المطروح عليه"⁽⁴⁾.

(1) المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، ج1، ط2، مطابع دار المعارف، مصر 1973، ص443.

(2) سورة النساء، آية (90).

(3) المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، ج2، ط2، مطابع دار المعارف مصر 1973م، ص 718 .

(4) نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ط1،

1984م، ص91.

ويعرفها آخرون بقولهم: "أنها الحرية المتروكة للقاضي بمقتضى القانون صراحة أو ضمناً من أجل اختيار الحل الأنسب والأقرب إلى الصواب من بين حلول أخرى"⁽¹⁾.

وهناك من عرفها بأنها: "إمكانية ذهنية أو عقلية يمنحها المشرع للقاضي من أجل مواكبة الواقع المتحرك أمام ثبات النص القانوني"⁽²⁾.

وهكذا يكون ما يقوم به القاضي من تقدير هو نشاط ذهني لتقييم النزاع المطروح أمامه في ضوء المعطيات القانونية⁽³⁾.

والسلطة التقديرية الممنوحة لرجال القضاء، تناظر مثلتها التي يتمتع بها عمال السلطة التنفيذية، وهي تعني مباشرة الصلاحيات الممنوحة بالاختصاص، فالسلطة التقديرية وسيلة العمل القضائي أو الإداري وجوهره، وهذا الاختصاص الذي تمارس السلطة من خلاله يرسم حدودها ويضبطها من الانحراف

فالقاضي ينظر في النزاع المعروض أمامه محاولاً استنتاج واستنباط مجموعة عناصر الواقع، مؤلفاً بينها؛ ليدخل أو يدرج تلك العناصر تحت قاعدة قانونية معينة، مقدراً بحسب ما يتراءى له أن هذه القاعدة هي الحاكمة لتلك العناصر، ساعياً من وراء ذلك إلى الكشف عن الحل لهذه القضية أو تلك. فالمراد بالسلطة التقديرية استقلال إرادة القاضي في اختيار الأسلوب المناسب لتحقيق غاية القانون، أو هي قدر معين من الحرية يتسع أو يضيق وفق عوامل واقعية وقانونية في تكوين الرأي القضائي.

هذه التعريفات أعلاه تشير إلى عناصر يستند إليها القاضي عند ممارسة وظيفته القضائية،

فما هي هذه العناصر؟ .

ب- عناصر السلطة التقديرية للقاضي:

بعض الفقه يرى في مضمون هذه السلطة من السعة الشيء الكثير، إذ أنه يحوي بين جنباته عناصر العمل القضائي وعملياته المتتالية، و يبقى أساسها وهو العمل الفكري، نقطة الارتكاز في تحديد مدلولها، وقد يكون التعريف التالي مجملاً لعناصر السلطة التقديرية والذي

(1) تعريف أ. لبياض محمد عبد الفتاح، مدونة آدم لبياض تاريخ الدخول : 23 / 2 / 2018 م .

(2) خير الدين كاظم الأمين، سلطة القاضي التقديرية في القانون الدولي الخاص، مجلة جامعة بابل، العلوم الإنسانية، المجلد 15، العدد 2: 2008م، ص 825.

(3) انظر: د. أحمد محمود سعد، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني "ماهيتها، وضوابطها وتطبيقاتها"، ط1، 1988م، دار النهضة العربية - القاهرة، ص 13.

جاء فيه: "هو ذو معنى واسع في مختلف فروع القانون. يقوم على أساس من التحليل الذهني أو الفكري للقاضي فهو نشاط ذهني وعقلي يضطلع به القاضي في فهم الواقع المطروح عليه، واستنباط عناصر هذا الواقع في نطاق قاعدة قانونية يعتقد أنها تحكم النزاع المعروض... وهي بذلك تتألف من عنصرين شخصي وهو القاضي وموضوعي وهو القانون... وتعرف أيضاً بأنها مجموعة النصوص التي تخول القاضي حرية التقدير أو الاختيار"⁽¹⁾.

إن فالسلطة التقديرية يراد بها حرية القاضي في فهم القاعدة القانونية والفرض المقامة عليه، وفي فهم الوقائع التي يثيرها الخصوم أمام القاضي من خلال فحص المستندات المقدمة إليه ومقارنة تلك الوقائع بالفرض الذي تحتويه قاعدة قانونية معينة.

وقد أجملت المحكمة العليا الليبية ما يقوم به القاضي من عمل تحت عنوان السلطة التقديرية في حكمها هذا: "إن قضاء المحكمة العليا قد استقر على أنه فيما يتعلق بتحصيل القاضي لواقعة الدعوى أنه من المسلم به أن لقاضي الموضوع السلطة التامة في بحث الدلائل، والمستندات المقدمة إليه تقديماً صحيحاً، وفي موازنة بعضها ببعضها الآخر، وترجيح ما تطمئن نفسه إلى ترجيحه منها، واستخلاص ما يراه أنه واقعة الدعوى..."⁽²⁾.

يستبين مما سبق أن عناصر أو مرتكزات هذه السلطة ثلاثة: إعمال الفكر في فهم الواقع أولاً.

وفي المرحلة الثانية فحص الوقائع وما تمثله من ضرر مثلاً ثم البحث عن القاعدة القانونية الأنسب لحكم الواقع .

أي إنزال القانون على الواقع ثالثاً، بأن يقدر الوقائع ومدى انطباقها تحت قاعدة بعينها، هي القاعدة القانونية واجبة التطبيق، وينتقل من تجريد القاعدة لقانونية إلى تجسيد القاعدة القانونية بإعمالها في الواقع المعروض أمامه⁽³⁾، كأن يرتئي أن القاعدة القانونية التي تحكم النزاع هي قاعدة "كل خطأ سبب ضرراً للغير يلتزم مرتكبه بالتعويض".

ثم يقدر التعويض الذي يستحقه المضرور بالنظر لظروف الحال. فيتشكل نشاط القاضي حول محورين: محور الواقع ومحور القانون⁽⁴⁾.

(1) د. عباس علي محمد الحسيني الموقع الإلكتروني لكلية القانون - جامعة كربلاء، تاريخ الدخول: 13/3/2018م.

(2) طعن مدني رقم: 58 لسنة 31ق، في جلسة 17/6/1985م - مجلة المحكمة العليا - ص 23ع3، 4، ص 112.

(3) أحمد محمود سعد، مرجع سابق، ص 365، 366.

(4) جمال الخشناوي، سلطة القاضي في مادة التعويض، رسالة بالمعهد الأعلى للقضاء بتونس، 2002 م، ص 9.

وهذا ما يشكل السلطة التقديرية للقاضي، وقررت المحكمة العليا في أكثر من مناسبة بمن ذلك قولها: "من المقرر أن استنباط الأدلة من الوقائع الثابتة في الدعوى مما يدخل في نطاق سلطة محكمة الموضوع التقديرية..."⁽¹⁾، وهذا ما أوضحته كذلك محكمة النقض المصرية فبينت مضمون السلطة التقديرية التي يتمتع بها القاضي بقولها: "لقاضي الموضوع السلطة التامة في بحث الدلائل والمستندات المقدمة له، وفي عدم الأخذ بما لم يقتنع به ويطمئن إليه وجدانه منها، وبحسبه أن يقيم قضاءه على أسباب تحمله وتؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها"⁽²⁾.

فالسلطة التقديرية للقاضي تتمثل أو تبرز في حريته في إجاله الفكر وإمعان النظر في كنه القاعدة القانونية والفرض الذي قامت عليه، وكذلك في فحص وجس الوقائع وما يمكن أن تؤدي إليه من نتائج يمكن أن تغطيها القاعدة القانونية، هذا لا يعني أن السلطة التقديرية لا تكون إلا عند غموض النص القانوني، إذ قد توجد سلطة تقديرية حتى في حالة جلاء القاعدة القانونية⁽³⁾، كما إذا احتوت على عدة حلول على القاضي أن يختار من بينها ما يراه موافقا لإرادة أطراف العقد مثلا، فيراد بالسلطة التقديرية استقلال القاضي في اختيار الأسلوب المناسب لتحقيق غاية القانون، إذ له قدر معين من الحرية في تكوين الرأي القضائي من خلال بحثه العقلي في المعطيات المحيطة بالنزاع المطروح أمامه.

فهذه السلطة تنأتى من حرية العمل التي يتركها القانون للقاضي في تعامله مع الظروف التي تحيط بتطبيق القانون، فيخوله مثلا حرية تقدير مناسبة أعمال نص قانوني بعينه على واقعة معينة.

خلاصة القول أن القاضي حينما يمارس سلطته التقديرية فإنه يشغل نفسه ووقته بالتفكير في المنازعة التي يعمل عليها، باستنطاق الواقع ومحاولة فهمه أولاً بالتفكير فيه، وتقليب النظر، ثم قياسه الواقعة على الفرض القانوني فيتأتى التقدير ثانياً. فالتفكير عملية سابقة للتقدير ولكنها لا

(1) طعن مدني رقم 11 لسنة 339، جلسة 21 / 2 / 1994م، مجلة المحكمة العليا، س 30، ع 1 ص 146.

(2) موجود عند، نبيل اسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 173.

(3) عبدالله خليل حسين الفراء، سلطة القاضي التقديرية في ظل قانون أصول المحاكمات المدنية الفلسطيني "دراسة مقارنة" رسالة لنيل درجة الدكتوراه في قانون المرافعات، جامعة الدول العربية، 2008م، ص 48.

تتفصم عنها، ففي الذكر الحكيم: "إنه فكر وقد فقتل كيف قدر ثم قتل كيف قدر..."⁽¹⁾. فالسلطة التقديرية للقاضي تتألف من مرحلتين هما التفكير ثم التقدير.

وليس هناك من تفكير إلا ويعقبه تقدير فالأخير هو الوساطة بين الفكر والعمل، وكل سلوك البشر ينطوي على تفكير ثم تقدير ثم عمل، والقاضي ليس بدعا من ذلك.

أما حكم القاضي فإنه يقوم على عنصرين: أولهما التقدير وثانيهما الأمر، ولا يملك القاضي سلطاناً مطلقاً خلالهما، فعند التقدير يعتمد على نكاته ومؤهلته، بما لا يتعارض مع إرادة المشرع⁽²⁾، والأمر هو الحكم الذي يتوصل إليه عقب مجهوده الذهني، فيختار القاعدة القانونية التي يراها حاکمة للنزلة التي ينظرها .

وهذا ما ذهب إليه فريق من رجال القانون، ومنهم الإيطاليون الذين أنكروا وجود مثل هذه السلطة، واعتبر بعضهم أن هذه السلطة هي في أضيق نطاق؛ لأن القاضي مدعو للتقيد بالفرض والحل الوارد في القاعدة القانونية التي يقوم بتفعيلها، وهذا يستدعي البحث في حقيقة وجود السلطة التقديرية، ودواعي وجودها أو انتفائها، ومدى هذه السلطة وهذا هو موضوع الفقرة الثانية.

ثانياً: السلطة التقديرية في الميزان:

وضع السلطة التقديرية للقضاة في الميزان يقتضي النظر في حقيقة وجود هاته السلطة (أ)، ثم البحث عن دور المحاكم العليا إزاء هذه السلطة (ب) .

(1) الآيات (.....) من سورة المدثر، والملاحظ هنا أن المولى عز وجل لم يذم الوليد بن المغيرة على التفكير، وإنما ذمه على إساءة التقدير بعد التفكير وتقلب النظر في أمر الإسلام، والتولي والإدبار عن الحق بعد أن استبان له بالتفكر فيه، وكثيراً ما حث الشارع سبحانه على ضرورة التفكير والتدبر، إذ " التفكير فريضة إسلامية " وهذا عنوان لأحد كتب العقاد رحمه الله.

وفي اللغة جاء في المعجم الوسيط، ج2 ص 698: " (فَكَرَ): في الأمر فكراً: أعمل العقل فيه ورتب بعض ما يعلم ليصل به إلى مجهول.

(فَكَرَ): في الأمر مبالغة في فكر، وهو أشيع في الاستعمال من فكر، وفكر في المشكلة أعمل عقله فيها ليتوصل إلى حلها فهو مفكر...".

فالتفكير مطلوب من كل إنسان، ومن القاضي يشند الطلب عليه، فبه يتحرى وجه الصواب من الخطأ والحق من الباطل، ويتاب عليه ما لم يتبع هواه بعد معرفة الحق.

(2) عبد الله خليل الفرا، مرجع سابق، ص 47، 48.

أ- حقيقة وجود السلطة التقديرية:

قد تباينت الآراء حول وجود السلطة التقديرية للقاضي، وأساسها ومداهما وأوانها، فتراوحت بين القول بوجود هذه السلطة في الأحوال التي يترك فيها المشرع للقاضي تقدير مناسبة تطبيق قاعدة قانونية على وقائع معينة، في حين أن فريقاً آخر يرى وجودها ولكن في نطاق ضيق جداً وكاستثناء من الأصل، وبين قائل بعدم وجود هذه السلطة أصلاً، وهؤلاء هم أنصار الشرعية الذين فضلوا الاستغناء عن السلطة التقديرية استبعاداً لتحكم القضاة إذ أنهم خلطوا بين التحكم والسلطة التقديرية، ومرد هذا الخلط هو تصورهم الخاطئ لمدلول السلطة التقديرية وربما لأنه وكما تقدم من معاني السلطة اللغوية التسلط والهيمنة، فيعتقدون أن القاضي ذا السلطة التقديرية هو منافس للمشرع، وبالتالي قد تدعوه سلطته التقديرية للتحكم، ومن ثم مجانبة سبيل الحق والعدل⁽¹⁾، مما يؤدي إلى عدم الانسجام بين الأحكام القضائية، ومن القائلين بانتفاء ما يسمى بالسلطة التقديرية في عمل القاضي بعض رجال القانون الإيطاليين، إذ يرون أنه عندما منح القانون القاضي حرية تقديرية في اتباع الإجراء المناسب، فإنها تكون حرية داخلية بحتة في التفكير، أو أنها تتعلق بشكل العمل، إذ "الأصل في العمل القضائي أنه عمل شكلي"، وأن القاضي له "حرية استثنائية تظهر لنا كسلطة تقديرية في الشكل"⁽²⁾.

بل هناك اتجاه رأى أن نشاط القاضي محدد ومقيد دائماً بإرادة المشرع⁽³⁾، على حين استمسك آخرون بأن القاضي "يباشر نشاطاً حراً خلافاً دائماً"، خصوصاً في مجالات القانون المدني المختلفة، باعتباره الفرع الأرحب للسلطة التقديرية، بل إنه حتى في مجال القانون الجنائي حيث يسود مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، فإن بعض الشراح يرى أن للقاضي الجزائي سلطة تقديرية واسعة تتبعث من مبدأ الاقتناع الحر⁽⁴⁾.

ومع ذلك فإن القائلين بوجود السلطة التقديرية يعترفون بأن جوهر هذه السلطة هو القيام بسلسلة جهود ذهنية بهدف تقدير إمكانية ترتيب أثر قانوني معين على المنازعة المعروضة أمام القضاء⁽⁵⁾.

(1) أحمد محمود سعد، مرجع سابق ص 34 - 43.

(2) المرجع السابق، ص 109.

(3) نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 105.

(4) محمد بازي، سلطة القاضي في تقدير الاعتراف الجنائي في القانون المغربي والمقارن د.ت.

(5) نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 96.

واختار طائفة من رجال القانون القول بأن القانون الوضعي يعترف للقاضي بحرية تقدير في نطاق معين، وآخرون ارتأوا أنها موسعة، فالقائلون بوجود السلطة التقديرية يعللون ذلك بحجج منها:

1. أن هذه السلطة تمكن القاضي من توجيه عمله نحو الأسلوب الأمثل لتحقيق غاية العمل القضائي، فعندما يمنح المشرع القاضي حرية اختيار وقت اتخاذ الإجراء أو مضمونه، فهنا يجب أن يكون عمله مناسباً في وقته وملائماً في مضمونه للهدف منه .

2. الأحكام التي تصدر في نطاق سلطة القاضي القضائية، تصدر استناداً إلى سلطته التقديرية، فالسلطة التقديرية إن هي إلا ممارسة من القاضي لاختصاصه القضائي.

تقدم القول بأن هناك من يعرفها بأنها النصوص التي تخول القاضي حرية التقدير والاختيار!، هذا التعريف يشير إلى أنها (السلطة التقديرية) مستمدة من القانون - النصوص - وبالتالي فهي منحة من المشرع ومنة على القاضي تخوله حرية التقدير والاختيار وفي هذا الكلام الأخير ما يناقض العقل والمنطق، فهل القاضي واقع تحت جبر السلطين القضائية والتشريعية لدرجة أنه كان مسلوباً من حرية التقدير والاختيار إلى أن انبرى المشرع لتحريره ووهبه ما لا يوهب من بشر وهو حرية التفكير والتقييم والاختيار !! ، حتى يصير لسان حال القاضي أنا أفكر فأنا حر؟! وهل عمل القاضي كله يندرج تحت ما يسمى بالسلطة التقديرية؟.

إن العمل القضائي ما هو إلا عمل عقلي يتضمن العديد من العمليات العقلية المختلفة كالوزن والقياس والتحليل والتجميع والمقارنة، فهو يقوم بتحليل الوقائع والجمع بين المنتج منها في الدعوى والمقارنة بينها وبين النموذج الوارد في القاعدة القانونية، عمله أشبه بمن يقوم بحل مسألة حسابية، مُعملاً عقله وجهده في الوصول إلى النتيجة الصحيحة، فهل نقول عن نشاطه الذهني أنه يملك سلطة تقديرية؟!.

وإذا كانت سلطة القاضي المقيدة منها والتقديرية ما هي إلا وسيلة أو أداة لتطبيق حكم القانون، وإذا كان القائلون بوجود السلطة التقديرية يعترفون بأن جوهر هذه السلطة هو القيام بطائفة من العمليات العقلية بغية تطبيق القانون على الواقع، فهل هذا يعني أن جزءاً من النشاط العقلي للقاضي يخضع للنقد والنقض من قبل المحكمة الأعلى، وجزءاً آخر يفلت من ذلك تحت عنوان السلطة التقديرية؟.

وهل من معيار يضع برزخاً بين القسمين؟، لاسيما وأن محاكم القانون لطلما بجلت السلطة التقديرية وعدتها فضلاً كبيراً من لدن المشرع على القاضي، هذا يدعو للبحث في دور المحكمة العليا إزاء سلطة القاضي.

ب- دور المحكمة العليا إزاء السلطة التقديرية:

إن عمل القاضي وما يترافق معه من سلطة تقديرية، تمكنه من الإبداع في عمله أثار الجدل حول نطاق هذه السلطة، وما إذا كانت واسعة و مطلقة لا يقف في وجهها سد ولا يحجزها حاجز ولا حد، أم أنها كأى سلطة ينبغي أن يعلوها سقف المراقبة والمحاسبة؟. وإذا كانت محكمة القانون تراقب أعمال القاضي للقانون، فهذا يعني أن وسائل هذا التطبيق والمتمثلة في النشاط الفكري الذي يبذله القاضي، لا تملك عليه رقابة، كالوقائع وما تحتاجه من دراسة وفحص وتجميع مما لم يحط به القانون، وليس بقادر على ذلك، فقد ترك للقضاء يُجبل فيه النظر ويُدير فيه الفكر حتى يصل إلى مرحلة تقدير الحل الذي لا يصادم القانون، ومن ثم فإن إضفاء مصطلح السلطة التقديرية على تقدير القاضي يوحي بأن هذا التقدير هو عمل خطير وجليل ولا يخضع لرقابة محكمة القانون، وكأنه عمل من أعمال السيادة العvisية - وفق رأي معتقياًها - على الخضوع للقانون.

وحقيقة الأمر غير ذلك، وكان الأجدر أن يوسم هذا النشاط باسمه الحقيقي دون مبالغة وتوصيف بعيد عن الواقع، والأحرى أن ينعت بأنه حرية التفكير في كيفية تطبيق القانون لا غير، وهذا ما يفسر لنا أحكام محاكم القانون التي تتحدث عما تسميه السلطة التقديرية .

فإذا كانت محاكم التعقيب تختص بمراقبة تطبيق القاضي للقانون، فما هي جوانب العمل القضائي التي تراقبها المحكمة العليا؟ وكيف تتم هذه الرقابة؟

لقد تقدم أن النشاط العقلي للقاضي لا يمكن أن يخضع لرقابة القضاء، إذ هو جهد ذاتي للقاضي، يتوصل به إلى إدراك المصلحة التي يسعى النص لحمايتها لتكون المعيار في فصل النزاع.

وكثيراً ما نصت محكمتنا العليا على أنها لا تراقب السلطة التقديرية للقاضي، من ذلك قولها: "إن أمور الواقع مما تستقل بتحصيله محكمة الموضوع وليس من مهمة محكمة النقض مراقبة تحصيل الوقائع في الدعوى وتقتصر مهمتها في تطبيق القانون على ما حصلته من وقائع"⁽¹⁾.

(1) طعن مدني رقم 40 لسنة 31 ق، جلسة 1985/5/13، مجلة المحكمة العليا، س23، ع 4-3 ص 84.

ومع ذلك فالمحاكم العليا تراقب نتائج هذا التفكير، وذلك عند خروج هذا الجهد الذهني إلى الواقع، متمثلاً في التأويل والتفسير الذي يعطيه القاضي للقاعدة القانونية، وفي التكيف والتوصيف الذي يضيفه على الوقائع توصلًا إلى الحل القضائي [الحكم] الذي يصدره.

إن فكل العناية الفكري للقاضي هو تحت رقابة محكمة القانون بطريق غير مباشر، فهي لا تراقب تفكير القاضي والعمليات العقلية التي يقوم بها القاضي وأنى لها ذلك؟!، ولكنها تراقبه من خلال الحكم الذي يصدره، وما يستند إليه من أسباب وأسناد، فالقاضي لكي يفصل في نزاع معين فإنه يتبع مجموعة خطوات، ويلتزم بتبيان عناصر العمل الذي قام به لدى حكمه في القضية، وعناصر العمل القضائي خاضعة لرقابة المحكمة العليا، وفي هذا تقول المحكمة العليا الليبية: "إن قضاء هذه المحكمة قد استقر على أن تقدير الوقائع وإثبات عنصر الخطأ وعلاقة السببية بينه وبين الضرر وتحديد المسؤول عنه وتقدير التعويض المناسب موكول إلى قاضي الموضوع دون معقب عليه طالما أقام قضاءه على ما يحمله من واقع الدعوى ومستنداتها"⁽¹⁾.

فكيف تتأكد محكمة القانون من أن المحكمة الدنيا لم تنتكب الصراط القويم إذا لم تقم الأولى بمقارنة الوقائع ومقارنتها مع الفرض المضمن في القاعدة القانونية؟ وهنا يثور الجدل حول فحوى هذا الحكم، وهل يثبت السلطة التقديرية للقاضي أم أنه ينفىها!؟.

فالمحاكم العليا بعد أن تؤكد أن لقاضي الموضوع سلطة كاملة على الوقائع وهي تشترط أن يكون ما انتهى إليه مطابقاً لواقع الدعوى ومستمدًا من مستنداتها!؟، فكيف توسم هذه السلطة تارة بأنها كاملة: "... وإن كان لمحكمة الموضوع السلطة الكاملة..."⁽²⁾ وتوصف تارة أخرى بأنها تامة: "...من المسلم به أن لقاضي الموضوع السلطة التامة في بحث الدلائل..."⁽³⁾، ثم توصف مرة ثالثة بأنها مطلقة⁽⁴⁾: "...من المسائل الواقعية التي يستقل بها قاضي الموضوع بسلطته التقديرية المطلقة..."، وهي مقيدة بالكثير من الاشتراطات من المحاكم العليا!؟.

فمن تتبع أحكام المحكمة العليا الليبية يظهر أنها تبسط رقابتها على عدة أمور حتى تكاد تختفي هالة السلطة التقديرية:

- (1) طعن مدني رقم: 207 / 47 ق، تاريخ الطعن 2005/6/1م، س 40، ع 2، رقم الصفحة 117.
- (2) طعن مدني رقم 40 / 22، تاريخه: 31 / 10 / 1976م، مجلة المحكمة العليا، س13، ع 3، ص 80.
- (3) طعن مدني رقم: 58 / 31 ق، تاريخه: 17 / 6 / 1985م - مجلة المحكمة العليا، س23، ع 3، ص 112.
- (4) طعن مدني رقم 255 / 20 ق، تاريخه 12 / 3 / 1974م، مجلة: س 10، ع 3، ص 280).

- 1- فهي تشترط ضرورة قيام حكم قاضي الموضوع على وقائع الدعوى ومستنداتها: "طالما أقام قضاءه على ما يحمله من واقع الدعوى ومستنداتها..."⁽¹⁾، فكيف تتحقق من ذلك إذا لم تقم بمقاربة الوقائع ومقارنتها مع الفرض المضمن في القاعدة القانونية.
- 2- كما أنها تراقب مدى لزوم الحكم عن المقدمات الواردة فيه: "من المقرر أن استنباط الأدلة من الوقائع الثابتة في الدعوى مما يدخل في نطاق سلطة محكمة الموضوع التقديرية بلا معقب عليها ... متى كان استخلاصها لها سائغاً"⁽²⁾، وأن قاضي الموضوع لم يزعج عن الجادة في الوصول إلى الحكم عبر الوقائع الثابتة طبقاً للمنطق القويم في الاستنتاج: المحكمة الموضوع السلطة التقديرية في وزن الأدلة والاعتماد على ما تظمن إليه منها، طالما لم تخرج عن المنطق السليم في استنتاجاتها..."⁽³⁾، وأنى لمحكمة القانون أن تتأكد من التزام قاضي الموضوع بكل هذا إن كانت مقدمات أعماله خارجة عن رقابتها؟ .
- 3- تسبب الحكم الذي لا مناص منه يعرض الوقائع بالتفصيل للوصول إلى النتيجة التي يحتويها الحكم وعدم تسبب الحكم يجعله معيباً قابلاً للنقد والنقض⁽⁴⁾.
- وإن اشتراط المحكمة العليا لذكر أسباب قيام الحكم والتوسع في تطلب ذكر العناصر التي قام عليها قضاء محكمة الموضوع نزل بالسلطة التقديرية للقاضي إلى أدنى مستوياتها، إن لم يكن قد نفاها وذهب بها.

كما أن هذا يقود إلى التساؤل عن حقيقة وجود وقائع منفصلة عن القانون، فإذا كانت تراقب الخطأ في تطبيق القانون دون الخطأ في تقدير الوقائع!! فإن الخطأ الأول قائم على الخطأ الثاني أو أن الخطأ في الوقائع مؤدٍ إلى الخطأ في القانون، والمحكمة العليا لن تتمكن من تحديد الخطأ القانوني إلا بالاطلاع على وقائع الدعوى، ومع ذلك نجد هذا الحكم للمحكمة العليا الذي تؤكد فيه على الفصل بين الخطأ في الواقع والخطأ في القانون: "إن قضاء المحكمة العليا قد استقر على أنه فيما يتعلق بتحصيل القاضي لواقعة الدعوى أنه من المسلم به أن لقاضي الموضوع السلطة التامة في بحث الدلائل، والمستندات المقدمة

(1) طعن مدني رقم : 207 / 47 ق، تاريخ الطعن 2005/6/1م، س 40، ع 2، رقم الصفحة 117.

(2) طعن مدني رقم 11 لسنة 39ق، جلسة 1994 / 2/21م، مجلة س 30، ع 1 ص 164.

(3) طعن مدني رقم : 24/23 ق، تاريخه: 1978 / 12/24م، مجلة المحكمة العليا، س 4، ع 15، ص 85.

(4) طعن مدني رقم 27/57ق، تاريخه: 1984 / 2 / 20، مجلة المحكمة العليا، س 21 - ع 3، ص 67.

إليه... واستخلاص ما يراه أنه واقعة الدعوى دون أن تكون للمحكمة العليا أية رقابة عليه في ذلك - ولو أخطأ في نفس الأمر؛ لأن خطأه في فهم الواقع في الدعوى، لا في فهم حكم القانون في هذا الواقع...⁽¹⁾.

فإذا كان قاضي الموضوع قد أخطأ في فهم الوقائع ألا يترتب على ذلك أنه سيطبق قاعدة قانونية أخرى غير التي تحكم الوقائع الفعلية؟ أم أن الخطأ في استنتاج الوقائع وترتيبها لا يمتد إلى القانون؟ وأن تطبيق قاعدة قانونية على وقائع لا علاقة لها بها ليس خطأ في القانون؟ خلاصة القول أن القاضي حينما يمارس سلطته التقديرية فإنه يشغل نفسه ووقته بالتفكير في المنازعة المطروحة عليه، باستنطاق الواقع ومحاولة فهمه أولاً بالتفكير فيه، وتقليب النظر، ثم قياسه الواقعة على الفرض القانوني فيتأتى التقدير ثانياً، فهو محاصر بين مفردات الوقائع وبين الفرض الوارد في القاعدة القانونية فأين هي السلطة التقديرية الكاملة وللمطلقة الممنوحة للقاضي التي تخرجه عن رقابة محكمة القانون؟.

ومع ذلك فالداعمون لسلطة القاضي التقديرية ينتهون إلى أن عمل القاضي هو في حد ذاته سلطة تقديرية؛ أي أن ما يقوم به القاضي من تفكير في الوقائع وتحصيل المنتج منها لإنزال القانون عليه هو سلطة تقديرية لا معقب عليها.

وإذا كان الجهد الذهني للقاضي لا يخضع للتعقيب عليه فهل يسمح هذا باعتبار هذا الجهد سلطة تقديرية؟ كما أن حرية القاضي في اتباع نسق فكري معين في تدرج وبناء منطقي للربط بين الوقائع والقاعدة القانونية هل تعد سلطة تقديرية؟!.

ولا ريب أن من يملك سلطة تقديرية يستطيع إنفاذها كما يستطيع إغفالها، فهل في مكنة القاضي ترك التفكير المنطقي الموصل إلى تطبيق القانون؟ وما الذي يبقى من عمل القاضي إن هو فعل ذلك؟.

وتقدم أن المشرع هو الذي منح القاضي حرية التقدير والاختيار (السلطة التقديرية)، ولو افترضنا أن المشرع لم يمنح القاضي هذه السلطة فما العمل الذي يمكن أن يؤديه القاضي في غياب هذه السلطة؟!.

(1) طعن مدني رقم: 58 لسنة 31 ق، جلسة 17/ 17 / 1985م، مجلة المحكمة العليا، س 23 - 3ع، ص4.

لهذا يتجه بعض الشراح إلى تأكيد هجران الفقه والقضاء لفكرة السلطة التقديرية المطلقة أو لصالح ضبط وتقييد سلطة القضاة⁽¹⁾، وأنه لضمان عدم تعدي القضاة اتكاءً على هذه السلطة، فإن محاكم القانون باتت توسع من رقابتها على محاكم الموضوع لتمتد هذه الرقابة شاملة الواقع والقانون معاً.

من كل ما سبق قد يبدو للمرء وكأن ما يسمى بالسلطة التقديرية للقاضي كانت دفعة نفسية للقاضي للارتفاع بهيمته، وأن ما يؤديه من عمل ينبغي أن يكون مناسباً في وقته وملئاً في مضمونه للهدف من وظيفته، متسقاً مع إرادة المشرع، فعمله مقيد بإنفاذ القانون، وبتحري العدالة وإحقاق الحق ما استطاع إلى ذلك سبيلاً، وكل هذا يستدعي مزيداً من الجهود للبحث في ثنايا هذا الموضوع .

(1) خير الدين كاظم الأمين، مرجع سابق، ص 839 .

تأملات حول فلسفة العقوبة

تمهيد:

بسم الله الرحمن الرحيم

والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، وبعد،،،

فالمهدف من هذه المحاضرات يتلخص في الآتي:

1- لا نريد منها بالتأكيد أن تلقى على الطلبة ونجتز ما جاء فيها وكأنها نصوص تحفظ لذات الحفظ، ولكن أردنا فقط أن نضع إطاراً نظرياً للحديث حول فلسفة العقوبة حتى لا يكون حديثنا مشتتاً لا جامع له فنتشتت معه أفكار الطالب .

2- اعتمدنا البساطة في عرض مجمل الأفكار والفلسفات التي عالجت هذا الموضوع بعيداً عن التعقيدات التي عودنا عليها كثير من الباحثين وبخاصة القدماء منهم في مثل هذه المسائل. وهؤلاء الباحثون في فلسفة العقاب أو أي موضوع آخر، لم يتعمدوا طبعاً أن يكون أسلوبهم عصياً عن الفهم، فهم يريدون بالتأكيد أن تقرأ أفكارهم وتفهم كما أرادوا لها أن تفهم، ولكن أسلوبهم يعكس ثقافة عصرهم ولغة عصرهم، فنحن نلاحظ حتى في تراثنا العربي الإسلامي، نفس المنهج سواء في العرض أو النقد و التحليل حتى أن كثيراً من المعاصرين يجدون صعوبة كبيرة في متابعة هذه الكتابات ويرجعون غالباً إلى المختصرات، ولكن المشكلة هنا تكمن في أن نقل أفكار الآخرين قد لا يخلو من عدم الدقة في النقل وهذا ناتج إما لعدم فهم ما ينقلون أو أن الكاتب لم يكن موفقاً في تلخيص أفكار غيره حتى لو كانت هذه الأفكار واضحة في الذهن وهو الراجح.

3- يستطيع الطالب النابه أن يختار من هذه المحاضرات عنواناً لأطروحته للدكتوراه من عشرات العناوين التي عالجت مباشرة أو جاءت عرضاً في سياق الحديث، فهي تطرح عدة إشكاليات فلسفية تستحق البحث و الدراسة .

4- حث الباحث على أن يعيد النظر في ما يعتقد أنه من المسلمات، فعند البحث سوف يكتشف أو هكذا نتصور، أن ما اعتبره من المسلمات ما هي إلا أوهام لا تغني عن الحقيقة العلمية شيئاً.

5- كما سوف نتيج للطالب أن يعيد النظر كذلك في منهجية البحث العلمي، لأننا نلاحظ على كثير من الرسائل والأطروحات افتقارها لهذا المنهج المبني على مقدمات ونتائج فيأتي بحثه وكأنه سرد وصفي لأراء غيره بدون أن يضعها في ميزان العقل والمنطق و متناقض في كثير من الحالات وهذه هي آفة البحث العلمي في كل عصر .

6- فنحن نعتقد أن البحث العلمي مفيد للباحث نفسه قبل أن يكون مفيداً لحركة البحث العلمي في مجملها، فيفترض أن يخلق لديه الملكة القانونية القادرة على النقد والترجيح و المناقشة وهذا الترجيح بين الأفكار ينبغي أن يعتمد على مرجحات من العقل والمنطق وإلا فلن يستفيد شيئاً ، فالعواطف والمشاعر والأحاسيس لا علاقة لها بالبحث العلمي الجاد ومقتضياته .

7- قد يأخذ علينا البعض أننا ركزنا حديثنا في هذه المحاضرات على الفلسفة الوضعية وتجاهلنا فلسفة الفقه الإسلامي حول هذه المسألة، فكان ينبغي أن ينصب اهتمامنا في المقام الأول على عرض ومناقشة هذه الفلسفة فهي غنية بالأفكار التي سبقت في كثير من الجوانب الفلسفات الغربية قديمها وحديثه، فتجنب الاهتمام بها فيه نوع من التقصير في خدمة الشريعة .

وهذا النوع من النقد غير صحيح في المطلق وذلك من عدة وجوه :

الوجه الأول: لا يختلف النظامان "الوضعي" والإسلامي في جل المسائل محل البحث، وحتى التوقيفيات كالحدود والتي قد نرى فيها استثناء على فلسفة العقوبة كما سوف نعرض له لاحقاً، لا تكون كذلك إذا طرحت في إطارها الديني كما ينبغي لها أن تطرح وفق فهمنا لها .

الوجه الثاني: كل الأفكار التي عرضنا لها هي محل نقاش في الفكر الإسلامي كحرية الاختيار والجبرية وفكرة العصيان وما يترتب عليها من ضرورة العلم بأحكام الشريعة ، ومبدأ لا تكليف بمستحيل ... الخ، فكل هذه المعاني وغيرها كانت موضوعاً لمناقشات مستفيضة في الفكر الإسلامي، ونحن على قناعة أن الأفكار الغربية هي امتداد أو هي نسخ في الموضوع و المنهج للفكر الإسلامي حتى أننا نستطيع القول بأنها بضاعتنا ردت إلينا ولكن بأسلوب مختلف .

الوجه الثالث: أشرنا صراحة لبعض المسائل في الفكر الإسلامي كلما رأينا أن ذلك ضروري كفكرة القصاص والعصيان و " الشر " التي تمثلها العقوبة ، وقواعد التكليف وغيرها مما قد يرى فيه البعض اختلافاً بين المنهجين في التكفير .

الوجه الرابع: اعتمدت الفلسفة الوضعية على المنهج العقلي بعيداً عن الماورائيات مع أنها في خلفية النقاشات الفلسفية دائماً ، ولا يختلف هذا المنهج العقلي عن المنهج المتبع عند المفكرين المسلمين حتى التقليديين منهم les orthodoxes، فهم يعترفون بأن لا تعارض بين النقل الصحيح و العقل الصريح .

8- وقد رأينا من المناسب أن نعالج موضوع هذه المحاضرات في قسمين :

- عرضنا في القسم الأول للنظريات الفلسفية المجردة - وكذلك تلك التي استلهمت منها التشريعات الوضعية بعض المبادئ و الأفكار العامة وبخاصة المذاهب الحديثة .
- وخصصنا القسم الثاني للتطبيقات حتى تتسجم معالجتنا لمجمل المسائل محل البحث مع العنوان المختار لهذه المحاضرات فالتأمل في الأفكار هو بالتأكيد غير التكرار والسرد ، وقد عرضنا للاستثناءات على المبادئ العامة، وكذلك لبعض المفاهيم المغلوطة في التشريعات المعاصرة، وهي لا تخرج في مجملها عن المسألة الرئيسية للبحث وهي فلسفة العقوبة .
- 9- ولسهولة العرض، فقد أرتأينا أن نفصل بين الأفكار عن طريق تبني منهج الفقرات، فنحن نرى أن هذا الأسلوب يساعد القارئ أكثر على متابعة التسلسل الفكري لمختلف الآراء ويجنبه التداخل بينها فيفسد عليه الفهم الصحيح لمحتوى ما يعرض من هذه النظريات.
- 10- تعمدنا كذلك إيراد المصطلحات الأجنبية في لغتها الأصلية لكي يتعود الطالب على نطقها في لغتها الأم فهذا أحرى أن يحفزه على الإلمام بهذه اللغة فهو ضروري لكل جاد باحث فيما نعتقد .

القسم الأول

نظريات Théories

أولاً: نظريات مجردة (Théories apstraites)

حينما نتحدث عن فلسفة التجريم و العقاب فهذا الحديث لابد أن يطرح سؤالاً بديهيًا ينصب أساساً على العقوبة : ماهيتها، أساس مشروعيتها، صاحب الحق فيها .
فواضع " قواعد التجريم" بالمعنى العام ، مكتوبة أو غير مكتوبة ، بدائية أو شبه بدائية أو متحضرة، يأخذ في اعتباره دائماً رد الفعل المترتب على خرق هذه القواعد وإلا يكون وضعها عبثاً فنحن نجرم لكي نعاقب، وهذا السؤال مطروح منذ أن عرفنا أن هناك تاريخاً للتجريم و العقاب ولازال مطروحاً حتى الآن .

والإجابة عن هذه التساؤلات تفرض الرجوع إلى تاريخ الفلسفة العقابية إن، حتى يتسنى لنا معرفة مدى تطور الأفكار حول هذه المسألة، ففلسفة العقوبة كانت دائماً جزءاً لا يتجزأ من دراسة تاريخ الفلسفة histoire de la philosophie ذاتها. ونحن هنا نحاول أن نعرض كيف كان ينظر للعقوبة كعنوان نستطيع بمقتضاه تتبع تاريخ الفلسفة ، وسوف تكون لنا الفرصة خلال هذا التتبع، أن نعرض للعقوبة باعتبارها وسيلة من وسائل السياسة الجنائية La politique criminelle .

فغني عن البيان أن كل جماعة بشرية مهما كانت بدائية موعلة في بدائيتها، لها " فلسفتها " الخاصة عندما تحدد رد فعل هذه الجماعة ضد الجريمة وليس مهما أن نجد لديها أدبيات معينة تشرح وتفسر أو تفلسف هذا الموقف أو ذلك من الجريمة، ما هو مهم هو أن نعرف كيف كان رد الفعل هذا وبخاصة من صاحب الحق فيه ونحن نستطيع من ثم، أن نحلل فلسفته من خلال المعطيات التي نملكها عن هذه الجماعة البشرية أو تلك.

فإذا رجعنا لعلم السلالات l'ethnologie الذي هو " دراسة الثقافة و الحضارة étude de la culture et civilisatoin نجد مع Lévi- Strauss في " علم طبائع الإنسان البنيوية – Anthropologie structurale " أن هذه الثقافة أو الحضارة تشمل المعرفة والدين والفن والأخلاق و القانون و العادات والأعراف المكتسبة بواسطة الإنسان باعتباره عضواً في المجتمع، وهكذا من الصعب أن نتحصل لدى الشعوب البدائية على مبرر أخلاقي أو تفسير عقلائي لما هو سائد من عناصر الثقافة في هذه الجماعة ، فإذا سألت أحدهم مثلاً عن ذلك كله ، فسوف يكون الجواب أن الأشياء كانت هكذا دائماً ، أو أن ذلك كان بناءً على أوامر إلهية أو تعاليم الأجداد .

كما أن منع بعض التصرفات مهما كان تكييفها، من المنطقي أنها تمس بدرجات متفاوتة مجموعة المقدرات أو القيم من عادات وتقاليد و أعراف ترى أنها جديرة بالإحترامحتى تحافظ على كيانها وتميزها عن الكيانات الأخرى .

ففكرة العقوبة مرت بمراحل كثير عبر العصور ولعل القاسم المشترك بينها جميعا حتى الآن هو فكرة الثأر *la vengeance* ، فالثأر غريزة بشرية الفرق الوحيد يكمن فقط في من يأخذ بهذا الثأر حتى وصلنا أخيرا إلى أن المجتمع ممثلا في السلطة العليا هي التي تتأثر من الجاني، ففكرة " الثأر " كما يقول دوركايم، هي روح العقاب *l'âme de la pénalité*.

فمنذ أن استطعنا قراءة التاريخ البشري ، عرفنا تاريخ " قانون العقوبات " الذي بدأ بالإننتقام الفردي *la vengeance privé* المتمثل في الثأر من الجاني، و" الجاني " هنا ليس هو مرتكب الجريمة المباشر فقط، بل الجماعة التي ينتمي إليها وهو الأصل فيما ما يسمى بالمسئولية الجنائية الجماعية *la responsabilité pénale collective* التي لا تأخذ في الإعتبار المسئولية الشخصية بل الضرر بدون أن تهتم بالإثم أو الخطأ الجنائي كما نسميه نحن في هذه الأيام، ولا درجات هذا الإثم .

ثم احتاجت المجتمعات البشرية فيما يبدو ، لقوى غيبية تتحكم في مصائر البشر فهداها البحث إلى الآلهة ومن ثم ، فالجريمة أصبحت لا تثير غضب المجني عليه المباشر بل غضب قوى غيبية تتمثل في هذه الآلهة ولهذا لا بد من إرضائها عن طريق التكفير *expiation* عن الذنب أو الخطأ أو الخطيئة ، سواء عن طريق التضحية بالجاني أو تقديم القرابين لها .

ثم أعقب ذلك مرحلة العدالة الخاصة *La justice privée* ، فهي عدالة بالمعنى القانوني الوضعي، لأننا نلاحظ هنا تدخل السلطة العامة ولو على استحياء، يتمثل بصفة رئيسية في الإشراف على تنفيذ العقوبة ومن ثم، نستطيع القول أن الدولة *l'Etat* في هذه المرحلة تضع بعض القواعد الإجرائية، فهي التي تشرف على التنفيذ وتنظم إجراءاته، ولكن لا علاقة لها بمسائل الموضوع التي لازالت في يد المجني عليه وذويه . وهذا هو الأصل فيما يسمى بالنظام الإتهامي *le système accusatoire* أو الفردي *individual* في الإجراءات الجنائية، وهي خاصة، لأن الضحية *la victime* أو المجني عليه هو صاحب الحق في العقاب وصاحب الحق كذلك في تنفيذه .

وأخيرا أصبحت الدولة هي التي تقرر العقاب وطبيعته ولا علاقة لرأي المجني عليه المتضرر من الجريمة أو أي أحد آخر أو أي هيئة أخرى غير السلطة التشريعية في هذه الدولة .

وهكذا، اختلفت النظرة للعقاب من عصر إلى عصر حسب تطور الحضارات من البدائية إلى شبه البدائية إلى الحضارة المعاصرة ، ونحن نقول دائما أن المدنية *la civilisation* ، تعني إحلال الإجراءات المدنية الهادئة محل الإجراءات العقابية ، فلا شك أن قلّة النصوص العقابية في مجتمع ما هي مظهر من مظاهر مدنية هذا المجتمع وتحضره لأن الأفراد المكونين له يستطيعون التغلب على الظواهر السلبية كظاهرة الجريمة بالوسائل السلمية الهادئة ، ولكن العقاب *la punition* بما يعني الإحساس بالألم الجسدي أو النفسي ، لازال هو رد الفعل الغالب لدى كل المجتمعات مهما كانت درجة تمدنها ، يعني اللجوء إلى العنف *la violence* في مواجهة ظاهرة الإجرام *le phénomène criminel* ، فقانون العقوبات هو قانون العنف بامتياز، ولكن مادام هناك " قانون " فهو عنف شرعي *légale* وليس بالضرورة أن كل أنواع العنف الشرعي مشروعة *légitimes* ، فهو شرعي لأنه مقنن يترجم إرادة المشرع ، وغير مشروع إذا خرج عن قواعد المنطق *la logique* المجرد و المنطق القانوني جزء منه ما في ذلك شك .

وحيث إنه عنف شرعي بالمعنى السابق، فلا بد من القول بأن الدولة هي التي تحتكر هذا العنف باعتباره حقا لها، فهو يستمد شرعيته من شرعية الدولة ذاتها .

حاول فلاسفة القانون الجنائي أن يبحثوا في مسألة أساس الحق في العقاب: كثير منهم يؤسسون ذلك على المصلحة العامة *L' intérêt publi* ، استعمال حق الدفاع الشرعي *le droit de légitime défense* بواسطة الدولة ، التفويض الإلهي *la délégation d'un droit divin* العقد الاجتماعي *le contrat social* ، ويطرحون كذلك مبدأ عدالة الإصلاح والتهديب *le principe de la justice corrective* الذي يلقي على عاتق الدولة واجب علاج الجاني ، حسب الزاوية التي ننظر منها لمناقشة هذه المسألة .

ما عدا التفويض الإلهي ، كل هذه الأفكار رغم تداخلها ، تصلح أن تكون أساسا للعقاب فلا بد أن تكون فيه مصلحة وهي بالتأكيد مصلحة عامة فالمصلحة الفردية مرحلة تخطتها البشرية، لأننا قلنا أن العقاب يستمد شرعيته من شرعية الدولة والدولة هي الراعية للمصالح العامة ولعل أهم هذه المصالح المحافظة على السلم الاجتماعي و النظام العام في هذه الدولة ، ولكن هذه الأفكار لم تحدد لنا كيف يكون العقاب في خدمة المصلحة العامة ، وفق أية آلية .

أما فكرة التفويض الإلهي فقد عفى عليها الزمن ولم تعد تقنع أحدا ، فإله لا يفوض أحدا في توقيع العقاب بالنيابة عنه فهي حيلة اخترعها المستبدون في الأرض لإرغام الرعية على

الطاعة فأنه إذا قرر أمرا فلا راد لقضائه وقضاء الله هو قضاء الملك المفوض فلا حدود له ، وقد عاشت البشرية عصورا من الظلم والقهر والطغيان بسبب هذا النوع من الدجل .
 فيما يتعلق بعدالة الإصلاح ، فلا شك أنها خارج اهتمامات الموضوع محل البحث وهو " فلسفة العقوبة " ، فالعقاب يعني الألم ، والألم هو الذي يحتاج إلى تفسير وليس العلاج ، فما هي السلطة التي تمنحنا الحق في أن نجبر أحدا على أن يخضع للعقاب وفي أقصى مظهره في كثير من الأحيان ؟ .

قد يبدو من هذه الأفكار ولو عن طريق الإيجاء ، أن العقوبة في نهاية الأمر ، لا تعدو إلا أن تكون إحدى الوسائل ، أو الوسيلة الوحيدة للسياسة الجنائية *la politique criminelle* وهذه " السياسة الجنائية " كانت إحدى موضوعات علم الإجرام *la criminologie* ولم تتفصل عنه إلا مع ظهور " حركة الدفاع الاجتماعي " *mouvement de défense sociale* لقراماتيكا Gramatica الذي أنكر القانون الجنائي جملة وتفصيلا وكل مفرداته وحتى زميله في هذه الحركة، مارك أنسل Marc Ancel في "الدفاع الاجتماعي الجديد" *la défense sociale nouvelle* تبعه في ذلك مع بعض الاختلافات في التفاصيل كما سوف نرى ، فإذا أنكرنا قانون العقوبات كليا بالنسبة للأول وجزئيا بالنسبة للثاني، فالحديث عن السياسة الجنائية أو العقابية يصبح لا معنى له .
 وبمناسبة إثارة موضوع " السياسة الجنائية " ، لعله من المناسب أن نضبط المصطلحات فالأفكار مهما كانت متشابهة في الموضوع شكلا ، ولكن المحتوى لا بد أن يكون مختلفا قليلا أو كثيرا .

فعندنا علم الإجرام *la criminology* وعلم العقاب *la pénologie* والسياسة الجنائية ثم فلسفة العقاب ، والسؤال حول وظيفة كل هذه المعاني يختلف باختلاف المسئول عنه :
 فإذا كان السؤال كيف يصبح الإنسان مجرما ، فعلم الإجرام هو المسئول عن الإجابة : هل بسبب عوامل داخلية عضوية أو نفسية ، أو هي عوامل طبيعية راجعة للوسط الطبيعي أو عوامل اجتماعية متعلقة بمسائل الوسط العائلي أو الاجتماعي العام ، أم هي أسباب اقتصادية ، أو ليس هذا وذاك بل يرتكب الفرد الجريمة لأنه حر .

وعلم العقاب أو علم الإصلاح يحاولان الإجابة عن السؤال التالي كل في مجال اختصاصه : ماذا ينبغي أن يكون عليه رد الفعل الاجتماعي في مواجهة الجريمة : هل عن طريق العقاب المؤلم ، وما هي طبيعته: هل حرمان الجاني من "حقه" في الحياة أو حرمانه من حريته في التنقل والأختلاط بإبعاده عن المجتمع السوي بالسجن أو النفي ، وإذا كان السجن ، هل هو السجن

الانفرادي بعزله عن غيره من المساجين ، ولكن لذلك مساوئه فسوف يكون من الصعب عليه التكيف مع قيم الجماعة ، أو نضعه مع غيره من النزلاء ، ولكن لذلك أيضا مساوئه لأنه يغري بتعلم الإجرام من غيره وهذا يؤدي إلى العود ، ثم لا ننسى أن ذلك يؤدي غالبا إلى علاقات مشبوهة وفي الغالب رغما عنه نظرا للغرائز المكبوتة لدي كثير من زملائه النزلاء في المؤسسات العقابية .

أم أننا نستعيز عن ذلك كله بالعقوبات المالية أو المدنية كالتعويض ، أم إلغاء فكرة العقاب جملة وتفصيلا بل قانون العقوبات وكل مفرداته والاستعاضة عنه بالقانون الاجتماعي بحجة " أنسنة " قانون العقوبات يكون الهدف منه إعادة تكيف الجاني مع قيم الجماعة ، فهو إذن علم الإصلاح لمواجهة حالة الخطورة الكامنة في مرتكب الجريمة وهي عرض مرضي ، فكل هذه الأفكار تبنتها كثير من المدارس كما سوف نرى .

والسياسة الجنائية تتمثل في اختيار المشرع للإجراء المناسب من مجموعة الحلول التي يعرضها علم العقاب، فقد نختار العقوبة المؤلمة مع التباين في طبيعة هذا الألم وشدته ، وقد نجتمع بين العقوبة المؤلمة والإصلاح في نفس الوقت أي بين المسؤولية الجنائية وحالة الخطورة فهي على ذلك عبارة عن إستراتيجية قانونية و اجتماعية مؤسسة على خيارات عقائدية لمواجهة المشاكل التي تثيرها الوقاية والعقاب من الظاهرة الإجرامية، ولا يبعد ذلك كثيرا عن تعريف الألماني فورباخ Feurebach: مجموعة الإجراءات والحلول التي تلجأ إليها الدولة لمواجهة الجريمة ، وعلى ذلك ، فالسياسة الجنائية ينظر إليها باعتبار وظائفها . الردع و التخويف ، التحديد ، التعويض ، العلاج ... الخ ، يبدو من ذلك كله ، أن العقوبة تدخل ضمن مهام السلطة السياسية في ممارسة اختصاصاتها الذي تتمثل في إدارة التصرفات غير المشروعة *la gestion des illégalismes*.

أما فلسفة العقاب ، فتجيب عن السؤال التالي : لماذا نعاقب أصلا ومن له الحق في العقاب، هل لإرضاء المجني عليه وعائلته وعشيرته أي الجماعة البشرية السياسية التي ينتمي إليها بالتأثر من الجاني وعائلته وعشيرته ، أو لإرضاء الألهة بالتضحية بالجاني أو تقديم القرابين لها حتى ترضى أم المجتمع، فنحن لا يمكن لنا أن نجيب عن هذه الاسئلة إلا إذا أجبنا سلفا عن سؤال مبدئي وهو من هو المجني عليه في الجريمة .

وفي حقيقة الأمر، السؤال عن "فلسفة العقاب" هو سؤال فرعي ، السؤال الرئيسي يكمن في معرفة " الفلسفة " في حد ذاتها ، فتعريف الشيء (فلسفة العقاب) متوقف على معرفة أجزائه.

نحن نرى أن الفلسفة La philosophie هي فن التأمل l'art de réflexion، التأمل في الوجود، في الحياة والأحياء، أي محاولة إدراك كنه الأشياء المحسوسة وغير المحسوسة، دعك من التعريف التقليدي من "حب الحكمة" والفيلسوف هو محب الحكمة، فقد قيل أنه عندما شاع استخدام لفظ "الفلسفة" في القرن السابع قبل الميلاد، كان يعني الرغبة في التأمل للوصول إلى الحكمة، والفيلسوف على ذلك هو محب الحكمة، ولكن هذه "الحكمة" نفسها تقتضي تعريفاً كذلك، ماذا نعني بها، فهذا التعريف لم يفدنا كثيراً في معرفة الفلسفة.

وهذا التأمل يتمثل قطعاً في طرح كثير من الأسئلة من قبل الفيلسوف أو من يدعي الفلسفة، وليس بالضرورة أن تكون الإجابات عن هذه الأسئلة واحدة بالطبع، فكل فيلسوف منهجه في التفكير والزوايا التي ينظر منها إلى موضوعه الذي اختاره للتفكير، والفيلسوف هو غير الباحث في الفلسفة، فهذا الأخير هو عبارة عن مترجم أو ناقل عن غيره، أما الفيلسوف فهو مبدع، والفرق شاسع بين الإثنين: المبدع والمترجم.

والتأمل هذا مقصود لذاته ابتداءً وليس لغرض نفعي، فحينما نتحدث عن فلسفة العقاب، فلا يعني ذلك قطعاً خدمة غرض من الأغراض لدى الفيلسوف وإنما حبا في هذا التأمل، فعلم فلسفة القانون مثلاً، يكمن في تصور concept القانون وفعاليتها effectuation، فالفلسفة تعنى بالأفكار وليس بتصورات بسيطة.

وهكذا، ففلسفة العقوبة ما هي إلا تأملات réflexions حول الفلسفة المطبقة في مجال القانون الجنائي، ولهذا كان عنوان هذه المحاضرات، فهي تأملات تحاول أن تعطي إجابات عن أسئلة تطرحها فكرة التجريم والعقاب، والسؤال الذي يطرح نفسه أولاً، هو لماذا نعاقب وليس لماذا نجرم، فالعقوبة هي التي تلفت نظر المتأمل لأنها تمس بكيان من يقع عليه هذا العقاب المادي والمعنوي، فيطرح سؤال حول ضرورتها، وسوف يتوصل في نهاية الأمر إلى محالة، إلى هذه الضرورة مهما كان خيالياً، لأن الفرض أنه يؤمن بالعيش المشترك لأفراد مجموعة بشرية معينة تتقاسم نفس الإهتمامات والقيم الثقافية، وهذا العيش المشترك يقتضي حتماً الإتفاق على تنازلات ذات طبيعة شخصية أنانية في سبيل مصلحة الجماعة التي هو عضو فيها وإلا فإن هذه الجماعة سوف تتخلى عنه ليلقى مصيره.

وهذا "التخلي" هو بعينه العقاب ولكن كيف، فهذه تفاصيل لا تدخل ضمن مقتضيات السؤال المطروح، وإذا أقر المتأمل بهذه النتيجة فلا بد أن يعترف قطعاً بمقدماتها لأن الفيلسوف هو صاحب عقل ومنطق.

وهذه المقدمات سوف تكون أوامر ونواه بالمعنى العام : عادات تقاليد ، أعراف ، دين ، قانون ... الخ ، خضعت لها هذه الجماعة إراديا فرضا ، وانتهاك هذه القواعد يمثل عصيانا لمن شرعها بمن فيهم هو لأنه واحد من هذه الجماعة ، فعندما قرر العدول عن قراره بالإمتثال لهذه القواعد فقد أصاب هذه الجماعة بالضرر فإذا لم يحاسب هو وغيره على هذا التصرف فسينهدم كيان هذه الجماعة حتما وهذا ليس في مصلحة أحد .

نخلص من ذلك كله أن هذا العقاب كان مستحقا لمصلحة الجميع ، وسوف يكتشف الفيلسوف المتأمل نفسه في فكرة العقاب أنه وصل من حيث لا يدري إلى نتيجة مقنعة له وهو أن العقاب نافع لأنه رادع أو رادع لأنه نافع لا فرق ، وإلا لما وجد هو نفسه فرصة للتأمل .

وهكذا نصل في نهاية الأمر إلى أن الفلسفة النفعية هي الأساس المنطقي للعقاب بغض النظر عن صاحب المصلحة: فردا أو عشيرة أو قبيلة أو قوى غيبية أو جماعة سياسية ، وبغض النظر كذلك عن الآلية النفعية *le mécanisme utilitaire*.

الآلية النفعية المتمثلة في الردع *la dissuasion* احتلت وتحتل مكانة غاية في الأهمية ، فيجب في العقوبة أن تردع عن ارتكاب الجريمة وهي تجد ميررها في هذه الغاية النفعية بالذات: فالعقوبة أساسا نافعة لأنها رادعة ، وعند التطبيق الفعلي المفترض أنها تحول دون العود - الردع الخاص ، وهي نافعة أيضا لأنها تبعد الجناة نهائيا أو مؤقتا عن طريق تحييدهم - الردع العام .

فالنظرية النفعية *utilitarisme* تؤدي إلى العقوبة حتما عند أغلب الفلاسفة والمفكرين مع أنها شر *mal* عند هيجل *Hegel* (مبادئ فلسفة القانون - *Principes de la philosophie du droit*) فالجريمة شر والعقوبة شر كذلك ونفي النفي إثبات، أو نفي الضرر بالضرر *lésion de la lésion* كما يقول، ولكن العقوبة في واقع الأمر، ليست شرا في المطلق بالنظر لتغليب مصلحة الجماعة على مصلحة الفرد فهما مصلحتان متعارضتان ، وهذا التعارض يفرض علينا أن نغلب المصلحة الأولى بالرعاية وهي هنا مصلحة المجموع بناء على قاعدة ارتكاب أخف الضررين كما نقول عادة بالنسبة لفلسفة حالة الضرورة *l'état de nécessité* .

لا شك أن العقوبة هي شر مضاف إلى شر إذا لم تكن نافعة ، فهي ليست قيمة في ذاتها ، بل هي وسيلة لبلوغ غاية نقدر أنها سامية تتمثل في حماية المجتمع عن طريق القضاء على الظاهرة الإجرامية أو على الأقل إضعاف الخطر الذي تمثله ، أما القضاء عليها نهائيا فهو طموح بعيد المنال ولا أحد يسعى إليهما دما لا نستطيع القضاء على عنصر الشر في الإنسان .

وقد أدرك العز بن عبد السلام الملقب بسلطان العلماء هذا المعنى فهو يقول : " ربما كانت أسباب المصالح مفسد فيؤمر بها أو تباح لا لكونها مفسد بل لكونها مؤدية إلى المصالح وكذلك التعزيرات كلها مفسد (نعتقد أنه ذكر التعزيرات فقط دون الحدود والقصاص تأدبا مع الله تعالى وإلا فكلها مفسد بهذا المعنى) أوجبها الشرع لتحصيل ما رتب عليها من المصالح الحقيقية ، وتسميتها بالمصالح من قبيل المجاز بتسمية السبب بالمسبب " ، فتسمية العقوبة اعتداء أو سيئة فهي و إن كانت في الظاهر كذلك ، ولكن في حقيقتها هي مصلحة بالنظر لمآلاتها .

قد يقال أن القرآن الكريم قيل هيجل وغير هيجل ، قد تبنى نظرية " الشر بالشر " فقال تعالى " ومن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم " وكذلك قوله جل شأنه " وجزاء سيئة سيئة مثلها " " وإذا عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به " فهو اعتداء باعتداء وسيئة بسيئة وعقوبة بعقوبة مثلها ، وكلاهما شر بالطبع كما هو واضح .

ولنا في مناقشة ذلك ثلاثة أوجه :

الوجه الأول - كل من لهم إمام بالأسلوب القرآني يعرف أن هذه المفردات ليس المقصود منهما حقيقتها اللغوية ، بل هي من باب المشاكلة كقوله تعالى " ويمكرون ويمكر الله والله خير الماكرين " ، فإذا فسرنا المكر على حقيقته ، فهذا يؤدي إلى القول بأن الله تعالى أكثر مكرًا وخداعًا ومرًاغة منهم ، وهذا لا يستقيم تأدبا معه جل شأنه ، ثم إنه تعالى ، ليس بحاجة لذلك كله ليكشف خبثهم ويرد عليهم مكرهم ولكن سياق الكلام يسوغ في لغة العرب إيراد هذه المفردات، وقد قال في هذا المعنى ابن الدقعمق :

قالوا اقترح لنا شيئاً نجد لك طبخه ... قلت اطبخوا لي جبة وقميصا

فالشاعر كان يستطيع أن يقول بكل بساطة : حاجتي إلى ما يُلبس أكثر من حاجتي إلى

الأكل، ولكن جاءه شيطان الشعر مع فصاحته و ظرفه، فقال ما قال.

قد يقال أن لا قياس في ذلك لأن "المكر" صفة كمال في هذا السياق ، فلا يوصف بها الله تعالى عند الإطلاق قطعاً فليس من صفاته تعالى " الماكر " ولكننا نعلم علم اليقين أنه تعالى لا يأمر بالسيئة صح القياس أو لم يصح .

الوجه الثاني - الاعتداء والسيئة والعقاب هنا مراعى فيها الجانب الشخصي المحض فكأن لسان حال المجني عليه يقول لمن اعتدي عليه : سوف أسيء إليك كما أسأت إلي ، ولكن العقوبة موضوعيا ليست شرا فالفرض أن السلطة العامة الممثلة للمجتمع في الدولة هي المخولة بتطبيق هذه العقوبة والمجتمع لا يسيء إلى الجاني أو يعتدي عليه بدون وجه حق فهو إذن مشروع

فالمثلية وإن كانت تشي في الظاهر بغير ذلك، أي بعدم المشروعية ولكن الأمر في حقيقته ليس كذلك .

الوجه الثالث - الله تعالى هنا لا يخاطب المجتمع أو الدولة أو ولي الأمر ، بل يخاطب الأفراد فيما يتعلق بالإيذاء الشخصي فقط ، الموت فما دونه كما يرى عدد من المفسرين ، لأن لهم حق العفو في هذه الحالة فله أن يقتص أو يعفو، ولهذا هذه الآيات الكريمة لا علاقة لها بجرائم الحدود لأنها لا عفو فيها ، ثم إن المثلية غير متصورة في الحدود أصلا (لنا تحليل آخر مختلف فيما يتعلق بـ " المثلية " عرضنا له في بحثنا " المصدر و المصلحة المحمية المحمية بالنص الجنائي - إشكاليات الوظيفة العقابية " المنشور في العدد الرابع من " مجلة القانون ") .

والحساب النفعي *le calcul utilitaire* عالجته بنتام بشيء من الذكاء مع أنه لا يبتعد كثيرا عن تفكير هيجل : فهو يرى أن العقوبة كالجريمة تماما هي شر في الترتيب الأول المتمثل في ألم الجاني ، وشر في الترتيب الثاني المتمثل في تهديد المجرمين المحتملين ، وشر العقوبة ينبغي أن يطغى على النفع *le profit* المتحصل من الجريمة ولهذا ينبغي أن يكون ألم العقوبة أشد من النفع *le bien* أو اللذة التي تحصل عليها الجاني من الجريمة ، فطبيعة العقوبة تدور بين فكريتي اللذة والألم .

ولكن بنتام يتقدم لنا بفكرة أخرى لا تخلو من فائدة ، فهو يقول أن الشر الناتج عن العقوبة هو خسارة تقوم بها الدولة من أجل تحقيق الربح فهو نوع من الاستثمار في العقوبة ، هذا الربح هو الوقاية من الجرائم وحينما نحسب الربح لا بد أن نخصم مقدار الخسارة .

وينتج عن ذلك بالطبع ، أننا حينما ننقص من الخسارة أو نرفع من الربح ، فنحن نصبو إلى توازن مرض لأن مصطلح "الخسارة" يؤدي بالضرورة إلى الإقتصاد ولهذا هو ينادي بالعقوبة الإقتصادية *la peine économique* . فالتعبير بالإنفاق *dépense* أو الاستثمار *L'investissement* في العقوبة، يؤدي حتما إلى القول بالعقوبة الاقتصادية .

إميل دوركايم *Emile Durkheim* في كتابه " تقسيم العمل الاجتماعي - *De la division du travail social* " له وجه آخر من النظر، فهو يقول بنفعية العقوبة كذلك ، ولكن ليس المراد بالنفع هنا هو التقليل من عدد الجرائم عن طريق الردع أو الإصلاح فهذا أمر مشكوك فيه دائما كما يرى، وهذا صحيح من كل وجه، الوظيفة الحقيقية للعقوبة كما يقول ، تكمن في الحفاظ على حيوية الضمير الجماعي ، فالجماعة سوف تفقد هذه الحيوية و اللحمية والوحدة إذا لم يكن هناك رد فعل عاطفي من قبل هذه الجماعة تعوض عن هذه الخسارة التي أحدثتها

الجريمة وتعيد التضامن الاجتماعي إلى ما كان عليه قبلها ... وربما يكون هذا الكلام أفضل ما قيل في هذا السياق .

ولا يبعد ذلك كثيرا عما يراه بعض منظري المدرسة النفعية الذين يؤسسون آلية هذا الردع الذي تقوم به العقوبة على فكرة التمثيل *la représentation* ، فحتى تقوم العقوبة بالردع المفترض فيها ، فهم تخيلوا أن العقاب يجد أساسه في هذا التمثيل بالذات : العقوبات المنصوص عليها في القانون يجب أن تكون علامات تنبيه ، فالحساب النفعي لعقوبة رادعة تعتمد على فكرة أنه ينبغي على الجاني المحتمل أن يقدّر أن مصلحته المتمثلة في تجنب العقوبة تفوق المصلحة المتحصل عليها من ارتكاب الجريمة ومن ثم ، هذه المصلحة هي في حقيقتها موضوع هذا التمثيل فالعقوبة ينبغي أن تمثل له هذه الإشارات الرادعة (أو علامة قف) ، وينتج عن ذلك أن النصوص العقابية يجب أن تكون واضحة ومعلومة للجميع ، ليس ذلك فقط ولكن يجب كذلك أن تكون العقوبة متحققة التطبيق وليس مشكوكا في تطبيقها فالإنذار ليس له محل في هذه الحالة فهو إنذار كاذب !.

فالعقاب يجب أن يؤسس على تقنية التمثيل وهذه الآلية تتمثل في قوة سرية تدفعنا دائما نحو السعادة (لذة الجريمة)، هذا الاندفاع لا يمكن أن يضعف إلا عن طريق الحواجز التي يفرضها القانون ، كل تصرفات الإنسان ناتجة عن هذه الميول الداخلية ، فهناك طاقتان متعارضتان تتصارعان ، وهذا يعني أن نتخيل زوجين من التمثيل لقيمتين متعارضتين طاقة تدفع وطاقة تمنع .

وهكذا ، بينتام يميز هنا بين العقوبة الظاهرة التي تقوم بإشارات الإنذار ، وبين العقوبة الحقيقية التي طبقت فعلا ، الأولى هي الأهم في هذا السياق ، عقوبات تنبيه وتذكير ، فالمفترض أنها عقوبات تحول وتعرقل الانتقال إلى تنفيذ الجريمة .

ويقال أيضا في هذا الصدد أن العقوبة تقوم بعملية رد وإرجاع ما أخذته الجريمة ، المشكلة أن مسألة الرد هذه *la restitution* قد تكون عسيرة عن الفهم ، فالجاني بارتكابه للجريمة قد قام بفعل مستهجن ومستكر *blâmable* محل لوم وتوبيخ واستهجان اجتماعي ، وعلى ذلك فحينما نقرر توقيع العقوبة على الجاني فمن غير المتصور أن نرد بالعقوبة ما أخذته الجريمة من المجتمع ، ولكن لعل المتصور حقيقة هنا أن نرده هو إلى ذاته أي نرجع إليه الإحساس بمسئوليته تجاه المجتمع وإذا عاد إليه هذا الإحساس فقد قامت العقوبة بوظيفتها .

وهذا الإحساس قد لا يكون بالضرورة بسبب الألم الحسي بل نتيجة شعوره بالندم على جريمته والندم هو أول الخطوات نحو التوبة ، ولكن هذا الألم النفسي هو حتى الآن خارج اهتمامات الوظيفة القانونية للعقوبة .

ونحن أشرنا بسرعة لفكرة الرد و الإرجاع لنترب عليها ما هو أهم ، فهي تستدعي في الذهن أفكارا أخرى قد تكون مشابهة كالتكافؤ والتعادل equivalence بين الجريمة والعقوبة ، والتكفير expiation وكذلك التعويض réparation .

وقد يرد في الذهن كذلك عند الحديث عن التكافؤ أو التعادل وهما في النهاية لا يعينان إلا المساواة المطلقة l'égalité absolue بين الجريمة والعقوبة ، فكرة ليست غريبة كثيرا ونعني بها القصاص loi de talion وهو التطبيق العقابي الأكثر عفوية والأقدم تاريخا وهي متجذرة في عادات وأعراف الشعوب ومعترف بها في الديانات السماوية كذلك .

والقصاص يبدو ظاهريا، العقوبة المثالية التي تعكس بشفاافية تامة الجريمة المرتكبة (Michel Foucault)، فهي التي تشييب العقوبة وهذا يمثل انتصارا للعدالة وكذلك انتصارا للحرية ، فالعقوبة لا تحددها إرادة المشرع بل طبيعة الأشياء ، فهذا العقاب المنطقي يساعد على اختفاء سلطة القهر والغلبة أي سلطة الدولة في مجال تحديد العقوبة المناسبة التي هي في الغالب تحكيمية كما يرى مونتيسكيو Montesquieu في روح القوانين (De l'Esprit des lois) .

لا شك أن مونتيسكيو محق من وجهة نظر سياسية بحتة في الدعوة إلى تطبيق فكرة القصاص ليس لأنها عادلة بل لتفادي تعسف السلطة التشريعية فيما يتعلق بعقوبة الإعدام بخاصة ، ولكن مسألة عدالة القصاص مسألة فيها نظر سواء في إطار الفلسفة العلمانية أو في إطار التشريع الإسلامي .

فقد لا نتفق على أن القصاص يستجيب لفكرة العدالة إذا أردنا بها العقاب المستحق فليس كل القتلة يستحقون نفس الجزاء الجنائي ، فلا شك أن بعضهم سوف يظلمون في هذه العملية ، ففكرة التكافؤ و التعادل تتعارض مع العدالة الوضعية وفق آخر الإتجاهات الفلسفية .

ونحن لسنا من عشاق الفلسفة الوضعية في هذه المسألة وغيرها من المسائل ، ولكن إذا اتفقت مع قناعاتنا فلا ينبغي أن نتهم بخيانة الفكر الإسلامي (وليس الدين الإسلامي بالطبع ، فالمسألة هي مسألة اجتهادات) إذا لاحظنا فرقا بين النظامين ، ولا نعتقد أن هذا الفرق موجود على كل حال ، فموقف الشريعة الإسلامية لا يختلف كثيرا حول هذه المسألة ، على الأقل وفق فهمنا لأحكام هذه الشريعة .

فتفسير النصوص وبخاصة ما جاء في الآية الكريمة " ولكم في القصاص حياة يا أولي الأبواب"، لا تؤدي حتما لزاما إلى القول بأن الشريعة الإسلامية تعتمد قاعدة الجزاء من جنس العمل .

ونود أن نوضح ، حتى لا نفهم خطأ ، أن لا خلاف حول إقرار الشريعة الإسلامية بعقوبة الإعدام حدا (قد لا نسلم بعقوبة الإعدام تعزيرا) ، ففي الحراية ، النص قطعي الثبوت و الدلالة صريح في ذلك : " إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله أن يقتلوا أو يصلبوا ... " ، ولا ننكر أن جمهور الفقهاء فيما يبدو ، يؤمنون بأن القصاص بمعنى الجزاء من جنس العمل هو من ثوابت الشريعة معتمدين في ذلك على التفسير الأحادي لمعنى القصاص ، ولكن مقدماتهم لا تؤدي حتما إلى هذه النتيجة .

ونحن لم نتعود أن نلقي الكلام على عواهنه ولا أن نجتر كلام الآخرين بدون أن يمر على جهاز التصفية و التنقية الذي هو العقل البشري وهو نعمة من الخالق لا بد من تفعيلها وإلا نكون قد أسأنا الأدب مع هذا الخالق سبحانه وتعالى الذي أمرنا في القرآن الكريم بالتدبر و التفكير ، والتدبر و التفكير لا يتأتيان إلا باستعمال هذه الأمانة التي أودعها في الإنسان .

والقرآن الكريم نزل بلسان عربي مبين ، والعرب عرفت " القصاص " بمعنى تتبع الأثر ومن ذلك قصص الأولين أي تتبع آثارهم وتاريخهم والمصير الذي آوا إليه ، ولكن فكرة " تتبع الأثر " وحدها لا تحل لنا إشكالية المقصود من القصاص لأن له معنيين :

المعنى الأول هو تتبع أثر الجاني بمعنى لا يعاقب إلا هو فقط ولا أحد غيره ، أي شخصية العقوبة la personnalité de la peine كما نقول في هذه الأيام ، والعقاب هنا لا يعني بالضرورة الإعدام .

المعنى الثاني هو تتبع أثر الجريمة وهذا هو القصاص بالمعنى الشائع ، الجزاء من جنس العمل loi de talion أي المساواة المطلقة بين الجريمة و العقوبة بصفة مجردة .

ونحن عند المقارنة بين المعنيين نميل إلى ترجيح المعنى الأول ولنا في ذلك مرجحان ، نقلي وعقلي :

المرجح من النقل يتمثل في قوله تعالى " ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا فلا يسرف في القتل ... " والإسراف في القتل يتناسب ويتناسب مع المعنى الأول ، ففي الجاهلية كانوا يسرفون في القتل بحيث لا يقتفون بقتل القاتل بل كل من يمت له بصلة عائلية أو قبائلية ، ولهذا جاءت هذه الآية الكريمة وأمرت المسلمين بعدم الإسراف في القتل كما كانت الجاهلية تفعل

وهذا هو مبدأ " شخصية العقوبة " ولكن هذه الآية الكريمة لم تبين لنا طبيعة هذه العقوبة ، أما الإشارة إلى القتل "قلا يسرف في القتل" فهو تقرير واقع جاهلي يعني لا تفعلوا فعلهم كما وكيفا .
ثم إن هذا التحليل ينسجم كذلك مع قاعدة " لا ضرر ولا ضرار " ، فالفقرة الأولى تنفي الضرر قبل الوقوع وبعده ، والفقرة الثانية تنفي الضرر في مقابلة الضرر : لا يضر أحد غيره ولا يقابله أو يجازيه بالضرر ، وهكذا ، فالتماثل في القصاص يعني أن المعتدى عليه أو عائلته على الأصح في هذه الحالة ، لا ينبغي أن يتجاوز حقه ، ولكنه يستطيع أن ينزل دونه أو يعفو عنه .

أما حجتنا من العقل فتمثل في إعطاء القاضي فرصة لتفريد العقوبة ، فالنظام القانوني العادل ينبغي أن يراعي ليس الأثر الذي أحدثته الجريمة في العالم الخارجي فقط ، بل مواجهة شخصية إجرامية معينة بما لها من عناصر شخصية وهذه العناصر الشخصية تتفاوت من قاتل لآخر وهكذا ، فالعدالة تقتضي تفاوت العقوبة من شخص لآخر .

فالسُلطان الممنوح لأولياء الدم يسمح لهم بعدة خيارات : فقد يكون باختيار إعدام القاتل ولكن هنا ينبغي أن نفرق بين قتل وقتل ، فالظلم و العدوان الذي أعطي لأولياء الدم بمقتضاه هذا الخيار يختلف باختلاف الأحوال فهو ليس واحداً ومن ثم ، فقد يختار أولياء الدم الإعدام ، وهذه العقوبة الكاملة إذا صح التعبير تقتضي ظلماً كاملاً ، بمعنى أن القتل تم بدم بارد والذي نصفه وفقاً للمصطلح الحديث بسبق الإصرار ، وقد يختارون السجن أو الحبس مثلاً ، بل قد يختارون العفو الكامل عن العقوبة ، فإذا أعطيناهم هذين الحقيقتين المتطرفين ، الإعدام والعفو ، فليس هناك ما يمنع أن يختاروا ما بينهما من بدائل أخرى .

قد يبدو أن نظام القصاص بمعنى التكافؤ أو التعادل l'équivalence أو المساواة المطلقة بين الجريمة و العقوبة في المجتمعات التي تتبناه ، يتماها مع فكرة التكفير أي يراد به التكفير عن الذنب ، فهذه المجتمعات تعتقد أن جريمة القتل لا يكفرها ويمحوها إلا القتل من هنا جاءت فكرة التعادل و التكافؤ ، شر بشر في ذهن الجاني المعاقب ، فهو يرى في العقوبة - شر واقع عليه - يكفر الإثم و الخطأ - الشر الذي اقترفه .

ووفقاً لهذه النظرة ، العقوبة تحسب في العلاقة ليس بين الربح و الخسارة بالمعنى السابق ، بل بين الخطيئة أو المعصية و الحرام le péché و التطهير la purification وهذا متعلق بما هو مقدس le Sacré بالطبع .

وإذا كان للنموذج الديني تأثير كبير على تصورات العقوبة تاريخياً ودينياً ، فالتكفير لا يمثل مع ذلك قاعدة للعقوبة القانونية كما أشرنا سابقاً ، فالعقوبة يمكن أن تصبح تكفيراً ولكن بإرادة المحكوم عليه وحده كقناعة داخلية بالرضا والقبول بالعقوبة وتكون بذلك أفعال في الردع بالتأكيد لأنها تشجع على التوبة و الندم وهي بذلك تذوب وتتلاشى في السكينة التي ردت إليه .

في الفكر الإسلامي هناك اتجاهان : اتجاه يرى أن العقوبة الدنيوية هي روادع أي للزجر والتخويف ، واتجاه آخر يعتقد أنها جوابر أي كفارات ، وثمره الخلاف كما يقول الفقهاء ، تكمن في أن من يرى أنها كفارات لا يعاقب الجاني في الآخرة فالعقوبة الدنيوية كفرت الذنب الذي جناه في الدنيا ، أما إذا كانت زواجر فإمكانية العقاب الأخروي واردة دائماً .

ولكن ذلك خلاف لفظي لا طائل من ورائه ، فليس هناك فيما نعتقد نص صحيح من قرآن أو سنة يرجح أحد الاتجاهين ، ولكن مع ذلك نحن نعتقد أن التوبة الصادقة تكفر الذنوب ما في ذلك شك عوقب في الدنيا أم لم يعاقب ، ولعل الرضا بالعقوبة فيه نوع من التطهير الروحي ، ليس باعتباره مواطناً صالحاً لا بد أن يجازي على ما أجرم في حق المجتمع ، بل باعتباره مؤمناً صالحاً وعلامة الصلاح هو طلبه لهذا التطهير .

في إطار الفلسفة العلمانية ، مسألة التكفير هي أمر مشكوك فيه دائماً فهو متعلق بالعالم الداخلي للشخص الذي يخضع للعقوبة ويعيش حياة المعذبين بها، فإذا كان صادقاً في توبته نادماً على جريمته ، فلا شك أن ذلك سوف يشعره بكثير أو قليل من الهدوء النفسي والاطمئنان الروحي فهذا الهدوء وهذا الاطمئنان قد يساعده على الرجوع إلى ذاته و الرجوع إلى الذات أول خطوة نحو التكفير عن الذنب الذي اقترفه، ولكن العدالة البشرية وفق المنطق القانوني لا تصبو إلى السمو و الكمال فهي لا تتخيل أن المحكوم عليه سوف يمثل أمام قوى غيبية ينوب إليها لتكفر عن سيئاته وخطاياها .

نحن لا ننكر أن فكرة التكفير قد تلعب دوراً مؤثراً على المحكوم عليه داخل المؤسسات العقابية عن طريق رجال الدين ، مع ذلك الفقه الجنائي لازال يتجاهل هذه المرجعية الدينية، بعضهم يثير فكرة إصلاح الجاني عن طريق التوبة و الندم ، ولكن لا بد أن نعترف أن هذا الإصلاح قد يأتي بالتبع ولكن ليس مقصوداً لذاته في كل الأحوال ، فحينما يثير فكرة العقوبة ترد إلى الذهن قطعاً الألم ، وحتى في اللغات ذات الأصل اللاتيني نجد أن من ضمن معاني كلمة " Peine , Pena , Poena " هو الألم فيتنفق المعنى اللغوي مع المعنى الاصطلاحي .

حاول هيجل في هذا المعنى ، أن يبين أنه من المستحيل عقليا أن يتناسب العقاب مع الجريمة فهذا غير متصور إلا في إطار القانون المجرد ، الجريمة لا يمكن إلا أن نرى فيها تعبيراً عن إرادة آتمة وخطأ أخلاقياً، فنحن لا نحاكم جريمة مجردة ، نحن نحاكم شخصاً معيناً بالذات ارتكبتها .

فحينما يتم قياس العقوبة على الجريمة المرتكبة وليس بتصرف الجاني ذي البعد النفسي ، فلا بد أن تكون غير عادلة وسوف نترك لتحكم الإدارة ، فالعقوبة لا ينبغي أن تكون فقط نافعة utile ولكن أيضاً مستحقة *méritée* تترجم تعويضاً عادلاً *juste retribution* ليس عن الضرر الاجتماعي الذي أحدثته الجريمة ، بل عن إرادة هذا الضرر وهذا ما نعينه عندما نتحدث عن الإرادة الآتمة أو الإرادة الشريرة .

وهذا التحليل ليس بالضرورة أن يكون متأثراً بأفكار كانت *kant* حول العدالة المطلقة *la justice absolue* الذي يرى تطبيق العقوبة ولو انتفت فكرة النفع منها وحديثه عن الجزيرة المهجورة معروف مشهور ، فينبغي أن نلاحظ أنه لا ينبغي أن نغض النظر عن أن العقاب القانوني هو وسيلة لتحقيق منفعة الآخرين وهو ما عده هو ، ولكن مع شيء من التحفظ فلا ينبغي أن يعامل الجاني كوسيلة فقط لتحقيق رغبات الآخرين في الأمن ، فالعدالة *l'Équité* والمنفعة *l'Utilité* هما الركيزتان اللتان يقوم عليهما القانون الجنائي .

فتحقيق منفعة الأغلبية ليست هي الأساس العادل لحرمان الجاني من حريته أو كرامته إذن ، فإن نضع النفع فقط هو المبرر الفلسفي الوحيد سوف يؤدي إلى نتائج وحلول خطيرة ، فالأخذ في الاعتبار القوة الرادعة وحدها يؤدي حتماً إلى أن العقوبة الأفضل أو الأمثل هي التي تزيد من الأرباح (الإجرام المتوقع الذي تم تفاديه) أي التي تقلل من الخسائر ، وهذا يؤدي إلى نتيجة مفادها أن العقوبة القاسية تطبق على الجرائم الخطيرة وقليلة الخطورة وهكذا ، تبني هذا منهج الخسارة و الربح يتعارض مع المحتوى الأخلاقي المفترض في للعقوبة .

نحن نرى مع كثير من الباحثين ، فلاسفة ورجال قانون ، أن العقوبة ينبغي أن تكون مستحقة *méritée* إذن ، موجهة إلى تصرف مضي و متناسبة مع خطورة الجاني ، فليس الهدف من العقوبة هو للوقاية من الإجرام فقط، ولكن ينبغي أن تكون رد الفعل المستحق للجريمة تصحيحاً لميزان كانت *kant* لأن الجريمة تترجم استهجاناً واستنكاراً أخلاقياً من قبل الجاني لقيم المجتمع ولكن لهذا الاستهجان والاستنكار درجات فينبغي لهذا المجتمع أن يستهجن ويستنكر منه

هذا التصرف بنفس الدرجة أو على الأصح ، ما نعتقد أنه كذلك لا أكثر ولا أقل وفقاً لفته المدرسة التقليدية الجديدة كما سوف نرى في محله .

بمعنى آخر ، حيث أن الردع يبرر النفع العام للعقوبة ، فالعقوبة العادلة *juste* والمستحقة *meritée* ضرورية حتى يقوم النفع بدوره والغاية منه ، فإذا كانت العقوبة أشد مما يستحقه الجاني فسوف تفقد قيمتها الرادعة، ومن هنا ، فالعقوبة العادلة ينبغي أن تراعي مصلحة الطرفين المجتمع و الفرد وألاً نحافظ على حقوق الأغلبية في السلم الاجتماعي على حساب مصلحة الفرد فالسلم الاجتماعي لا يتحقق بتطبيق عقوبة لا يستحقها الجاني ، فالتناسب المطلق ينبغي أن يكون بين قسوة العقوبة وخطورة الجريمة الشخصية ومن هنا ، فالعقوبات المنطوق بها ينبغي أن تكون متنوعة حسب الجناة لنفس الجريمة .

وقد يكون لأنصار نظرية القانون الطبيعي *les Jusnaturalistes* ، بعض الحق ، فهم لا يعترفون بالقانون الوضعي إلا إذا اتفق مع قواعد القانون الطبيعي والتي بإمكان العقل استلهاها من طبيعة الأشياء أو الإنسان ، فكلمة " قانون " *dikation - droit* عند الإغريق ، تعني في أصل وضعها الخط المستقيم وتعني كذلك ما هو عادل *ce qui juste* ، وكلمة *Jus* تعني القانون وهي مشتقة من المترادفات اللاتينية *justum* بمعنى الحق و *justitia* بمعنى العدالة ، فالنتطور الإصطلاحي لكلمة قانون يتلخص في الآتي : *Dikation - Jus - Jus - Droit - Juste* ، ولا نغالي في المثالية إذا قلنا أن القانون لا يعتبر " قانونا " يلزم المخاطبين به إلا إذا كان عادلاً وقانون العقوبات بخاصة لآثاره الخطيرة على الحقوق و الحريات العامة .

نخلص من ذلك أن فكرة التكافؤ أو التعادل بمعنى القصاص ، أخلت مكانها لفكرة التناسب *la proportionnalité* بمعنى العقوبة المناسبة ، فالتناسب بهذا المعنى غير التكافؤ فهو ينبئ بنسبية حرية الاختيار التي هي مقياس العقوبة المستحقة ، وهذا ما عليه الفلسفة العقابية التي تنهاها القانون الوضعي في عصرنا الحاضر إجمالاً : " بقدر ما هو نافع لا أكثر ولا أقل وبقدر ما هو عادل لا أكثر ولا أقل " *ni plus q' il n' est utile - ni plus q' il n' est juste* " كما هو فقه المدرسة التقليدية الجديدة، فالمبالغة في العقاب كالمبالغة في التجريم تؤدي في الغالب إلى نقيض مقصودها ، لأن المبالغة في العقاب شر والشر يستدعي الشر لأنه ظلم والظلم أول الخطوات نحو الجريمة .

إذا عرفنا أن تدخل المشرع لتجريم بعض أنماط السلوك ضرورة اجتماعية تفرضها حماية قيم المجتمع ومصالحه العامة ، ولكن هذه الضرورة الاجتماعية لا تقتضي المبالغة في التجريم فهذا يؤدي إلى نقيض مقصوده في غالب الأحوال كما نقول دائماً، بمعنى وقوع غالبية المخاطبين

بالنصوص العقابية في الجريمة لأنه يؤدي إلى أن يعيش الفرد في وسط إجرامي ، فهذا الوسط يجعل الجرائم كالمباحة تماما فيسهل ارتكابها ، الجرائم البسيطة و الخطيرة لا فرق ، وهذه هي الحلقة المفرغة التي يدور فيها القانون الجنائي فهو بالعقاب يريد أن يقلل من عدد الجرائم ولكنه يزيد من هذا العدد عن طريق التجريم المبالغ فيه فكلما كثرت النصوص كثرت المخالفون لها بالطبع ، و هذه عملية حسابية بحتة لا تحتاج إلى براهين عقلية لإثبات صحتها .

فقانون العقوبات ، هو ضرورة اجتماعية كما قلنا ، والضرورة تقدر بقدرها فهي استثناء والتوسع في الإستثناءات يفقد هذه " الضرورة " معناها ، فلا ينبغي للقانون الجنائي أن يتدخل إلا إذا كان الحق أو المصلحة التي نريد حمايتها بالقانون العقابي يمثل قيمة اجتماعية على قدر كبير من الأهمية بحيث لا ينفع في هذه الحماية إلا اللجوء إلى العنف ، أما المصالح قليلة الأهمية فيكفي في حمايتها بعض الإجراءات الأخرى غير العقابية ، فلا نحمل قانون العقوبات المسؤولية وحده في محاربة ظاهرة الإجرام ، فهناك قواعد أخرى للضبط الاجتماعي .

فالجوء دائما للإحتماء بالعنف الذي يمثله قانون العقوبات قد يمنع الجرائم ، ولكن لهذه

السياسة محاذيرها من وجهين :

الأول - فنحن نعتقد أن المجتمع الذي يخلو من الجريمة هو مجتمع قهر وقمع للحريات العامة، فالمجتمع الحر هو الذي يفرز بعض من يسيئون استعمال هذه الحرية ، وهذا طبيعي ، ما هو غير طبيعي هو أن تزيد الجريمة على الحد المعتاد فتصبح ظاهرة تستحق البحث و الدراسة . الثاني ، أن الفرد له طاقات معينة وهي تضغط عليه لكي تتفجر في الخارج عن طريق نشاطات معينة، فالمفروض أن المؤسسات الاجتماعية المختلفة تعطيه الفرصة لتوظيفها في ما هو مشروع وتعمل على تنظيم هذه النشاطات وإلا فسوف توظف في الشر و الجريمة وهذا ضار بالطرفين ، فلا شك أن المجتمع يتحمل جزءا من المسؤولية في بروز وتفاقم ظاهرة الإجرام ، فالجريمة كالفقر ، فقد نرجعه لقصور في الفرد أو لتقصير من المجتمع ، لا شك أن كليهما مسئول عن ظاهرة الفقر وكذلك عن ظاهرة الجريمة لا فرق .

وهكذا ، فالعقوبة ينبغي أن تكون عادلة ، أي مناسبة ليس للجريمة أي آثارها في العالم الخارجي ، بل للإرادة الأئمة و الشريرة التي أفرزت هذا الضرر أو الخطر الاجتماعي ، فنحن لو اعتمدنا " التناسب بين الجريمة و العقوبة " بصفة مجردة لثم إلغاء كثير من القواعد العامة التي تحكم القانون الجنائي في مجمله، ولكن للأسف ، التشريعات الوضعية ما فتئت تخرج عن

مقتضيات النفع و العدالة ، وفي هذه الحالة تصبح العقوبة عبثا مطلقا ولا يجتمع العبث والمشروعية بالطبع .

ومن مظاهر العبث التشريعي والتطبيقات غير المشروعة لهذا العبث ما سوف نشير إليه في هذه المحاضرات ، والمطلوب من الطالب أن يطرح الأشكاليات التي تثيرها هذه التطبيقات للنقاش الحر العلمي الموضوعي إعتادا على القواعد العامة للقانون الجنائي نفسه ولا يهتم البحث العلمي و النقد الموضوعي أن كل أو جل القوانين الوضعية تجمع أو تكاد على الخروج عليها بدون مقتضى منطقي.

ونحن تعمدنا هنا على غير المعتاد ، أن نعرض أولا لما نعتقد أنه الأساس العقلاني والمنطقي للفلسفة العقابية لأننا نرى أن التفكير البشري وصل إلى آخر مراحلها في هذه المسألة وفي غيرها من المسائل، في السياسة والاجتماع والاقتصاد، على رأي فوكوياما، بحيث ليس هناك من مزيد، ولكن ما جد بعد مقدمات الثورة الفرنسية من آراء وأفكار لم تلتزم دائما بنتائجها حول فلسفة العقوبة، فقد تراجع أو تكاد عن مجمل الأفكار السابقة، فقد ذهبت من النقيض إلى النقيض، من القول بالعقوبات القاسية والحدية إلى الدعوة إلى إلغاء قانون العقوبات جملة وتفصيلا.

نحن لا ندعي أن هناك إجماعا حول هذه الفلسفة ، فكثير من الباحثين يرون غير ما نرى، لكن المشكلة هنا أن المنطق القانوني قد لا يسعفهم في الدفاع عن وجهة نظرهم بل قد يقعون في التناقض الفكري بحيث يقولون الشيء ونقيضه وهذه هي آفة البحث العلمي ، ولكن المشكلة تزداد سوءا حينما نجد المشرع يخرج عما سنه هو نفسه من قواعد قانونية ، والأغرب أن نرى كبار الفقهاء في القانون الجنائي لا يشعرون بهذا الخلل المنهجي وإذا كان لديهم هذا الشعور ولم نجد له صدق يترجم هذه القناعات ، فهذه صورة من صور الخيانة العلمية فيما نتصور .

وهكذا، سوف يقودنا هذا الحديث إلى حاضر الفلسفة العقابية ، وسوف نجد في معرض حديثنا عن اتجاهات المدارس الفقهية الحديثة والأسس الفلسفية التي بنت عليها هذه المدرسة أو تلك وجهة نظرها، أن هذه الأفكار لا تخلو من الاستثناءات وهذه الاستثناءات تحمل في نفسها تناقضاتها، فهذه المدارس الفلسفية بمختلف اتجاهاتها، لم تتجح فيما نرى ، في تبني سياسة تتفق مع الأساس الفلسفي للتجريم و العقاب والذي حاولنا فيما مضى أن نتبين معالمه والذي نرى فيه الأساس المنطقي المبني على مقدمات ونتائج، فهل لهذه الاستثناءات من مبرر منطقي أم أن الأمر لا يعدو إلا أن يكون عودة ألا واعية إلى قانون بدائي متخلف لا يأخذ في الاعتبار التقدم الهائل التي حققتها البشرية في كل المجالات ومنها العلوم الإنسانية حيث القانون الجنائي واحد منها .

ثانياً: نظريات وتطبيقات

Théories et applications

أفكار المدرسة التقليدية école classique قبل الثورة الفرنسية، والتي تبنت بعضها منها هذه الثورة في بداياتها ، لم ترفي العقوبة إلا جانبها الإنتقامي: عقوبة قاسية وعقوبة حدية ، والحكم بعقوبة معينة ليس عملاً قضائياً بحثاً تتوفر فيه الضمانات القانونية التي نعرفها اليوم ، بل كانت تحكيمية arbitraire ، بمعنى أن القاضي هو الذي يحدد عادة التجريم ويحدد العقوبة ، ولا نعني بـ " تحكيمية " أن العقوبة متروكة لمشئبة القاضي ولكن هناك سوابق قضائية وما جرى عليه العمل في عصره ولكنه لم يكن مقيداً بنصوص مكتوبة وواضحة، فمبدأ الشرعية الجنائية لم يعترف به قانوناً بعد، ثم إن وظيفة القضاء ليست مستقلة عن السلطة التنفيذية ، الملك أو الأمير، فالقضاة هم موظفون لدى هذا الملك أو ذلك الأمير ومن غير المتصور أن المرؤوس يمكن له أن يخالف رئيسه.

وهذا الوضع كان قائماً في فرنسا على مرسوم ordonnance سنة 1670 الشهير الذي ينص على عقوبات غاية في القسوة والإمتهان : الإعدام ، التعذيب بكل أشكاله ، النفي ، الجلد ، فالجريمة لا تمثل اعتداء على المجني عليه فيها مباشرة ، بل فيها مساس بالملك لأن القوانين تعبر عن إرادته هو، ليس ذلك فقط بل فيها اعتداء مادي على هذا الملك لأن قوة القانون هي قوته هو، فتدخل الملك ليس مقصوداً منه التحكيم l'arbitrage بين متخاصمين وإرجاع لكل ذي حق حقه ، بل هو الإجراء المباشر لمن تم الاعتداء عليه .

بعد قيام ثورة 1789 إتخذ بمبدأ الشرعية الجنائية في محتواه الضيق كرد فعل لما كان سائداً من تعسف وتحكم القضاة ، بمعنى أن تطبيقه الفعلي لم يترك لهؤلاء أية سلطة في تحديد العقوبة المناسبة: فكل العقوبات كانت ذات حد واحد وكل الجرائم من نفس النوع يعاقب عليها بعقوبات من نفس النوع كذلك Les délits du même genre seront punis par le même genre de peine جاء في نص سريع صدر قبل أول قانون للثورة الفرنسية، فمبدأ تفريد العقوبة individualisation de la peine كان مستبعداً كما جاء في قانون الثورة الفرنسية لسنة 1791.

وهذا النظام يستند على مسلمتين أو قرينتين خاطئتين : الأولى مبنية على افتراض غير واقعي وهو أن المشرع الجنائي يعرف الجريمة - قتل ، سرقة ، نصب مثلاً ، ويعرف في نفس الوقت من سوف يرتكب هذه الجرائم، وهذا غير صحيح قطعاً ، فالظروف الشخصية و المادية

يعرفها القاضي وحده ولهذا ينبغي أن تتفاوت العقوبة من جان إلى آخر فكما يقولون " المجرم بظروفه " حتى نحقق عدالة العقوبة.

الثانية تتمثل في أن كل فرد ، إذا لم يكن مجنوناً أو مكرها ، لديه حرية الاختيار *le libre arbitre* المطلقة *absolue* في الفعل و الترك المجرم وغير المجرم ، ومادام الأمر كذلك ، وحيث أن العقوبة ينبغي أن تكون متناسبة مع الجريمة (وليس مع الإرادة الآتمة) فلا مناص من توحيد العقوبات .

ولكن هذا الوجه من النظر غير صحيح فلسفياً: فمن الثابت علمياً أن حرية الاختيار ليست واحدة لدى كل الناس ، فقد تكون مطلقة وقد تكون نسبية بل قد تختفي تماماً كالمجنون و المكره ، ولهذا من العدالة أن تتفاوت العقوبة بقدر التفاوت الحاصل في حرية الاختيار من شخص لآخر وهذا ما تبنته المدرسة التقليدية الجديدة *l'école néoclassique* التي حاولت أن تضع الحقيقة مكان الخيال كما تدعي .

فقد أكدت هذه المدرسة على نسبية المسؤولية الأخلاقية ، فليس بين كل المساهمين في الجريمة أو الجناة الذين ارتكب كل منهم نفس جريمة الآخرين من قاسم مشترك إلا الجريمة المرتكبة موضوعياً في مظهرها المادي الخارجي ، ما عدا ذلك فكل يستقل بشخصيته : سنه ، سوابقه ، كئانه ، تعليمه ، حالته العقلية ، الوسط الذي تربى وترعرع فيه ... الخ .

ويتلخص فقه المدرسة التقليدية الجديدة في أن الجاني ينبغي أن يعاقب بقدر ما هو نافع " *ni plus q'il n' est utile* " لا أكثر ولا أقل ، وبقدر ما هو عادل " *ni plus q'il n' est juste* " لا أكثر ولا أقل .

وقد أخذ قانون نابليون (1810) بالتفريد العقابي حيث أعطى للقاضي حرية تطبيق العقوبة المناسبة بين حدين ، ولكن صدرت بعد ذلك في الثلاثينات و الأربعينات من القرن التاسع عشر ، تشريعات توسعت في مفهوم التفريد العقابي ومن مظاهر ذلك الظروف القضائية والأعدار القانونية ووقف التنفيذ والعفو القضائي والمسؤولية الجنائية المخففة أو الناقصة. وفقه هذه المدرسة هو الذي اعتمده مجمل التشريعات العقابية في العالم .

مع ذلك ، مراعاة هذه الظروف جميعها تؤدي إلى منطق فيه شيء من عدم المنطق إذا صح التعبير ، لأننا سوف نقول أن الجاني نصف عاقل ونصف مجنون ، أي نصف مسئول ونصف غير مسئول ، ولهذا فقد أخذت أغلب القوانين الوضعية بالعيب العقلي الجزئي ، والمسؤولية الجنائية الناقصة بالنسبة للصغار الجانحين مثلاً وهكذا .

واعتماد هذه العملية الحسابية والجمع و الطرح ، قد لا يتفق تمام الإتفاق مع البواعث والإضطرابات النفسية والعقلية ومجمل ظروف الوسط ، فالفاصل بين الحياة النفسية الدنيا والتي تتمثل في الغرائز المتكونة جسديا ، والحياة النفسية العليا من قيم وأخلاق ، كما يقول علماء النفس الجنائي ، لن يكون واضحا وضوحا كاملا لدى المتخصصين في علم النفس الجنائي فضلا عن القاضي الذي تتوقف معلوماته عند نصوص القانون هذا إذا استطاع فهمها فهما صحيحا كما أراد لها المشرع أن تفهم ، والأغرب من ذلك أن هذا المشرع نفسه يفترض في الجاني في سن معينة أنه ناقص مسؤولية ويعاقب على أساس هذا الإفتراض وكأنه يعطي للقاضي هذا المقياس الدقيق ليقدر بواسطته مقدار ما لديه من حرية الاختيار .

نحن نقول دائما أنه تقاديا لهذا كله ، ينبغي ألا نعتد في تحديد العقوبة المناسبة على ضوء هذه الافتراضات سواء كانت " علمية " لأن النفس البشرية أكثر تعقيدا من أن نسيطر عليها بمقياس علمي نظري ، أو قانونية مجردة لأن التجريد نفسه يتعارض مع فقه هذه المدرسة بالذات ، فإذا توصلنا إلى أن حرية الجاني ناقصة بسبب العيب العقلي "الجزئي " أو لم يصل بعد إلى السن المحددة قانونا (تحكميا) بحيث نفترض أنه أهل لتحمل المسؤولية الجنائية الكاملة ، فينبغي أن نغلب الجانب السلبي على الجانب الإيجابي ونتخذ في مواجهته إجراءات وقائية علاجية ، وهذا فيه مصلحة الطرفين: مصلحة الفرد ، حتى لا يظلم بتطبيق عقوبة قد لا يستحقها ، ومصلحة المجتمع لأننا لا نستطيع تحديد العلاج بمدة محددة مسبقا كالعقوبة ، بل حتى نقضي على حالة الخطورة التي يمثلها ، لأننا نلاحظ أن إجراءات التخفيف هذه لم تحد من الجريمة ، بل على العكس من ذلك فهذا التخفيف التي نادى به المدرسة التقليدية الجديدة جرأ الكثيرين على ارتكاب الجرائم فقد زادت زيادة ملحوظة في منتصف القرن التاسع عشر .

وهكذا ، يبدو واضحا أن فشل التقليدية الجديدة في مواجهة ظاهرة الإجرام قد شجع الطبيب الإيطالي لومبروزو Lombroso عراب المدرسة الوضعية الإيطالية l'école positive italienne على نشر أفكار غاية في "الثورية" في كتاب صدر له في أوائل ستينيات القرن التاسع عشر "الإنسان المجرم" l'home criminel فهو أراد أن يقف على قاعدة صلبة كما يقول ، بعيدا عن حرية الاختيار والماورائيات، وقد أثار انتقادات كثيرة في الأوساط القانونية في أوروبا، ولكنه استفز كذلك العلماء وشجعهم على البحث عن مدي صحة الأفكار التي جاء بها .

كان ينبغي ألا نقف كثيرا عند هذه الفلسفة العضوية la philosophie biologique ، ولكن مع ذلك ينبغي أن نلم ببعض جوانبها بغرض المناقشة و التحليل وأيضا للمقارنة مع بعض النظريات الأخرى اللاحقة عليها التي اعتمدت في بعض التفاصيل على هذه النظرية .

فالفرسان الثلاثة les trios mousquetaires كما يسمونهم عادة : ، لومبروزو Lombroso - فيري Firri - قاروفالو Garofalo وبخاصة لومبروزو، يرون أن الإنسان المجرم يولد هكذا مجرما، فهو لا زال على حالته البدائية الأولى وهي كما يعتقد الحالة الحيوانية والإنسان يرجع بصفة خاصة إلى القرد من فصيلة الشمبانزي التي تشترك مع الإنسان في حوالي خمسة عشر مورثة chromosomes ، فالإنسان غير المجرم " الطبيعي " تطور والمجرم لم يتطور فبقي على حالته الأولى والدليل على ذلك هذه التشوهات الخلقية التي نلاحظها على أجساد المجرمين التي تذكرنا بأصله الحيواني أو الإنسان القديم ، وكذلك عدم إحساسهم بالألم ولهذا نجد كثيرا منهم يلجأون إلى وشم أجزاء من أجسادهم ... الخ .

وإذا صحت هذه النظرية وهي صحيحة عند أصحابها ، فهذا المجرم بالميلاد أو بالوراثة أو الإجرام التناسلي ، غير مسئول جنائيا بحكم عوامل هذه الوراثة atavisme ' فهو مضطر للإستجابة للمعطيات الجسدية المتمثلة في الغرائز وهي غرائز حيوانية وليس هناك التكوين الأخلاقي الذي يكبح جماح هذه الغرائز من أن تتفجر في الخارج .

ولكن ليس معنى ذلك أن يترك وحرية فمصيره معلق على الفيئة التي ينتمي إليها ضمن خمسة أنواع من المجرمين حسب تصنيف لومبروزو: فالمجرم بالميلاد والمجرم المجنون والمجرم المعتاد ينبغي استئصالهم من المجتمع بالإعدام أو النفي إلى ما وراء البحار لإصلاح الإنسان بالأرض وإصلاح الأرض بالإنسان بعيدا عن المجتمع " السوي " أما المجرم بالصدفة و المجرم العاطفي ، فليس مستحيلا مع شيء من التدابير العلاجية إرجاعهما سويا بحيث يتمكنان من التكيف مع قيم المجتمع .

هذه النظرية لم تثبت علميا وللعلماء في إبطالها منهجان :

منهج شجرة النسب ومنهج التوائم :المنهج الأول يتمثل في دراسة التسلسل الوراثي لأصول الجاني ، فإذا ثبت أن كلهم أو جلهم كانوا مجرمين فهذا دليل على أن الجريمة تورث ، وقد أثبتت الدراسات أن ليس كل هؤلاء كانوا كذلك ، ثم لا ننسى أن دماء جديدة تداخلت في التكوين الوراثي في كثير من المراحل مما يصعب الاعتماد على هذا المنهج علميا .

أما منهج دراسة التوائم وبخاصة المتماثلة المفترض أنه الأقرب للعلمية ، فلم يثبت كذلك علمياً أن التوأمن يصبحان مجرمين .

وخطورة هذه النظرية مزدوجة: أولاً، ففرضية النموذج الإجرامي الذي اخترعه لومبروزو، سوف يقع تحت طائلة القانون قبل ارتكاب أي جريمة ،فهذا هو نظام المشتبه فيهم ، وثانياً، فهي تؤدي إلى إلغاء قانون العقوبات أي النظام الشرعي للتعريم أو مبدأ الشرعية الجنائية الذي هو الحصن الأخير للحرية الفردية، وفتح الباب واسعاً للتحكم و التعسف ، فالخضوع لهذه الإمبريالية العلمية تجعل قانون العقوبات مجرد فصل في علم الإجرام (في هذا المعنى (Criminologie – Raymond Gassin.)).

ورغم ذلك، فقد أثارت هذه النظرية مسألة غاية في الأهمية ونعني بها فكرة " حالة الخطورة أو الحالة الخطرة " l'état dangereux والتي أصبحت القاسم المشترك بين القوانين الوضعية فيما بعد ولهذا تم استحداث ما يسمى بالإجراءات أو التدابير الإحترازية أو الوقائية فيما بعد ولهذا تم استحداث ما يسمى بالإجراءات أو التدابير الإحترازية أو الوقائية les mesures priventives - de surté لمواجهتها، فهي نوع من العلاج ولا علاقة لها بالعقوبة المؤلمة ومقتضياتها .

وقد التقف الإتحاد الدولي لقانون العقوبات l'Union international de droit pénal الذي تأسس سنة 1880 بواسطة البلجيكي Prins والألماني Von Liszt والهولندي Von Hamel ، فكرة " حالة الخطورة أو الحالة الخطرة " هذه وحاول أن يبني عليها فقهاً جديداً : فقد تبني فكرة العقوبة المؤلمة والإجراءات الوقائية معا ، فنحن نتصور على ذلك أن العقوبة تقوم بنوع من الردع فهذه هي وظيفتها ، والتدابير الوقائية تقوم بنوع من العلاج أو هكذا يفترض ، فهو يتخذ موقفاً محايداً من حرية الاختيار والحتمية الوضعية ، مع ذلك فهو لا يسلم بمعيار حرية الاختيار ولكنه يقول بالعقوبة وهذه هي المفارقة ، وكذلك لا يسلم بالحتمية الوضعية ولكنه يتفق مع النتائج التي انتهت إليها المدرسة الوضعية الإيطالية في كثير من التفاصيل ، المهم عنده هو الاهتمام فقط بحالة الخطورة فهي الفكرة الوحيدة القادرة من وجهة نظره ، على استقرار القوانين الاجتماعية والمحافظة على النظام العام سواء عن طريق العقوبة المؤلمة غير المحددة في كثير من الحالات، أو الإجراءات الأخرى للدفاع الاجتماعي التي تتمثل في الإجراءات الوقائية بالطبع، وما دامت حالة الخطورة هي الأساس لهذا النوع من الدفاع الاجتماعي فهو قد يكون سابقاً على ارتكاب الجريمة وغير محدد ، وهنا تكمن خطورة هذا الفقه .

وفي الأربعينات من القرن المضي (1945) وبعد انتهاء الحرب العالمية الثانية مباشرة، أسس فيليبو قراماتيكا Filippo Gramatica مركز الدفاع الاجتماعي Centre de la défense sociale في جينوا بإيطاليا، وقد نشر قبل الحرب كتابه "قانون العقوبات الشخصي" Droit pénal subjectif كما نشر بعدها عدة مقالات وأهم وأخطر هذه المقالات كان بعنوان "الكفاح ضد العقوبة La lutte contre la peine".

فهو يرى أن غاية الدفاع الاجتماعي تكمن في حماية فعالة للمجتمع وإصلاحه، ولكن هذا الإصلاح المنشود لا يتأتى إلا بإصلاح الفرد فيه والعمل على جعله اجتماعيا Socialisation، فالدولة التي هي التعبير السياسي والقانوني عنه، ما هي إلا ضرورة واقع Nécessite de fait فقواعد الحياة في جماعة ينظمها عقد مشاركة حيث يفرض على الدولة حدودا وهي بصدد إقرار النظام القانوني.

إلى هنا قد يكون هذا الفقه مقبولا، ولكن قراماتيكا يذهب أبعد من ذلك عندما ينادي بالإستعاضة عن قانون العقوبات التقليدي بقانون الدفاع الاجتماعي Droit de défense sociale تكمن غايته الوحيدة في العمل على تأقلم أو تكيف Adaptation الفرد مع النظام الاجتماعي وليس العقاب على تصرفاته، والإستعاضة عن المسؤولية الجنائية la respnsabilité pénale التي تجد أساسها في المسؤولية الأخلاقية morale بفكرة الأجماعية l'antisocialité لأن قراماتيكا طرح منذ البداية سؤالاً في غاية الأهمية وهو: هل من حق الدولة أن تعاقب؟ وهو يرى أن هذا السؤال كان محل اهتمام في الضمير الشعبي والضمير الاجتماعي قبل أن يجب عنه الفلاسفة أو علماء القانون.

ومن هنا تبرز فكرتان رئيسيتان من فقه قراماتيكا: الشخصية Subjectivisation والاجتماعية L'antisocialité، وشخصية القانون الجنائي تتحقق من خلال قرائن وعلامات أو مؤشرات des indices، فهو ينفي تبعاً لذلك فكرة حرية الاختيار والجريمة والمجرم والمنحرف والعقوبة وكل مفردات القانون الجنائي، وهو لا ينفي العقوبة فقط ولكن حتى فكرة الإجراءات الاحترافية بالمعنى المتعارف عليه بين رجال الفقه والقانون.

وهذا الاتجاه المتطرف جعل كثيراً ممن يتفقون معه في أصل هذه الفكرة يخالفونه حول كثير من التفاصيل ويتبنون اتجاهها للإصلاح أكثر اعتدالاً، فهم يريدون من هذا الفقه الجديد أن يدخل ضمن قانون العقوبات لا أن يلغيه، فهذا الأخير تبقى له قيمته باعتباره يعبر عن دولة

القانون وهذا ما يعطي لفته " الدفاع الاجتماعي الجديد " La défense sociale nouvelle الذي نادى به مارك أنسل Marc Ancel زميله في هذه الحركة ، أهميته .
 وإذا كان هذا الكاتب قد أتى بفته جديد، معنى ذلك أنه يختلف عما سبقه من نظريات واتجاهات فقهية وكما نقول "بأضدادها تتميز الأشياء" Tout être se pose en s'opposant ، فلا شك أنه يتعارض مع الفقه التقليدي والفلسفة التي يضيفها هذا الفقه على فكرة العدالة الجنائية التقليدية بتصوراتها بتصوراتها Conceptions الرئيسية الثلاث، وهذه التصورات ليست في حقيقة الأمر عبارة عن تطور تاريخي محض ، بل هو تطور منطقي لهذه الأفكار و الفلسفات سواء فيما يتعلق بطبيعة هذه العدالة أو بوظيفتها ومشروعيتها .

التصور الأول للعدالة الجنائية كان تصورا دينيا يتمثل في تكفير الجاني عن جريمته لأنه بذلك قد أثار غضب الآلهة، وقد ظهر هذا التصور بعد أن تخطت البشرية مرحلة الانتقام الفردي la vengeance privé وأصبح هناك نوع من التجمعات المنظمة ، وهكذا حل محل الانتقام الفردي الانتقام الإلهي Divine ففي معتقدات الشعوب البدائية كان هناك خلط بين الدين و العدالة والكهانة ومن ثم ، فإن العقوبة لأبد أن يضاف عليها شيء من القداسة ، وهذه المرحلة مرت بها تقريبا كل الشعوب .

التصور الثاني هو تصور سياسي بصفة خاصة: فهدف العدالة الوحيد هو المحافظة على النظام العام الذي أقامه الملك أو الإمبراطور أو الأمير، فالنظام هو نظامه و العدالة عدالته فهي لأبد أن تعمل على تأكيد سلطته فهي تقام باسمه .

وهذا التصور ظهر تاريخيا عندما قويت شوكة الدولة المركزية حيث حلت العدالة العامة La justice collective محل العدالة الفردية individuelle ، والقانون الجنائي بدأ في الظهور شيئا فشيئا باختفاء النظام المعتمد على العدالة الخاصة، والعقوبة الخاصة واستعيض عنها بالعقوبة العامة publique .

التصور الثالث للعدالة الجنائية هو تصور قانوني والذي ظهر على أنقاض التصور السياسي ووفقا لهذا التصور القانوني juridique فنحن لا نحارب الجاني باعتباره خارجا عن القانون hors la loi ولكن لأبد من إخضاعه للقانون الذي يجب أن يحدد السلوك المجرم والعقوبة واجبة التطبيق بحيث تتجاوز مجال السياسة La politique إلى مجال التنظيم الشرعي Ligal ، هذا التصور ظهر مع نهايات القرن الثامن عشر مع الحركة الفلسفية والجهود المبذولة قبل الثورة الفرنسية .

من أجل تدعيم مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ، الجريمة وفقا لهذا النظام القانوني أصبحت فكرة قانونية ، والعقوبة جزاء مشروع وفق نظام محدد ودقيق ، فلم تعد الجريمة حادثا اجتماعيا بل أصبحت حقيقة قانونية Entité juridique كالعقوبة تماما .

فقه الدفاع الاجتماعي هو ضد هذه المسلمات فهو يحذر من فكرة العدالة الجنائية المطلقة والاهتمام بالجريمة و العقوبة باعتبارهما حقيقتين قانونيتين مجردتين يمكن التعامل معهما عن طريق القانون الجنائي وأدواته ، فالدفاع الاجتماعي في طبيعته يتعارض مع الماورائيات ويرفض أن يحصر نفسه في إطار قانوني صرف، فهو لا يتفق لا مع القانون التقليدي ولا مع الفقه الذي يدعي التحررية التي نادى بها التقليدية الجديدة في النصف الأول من القرن التاسع عشر .

فهو يرى في الجريمة أنها تصرف إنساني وهي تعبير وترجمة لشخصية صاحبه ، فهو ليس أحدا غريبا عن الكائن الواقعي الذي هو الإنسان المجرم ، فالإنسان يحسن و يسيء ومع ذلك يبقى دائما فردا معينا بالذات بحيث لا يمكن لنا أن نفسر هذه التصرفات إلا بعد فهم عميق لشخصيته ، وهكذا يجب أن لا نركز فقط على الفكرة القانونية المجردة للجريمة ، بل على " فاعل هذه الجريمة وجميع عناصر شخصيته .

فالدفاع الاجتماعي لا يرى في القاضي أنه " عرافة " القانون حسب تعبير مونتيسكيو، التي تأمر بتطبيق عقوبات محددة مسبقا كما فعل قانون العقوبات الفرنسي لسنة 1791 حارما القضاء من أي توسع في تفسير للنصوص ومن الأخذ في الاعتبار كل معطيات 65الواقع الشخصي و الموضوعي ..

ويمكن لنا أن نحدد مواطن الاختلاف بين فقه الدفاع الاجتماعي والفقه التقليدي و التقليدي الجديد في النقاط التالية :

1 - النظريات التقليدية تستند على أوهام وخرافات mythes فليس هناك معايير دقيقة يستطيع القاضي بمقتضاها أن يقدر الضرر الذي أصاب النظام القانوني المجرد مع درجة الإرادة الآتمة للفاعل ، فالعدالة هي قبل كل شيء جهد بشري فلا تكون من ثم ، إلا نسبية فليس من اختصاصها أن تحكم على تصرف ما في نفسه وفقا لقواعد مجردة ، ولكن بالنظر إلى إنسان- فرد محسوس وسوف يحدد مصيره أفراد آخرون كذلك ، وهؤلاء ليسوا مكلفين بالفصل في قضية ما وراثية بين الخير والشر ، فالقضية المعروضة أمامهم هي قضية فردية محدودة تتعلق بالانحراف، وهذا الانحراف ظهر في مناسبة معينة وظروف معينة ، فمهمة العدالة تكمن في

تحديد الإجراء الفعال التي يساعد على تقويم الفرد نفسه و إصلاحه وهنا تكمن مصلحة المجتمع أيضا فلا يصلح المجتمع إلا بإصلاح الفرد فيه .

2- تقوم فلسفة الفقه التقليدي على ثلاثة أسس: الشرعية والمسئولية الأخلاقية و العقوبة ، وهذه المسئولية عندهم هي مبدأ قاعدي وليست فكرة واقعية إنسانية حية ومحسوسة .
النظام الذي ينادي به فقه الدفاع الاجتماعي على صعيد التطبيق العملي يرى في العدالة الجنائية كحادث اجتماعي قبل أي شيء آخر مما يجعله ينأى عن المفاهيم التقليدية الجديدة ، فمهمتها لا تتمثل في التوزيع الآلي للعقوبات " الشرعية " ولا في تكليف القاضي بالمساهمة في إرساء دعائم نظام مثالي .

ولهذا فمهمة القاضي لا تنتهي عند النطق بالحكم الجنائي في دعوى معينة ولا ينتهي الأمر كذلك بالنسبة للجاني عندما يستنفذ جميع طرق الطعن وتنفذ العقوبة على المحكوم عليه حيث يكون قد " دفع دينه " وفق التعبير القديم ، وهو لا يريد أن يتجاهل دور القاضي الذي يريد أن يؤسس حكمه وفقا للقواعد القانونية، ولكن مشكلة الجريمة لا يمكن أن تحل بمجرد النطق بالحكم المجرد كما فعلت التقليدية الجديدة ، ولهذا الدفاع الاجتماعي يؤكد دائما على وجود أزمة عقاب أو أزمة القانون الجنائي .

3- ورغم اعتراف مارك أنسل بفضل الوضعية الإيطالية على فكرة الدفاع الاجتماعي حتى اتهم من قبل البعض بأنه صورة مشوهة منه ، ولكنه يرى أن الدفاع الاجتماعي في ثوبه الجديد يتعارض مع أفكار هذه المدرسة في الآتي :

- فهو يرفض رفضاً باتاً الحتمية الوضعية Le déterminisme فهو لا يقول بالجبرية أو القدرية Le fatalisme التي نادى بها لومبروزولا بالضرورة الاجتماعية La nécessité sociale لفيري Firri ونحن رأينا أن برنز أحد أقطاب الإتحاد الدولي لقانون العقوبات قد وقف موقف الحياد بين هاتين المدرستين : حرية الاختيار وحتمية الجريمة .

- هذا الفقه يعترف بأهمية تصنيف المجرمين - مجرم بالميلاد بالعاطفة... الخ - ولكنه يتحفظ على هذا التصنيف الذي قد يكون مفهوما ومشروعا في نفسه ولكن حل مشكلة الظاهرة الإجرامية Le phénomène criminel لا يكون فقط في وضع الفرد مرتكب الجريمة في هذا الإطار الضيق ونحكم عليه حكما مسبقا ، ولكن ينبغي أن نتساءل: لماذا هذا الشخص بعينه في هذا الظرف مع هذه السوابق وهذا التركيب الوراثي اقترف هذه الجريمة ، فطرح هذه السؤال مهم وضرور بحيث نستبعد الأخذ بلعبة السوابق الإجرامية أو الخلفيات الوراثية أو

المحيط الاجتماعي لهذا الفرد أو ذلك .، فعلم الإجرام الحديث يأخذ في اعتباره دائما فكرة حركية الجريمة *dynamique du crime* بما يعني ضرورة البحث عن الأسباب و العوامل الفردية التي أثارته و فجرت في هذه اللحظة بالذات آلية الجريمة لدى الفرد بغض النظر عن أي اعتبار آخر لأن كثيرا من الصفات و المعطيات المختلفة نجدها لدى المجرم و غير المجرم ، لذا لا ينبغي أن نبحث عن الشخصية الإجرامية لفعل معين ، ولكن عن تعاضد مجموعة من القوى و العناصر و العوامل التي تخلق لدى الفرد الميل نحو ارتكاب الجريمة .

- الدفاع الاجتماعي لا يختلف كثيرا مع أفكار برنز حول حرية الاختيار فهي بلا شك مسألة ما وراثية غريبة عن مجال القانون الجنائي و السياسة الجنائية في عمومها ، ولكن السياسة الجنائية الحديثة التي يدعو إليها الدفاع الاجتماعي تفرض بالضرورة حرية الكائن البشري و لا تتجاهل حقيقة الشعور الفردي و الجماعي بالمسؤولية الشخصية فلا يمكن أن نضبط حركتها فقط على إيقاع أولئك الأفراد الخاضعين تحت ضغط القوى البيولوجية أو ذوي العاهات و العيوب الخلقية ، أو أولئك الذين تسيطر عليهم ظروفهم الاجتماعية و لا يستطيعون منها خلاصا ، فالبحث عن التصرف الإنساني و مسار الجريمة هو أعمق من ذلك بكثير ، فقد أخذ على المدرسة التقليدية مبالغتها في القانونية و على المدرسة الوضعية مبالغتها في العلمية، فقد خرجنا من الإمبيرالية القانونية لنقع في الإمبيرالية العلمية، في الأولى القاضي هو كل شيء وفي الثانية لا شيء له .

وهكذا، يبقى اللجوء إلى وسائل مختلفة سابقة على الجريمة و لاحقة من الضرورة بمكان، وليس الغرض من هذه الوسائل حماية المجتمع من الجريمة فقط ، ولكن أيضا من أجل حماية الفرد ذاته من مخاطر الوقوع في الجريمة ، فهي تبحث عن حماية الجماعة من خلال حماية أعضائها بما يعني حماية حقوق الفرد كإنسان في جميع مظاهر النظام الاجتماعي و أن نستوحي في ذلك القيم الإنسانية و هي عماد هذه الحضارة .

وهو يدعو إلى استبعاد القواعد القانونية الجامدة التي تطبق على الجميع، بل توضع مجموعة من الحلول تختار المحكمة منها الإجراء المناسب لحالة كل فرد و هذا الإجراء ينبغي أن يتغير حسب تطور هذه الحالة من أجل إعادة التكيف ، ولهذا لا بد من وضع " ملف للشخصية " ، فهذا الفقه ينتقد المبالغة في القانونية *les accès de juridisme* و قد درج على تسميتها بالبعد عن القانونية *déjuridicisation*.

فالجريمة تعبر عن شخصية الفرد فهي التي يعكس عن طريقها عواطفه وأحاسيسه ومشاعره الخاصة ومن ثم ، لم يعد هناك معنى للفصل بين المسؤولية وحالة الخطورة وهو ما اعتمدته المدرسة التقليدية الجديدة التي فرقت بين الإثم وحالة الخطورة فهو سطحي على الصعيد الاجتماعي و الإنساني كالفرق بين العقوبة و الإجراءات الإحترازية ، فالمسؤولية وحالة الخطورة كلاهما يجب أن يخضعا لتقدير القاضي الذي ينبغي أن يختار بين العقوبة أو الإجراء الإحترازي أو هذا وذلك حسب الأحوال فهما شيء واحد ولهذا لا بد من إدخال الدافع في معرفة تكوين الشخصية فهو ضروري لمعرفة العوامل التي وجهت سلوكه نحو ارتكاب الجريمة ، فالتثائية التقليدية جريمة - عقوبة يستعاض عنها بالثلاثية : جريمة - شخصية - علاج .

ولكن مشكلة مارك أنسل ليست مع القاضي فقط ، ولكن مع الأصل وهو المشرع نفسه الذي قيد القاضي بمجموعة من الأوهام والخرافات كما سماها، مستهديا بأفكار المدرسة التقليدية الجديدة ، حتى أصبحت قواعد القانون الجنائي عاجزة عن ترجمة الواقع الاجتماعي .

1 - يأتي على قائمة هذه " الأوهام " من وجهة نظر مارك أنسل ، قرينة العلم بالقانون المنفردة عن مبدأ الشرعية الجنائية ، وهو كما يقول ، ضروري في أي مجتمع منظم ومظهر من مظاهر دولة القانون ، فهذا المبدأ كان يعني لدي بيكارياوبنتام أن كل مواطن يستطيع أن يعلم حالا التصرفات المحظورة قانونا وكذلك العقوبات واجبة التطبيق عند خرق هذا القانون ، وعندما نادى رجال الثورة الفرنسية بتطبيق هذا المبدأ كانوا يتصورون بكل براءة ، أن المواطنين الأحرار الذين يضمن لهم القانون حماية حقوقهم الأساسية سوف يسرعون للإطلاع على هذه القوانين الجديدة هو و أفراد عائلته المتشبع بروح المواطنة ، فهذه نظرة مثالية لا وجود لها في الواقع المعاش .

وهذا الكاتب من أجل التخفيف من حدة هذا المبدأ ، يقترح التفريق بين الجرائم الطبيعية naturelles والتي يعرفها كل شخص متحضر، والجرائم الاصطناعية artificielles كما أسماه قاروفالو Garofalo ، المتجددة والمتغيرة باستمرار وفقا للظروف ، فمن العبث الإدعاء بأن كل المواطنين المخاطبين بهذه القوانين يمكنهم الإطلاع على كل اللوائح و القوانين في كثير من المجالات كقانون العقوبات الاقتصادي.

2- ومن هذه الأوهام ما يسمى بالجريمة المستعارة حيث يستعير الشريك إجرامه من الفاعل الأصلي وهي مشكلة منفردة عن مشكلة " المساهمة الجنائية " و التي تعني وحدة الجريمة وتعدد المساهمين ، فلماذا نجعل الشريك تابعا لغيره ومصيره معلق بهذا الغير ، ينبغي أن هذا

المصير يحدده هو عندما قرر التحريض أو المساعدة أو الإتفاق على ارتكاب الجريمة ، فموقفه من القانون تحدد حينئذ باختياره فيحاسب على هذا القرار الحر ارتكب شخص آخر الجريمة أو لم يرتكب.

3 - أخذ على المدرسة التقليدية إهمالها للبواعث les mopiles في نظرية القصد الجنائي ، فهي تمثل الشخصية الواعية للجاني ، وحينما لا نعترف إلا بالجريمة ، هذا التصرف المجرد و الموضوعي ، فلم نبق شيئاً يعتمد عليه .

4 - وفي الشروع، نفرق عادة بين البدء في التنفيذ وبين الأعمال التحضيرية ، أي بين الفعل واضح الدلالة univoque أي له تفسير واحد - شروع معاقب عليه - والفعل غامض الدلالة èquivoque له عدة تفسيرات - عمل تحضيرية غير معاقب عليه - والحال أنه من المستحيل وضع معيار دقيق نفرق بمقتضاه بين الحالتين .

5 - وكذلك ما يعرف بالجريمة المستحيلة Le delit impossible والتفرقة بين الاستحالة المطلقة غير المعاقب عليها، والإستحالة النسبية المعاقب عليها والحال أن الإرادة الأئمة واحدة في الحالتين .

ونحن إذا أردنا تقييم فقه الدفاع الاجتماعي الجديد (فقه قرامايبا يرد على نفسه بنفسه فلا نطيل الحديث فيه) ، نستطيع القول بأننا قد نتفق معه في كثير من " الأوهام و الخرافات " كما أسماها وضرب لذلك بعض الأمثلة ، ولكن نحن لا نتفق على مجمل أفكاره .

كتبنا منذ سنوات عند نشر كتابنا " الدفاع الاجتماعي الجديد لمارك أنسل - عرض وتحليل " نقول : " إن بعض المسائل كحرية الاختيار والردع و التخويف ودمج العقوبة في الإجراءات الإحترازية والخلط بين المسؤولية الجنائية وحالة الخطورة، لا يزول عنها الغموض لمجرد اقتناع أحدهم بها مهما كانت قيمته العلمية .

فلا بد إذن من إعادة النظر في كل هذه المسائل أو على الأقل مناقشتها، فليس بمقدور أحد أن يقول فيها الكلمة الفصل ، فالكلمة الفصل في مثل هذه الأمور لا محل لها ولا يجب أن يكون لها محل ، لأن الأفكار و الآراء تختلف باختلاف الميول و المعتقدات و الخلفيات الثقافية و الحضارية لكل باحث فما يراه غيري من وجهة نظره سليما قد أراه أنا عكس ذلك ، فحينما ننتقد رأياً معيناً أو وجهة نظر معينة فذلك لا يعني حتماً أن هذا الرأي المنتقد على خطأ وأنا على صواب ، فالخطأ و الصواب ليس هنا مجالهما إلا إذا تناقضت مع العقل و المنطق القانوني المبني على مقدمات ونتائج ، فالقول حينئذ لهذا العقل ولهذا المنطق .

ومع ذلك ، إذا أردنا الاختصار على بعض المسائل المطروحة للبحث هنا ، فإنه بمقدورنا إيراد الملاحظات الآتية :

"لا ينتكر مارك أنسل لمبدأ الشرعية ولكنه فيما يبدو أساء تفسيره عن قصد فهو واضح بنفسه ولا يختلف على ذلك اثنان : شرعية الجرائم و العقوبات ، أي لا بد أن ينص المشرع على الأفعال التي تكيف جرائم قانوننا وينص كذلك على رد الفعل الاجتماعي سواء كان عقوبة أو تدبيراً إحترازياً ، حتى تفعل العقوبة فعلها من الردع و التخويف من أجل محاربة ظاهرة الجريمة في المجتمع ، ولكنه أيضاً يحمي الفرد حتى لا يفاجأ بعقوبات لا يتوقعها ، فهذا من المسلمات البديهية التي لا تحتاج إلى براهين على صحتها فهذا أقرب إلى " أنسنة " القانون الجنائي مما يدعو إليه .

فهو يقع في تناقض مع نفسه عندما يعترف بهذا المبدأ ثم يدعو إلى خلاف ذلك : فكيف نعترف بشرعية العقوبة ونحن نضع الفاعل بين يدي القاضي والذي سوف يقرر بعد دراسة ملف الشخصية مصيره ، ليس ذلك فقط ولكن موقفه من القانون لا يحسم بصدور الحكم البات في قضيته بل قابل للمراجعة فقد يحكم عليه بتدبير من تدابير إعادة التكيف - علاج " ثم نقرر تطبيق عقوبة مؤلمة وهذا لا شك أنه يمثل خرقاً صارخاً لمبدأ الشرعية الجنائية " .

1 - ينكر المؤلف مسلمة "حرية الاختيار" ولكنه في المقابل يعترف بحرية الفرد مرتكب الجريمة وغيره ، فهو قد نظر إلى هذه الحرية من زاويته الخاصة هذا صحيح ، ولكن الحرية بالذات ، لا تتغير معالمها من أي زاوية نظرت ، وما دام حراً ، مهما كانت درجات هذه الحرية ، فلا بد أن يكون مسئولاً بنفس الدرجة وإلا فلا قيمة لهذه الحرية لا على المستوى الأخلاقي ولا القانوني المحض .

2 - وما دام مسئولاً فلا بد أن يتحمل تبعات أفعاله وتحمل التبعة هي المجازاة فإذا أحسن يحسن إليه وإذا أساء يحاسب أو يعاقب لا فرق ، وهو حينما يعاقب لا يلوم المجتمع بل يلوم نفسه أولاً ، التي سولت له الوقوع في الجريمة ، وإذا لام نفسه فهو حري بأن يكون حراً لأنه شعر بذنبه والشعور بالذنب هو عين المسؤولية وعليه ، فكرة استحقاق العقاب من عدمه هي فكرة سابقة على التدخل القضائي وليس لاحقة عليه، وتقديرها من اختصاص القضاء ولا تدخل في اختصاصات رجال التنفيذ سلفاً .

وإذا كان العقاب ضرورياً ولو في بعض الفروض كما يرى المؤلف نفسه ، فالمفترض في الجاني أنه حر وقت ارتكاب الجريمة ، أما إذا تغيرت بعض جوانب شخصيته بعد ذلك فهذا أمر

آخر يعالج على المستوى التشريعي كما تفعل كل التشريعات الوضعية بحيث تستبدل بالعقوبة المقررة أصلاً لهذا الفعل بإجراء من الإجراءات الإحترازية والعكس صحيح .

3 - والقول بدمج هذين النظامين في نظام واحد هو غير مجد من الناحية العملية الصرفة ، فنحن نعاقب الجاني لكي يتألم ويرى مصلحته في المستقبل في عدم ارتكاب الجريمة لكي يتحاشى الألم مرة أخرى ، ونريد من الإجراءات الإحترازية العلاج والإصلاح والتهديب و الشفاء ، فكيف نجمع بين متناقضين فهذا هو المستحيل بعينه .

والمؤلف لا ينكر لا العقوبة ولا الإجراءات الإحترازية ، هو ينكر التكيف القانوني لهذا الإجراء أو ذلك فهو يبحث عن محتوى آخر لهذين النظامين وهذا المحتوى لا يختلف كثيراً عما نفهمه الآن من هذين المصطلحين : فحينما نقول أن الغرض من هذا الإجراء مهما كانت التسمية ، هو من أجل إعادة التكيف الاجتماعي و هذا قد يكون صحيحاً ولو في بعض الفروض ، ولكن بالعقاب نحن نفرض عليه هذا التكيف فرضاً وبالقوة - و إن عدتم عدنا - لأن بعض الأفراد لا يرضون عن قيم المجتمع والعقاب لا يجعلهم يبدلون قناعاتهم فما السبيل إذن؟ هذه هي المشكلة!

4 - وحينما يقول المؤلف أنه يعترف بفكرة الردع والتخويف ، ولكنه ردع آخر و تخويف آخر يختلف عن التصور التقليدي ، فمن الصعب أن نعرف مكن الفرق بين التصورين ، يقول المؤلف هنا إن الخوف من رجال الشرطة ومن القاضي ومن الإجراءات الجنائية هو الرادع . ولكن لماذا يخاف الفرد من ذلك كله ، لا بد أنه يخاف مما هو بعد ذلك أي من توقيع العقوبة ، فهو لا يخاف من القبض والتحقيق والتفتيش الخ ، إلا أن وراء ذلك شيئاً أخطر من القبض و من التحقيق و من التفتيش . ثم إننا نقول دائماً إن الإجراءات الجنائية لها قيمة رادعة لا شك فيها ، لكن ليست أكثر رداً من المصير الذي تقود إليه هذه الإجراءات بعد الإدانة...

5 - وبناء على ذلك فالقول بأن حركات الفرد وسكناته هي ترجمة وتعبير عن شخصيته وبالتالي يعامل وفقاً لما يتراءى لنا من جوانب هذه الشخصية ومن ثم ليس هناك فرق بين المسؤولية وحالة الخطورة بل هي شيء واحد ، فهذه كلمة حق وليس بالضرورة أن يراد بها باطل ولكنه موجود أردنا أو لم نرد !

والباطل الذي نعنيه أن حالة الخطورة هي عرض من أعراض المرض والمسؤولية علامة صحة وشفاء . فتدخل المجتمع أو الدولة في الحالة الأولى هو واجب وحق : واجب على المجتمع في أن يضم الفرد إليه ويعمل على رعايته وشفائه ، وحق أيضاً لحماية نفسه من حالة الخطورة التي يعيشها الفرد، فالمصلحة هنا متبادلة .

أما السليم المعافى ، فلا مصلحة واضحة لكلا الطرفين في هذا التدخل إلا في حالة ارتكاب الفرد جريمة فهنا المصلحتان تتعارضان و حيث أن الأقوى هو الذي يفرض قانونه ، فكفة المجتمع لا بد أن تكون الراجعة .

6- ثم إن فكرة التفريد ليست جديدة ربما الجديد فيها هو تعريفها وتحديد مفهومها بحيث نتوسع فيه أو نصيق منه . فالعهد الذي كان فيه القاضي مجرد موزع آلي للعقوبات والذي اخترعته الثورة الفرنسية ولها مبرراتها في ذلك ، لم يعمر طويلاً ليس لأنه غير عادل فقط ولكنه غير منطقي لأن مقدمات الجريمة لا تتطابق مع نتائجها فكان لا بد من الرجوع إلى قواعد المنطق المجرد لأن المنطق القانوني فرع من فروعه . أما ما عدا ذلك وكيف يكون فهذه تفاصيل تتطور بتطور الفكر القانوني .

7- أما قصة (الأوهام والخرافات) التي أشار إلى بعض نماذج منها المؤلف فلا نعتقد أنها سوف تبقى أو هاماً وخرافات إذا نحن سلطنا عليها شيئاً من الضوء بل حقائق حية .

نحن لا نريد هنا أن نناقش كل الأمثلة التي أوردها المؤلف فسوف تكون لنا الفرصة لاحقاً لمناقشة كل هذه المسائل ، نود هنا أن نشير فقط أن الفرق بين البدء في التنفيذ وبين الأعمال التحضيرية هو كالفرق بين الفعل واضح الدلالة والفعل غامض الدلالة ولا نستطيع أن نقول غير ذلك . لأن المحكمة لا تحكم بالإدانة إلا كانت هناك قرينة قاطعة على الإرادة الآتمة وهذه القرينة لا بد أن تكون قرينة مادية أي من واقع ظروف وملابسات الجريمة وإلا فسوف تعتمد في حكمها على أوهام لأنها سوف تفترض الإرادة الآتمة افتراضاً وسوف تحكم على الجاني على هواها والهوى وهم فلا بد من التحكم والتعسف والهوى والغرض وهنا ممكن الخطر .

وما دام الغرض من العقاب هو مجازاة الإرادة الآتمة أي إرادة مخالفة قانون الجماعة فلا بد أن نفرق بين القصد الجنائي وبين الدافع . فالقاعدة القانونية المجرمة تقول : لا تفعل ذلك مهما كانت الأسباب . هذا هو محتواها ومضمونها ، فالقاضي لا يهتمه السبب أو الدافع أو الباعث في شيء من الحكم بالإدانة لأن الفاعل أراد أن يخرق هذا النص ، البحث في الدوافع الشخصية لا يهتمه في شيء لكي يطبق هذا النص التطبيق السليم . لأن المشرع واضع هذه القاعدة يمنع ارتكاب هذا الفعل مهما كانت الأسباب وهذه الأسباب هو يعرفها ويدركها وإذا أخذناها في الاعتبار لما كان لهذا النص معنى ، فالشخص الذي يرتكب جريمة لأنه يشعر بالظلم أو أنه فقير معدم بحيث تساعد على مواجهة ظروف الحياة مثلاً . لا يبرر ارتكاب هذا الفعل ، ففي المجتمع

المنظم يجب أن يلجأ إلى هذا المجتمع بالذات ليساعده في التغلب على هذه المشاكل . أما إذا أراد غير ذلك فهو يعلن الصراع مع المجتمع وإذا كان هناك صراع فالغلبة لا بد أن تكون للأقوى .
وإذا قلنا كذلك أن الشريك يستقل بجريمته ولا يستعير إجرامه من الفاعل الأصلي وإن فكرة هذه الاستعارة هي وهم كبير كذلك ، فقد لا نجد قاعدة صلبة للاعتماد عليها في الحكم بالإدانة إذا استبعدنا الأفعال المادية للفاعل الأصلي والمعطيات الشخصية وحدها تمثل قاعدة هشة قد توقع المحكمة في التعسف والتحكم وهو ما يجب أن نتحاشاه :

فهناك أمر يؤدي إلى قناعة تامة وهو الجريمة التامة أو الشروع فيها التي ارتكبتها فاعل الجريمة ، وهناك أمر آخر يؤدي إلى الشك في هذه القناعة وهو افتراض الإرادة الأثمة ، والخطأ في العفو خير من الخطأ في العقوبة كما قيل من قديم وهو قول صادق ما في ذلك شك ، نحن لسنا مع هذه الإستعار كما أكدنا على ذلك أكثر من مرة ، فليس المشكلة هي مشكلة استعارة الجريمة ، بل الأصل وهو فكرة المساهمة الجنائية من أساسها ، المتمثلة في وحدة الجريمة وتعدد المساهمين ، ولهذا نحن نرى أن تتعدد الجريمة بتعدد المساهمين فيها .

ولا يختلف الأمر فيما يتعلق بالجريمة المستحيلة فهي لا تخرج عما قررناه سابقاً من أن العقاب مؤسس على الإرادة الأثمة وهي متوفرة في الجريمة الخائبة وما يسمى بالجريمة المستحيلة والتي كنا ولازلنا ننادي بإلغائها .

8- نحن نعترف أن المدرسة الوضعية قد شككت في مسلّمة حرية الاختبار وحاولت أن تبرهن على مسلّمة أخرى هي الحتمية . وجاء الاتحاد الدولي لقانون العقوبات وشكك في كليهما ، ثم عاد الدفاع الاجتماعي الجديد وحاول أن يبقي على حرية الاختيار ولكنها لم تعد مسلّمة لأنها ولدت من رحم الوضعية الإيطالية ولا نعتقد أن المولود يمكن أن يتنكر لوالده جملة وتفصيلاً ولكن قد يخالفه في بعض التفاصيل .

وهكذا فكل ما كنا نعتبره من المسلّمات غير القابلة للجدل والنقاش قد أصبحت من المقبول بل من المفروض مناقشتها بل إلغاؤها .

ولا نعتقد أن مارك أنسل أو غيره من أقطاب الدفاع الاجتماعي الجديد يؤمنون ويطلبون من الآخرين أن يؤمنوا بمسلّمة جديدة وهي مسلّمة " عدم التكيف الاجتماعي " ، ولهذا فإذا كانت المدرسة التقليدية وفقاً لمنطقها تقول بالعقاب لأن الجاني حر ويعاقب لأنه أساء استعمال هذه الحرية ، والمدرسة الوضعية تقول بالعلاج إذا كان الشفاء ممكناً ، والاتحاد الدولي ينادي بتحييد

بعض فئات من المجرمين ، فالدفاع الاجتماعي يقول بدوره بإعادة التكيف الاجتماعي حتى يكون متفقاً مع مسلماته.

ونحن هنا قد نتفق معه وقد نختلف وهذا هو المبدأ الذي اتفقنا عليه من البداية وعلى ذلك فليس هناك مسلمات لأن المسلمة تقول بالكلمة الفصل وهذا ما لا يجوز ومن ثم ، ففكرة عدم التكيف يمكن لنا أن نناقشها ونقبلها أو نرفضها ولا بد أن نوضح أسباب القبول أو الرفض وإلا فنحن لم نفعل شيئاً مفيداً .

لا شك أن الشخص حينما يرتكب جريمة ، أي يخرق قواعد القانون الجنائي ، معنى ذلك أنه لا يتفق مع الطرف الآخر على بعض أو كل بنود العقد الاجتماعي فهي إذن مفروضة عليه فرضاً . وهو يؤمن أنه إنسان حر ، وهو هكذا فعلاً ، وبالتالي يحق له أن يرفض بعض البنود التي لا ترضيه ، ولكن إذا لم ترضه هذه القواعد التي تحمي القيم التي اتفق على حمايتها مع الجماعة ولو كان كارها لها ، أي مع الأغلبية وهي ما عداها هو وغيره من الأقلية ، ويريد أن يفرض قيمه هو وقيم الأقلية التي تقاسمه نفس الاهتمامات . ولكن هذه الإرادة - أي إرادة هذه الأقلية ، سوف تضغط عليها إرادة أخرى أقوى منها ، فالمسألة إذن هي مسألة صراع إرادات ، ولكن نحن نعرف أن إرادة الأقوى هي التي سوف تكون لها الغلبة . وحيث أن الأغلبية هي الأقوى فسوف تفرض إرادتها أي قيمها أي قانونها وما على الطرف الأضعف إلا أن يخضع لهذه الإرادة فهذه ضرورة واقع تحتمها العيش المشترك ، إذاً المسألة هي أولاً وأخيراً مسألة "عدم تكيف" اجتماعي أي عدم تكيف الفرد المجرم مع قيم الآخرين .

فما هو الحل إذن لهذه المشكلة ، هل تقرر الأغلبية معاقبته فهو استبداد الأقوى وقهر القوي للضعيف . هل نلقي به خارج الطريق المؤدي للسعادة التي تحدثنا عنها في مكان آخر ولكنه الاستبداد أيضاً والقهر مهما كانت الحجج . فحتى المجنون هو فكرة وضعية فنحن الذين خلقنا هذا الوصف ورتبنا عليه آثاراً قانونية . ولكن "المجنون" ربما يجد سعادته في هذا الجنون فلم لا نتركه وسعادته ، وهل السعادة لها مفهوم واحد في المطلق !

طبعاً إذا سلمنا بذلك فسوف نعيد صياغة بنود العقد الاجتماعي ، ولكن ذلك غير ممكن لأن الأغلبية لا توافق على هذا التعديل . فنحن هنا أمام حلقة مفرغة والفلسفة الوضعية لا تساعدنا في الخروج منها لأنها غير قادرة على الحسم . فقد ثبت فشلها في إقامة الإجماع أو نوع من الإجماع على مجمل المبادئ العقابية لأن من يفترض فيهم أن يجمعوا على فكرة معينة هم في

مستوى واحد من القدرة وهذه القدرة هي قدرة نسبية لأن كل ما هو بشري هو نسبي بالضرورة فمجال رؤيتها هو بالتأكيد مجال ضيق لا يتسع إلى الأفق الفسيح ...

وحيث إن الإنسان ليس ملاكاً كاملاً ولا شيطاناً كاملاً بل هو بين في حالة وسط يحسن ويسيء يخطئ ويصيب ، فالعدل يقتضي أن نكافئ المحسن ونعاقب المسيء ، فالإحسان والإساءة يفقدان معناهما وقيمتها إذا لم يكن هناك ثواب وعقاب . فالمحسن ثوابه أن يترك وحرите فليس بعد ذلك ثواب . والمسيء يجازي على إساءته . فهذه هي العدالة ، ولكن إذا كانت المسألة مسألة عدالة حقاً ، فلماذا لا نتذكرها أو نفكر فيها إلا عند الحديث عنها في المجال العقابي؟

فإذا كان لا بد من إقامة هذه العدالة ، فالعدالة كالحربة كل لا يتجزأ. فيجب أن تكون هناك عدالة في كل شيء . وهذا " الكل شيء " يتلخص في كلمة واحدة " المساواة أمام فرص الحياة على هذه الأرض " . فالمساواة هي العدل والعدل أول خطوة نحو العدالة التي تتمثل في إعطاء كل ذي حق حقه . وهذه هي النقطة الوحيدة التي نعتقد أن يعقد عليها إجماع " .

مجمل الأفكار و الفلسفات التي عرضنا لها حتى الآن تجمع أو تكاد على ضرورة العقاب لأن مصلحة المجتمع تفرض ذلك من أجل محاربة ظاهرة الإجرام عن طريق الردع إذا كان الفرد مخاطباً بالنص الجنائي حينما نقفل قواعد الضبط الاجتماعي الأخرى في هذه الحرب . ولكن حينما نطرح السؤال "لماذا نعاقب" ، فـ"لماذا" هذه لها وجهان : وجه لمعرفة وظيفة العقوبة والذي قلنا أنه يتمثل في الردع، ووجه آخر يتمثل في معرفة العلاقة السببية القانونية بعيداً عن هذه الوظيفة .

ولا نعني بالعلاقة السببية القانونية بالطبع ، السببية الإجرامية : عوامل داخلية : عضوية أو نفسية ، أو خارجية : عوامل الوسط الطبيعي أو الاجتماعي ، وليس المقصود كذلك هو السببية المادية بين السلوك المادي و النتيجة ، بل المقصود هنا ما يؤدي إليه هذا العامل أو ذلك وهو اتخاذ القرار بارتكاب الفعل الذي يضيف عليه المشرع الجنائي الصفة غير المشروعة .

بمعنى آخر ، هذا القرار المفترض أن يكون واعياً ، يتمثل في إرادة عصيان هذا النص أي عصيان إرادة المشرع واضع هذا النص ، فهما إرادتان متعارضتان ما في ذلك شك .

وفكرة العصيان *désobéissance* هي الفكرة الرائدة التي سوف ننطلق منها ونعود إليها في تحليلنا لفلسفة العقوبة هنا، وهي الفكرة التي لم تحظ بالاهتمام الذي تستحقه من الباحثين في فلسفة العقاب، ولعل السر في ذلك يكمن في أن اعتمادها وترسيخها في القوانين الوضعية

يؤدي إلى إلغاء كثير من القواعد التي أصبحت وكأنها من المسلمات، وهي في حقيقة أمرها نشاز تخل بالتناغم المطلوب بين المبادئ العامة وبعض التفاصيل التشريعية .

و هذه الفكرة من شأنها كذلك ، أن تحدد لنا على وجه الدقة ووفق منطق قانوني منضبط صاحب الحق في العقاب والأساس القانوني لهذا الحق ، فالعصيان يعني المخالفة المتعمدة لقاعدة قانونية معينة ، فوضع هذه القاعدة هو المستهدف بهذه الجريمة ومن ثم ، فهو صاحب الحق في معاقبة العصي سواء تمثل ذلك في رب العائلة أو شيخ القبيلة أو العشيرة أو المجتمع أو في قوة غيبية إلهية وفق تطور المجتمعات كما رأينا

ففكرة " العصيان " هي التي ينبغي أن تكون القاعدة و الأساس سلبا أو إيجابا ، أي في الحكم بالإدانة أو البراءة : فالإدانة تثبت العصيان و البراءة تنفيه ، وكل الاستثناءات التي سوف نعرض لها هنا تتناقض وهذا المنطق الذي نرى فيه أنه يلخص فلسفة العقاب في إطار أي قانون بشري أو إلهي (لا نريد الدخول هنا في جدل فلسفي عقيم حول حرية الاختيار و الجبرية كما نراه عند علماء الكلام من مفكرينا المسلمين ، و أن الله تعالى ينهى وهو يشاء ويأمر وهو لا يشاء و أن له إرادتين : إرادة حتم و إرادة عزم ، أو أمر تكون و إيجاد و أمر تكليف و إيجاب ، كل ما نستطيع الإشارة إليه هنا أن الله تعالى قد أودع في الإنسان القدرة على الامتنال لأوامره ونواهيه فهو قادر على أن يمتثل وقادر على ألا يمتثل وفي هذه الحالة الأخيرة نصفه بأنه عاص لمن كلفه ، الفرق الوحيد في مسألة العصيان بين التكاليف الإلهية والبشرية - إذا صحت المقابلة والله المثل الأعلى - أن الله تعالى لا يعصى مقهورا بخلاف التكاليف البشرية ، فنحن نعصي المشرع البشري رغما عنه ، وخالصة القول في هذه المسألة - أن الله تعالى لا يسأل عما يفعل وهم يسألون) .، فحتى في المجتمعات البدائية الموغلة في بدائيتها ، هذه الفكرة حاضرة دائما في ذهن صاحب الحق في العقاب وإن كان لا يحسن التعبير عنها كما نعبر عنها نحن في هذه الأيام . وعلينا ذلك ، مهما كانت وظيفة العقوبة الردع أو التكفير أو الإصلاح وإعادة التكيف ، فليس لذلك كله ما يبرره منطقيا إلا بالرجوع إلى فكرة العصيان هذه ، عصيان أمر أو نهي قانوني بشري وضعي أو إلهي غيبي

فإذا كان القانون الجنائي المعاصر يحكمه مبدأ رئيسيان : مبدأ الشرعية الجنائية principe de la légalité criminelle ومبدأ حرية الاختيار le libre arbitre ، فإن فكرة العصيان تدور في فلك هذين المبدأين بالذات ، فكلما خرجت العقوبة عن المدار المرسوم لها كلما

سقطت في ألا مشروعية ، وعندما نستعير هذه التشبيهات للدلالة على ما نعبه ، فنحن نقصد بها حقيقتها وليس مجازا يرسل على علاته .

ومبدأ الشرعية وحرية الاختيار مرتبطان ببعضهما أشد الإرتباط لا انفكاك فيه : فإذا لم يكن هناك نص مجرم سابق على الفعل ، ففكرة العصيان غير متصورة أصلا كما هو واضح ، وكذلك الأمر في حالة انتفاء حرية الاختيار، فإذا كان الفاعل غير قادر على التمييز بين الخير والشر و الضار و النافع و الحسن و القبيح ولا يدري كنه هذا النص ولا نتائج مخالفته ، فهو غير مخاطب بهذه النصوص فهي لا تعني له شيئا ومن ثم ، فإن إثارة فكرة العصيان غير متصورة كذلك و تبقى لغوا من القول .

وفكرة العصيان التي تفرضها الضرورة القانونية حتى يكون للعقاب ما يبرره أخلاقيا ، تؤدي حتما إلى نتيجة منطقية مفادها أن لا عقاب إلا على الجرائم العمدية أي التي يتوقف وجودها القانوني على القصد الجنائي (dol) criminelle l'attention باعتبارها يمثل الركن المعنوي لهذه الجرائم، وفي حالة تخلف هذا الركن element فليس لهذه الجرائم العمدية وجود قانوني .

ولا نعني بالقصد الجنائي هنا كما هو واضح ، معناه المعطى له في ظل قرينة العلم بالقانون الجنائي وهو " إرادة ارتكاب الجريمة كما نص عليها القانون " بمعنى أن الوقائع كما هي في ذهن الجاني تتطابق و الوقائع المنصوص عليها في القانون بحيث يكونان هوية واحدة الذي يتناغم مع قاعدة عدم الاحتجاج بالجهل بالقانون الجنائي تبريرا للفعل nul n'est censé ingorer la loi pénale ، فهذا التعريف يتناقض مع الفلسفة الجنائية ، لأنه يتجاهل فلسفة الجرائم العمدية ، فالمفترض أنه قام بعصيان أمر أو نهي مسبق ، ولا يمكن أن يكون كذلك إلا إذا كان الجاني عالما بالنص المجرم وفهمه كما أراد له المشرع أن يفهم وأراد مخالفته ، و من ثم ، فيكون تعريف القصد الجنائي هو " إرادة مخالفة إرادة المشرع " فهما إرادتان متعارضتان ، لأننا إذا اعتمدنا القرينة السابقة ، فالعقاب لا يكون مؤسسا إلا على مجرد افتراضات والإفتراضات أوهام، والأوهام لا ينبغي أن تبنى عليها العقوبات وهي حقائق حية ، وهذه هي المشكلة .

فالشخص لا يريد إلا ما يعلم ، لأنه بهذا العلم يتخذ موقفا من القيمة التي تحميها هذه النصوص وليس مجرد العلم ، بل فهم هذه النصوص كما أراد لها المشرع أن تفهم حتى يكون لهذا العلم معنى .

فالقرار باتخاذ موقف معين وتنفيذ هذا القرار يترجم إرادة حرة واعية وحاسمة libre , réfléchie et déterminé وهذا القرار الناتج عن هذه الإرادة الحرة و الواعية

لا بد أن صاحبه يأخذ في حسابه كل المخاطر أو المحاسن حسب الأحوال ، الناجمة عنه ، وهو إذا لم يصله النص المجرم المتضمن للعقوبة المؤلمة ، فهو يعتقد نفسه في الوضع الطبيعي العادي أي في مجال المباحات وهو الأصل قبل تدخل المشرع الجنائي بالمنع .

وهذا الوضع الطبيعي والعادي قبل صدور القانون الجديد يتيح له هذا التصرف لأنه يرى أن في ذلك جلبا لمصلحة يروجها ، فحينما يطبق حياله النص المجرم بأثر رجعي لأن المشرع رأى أن هذه المصلحة الخاصة تضر بالمصلحة العامة ، فهذا الترجيح بين المصلحتين حدث في غيابه ولم تول الدولة جهدا يذكر لإبلاغه بهذا العملية الترجيحية ، فهي التي ينبغي أن تلام على ذلك ، ومعنى اللوم هنا يكمن في أن تتحمل الدولة وحدها مسؤولية الضرر أو الخطر الناتج عن هذا التصرف نتيجة هذا التقصير ، وإذا كان أحد طرفي العقد الاجتماعي هو المسئول وهو هنا المجتمع ممثلا في الدولة ، وحيث أنه من المستبعد أن نحمل المسؤولية لكلا الطرفين المتقابلين ، فقد ثبت ما ندعيه ، قد نتصور إدانة المتهم على تقصيره في العلم كذلك ، ولكن هذه الإدانة ينبغي أن تكون إدانة تنبيه وليست إدانة عقاب .

وهكذا ، نحن لا نرى في القصد الجنائي إلا إرادة الجاني بخرق قاعدة جنائية ، والعاقل لا يريد إلا ما يعلم ، أي لا يتخذ موقفا عقلانيا إلا إذا تصوره مسبقا في الذهن ، فالحكم على الشيء فرع عن تصوره وهذا مما لا يختلف على اثنان ... عاقلان بالطبع .

القسم الثاني

تطبيقات

Applications

أولاً: الاستثناءات :Les exceptions

تعودنا أن نقرأ عن الاستثناءات على المبادئ العامة للقانون الجنائي ونتجاهل عن وعي أو عن غير وعي ، مناقشة هذه الاستثناءات فيما إذا كانت مشروعة أو غير مشروعة ، فإذا كانت غير مشروعة معنى ذلك أن هذه المبادئ العامة للقانون الجنائي التي ندرسها لطلابنا لكي يعملوا على تطبيقها و يساهموا في إقامة العدالة في المجتمع ، لا ينبغي أن ترد عليها استثناءات وهذا منطقي لأن في ذلك جمعا بين الضدين وهو باطل .

أما إذا كانت لدينا القناعة بمشروعيتها ، فالأمانة العلمية تحتم علينا أن نجهر بوجهة نظرنا في ذلك وهي مسألة أكاديمية في المقام الأول قبل أن يكون الهدف هو إصلاح واقع متخلف ، فواجبنا أن نساعد المتلقي على امتلاك الملكة القانونية النقدية القادرة على المناقشة الموضوعية والترجيح بمرجحات من العقل و المنطق وليس على المسلمات و الأحكام المسبقة فالموروثات من هذا القبيل تجعلنا نرواح في القرن الأول الحجري ولا نتقدم قيد أنملة إلى المستقبل المأمول إذا كان لدينا أمل أصلا في هذا المستقبل .

بعض ما سوف يأتي لاحقا فيه الكثير من هذا العبث ، ونحن حينما نستعمل كلمة " العبث " ليس المراد الإساءة لأحد له وجهة نظر مخالفة ، ولكن وجهات النظر ينبغي أن نستطيع الدفاع عنها بحجج من العقل و المنطق القانوني ، فلم نرد من إيراها معناها الحقيقي الذي وضعت له في قواميس اللغة ، بل أردنا أن نستفز عقل القارئ الكريم لعله ينشط في إدراك الفارق بين الحقيقة العلمية والوهم فالتعلق بالأوهام هو الذي جعلنا نقف في الفترة التاريخية التي أشرنا إليها قبل قليل للأسف.

والاستثناءات التي نعيها نوعان : شكلية وموضوعية ، ونحن هنا لا يهمننا منها إلا ذات الطابع الموضوعي المتعلق بالتجريم و العقاب ، أما النوع الأول فقليل الأهمية فهي فقط تتعارض والمنهجية العلمية في عرض المسائل محل البحث والنقاش .

من هذا النوع على سبيل المثال ، ما يقرأه طلاب القانون بمناسبة الحديث عن تنازع القوانين الجنائية من حيث الزمان من أن هناك المبدأ ، وهو عدم رجعية القانون الجنائي والاستثناء الذي يتمثل في رجعية القانون الأصلح للمتهم ، وهذا في حقيقة الأمر ليس استثناء من

القاعدة بل الوجه الآخر لها ، فينبغي أن تكون القاعدة "عدم رجعية القانون الجنائي الأشد" وهذه لا يرد عليها استثناء مطلقاً أو هكذا يفترض لأنها تعني بمفهوم المخالفة ، سريان القانون الجديد الأصلح للمتهم، وحيث أن الكل متفق على ذلك ، فهذا "الإستثناء" ليس له أثر قانوني موضوعياً، أثره ينصب فقط على المنهجية العلمية كما قلنا .

والاستثناءات الموضوعية التي تشكل خطراً على المبادئ العامة كثيرة للأسف في القوانين الجنائية وحينما نقول خطراً على "المبادئ العامة" فهذا يعني أنها تمثل خطراً على أحد طرفي العقد الاجتماعي أو كليهما وخرقاً للتوازن بين مصلحة الطرفين ، وسنأتي علي أهمها بعد قليل .

ويفترض ألا يحدث ذلك في النظام الديمقراطي الذي يحترم فيه رأي المخاطب بالنصوص العقابية ، بل هو من وضع هذه النصوص فرضاً ، عن طريق ممثليه في المجالس التشريعية ، وهكذا لا نتصور أن هؤلاء الممثلين العقلاء يسنون من القوانين ما يشكل اعتداء على حقوقهم وحررياتهم العامة بدون وجه حق ، وكذلك هؤلاء العقلاء لا بد أن يحافظوا على السلم الاجتماعي و النظام العام فهم يكونون جماعة سياسية وحتى يتمكنوا من العيش المشترك لا بد للأفراد المكونين لهذه الجماعة من أن يتنازلوا رضائياً عن بعض هذه الحقوق والحرريات ويتكيفوا مع الواقع التشريعي وإلا اختل هذا النظام الاجتماعي ولم يعد لهذه الجماعة وجود سياسي ، ولكن التنازل الطوعي عن بعض حقوقهم لا ينبغي في سبيل المصلحة العامة ، أن تنتهك هذه الحقوق عن طريق بعض القوانين الظالمة .

في النظم الشمولية الاستبدادية ، والتي لا يصدق عليها هذا الوصف إلا إذا كان الحاكم مستبداً برأيه ، فهي تفرض من القوانين ما يتناسب والحالة التي وضعت نفسها فيها ، أي التي تضمن لها الديمومة وهي هنا تضحى بالمصلحتين معاً ، وهذا النظام هو خارج المناقشة هنا .

ما يهمننا هو أنه حتى في الأنظمة الديمقراطية ، يقع المشرع في تناقض مع نفسه من حيث أنه يضع القاعدة القانونية التي تتكيف مع هذا النظام ويخالفها في نفس الوقت وهذه هي المشكلة التي وقع فيها النظام القانوني الوضعي ، وكما أشرنا سابقاً ، فإن التشريعات الوضعية في مجملها وقعت في هذا المحذور فسقطت في ألا مشروعية .

و "عدم مشروعية النصوص الجنائية" لا ينبغي أن يلتبس علينا بمصطلح "عدم الدستورية" ، فكثيراً ما يقع المشرع الدستوري في هذا العبث ، فالعديد من الدساتير في العالم القديم و الحديث تشرع للإستبداد ولا يعتقد عاقل أنها مشروعة بالمعنى الذي نريده هنا وخير مثال على

ذلك ما عليه النظام الشيوعي من تطبيق دكتاتورية البلوريتاريا ، ويكفي أنها "دكتاتورية " حتى نعرف طبيعة النظام الحاكم ، نظام الإستبداد والقهر والظلم وأخوات هذه المفردات .
ولكن في المجتمعات التي تدعي تطبيق النظام الديمقراطي ، فإن الطعن بعدم دستورية هذه النصوص قد يكون مقبولا نظريا ، بل لابد أن يكون كذلك ، ولكن عمليا هذا من الأحلام والأحلام كالأوهام لفظا ومعنى ، لن نتحقق أبدا فقد حاولنا كثيرا ونحن بصدد إعداد مشروع قانون العقوبات وفي عدة مناسبات التصدي لهذا العبث ولكن هذه المحاولات باءت بالفشل للأسف الشديد .

وسنورد فيما يلي بعض الأمثلة على هذه الإستثناءات غير المشروعة فيما نعتقد ، وسيلاحظ القارئ الكريم معنا موطن الخلل المنطقي في هذه التطبيقات .

أولاً : التكاليف بمستحيل مستحيل عقلا وهو باطل

ولكن نجد لهذا " الباطل " تطبيقات قانونية عديدة ، فعلى سبيل المثال :

1 - العقاب على ما يسمى بالجرائم متجاوزة القصد والجرائم الخطئية : فمن غير المتصور عقلا أن أقول لأحدهم لا ترتكب جريمة ضرب أفضى إلى موت أو جريمة قتل خطأ مثلا ، لأن النتيجة تحدث رغما عنه فإرادته لم تتجه إلى إحداثها باعتراف المشرع نفسه عن طريق النصوص التي عالجت هذه المسائل ، ولكن المشرع تصور ذلك وهذا التصور مبني على أوهام فهو يتخيل أن هذه العقاب في هذه الحالة مفيد للجماعة لأنه يساهم في محاربة هذا النوع من الجرائم وأنه عادل للجاني ، فإذا كان يعتقد ذلك فعلا فهي مصيبة وإن كان العكس ومع ذلك أقر ذلك فالمصيبة أعظم كما يقولون وقولهم صحيح ، على كل حال ، المتضرر الأكبر من هذا العبث هي فلسفة العقوبة التي حاولنا أن نلم أشناتها بقدر ما نستطيع .

فالعقاب على هذا النوع من الجرائم فيه تكليف بمستحيل وهو باطل ، فالمخاطب هنا لا يستطيع إلا أن يرتكب هذه الجرائم ، فالعقوبة لا يمكن أن تقوم هنا بوظيفتها الاجتماعية من الردع الخاص و العام فذلك غير متصور ، وإذا ثبت ذلك ثبت ما ندعيه ، فلا نعلق مصير الفرد على الصدف بل المفترض أن هذا المصير يحدده هو بنفسه عن طريق التصرف الواعي بحيث يتحمل تبعه هذا التصرف إن خيرا فخير و إن شرا فشر فإذا قرر عصيان هذا النص الجنائي فاليتمثل مسؤوليته عن هذا القرار الحر .

وحتى علماء الإجرام (Gassin) لا يهتمون إلا بالتصرفات العمدية المقصودة

les actes volontaires فهي التي ينبغي أن تكيف جرائم جنائية infractions pénales .

في الجرائم متجاوزة القصد عنصر العمد موجود وهو - في القانون الليبي مثلا، الضرب أو الجرح أو إعطاء مواد ضارة (م 374) وفي الخطئية، الإهمال و الطيش و الرعونة... الخ (م 63/3)، ولا أحد يدعي عدم العقاب على العناصر العمدية في هذه "الجرائم" الضرب أو الجرح أو إعطاء مواد ضارة (المادة 374) بالنسبة للنوع الأول، والإهمال والطيش... (مادة 63) فيما يتعلق بالنوع الثاني، نحن ننكر العقاب على النتيجة التي قد تكون متوقعة ولكنها حتما غير مقصودة وإلا لما استطعنا أن نضفي عليها هذا الوصف.

2 - من هذه المستحيلات تكليف بالقيام بعمل أو الإمتناع عن عمل من لم يكن لديه حرية الاختيار وقت ارتكاب الفعل "قوة الشعور و الإرادة"، فإذا كان فاقدا لهذه الحرية فمن المستحيل عقلا أن يكون مخاطبا أصلا بالنص الجنائي ومن ثم، العقاب لا يلبي لا مقتضيات السياسة الجنائية ولا مقتضيات العدالة. وهذا هو العيب بعينه.

من ذلك المسؤولية الجنائية عن الجرائم المرتكبة في حالة سكر كلي وذلك من وجهين :
الأول - فهذا فلسفيا باطل، فالفاعل في هذه الحالة غير مخاطب بالنص المجرم وإذا كان الأمر كذلك، وهو كذلك فعلا، فالعصيان غير متصور من جانبه ومن ثم العقاب وهذا أوضح من أن نطيل الحديث فيه.

الثاني وحتى لو أننا معاقبة الفاعل فإن التقنية القانونية تحول دون ذلك : فمن المستحيل قانونا العقاب في هذه الحالة لأننا حتى نقول بالعقاب، ينبغي أن نكيف مسبقا هذه الجرائم وحيث أن التكليف القانوني مستحيل لأنه يتوقف على إتجاه الإرادة، ولا إرادة هنا فرضا، معتبرة قانونا فما بني على مستحيل مستحيل.

المنطق القانوني قادر على أن يرشدنا إلى الحلول المقبولة عقلا لمواجهة جرائم السكارى وهي تتمثل في العقاب على السكر فهو السبب الحقيقي في ارتكاب هذه الجرائم، والسكر ليس هو الجريمة الحقيقية بل ما قد يؤدي إليه من جرائم ولهذا يعد السكر وما في حكمه من الجرائم الحواجز أو من باب "سد الذرائع" إذا جاز لنا أن نستعير مصطلحات فقهاء الشريعة الإسلامية، فما أدى إلى الجريمة جريمة.

3 - ومنها قرينة العلم بالقانون الجنائي وهي قرينة قاطعة غير قابلة لإثبات العكس Nul n'est censé ignorer la loi pénale، فلو فرضنا أن شخصا ارتكب فعلا ما ثبت فيما بعد أنه مخالف لنص جنائي، فوفقا لهذه القاعدة سوف يعاقب ونسوي بينه وبين من يعلم بالنص الجنائي وفي ذلك من الظلم مافيه فحيث لا عصيان لا عقوبة أو هكذا يفترض أن يكون.

أما من حيث نفعها ، فإن من لم يعلم بالنص المجرم المتضمن لعقوبة هذا التصرف أو ذلك لسبب أو لآخر ، فتبقى فكرة الردع و التخويف تصورا قانونيا خياليا *fiction juridique* وما فتئ المشرع الجنائي يعتمد في العقاب على هذه التصورات الخيالية فكلا طرفي العقد الاجتماعي لا يستفيدان من هذا العقاب : الفرد واضح بل هو المتضرر المباشر وكذلك المجتمع لانقضاء الردع ، ولعل نظرية التمثيل التي عرضنا إليها سابقا تؤكد هذا المعنى .

فهذا العقاب مبني كما هو واضح ، على مجموعة من الإفتراضات و الإفتراضات أوهام : افتراض علمه بالقانون وافتراض أنه فهمه كما أراد له المشرع أن يفهم وافتراض أنه أراد مخالفته ، وحينما يكون العقاب مؤسسا على هذه الإفتراضات الأوهام فهو أساس هش لا يصمد أما التحليل العلمي الموضوعي .

أنصار هذه القرينة يتقدمون بحجة مفادها أننا إذا استبعدنا هذه القرينة ، فسوف يدعي كل أحد بجهله بالقانون الجنائي ومن ثم يفقد القانون الجنائي قيمته ويفرغ من محتواه وهذا لا شك أنه يضر بمصلحة الجماعة كما يقولون .

ولكن ذلك مردود عليه من حيث أن النيابة العامة هي التي يقع على عاتقها عبء إثبات أنه يعلم فإذا فشلت في ذلك فلا بد من الحكم بالبراءة تأسيسا على قرينة البراءة هذه بالذات *la présomption d'innocence* .

قد نستطيع التخفيف من حدة هذه القرينة عن طريق التفرقة بين الجرائم الطبيعية *les délits naturels* كالقتل والسرقه مثلا التي قد يستحيل إثبات الجهل بتجريمها ، والجرائم الإصطناعية *les délits artificiels* التي تتغير بتغير الظروف بحيث يصعب حتى على المتخصصين ملاحقة التشريعات الجديدة من هذا النوع فضلا عن رجل الشارع العادي .

ولكن محاولة هذا التخفيف قد لا تجد لها أنصارا كثيرين : فالتفرقة بين الجرائم الطبيعية و الجرائم الاصطناعية ليس من السهولة بحيث نجد لها معيارا ثابتاً ومنضبطاً متفقا عليه ، ففي المجتمعات التي تتبنى الشريعة الإسلامية كأساس للتشريع مثلا ، نجد عندها أن العلاقات الجنسية خارج إطار الزوجية (الزنا) مثلا من الجرائم الطبيعية ، ولكن عند غيرها لا غضاضة في ذلك بل يبيحون زواج المثليين ، فلا يمكن أن نتصور أن سلوكا ما يعد من الجرائم الطبيعية في بلد ولا يعد كذلك في بلد آخر ولهذا آثاره التي لا تخفي وبخاصة فيما يتعلق بمبدأ إقليمية القانون الجنائي *le principe de la territorialité de la loi pénale*.

هنا مرة أخرى ، تتدخل فكرة العصيان لتمنع العقاب على من لم يصله النص الجنائي المجرم كمبدأ قانوني ولكن في التطبيق التشريعي فذلك أمر آخر .
 قد يدان الفاعل على تقصيره في واجب العلم كمواطن صالح كما كان يتخيل رجال الثورة الفرنسية عندما اقتنعوا بهذه القاعدة وأقروها في قوانينهم ، ولكن الواقع خيب هذه القناعة ، وفي كل الأحوال هذه الإدانة ينبغي أن تكون إدانة تنبيه لا إدانة عقاب .

ثانيا : حتمية العقوبة Certitude de la peine :

ولنا في الخروج عن هذا المبدأ عدة نماذج :

1 - منها عدم العقاب على ما يسمى بالجريمة المستحيلة *l'ifraction impossible* ، فلا فرق من حيث وجود الإرادة الآثمة وهي أساس العقاب ، بين من خابت جريمته - أراد ارتكاب جريمة قتل بمادة سامة ولكنها لا تكفي لإحداث الوفاة أو أخطأ الهدف ، وبين من استحالت جريمته كمن أراد قتل أحدهم بمادة ثبت أنها غير سامة أو حاول إجهاض امرأة تبين أنها غير حامل ، ففي هذه الصور ، الإرادة الآثمة واحدة لدى كليهما .

ولكن وهذه هي المفارقة ، بعض القوانين تعاقب على الجريمة الخائبة ولا تعاقب على الجريمة المستحيلة ومن الواضح أن الجاني هنا سوف يفلت من العقاب ، وحينما نقول " يفلت من العقاب " معنى ذلك أنه يستحقه ولا نقول باستحقاقه لهذا العقاب إلا في حالة عصيانه النص الذي يمنع ارتكاب جريمة تامة وهو هكذا فعلا في الحالتين وفشله في ذلك رغما عنه لا يحول دون معاقبته لأننا نحاسبه هنا على إرادة الضرر ولا يهم بعد ذلك حدث هذا الضرر أو لم يحدث بشرط أن تكون هناك قرائن تدل على هذه الإرادة الآثمة - الأفعال واضحة الدلالة التي لها تفسير واحد .

2 - ومنها جرائم الشكوى وما في حكمها كالعفو بنوعيه و الصلح ، فهذا من شأنه أن يعرقل سير العدالة الجنائية ويحول دون تطبيق أو التطبيق الكامل للعقوبة وهي على ذلك تكون هذه العقوبة المنصوص عليها في القانون مشكوكا في تطبيقها فهو يرتكب الجريمة على أمل ألا يعاقب فيقضي على عنصر الردع المفترض في العقاب فيجعل كثيرا ممن تسول لهم أنفسهم ارتكاب الجرائم يتجرأون على ارتكابها وهذا ليس في مصلحة الجماعة بالتأكيد ، فعندما يقرر المشرع العقاب عند العصيان فينبغي أن العقاب لا يتجزأ كالعصيان تماما .

ثم إن لنا وقفة هنا فيما يتعلق بفكرة العفو بنوعيه .

فنحن نرى أن في العفو افتياتا على السلطة القضائية من قبل السلطة التشريعية (العفو العام) أو السلطة التنفيذية (العفو الخاص) ، فكأنهما يعترضان على أحكام القضاء وهذا ما لا يجوز اعتمادا على مبدأ الفصل بين السلطات .

فلا يغيب عنا أن أصل فكرة العفو من أساسها ترجع إلى أن الإمبراطور أو الملك أو الأمير وكل ألقاب المستبدين ، يملك كل السلطات ، وحيث أن القضاء قضاؤه والعدالة عدالته ، فليس هناك من مانع " قانوني " يحول دون ذلك .

ونحن ندعي أننا في عصر الديمقراطيات ، ولكن يبدو أن هذه الديمقراطية التي نصفق لها هي حيلة خادعة لإرضاء طبقة المتقنين الذين يعرفون قبل غيرهم أن هذه الغانية التي يطربون لها ما هي إلا وهم كبير ولكن التعايش مع هذا الوهم مفيد من حيث أنه يسمح لهم رميها بكل أنواع الشتائم - حرية التعبير - ، وهذا كل ما يستطيعون فعله .

أما عامة القوم فهم لا يعرفون أصلا معنى الديمقراطية حتى يتخذوا منها موقفا ، وإذا كانوا فاقدين للقدرة على اتخاذ مواقف معينة سلبا أو إيجابا ، فهم خارج اللعبة أساسا ، بل هم الملعب بهم أولا وأخرا .

3 - ومنها ، ما يسمى بالجريمة المستعارة *La criminalite d' emprunte* ، وفكرة الجريمة المستعارة تعني أن الشريك يستعير الإجراء من الفاعل المادي الأصلي فإذا لم يرتكب هذا الأخير جريمة تامة أو الشروع فيها فيمتنع عقاب الشريك .

وفكرة الجريمة المستعارة تجد أساسها في فكرتين رئيسيتين :

الأولى - المسؤولية الجماعية، ففي المجتمعات البدائية ، ليس المسئول عن الجريمة هو من ارتكبها مباشرة ، بل كل من يمت له بصلة ولازال لهذا النوع من المسؤولية الشاذة بعض التطبيقات في القوانين الوضعية .

الثانية - المسؤولية الجنائية عن فعل الغير ، فهذه المجتمعات البدائية ذاتها كانت لا ترى من الأمور إلا ظاهرها، فلا يعيرون باليد التي قذفت بالحجر فقط بل بالحجر ، ولا بصاحب الحيوان بل الحيوان الذي أحدث الضرر حتى استطاعت البشرية أن تكتشف الخطأ الخفي *la faute cachée* ، وإذا كان الأمر كذلك ، فمن باب أولى معاقبة الشخص الذي يرتكب الجريمة عن طريق شخص آخر ، وهكذا خطرت لدى المشرع الوضعي فكرة اللجوء إلى الخيال القانوني *la fiction juridique* بحيث نتخيل و نتوهم ، من أجل مساعلة المساهمين التابعين أو الشركاء *les complices* ، أن الأفعال التي قام بها المساهم التبعية أو الشريك هي

أفعال توابع أو مكملات أو ثانويات accessoires لأفعال أخرى هي المسئولة ماديا عن الجريمة، فالمساهم الثانوي أو التبعية ليس له إجرام خاص، هو يستعير هذا الإجرام من الفاعل الرئيسي أو الأصلي ومن هنا دخلت فكرة الجريمة المستعارة ضمن مفردات القانون الوضعي وولدت معها فكرة المساهمة الجنائية التبعية la participation criminelle accessoire .

ولكن السؤال هو لماذا نجعل الشريك تابعا لغيره، لماذا لا يستقل بجريمته، فعند اتخاذ القرار بالمساهمة في الجريمة، فقد تحدد موقفه من القانون بغض النظر عما إذا ارتكب مساهم آخر (الفاعل الأصلي) الجريمة أم لم يفعل، حتى لا يفلت من العقاب إذا عدل هذا الأخير عن جريمته عدولا اختياريا .

وهذا النوع من التحليل يقودنا حتما إلى القول بإلغاء فكرة "المساهمة الجنائية" المبنية على وحدة الجريمة وتعدد المساهمين، فينبغي أن تتعدد الجرائم بتعدد المساهمين فيها، فلو فرضنا أن عشرة أشخاص ساهموا في ارتكاب جريمة قتل مثلا، بعضهم مساهمون أصليون وبعضهم تبعيون، فليس هناك جريمة قتل واحدة بل عشرة، فكل واحد منهم اتجهت إرادته إلى إزهاق روح إنسان حي ولو كان المجني عليه واحدا وإلا لقلنا بتجزئة المسؤولية الجنائية وهذا لم يقل به أحد .

4 - ومنها تفسير "القصاص" بالمساواة بين الجريمة والعقوبة أي الجزاء من جنس العمل loi de talion"، وكنا قد بينا وجهة نظرنا سابقا حول هذه المسألة فلا نطيل الحديث فيها هنا، ولكن نود أن نشير فقط أن قوله تعالى "ومن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم" وقوله تعالى كذلك "جزاء سيئة سيئة مثلها" أن المثلية هنا ليست على حقيقتها كما قد يتصور الكثيرون في الجرائم الحديثة، ولكن الحقيقة ليس لها وجه واحد وكنا قد وضحنا في كتابات سابقة وجهة نظرنا في ذلك فلا نرجع إليه هنا .

ثانياً: مفاهيم خاطئة Conceptions fausses:

ما سوف نعرض له تحت هذا العنوان ليس منفصلاً عن موضوع هذه المحاضرات بل هو في صميمها ، فالمصطلحات القانونية والمحتوى القانوني لهذه المصطلحات ينبغي أن تتناغم مع الفلسفة العامة للقانون الجنائي .

فالاختلاف على مفهوم هذا المصطلح أو ذاك ليس مجرد اختلاف لفظي بل يؤدي إلى الاختلاف في النتائج و الآثار القانونية ، فحينما نكيف الانتحار مثلاً ، بأنه مباح فلا نستطيع عقاب أن نجرم التحريض عليه فهذا هو المنطق القانوني ، أما أن نقول بالإباحة وتجريم الاشتراك فمقدمات هذه القضية لا تؤدي إلى هذه النتائج حتماً وهذا هو الخلل الفكري ، وكذلك أن نعتز بموانع المسؤولية الجنائية ونعترف في نفس الوقت بأن الركن المعنوي هو ركن أساسي في كل الجرائم ، وأن نعتز بنسبية حرية الاختيار ونجعل التردد و القتل بمادة سامة ظرفين مشددين في كل الفروض ... الخ ، فهذه الأمثلة وغيرها كثير تبرهن أن فلسفة العقوبة في واد و هذه المفاهيم المغلوطة في واد آخر .

و نحن لا نحافظ على السلم الاجتماعي و النظام العام بمعاينة الشخص المعنوي فهذا شكل من أشكال الاستخفاف بعقول المخاطبين بالنصوص العقابية ، وكذلك الإدعاء بأن حالة الضرورة هي مانع من موانع المسؤولية ونحن نعرف أن هذا التكييف يؤدي حتماً إلى القول بإجرام مرتكب الفعل وهو في هذه الحالة ، ومن يقول بهذا التكييف لأبد أن يكون في إحدى حالتين : فيما أنه لا يعرف شيئاً عن ماهية حالة الضرورة أصلاً أو أنه يعرف ولكنه يخالف متعمداً القواعد القانونية للمسؤولية الجنائية ومقتضياتها بدون مبرر من العقل و القانون ، وفي كلا الحالتين لا يؤخذ منه حق ولا باطل وهذا هو حال الفقه المعاصر في مجمله للأسف الشديد .

ولا يعتقد أحد أننا نبالغ في النقد ونختلف مع وجهات النظر الأخرى لمجرد الاختلاف بل لنا سندنا في ذلك وهو مستمد من القانون الذي وضع هذه القواعد العامة وهي لم توضع عبثاً بالتأكيد فالعبث هو الخروج عن هذه القواعد .

وقد يضيق المقام عن إيراد كل ما نعتبره مفاهيم أو تصورات خاطئة في القانون الجنائي أو الفقه الجنائي في مجمله ، وهكذا سوف نعرض هنا لبعضها ونترك لفتنة القارئ الكريم سائرهما .

الجريمة l'infraction :

بعض الشراح العرب وغير العرب ، يعرفون الجريمة بأنها " ظهور الإرادة الأثمة بحيث تتصرف تصرفا مخالفا للقانون ويرتب عليها عقوبة أو تدبيرا وقائيا " أو ما يؤدي هذا المعنى .
وواضح ما في ذلك من قصور في إدراك المفهوم القانوني للجريمة ، فإذا كان المفترض أن نستخلص من هذا التعريف أركان الجريمة ، فبالرجوع إلى هذا التعريف ، نجد أنها ثلاثية :
فـ "الظهور" يمثل الركن المادي وكذلك " التصرف " و " الإرادة الأثمة " الركن المعنوي ،
وأخيرا الركن الشرعي " مخالفة القانون " .

وإذا اعتمدنا هذا التعريف واشترطنا الإرادة الأثمة في الجاني لم يبق لدينا شيء اسمه موانع المسؤولية ، فالمجنون و الصغير والمكره لا يرتكبون جرائم على هذا الأساس لعدم تصور فكرة الإثم لديهم ، ولم يقل بذلك أحد ، فاشتراط " الركن المعنوي " في كل الجرائم يؤدي حتما إلى هذا العبث .

ومن العبث كذلك تعريف الجريمة بأنها " الخرق غير المباح للنص الجنائي " وأصحاب هذا التعريف يتصورون أنهم بذلك حددوا الفعل غير المشروع وهو الجريمة ، وأخرجوا أسباب الإباحة ، فهم لا يعلمون فيما يبدو ، أنه في حالة وجود سبب من أسباب الإباحة ليس هناك نص جنائي أصلا حتى نتصور خرقه أو مخالفته ، فليس هناك خرق مباح أو " جريمة مباحة " ، فوظيفة أسباب الإباحة في المنظومة العقابية تكمن في أنها تحيد neutralisent ركن عدم المشروعية أو النص الجنائي وإذا انتفى هذا الركن انتفت الجريمة حتما " لا جريمة و لا عقوبة إلا بنص " .

ولهذا ما فتتنا نقول أن الجريمة لا تخرج عن كونها " مخالفة نص جنائي " ولهذا التعريف من الآثار القانونية ما لا يخفى منها عدم تصور أن عديمي قوة الشعور و الإرادة يرتكبون جرائم عمدية كما هو واضح وإذا لم يرتكبوا جرائم عمدية استحال قانونا معاقبة الشريك في سرقة مثلا ، فهي لا ترتكب إلا عمدا وقس على ذلك بقية الجرائم العمدية ما دمنا لازلنا منتشبين بما يسمى بالجريمة المستعارة .

الانتحار le suicide :

بعض الفقهاء يرون أن الانتحار مجرم قانوناً ، والبعض الآخر يقولون بإباحته كالقانون الفرنسي الذي يعرف القتل العمد بأنه إزهاق روح الغير " le fait de donner volontairement la mort à autrui - ، مادة (122-1) ، وكذلك

المادة 5 - 221 ، 15 - 222) ، ولكن في هذه الحالة الأخيرة قد لا نجد سندا قانونيا لمعاقبة الشريك وهو الموقف الذي تبناه هذا القانون نفسه وهذه هي المفارقة ، فهو يعاقب على التحريض على الانتحار " le fait de provoquer au suicide d'autrui ... " مادة (13 - 223) .
وهكذا ، نحن نقول بتجريم الانتحار لما سبق ، وكذلك فإن النصوص المجرمة للقتل العمد في أغلب القوانين ومنها القانون الليبي والمصري مثلا ، عامة تشمل من قتل نفسه ومن قتل غيره لأن الحق في الحياة حق عام والحق العام لا يتنازل عنه إلا صاحبه وهو هنا المجتمع ، وهذا من شأنه أن يسمح بمعاقبة المحرض و المساعد على الانتحار بدون أن نثير إشكالية قانونية كما أشرنا .

وإذا أردنا بحث هذه المسألة من زاوية أخرى ، فقد نرى أن المنتحر قرر فرضا بإرادته الحرة إزهاق روحه (والضمير في " روحه " ليس على حقيقته كما هو واضح وإلا لما كان لهذا الحديث معنى ، بل هي روح غيره فهو حامل لها فقط) ، أقول حينما قرر الانتحار فينبغي أن يعامل معاملة من قتل آخر (مع سبق الإصرار) في حالة المعاقبة عن هذه الجريمة بالإعدام فهو على قناعة تامة أن هذه الجريمة سوف تقوده للمقصلة ، فهو قد قرر بإرادته الحرة هذا المصير الذي سوف يؤول إليه فكأنه بهذا القرار قد أراد الانتحار ، فالقياس لا يمنع من إضفاء الصفة غير المشروعة على الانتحار ، فكما يرى دوركايم في كتابه " الانتحار le Suicide " أن ليس هناك فرق بين قتل الغير و الانتحار إلا في بعض التفاصيل المادية فيما يتعلق بالتنفيذ ، فالانتحار هو كل وفاة تحدث بصفة مباشرة أو غير مباشرة نتيجة فعل إيجابي أو سلبي ، قام به الضحية نفسه .
ثم لم لا نرى أن المنتحر قد اتخذ قرارا بالقتل وأسهل طريقة لارتكاب هذه الجريمة هي أن يضحى بنفسه فقد تعددت الأسباب والموت واحد كما يقولون ، وهل يقدم على الانتحار إلا من يشعر بذنب ما ارتكبه فهو يريد أن يعاقب نفسه على هذا الذنب ، والفرض هنا أنه اتخذ هذا القرار بكامل شعوره وإرادته بالطبع أما إذا كان غير ذلك فلا معنى لإثارة هذه المسألة أصلا .
والانتحار ينبغي أن يكيف جريمة لما سبق ولكنه أمر محرم أيضا دينيا ، فالنفس (أو الروح) هي أمانة مودعة لديه فإذا فرط فيها بإرادته فهو لا شك أنه مذنب في حق من أودعها وهو خالقها ، فالمنتحر - وغير المنتحر - مأمور بالعبادة " وما خلقت الإنس و الجن إلا ليعبدون " فعندما قرر الانتحار فقد قرر العصيان و التكبر عن العبادة وهنا مكنم التحريم فيما نعتقد .

ونود بمناسبة الحديث عن الانتحار ، أن نعرض لمسألة غاية في الأهمية وهي مسألة العمليات الإنتحارية (أو الإستشهادية) ، والحديث في هذا الموضوع شديد الحساسية فهو يمس عدة جوانب : دينية وقانونية وسياسية وأخلاقية عامة .

وينبغي أن نقول من البداية ، أن لا مانع من اللجوء إلى هذه العمليات في معركة مفتوحة بين طرفين متصارعين فقواعد الحرب لا تمنع ذلك ، فمن حق كل طرف أن يقوم بكل ما في وسعه من أجل الإنتصار فيها ومنها هذه العمليات لقتل أو تحييد أكبر عدد ممكن من جنود العدو ، فالحرب في أساسها تعني القتل ، وقد نبني نصبا تذكاريًا للجندي الذي ضحى بنفسه في سبيل الهدف الذي يؤمن به والذي مات من أجل تحقيقه بإرادته الحرة فرضا ، كما فعل الجنود اليابانيون (الكاميكاز) في الحرب العالمية الثانية .

أما العمليات الاستشهادية (نحن لا نتحدث هنا عن العبث الذي نراه من بعض المنظمات المتطرفة) في حالة الهدنة مثلا ، فلا نرى أنها مشروعة لأنها تخالف قوانين الحروب في جميع الشرائع : (وإذا جنحوا للسلم فاجنح لها) ومن باب أولى إذا استهدفت المدنيين بالطبع . ولا ننسى أن العاقل ينبغي أن يتحاشى ذلك فقد يؤدي إلى نقبض مقصوده عن طريق العمليات الإنتقامية من العدو بخاصة إذا كانت القوى غير متكافئة وهذا ما لا يجوز تطبيقا لقاعدة " ارتكاب أخف الضررين " حتى تتغير الظروف الموضوعية وعندها لكل حادث حديث .

ونحن هنا لا نتفق مع من يحيل في تكييف مثل هذه العمليات إلى قواعد القانون الدولي أو الدولي الإنساني وقوانين الحرب و السلام ، فمن وجهة نظر أكاديمية بحتة فهذه الإحالة لا غبار عليها فهي مرجعية صحيحة، ولكن إذا أخذنا هذه القوانين على علاتها واعتبرناها مقياسا للخير و الشر والمشروع وغير المشروع لما كنا بحاجة لاستدعاء العقل للفصل في هذه المسائل ولما كنا بحاجة أيضا لمناقشة المشرع الوطني أو الدولي في قراراته ، فالباحث الحر ليس قاضيا مقيدا بالنصوص لا يحيد عنها ، فالحرية الفكرية هي معيار الفرق بين الأثنين .

فهذه النصوص مهما كان مصدرها ، لم توضع إلا بعد اجتهاد وإعمال فكر ، ولا نعتقد أن النصوص في صيغتها النهائية كانت محل إجماع ممن كانوا مكلفين بصياغتها ، ولما كان الأمر أمر اجتهاد فلا يحجر على أحد أن يجتهد هو أيضا ، بل هذا هو المطلوب .

قد يعتقد البعض أن الفكر الغربي هو نهاية المطاف في الفكر البشري مما لا مزيد بعده بحيث لا يجوز تجاوزه أو الزيادة عليه أو مناقشته ، وهذه وجهة نظر لا نتمنى أن نكون من أنصارها ، ولو كان الأمر كذلك لما عرضنا لهذه الإستثناءات أو لهذه المفاهيم الخاطئة ، فهذه

كلها جاءتنا من هذا الفكر الغربي بالذات فحتى لو تم الإستشهاد بنصوص القوانين الوطنية فهي في الحقيقة قوانين الغرب نقلناها عنهم بكل تفاصيلها وتناقضاتها ، ولحسن الحظ لم ندع يوماً أنها لنا فالحطاً خطوهم .

سبق الإصرار و التردد وبقيّة أنواع " القصد "

La préméditation et le guet-apens et les autres types des dolis criminels

كل القوانين الوضعية التي كانت لنا الفرصة للإطلاع عليها تجعل فكرتي " سبق الإصرار و التردد " من الظروف القانونية المشددة للعقوبة ، أو على الأصح لعدم تخفيفها ، وهذا إذا كان صحيحاً بالنسبة لسبق الإصرار ، ولكنه ليس كذلك فيما يتعلق بالتردد :

فإذا كان تخفيف العقوبة وتشديدها مراعى فيه نسبية *relativité* حرية الاختيار فإن في سبق الإصرار حرية الاختيار كاملة لدى الفاعل فهو لديه فترة زمنية بين اتخاذ القرار بالقتل مثلاً، وبين تنفيذه للتراجع ، وكان خلال هذه الفترة يتمتع بهدوء البال " بحيث تتمكن الروية من مخاطبة الشهوة ويصح فيه للعقل أن يكبح جماح الغضب " كما تقول المحكمة العليا الليبية، فإن ذلك لا يصدق على " التردد " فالجمع بينهما غير منطقي ، ولتوضيح ذلك فنحن هنا أمام أحد فرضين : الفرض الأول أن التردد مثال من الأمثلة التي يتحقق فيها سبق الإصرار أي هو صورة من صورته ، ولكن ذلك باطل لأنه لا يتحقق في كل الفروض .

نفترض أن الجاني بعد أن استفزه المجني عليه استشاط غضباً وقرر أن يترصد له في طريق عودته إلى بيته مثلاً ، وقتله ، فإن هذه الجريمة لم تكن وليدة إرادة حرة كاملة ولهذا ينبغي أن ينقص من العقاب بقدر النقص الواقع على هذه الحرية فهو قتل بسيط .

الفرض الثاني أن التردد هو ظرف مستقل عن سبق الإصرار ، ولكن في هذه الحالة لا بد أن نتساءل عن سبب التشديد ، قد يقال إنه يتمثل في الغدر و الخسة والندالة ، ولكن كل هذه المعاني لا تنبئ عن إرادة كاملة لدى الفاعل بالضرورة بل هي من عناصر حالة الخطورة وحالة الخطورة التي تقتضي العلاج غير المسئولية الجنائية والعقاب بحسب ما لديه من حرية الاختيار .

وهذا التحليل يصدق أيضاً على القتل بالسم كذلك لا فرق والذي هو ظرف مشدد في كل الأحوال فالقاضي سوف يحكم بالإعدام (في القانون الليبي مثلاً) بدون أن يهتم بالبحث فيما إذا كانت حرية الاختيار كاملة أو ناقصة ، فيصدق عليه ما يصدق على التردد .

ولا نستطيع هنا مقاومة الإشارة إلى أن هناك من يرى أن " سبق الإصرار " كان ينبغي أن يكون عنصر تخفيف وليس عنصر تشديد وتفسير ذلك أن من كان في حالة سبق إصرار بالمعنى

الذي أوضحناه ، قد تملكته فكرة الجريمة بحيث لا يستطيع منها فكاكا فكأنه مدفوع دفعا بقوة لا قدرة له على مقاومتها بدليل أنه كان لديه من الوقت ما يكفي للعدول عن قراره ولكنه لم يستطع . ولكن نحن نقع هنا في مغالطة : فأن تتملك الجاني فكرة الجريمة فهذا يتناقض مع هدوء البالأحد عناسر سبق الإصرار في حقيقة الأمر ، فهدوء البال يعني أنه يملك قراره ومعنى يملك قراره أنه قرار واع ومدرك لعواقب هذه الجريمة فكانت له القدرة النفسية للمقارنة بين مصلحتين: اللذة التي يتحصل عليها من ارتكاب الجريمة ، والألم القادم ، وحينما رجح اللذة الآنية فهي عنده تفوق الألم، ولكن المدفوع دفعا للجريمة بقوة غريزة الانتقام مثلا ، ليس لديه ترف الترجيح .

ومما يتعلق بهذا الموضوع من أمثلة المفاهيم المغلوطة ، مسألة تقسيم القصد الجنائي le dol إلى قصد جنائي عام général وقصد جنائي خاص special وكذلك إلى مباشر direct وغير مباشر أو احتمالي éventuel ، و محدود déterminé وغير محدود indéterminé.

ونحن نرى في كل هذه التقسيمات إما أنها مجرد طرح نظري ليس له فائدة عملية أو كانت ناتجة عن سوء فهم لفكرة القصد الجنائي وهذا هو الراجح ، لأن مؤيدي هذه القصود جميعها يرتبون عليها آثارا قانونية كما سوف نرى .

نشير أولا ، أن بعض المدارس الفقهية المتأثرة بالمعطيات الإجرامية ، تؤكد على أمرين في عدم إهمال الدافع عند بحثهم للقصد الجنائي :

الأمر الأول - إهمال الدافع أو الباعث أو المصلحة يجعل من فكرة الإثم نقطة بلا تاريخ في الحياة النفسية للفرد ، فكل تصرفات العقلاء تحركها هذه الدوافع أو المصالح أي أنها معقولة المعنى .

الأمر الثاني - أنه يساعد سلطة التحقيق على معرفة الفاعل الحقيقي بمعرفة دوافع الجريمة ، فهو كما يقال ، الطعم الذي نمسك بواسطته بالجاني.

في حقيقة الأمر ، من المستحيل عقلا عدم تصور الدافع عند بحث " القصد أو النية " ، فكل تصرفات العقلاء معقولة المعنى المشروعة وغير المشروعة ، ولكن القصد الجنائي هو عملية عقلية فهو السير نحو الجريمة والدافع هو المحرك في هذا الاتجاه، فهو يفسر هذا " السير" ولا ينفيه .

فالدافع لا تأثير له على وجود الجريمة من حيث المبدأ ، دوره يتوقف فقط عند مسألة تخفيف أو تشديد العقوبة حسب طبيعة هذا الدافع .

قلنا "من حيث المبدأ " لأن الدافع نفسه قد يتحول إلى قصد جنائي كلما اشترط المشرع ذلك، فإذا ورد في النص كلمة " بقصد ، بنية ، بغرض " مثلا ، فهذا يعني أن المشرع اشترط لوقوع الجريمة أن ترتكب بدافع خاص ، وهذا ما جعل البعض يفرق خطأ ، بين القصد الجنائي العام والقصد الجنائي الخاص .

فعلى سبيل المثال :تعرف السرقة التعزيرية عادة بأنها " اختلاس مال منقول مملوك للغير" ولكن المشرع أضاف شرطا آخر لقيام السرقة الحدية مثلا ، حيث أضاف عبارة "... بنية تملكه" ، بناء على ذلك ، لا نتصور قانونا سرقة حدية إلا إذا كان لدى السارق هذا القصد فهو ركن في الجريمة إذا انتفى انتفت حتما فهذا ليس قصدا "خاصا" بل هو قصد جنائي واحد الذي يمثل الركن المعنوي في الجرائم العمدية ، وفي هذا المعنى أحكام المواد (166 - 169 - 3/173) من قانون العقوبات .

وهكذا الحال في القانون الفرنسي كذلك الذي استعرنا منه هذه الأفكار المغلوطة : فمثلا ، المادة (1-221) "تشتترط في القتل العمد" نية القتل " l'intention de donner la mort" ولا نعلم فيما يبدو أنه إذا انتفت هذا "النية" فلا وجود قانونيا للقتل العمد فهو قصد جنائي واحد - نية التملك" في السرقة la volonté de s'approprier la chose d'autrui المادة (1-311) أو إرادة الإضرار بشرف واعتبار الغير la volonté de nuire à l'honneur ou à la consideration, d'une personne المادة (29 من قانون 29 - 7 - 1881) .

والقصد المباشر تتجه فيه إرادة الجاني إلى تحقيق نتيجة مؤكدة كإرادة وفاة المجني عليه ، والقصد الإجمالي يتمثل في إرادة قتل زيد عن طريق مادة سامة مثلا ، توضع في طعامه أو شرابه وهناك احتمال أن يتناول معه هذا الطعام أو الشراب المسموم شخص آخر لا تعنيه وفاته في شيء ولكن هذا الاحتمال لم يثنه عن المضي في هذا المشروع الإجرامي ، وهكذا ، يقال أن القصد في الحالة الأولى مباشر وفي الثانية احتمالي .

بعضهم يمثل للقصد الإجمالي بفائد المركبة الآلية المتهور الذي يحاول الاجتياز فيصطدم بسيارة أخرى قادمة من الاتجاه المعاكس ويموت أو يجرح بعض الركاب ، ولكن هذه الصورة من الجرائم الخطئية ولا علاقة لها بما نحن فيه من القصد الاحتمالي.

ففي هذا النوع هناك إذن " قصد " ووصفه بالإحتمالي لا يغير من وصف الجريمة بأنها عمدية فالجاني توقع النتيجة وأرادها فالنتيجة هي الإحتمالية وليس القصد بالتأكيد ، ولكن في الجرائم الخطئية قد يكون الفاعل توقع النتيجة ولكنه حتما لا يريد لها .

والقصد المحدود أو المحدد ، هو أن الجاني يريد تحقيق نتيجة معينة كضرب المجني عليه أو جرحه جرحا بسيطا ، ولكن يتوقع أن هذه الإصابة قد تؤدي إلى نتائج أخطر كالأذى الجسيم أو الخطير أو حتى الوفاة ، فكل هذه النتائج غير المحددة متوقعة ، ولهذا قد يقال بمعاذرة الجاني عن هذه النتائج كما لو كانت هي المقصودة بالذات وفقا للمبدأ القديم " القصد غير المحدود يتحدد بنتيجته " *le dol indéterminé se détermine par rapport au résultat*.

القانون الوضعي يبدو أنه مع تطبيق هذا المبدأ القديم فيما ما عدا الوفاة ، كالجرائم التي تعرف بالمشددة بالنتيجة باعتبارها جرائم عمدية (الأذى البسيط و الجسيم والخطير الناتج عن الضرب مثلا) ونحن لسنا مع هذا الإتجاه لسببين : السبب الأول هو أن هذه النتيجة النهائية غير مقصودة فرضا فهي تتعارض مع تعريف القصد الجنائي ، وثانيا ، سوف يكون مصير المتهم معلقا على الصدفة وهذا ما لا يجوز ، ولهذا افترضنا أن تعامل معاملة الجرائم العمدية في العناصر المقصودة فقط ، الضرب مثلا ، أما النتيجة النهائية غير المقصودة فنستطيع مواجهتها بالتعويض المدني أو الدية حسب الأحوال .

وهذا التحليل يصدق أيضا على ما يسمي بالجرائم متجاوزة القصد كالضرب المفضي إلى الموت والذي تعاملها القوانين المعاصرة معاملة خاصة وقد سبق وبيننا وجهة نظرنا حولها وحول الجرائم الخطئية في هذه المحاضرات فلا نطيل الحديث فيه هنا .

حالة الضرورة *L' état de nécessité* :

تباينت الآراء حول التكييف القانوني لحالة الضرورة : فمنهم من يكييفها سبب الإباحة الفعل و منهم من يرى أنها مانع مسئولية ، ولا شك أن النصوص الجنائية لها قدر من المسئولية في هذا التكييف الأخير ، المشكلة هنا تكمن في المنهج المختار لتفسير وتأويل النص فلا بد لهذا التفسير أن يتناغم مع قواعد القانون وفلسفته العامة أي روح القانون .

فالقاعدة القانونية بأن " الضرورات تبيح المحظورات " أو " ارتكاب أخف الضررين " والمترجمة حرفيا في القانون الفرنسي *nécessité fait loi* ، واضحة الدلالة في أن حالة الضرورة هي سبب يبيح الفعل ، فإذا كان الواحد منا لا بد أن يختار بين حلين " أحلاهما مر " كما نقول ، فمن المنطقي أن يختار أقلهما مرارة ، فالطبيب المولد إذا رأى أن إنقاذ حياة الأم متوقف

على التضحية بالجنين ، فيجب عليه قانونا أن يضحى بهذا الأخير ولا نقول في هذه الحالة أنه ارتكب جريمة إجهاض ولكنه لا يعاقب ، لأن النص المجرم للإجهاض تم تحييده في هذه الحالة حتى تستطيع النصوص المبيحة أن توتي آثارها من الإباحة كما هو الحال في جميع أسباب الإباحة ، أما إذا فعل الطبيب العكس فسوف يعاقب لارتكابه جريمة قتل عمد .

أما القول بأنها والإكراه المعنوي سواء في التكليف القانوني ومن ثم ، في الآثار القانونية ، فهذا كلام قد يستقيم نقلا ويستحيل عقلا، فالاعتماد على الصياغة القانونية لا تسعف القائلين به إذا تعارضت من المنطق القانوني ، فقد غابت عنهم قواعد التفسير .

فلو كان التفسير الحرفي حجة لرأينا في أسباب الإباحة موانع مسئولية لأن الصياغة واحدة " لا عقاب " في القانون الليبي مثلا، ولاعتبرنا بعض موانع المسئولية كذلك من أسباب الإباحة لأن كلا النظامين وردا تحت نفس العنوان " أسباب الإباحة " ، حيث نجد الإكراه بنوعيه والحادثة الطارئ والقوة القاهرة ، ولم يقل بذلك أحد .

ثم إننا نرى أن " الحادثة الطارئ والقوة القاهرة " من صور الإكراه المادي لأنها كذلك فعلا ، ولكن لذلك حديثا آخر .

والغريب في الأمر أن قانون نابليون قد جاء أفضل من القانون الفرنسي الجديد بكثير في معالجة كثير من المسائل ، الذي يفترض أنه استفاد من تطور الأفكار الفلسفية والفكرية بعد حوالي مائتي سنة من قانون العقوبات لسنة 1810 .

فالقانون الجديد قد عالج أسباب الإباحة وموانع المسئولية تحت عنوان واحد: "موانع المسئولية وأسباب تخفيفها" Des causes d'irresponsabilité ou d'attenuation de la responsabilité " حيث نجد العيب العقلي، الإكراه ، الغلط في القانون ، أداء الواجب ، الدفاع الشرعي ، حالة الضرورة ، صغر السن " (المواد على الترتيب : 1- 122 ، 2- 122 ، 3- 122 ، 4- 122 ، 5 - 122 ، 6 - 122 ، 7 - 122 ، 8 - 122) .

الفاعل المعنوي L' auteur moral :

نتثار مسألة " الفاعل المعنوي " بمناسبة الحديث عن تسخير الصغير أو المجنون أو حسن النية لارتكاب الجريمة ، وبخاصة في القوانين التي تعاقب الشريك بعقوبة أخف من عقوبة الفاعل المادي الأصلي (المادة 44 من قانون العقوبات لدولة الإمارات العربية المتحدة ، على سبيل المثال) ، فلو اعتبرناه شريكا فهذا يؤدي إلى تخفيف العقاب وهو لا يستحقه ، فلجأنا إلى هذه

الحيلة القانونية والتي تتمثل في فكرة " الفاعل المعنوي " ولكن هذه الحيلة لا " تتطلي " على المنطق القانوني .

فنحن اعتبرنا المسخر (بالفتح) كآلة التي يستعان بها في ارتكاب الجريمة : السلاح الناري ، المادة السامة ... الخ ، وإذا رأينا فيه ذلك حقيقة ، وهو كذلك فعلا ، فمن سخره هو الفاعل المادي ما في ذلك شك ومن ثم ، فإن إثارة الفاعل المعنوي تصبح لا معنى لها .

فالأفضل أن ننبنى المساواة في العقاب بين الفاعل و الشريك ، وهي مساواة قانونية ، أي أن النص المطبق على الفاعل و الشريك واحد وهذا لا يمنع بالطبع ، من الأخذ بمبدأ التفريد القضائي ، فالقاضي حر في اختيار العقوبة التي يرى أنها مناسبة وهذا يعطيه الحق في أن يعاقب عليها بعقوبة متساوية أو عقوبة أخف من الآخر حسب الظروف الشخصية و الموضوعية للجريمة .

الركن المعنوي للجريمة *l'élément morale de l'infraction*

ربما لا نستطيع مناقشة ما يسمى بـ " الركن المعنوي " إلا بعد الاتفاق عن محتواه القانوني :

نحن لا نرى فيه إلا الخطأ الجنائي *la faute pénale* و الإثم *la culpability* فالجاني غير الآثم ، المجنون ، الصغير و المكره ... الخ ، لا يرتكبون خطأ جنائيا فهم لا يتمتعون بقوة الشعور و الإرادة *capacité de comprendre et de vouloir* أثناء ارتكاب الجريمة ، ولكن لا أحد يقول بأن كل هؤلاء لا يرتكبون الجرائم فهذا يتناقض مع النصوص القانونية التي تعترف بذلك صراحة ، وإذا كان الأمر كذلك ، فأين هو الركن المعنوي في جرائم هؤلاء جميعا ؟ .

لا نصور الجريمة قانونا بدون وجود ركنها المعنوي في الجرائم العمدية فقط والذي يمثلها القصد الجنائي *le dol* أو *l'intention criminelle* ، أما القول بأنه لازم في كل الجرائم ، فهذا كلام لا يستقيم ، فالركن المعنوي هو ركن في المسؤولية الجنائية *la responsabilité pénale* التي تقتضي الخطأ و الإثم الجنائي ، فثمة فرق بين أسباب الإباحة *les faits justificatifs* و موانع المسؤولية الجنائية *les causes d'irresponsabilité pénale* ، ولهذا التحليل آثاره القانونية وذلك فيما يتعلق بأحكام الاشتراك *la complicité* و الشروع *la tentative* على سبيل المثال .

وهذا اللغظ حول ضرورة وجود الركن المعنوي في كل الجرائم هو نتيجة حتمية لتعريف الجريمة لدى كثير من الفقهاء ، فبعضهم يعرفها بأنها " ظهور الإرادة الآثمة بحيث تتصرف تصرفا مخالفا للقانون ويرتب عليه هذا القانون عقوبة أو تدبيرا إحترازيا" .

وهذا التعريف غير دقيق ومنتقد من وجهين :

الوجه الأول - ليس بالضرورة أن يرتب القانون على ارتكاب الجريمة عقوبة وهذا واضح، أو تدبيرا إحترازيا لجريمة الطفل الذي لا تتجاوز سنه سبع سنين (في القانون الليبي مثلا) .

الوجه الثاني - القول بأن وجود الجريمة متوقف على الإرادة الآثمة لدى الفاعل يؤدي إلى القول بأن أفعال عديمي المسؤولية الجنائية إذا كانت مخالفة للقانون لا تعتبر جرائم وهذا ما لم يقل به أحد ، فموانع المسؤولية غير أسباب الإباحة والآثار القانونية بين النظامين أوضح من أن نطيل الحديث فيها .

الركن الشرعي للجريمة L' élément légal de l' infraction

كثير من الشراح لا يعترفون بوجود الركن الشرعي كأحد مكونات الجريمة قانونا لأننا إذا اعتبرنا أن النص الجنائي هو الذي يمثل هذا الركن الشرعي ، كما يقولون ، فإن ذلك باطل فهذا النص هو من خلق الجريمة ولا نتصور أن الخالق يكون جزءا مما خلق .

ولكن نلاحظ أن هذا الجانب من الفقه يقع في سوء فهم لما نريده بالركن الشرعي فهم يخلطون بين النص ووظيفته ، فهذه الوظيفة تكمن في تكييف السلوك بأنه جريمة فلولاها لما استطعنا أن نضفي عليه هذه التكييف : " لا جريمة و لا عقوبة إلا بنص " .

ولكي نوضح هذه الفكرة نقيسها على المرئيات ، فإن المرئيات ليس لها وجود للرائي إلا إذا تسلط عليها مصدر ضوئي يجعلها كذلك ، ولا أحد يقول أن هذا المصدر الضوئي هو أحد عناصر هذه المرئيات وكذلك النص الجنائي ، ليس جزءا من الواقعة المادية ، ولكن هذه الواقعة المادية ينظر إليها بصورة محايدة ، وبعد ورود النص الذي يوصف هذه الواقعة بالجريمة فوضعها القانوني تغير بالتأكيد ، وهذه هي وظيفة الركن الشرعي .

المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي La responsabilité pénale de la personne morale

الإشكالية هنا تكمن في أن النص الجنائي يتضمن عنصر الردع و التخويف بعقوبة مؤلمة وإلا فلا معنى للعقاب أصلا ، والذي يرتدع ويخاف هو الشخص الطبيعي الذي لديه مشاعر

وعواطف وأحاسيس ، وهذه الملكات لا نتصورها فيما يسمى بالشخص المعنوي أو الاعتباري ومن ثم ، فإن الحديث عن المسؤولية الجنائية أي العقاب للشخص المعنوي ، يبقى لغوا من القول مهما قيل من قصائد الغزل في هذا الشخص المعنوي ، هناك بدائل أخرى لمواجهة الجرائم التي مصدرها الشخص المعنوي كالتعويض المدني ، وإن كنا ضد تحميله المسؤولية القانونية مهما كانت طبيعتها ، فالحل يبقى هو الإجراء المناسب من وجهة نظرنا .

والغريب في الأمر أن القانون الفرنسي الجديد تصور أن الشخص المعنوي يرتكب الجرائم الجنائية مهما كانت صفته إلا الدولة ، ومن ثم مسؤوليته الجنائية والعقاب ، فهم يقررون " قوة الشعور و الإرادة " كمبدأ قاعدي ، ثم يستثنون منها المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي بدون مقتضى عملي : فالسياسة الجنائية لا تفرضه وكذلك فكرة عدالة العقوبة لأن العقوبة ، سواء كانت الحل أو الغرامة مثلا ، لأنها تطال من أذن أو أمر بارتكاب الجريمة لحساب ولصالح الشخص المعنوي وتطال غيره .

ونشير بهذه المناسبة ، أن القانون الليبي لا يعترف من حيث المبدأ بهذه المسؤولية وللمحكمة العليا حكم مشهور في ذلك ، ولكن كما يقولون ، فإن المشرع قد يتدخل بالعقاب على بعض تصرفات الشخص المعنوي كبعض الجرائم الاقتصادية وغسل الأموال على سبيل الاستثناء ولكن هذه مغالطة ، فإذا تصورنا أن الشخص المعنوي يرتكب الجرائم في بعض الفروض فليس هناك ما يمنع من ارتكابه لكل الجرائم الأخرى التي تتفق وطبيعته طبعاً ، واقتصارها على نوع فقط ترجيح بدون مرجح وهو باطل ، ولكن متى كان المشرع يعتقد بهذا الباطل ولو كان كذلك لما وقع فيما وقع فيه من هذا العبث ! .

رابطة " أو علاقة " السببية المادية (Lien(ou relation) de causalité

يقع كثير من الباحثين عند حديثهم عن علاقة السببية المادية في القانون الجنائي ، في مغالطات عدة ومن تتلمذ علينا من طلابنا يعرفون ذلك جيدا ولكن هذا لا يمنع من التذكير بها هنا:

أولى هذه المغالطات تتمثل في القول بأن القوانين الوضعية التي عالجتها هذه المسألة اعتمدت نظرية تعادل الأسباب والسببية الكافية مع ما في ذلك من تناقض لأن فيه جمعا بين الضدين وهو باطل .

وبيان ذلك أن الكل متفق على محتوى هاتين النظريتين : فنظرية تعادل الأسباب تعني أن كل الأسباب أو الشروط الضرورية التي لولاها لما حدثت النتيجة ، مسؤولة عن النتيجة النهائية

مهما كانت قوتها السببية كصنع السلاح أو بيعه ثم استعماله في ارتكاب جريمة قتل مثلا ، فالصانع و البائع والقاتل طبعا ، كلهم مسئولون عن هذه النتيجة ماديا بالطبع .

بينما السببية الكافية تفرز من هذه الأسباب الضرورية سببا له مواصفات خاصة وهو أن يكون قادرا بذاته على تحقيق النتيجة ، أو هو الذي يؤدي وجوده لوجودها كالطعن في مقتل بالنسبة لجريمة القتل ، فأن نقول أن صانع السلاح في المثال السابق مسئول ماديا عن جريمة قتل وفقا لتعادل الأسباب وغير مسئول وفقا لسببية الكافية ، فلا شك أن ذلك مما يمجه العقل السليم .

ثاني هذه المغالطات أنهم يخلطون بين المسؤولية المادية والمسؤولية الجنائية ، ويقولون أن الأخذ بنظرية تعادل الأسباب مع أنها أفعل في محاربة الجريمة ولكنها تتوسع في المسؤولية الجنائية مما يجافي فكرة العدالة ، ونظرية السبب الكافي تجعل بعض الجناة يفلتون من العقاب ، ولهذا تم الأخذ بمحاسن كل منهما ، أو أن المشرع اعتمد أساسا نظرية التعادل وحيث أنها تتوسع في المسؤولية الجنائية فقد قيدها بنظرية السبب الكافي .

وإذا عرفنا أن هذا التقييد يؤدي حتما إلى اعتماد السببية الكافية فقط ، فإن القول بأن المشرع اعتمد نظرية التعادل ولكنه قيدها أو أنه جمع ابتداء بينهما فهذا من المستحيلات ولكن يبدو أن بعضهم لا يؤمن بهذه المستحيلات وهذا شأنهم .

ثالث هذه المغالطات هو القول بأن السبب الشاذ اللاحق يقطع علاقة السببية بين السبب السابق حتى لو كان كافيا ، وبين النتيجة ، فهذا لا يمكن قبوله حتى ولو كان منطوق النص يوحى بذلك (الإيطالي والليبي مثلا) ، فلو فرضنا أن المجني عليه أصيب بطعنة في صدره وعندما نقلته سيارة الإسعاف إلى المستشفى سقطت هذه السيارة في أحد الأودية مما أدى لوفاة الجريح ، فلا شك أن كلا السببين كاف وحده لإحداث هذه النتيجة ، فالقول باستبعاد السبب الأول يناقض النص نفسه (المادة 41 من القانون الإيطالي الذي نقل عنه المشرع الليبي نص المادة 58) الذي يخفف العقوبة على الأول إذا كانت له أهمية كبرى في إحداث النتيجة .

المصادرة La confiscation :

يقال أن فلسفة عقوبة المصادرة (نزع ملكية أموال الجاني لمصلحة الدولة) تكمن في أن بعض الجناة لديهم من الشجاعة أو الجسارة أو التهور بحيث لا تردعهم العقوبات البدنية القاسية بما في ذلك الإعدام ، وهكذا ساد الاعتقاد بأن المصادرة وحدها هي الرادع الأكثر فعالية خشية أن يترك المحكوم عليه عائلته بدون مورد رزق، كما أن في ذلك حرمان الجناة الذين يتمكنون من

الهرب إلى الخارج من الاستمتاع بثرواتهم في الداخل، وكذلك كما يرى البعض ، فإن فيها نوعا من تعويض الدولة عن الضرر الذي أصاب المجتمع جراء الجريمة .

وهذه العقوبة كانت مطبقة بصفة خاصة في الجرائم السياسية أو ضد الدولة أو ما تسمى les crimes de lèse majesté ثم عمت في كثير من الجرائم الأخرى .

مهما يكن من أمر ، فلا شك أن عقوبة المصادرة هي من أقسى العقوبات ومن أكثرها ظلما لأنها تطل الجاني وتطال بصفة مباشرة غيره من أفراد عائلته ، ثم إنها في الغالب عقوبة تكميلية في القانون الفرنسي مثلا ووجوبية أيضا في الجرائم ضد الإنسانية (مادة 1-215) واختيارية في المخدرات (49-222) ، فكانت تكفي العقوبة الأصلية لتقوم بوظيفة الردع إذا كان هو المقصود من العقاب

ولهذا فالمصادرة تثير كثيرا من الإشكاليات لعل أهمها :

1 - إذا قلنا أن شخصية العقوبة من المبادئ المستقرة في القانون الوضعي ، فلا شك أن المصادرة ليس فيها من ذلك شيء ، فهي تمس حياة من يعولهم فقط وبخاصة في حالة الحكم بالإعدام أو السجن طويل المدة ، فنحن هنا لا نصادر أموال الجاني بل أموال غيره .

2 - يلجأ المشرع لهذه العقوبة غالبا في أوقات الأزمات والتوترات الاجتماعية ، وهذه الأزمات هي في الغالب ناتجة عما يعتقد من الفساد الاجتماعي والسياسي في الدولة فهي مظهر من مظاهر التعبير عن الآراء و الأفكار ، فأن يعاقب " الجناة" بعقوبة أخرى غير العقوبة الأصلية ففي ذلك شر مضاف إلى شر .

3 - المصادرة بهذا المعنى قد تكفي عقوبة أو تدبيرا وقائيا (مصادرة الأشياء التي يعد صنعها أو استعمالها أو حملها أو حيازتها أو التصرف فيها جريمة ، مادة - 164- من قانون العقوبات الليبي مثلا) ، ولكن قد لا يكون الفرق واضحا بين النظامين حينما تنصب المصادرة أيضا على الأشياء التي استعملت في ارتكاب الجريمة ، فأن تصدر المركبة التي استعملت في جلب المخدرات مثلا ، فهي لا تختلف عن الغرامة في شيء فيكفي أن تزيد مبلغ هذه الغرامة ، والقول بأن " لا يطبق ذلك إذا كان المالك لا يد له في الجريمة " لا يغير من الأمر شيئا ففي الغالب نجد الجاني هو المالك لها .

وهكذا نحن نرى أنه مما هو مشروع أن تطل المصادرة فقط الأشياء التي يعد صنعها أو استعمالها ... جريمة في ذاته أي جسم الجريمة corps du délit ، أما ما عدا ذلك فإنه مما يتناقض و أي منطق قانوني سواء كيفت عقوبة أو تدبيرا وقائيا .

4 - تطبيق أحكام المصادرة في كل أنواع الجرائم ، الجنایات و الجنح و المخالفات (في القانون الفرنسي)، يتعارض بلا شك مع فكرة التناسب بين الجريمة و العقوبة و من ثم ، مع مبدأ التفريد التشريعي للعقوبة وهذا ما لا يجوز قانونا في اعتقادنا .

والمشكلة هنا فيما نرى ، أن جل الباحثين في هذه المسألة يقررون ذلك بدون أن يسلطوا الضوء على فلسفة هذه العقوبة سواء من حيث وظيفتها أو مشروعيتها ، فإذا انتفى الردع انتفت المشروعية حتما فالعقوبة الأصلية تكفي في القيام بهذه الوظيفة .

وهذا يؤدي بنا للقول بعدم مشروعية العقوبات التكميلية ، فهي سوف تكمل ماذا ، لأبد أنها تكمل العقوبة الأصلية ، وإذا ثبت أنها كاملة بذاتها إذا كانت من أقسى العقوبات كالإعدام أو السجن طويل المدة فأن نكمل ما هو كامل فهذا من تحصيل الحاصل وهذا من المستحيلات كما نعرف .

والغرامة هي عقوبة تكميلية في الغالب وفي كل القوانين الوضعية فحينما نحكم بالحبس و الغرامة أو السجن والغرامة فهذا يبدو أنه يتعارض مع أي منطق قانوني ، فيكفي أن نشدد عقوبة الحبس أو السجن ، فلعله من غير المقبول أن نثري الخزانة العامة على حساب مصائب الآخرين كما هو حال المصادرة .

نحن ننادي دائما بالتوسع في العقوبات المالية كعقوبة أصلية حتى تنفادى عقوبة الحبس مثلا ، لأن ضرره أكبر من نفعه ، و في ذلك ارتكاب أخف الضررين فلا شك أن استقطاع مبلغ بسيط من الذمة المالية للمحكوم عليه أهون من تعريضه لمساوئ الحبس .

قد يقال أن الغرامة البسيطة لا تردع وبخاصة إذا كان الجاني مليا ، ولكن المقصود هنا هو الألم النفسي المتمثل في الإستهجان الاجتماعي ، وفي كل الأحوال ، نحن نفضل الإستعاضة عن العقوبة الجنائية بالجزاء المدني في الجرائم البسيطة كما ننادي دائما بالنسبة لما يسمى بجرائم الشكوى ، فأن يخسر شيئا من ذمته المالية فقط أفضل من أن يخسر الأثنين : ماله و اعتباره أمام الآخرين .

رضا المجني عليه : Cnsentement de la victime :

كثرا ما نجد تحت مبحث أسباب الإباحة " رضا المجني عليه " في الفقه الغربي و العربي على حد سواء ، ونحن لا نستطيع إلا أن نتحفظ على هذا المنهج ونحن لا نتحفظ فقط بل نستغرب أن نقع في ما لا ينبغي الوقوع فيه مما لا يصح الاجتهاد فيه ، فالاجتهاد غير متصور إلا في

المسائل التي تقبل الاجتهاد واختلاف وجهات النظر أي في غير ما هو محسوم فلسفياً وعملياً والمسألة التي تعرض لها هنا هي من هذا القبيل .

فلسفياً ، حينما يقبل صاحب الحق بالتنازل عن حقه برضاه فلا يمثل ذلك اعتداء على حق أو مصلحة يحميها قانون العقوبات ، فالاعتداء ينصب على حرية الإرادة و القرار لدى صاحب الحق ، فالسرقة مثلا ، فيها اعتداء على حق الملكية أو الحيازة لأنها ترتكب دون علمه - وبالتبع دون رضاه وهذا واضح - أو بعلمه ولكن دون رضاه - سرقة بالإكراه ، وكذلك انتهاك حرمة المساكن فإذا كان الدخول برضا من له الحق في منعه فليس في الأمر جريمة قطعاً لانتفاء الاعتداء ، و أيضا الواقعة التي كانت غير مجرمة في القانون الليبي إلا إذا كانت بالقوة أو التهديد أو الخداع (المادة 407 من قانون العقوبات الليبي قبل التعديل) فلا نقول هنا أن الرضا يبيح هذا الفعل لأن لا وجود للاعتداء في هذه الحالة أصلاً لأن القيمة المحمية هنا هي الحرية الجنسية و إذا تغيرت القيمة يتغير موقف القانون منها بالتأكيد .

وعملياً ، أسباب الإباحة تفترض التجريم السابق للفعل : القتل و أنواع الإيذاء الشخصي الأخرى ، ولهذا الكل مجمع أن وظيفة أسباب الإباحة تكمن في تحييد النص المجرم بحيث يعطل عن العمل في هذه الواقعة حتى تستطيع أسباب الإباحة أن تنتج آثارها من الإباحة ، فإذا تمت هذه الأفعال بناء على رضا من له الحق في منعه فليس هناك نص يمنع هذا التصرف حتى نقول بتحبيده .

ثم إن هذا المصطلح نفسه (رضا المجني عليه) يؤدي بذاته إلى استبعاد أسباب الإباحة فإذا كان هناك " مجني عليه " فالجناية (الجريمة " موجودة وإذا كانت الجريمة موجودة فالحديث عن إباحتها يبقى لغوا من القول ، فهذا هو التناقض في الأفكار الذي دفعنا للحديث عن رضا المجني عليه هنا .

كما أنه ، اعتماداً على فكرة (العصيان) التي قلنا أنها الأساس القانوني للعقاب ، غير متصورة هنا لأن الفاعل لم ينتهك حقوق غيره الواقعة المجرمة قانوناً وإذا انتفى الاعتداء انتفى العصيان حتماً ومن ثم ، تفقد العقوبة على فرض تطبيقها ، مشروعيتها.

للإطلاع أكثر:

أولاً: منشوراتنا

- لمزيد من الإطلاع على وجهة نظرنا حول كثير من المسائل التي عرضنا لها وغيرها ، يراجع:
1. محاضرات في القانون الجنائي.
 2. علم الإجرام و السياسة الجنائية - منشورات دار أويا - زاوية الدهماني - طرابلس - 1999.
 3. الدفاع الاجتماعي الجديد لمارك أنسل ، عرض وتحليل - دار أويا - زاوية الدهماني - طرابلس ، 2002 .
 4. بحوث في القانون الجنائي الليبي و المقارن - منشورات جامعة المرقب ، 2009 - وهذه البحوث والمقالات هي :
 - الإكراه وحالة الضرورة والخيط الرفيع (مجلة القانون - العدد العدد الأول 2003) .
 - نظرية الجريمة المستعارة في الميزان (مجلة القانون - العدد الثاني) .
 - قراءة نقدية لبعض نصوص قانون العقوبات .
 - موقف التشريع الليبي من الصغار الجانحين .
 - عقوبة الإعدام : الوصايا العشر في الميزان .
 - السكر الاختياري والمسئولية الجنائية - إشكاليات التكيف ، (مجلة القانون - العدد الأول)
 - مبدأ الشرعية الجنائية : المصدر الإلهي و المصدر الوضعي .
 - قانون القصاص و الدية وأوهام الإفتراضات .
 - تعليق على حكم المحكمة العليا في الطعن الجنائي رقم 44 / 151 بشأن التكيف القانوني للقتل الخطأ وفقاً لقانون القصاص و الدية .
 - دعوة إلى الثورة على بعض المفاهيم في قانون العقوبات .
 - قراءة في بعض أحكام النقض (مجلة القانون - العدد الثالث) .
 - المصدر والمصلحة المحمية بالنص الجنائي " إشكاليات الوظيفة العقابية (مجلة القانون - العدد الرابع) .
 5. قراءة في بعض نصوص قانون العقوبات لدولة الإمارات العربية المتحدة (مجلة القانون - العدد الرابع) .

6. قراءة في الدستور التونسي الجديد (العدد الخامس من مجلة القانون) .
7. الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي وجهان لعملة واحدة (العدد السادس من مجلة القانون).
8. دستوريات (العدد السابع من مجلة القانون)
9. وثيقة المدينة في الميزان " قراءة في بحث الدكتور صالح محسن حول هذه الوثيقة " (العدد السابع من مجلة القانون) .

ثانياً : منشورات غيرنا :

ولعله من المفيد أن نشير لبعض أهم المؤلفات التي أعدنا مراجعتها بمناسبة كتابة هذه المحاضرات وهي باللغة الفرنسية ، و لولا الأمانة العلمية لما أشرنا إليها لأننا نعرف للأسف ، أن طلبتنا أو جلمهم ، لا يستطيعون القراءة بهذه اللغة لسبب لا دخل لهم فيه بالطبع ، فهم على ذلك معذورون ولهذا السبب وحده عمدنا إلى ترجمة أهم المصطلحات إلى هذه اللغة ليتعود الطالب على نطقها في لغتها الأصلية والتعود يرغب الطالب على الإطلاع أكثر على الأفكار الغربية فيتحول التعود إلى عادة ، وطالب الدكتوراه ينبغي أن يكون على الأقل ملماً بلغة أجنبية ، ولهذا السبب بالذات كذلك ، لم نشأ أن نرجع فكرة معينة عرضنا لها هنا لصاحبها إلا فيما ندر ، أما المتخصصون فسوف لن يجدوا صعوبة في الرجوع إليها ، هذا إذا أرادوا بالطبع ، ثم إن كثيراً من الأفكار التي عرضنا لها هنا نجدها في منشوراتنا أعلاه منسوبة إلى أصحابها فيكفي الرجوع إليها لمن أراد المزيد حول أحد محاور هذه المحاضرات ولهذا السبب تعمدنا الإشارة إليها هنا تسهيلاً للقارئ الكريم لنجنبه معاناة البحث عنها .

وهذه المؤلفات هي :

1. Surveiller et punir : Michel Foucault – Gallimard – Paris ، édition de l'année 1975 .
2. L'individualisation de la peine : De Saleilles à aujourd'hui troisième édition – érès- Paris 2001.
3. Droit de la peine : Pierrette Poncela – 2 édition – puf Paris 1995 .
4. De la division du travail social : Emile Durkheim – sixième édition – puf . Paris 2004 .
5. Le suicide : Emile Durkheim - 12 édition – puf . Paris 2004 .
6. Principes de la philosophie du droit- Hegel – Text traduit et commenté par Jean – Francois Kervegan – puf – 1 édition Paris 2003
7. De l' Esprit des lois – Montesquieu ، édition Gallimard – Paris 1995.

8. Principes de Défense Sociale: Filippo Gramatica – édition Cujas – Paris .1983 .
9. La défense sociale nouvelle : Marc Ancel ، 2 édition 1965- Cujas – Paris .
10. Criminologie ; Raymond Gassin – 5 édition – Dalloz – Paris 2003 .
11. Anthropologie structurale – Claude Lévi- Strauss - Plon- Paris 1974.
12. La criminalité comparée – oeuvres de Gabriel Tarde – Faculté de Droit de Poitiers – 1924 .
13. La défense contre le crime : Répression et prévention – J.A. Roux – Librairie Felix Alcan – Paris 1922 .
14. Le crime et la société – J . Maxwell – Flammarion – Paris – 1909
15. Les problèmes fondamentaux de la criminologie – Kinberg -Le Centre Français de Droit compare –Cujas - Paris 1959 .
16. La criminologie nouvelle – Quintiliano Saladana – puf- Paris 1929 .
17. Des délits et des peines – Cesare Beccaria – Librairie Droz – Genève - 1965 .

المرتكزات الأساسية لسياسة التصدي لجرائم الاتجار بالبشر على الصعيدين الوطني والدولي

مقدمة:

موضوع البحث:

من الحقائق الثابتة التي لا تحتاج إلى مزيد التأكيد، أن جرائم الاتجار بالبشر ليست من قبيل الإجراء المستحدث، غير أنها أصبحت في العقود الأخيرة من الزمن ظاهرة دولية، إمتد نطاقها ليشمل عديد من الدول في قارات العالم المختلفة.

والواقع أن جرائم الاتجار بالبشر ظاهرة معقدة وخطيرة في آن معاً، وهي مشكلة إنسانية باتت تؤرق الضمير الإنساني وتقلق المجتمع الدولي بأسره، ذلك لأن هذه الظاهرة لها أبعاد مختلفة، اجتماعية وقانونية واقتصادية وسياسية وصحية، كما أن أنماط السلوك المختلفة التي تشكل جرائم الاتجار بالبشر تعد انتهاكاً صارخاً لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية التي ورد النص عليها في عديد الصكوك الدولية، ومن بينها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهد الدولي للحقوق الاجتماعية والاقتصادية والبروتوكول الخاص بحظر الاتجار بالبشر⁽¹⁾.

ولعل السؤال الأهم الذي يطرح نفسه في هذا الصدد هو، ما هو السبيل للقضاء أو لنقل _ حتى لا يؤخذ علينا الإسراف في التفاؤل _ الحد قد الإمكان من هذه الظاهرة المحزنة. إن محاولة الجواب على السؤال المطروح أعلاه ستكون محور اهتمامنا في هذا البحث المتواضع الذي اخترنا له عنوان:

المرتكزات الأساسية لسياسة التصدي لجرائم الاتجار بالبشر على الصعيدين الوطني والدولي:

ضبط المصطلحات:

من يمعن النظر في العنوان الرئيس الذي اخترناه لهذا البحث سوف يلاحظ أننا استخدمنا مصطلح (التصدي لجرائم الاتجار بالبشر) .

والواقع أن هذا المصطلح _ غير الشائع الاستخدام - قد يثير اللبس في ذهن القارئ، لأنه قد يتداخل مع مصطلحات أخرى مثل: الوقاية من الجريمة، ومنعها، مكافحتها. ولهذا رأينا من الملائم أن ننتبين ابتداءً دلالة هذه المصطلحات .

الوقاية من الجريمة:

ينصرف اصطلاح الوقاية من الجريمة بالمعنى الدقيق إلى الإجراءات التي تستهدف مواجهة العوامل التي من شأنها - لو تركت دون مقاومة - إحداث خلل في التآلف الاجتماعي

المطلوب بين الفرد والمجتمع، فقد أثبتت الدراسات العلمية والتجارب العملية أن هذا الخلل يولد بطبيعته حالة من الخطورة الاجتماعية التي تعبر عن احتمالات ارتكاب جرائم في المستقبل. وعلى هذا الأساس فإن كل ما يقوى هذا التآلف أو يضعف من العوامل التي تعوقه يدخل في دائرة التوقي من الجريمة .

وفي ضوء ما تقدم يبين أنه في مجال الوقاية من الجريمة لا يوجد أمامنا مجرم بالفعل لمواجهته والتعامل معه، وإنما جملة من العوامل التي قد تؤدي إلى خلق الشخصية الإجرامية . ومفاد ذلك أن عملية الوقاية من الجريمة مرتبطة أشد ما يكون الارتباط بمسألة السببية في السلوك الإجرامي .

منع الجريمة:

يرمز مصطلح منع الجريمة إلى النظم والأساليب التي تستهدف افشال المشاريع الإجرامية، أو التقليل من فرص نجاحها بجعلها أكثر مشقة على الجاني وأكثر مخاطرة. فالغرض اذن في عملية المنع أن الشخصية الإجرامية موجودة وتسعى جاهدة إلى ارتكاب الجريمة، غير أن إجراءات المنع تقف عائقاً يحول بينها وبين الوصول إلى تحقيق غاياتها. وليس من شك أن أجهزة الشرطة والأمن تعتبر - بالنظر لما تقوم به من دوريات وحراسات علنية وسرية - من أكبر قوى المنع التي تشكل معوقاً للكثير من الاقدام على ارتكاب الجرائم .

ومع ذلك ينبغي ألا يغرب عن البال أن وظيفة المنع ليست قاصرة على تلك الاجهزة وحدها ، وإنما تشكل المبادرات الفردية قوة أخرى يعول عليها كثيرا في هذا المجال، فالمنع على أي مدى زمني مسئولية كل فرد في المجتمع.

ولإيضاح ذلك نشير على سبيل المثال إلى أن من يعمد إلى تثبيت قطع من الزجاج في سور منزله، أو يضع اجهزة للإنذار ضد السرقات في منزله او في سيارته، أو يخبر رجال الشرطة أو الأمن في حالة غيابه عن منزله لمدة طويلة، أو يزود أبواب مصنعه بأقفال جيدة الإحكام، أو يستخدم أجهزة الغلق الآلية، أو يضع علامات مميزة على ممتلكاته بحيث يمكن التعرف عليها، إنما يساهم في الواقع في تحقيق المنع في ادق معانيه وأقصى مرامييه .

وعلى هدى ما تقدم يبدو جليا الفرق بين عملية الوقاية من الجريمة وبين منعها. فالأولى تهدف - كما سبق البيان - إلى مواجهة ومعالجة العوامل التي من شأنها لو تركت دون مقاومة خلق الشخصية الإجرامية، في حين أن الثانية تهدف إلى سد المنافذ أمام الشخصية الإجرامية بهدف قطع الطريق أمامها أو التقليل من حجم اندفاعها .

مكافحة الجريمة:

يقصد بمصطلح مكافحة الجريمة كل المحاولات الهادفة إلى مواجهة الخطورة الإجرامية للفرد والتي تعبر عن احتمالات العودة إلى الإجرام . وبهذا المعنى فإن مكافحة إجراء يهدف إلى حماية المجتمع من النفوذ الإجرامي القائم بين أرجائه بالفعل، وذلك بالعمل على كشف الجرائم ومطاردة الجناة وإقامة الأدلة عليهم وتقديمهم للمحاكمة وتقرير ما ينص عليه القانون بعد ذلك من عقوبات أو تدابير وقائية شخصية . ولعل أهم ما يلفت النظر عند تمعننا في المعنى السابق، هو أننا في مجال مكافحة الجريمة نتعامل مع مجرم حقيقي يسعى بالفعل إلى ارتكاب الجريمة ويهدد غيره من أفراد المجتمع في أرواحهم وأعراضهم وأموالهم ...إلخ .

التصدي للجريمة:

وأما التصدي للجريمة فهو اصطلاح غير مألوف في الفقه الجنائي، بل أننا لا نجد بين الباحثين القلائل الذين درجوا على استخدامه اجماعاً على مدلول واحد له. و الحقيقة هي أن ضرورات هذا البحث لا تقتضي استقصاء مختلف الآراء في هذا الشأن، ولهذا سوف نكتفي بالإشارة فحسب إلى أننا نقصد بمصطلح التصدي للجريمة حيثما ورد ذكره في بحثنا معنى عاما (Sinificato Generale) يعبر عن كافة اجراءات الوقاية من الجريمة ومنعها ومكافحتها وكذلك الإجراءات المتعلقة بمعاملة المذنبين (المجرمين) .

أهمية البحث وأهدافه:

في وجهة نظرنا، أهمية هذا البحث، تكمن في جانب كبير منها في أننا نسعى من ورائه إلى محاولة رسم ملامح سياسة مستقبلية ناجعة ذات بعدين وطني ودولي _ للتصدي لظاهرة الاتجار بالبشر أخذين في الاعتبار المبادرات والجهود التي بذلت وما تزال علي مختلف الأصعدة الدولية سعياً لبناء إطار قانوني ومؤسسي بشأن التصدي لجرائم الاتجار بالبشر، ومن أمثلة هذه الجهود : اتفاقية الأمم المتحدة بشأن مكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية) اتفاقية باليرمو(التي اعتمدها الأمم المتحدة في دورتها الخامسة والخمسون التي عقدت في مقرها بنيويورك خلال الربع الأخير من عا 2000 ، وكذلك البروتوكول الأول الملحق بها والمكمل لها والمعروف باسم ((بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص وبخاصة النساء والأطفال)).

نطاق البحث:

لعله من المفيد الإشارة .إبتداءً، إلي أن نطاق بحثنا هذا حول): الركائز الأساسية لسياسة التصدي لجرائم الاتجار بالبشر (سوف لن يشمل الأصول التاريخية لظاهرة الاتجار بالبشر، ولا التفاصيل المتعلقة بالإستراتيجيات القائمة حالياً لمكافحة هذه النوع من الجرائم على الصعيد الوطني والإقليمي والدولي، كما لن يشمل ايضا التفاصيل ذات الصلة بالإطار العام لجرائم الاتجار بالبشر من حيث مفهومه في الاتفاقيات الدولية وبعض التشريعات الوطنية، وكذلك تلك المتعلقة بالإطار العملي لجرائم الاتجار بالبشرية، لجهة صورها وأشكالها وأسبابها ومدى تأثرها بالتقنية الحديثة وخاصة الإنترنت وأثارها المختلفة.

إشكالية البحث:

الإشكالية الرئيسية التي يثيرها موضوع البحث، تتمثل في أن ظاهرة الاتجار بالبشر تشكل تحديا جديدا وخطيرا في الأفق الثالث، واضحت تقلق الحكومات وواضعي السياسات العامة والمشرعين وجهات اتخاذ القرار، وكذلك مؤسسات المجتمع المدني وغيرها، الأمر الذي دفع تلك الجهات جميعها إلي بذل جهود حثيثة ومضنية علي الأصعدة الوطنية والأقليمية والدولية للتصدي لهذه الظاهرة، غير أن الواقع هو أنه علي الرغم من كل الإستراتيجيات التي وضعت والخطط التي رسمت والجهود التي بذلت وما تزال علي كافة الاصعدة من أجل التصدي لظاهرة الاتجار بالبشر، إلا أنه مازال ثمة العديد من مظاهر النقص والشغرات التي تعيب تلك الإستراتيجيات والخطط، وهذا ما يوجب علي الجميع بذل مزيد من الجهود لتدارك ذلك كله.

وهذا السؤال: هل ثمة إمكانية لبذل مزيد من الجهد في محاولة لرسم معالم سياسة مستقبلية للتصدي لجرائم الاتجار بالبشر تصلح أن تكون منظورا شاملا لمواجهة هذه الظاهرة وتصلح أيضا للتطبيق علي الصعيد الوطني والإقليمي والدولي علي حد سواء؟ وإذا كان ذلك متصور من الناحية النظرية، فما هي الركائز الأساسية لهذه السياسة المستقبلية المأمولة؟

مناهج البحث:

طبيعة البحث تفرض علينا أن نعتد في دراستنا لموضوعه علي منهجين:

أولهما: المنهج التحليلي، الذي سنستخدمه في تحليل نصوص الصكوك الدولية والقوانين الوطنية ذات العلاقة.

والثاني: المنهج النقدي، الذي سنستخدمه في قراءة السياسات الحالية في مجال التصدي

لجرائم الاتجار بالبشر

الثالث: المنهج الاستقرائي الذي سنوظفه في محاولة استشراف المستقبل بشأن رسم معالم سياسة مستقبلية للتصدي لجرائم الاتجار بالبشر

خطة البحث:

وفي ضوء ما سبق ذكره في البنود أعلاه، سنقوم بدراسة موضوع البحث، وفقا لخطة بحث تتألف من مبحثين على التفصيل التالي:

المبحث الأول: المرتكزات الأساسية لسياسة التصدي لجرائم الاتجار بالبشر على الصعيد الوطني: تمهيد:

أولاً: تكثيف الجهود في مجال الوقاية من جرائم الاتجار بالبشر .

ثانياً: تشجيع مساهمة الجمهور في تنفيذ برامج الوقاية.

ثالثاً: تعزيز دور وسائل الإعلام في نشر الوعي بحجم خطورة الظاهرة وأهمية الوقاية منها.

رابعاً: تطوير وتحديث التشريعات الوطنية على نحو يواكب التطورات في مجال جرائم الاتجار بالبشر .

خامساً: توفير الحماية للمجني عليهم (الضحايا) وتعويضهم.

سادساً: تشجيع التنمية البشرية في مجال تكوين والكوادر الوطنية القائمة على تنفيذ برامج التصدي لجرائم الاتجار بالبشر وتطوير مهارتها.

سابعاً: إنشاء لجنة وطنية في كل بلد لرصد ظاهرة الاتجار بالبشر .

المبحث الثاني: المرتكزات الأساسية لسياسة التصدي لجرائم الاتجار بالبشر على الصعيد الدولي. تمهيد:

أولاً: نبذة سريعة عن التعاون الدولي القائم في مجال التصدي لجرائم الاتجار بالبشر .

ثانياً: ضرورة مساهمة الدول في إعداد قاعدة بيانات مركزية على مستوى العالم لرصد تطورات الظاهرة.

ثالثاً: ضرورة السعي على مستوى الأمم المتحدة لإبرام اتفاقية دولية (نموذجية) بشأن مكافحة الاتجار بالبشر .

رابعاً: ضرورة توسيع دائرة الاختصاص الموضوعي للمحكمة الجنائية الدولية ليشمل جرائم الاتجار بالبشر .

- خاتمة.

- هوامش البحث

(المبحث الأول)

المرتكزات الأساسية لسياسة التصدي لجرائم الاتجار بالبشر على الصعيد الوطني

تمهيد:

جرائم الاتجار بالبشر قد تكون ذات طابع محلي ، أي ترتكب على الصعيد الوطني لأيئة دولة على حدة ، وقد تكون عابرة لحدود الدول (عبر الوطنية . (وفي هذا المبحث سوف نعرض فحسب الركائز الأساسية لسياسة التصدي لجرائم الاتجار بالبشر على الصعيد الوطني .

أولاً:- **تكثيف الجهود في مجال الوقاية من جرائم الاتجار بالبشر:**

لا نضيف جديد القول بأنه من المبادئ الراسخة منذ زمن في السياسة الصحية العامة أن الوقاية خير من العلاج (، وأن) درهم وقاية خير من قنطار علاج .ومن المعلوم أيضا أن من الثابت في باب معالجة الظواهر والمشاكل عدم الوقوف عند الآثار المترتبة على الظاهرة أو المشكلة ومحاولة معالجتها هي فحسب ، بل ينبغي تقصي الأسباب أو العوامل التي أدت إلى نشوء الظاهرة أو بروز المشكلة ومحاولة مواجهة تلك الأسباب لضمان عدم بروزها من جديد على السطح .

والواقع أن مبدأ الوقاية خير من العلاج يتبوأ في الوقت الراهن نفس المكانة البارزة والتميزة في مجال السياسة الجنائية المعاصرة ، وتحديدأ في مجال الظاهرة الإجرامية ، فغالبية الباحثين يؤكدون على أن التصدي للجريمة يتطلب ضرورة التركيز على الوقاية من العامل او العوامل السببية ومواجهتها ومعالجتها.

والحق أن هذا الاتجاه هو الصحيح ؛ ويمكن الاستشهاد على صحة هذا التوجه نحو التركيز على الوقاية من العوامل المؤدية إلى ارتكاب الجريمة بدليل واحد لو لم يكن هناك سواء لكفى ؛ وهو أن العقوبة في العقود الأخيرة من الزمن أخذ عليها أنها لا تحول في حالات كثيرة دون عود من نفذت عليهم لارتكاب الجريمة مرة أخرى .

وقد ثبتت هذه الحقيقة بلغة الأرقام من خلال الإحصاءات الجنائية التي تؤكد حتى الآن أن نسبة من يعودون إلى ارتكاب الجريمة بعد سبق الحكم عليهم بعقوبة الحبس القصير المدة على وجه الخصوص تتراوح في عدد كبير من الدول بين 50 إلى % 60 بين فئات المجرمين الذين تم إيداعهم السجن .

وينبني على ماتقدم كله، القول بأنه عند محاولة رسم أية سياسة مستقبلية للتصدي لجرائم الاتجار بالبشر، يجب أن يكون التركيز بشكل أساسي على جانب الوقاية من العوامل المؤدية

إليها، وهي عديدة ومتنوعة ، كما سبق وان أشرنا إلى ذلك من قبل في الفقرة أولاً من المبحث التمهيدي في هذا البحث. (2)

ثانياً: تشجيع وتعزيز مساهمة الجمهور في الوقاية من جرائم الاتجار بالبشر :

المتتبع لأعمال وتوصيات المؤتمرات والندوات الدولية المعنية بشؤون منع الجريمة ومكافحتها ، سوف يلاحظ أن المشاركين في تلك الملتقيات العلمية يركزون في العقود الأخيرة من الزمن على موضوع مساهمة الجمهور (3) الأفراد ومؤسسات المجتمع المدني وغيرها (في تنفيذ البرامج الهادفة إلى التصدي للجريمة بوجه عام ، وإلى الوقاية منها على وجه الخصوص . ويؤكدون على ضرورة أن تكون الوقاية من الجرائم من الملامح الرئيسية للسياسة الجنائية المعاصرة . (4)

ولعل السؤال الذي يثور في ذهن الآن هو: ماهي مبررات وأهداف الدعوة إلى مساهمة

الجمهور في التصدي للجريمة بوجه عام وفي الوقاية منها على وجه الخصوص ؟

ودون الدخول في تفاصيل لا يقتضيها المقام، يمكن القول بأن اهم تلك المبررات هي:

لقد دلت الخبرة كما أثبتت التجربة العلمية بما لا يدع مجالاً للشك أن أجهزة الأمن والشرطة والقضاء والإصلاح، لا يمكنها مهما بلغت درجة تنظيمها، أيًا كانت الوسائل التي تستخدمها ، أن تؤدي دورها في حماية المجتمع وتوفير الامن له ما لم تلق مساندة الجمهور ، فهذه المساندة يفرضها الإدراك السليم ، كما يملئها الأمر الواقع .

من نافذة القول ، أن الجريمة خطر اجتماعي يتهدد المجتمع بأسره في أمنه واستقراره ومن هذا المنطلق فإن إقحام الجمهور في الوقاية من الجريمة ومنعها ومكافحتها ومن علاج المذنبين من شأنه أن يرسخ لدى الأفراد القناعة بأن أمر التصدي للجريمة ليس موكولاً إلى جهة معينة بشكل حصري ، وإنما يجب أن يساهم في ذلك الجميع ولفائدة المجتمع.

إن إشراك الجمهور في الجهود الرامية إلى التصدي للجريمة بوجه عام وفي الوقاية منها على وجه الخصوص ، من شأنه أن يشعر المجرمين أن مهمة التصدي لجرائمهم إنما تقع على كاهل جميع الأفراد كل حسب استطاعته.

إن مساهمة الجمهور في الوقاية من الجريمة _ وهذا في تقديرنا اعتبار مهم جدا _ من شأنها أن تخفف العبء عن أجهزة الرسمية المكلفة بتنفيذ برامج الوقاية من الجريمة ومنعها ومكافحتها ، هذا إلى جانب كونها _ أي مساهمة الجمهور _ تتميز بفاعليتها الكبيرة وتأثيرها القوي وسهولتها في التطبيق وانخفاض تكاليفها. (5)

وفي ضوء ما تقدم يبدو جلياً أننا لسنا في حاجة إلى بذل مزيد من الجهد لاستخلاص أن إشراك الجمهور في الوقاية من جرائم الاتجار بالبشر ، ينبغي أن يكون من الركائز الأساسية لأية سياسة مستقبلية للتصدي لجرائم الاتجار بالبشر .

ثالثاً:- تعزيز دور وسائل الإعلام المختلفة في نشر الوعي بحجم وخطورة جرائم الاتجار بالبشر والوقاية منها:

لا يخفى على أحد الإمكانيات الهائلة التي تتمتع بها وسائل الإعلام الحديثة ومدى قدرتها على التأثير في عدة مجالات من مناحي الحياة المختلفة في محيط أي مجتمع . ومن بينها مجال الوقاية من الجريمة ومنعها ومكافحتها.

فوسائل الإعلام بإمكانها أن تحدث تأثيراً بالغاً عن طريق الكلمة المكتوبة أو المسموعة أو عن طريق العرض بالصوت والصورة ، التي تنقلها عبر مختلف البلدان والقارات في زمن قياسي وبأقل جهد ، عن طريق استغلال ما توفره التقنية الحديثة من إمكانيات هائلة للتواصل والاتصال .

الواقع أن هذه الحقائق كانت من أقوى الأسباب التي دفعت عديد الباحثين والمشاركين في المؤتمرات والندوات العلمية الوطنية والدولية إلى الإقتناع بأنه بات من الضروري عند رسم أي سياسة للتصدي للجريمة بوجه عام عدم إغفال الدور الذي يمكن للإعلام القيام به في هذا الصدد. ويشهد لذلك على سبيل المثال لا الحصر ، إن هذا كان من بين التوصيات التي توصل إليها المشاركون في منتدى الدوحة التأسيسي لبناء القدرات والوطنية العربية لمكافحة الاتجار بالبشر ، الذي عقد في الدوحة يومي 22/23 من شهر مارس 2010 م فقد أوصى المشاركون في المنتدى المذكور بضرورة وضع استراتيجية إعلامية عربية متكاملة لمكافحة الاتجار بالبشر ، تعتمد من الجامعة العربية) مجلس وزراء العدل العرب (وتقوم على معايير أخلاقية وإنسانية ودينية تحفظ التوازن بين حرية الإعلام وتأثيراته السلبية من جهة والحاجة إلى رفع درجة الوعي لدى الأفراد بأبعاد وخطورة الاتجار بالبشر من جهة أخرى⁽⁶⁾

رابعاً: تحديث التشريعات الوطنية على نحو يواكب التطورات في مجال جرائم الاتجار بالبشر:

تجدر الإشارة ابتداءً إلى أن عدداً من الدول العربية ما يزال إلى حد الآن لم يبادر بسن قانون خاص بشأن منع ومكافحة الاتجار بالبشر ، كما ذكرنا من قبل أيضاً أنه من الصعوبة بمكان وضع قائمة محددة وثابتة لصور جرائم الاتجار بالبشر ، ذلك لأن هذه الصور قابلة

بطبيعتها في ظل العولمة وثورة الاتصالات والمعلومات) شبكة الإنترنت أن تتطور بسرعة كبيرة، وأن تظهر بالتالي صور مستحدثة من الاتجار بالبشر لم تكن معروفة من قبل⁽⁷⁾.

ولهذا فإن من الدعائم الأساسية لأية سياسة ناجعة للتصدي لجرائم الاتجار بالبشر في أي دولة أن تبادر هذه الأخيرة بسنّ قانون خاص بمكافحة الاتجار بالبشر إذا كانت لم تصدر من قبل مثل هذا القانون ، وأن تعمل كافة الدول بوجه عام على تحديث قوانينها باستمرار بما يضمن مواكبتها للتطورات المحتملة ومواجهة أنماط الإجرام المستحدث في مجال الاتجار بالبشر .

خامساً: توفير الحماية الضرورية للمجني عليهم) الضحايا (في جرائم الاتجار بالبشر ومساعدتهم و تعويضهم:

المجني عليهم) الضحايا⁽⁸⁾ (في الجرائم الاتجار بالبشر غالبا ما تتوفر لديهم معلومات هامة من شأنها أن تساعد اجهزة العدالة والجهات المختصة بالتصدي للجريمة في الوصول إلى معرفة الحقيقة وإرساء دعائم العدل . غير أن المجني عليه) الضحية (قد يكون معرضا لخطر الانتقام منه والمضايقة إن هو أدلى بشهادته أمام الجهات المختصة .

ولهذا بات من الضروري ضمانا لاشتراكهم في إجراءات التصدي لجرائم الاتجار بالبشر دون الخوف أو تردد أن تتخذ كافة التدابير المناسبة لحماية أمنهم وسلامتهم البدنية والنفسية وكرامتهم الإنسانية وخصوصياتهم ، مع الأخذ في الاعتبار كافة العوامل ، بما فيها سن الضحية⁽⁹⁾، ونوع الجنس ، ووضعه الصحي ، وطبيعة الجريمة ، ولكن من دون حصر ، عندما تنطوي الجريمة على عنف جنسي أو عنف بين الجنسين أو عنف ضد الأطفال⁽¹⁰⁾ .

هذا بإيجاز عن ضرورة حماية المجني عليهم في الجريمة . وأما عن ضرورة تقديم المساعدة اللازمة لهم وتعويضهم ؛ جدير بالذكر هنا أن المجني عليهم) الضحايا (في جرائم الاتجار بالبشر _ شأنهم في ذلك شأن الضحايا في جرائم أخرى عديدة _ قد يتعرضون للإيذاء البدني أو الصدمة النفسية أو تغير مفاجئ في أوضاعهم الاجتماعية ، وهذا يقتضي ضرورة تقديم العون والمساعدة لهم بما يكفل تعافيتهم وتأهيلهم بدنياً ونفسياً واجتماعياً ، من خلال إدماجهم في المجتمع ومحاولة إعادة الثقة بأنفسهم واعتمادهم على قدراتهم في شق طريقهم في الحياة بشكل صحيح . وكذلك مساعدتهم في اتخاذ التدابير والإجراءات القانونية الكفيلة بتمكنهم من الحصول على تعويض مناسب عن الضرر الذي لحق بهم ، وفقا للضوابط ذات الصلة و في القوانين الوطنية ، في اتفاقية باليرمو والبروتوكول الأول الملحق بها⁽¹¹⁾ .

وصفوة القول في هذا الصدد ، أن أية سياسة للتصدي لجرائم الاتجار بالبشر لن تكون فاعلة بالشكل المأمول إذا اغفل واضعوها مسألة توفير الحماية للمجني عليهم) الضحايا ومساعدتهم وتعويضهم .

إضرارهم ، نقترح على جهات الاختصاص في كل بلد عربي إنشاء صندوق إستئماني تخصص موارده ليس فقط لتعويض المجني عليهم في جرائم الاتجار بالبشر تحديداً ، وإنما تعويض المجني عليهم والضحايا في كافة الجرائم بدون تمييز .

والحق أن ما أقترحنه أعلاه ليس بدعا من جانبنا ، فقد نصت المادة (79) من نظام روما على سبيل المثال تحت عنوان الصندوق الإستئماني⁽¹²⁾ على أن:

1. ينشأ صندوق استئماني بقرار من جمعية الدول الأطراف لصالح المجنيّ عليهم في الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة ، ولصالح أسر المجني عليهم.
2. للمحكمة أن تأمر بتحويل المال وغيره من الممتلكات المحصلة في صورة غرامات ، وكذلك المال والممتلكات المصادرة إلى الصندوق الاستئماني).

وفضلاً عما تقدم تجدر الإشارة أيضاً إلى أن خطة عمل الامم المتحدة العالمية لمكافحة الاتجار بالبشر التي أعلن عنها بتاريخ 12/8/2010 م في نيويورك بمناسبة انعقاد الدورة (64) للجمعية العامة للأمم المتحدة ، تضمنت في بندها الثامن عشر دعوة إلى (18) انشاء صندوق للأمم المتحدة الإستئماني للتبرعات للضحايا الاتجار بالأشخاص وبخاصة النساء والأطفال ، بهدف تقديم المساعدة الإنسانية والقانونية والمالية لضحايا الاتجار بالبشر من خلال قنوات مساعدة راسخة ، مثل المنظمات الحكومية والمنظمات الحكومية الدولية والمنظمات الأهلية) غير الحكومية ، و يعمل كصندوق فرعي لصندوق الأمم المتحدة لمنع الجريمة والعدالة الجنائية الذي يديره مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات ، ويدرار وفقاً للأنظمة والقواعد المالية للأمم المتحدة، والأحكام الأخرى ذات الصلة ، على أن يتلقى المشورة من مجلس أمناء يتألف من خمسة أشخاص من ذوي الخبرة في مجال الاتجار بالأشخاص ، يعينهم الأمين العام مع مراعاة التوزيع الجغرافي العادل⁽¹³⁾ .

سادساً: تشجيع التنمية البشرية في مجال تكوين وتطوير مهارات الكوادر الوطنية القائمة على تنفيذ برامج التصدي لجرائم الاتجار بالبشر.

من البديهي أن ضمان فاعلية أي سياسة للتصدي لجرائم الاتجار بالأشخاص يتوقف على توفر جملة من العناصر من بينها : أن تكون الكوادر البشرية الموكلة إليها أمر تنفيذ البرامج والتشريعات الخاصة بالتصدي للجرائم المذكورة على قدر عالٍ من التأهيل والتدريب والتكوين. وهذا في الواقع ما دفع المشاركين في منتدى الدوحة التأسيسي لبناء القدرات الوطنية العربية لمكافحة الاتجار بالبشر الذي عقد في الدوحة بتاريخ 22/23 مارس 2010 م على أن تكون توصيته رقم (2) التي رأى تقديمها لجهات الاختصاص في الدول العربية هي : ثانياً - : وضع خطة متكاملة لتأهيل وإعادة تأهيل الكوادر البشرية العاملة في مجال مكافحة الاتجار بالبشر على صعيد الوقاية والحماية والرعاية ، من أجل بناء قدرات عربية تتعامل بفاعلية مع قضايا الاتجار بالبشر .

وكذلك تنظيم مجموعة من البرامج التدريبية على شكل ندوات وورش عمل تعتمد على الدراسات العلمية والفعاليات التدريبية التي تحدد فيها الاحتياجات والمواد التدريبية وقياس أثر التدريب وسبل تبادل الخبرات ذات العلاقة⁽¹⁴⁾.

سابعاً: إنشاء لجنة وطنية لرصد ظاهرة الاتجار بالبشر :

من المهم جداً لضمان فاعلية سياسة التصدي للجريمة ضرورة قيام كل دولة من الدول العربية بإنشاء لجنة وطنية لمكافحة الاتجار بالبشر يكون من مهامها رصد الظاهرة وإنشاء قاعدة بيانات وإعداد تقرير سنوي عن واقع الظاهرة والمستجدات بشأنها وكذلك اقتراح جديد بشأن برامج وخطط التصدي لها.

والواقع أن تشكيل هذه اللجان الوطنية مهم ومطلوب في المرحلة الراهنة لأن ذلك يعدّ توطئة لتشكيل لجنة عربية عليا لمكافحة الاتجار بالبشر على مستوى الجامعة العربية⁽¹⁵⁾

وفي هذا السياق جدير بالإشارة أيضاً أن اللجان الوطنية لمكافحة الاتجار بالبشر يجب أن تتشكل من مندوبين عن مختلف القطاعات ذات العلاقة في الدولة ومن بينها على سبيل المثال لا الحصر وزارات العدل والداخلية والعمل والصحة والشؤون الاجتماعية وكذلك الهلال الأحمر ومؤسسات المجتمع المدني.

المبحث الثاني

المرتكزات الأساسية لسياسة التصدي لجرائم الاتجار بالبشر على الصعيد الدولي

التمهيد:

أشرنا من قبل إلى أن جرائم الاتجار بالبشر كما تتم على الصعيد الوطني لأية دولة (جرائم ذات طابع محلي) (قد تتم أيضاً على الصعيد الدولي) جرائم ذات طابع دولي). وذكرنا من قبل أيضاً أن جرائم الاتجار بالبشر باعتبارها ظاهرة دولية تتدرج ضمن الجريمة المنظمة عبر الوطنية، ذلك لأن الأمر في هذه الحالة يتعلق في الغالب بقيام عصابات احترفت الإجرام بنقل الضحايا من موطنهم الأصلي) بلد المنشأ (إلى دولة أو عدة دول أخرى أيضاً كانت الوسيلة وذلك باستغلالهم بصورة غير مشروعة.

ولما كان الأمر كذلك، وبالنظر إلى أن جهود الدول فرادى (أي كل على حدة) لا يمكن أن تكون مثمرة وفاعلة لضمان التصدي لجرائم الاتجار بالبشر، خاصة عندما تكون هذه الجرائم عابرة لحدود الدول أي تمتد لتشمل العديد من الدول فإن التنسيق والتعاون الدولي والمساعدة القضائية المتبادلة بين الدول في هذا الشأن كان منذ زمن ضرورة ملحة، وسيبقى من الركائز الأساسية لسياسة التصدي لجرائم الاتجار بالبشر خاصة على الصعيد الدولي.

وفي هذا المبحث سنتناول بالعرض والتحليل والنقد مظاهر التعاون الدولي القائم في مجال التصدي لجرائم الاتجار بالبشر) **الفقرة أولاً** . (وسبل تطوير وتعزيزه مستقبلاً من خلال ما سيرد ذكره من مقترحات في الفقرات:-

ثانياً: (إعداد قاعدة بيانات مركزية على مستوى العالم في رصد تطورات ظاهرة الاتجار بالبشر).

ثالثاً: (ضرورة إبرام اتفاقية دولية) نموذجية على الأقل (بشأن مكافحة الاتجار بالبشر) .

رابعاً: (جرائم الاتجار بالبشر والاختصاص الموضوعي لمحكمة الجنائية الدولية).

أولاً: التنسيق والتعاون الدولي القائم في مجال التصدي لجرائم الاتجار بالبشر:

المظاهر الرئيسية للتنسيق والتعاون الدولي القائم في الوقت الراهن بين دول العالم من أجل مكافحة جرائم الاتجار بالبشر تنبئ في التالي :

أ. نماذج من الجهود الدولية التشريعية المتعلقة بمكافحة جرائم الاتجار بالبشر:

نقصد بالجهود الدولية التشريعية في هذا المقام الاتفاقيات الدولية والبروتوكولات المكملة لها، والقوانين الأسترشادية وغيرها .

وسوف نكتفي هنا بالإشارة فحسب إلى نماذج منها وهي :

1. اتفاقية الأمم المتحدة بشأن مكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية التي اعتمدت بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (A/RES/55/25) : بتاريخ 15/11/2000 م
 2. بروتوكول منع وقوع ومعاقة الاتجار بالأشخاص وبخاصة النساء والأطفال المكمل لاتفاقية للأمم المتحدة بشأن مكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية ، قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (A/RES/55/25) : بتاريخ 15/11/2000 م .
 3. مشروع القانون العربي النموذجي لمواجهة جرائم الاتجار بالأشخاص ،الجامعة العربية _ مجلس وزراء العدل العرب ، القاهرة ، 2004 م .
- وكما تقدم كان نماذج فحسب من الجهود الدولية التشريعية بشأن مكافحة الاتجار بالبشر، ويستطيع القارئ الكريم الإطلاع على تفاصيل أوسع حول هذه الجهود التشريعية الدولية بالرجوع إلى المراجع المذكورة ادناه في الهامش⁽¹⁶⁾ .

الواقع أننا لسنا في مقام يسمح بالخوض في التفاصيل المتعلقة بمضمون الصكوك المشار إليها أعلاه ، ولكن من المهم الإشارة هنا إلى أن هذه الجهود ما تزال ناقصة ، ولا يمكن الاعتماد بشكل كلي على هذه الصكوك الدولية بصياغتها ومضامينها الحالية في مكافحة ظاهرة جرائم الاتجار بالبشر على نطاق دولي .

ب. الجهود الدولية غير التشريعية من أجل مكافحة جرائم الاتجار بالبشر:

تتمثل هذه الجهود الدولية غير التشريعية في المنتديات والمؤتمرات والندوات وخطط العمل ، وغيرها .

والواقع أن هذه الجهود الدولية غير التشريعية عديدة ومتنوعة ، ولذلك فإننا سنكتفي هنا بضرب أمثلة لها فحسب، واخترنا الإشارة إلى - :

1. منتدى الدوحة التأسيسي لبناء القدرات الوطنية العربية لمكافحة الاتجار بالبشر ، الذي عقد في الدوحة _ قطر ، بتاريخ 2010 / 03/22_23 م .
2. خطة عمل الأمم المتحدة العالمية بشأن مكافحة الاتجار بالبشر ، التي تم الإعلان عنها في الدورة (64) للجمعية العامة للأمم المتحدة (نيويورك) (2010)، والمنشورة ضمن وثائق الأمم المتحدة الوثيقة رقم . (A/RES/64/293) بتاريخ 12/08/ 2010 م .
3. خطة عمل دول غرب أفريقيا لمكافحة الاتجار بالبشر لعامي . (2002/2003)
4. خطة العمل الأوروبية لمكافحة الاتجار بالبشر . يوليو 2005 م .

وفضلاً عما تقدم يلاحظ وجود محاولات أخرى جادة عن طريقها الدول للتنسيق فيما بينها من أجل التصدي لظاهرة الاتجار بالبشر ، ومن أهم مظاهر هذا التنسيق - :

- (1)- التنسيق في مجال تسليم المجرمين .
- (2)- التنسيق في مجال تبادل المعلومات .
- (3)- التنسيق في مجال إنفاذ الإتفاقيات الدولية والبروتوكولات المكمل لها .
- (4)- التنسيق من أجل وضع فكرة إنشاء صندوق إستئماني للتبرعات بهدف تعويض ضحايا الاتجار بالبشر موضع التنفيذ .

غير أن ما يجب التوقف عنده في معرض استعراض مظاهر هذا التنسيق المذكورة نماذج منها أعلاه ، أن هذا التنسيق ما يزال في الواقع يعاني من الضعف الشديد ، لأسباب عديدة منها : أن تسليم المجرمين يتطلب وجود اتفاقيات للتسليم بين الدول المعنية ، والحال أنه ليست كل الدول مرتبطة مع بعضها باتفاقيات لتسليم المجرمين . كما أن تبادل المعلومات يعيقه عدم وجود مركز دولي للبيانات والمعلومات في الوقت الراهن .

ثانياً:- ضرورة إعداد قاعدة بيانات مركزية على مستوى العالم لرصد تطورات ظاهرة الاتجار بالبشر :

تفيد الأبحاث التي قام بإعدادها الباحثون المهتمون بشأن التصدي لجرائم الاتجار بالبشر ، أن من بين التحديات الكبيرة والخطيرة التي قد تعرقل أي جهد يبذل حالياً أو قد يبذل مستقبلاً من أجل وضع استراتيجيات أو خطط أو سياسات للتصدي لجرائم الاتجار بالبشر هو عدم توافر الإحصائيات والبيانات المحددة والمعلومات الدقيقة حول ظاهرة الاتجار بالبشر، والواقع أن هذا التحدي أمر واقع ، على الصعيدين الوطني والدولي على حد سواء .

فغالبية الدول التي تعاني من ظاهرة الاتجار بالبشر تفتقر إلى وجود مراكز أبحاث وطنية متخصصة في رصد الظاهرة وتتبع تطوراتها ، كما أنه على الصعيد الدولي أيضاً لا توجد إلى حد الآن حسب علمنا قاعدة بيانات مركزية على المستوى العالمي يمكن عن طريقها الحصول على البيانات والمعلومات والإحصائيات الدقيقة اللازمة لوضع خطط أو استراتيجيات أو سياسات سليمة للتصدي لجرائم الاتجار بالبشر .

ومن هذا المنطلق فإننا ندعم اقتراح بعض الباحثين بشأن ضرورة أن تعمل الأمم المتحدة مستقبلاً ، ضمناً لفاعلية التنسيق والتعاون الدولي في هذا الصدد ، على حث الدول وطلب دعمها من أجل خلق قاعدة بيانات مركزية على مستوى العالم ، وتحت إشراف خبراء عالميين

يتبعون الأمم المتحدة ، لرصد تطورات ظاهرة الاتجار بالبشر واقتراح الحلول المناسبة لمعالجتها.

ثالثاً: ضرورة إبرام اتفاقية دولية نموذجية على الأقل (بشأن مكافحة جرائم الاتجار بالبشر).

واضح من خلال ماورد ذكره في الصفحات السابقة ، أن جرائم الاتجار بالمخدرات ظاهرة دولية تخطت حدود الدول ، وأصبحت من قبيل الجريمة المنظمة عبر الوطنية . كما أشرنا أيضا إلى أن المجتمع الدولي - رغم الجهود الحثيثة والكبيرة التي بذلها وما يزال من أجل التصدي لهذه الظاهرة - ما يزال يفتقر إلى وجود اتفاقية دولية شاملة وعامة تتعلق بمكافحة جرائم الاتجار بالبشر بمختلف صورها ؛ فالجهد الدولي التشريعي في هذا المجال مقصور على اتفاقية الأمم المتحدة بشأن مكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية ، والبروتوكولين الأول والثاني الملحقين بها ، وأما الجهود الدولية غير التشريعية فتتمثل كما رأينا في خطة عمل الأمم المتحدة العالمية لعام 2010 بشأن مكافحة الاتجار بالبشر .

ومن هذا المنطلق فإن عدد من الباحثين _ ونحن منهم _ يشدد على ضرورة أن يتوجج الجهد الدولي التشريعي في هذا المجال بإبرام اتفاقية دولية بشأن مكافحة الاتجار بالبشر . غير أنه إدراكاً من الجميع بأن إبرام هذه الاتفاقية غاية قد لا تدرک بسهولة ، فإننا نؤيد الدعوة إلى الاكتفاء في الوقت الراهن على الأقل باتفاقية دولية) نموذجية (تعتمدها الأمم المتحدة ، لكي تتمكن الدول مستقبلاً من الاستهداء بها عند إبرام الاتفاقية الثنائية أو الجماعية الإقليمية في هذا الشأن .

ونقترح على القارئ الإطلاع على مشروع لهذه الاتفاقية الدولية النموذجية المأمولة في الملحق الأول لهذا البحث .

رابعاً: جرائم الاتجار بالبشر والاختصاص الموضوعي للمحكمة الجنائية الدولية :

لا يضيف جديدا القول أن المحكمة الجنائية الدولية) الدائمة (، أنشأت عام 1998 بموجب الاتفاقية الدولية المعروفة باسم : نظام روما الأساسي بشأن المحكمة الجنائية الدولية ، وذلك لضمان ألا يلفت من العقاب الأشخاص مرتكبي أشد الجرائم خطورة ، التي تؤرق الضمير الإنساني ، وتقلق المجتمع الدولي بأسره (17) .

ومن المعلوم أيضاً أن الاختصاص الموضوعي للمحكمة المذكورة يقتصر أو محصور في الوقت الراهن ، وفقاً للأحكام ذات الصلة في نظام روما الأساسي (18) على الطوائف التالية من الجرائم: 1. الإبادة الجماعية . 2. جرائم الحرب . 3. الجرائم ضد الإنسانية . 4. جريمة العدوان .

ولعل السؤال الذي يثور في ذهن الآن ونحن بصدد تناول موضوع جرائم الاتجار بالبشر هو: هل تدخل هذه الجرائم ضمن اختصاص المحكمة الجنائية الدولية الدائمة (I.C.C) ؟
الواقع أن بعض من صور الاتجار بالبشر ، وتحديدًا : الاسترقاق ، والاستعباد الجنسي ، والإكراه على البغاء ، ورد النص عليها صراحة في المادة (7/ ج و ز) من نظام روما الأساسي باعتبارها من الجرائم ضد الإنسانية التي تختص بها المحكمة الجنائية الدولية غير أن عدد كبير من صور الاتجار بالبشر لا تدخل وفقاً للصياغة الحالية لديباجة المادة (7) وفقرتها (أ/2) من نظام روما الأساسي ضمن دائرة الاختصاص الموضوعي للمحكمة.

وجدير بالملاحظة هنا ، أنه حتى بالنسبة للاسترقاق والاستعباد الجنسي ، والإكراه على البغاء ، رغم ورود النص على هذه الجرائم صراحة في المادة (7) المذكورة ، إلا أن اختصاص المحكمة بها رهن بتحقق شرطين أساسيين ورد النص عليهما في صدر المادة (7) نفسها وفي فقرتها (أ/2) . (وهذين الشرطين هما :

- (1) - أن تكون هذه الأفعال قد ارتكبت في إطار هجوم واسع النطاق أو منهجي موجه ضد أية مجموعة من السكان المدنيين وعن علم بالهجوم . ديباجة المادة.(7).
- (2) - أن يكون الفعل قد ارتكب عملاً بسياسة دولة أو منظمة تقتضي بارتكاب الهجوم ، أو تعزيزاً لهذه السياسة .

ومفاد ما تقدم أن صور الاتجار بالبشر من قبيل: الاسترقاق والاستعباد الجنسي ، والإكراه على البغاء ، لا تدخل ضمن طائفة الجرائم ضد الإنسانية التي تختص بها المحكمة الجنائية الدولية ، إذا تبين أن هذه الأفعال لم ترتكب عملاً بسياسة دولة أو منظمة ، وإنما ارتكبت بصفقتها أعمال فردية منعزلة⁽¹⁹⁾.

الخاتمة:

من باب الحرص من جانبنا على التقيد بضوابط منهجية البحث العلمي ، التي تتطلب أن لا تكون خاتمة البحث تلخيصاً لهذا الأخير ، وإنما خلاصة لما توصل إليه الباحث لحظة الانتهاء من إعداده له ، يمكننا القول في نهاية هذا العرض أننا خلصنا من دراستنا لموضوع الركائز الأساسية لسياسة التصدي لجرائم الاتجار بالبشر إلى بعض النتائج ، وكذلك عدد من التوصيات التي رأينا تقديمها إلى جهات الاختصاص .

أولاً: النتائج:

1. جرائم الاتجار بالبشر أصبحت ظاهرة دولية ، ذات أبعاد خطيرة سياسية و اقتصادية واجتماعية وصحية عديدة ، وتتميز بأنها نوع من الإجرام المنظم العابر لحدود الدول _ يضاها في خطورته الاتجار بالمخدرات على نطاق دولي _ الذي يدرّ على العصابات الإجرامية مبالغ طائلة من الأموال القذرة كل سنة على حساب الملايين من الضحايا ، وخاصة النساء والأطفال ، الذين يتعرضون لمختلف صنوف الاستغلال والاستعباد الجنسي و(الرق) بشكل ينتهك كرامتهم الإنسانية ويمتهن آدميتهم .
2. التصدي لجرائم الاتجار بالبشر يتطلب وجود منظور شامل لسياسة واضحة المعالم ، ينبغي أن يأخذ في الاعتبار عند رسمها أهمية معالجة الأسباب المؤدية للاتجار بالبشر ؛ ومن بينها . الفقر والبطالة والجهل ، وانعدام تكافؤ الفرص في التنمية ، والفجوة بين الشمال والجنوب، والفساد ، والنزاعات المسلحة ، وضعف التعاون الدولي في مجال مكافحته .
3. يجب أن تأخذ في الاعتبار ، عند رسم أية سياسة للتصدي لجرائم الاتجار بالبشر ، معطيات الواقع المحلي في البلد الذي ستطبق فيه تلك السياسة ، وكذلك خصوصيات ذلك البلد من النواحي الاجتماعية والثقافية والأمنية وغيرها .
4. في مجال التصدي لجرائم الاتجار بالبشر ، يجب التركيز بشكل أساسي على جانب الوقاية ، تطبيقاً لمبدأ (الوقاية خير من العلاج) .
5. من المهم والضروري أيضاً تعزيز دور الجمهور الأفراد ومؤسسات المجتمع المدني على حد سواء ، وكذلك وسائل الإعلام المختلفة في التصدي لجرائم الاتجار بالبشر بوجه عام ، وفي تنفيذ برامج الوقاية منها على وجه الخصوص .

6. تعزيز وتقوية التعاون الدولي والإقليمي في مجال التصدي لجرائم الاتجار بالبشر ضرورة ملحة في الوقت الراهن ، للأسباب التي أشرنا إليها من قبل وأهمها ؛ أن الاتجار بالبشر ظاهرة تخطت حدود الدول ، وأصبحت من قبيل الجريمة المنظمة عبر الوطنية . وفي هذا السياق أسفر بحثنا في هذا الموضوع عن أنه توجد صكوك دولية عديدة (معاهدات اتفاقيات بروتوكولات وغيرها) تتعلق بموضوع الاتجار بالبشر ، غير أنه يلاحظ أن الالتزام بهذه الصكوك من قبل الدول والجهات المعنية ضعيف جداً نتيجة تباين مواقف هذه الدول من هذه الصكوك خاصة لجهة جدوى التوقيع والتصديق عليها أو الانضمام إليها ، الأمر الذي ترتب عليه أن أصبحت جهود هذه الجهات في مجال التصدي لظاهرة الاتجار بالبشر ، تعاني حالياً من التجزئة وعدم التنسيق ، وتفقر في غالب الأحيان لوجود أهداف مشتركة بين الدول بشأنها .

7. صور الاتجار بالبشر تعد كلها من الجرائم التي تورق الضمير الإنساني وتقلق المجتمع الدولي بأسره ، كما أنها تنتهك قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان وتضطرم مع قواعد القانون الدولي الجنائي . وهذا يقود إلى الدعوة إلى أن تكون كافة جرائم الاتجار بالبشر مستقبلاً من ضمن الجرائم الداخلة في دائرة الاختصاص الموضوعي للمحكمة الجنائية الدولية باعتبارها من الجرائم ضد الإنسانية .

ثانياً: التوصيات:

نوصي فيما نحن بصده بالآتي :

1. إصدار قانون خاص بمكافحة الاتجار بالبشر ، في كافة الدول العربية التي لا توجد ضمن نظامها القانوني مثل هذا القانون ، ومن بينها بلدي (ليبيا) على سبيل المثال . ولعل السبب الرئيسي الكامن وراء هذه التوصية ، هو أن الاعتماد فحسب على النصوص الجنائية التقليدية القائمة ، ومحاولة تطويعها لمواجهة الظاهرة ، سوف لن يحل المشكلة بقدر ما يزيدا تعقيداً .

2. إنشاء لجان وطنية لمكافحة الاتجار بالبشر ، تتشكل بالتنسيق مع الجهات ذات الاختصاص في كل دولة ، فضلاً عن مؤسسات المجتمع المدني خاصة المعنية منها بحقوق الإنسان وحماية ضحايا الإجراء ، ونوصي أيضاً بأن تكون من مهام هذه اللجان رصد ظاهرة جرائم الاتجار بالبشر ، وإعداد وإصدار تقارير سنوية عنها ، فضلاً عن التنسيق على

المستوى الوطني بين الخطط والبرامج المعدة للتصدي للظاهرة ، وكذلك المساهمة في حماية المجني عليهم والشهود وتقديم المساعدة لهم .

3. دعوة الدول العربية ، التي لم تصدّق أو تنضم بعد إلى اتفاقية الأمم المتحدة بشأن مكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية (اتفاقية باليرمو) ، وكذلك البروتوكولين الملحقين بها ، وكذلك أيضا اتفاقية الأمم المتحدة بشأن مكافحة الفساد ، دعوتها إلى اتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة لإتمام التصديق أو الانضمام لهذه الصكوك ، إسهماً من هذه الدول العربية في تعزيز التعاون الدولي والمساعدة القضائية في مجال التصدي لجرائم الاتجار بالبشر .

4. (4) وأخيرا نوصي بدعم المحاولات الجادة الجارية حالياً لتشكيل لجنة عربية عليا لوضع استراتيجيات وخطط مكافحة الاتجار بالبشر على المستوى الإقليمي العربي ، وكذلك دعم وتشجيع الدعوات المتكررة بشأن طرح مبادرة لإبرام اتفاقية عربية جديدة بشأن مكافحة الاتجار بالبشر يأمل أن تلزم بها كافة الدول العربية ، بدلا من القانون الاسترشادي للجامعة العربية لعام 2008 ، المعيب من عدة جوانب ، أهمها أن هذا القانون يقتصر على التجريم فسب وأغفل واضعوه مسائل الحماية والإجراءات أو التدابير الاحترازية.

هوامش البحث:

1. انظر : اتفاقية الأمم المتحدة بشأن مكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية والبروتوكولات الملحقة بها ، التي اعتمدت بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة (25/55/RES A) / المؤرخ في/15 نوفمبر 2000 / م والجدير بالذكر هنا أن عدد الدول الأطراف في هذه الاتفاقية بلغ 158 دولة إلى حد تاريخ يناير 2011/ وأما البروتوكول الأول الملحق بها فقد بلغ عدد الدول الأطراف فيه 142 دولة حتى تاريخ يناير 2011/ وتجدر الإشارة أيضا إلى أن غالبية الدول العربية صدقت أو انضمت إلى الاتفاقية و البروتوكول الأول الملحق بها . ومن بين هذه الدول العربية ليبيا التي وقعت على الاتفاقية بتاريخ 3/11/2001م وصدقت عليها بتاريخ 18/6/ 2004 م أما البروتوكول الأول الملحق بها فقط وقعت عليه بتاريخ 13/11/2001 م وصدقت عليه بتاريخ/24 سبتمبر 2004م .
2. تفاديا للتكرار نحيل على ما ورد ذكره بشأن أسباب أو عوامل الاتجار بالبشر ، نحيل على ما ورد ذكره بالخصوص في ص... من هذا المبحث .
3. جدير بالذكر هنا أن لفظ الجمهور فيما نحن بصدده له معنى واسع يشمل الأفراد ، ومؤسسات المجتمع المدني ، والمدرسة ، والنوادي الاجتماعية والثقافية ، وغيرها .
4. يمكننا أن نضرب مثلاً لهذه المؤتمرات الدولية ، بمؤتمر الأمم المتحدة السادس الذي عقد في مدينة كراكاس _ فنزويلا _ عام 1980 ؛ فقد تضمنت توصياته العامة ضرورة تعزيز إشراك الجمهور في كل دولة إشراكاً أوسع نطاقاً في تنفيذ البرامج والتدابير المختلفة الهادفة إلى الوقاية من الجريمة . انظر : وثائق الأمم المتحدة . الوثيقة رقم : (A/CONF.87L.5.)
5. أنظر في الموضوع أكثر تفصيلاً بحثنا : محمد هاشم ماقورا ، التكافل الاجتماعي في الشريعة الإسلامية وأثره في الوقاية من الجريمة ، غير منشور ، كلية القانون _ جامعة بنغازي ، 1985 .
6. يستطيع القارئ الإطلاع على نتائج وتوصيات المنتدى المذكور أعلاه كاملة بزيارة الموقع الرسمي الإلكتروني للمنتدى في شبكة المعلومات الدولية عن طريق الرابط الإلكتروني :-
http://www.qatarfcht.com/index.php?option=comcontent & view=article &id=12:2010-03-22-06-09-55 &catid=1:latest-news
7. في هذا المعنى قارن أيضا : سالم إبراهيم النقبى ، المرجع السابق ص 9 .

8. ورد تعريف للمجني عليهم في القاعدة 85 من القواعد الإجرائية التي تطبقها المحكمة الجنائية الدولية ، فقد نصت على أنه (: لأغراض النظام الأساسي والقواعد الإجرائية وقواعد الإثبات): أ _ (تدل لفظنا المجني عليهم الأشخاص الطبيعيين المتضررين بفعل ارتكاب أي جريمة تدخل في نطاق اختصاص المحكمة.
9. فضلا عن تعريف المجني عليهم وفقاً للقواعد التي تطبقها المحكمة الجنائية سابق الإشارة إليه في هامش السابق ، جدير بالذكر أيضاً أن المادة /18 ب من إعلان الأمم المتحدة بشأن المبادئ الأساسية لتوفير العدالة لضحايا الجريمة) أتمد بموجب قرار الجمعية العامة رقم A/RES/40/34 ، بتاريخ (29/11/1985 عرفت الضحايا بانهم) : الأشخاص الذين أصيبوا بضرر فردي أو جماعي ، بما في ذلك الضرر البدني أو العقلي أو المعاناة النفسية أو الخسارة الاقتصادية أو الحرمان بدرجة كبيرة من التمتع بحقوقهم الأساسية ...) .
10. في هذا المعنى قارن أيضاً : المادة (68) من نظام روما الأساسي بشأن المحكمة الجنائية الدولية.
11. انظر : المادة (75) من نظام روما الأساسي ، وكذلك المادة (25) من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن مكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية (اتفاقية باليرمو) .
12. أنظر : المادة (79) من نظام روما الأساسي بشأن المحكمة الجنائية الدولية مرجع سبق ذكره.
13. انظر خطة عمل الأمم المتحدة العالمية لمكافحة الاتجار بالبشر ، التي تم الإعلان عنها في الدورة (64) للجمعية العامة للأمم المتحدة . (2010) وثائق الأمم المتحدة ، الوثيقة رقم (A/RES/64/293) : بتاريخ 12/ أغسطس 2010.
14. انظر : نتائج وتوصيات المنتدى في موقعه الإلكتروني سابق الإشارة إليه في ص (....) هامش (1).
15. جدير بالذكر أن إنشاء لجنة عربية عليا لمكافحة الاتجار بالبشر على مستوى الجامعة كان من بين توصيات منتدى الدوحة التأسيسي لبناء القدرات الوطنية العربية لمكافحة الاتجار بالبشر مرجع سبق ذكره.
16. لمزيد من التفاصيل حول الجهود الدولية التشريعية بشأن مكافحة الاتجار بالبشر ، أنظر : سالم إبراهيم النقبي ، المرجع السابق ، ص 122 وما بعدها . وكذلك ، هاني السبكي ،

- المرجع السابق ، ص 163 وما يليها . وكذلك أيضاً : عبادة ضبعان التوايهة ، الجهود الدولية لمكافحة الاتجار بالبشر ، مرجع سبق ذكره .
17. أنظر : ديباجة نظام روما الأساسي .
18. أنظر المواد 15, 7 8 , 6 , 5 : مكرر من نظام روما الأساسي .
19. ولمزيد التفاصيل حول مدى اختصاص المحكمة الجنائية الدولية بجرائم الاتجار بالبشر باعتبارها من الجرائم ضد الإنسانية ، أنظر بحثنا : محمد هاشم ماقورا ، المحكمة الجنائية الدولية وعلاقتها بمجلس الأمن ، بحث منشور في الموقع الإلكتروني الرسمي لوزارة العدل الليبية، 2007.

انتهى البحث بحمد الله

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
 ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ
 أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ حِزْبٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ
 عَظِيمٌ﴾ صدق الله العظيم . سورة المائدة (33)

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة:

إن تشريعات محاربة الفساد في الدول الإسلامية عامة وفي ليبيا خاصة يتنازعها عنصران أساسيان يبدو للوهلة الأولى لظاهر عبارات الفقهاء أنهما لا يجتمعان، أولهما: الهوية الإسلامية وتدابيرها. ثانيهما: فاعلية التشريعات والاستفادة من تطور التشريعات والاتفاقيات الدولية في محاربة الفساد، إلا أن إعادة قراءة الفقه الإسلامي ودراسة عمق الآراء وفلسفتها والجمع بين المنهجية والتطبيقات أبرزت رؤية مختلفة للفقه الجنائي الإسلامي يمكن من خلالها وضع نظام تشريعي لمحاربة الفساد يستجيب لمتطلبات العصر ويحقق غرضين يبدو عدم تحققهما، وهما الهوية وتشريع فاعل لمحاربة الفساد، وكانت أهمية الموضوع، والفجوة الموهومة بسبب النظرة السائدة للفقه الإسلامي أهم أسباب اختيار فكرة هذا البحث، ومحاولة التصحيح وإبراز الفلسفة الحقيقية للفقه الإسلامية والعمق في عبارات الفقه الإسلامي في مراحل التأسيس.

إن تقسيم التجريم والعقاب في الفقه الإسلامي إلى حدود وتعازير والنقيد بالحد في التعزير أهم عقبات تطوير النظام التشريعي الجنائي المتعلق بمستجدات العصر، خاصة ما تعلق ببناء الدولة، وكان خطره على الدولة ومؤسساتها كبيراً، وتعد تشريعات محاربة الفساد من بابها، فعقوبة الحد تسقط لعدم تكامل شروط الحد من جنسه، وعقوبة التعزير لا تكون رادعة في أخطر صورها، وهذا يضع المشرع بين خيارين أحلاهما مر، إما تجاهل مسألة الهوية الإسلامية تحت شعار الضرورة ومتطلبات الحياة العصرية، وإما التضحية بالفاعلية ومكاسب التعاون مع المجتمع الدولي ومؤسساته بحجة أولوية الحفاظ على الهوية.

إن دراسة عبارات الفقهاء وأدلتهم ومن زوايا نظر مختلفة، وربطها بالمنهجية الأصولية تبرز رؤية أخرى تتضمن عمقا وفلسفة جنائية يمكن اعتمادها أساساً لتشريع جنائي لمحاربة الفساد يستجيب لمتطلبات العصر ويسمح بالاستفادة من مؤسسات المجتمع الدولي في مجال

محاربة الفساد، ومحور النقاش في هذه الرؤية تحديد وصف جرائم الفساد، وبيان مدى موافقة تشريعات محاربة الفساد للشريعة الإسلامية.

إذا كان تقسيم الجرائم في الفقه الإسلامي إلى حد وتعزير هو العقبة أمام المشرع في تطوير تشريعات محاربة الفساد وفعاليتها في نطاق الهوية، فإن الدعوة لإعادة قراءة الفقه الإسلامي في تقسيم الجرائم إبراز للبحث عن رؤية لعلها تضيق الهوة بين التشريعات الوضعية والشريعة الإسلامية.

إن الهدف من هذه الدراسة قراءة الفقه الإسلامية من زوايا أخرى لعلها تبرز رؤية يمكن تبنيها في مجال تشريعات محاربة الفساد، وتحقق دعماً لآليات محاربة الفساد في ليبيا، وتدعم المشرع في القيام بدوره في محاربة الفساد من خلال فاعلية التشريع دون مساس بالهوية الإسلامية التي تعد أهم دعائم التشريع في ليبيا في إطار التوجهات الحديثة لإرادة الشعب الليبي في الحفاظ على هويته الإسلامية من خلال التشريع، وتناولت هذه الإشكاليات ومعالجتها في بحثين، خصصت المبحث الأول لأسس تقسيم الجرائم في الفقه الجنائي الإسلامي والتي نعتمدها في تحديد هوية جرائم الفساد، وفي المبحث الثاني نتناول فيه تطبيق الأسس السابقة على جرائم الفساد، وأنهى البحث بملخص لأهم النتائج والتوصيات.

تشريعات محاربة الفساد بين الهوية والفاعلية (قراءة في نصوص فقهية)

المبحث الأول

الأسس الشرعية لتحديد الوصف الشرعي لجرائم الفساد

تركز في هذه الدراسة على الكليات، ويعد تقسيم الجرائم في الفقه الإسلامي نقطة الانطلاق لتحديد هوية أي تشريع، والمقارنة بين التشريعات الجنائية الوضعية والتشريع الجنائي الإسلامي، وكذلك لبيان شرعية أي تشريع وضعي، ومن خلال دراسة عبارات الفقهاء وتطبيقاتهم وفلسفة التشريع الجنائي الإسلامي، ويظهر عمق عبارات الفقهاء وآرائهم أن أهم الأسس لتحديد الوصف تتمثل في تقسيم الجرائم في الفقه الإسلامي، ومنهجية قراءة آراء الفقهاء، ونقتصر على هذه الأسس لأن معالجة إشكالياتها يتضمن معالجة لأهم نقاط التقاطع بين التشريع الجنائي الإسلامي والوضعي، ولكفايتها في معالجة الإشكالية التي يثيرها موضوع البحث.

- تقسيم الجرائم في التشريع الجنائي الإسلامي:

لم يتفق فقهاء المذاهب في طريقة عرضهم وتنظيمهم للجرائم، وتقسيماتها، خاصة فيما يتعلق بالحدود والتعزير، وذلك لعدم وضوح فكرة أقسام الجرائم، والعلاقة بين التقسيم الشائع عند فقهاء العصر، ولهذا نحاول في هذا المبحث تحديد أسس تحديد الوصف حسب الفهم السائد لأقسام الجرائم، أي حد، وتعزير، ونركز على المذاهب السنية الأربعة، وذلك لأنها السائدة في العالم الإسلامي، وأن ما عداها يعود إليها في مجال البحث، مع الإشارة إلى غيرها من أهل الظاهر، أو الشيعة، ونعتمد مدرستي الأحناف والمالكية للمقارنة التفصيلية، مع الإشارة بشكل مجمل مع ذكر مسائل التميز للفقه الشافعي والحنبلي، وذلك لأن مدرسة الأحناف تمثل منهجية أهل الرأي في المدارس السنية، والمالكية تمثل نموذجاً لأهل الرأي واخترنا مدرسة المالكية لأنها تمثل الهوية الخاصة في المجتمع الليبي، كما أن رأي الحنابلة والشافعية لا يخرج في مجمله عن رأيي الأحناف والمالكية من حيث الأسس، وإن كان وجد خلاف فهو في التفاصيل أكثر، وموضع البحث في الأسس وليس في التفاصيل.

أولاً: تقسيم الجرائم وفق رأي الأحناف:

إن الجرائم وفق ظاهر رأي الأحناف إما حد، أو تعزير، والحدود أجناس، واتفق الأحناف من حيث المبدأ على أن التعزير دون الحد، أن يكون من جنس الحد، واختلفوا في الحد، أي هل أقل حد، أم حد جنسه، ويظهر هذا من خلال تعريف التعزير من جنح منهم للتعريف، ونذكر بعضاً من تعريفات الأحناف، أورد الميداني في اللباب: (التعزير شرعاً تأديب دون الحد أكثره

تسعة وثلاثون سوطاً وأقله ثلاث جلدات⁽¹⁾، وأورد ابن الهمام في شرح فتح القدير (والتعزير تأديب دون الحد)⁽²⁾، وجاء في حاشية ابن عابدين: (التعزير شرعاً تأديب دون الحد أكثره تسعة وثلاثون سوطاً وأقله ثلاثة أسواط)⁽³⁾، وتناول الأحناف التعزير في حدي الزنا أو القذف، وحد الزنا يراد به حد غير المحصن، ثم عادوا بعد ذلك، وأجازوا أن يصل التعزير إلى القتل، ولكن ليس من خلال تعريف التعزير، أو عند الحديث عن قدره، وإنما في مطلب خاص، أو عند التطبيق، وانحصرت الأمثلة التي ذكرها الأحناف في هذا المطلب على الجرائم غير الحدية، غير جرائم التعزير التي تدخل في جنس الحد.⁽⁴⁾

لو توقف الأمر عند هذا القدر وتناسقت التطبيقات مع التعريفات لحسم الأمر، ولما احتاج الأمر لكثير عناء لبيان رأي الأحناف في تقسيم الجرائم، فالتناسق بين التعريف والتطبيقات هو الغالب في التنظير ووضع الأسس والقواعد باعتبار أن التعريف يراد به تحديد معالم الشيء المعرف، إلا أن الأمر هنا اختلف، فالتطبيقات تنقض من حيث ظاهرها ما ورد بالتعريف، وقبل محاولة وضع أهم معالم تقسيم الجرائم عند الأحناف وبالقدر اللازم لموضوع البحث نعرض أهم عبارات وتطبيقات فقهاء الأحناف المتعلقة بتقسيم الجرائم وإشكالياتها مقارنة بالتعريفات السابقة، ونركز على عبارات وتطبيقات نفس المصادر التي نقلنا منها التعريفات، لأن هذا أمكن في إبراز الفلسفة والرؤية، حيث أن اختلاف تطبيق عند غير من عرف قد ينظر إليه على أساس أنه من باب الخلاف في الرأي داخل نفس المدرسة، والذي يعد من اختلاف التنوع وإن كان داخل مدرسة تتفق في الأسس.

(1) الميداني، -الشيخ عبدالغني الغنيمي الميداني - اللباب في شرح الكتاب- بيروت لبنان- دار المعرفة - ط الأولى 1998م 2/175.

(2) ابن الهمام-كمال الدين محمد بن عبدالواحد السيولسي السكندري الحنفي- شرح فتح القدير - سوريا ، لبنان ، الكويت- دار النوادر - ط الأولى 2012م 4/211.

(3) ابن عابدين - محمد أمين - حاشية رد المحتار على الدر المختار - بيروت - دار المعرفة - طبعة الثالثة 2011م - 96-95/6.

(4) الكاساني - علاء الدين أبوبكر بن محمد - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - مصر - مطبعة الجمالية - ط الأولى 1910م 49,94/7 وما بعدها. ابن الهمام، شرح فتح القدير 2013/4. ابن عابدين - محمد أمين - حاشية رد المحتار على الدر المختار - بيروت - دار الفكر - طبعة جديدة ب ت - 227/4 وما بعدها 230 وما بعدها.

أورد الميداني في الباب: (ومن أتى امرأة في الموضع المكروه أي الدبر... فلا حد عليه عند أبي حنيفة ويعزر، زاد في "الجامع الصغير" ويودع في السجن.)، وأورد ابن الهمام في شرح فتح القدير⁽¹⁾: (من قذف عبداً أو أمة أو أم ولد أو كافر بالزنا عزر لأنه جناية قذف... وكذا إذا قذف مسلماً بغير الزنا فقال له ياسارق أو ياكافر... لأنه آذاه وألحق الشين به... فوجب التعزير، إلا أنه يبلغ بالتعزير غايته في الجناية الأولى لأنه من جنس ما يحد به، وفي الثانية الرأي للإمام)⁽²⁾، وأورد في ابن عابدين حاشيته: (مطلب تعزير بأخذ المال...مطلب تعزير بالقتل)⁽³⁾، وورد عنه: (أن للإمام قتل السارق سياسة إذا تكررت منه)⁽⁴⁾، كما ورد عنه أيضاً: (إن من تكرر الخنق منه في المصر قتل سياسة لسعيه بالفساد، وكل من كان كذلك يدفع شره بالقتل)⁽⁵⁾.

إن النظرة الأولية وأخذ الأمر على ظاهره يبرزان تعارضاً بين تعريفات التعزير السابقة والتطبيقات لنفس الفقيه في مدرسة الأحناف، والوقوف على هذا التعارض بأخذ الأمر على ظاهره لا يحتاج لإعمال فكر، أو الغوص في معاني العبارات.

إن هذا التناقض الظاهري لمدرسة تمثل قمة البعد العقلي للفقهاء الإسلامي في مرحلة التأسيس لا يؤخذ على علاته، بل يدل هذا التناقض الذي لا يحتاج لعمق للوصول إليه على وجود فكرة تحتاج لبحث وتكاتف الجهود لإبرازها، وهذا ما دفعنا لتوجيه الأنظار لهذه الإشكالية لعنا نحرك بها ماء راكداً.

من خلال الدراسة والقراءة المبدئية لمصادر الفقه الحنفي بمراحله المختلفة يبين لنا أن أوضح عبارة لفقهاء الأحناف تضمنت إشارات لأساس تقسيم الجرائم هي عبارات الكاساني، والذي دفعنا لاختيارها كنقطة انطلاق هو اختياره عدم التعريف، فالتناقض بين التعريف والتطبيقات لا تثار بشأن عبارته، إلا أن هذا لا يعني عدم الاعتماد على بقية عبارات الأحناف الأخرى، أي عبارة الكاساني نتخذها نقطة انطلاق ومحور نقاشنا للإشكالية.

(1)الميداني،اللباب 2/169.

(2)ابن الهمام، شرح فتح القدير 4/213.

(3)ابن عابدين، حاشية ابن عابدين 6/99-100.

(4)ابن عابدين، حاشية ابن عابدين 6/100.

(5)نفس المرجع نفس الصفحة.

يقول الكاساني في بيان التعزير، وقد بين أنواعه من خلال بيان سبب وجوبه: (أما سبب وجوبه: فارتكاب جناية ليس لها حد مقدر في الشرع، سواء كانت الجناية على حق الله تعالى... أو حق العبد... فإن كان في جناية ليس في جنسها ما يوجب الحد، فلا إمام بالخيار إن شاء عزره بالضرب وإن شاء الحبس... وإن وجب في جناية في جنسها الحد لكنه لم يجب لفقد شرطه فالتعزير بالضرب ويبلغ أقصى غايته، وذلك تسعة وثلاثون سوطاً⁽¹⁾، وذكر الخلاف وانحصر الخلاف في خمسة وسبعين، أو تسعة وسبعين، وأورد أن سبب الخلاف أنه أخذ كل نوع من بابه، إلا أن العدد لم يتجاوز حد القذف أو الشرب، أو العبيد، نصف حد الحر، فالتسعة والثلاثون جلدة ترجع لحد العبد في جريمتي القذف والسكر، والخمسة والسبعون أو التسعة والسبعون تعود لحد القذف والسكر للحر، فأين حد الزنا للعبد وحد الزنا للحر إذا كان تعزير كل نوع يعود لبابه⁽²⁾.) يلاحظ على العبارات السابقة جملة من المسائل التي نعتمدها لتحديد أساس تقسيم الجرائم عند الأحناف أهمها:

1- إن دلالة العبارات السابقة على أن أساس تقسيم الجرائم هي الجريمة أقوى من دلالتها على التقسيم على أساس العقوبة، وهذا بخلاف السائد عند فقهاء العصر للفقه الإسلامي بما فيه الحنفي، وذلك من وجوه أهمها:

أ- أن التعزير ارتبط بجنس الحد والذي يحدد جنس الحد الجريمة لا العقوبة، فعندما يقول الكاساني أخذ كل نوع من بابه صريحة في أن ما يحدد التعزير هو الجريمة لا العقوبة، لأن الحدود بحسب العقوبة نوع واحد، ولا تتنوع إلا باعتبار الجريمة.

ب- استخدام لفظ الجنس والتفرقة بين أنواع التعزير بحسب الجنس دليل على أن التعزير لا يعد جنساً يقابل الحد، حيث صرحت العبارات السابقة بأن التعزير أجناس، ويتنوع ما هو من جنس الحد إلى أجناس يحددها الحد، وما خرج عن جنس الحد يعد جنساً بذاته، ولا تصريح أوضح من هذا على اعتماد الجريمة كأساس للتقسيم.

إن المعنى السابق لعبارة الكاساني اتفق عليها جمهور الأحناف، وإن خالف ظاهر بعض التعريفات، وتؤكد هذا نماذج عبارات الفقه الحنفي التي ذكرناها في مقدمة هذه الفقرة، منها عبارة ابن الهمام وابن عابدين والميداني، والاختلاف بين الكاساني ومن ذكر من فقهاء الأحناف أن

(1) الكاساني، البدائع 94/7.

(2) المرجع السابق 95/7.

الكاساني لم يعرف التعزير، فلم يقع في التناقض بين التعريف والتطبيقات، كما أن عبارة الكاساني أوضح في طريقة العرض.

إذا اعتمدنا القول بان أساس تقسيم الجرائم في الفقه الإسلامي عند الأحناف هي الجريمة وليست العقوبة فما هي صورة تقسيم الجرائم عند الأحناف، وما مقصد التقييد بالحد في بعض صور التعزير، والمراد بالجنس عندما يقال من جنس الحد، وإذا كان التعزير الذي من جنس الحد باباً من أبوابه من حيث الموضوع فما هو مرجع التعزير الذي يعد من غير جنس الحد؟.

لا يمكن حسم المسألة لموضوعها وفق المنهجية السائدة في النظر لآراء الفقهاء وطريقة قراءتها، ولمخالفة ما تعرضه لما هو مألوف ولهذا يحتاج لتأصيل أكثر، ولهذا ما نقدمه لا يعدو المحاولة لقراءة آراء الفقهاء وتلمس المعنى الذي يجمع التناقض الظاهري الذي بدا من خلال فهمنا للفقه الإسلامي.

لاكتمال الصورة نعرض جملة من تطبيقات الأحناف نرى أنها تساهم في إبراز أهم معالم الفكرة في تقسيم الأحناف للجرائم، نقل عن الزيلعي في التعزير من باب حد الزنا قوله: (لو رأي الإمام مصلحة في قتل من اعتاده جاز له قتله)⁽¹⁾، وأورد ابن الهمام في شرح فتح القدير: (إن لم ينزجر بأعلى التعزير يستبدل بالحبس... وإن رأى الإمام أن يضم الحبس إلى الضرب جاز).⁽²⁾، وورد عن ابن نجيم: (ولو اعتاد اللواط قتله الإمام محصناً أو غير محصن سياسة، وذكر العلامة الأكملي في شرح المشارق أن اللواط محرمة عقلاً وشرعاً وطبعاً بخلاف الزنا فإنه ليس بحرام طبعاً، فكانت أشد حرمة منه، وإنما لم يوجب الحد أبو حنيفة فيها لعدم الدليل عليها لختها، وإنما عدم الوجوب فيها للتغليظ على الفاعل، وإذا فعل في عبده أو أمته أو منكوحته لا يجب الحد بالإجماع، وإنما يجب التعزير لارتكابه المحظور، وفي الحاوي المقدسي وتكلموا في هذا التعزير من الجلد ورميه من أعلى موضع وحبسه في أتنن بقعة وغير ذلك سوى الإخصاء والجب والجلد أصح)⁽³⁾، وأورد ابن الهمام: (من تزوج امرأة لا يحل له نكاحها فواطنها لم يجب عليه الحد عند أبي حنيفة وسفيان والثوري وزفر إن علم أنها محرمة ويعاقب عقوبة هي أشد ما يمكن من التعزير سياسة لا حدا... ومن وطئ أجنبية فيما دون الفرج بأن أولج في مغابن بطنها

(1) ابن نجيم، البحر الرائق 27/5.

(2) ابن الهمام، شرح فتح القدير 215/4-216.

(3) ابن نجيم، البحر الرائق 28/5.

ونحوه وليس المراد ما يعم الدبر يعزر لأنه منكر محرم... ومن أتى امرأة أجنبية في الموضع المكروه أي دبرها أو قوم لوط فلا حد عليه عند أبي حنيفة ولكنه يعزر ويسجن حتى يموت أو يتوب⁽¹⁾، وأورد الكاساني في تبرير الحد: (لأن الحد جنائية متكاملة تستدي عقوبة متكاملة)⁽²⁾، وأورد ابن الهمام في تبرير الترتيب في العرض وتبرير تأخير السرقة: (ولما كان المقصود من الحدود الانزجار عن أسبابها بسبب ما اشتملت عليه من المفاصد روعي في ترتيبها في التعليم والتعلم ترتيب أسبابها في المفاصد، فما كان مفسدته أعظم يقدم على ما هو أخف لأن تعليمه وتعلمه أهم، وأعظ المفاصد ما يؤدي إلى فوات النفس وهو الزنا، لما تقدم من كونه قتلا معنًى، ويليه ما يؤدي إلى فوات العقل وهو الشرب لأنه كفوات النفس.. ويليه ما يؤدي لفوات فساد العرض وهو القذف، ويليه ما يؤدي إلى فوات المال، فإنه المخلوق وقاية للنفس والعرض، فكان آخرها فأخره.)⁽³⁾.

نبدي بعض الملاحظات ونطرح تساؤلات على العبارات السابقة نعتقد أنها تساهم في وضع معالم التقسيم عند الأحناف.

- إضافة إلى ما سبق تقريره من أن التعزير الذي لا يتجاوز الحد هو التعزير الذي من باب الحد، إلا أن هذا الأمر نقض في عدد من التطبيقات وفي نفس المرجع، ولم يتم التعقيب أو تبرير هذا التناقض، وهذا دليل على تناسق الفكرة في أذهانهم، ومن أبرز المسائل التي لم يتقيد فيها التعزير بحد جنسه نكاح المرأة في الدبر أو في مواطن من جسمها، أو اللواط، حيث أن العقوبة تصل للقتل سياسة، وهو نوع من التعزير، ومنها جواز استبدال الضرب في التعزير من جنس الحد بالحبس إن لم يكن زاجرا وجواز الجمع بينهما إن رأى الإمام مصلحة، وهذا دليل ظاهر على أن التعزير هنا من جنس الحد وتجاوز الحد.
- أن عدم تطبيق الحد في عقوبات جريمة الشهوة التي تعد من جنس حد الزنا ليس للتخفيف ولا لعدم توفر المعنى وإنما لتضمنها معنى إضافيا للتحريم، وقد نقلت هذه الفكرة عن أبي حنيفة في غير موضع من مصادر الفقه الحنفي وقد أوردنا بعضا منها والاكتفاء بما ذكر لكفايتها في الاستدلال حسب وجهة نظرنا ولعد اتساع المقام.

(1) ابن الهمام، شرح فتح القدير 4/150، 147.

(2) الكاساني، البدائع 7/50.

(3) ابن الهمام، شرح فتح القدير 4/218.

- إن بعضاً من هذه الأحكام ورد عند طرح أحكام الحدود، وقبل عرض فصل التعزير.
- إن التعزير كعنوان ورد فصلاً ضمن كتاب الحدود، وورد بعد حد الزنا والقذف والشرب، وتركزت الأمثلة على حدي القذف والزنا من حيث تحديد التعزير الذي هو من جنس الحد، واقتصر الأمر في تحديد العقوبة التي تعد قيدياً على التعزير على حدي القذف والسكر، ولو كانت المسألة المعروضة تعود لباب الزنا، فمن اعتمد حد العبد قيد التعزير بتسع وثلاثين جلدة، وهذا نصف حد القذف أو الشرب، ومن اعتمد حد الحر قيد التعزير بخمس وسبعين أو تسع وسبعين، وهذا حد القذف والشرب.
- لقد جاء ترتيب الحدود حسب درجة المفسدة، وهذا دليل على أن الفهرسة لها دور في تحديد الدلالة، وعند الترتيب جاء حد السرقة والحرابة بعد الشرب والقذف.
- إن زيادة العقوبة في التعزير قرنت بوصفين، أولهما الزجر، وثانيهما زيادة عنصر موجب للتحريم، وهما أساس التناسب بين الجريمة والعقوبة في كل التشريعات، وأهم عناصر التقريد العقابي.
- إن الحد إذا اقترن به وصف يتضمن زيادة تحريم أو لم يكن الحد زاجراً يجوز أن يتجاوز العقوبة الحد، وتتقلب الجريمة من حدية إلى تعزيرية في جميع ضوابطها وشروطها.
- إن التعزير من غير جنس الحد عقوبة تدخل ضمن عقوبات الحرابة، وهي الحبس والقتل، والحبس هو ما فسر به فقهاء الأحناف عقوبة تدخل ضمن عقوبات الحرابة، وهي الحبس والقتل، الشرعي الذي تعود له دلالات أدلة حد الحرابة، كما أن التعزير من غير جنس الحد وصف في أكثر من موضع بالفساد وهو أحد الوصفين الذين وردا في القرآن الكريم لحد الحرابة، كما أنه لم يرد نوع من التعزير أرجعه فقهاء الأحناف لحد الحرابة عند الحديث عن الحدود التي يعود لها التعزير ويتقيد بعقوبتها.
- إن التعزير وما ورد فيه من تفاصيل في جل مصادر الفقه الحنفي ورد فصلاً ضمن كتاب الحدود، وبعد حدود الزنا والقذف والشرب، والسرقة والحرابة وردا تحت كتاب واحد، ولم يرد أي حديث عن التعزير خلال الحديث عن حد الحرابة.
- إن التعزير الذي من جنس الحد يختص بالجريمة الحدية التي نقص منها عنصر له تأثير في الوصف التجريمي، ومعنى الحد، ولهذا شاع تعبير التعزير لفقد شرط من شروط الحد.
- أين التقابل بين التعزير والحد إذا لم يتقيد التعزير بالحد إلا إذا كان من جنسه، وإذا لم يكن من جنسه جاز أن يتجاوز الحد، وأين التقابل إذا كان الحد ينقلب إلى تعزير إذا اقترن

الحد بوصف تحريمي، أو لم يكن الحد زاجرا، وكيف يمكن القول بأن النظام التجريمي العقابي في الفقه الإسلامي جملة يفتقد لأسس التناسب بين الجريمة والعقوبة والتفريد العقابي بسبب قيود الحد وفقا للأسس السابقة.

إن الصورة التي تراعت لنا من خلال القراءة الشمولية لآراء الأحناف لتقسيم الجرائم وأساسه نلخصها في النقاط التالية:

- إن الجرائم أجناس يحدد جنسها من خلال الجريمة، والحدود والتعازير لا تتجاوز معنى تحديد سلطة القاضي في العقوبة.
- إن الحد يمثل الحد الأعلى للعقوبة في جنسها، والذي يحدده موضوع الجريمة، سرقة، زنا، قذف، حرابة... الخ، والتعزير ما قل عن حدها الأعلى، وإذا اقترن بالجريمة ظرف يتطلب التشديد تغيرت سلطة القاضي في العقوبة.
- إن العقوبة يجوز استبدالها، والحبس من العقوبات الأصلية والبديلة، فهو أصلي في عقوبة الحرابة والتعزير إذا لم يكن من جنس الحد، وبديل في التعزير الذي من جنس الحد، ويجوز الجمع بينه وبين العقوبة الأصلية، وهي الجلد، وأن معيار تحديد العقوبة هو الزجر والأوصاف التحريمية.
- إنه وإن كان تحديد الحد الذي يعود له التعزير الذي من جنسه صرحت به عبارات فقهاء الأحناف، إلا التعزير الذي يتجاوز الحد من الأصل كالقتل سياسة أو الحبس فإن العبارات القهفية لم تحدد جنسه، فهل هو نوع بذاته؟، أم أنه يعود للجانب التعزيري للحرابة؟ وبهذا الحرابة تكون حدا وتعزيرا، وتضمن الحرابة لعقوبة تعزيرية لا ينكر لقطعية النص في عدم تقييد القاضي بمدة النفي.
- يمثل كل حد والتعزير الذي من جنسه جريمة متكاملة ويمثل الحد حدها الأعلى، والتعزير هو ما نزل عن الحد الأعلى، وفي هذا لا يختلف الفقه الحنفي عن التشريعات الوضعية، فكما أنه لا دور لولي الأمر في الحد لا دور للقاضي في الحد الأعلى للعقوبة في التشريعات الوضعية، فمثلا لا يملك القاضي في التشريعات الوضعية الحكم بأكثر من ثلاث سنوات عندما ينص القانون على الحبس دون تقييد بمدة، كما لا يجوز للقاضي أن يحكم بأكثر من خمس سنوات عندما ينص القانون على معاقبة الجاني بما لا يتجاوز خمس سنوات.

- إن التعزير من غير جنس الحد والذي لا يعد الحد قيذا عليه جنس مستقل تخرج عنه الجرائم الحدية بتعزيرها، وغير التعزير المرتبط بالحد.
- إن التعزير ورد فقرة ضمن الحدود وهذا يعني أنه من أحكام الحدود ، وهذا يرجح فكرة أن التعزير طريقة لتقدير العقوبة.
- إن الحد يمثل الحد الأعلى للعقوبة في مرحلة تكامل الجريمة، وفي هذا الحال تنقيد سلطة القاضي، والمشرع في العقوبة، وفيما عدا ذلك تكون للمشرع والقاضي سلطة في تحديد العقوبة وتدخل تحت مصطلح التعزير.
- خروج الجريمة عن الحد لا يعني ضرورة التخفيف، فإذا كان الخروج لوصف زائد كان للتشديد، وإلا كان للتخفيف، وهذا يدل على أن التعزير لا يعني اختلاف الجنس من حيث الجريمة.
- إن التعزير فيما يتعلق بالمصلحة المحمية والمفسدة المراد دفعها ومعنى الحق لا يختلف بسبب اختلاف الوصف من التعزير إلى الحد، بل يختلف باختلاف الوصف المرتبط بالجريمة، فالتعزير لمقدمات الزنا والذي لم تتجاوز عقوبته حد الزنا لا يختلف عن الزنا باعتبار المفسدة المراد دفعها ولا المصلحة المحمية، والتعزير لأكل أموال الناس بالباطل أو الفساد في الأرض لا يختلف عن حد السرقة والحرابة من حيث المفسدة المراد دفعها والمصلحة المحمية وهكذا.
- إن هذه الرؤية لتقسيم الأحناف للجرائم وافقها رأي الشافعية⁽¹⁾ والحنابلة⁽²⁾ من حيث مضمون الرؤية، وشكلها، ولم تختلف المدارس الثلاثة إلا في التفاصيل، وهذا الخلاف وقع حتى في المدرسة الواحدة، والحنابلة والشافعية وافقوا الأحناف في طريقة العرض لأسس التقسيم أكثر من موافقتهم للمالكية، وهذه الرؤية هي التي نعتمدها في تطبيق الضوابط الشرعية على جرائم

(1) الإمام الشافعي - أبو عبدالله محمد بن إدريس - الأم - تعليق محمود مطرجي - بيروت - دار الكتب العلمية - ط الأولى 1993 م 173/6 وما بعدها. * - الشريبي - شمس الدين محمد بن محمد الخطيب - مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج - تح عماد زكي البارودي وغيره - القاهرة - المكتبة التوفيقية - ب ط - ب ت 515/5 557. - الماوردي - أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي - الحاوي الكبير - ويليه بهجة الحاوي لابن الماوردي - بيروت - دار الفكر - ب ط - سنة 2003 م 113/17.

(2) ابن قدامة - أبو محمد عبدالله بن أحمد - المغني - ويليه الشرح الكبير لأبي فرج بن قدامة، القاهرة - دار الحديث - ب ط - سنة 2004 م . 176/12 وما بعدها، 401 وما بعدها، 269-270.

الفساد وفقا لرأي الأحناف، والشافعية والحنابلة ومدى تحقيقها للتوازن بين الهوية الإسلامية للتشريعات الليبية وفاعلية هذه التشريعات.

ثانيا: تقسيم الجرائم وفق رأي المالكية:

اختلف فقهاء المالكية عن فقهاء الأحناف في عرض فكري الفصل بين الحد والتعزير كنظامين للتجريم والعقاب، وكون الحدود قيودا على التعازير.

والسؤال الذي يطرح هل اختلاف طريقة العرض ترتب عليها اختلاف في أساس تقسيم الجرائم، ونحاول من خلال عرض عبارات فقهاء المالكية توضيح رأيهم في أساس تقسيم الجرائم. - اختلف منهج فقهاء المالكية في وضع كتاب جامع للحدود على ما سار عليه الأحناف ولو بشكل مبدئي، أو جزئي، فمثلا ذكر شراح خليل كالدسوقي والحطاب كل حد مستقلا تحت اسم باب، كبقية الموضوعات المنفصلة، وكأن كل حد منفصل عن غيره، ويربطهما التسلسل، واختلفوا في ترتيب الحدود، فبعد ذكر باب الردة، وباب البغي أوردوا الجرائم المتعارف عليها أنها من جرائم الحدود متتابعة، بحيث عالجوا أحكام كل جريمة بشكل مستقل، ولم توصف كل هذه الأبواب بوصف الحد، بل قصرُوا وصف الحد على القذف والزنا والشرب⁽¹⁾، في حين جمعها القرافي كلها في كتاب الجنایات، وعنون كل جريمة باسم الجنایة، وقسم الجنایات أبوابا، وجعل التعزير بابا من أبواب القذف.⁽²⁾

وإذا عرجنا شروح رسالة ابن أبي زيد القيرواني سنجد أن بعض الشراح خالفوا الرسالة نفسها، ففي الرسالة كان العنوان "باب في أحكام الدماء والحدود"، لكن النفراوي الشارح جعل العنوان "باب في أحكام الدماء"، وما في معناها من الجراحات من قصاص ودية، وفي بيان موجبات الحدود كالزنا والقذف والشرب والسرقه⁽³⁾.

- لقد اتفقت مصادر الفقه المالكي التي أخذناها نماذج للدراسة على عدم ذكر عنوان رئيسي للتعزير، وبعضهم لم يرد التعزير مطلقا في العناوين التي تضمنها كتابه لا بشكل رئيسي

(1)الدسوقي، حاشية الدسوقي فهرس الجزء الرابع.الحطاب، مواهب الجليل فهرس الجزء الثامن.

(2)القرافي -شهاب الدين أحمد بن إدريس - النخيرة- تح- الأستاذ محمد بوخبزة- لبنان -دار الغرب الإسلامي-ط الأولى 1994م-فهرس الجزء الثاني عشر.

(3)النفراوي- العلامة أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي الأزهري المالكي- لبنان- صيدا بيروت- المكتبة

العصرية - ط الأولى 2005م 278/2.

- ولا بشكل فرعي⁽¹⁾، أو أكثر مصادر الفقه المالكي لم تورد تعريفا عاما للحدود، واكتفت بتعريف كل حد بالنظر للجريمة لا العقوبة، خلافا لمنهج الأحناف، وبعضها جنح لعدم التعريف.⁽²⁾
- فالقرافي صدر عرضه للحديث عن جنائية الزنا بقاعدة عامة هي حاكمة لكل الحدود بقوله: (قاعدة: الكليات الخمس أجمع على تحريمها جميع الشرائع والأمم، الدماء والأعراض والعقول والأنساب والأموال، فيمنع القتل والجرح والقذف والمسكرات والزنا والسرقه.)، وقال في سبب تشديد العقوبة في اللواط: (أن هذا أفحش من الزنا لأنه سبب سد باب النسل، وقد جعل الله تعالى للزنا سبيلا بالنكاح، ولم يجعل للواط سبيلا فكان أقيح.).
- وأورد النفراوي في الفواكه: (وفي معنى الحدود التعازير وهو اسم لنوع من العذاب موكل قدره لاجتهاد الإمام)⁽³⁾.
- وأورد الحطاب في مواهب الجليل: (ابن شاس: جنس التعزير لا يخصص بسوط أو يد أو حبس أو غيره... المشهور صحة الزيادة عن الحد باجتهاد الإمام لعظم جرح الجاني).⁽⁴⁾
- وأورد الدسوقي في حاشيته على الدردير عند حديثه عن إتيان الزوجة في الدبر بعدما قرر الحد في الأجنبية: (وأما حليلته من زوجة أو أمة فلا يحد بل يؤدب)⁽⁵⁾.
- وأورد القرافي في زيادة عقوبة حد الشرب: (وإن شك في الرائحة فهو مسكر أو غيره أو أخذ على مشربه ولم يسكر، ولم يعرف ما ينبذهم وهو معتاد لذلك ضرب سبعين ونحوها، وإن لم يكن معتادا بخمسين ونحوها عبدا كان أو حرا لأنه تعزير.... فلا تقصر عن القذف الخاص بشخص واحد، ولأن الزائد عن الأربعين يجوز كالمائة فيكون حدا).⁽⁶⁾
- ويقول الدسوقي في نفس المعنى: (والحاصل أن الإمام إذا أداه اجتهاده إلى أن يعزره بما يزيد على الحد ولا يأتي النفس لمائتي سوط أو بما يأتي على هلاكه كألف كرباج مثلا فإنه يفعله ويجوز له القدوم على ذلك، ولا ضمان عليه إذا مات حيث لم يظن الهلاك).⁽⁷⁾

(1) الحطاب، مواهب الجليل 437/8. القرافي، الدخيرة 118/12. الدسوقي، حاشية الدسوقي 354/4 وما بعدها.

النفراوي، الفواكه 278، 334/2. ابن رشد، المقدمات 239/3.

(2) الدسوقي، حاشية الدسوقي 313/4. الحطاب، مواهب الجليل 387/8. القرافي، الدخيرة 5/12.

(3) النفراوي، الفواكه 278/2.

(4) الحطاب، مواهب الجليل 437/8.

(5) الدسوقي، حاشية الدسوقي 314/4.

(6) القرافي، الدخيرة 203، 205/12.

(7) الدسوقي، حاشية الدسوقي 354/4.

إن أساس تقسيم الجرائم عند المالكية لا يختلف عما أورده الأحناف إلا في طريقة العرض، ويراد بما أورده الأحناف أساس التقسيم لا التفاصيل، فالتفاصيل تختلف حتى في المدرسة الواحدة، ودرجة وضوح التقسيم الذي عرضناه عند الحديث عن مدرسة الأحناف يختلف وضوحه عند المدرستين من جانب لآخر، فتقسيم الأحناف للتعزير إلى تعزير من جنس الحد وتعزير ليس من جنس الحد لا يتقيد بالحد يبدو أنه أوضح في اعتبار الحد هو الحد الأعلى للعقوبة، ويجوز الخروج عنه إذا اقترن التعزير بوصف تحريمي أو كان زاجراً، وتضمن رأي المالكية هذا المعنى من خلال التفرقة بين التأديب والتعزير، فالتأديب في حالات فقد شرط من شروط الحد في معنى التعزير من جنس الحد عند الأحناف، و التعزير الذي أورده المالكية بعد عرض الحدود والذي يجوز زيادته عن الحد هو التعزير من غير جنس الحد عند الأحناف، وفي المقابل منهج المالكية في عدم وضع تعريف أو كتاب جامع للحدود، وعدم اعتبار قدر العقوبة جزءاً من تعريف الحد أوضح في دلالاته على أن أساس التقسيم هو الجريمة وليس العقوبة.

لقد اشترك المالكية والأحناف في ربط العقوبة وزيادتها بالزجر وزيادة الوصف التحريمي، وأن هذا يعطي ولي الأمر سلطة زيادة العقوبة التعزيرية على الحدية، وفوق ذلك تضمنت عبارات المدرستين العقوبات البديلة، كالحبس للجلد.

إن الصورة التي عرضناها لتقسيم الجرائم في الفقه الحنفي هي نفس الصورة التي دلت عليها عبارات المالكية وتطبيقاتهم، ويحسب للمالكية الابتعاد عن التعريف الجامع للحدود، إلا أن هذا لا يؤثر في اتحاد الصورة في أساس التقسيم.

إذا كانت صورة تقسيم الجرائم ظاهرة من خلال عبارات فقهاء الأحناف والمالكية والحنابلة والشافعية فما المراد من عبارات الفقه الحديث في تقريرهم لتقسيم الجرائم إلى حد وتعزير وأن الحد قيدياً على التعزير، وعرض هذه القراءة لآراء الفقهاء على أنها من المسلمات، واتفقت الآراء على أن الجرائم في الفقه الإسلامي تنقسم إلى حدود وتعازير، وإن توسع البعض في حد الحرابة بالذات، حاولوا من خلاله تأصيل بعض عقوبات الجرائم الحديثة، وقد حاولنا التنوع الكتابات الحديثة، فمن العلماء الذين رجعنا لهم تأصيلهم قانوني، ومنهم شرعي أو مقارن، فقد اتفق الدكتور أبو زهرة والدكتور عبدالقادر عودة، والدكتور

العواء، والزحيلي والدكتور بهنسي والدكتور عبدالعظيم شرف الدين على أن الجرائم في الفقه الإسلامي تقسم على أساس العقوبة، أي حدود وتعزير.⁽¹⁾

يوضح العرض السابق أن القول باتفاق آراء الأحناف والمالكية والشافعية والحنابلة على تقسيم الجرائم إلى حد وتعزير محل نظر، وأن هذه قراءة لآراء الجمهور نتفق معها في جوانب ونختلف معها في مواضع أخرى، والذي نرجحه دلالة عبارات جمهور⁽²⁾ الفقهاء على أن أساس تقسيم الجرائم هو الجريمة وليست العقوبة وذلك وفقاً لاختيارنا لصورة التقسيم عند الجمهور، وهو الذي نعتمده عند محاولة الموازنة بين الهوية والفاعلية لتشريعات محاربة الفساد وهو موضوع المبحث الثاني من هذا البحث.

المبحث الثاني

أثر أساس التقسيم عند الجمهور على فاعلية تشريعات محاربة الفساد

إن المناداة بتحقيق الهوية الإسلامية في النظام التشريعي مطلب كل الشعوب الإسلامية، وتطبيق الشريعة الإسلامية وفقاً للنظرة السائدة في تقسيم الجرائم إلى حد وتعزير يضع المشرع بين خيارين أحلاهما مر كما يقال، إما إهدار مقاصد التشريع في عدد من الجرائم التي أحدثها تطور الحياة، وإما ترك الهوية الإسلامية لتحقيق مقاصد التشريع، فالأمران ضدان لا يجتمعان وفق النظرة السائدة لتقسيم الجرائم، ومن التشريعات التي وضع المشرع فيها بين هذين الخيارين تشريعات مكافحة الفساد.

إن تبني الشريعة الإسلامية في التشريعات الليبية أصبح واقعا تشريعيا بمقتضى نصوص الإعلان الدستوري، والذي يمثل دستور هذه المرحلة، حيث نصت المادة الأولى منه على: (الليبية

(1) عودة - الدكتور عبد القادر عودة - التشريع الجنائي الإسلامي، مقارناً بالقانون الوضعي - القاهرة - مكتبة دار التراث - ب ط - ب ت - 2 / 647 وما بعدها . شرف الدين - الدكتور عبد العظيم شرف الدين - الدكتور عبد العظيم شرف الدين - العقوبة المقدرّة في جرائم الحدود - مصر - الدار الدولية للاستثمارات الثقافية ط الأولى سنة 2000 م ص 313 وما بعدها أبو زهرة - محمد أبو زهرة - الجريمة والعقوبة - القاهرة - دار الفكر - ب ط سنة 2006 م ص 70-79. بهنسي - أحمد فتحي بهنسي - الموسوعة الجنائية في الفقه الإسلامي - بيروت - دار النهضة العربية - ب ط سنة 1991م / 334/1 وما بعدها، 212/2 وما بعدها. الزحيلي - د/هبة الزحيلي - الفقه الإسلامي وأدلته - دمشق - دار الفكر ط العاشرة سنة 2007م / 5274/7 وما بعدها، 5282 وما بعدها.

(2) يراد بالجمهور في هذا المطلب المالكية والأحناف والحنابلة والشافعية.

دولة مستقلة الشعب مصدر السلطات، عاصمتها طرابلس، ودينها الإسلام، والشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيس للتشريع... إلخ.⁽¹⁾، والهوية الإسلامية هدف أساسي لدستور المستقبل، وكانت مصدر التشريع على مستوى النص الدستوري خلال المرحلة السابقة.

إن تبني تشريعات الحدود وإن عد مرحلة لتحقيق الهوية الإسلامية في مجال التشريع الجنائي الليبي إلا أن الضرورة التشريعية اقتضت تبني تشريعات تخالف الشريعة الإسلامية وفقاً لتقسيم الجرائم في الفقه الإسلامي إلى حدود وتعازير، وكأني بالمشرع هنا قدم خيار مقاصد التشريع، وبصرف النظر عن المبررات.

إن السؤال الذي يطرح والهدف من البحث في هذه الفقرة هل الرؤية التي قدمناها تضيق الهوة بين التشريعات الوضعية والتشريع الجنائي الإسلامي، وتساعد المشرع في الخروج من عنق الزجاجة كما يقال، بحيث يضع تشريعا جنائيا يحقق فيه مقاصد التشريع وفق النظريات الحديثة ويحقق الهوية الإسلامية، هذا محور البحث في هذه الفقرة.

إن موضوع البحث هو تشريعات محاربة الفساد، وتحديد مدى موافقتها للشريعة الإسلامية وفق الرؤية التي قدمت في المبحث الأول تقتضي تحديد موضوع تشريعات محاربة الفساد، وذلك من خلال موضوع القوانين الصادرة بالخصوص، وتعد هذه القوانين نماذج تطبيقية تصلح معالجتها لمعالجة أي تشريع لمحاربة الفساد في نطاق الهوية الإسلامية، وهذا يقتضي التركيز على النصوص التي تبرز نقاط التقاطع وأسس التأصيل، أي الإقتصار على نصوص معالجة الكليات دون الخوض في التفاصيل التطبيقية.

إن المفترض من خلال النصوص التشريعية لمحاربة الفساد أنه روعي فيها أسس التشريع، وبما يحقق الفاعلية للتشريع، وبصرف النظر عن نجاح المشرع في خياراته من عدمه، باعتبار أنها وضعت وفقاً لأسس التشريع الوضعي، لأن شرعية الأسس يمكن للمشرع استخدامها في مرحلة إصلاحية للتشريع في إطار الهوية الإسلامية.

- أهم الموضوعات التي تناولتها تشريعات محاربة الفساد:

من خلال الاطلاع على التشريعات الصادرة بخصوص محاربة الفساد يبين لنا أن موضوع محاربة الفساد يعود صيانة المال ككلية من الكليات، ونلخص أهم موضوعات تشريعات محاربة الفساد في الآتي:

(1) الإعلان الدستوري - المجلس الإنتقالي المؤقت ليبيا.

- يعد القانون رقم 2 لسنة 1979م، والقانون رقم 10 لسنة 1423 بشأن التطهير، والقانون رقم 4 لسنة 1425 بتحريم اقتصاد المضاربة، والقانون رقم 11 لسنة 2014م بشأن الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد من أهم تشريعات مكافحة الفساد في ليبيا، وقد تناولت هذه القوانين الجانب الموضوعي لجرائم الفساد، والعقوبات المقررة لها وفقا للأسس القانونية المتعارف عليها لفاعلية القانون، ونلخص الجوانب الموضوعية والعقوبات في الآتي:

أولاً: موضوع تشريعات محاربة الفساد:

- 1- الاعتداء على المنشآت النفطية، وقد أعطى المشرع الليبي اهتماما خاصا للمنشآت النفطية لدورها في الاقتصاد الليبي.
- 2- الاعتداء على المنشآت العامة، ومستودعات المواد الأولية والمنتجات والسلع الاستهلاكية.
- 3- تهريب البضائع والأموال كالتقود والسبائك والمصوغات الذهبية.
- 4- السرقة والكسب غير المشروع بسبب تولي الوظيفة العامة.
- 5- الاختلاس وإساءة استخدام السلطة.
- 6- المضاربة في الأسعار، البيع بدون ترخيص، مخالفة التسعيرة المحددة قانونا، الاحتكار، السمسرة.
- 7- استغلال ظرف الدولة عندما تكون في حالة الحرب.

ثانياً: أهم عقوبات جرائم الفساد في التشريعات المشار إليها آنفاً:

- 1- عقوبات الإيذاء وانحصرت في الإعدام.
- 2- العقوبات المقيدة للحرية: الحبس والسجن، والمدد تختلف باختلاف الجريمة، ففي بعض الصور تحدد المدة، ولا دور في هذه الحالة للقاضي في تحديد المدة كالسجن المؤبد، وفي الغالب الأعم يحدد الوصف، أو الحد الأدنى أو الأعلى.
- 3- العقوبات المالية، الغرامة، واختلفت النصوص في قيودها، ففي بعض الصور حدد الحد الأعلى وهو الغالب، وفي بعضها تحدد وفقا لموضوع الجريمة، كالأموال المهربة، وفي بعض الأحيان حدد الحد الأدنى.
- 4- عقوبات تكميلية، ومنها مصادرة الأموال محل الجريمة، تحديد مكان الإقامة، تحديد أماكن التردد، الحرمان من الحقوق المدنية كلاً أو جزءاً⁽¹⁾.

(1) موسوعة القوانين الجنائية والقوانين المكملة لها- الجزء الأول قانون العقوبات والقوانين المكملة له- ط الأولى 2006م- مطابع وزارة العدل. ص 245-257، 255، 246-248، 422، 415، 265. الجريدة الرسمية العدد 6 لسنة الثالثة- 214/12/14 منشور بأمر وزير العدل ص 613-621.

يبين لنا مما سلف بيانه محاربة أن موضوع هذه الجرائم المال، خاصة المال العام ووسائله، والجرائم المتعلقة بالوظيفة العامة، والعقوبات الأصلية تدور بين تقييد الحرية والإعدام، أما المالية فلم ترد إلا تبعا لعقوبات تقييد الحرية والإعدام، والغالب في العقوبات هو تقييد الحرية، أي السجن أو الحبس، وكان معيار العقوبة هو الخطورة الإجرامية حسب وجهة نظر المشرع. لقد قسم جمهور الفقهاء موضوعا الجرائم من حيث المبدأ إلى كليات، وأرجعوا كل حد إلى كلية من هذه الكليات.

ورد في فتح القدير في تبرير تأخير السرقة عن بقية الحدود: (لما كان المقصود من الحدود الإنزجار عن أسبابها بسبب ما اشتملت عليه من المفسد روعي في ترتيبها في التعليم ترتيب أسبابها في المفسد، فما كان مفسدته أعظم يقدم على ما هو أخف... وأعظم المفسد ما يؤدي إلى فوات النفس وهو الزنا لما تقدم من كونه قتلا معني، ويليه ما يؤدي إلى فوات العقل وهو الشرب لأنه كفوات النفس... ويليه ما يؤدي إلى فساد العرض وهو القذف، ويليه إلى ما يؤدي إلى فوات المال فأخره.)⁽¹⁾

وورد في البحر الرائق في بيان مصلحة تشريع الحدود: (لأنها شرعت لمصلحة تعود إلى كافة الناس، فكان حكمها الأصلي الانزجار عما يتضرر به العباد وصيانة دار الإسلام عن الفساد، ففي الزنا صيانة الأنساب، وفي حد السرقة صيانة الأموال، وفي حد الشرب صيانة العقول وفي حد القذف صيانة الأعراض، فالحدود أربعة)⁽²⁾.

وفي الدخيرة في تحديد الكليات: (قاعدة: الكليات الخمس على تحريمها الشرائع والأمم، تحريم الدماء والأعراض والعقول والأنساب والأموال، فيمنع القتل والجرح والمسكرات والزنا والسرقة)⁽³⁾.

إن الفرق بين عبارة القرافي وعبارتي الفقه الحنفي أن عبارة القرافي أكثر عمومية من حيث لفظها، لأنها لم تشر بشكل صريح للحد، فصيانة الكلية كما يكون بالحد يكون بالتعزير الذي هو من جنس الحد، وأعتقد أن هذا سبب عدم استخدام القرافي للفظ الحد، وهذا لا يعني أن الأحناف استبعدوا التعزير هنا؛ لأن كل حد يتبعه تعزير من جنسه، وانفتحت عبارات المدرستين

(1) شرح فتح القدير لابن الهمام 218/4.

(2) ابن نجيم، البحر الرائق 4/5.

(3) القرافي، الدخيرة 47/12.

في عدم ذكر الحراية، إلا أن عبارة ابن نجيم أكثر صراحة في استبعاد الحراية، وإن أمكن دخولها في السرقة ضمناً، ويؤيد هذا أن الأحناف تناولوا الحراية والسرقة تحت كتاب واحد.

إن ما يهمنا في هذا البحث أن الكلية التي يعود لها تشريعات محاربة الفساد هي الأموال، فهل التعزير يتبع حد السرقة، وهل الحراية من ضمن السرقة، وهل حد السرقة يعد قيّداً على تشريعات محاربة الفساد، هذا ما سنناقشه وفق الرؤية التي اعتمدها لتقسيم الجرائم في الفقه الإسلامي، مع عرض الإشكالية التي تثيرها النظرة السائدة في تقسيم الجرائم.

إن جرائم محاربة الفساد تعود من حيث الأصل لكلية المال، وبالتالي تعود أحكام التجريم فيها للسرقة، باعتبارها كلية لصيانة المال، ولها ارتباط غير مباشر بالحراية، باعتبار أن جرائم محاربة الفساد اختصت بالمال العام، أو استغلال الوظيفة للاكتساب، أو الاعتداء على مؤسسات الدولة وسلطانها.

إن موضوع الجرائم الوارد ذكرها في الفقرة الأولى من هذا المطلب لا تخرج عن أحد أمرين، إما الحصول على منفعة، أو الاعتداء على الدولة ومؤسساتها، صاحب هذا الاعتداء كسب مالي حقيقة أو حكماً أم لا.

إذا اعتمدنا تقسيم الجرائم إلى حد وتعزير فإن العقوبات الواردة في تشريعات محاربة الفساد السابق الإشارة إليها تخالف أحكام الفقه الإسلامي.

وفي إطار المرحلة التشريعية المقبلة على افتراض أن المشرع أراد معالجة هذه الإشكالية فسيكون أمام أحد خيارين، إما الإخلال بالفاعلية عند عدم توفر شروط الحد وهو الغالب أو التخلي عن الهوية الإسلامية لتشريعات محاربة الفساد.

إن معالجة هذه الإشكالية من أهم أهداف البحث، فهل تحقق الرؤية التي اعتمدها لتقسيم الجرائم في الفقه الإسلامي في المبحث الأول من هذا البحث توازناً بين الهوية والفاعلية، هذا ما سيوضحه تطبيق الرؤية على تشريعات محاربة الفساد.

إذا كان حد السرقة أساس صيانة المال، والحراية والسرقة يمثلان حدين متكاملين ومتداخلين، فإلى أي مدى يمكن تأصيل شرعية تشريعات محاربة الفساد على مستوى التجريم والعقاب؟

أولاً: الجرائم التي تعود للسرقة، ولا تتضمن معنى واضحاً للحراية.

إن جرائم سرقة المال العام والكسب غير المشروع بسبب تولي الوظيفة العامة، والاختلاس وإساءة استخدام السلطة للحصول على منفعة لا تتحقق في معظمها السرقة الحدية لفقد

شرطها، وهذا يعني أنها من باب التعزير، وعقوبات هذه الجرائم متنوعة باعتباريات متعددة، باعتبار الشدة والتخفيف، فهي تصل إلى الإعدام والسجن المؤبد، وتخفف إلى الحبس، وباعتبار نوع العقوبة فهي تتنوع إلى عقوبات مقيدة للحرية والإيذاء الجسماني والعقوبات المالية وعقوبات تكميلية أخرى كالحرمات من الحقوق المدنية، فما مدى موافقة هذه العقوبات للشريعة وفقا للرؤية المعتمدة.

ملخص الرؤية التي اعتمدها لجرائم الأموال:

أن السرقة هي الحد المقرر لصيانة الأموال، والعقوبة هي القطع، وإذا افتقد شرط من شروط الحد يعاقب بعقوبة تعزيرية، والعقوبة التعزيرية الأصلية الحبس والضرب، والضرب جنس الإيذاء، والإيذاء يصل للقتل، ويجوز الجمع بين الإيذاء والحبس، ويجوز في التعزير أن يتجاوز الحد، أي يجوز أن تصل عقوبة الإيذاء للقتل، وبهذا تتجاوز الحد وهو القطع، وهذا النوع من العقوبة عرف في الفقه الإسلامي بالقتل سياسة، ومعيار تقدير هذه العقوبات هو الإنزجار، والوصف التحريمي، كما أنه يجوز في التعزير البدائل، ولم يقتصر الأمر على العقوبات الواردة في النصوص أو الحدود، فالحد إذا اقترن بوصف تحريمي أو لم يكن زاجرا يجوز تشديد العقوبة ولو كان من باب الحد.

إن الجرائم الواردة بتشريعات محاربة الفساد والمتعلقة بالمال إما أن تكون من باب السرقة، أو الحراية، أو تعزيرا ليس من جنس الحد، فعدم رجوع هذه الجرائم لبقيّة الحدود كالزنا والذنف والشرب ظاهر، فما كان منها من باب السرقة وفقد شرطا من شروط الحد انتقل إلى التعزير، والتعزير هنا ليس من جنس الحد، وهذا النوع من التعزير يجوز أن يتجاوز الحد، والعقوبات التي قررها فقهاء الأحناف تدور بين تقييد الحرية والإيذاء، وتقييد الحرية عندهم⁽¹⁾ يستوعب الحبس والسجن في القانون، وعقوبة الإيذاء تشمل القتل، وبالتالي فإن أحكام التعزير من غير جنس الحد تعد أصلا شرعيا لكل العقوبات الواردة بتشريعات محاربة الفساد محل الدراسة، ورأي الأحناف القاضي بجواز زيادة العقوبة عن الحد إذا تضمن الفعل وصفا تحريميا على الحد يعد أصلا شرعيا لعقوبة الإعدام أو السجن المؤبد إذا تمت سرقة المال العام في حالة الحرب.

(1) يتفق الشافعية والحنابلة مع الأحناف في أصلهم لتقسيم الجرائم، وعليه فإن كل ما كان رأي الأحناف أصلا شرعيا له في موضوع البحث كان رأي الحنابلة والشافعية أصلا له، وينفس الضوابط.

أما الجرائم التي لا تعود للسرقة، فإما أن تكون من باب الحرابة أو التعزير من غير جنس الحد، وفي الوصفين - الحرابة، التعزير من غير جنس الحد - يعد رأي الأحناف أصلاً شرعياً لعقوبات الحبس والسجن والقتل، لأن الجريمة إما أن تكون من باب حد الحرابة والحبس من عقوبات حد الحرابة وتحديد مدته مقررة لولي الأمر قولاً واحداً، وتمثل عقوبة الحبس أو السجن الجانب التعزيري لحد الحرابة عند الأحناف، أما إذا فقدت شرطاً من شروط الحرابة واختلفت صورة ومعنى عن حد الحرابة انتقلت إلى التعزير من غير جنس الحد وهذا الوصف يجعل رأي الأحناف أصلاً شرعياً لعقوبات السجن والحبس والإعدام لجرائم الفساد محل الدراسة.

إن أساس اعتماد رأي الأحناف ومن وافقهم من الشافعية والحنابلة في أساس تقسيم الجرائم أصلاً شرعياً لعقوبات الإعدام والحبس والسجن بني على تقسيم الأحناف للجرائم على أساس الجريمة لا العقوبة، وأن التعزير لا يتقيد بالحد إلا إذا كان من جنسه صورة ومعنى، باعتبار أن الحد يمثل الحد الأعلى للجريمة، وأنه يجوز استبدال العقوبات، والجمع بين الإيذاء والحبس، وأن معيار العقوبة وصف التحريم والجزر، فزيادة الوصف التحريمي يترتب عليها زيادة العقوبة ولو كانت حدية، وفي هذا لا يختلف رأي المالكية عن الأحناف، بل إن المالكية أوسع في هذا حيث أجازوا زيادة التعزير عن الحد دون اشتراط أن يكون من جنسه من حيث الظاهر، وإن تضمنت التطبيقات التوافق التام بين المالكية والأحناف في الأسس، وهذا يعني ضرورة صلاحية تقسيم المالكية للجرائم أساساً شرعياً لعقوبات الإعدام والحبس والسجن، وبهذا تكون العقوبات المقررة لجرائم الفساد موافقة لأحكام الشريعة الإسلامية وفقاً لرأي المالكية أيضاً.

ولعل سائلاً يسأل: إذا أمكن تأصيل شرعية عقوبات الإعدام والحبس والسجن فما هو حكم العقوبات التبعية والتكميلية، كالغرامة والحرمان من الحقوق المدنية؟

إن تعدد العقوبات للجريمة الواحدة محل اتفاق بين جمهور الفقهاء كأصل عام، وإن اختلفوا في تفاصيل الجمع، ففي الجمع بين الجلد والتغريب في حد الزنا عند المالكية⁽¹⁾ والحنابلة⁽²⁾ والشافعية⁽³⁾، والجمع بين الضرب والحبس في التعزير عند الأحناف⁽⁴⁾ كفاية في شرعية الجمع

(1) الدسوقي، حاشية الدسوقي 322/4.

(2) ابن قدامة، المغني 159/12.

(3) الشريبي - شمس الدين محمد بن محمد الخطيب - مغني المحتاج تح طه عبدالرؤف سعد - تقديم عماد زكي

البارودي - راجعه محمد عزت - القاهرة - مصر - المكتبة التوفيقية - ب ط - ب ت - 62/5.

(4) ابن الهمام، شرح فتح القدير 216/4.

بين أكثر من عقوبة للجريمة الواحدة ولو كانت حدية، ولا فرق في موضوع البحث بين ما إذا كان الجمع أصلاً أم استثناء ما دام الجمع معللاً، ودليل التعليل التفرقة بين الذكر والأنثى في التعريب، والجمع بين الحبس والضرب إذا لم تكن أحد العقوبتين زاجرة.

وإذا كان الجمع بين أكثر من عقوبة واستحداث عقوبة لا يخلو من أصل شرعي فإن المسألة تدخل ضمن التفاصيل، ولم تخل مدرسة من ذكر عقوبات تكميلية، ولم يختص الأمر بالتعزير بل شمل الحدود أيضاً، ولما كان موضوع تشريعات محاربة الفساد أقرب للتعزير منه للحدود⁽¹⁾، فإن سلطة ولي الأمر أوسع، خاصة وأن جميع العقوبات التكميلية لم تخل من أصل شرعي، وإن لم تكن محل اتفاق، لأن الشرعية لا يشترط فيها الاتفاق بل يكفي للتأصيل القول المعتمد.

إن العقوبات التكميلية التي وردت في تشريعات محاربة الفساد لا تخلو من إشارة في الفقه الإسلامي، وقد جمعت عبارات شراح خليل هذه العقوبات في باب التعزير، ورد في حاشية الدسوقي في ذكر أنواع التعزير: (وقد يكون بالنفي كالمزورين، وقد يكون بالإخراج من الحارة كأهل الفسوق للمزورين، وقد يكون بالتصدق عليه بما باع به ما غشه، وقد يكون بغير ذلك كما يعلم من المواطن التي للحكام النظر فيها)⁽²⁾.

إن عبارة الحاشية علاوة على أنها تضمنت جنس العقوبات الواردة بتشريعات محاربة الفساد، ومنها العقوبات المالية، كالغرامة والمصادرة، وعقوبات الحرمان من الحقوق المدنية كمنع الإقامة، ختمت بعبارة عامة تعطي للحكام كل ما تقتضيه المصلحة.

يدل العرض السابق على وجود الأصل الشرعي لتشريعات محاربة الفساد في ليبيا في الجانبين، التجريمي والعقابي، وقد تحققت الشرعية دون مساس بمبدأي التناسب بين الجريمة والعقوبة، والتفريد العقابي وبما يحقق مقاصد التجريم والعقاب في التشريعات الوضعية.

ثانياً : الجرائم التي تعود إلى الحراية:

إن الحراية من أوسع الحدود، وأكثرها مرونة، في جانبها، التجريمي والعقابي، ففي الجانب العقابي شملت العقوبات المقيدة للحرية- الحبس والسجن- القتل نصاً، وبالتالي اعتبارها

(1) يراد بالحد والتعزير أحكام الجرائم لا أقسام الجرائم، وذلك وفقاً للصورة التي اعتمدها في هذا البحث لآراء الفقهاء.

(2) الدسوقي، حاشية الدسوقي 4/355.

أساساً شرعياً جرائم الفساد للمقررة في تشريعات محاربة الفساد أوضح، وأقوى، هذا إذا اعتبرنا جرائم الفساد من باب الحرابة، أما إذا خرجت من باب الحرابة فيطبق بشأنها ما ورد في الفقرة أولاً من هذه الفقرة .

إن التأصيل السابق ناقش الأسس والكليات ، ولم يتعرض للتفاصيل وللجانب العملي، أو النجاح في تحقيق المقصد، وكأن البحث بمثابة رسم الخطوط العريضة لتشريعات محاربة الفساد بما يحقق الهوية يعطي المشرع آليات إصدار تشريعات فاعلة، والاستفادة من تطور التشريعات الجنائية دون إخلال بتحقيق الشرعية التي تمثل هوية المجتمع الليبي.

إن المهم في هذا البحث أن نظام التجريم والعقاب في الفقه الإسلامي لا يعد عقبة أمام المشرع الجنائي في سبيل تحقيق مقاصد التشريع، وهي الزجر والتناسب بين الجريمة والعقوبة، والتفريد العقابي بسبب قيود الحد، وقد تبين هذا من خلال تطبيق أحكام الفقه الإسلامي على نموذج قانوني بني على فلسفة الجريمة والعقوبة في القانون الجنائي الوضعي بكل أسسها، واستبان من خلال وضع هذه التشريعات في ميزان الفقه الإسلامي الموافقة التامة للفقه الإسلامي، وإمكانية تأصيل كل نصوص هذه التشريعات في شقبي التجريم والعقاب.

إن هذا التوافق بين أحكام تشريعات محاربة الفساد في ليبيا والفقه الإسلامي لا يعني ضرورة فاعلية هذه التشريعات، لأن فاعليتها يعود لتقدير المشرع للواقع ومتطلباته، وهل كان موفقاً أم جانبه الصواب، وهذا خارج دائرة البحث.

إن ما ذكر من أسس شرعية يعتمد لأي تشريع وضعي لمحاربة الفساد، ويعطي المشرع قاعدة شرعية يمكن من خلالها تحقيق الهوية الإسلامية للتشريع مع كفالة التناسب بين الجريمة والعقوبة، والتفريد العقابي، وهما أساس فاعلية التشريع الجنائي.

يطرح سؤال مفاده: هل يمكن الاستفادة من تطور الأنظمة التشريعية الجنائية الغربية، والاستفادة من الاتفاقيات الدولية في ظل الرؤية المقدمة للفقه الإسلامي، والتي تم على أساسها تأصيل كل نصوص تشريعات محاربة الفساد الليبية؟

إن الأسس السابقة تعطي سلطة واسعة لولي الأمر في التجريم والعقاب، وترتبط التجريم والعقاب بتحقيق المصالح ودفع المفسد، وتضييق من دائرة قيود الحد بما يكفل الاستفادة من الأنظمة التشريعية المتطورة، والاتفاقيات الدولية بالخصوص.

إن نقطة الخلاف الأساسية من حيث الأسس بين التشريعات الوضعية والتشريع الإسلامي هي قيود الحد، وهي العقبة أمام الاستفادة من تطور الأنظمة التشريعية المختلفة، وإعادة النظر

في هذا الأساس معالجة لأهم عقبة أمام المشرع لتحقيق الهوية في تشريعاته، والإحاطة بكل إشكاليات الموضوع وإيضاح معالمه تحتاج لفريق عمل، وتكاتف الجهود، ولا يمكن حسم المسألة من خلال ورقة زمنها محدود، وزوايا النظر فيها قاصرة، عليه فإن هذا البحث لا يتجاوز الدعوة لإعادة التفكير في تقسيم الجرائم في الفقه الإسلامي وضوابطه.

الخاتمة:

بهذا نكون قد انتهينا من هذا البحث، بعد الدراسة والتحليل والنقاش، ونأمل من الله أن نكون قد ساهمنا، ولو بشيء قليل في إثراء المكتبة الإسلامية، وإزالة اللبس، وكشف النقاب عن بعض المسائل العالقة، والتي أثارت جدلا كثيرا، وإتماما للفائدة نختم هذا البحث بأمر النتائج، ونلخصها في الآتي:

- تدل عبارات جمهور الفقهاء على أن الجريمة هي أساس تقسيم الجرائم، والحد والتعزير من أحكام التجريم والعقاب، حيث أن بعض الجرائم وضع لها حدا أعلى، وهو الحد الذي لا يخضع لسلطة ولي الأمر، وما دونه تعزير لا يتجاوز حد جنسه.
- إن الحد هو مرحلة اكتمال الجريمة، فاكتمال الجريمة يقابله اكتمال العقوبة، وإذا اقترن بالحد وصفا تجريميا جاز الزيادة في العقوبة، وانتقل إلى تعزير فيما يتعلق بالعقوبة لا جنس الجريمة، فالحد يقابل الحد الأعلى للعقوبة في التشريعات الوضعية، وهذا لا يخلو منه تشريع، وإن ضاقت دائرته، ففي التشريعات محل الدراسة عقوبتي الإعدام والسجن المؤبد عقوبة حدية بمعيار الفقه الإسلامي.
- إن الجريمة من غير جنس الحد تعزير لا يتقيد بالحد، ويجوز أن يتجاوز الحد، ويجوز فيه استبدال العقوبة، والجمع بين العقوبات.
- إن معيار التجريم والعقاب في الفقه الإسلامي الزجر والوصف التجريمي، وبما يحقق التفريد العقابي والتناسب بين الجريمة والعقوبة، ولهذا جازت الزيادة في الحد إذا اقترن به وصفا تجريميا، وزيادة التعزير وزيادته عن الحد إذا كان تقيد بالحد لم يكن زاجرا.
- إن الكلية التي يعود لها تشريعات محاربة الفساد ضمان صيانة المال، والحد الذي تعود له هذه التشريعات السرقة أو الحراية، وما اختل شرط الحد فيه يعود للتعزير من غير جنس الحد.
- إن آراء جمهور الفقهاء (أحناف - مالكية - شافعية أحناف حنابلة) تعد أصلا شرعيا لعقوبتي تقييد الحرية والإعدام المقررة لجرائم الفساد بمقتضى تشريعات محاربة الفساد الليبية، وفقا لأحكام التعزير وعلاقته بالحد، أو وفقا لأحكام الحراية.
- إن العقوبات التكميلية المقررة لجرائم الفساد من غرامة وحرمان من الحقوق المدنية لا تخلو من أصل شرعي، وإن اختلفت عبارات جمهور الفقهاء في الدلالة على شرعيتها.

- إن تقسيم الجرائم على أساس الجريمة يساهم في معالجة إشكالية الجمع بين الهوية الإسلامية وفاعلية تشريعات محاربة الفساد، حيث تضمن هذا الأساس مراعاة التناسب بين الجريمة والعقوبة، وهما أهم معايير الفاعلية التي اعتقد البعض بفقدانها بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية.
- إن التأسيس الشرعي لتشريعات محاربة الفساد تضمن أسسا تمكن المشرع من الاستفادة من تطور النظام التشريعي لمحاربة الفساد خاصة والتشريعات الجنائية عامة، كما يمكن المشرع الاستفادة من الاتفاقيات الدولية بالخصوص.
- إن الإشكالية أساسها قراءة الفقه وليس الفقه، ولهذا ندعو لإعادة قراءة الفقه الإسلامي.
- إن هذه القراءة محاولة للتنبية على ضرورة تعدد زوايا النظر للمعبارات الفقهيّة، وللقراءة الشاملة.

قائمة بأهم المراجع

- أبو زهرة - محمد أبو زهرة - الجريمة والعقوبة- القاهرة - دار الفكر- ب ط سنة 2006م.
- ابن عابدين - محمد أمين - حاشية رد المحتار على الدر المختار - بيروت - دار الفكر - طبعة جديدة ب ت.
- ابن حزم - محمد علي بن أحمد بن سعيد - المحلى - تح أحمد شاكر - القاهرة دار التراث - ب ط- ب ت.
- ابن رشد الحفيد- محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد - بداية المجتهد ونهاية المقتصد- بيروت- دار الكتب العلمية- ط العاشرة سنة 1988م.
- ابن عابدين - محمد أمين - حاشية رد المحتار على الدر المختار - بيروت - دار الفكر - طبعة جديدة ب ت 294/5.
- ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد، 1988م، المقدمات، تحقيق: سعيد أحمد أعراب، ط1، بيروت، دار الغرب الإسلامي ط الأولى سنة 1988م.
- ابن قدامة- أبو محمد عبدالله بن أحمد- المغني- ويليه الشرح الكبير لأبي فرج بن قدامة، القاهرة - دار الحديث-ب- ط سنة 2004م .
- ابن الهمام- كمال الدين محمد بن عبدالبواحد السيواسي السكندري الحنفي- شرح فتح القدير - لبنان- سوريا- الكويت- دار النوادر- ط الأولى- 2012م .
- بهنسي- أحمد فتحي بهنسي- الموسوعة الجنائية في الفقه الإسلامي- بيروت- دار النهضة العربية- ب ط سنة 1991م/334 وما بعدها.
- الحطاب - أبو عبدالله محمد بن بن عبدالرحمن المغربي - مواهب الجليل لشرح مختصر خليل - ومعه التاج والإكليل للمواق - بيروت - دار الفكر - ط الثالثة 1992م.
- الدسوقي - شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - دار الفكر - ب ط - ب ت .
- الزحيلي- د/وهبة الزحيلي- الفقه الإسلامي وأدلته-دمشق- دار الفكر ط العاشرة سنة 2007- 6605/8 وما بعدها.
- سحنون- سحنون بن سعيد التنوحي- المدونة الكبرى للإمام مالك - ضبط أحمد عبدالسلام - بيروت - دار الكتب العلمية - ط الأولى 1994م.

- الإمام الشافعي - أبو عبدالله محمد بن إدريس - الأم - تعليق محمود مطرجي - بيروت - دار الكتب العلمية - ط الأولى 1993م.
- الشربيني - شمس الدين محمد بن محمد الخطيب - مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج - تح عماد زكي البارودي وغيره - القاهرة - المكتبة التوفيقية - ب ط - ب ت.
- القرافي - شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي - الدخيرة - تح الأستاذ محمد بوخبزة - بيروت لبنان - ط الأولى 1994م.
- الكاساني - علاء الدين أبو بكر بن محمد - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - مصر - مطبعة الجمالية - ط الأولى 1910م.
- الميداني - الشيخ عبدالغني الغنيمي الميداني - تح عبدالمجيد طعمه حلبي - لبنان - بيروت - دار المعرفة - ط الأولى 1998م.
- الماوردي - أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي - الحاوي الكبير - ويليه بهجة الحاوي لابن الماوردي - بيروت - دار الفكر - ب ط - سنة 2003م.
- النفراوي - أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي الأزهرى - الفواكه الدواني على رسالة بن أبي زيد القيرواني - لبنان بيروت - المكتبة العصرية - ط الأولى 2005م.

ملاح من ضوابط التجريم والعقاب في القوانين الجنائية الخاصة والمكملة

مقدمة:

إن الطبيعة المتغيرة لسياسة التجريم والعقاب، تحتم على المشرع من حين إلى آخر إعادة النظر في سياسته تبعاً لتغير الظروف، وهذا قد يقتضي في بعض الأحيان تدخل المشرع بإعادة تقييم النموذج التجريمي لبعض الجرائم، وقد يكون ذلك في شكل إضافة عناصر جديدة للتجريم، لا تلغي النص القائم ولكنها ستمثل نصاً خاصاً رأي المشرع أن محتواه التجريمي اقتضي ضرباً خاصة من العقاب تخفيفاً أو تشديداً بحسب الأحوال، وهو ما ينتج عنه وجود قانون عقابي خاص، وأحياناً يجد المشرع أن تدخله بتجريم بعض الأفعال غير المجرمة أصبح أمراً ضرورياً بعد أن صارت تلك الأفعال تمثل نمطاً سلوكياً يهدد مصالح جديرة بالحماية لم تكف صور الحماية غير الجنائية لصيانتها فيضع بذلك نصوصاً تكمل نصوص قانون العقوبات.

لا جدال في أن سلطة المشرع - من ناحية الصلاحية التشريعية - في إحداث هذا التعديل في مجال التجريم والعقاب، تكاد تكون مطلقة لا يحدها إلا شرط الضرورة كقيد على سلطة التجريم، غير أن هذه السلطة تكون مقيدة من - ناحية الفن التشريعي - بضرورة ضبط مسألة الموامة والاتفاق بين القانون الوافد من ناحية والقواعد القائمة في النظام القانوني من ناحية أخرى، فالقانون الخاص أو المكمل هو في حقيقته قانون منتمي إلى منظومة قائمة تتضمن العديد من القيم الراسخة، فإذا كان ذلك القانون من الممكن أن يخرج عن تلك القيم الراسخة بقواعد ستمثل استثناء على تلك القيم، فإن مفهوم الاستثناء قد لا يكون في كثير من الأحيان كافياً لإقالة القصور الذي يعترى القانون الخاص أو المكمل، وذلك متى استحدثت مفاهيم جديدة تناقض مفاهيم النظام القائم و دون أن يتضمن قواعد خاصة تكفل تطبيقها، أو عند إغفاله النص على مسائل لا يمكن سد الفراغ بشأنها بالرجوع للقواعد العامة في ذلك النظام.

إن مشكلة القوانين الخاصة والمكملة، في المجال الجنائي، تبدو أكثر وضوحاً بشأن القوانين المستمدة من الشريعة الإسلامية، لكون هذه القوانين تستقي أحكامها من نظام مختلف لتطبق في إطار منظومة مختلفة، فسترتبط بحكم هذا الاختلاف بقواعد خاص بها وآليات للتطبيق لا تقابلها مماثلة لها في النظام الوافدة إليه والعكس صحيح، وهو ما يثير الكثير من الصعوبات في شأن فهم و تطبيق تلك القوانين، سواء عند وجود نص متضمن حكم لا يعرفه النظام الوضعي أو عند خلو القانون من نص ينظم مسألة لا يستقيم تطبيق القانون إلا ببيانها، بحيث يكون النص

كسبحا غير قابل للتطبيق لغموضه، فضلا عن أن فلسفة النص الشرعي في مجال التجريم والعقاب قد لا تتفق في جميع الأحوال مع الثقافة القانونية الوضعية.

إن فهم هذه العلاقة بين القانون الخاص أو المكمل من ناحية والنظام القانوني القائم من ناحية أخرى، يقتضي تقديم نموذج يجسد حالة التناقض أو على الأقل عدم الانسجام، تلك الحالة التي لا تقوم في الغالب - على فكرة ضعف مضمون النص وإنما على اختلاف أساسه مع النظام الذي أصبح منتما إليه، ونجد في هذا الشأن أن القانون رقم 18 لسنة 2016 بشأن تعديل بعض أحكام قانون القصاص والدية رقم 6 لسنة 1996 أنموذجا مثاليا لطرح هذا النوع من العلاقة، وذلك لتأكيد أهمية العناية بالصياغة التشريعية لمضمون النص الشرعي ومواءمته مع النظام القانوني القائم؛ فإذا تجاوزنا شبهة عدم الدستورية التي تشوب إصدار هذا القانون من حيث ولاية الجهة المصدرة، فإنه يعبر عن اتجاه تشريعي لمسألة تقنين أحكام القصاص والدية، وهو من هذه الناحية يكون جديرا بالدراسة من ناحيتين: الأولى تتعلق بمدى استجابة هذا التعديل للأهداف العامة للتجريم والعقاب، والثانية بمدى توافقه مع الأسس العامة للنظام القانوني الليبي؛ ولهذا فإننا في هذه الفسحة لا نتطلع إلى تعقب هذا القانون في كل هنات وهفوات المشرع بشأنه، بقدر ما نسعى إلى تلمس منهج محدد يتجاوز فكرة النقد الجزئي إلى التقييم العام لسياسة استقاء مضمون القاعدة القانونية ومدى نجاح المشرع في دمجها في محيطها القانوني الذي وفدت إليه "إن جاز التعبير"؛ ولهذا فإننا سنتناول تقييم هذا القانون من حيث علاقته بالنظام القانوني الليبي في محورين، الأول يتعلق بأهداف التجريم والعقاب والثاني بالأسس العامة للقانون الليبي.

المحور الأول

موافقة القانون للأهداف العامة لسياسة التجريم والعقاب

ليس من أهداف المشرع -دائماً- إسباغ الأفعال بصفة التجريم، فهذا الأخير ضرورة تقدر بقدرها، فكلما غاب النص المجرم ثبت للفعل أصله وهي الإباحة، ولذا لم يكن مقبولاً عندنا - في مناسبات مختلفة - وصف غياب نص التجريم في بعض الحالات بأنها حالة فراغ تشريعي، فذلك الفراغ المدعى ينفيه نص مبدأ الشرعية، إلا أنه مع ذلك، إذا اتجهت إرادة المشرع إلى تجريم الفعل وشاب نص التجريم عيب يتضح معه قصور النص عن مراده، فخرجت عن التجريم حالات ينبغي -بالترسيخ العام للنص- خضوعها له، فإننا في هذه الحالة نكون بصدد فراغ في مجال التجريم، وقد يبدو هذا الفراغ ليس مجرد عيب بسهوه من المشرع، ولكنه قصور في فن صياغة النص أو لعدم إمام بالمنظومة القانونية التي أصبح النص منتمياً إليها، وهذه بالذات إحدى نقاط الضعف التي اكتنفت القانون موضوع التعليق (النقطة الأولى).

كما أن مبدأ التدرج في العقاب يعد من أهم سمات النظام القانوني الوضعي، لكونه يقوم على فكرة التفريد كأهم مكنسبات النظام الوضعي الحديث⁽¹⁾، على اعتبار أن ظروف الواقعة تختلف بحسب ما يحيط بارتكابها من ملبسات تعكس مستوى خطورة الجاني، وهو ما يُحدد على ضوءه مستوى العقاب الذي يستحقه، فتكون ظروف التخفيف والتشديد وظروف الجاني الشخصية تبعاً لذلك هي الأساس الذي يحدد مقدار العقوبة تشريعياً.

قطعاً نحن هنا لا نقول إن كل الجرائم لها ظروف مشددة أو مخففة، ولكن طائفة مهمة منها ترتبط بمثل هذه الظروف، فما موقف القانون موضوع التعليق من مثل هذه الظروف؟ وما علاقة هذا الموقف بدور طلب أولياء الدم في طلب القصاص؟ العلاقة بين نص قانون القصاص والدية موضوع التعليق ذي المصدر الشرعي و النظام القانوني الليبي الذي يعرف تاريخياً نظاماً متدرجاً لعقوبة القتل العمد، هذه العلاقة هي التي تطرح هذا التساؤل وتعطيه أهميته (الفقرة الثانية).

(1) هند بورنان، مبدأ تفريد العقوبة وتطبيقاته في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية،

قسم الحقوق، جامعة محمد خضير - بسكرة، الجزائر، 2015/2016، ص 7-8.

النقطة الأولى: الإحالة إلى قانون العقوبات " أزمة الفراغ التشريعي " :

تضمن القانون موضوع التعليق إحالة على نصوص قانون العقوبات بشأن بعض المسائل، فالمادة الأولى من هذا القانون نصت على تطبيق نصوص قانون العقوبات في حالة امتناع القصاص في القتل العمد ، حيث نصت هذه المادة على انه " يعاقب بالإعدام قصاصا كل من قتل نفسا معصومة عمدا، وفي حالة امتناع القصاص بسبب العفو من له الحق فيه أو غيره من الأسباب المحددة شرعا حسبما ما تقتضيه المادة 7 من هذا القانون تطبق أحكام قانون العقوبات"، كما أشارت المادة الثانية /ج/ والثالثة من القانون موضوع التعليق إلى إحالة مماثلة لقانون العقوبات بشأن القتل الخطأ عندما نصت على أنه "بالإضافة إلى العقوبات المقررة بشأن من قتل نفسا خطأ الواردة في المادة 377 من قانون العقوبات العام والمادة 59 من قانون المرور على الطرق العامة يحكم القاضي بالدية المقررة شرعا على العاقلة وفقا للأحكام المقررة في هذا القانون".

في الواقع أن مثل هذه الإحالات تثير إشكالية تحديد النصوص الواجبة التطبيق في قانون العقوبات، بحسبان أن هذه الإحالة تحيي من جديد الجدل القانوني حول العلاقة بين نصوص قانون العقوبات المتعلقة بالقتل العمد والخطأ من ناحية ونصوص قانون القصاص والدية من ناحية أخرى، أي علاقة إلغاء أم تقييد ، أم هي علاقة نص أصلي وآخر احتياطي؟ ولاشك أن حسم هذه الإشكالية وإعادة طرحها يكتسي أهمية خاصة في ظل القانون موضوع التعليق ، فالإحالة المنصوص عليها في هذا القانون نقلت الجدل حول مصير تلك النصوص من مجرد جدل فقهي إلى مشكلة تشريعية يمكن أن تمس فلسفة و فاعلية النص وقدرته على التطبيق، حيث إن هذه الإحالة تتعلق بحالة امتناع تطبيق قانون القصاص والدية، وهو ما يعني أن تحديد مصير نصوص قانون العقوبات سوف يحدد إمكانية مواجهة التشريعية للفعل الإجرامي المتمثل في واقعتي القتل العمد والخطأ.

إذ يبدو واضحا أن واضع النص قد غفل عن حقيقة أن نصوص القتل - العمد والخطأ - خصوصا تلك المتعلقة بالجريمة في صورتها البسيطة والمشددة - ألغيت برمتها ضمنا بإعادة تنظيمها بصدور قانون القصاص والدية⁽¹⁾ عملا بنص المادة 2 من القانون المدني الليبي، سيما بعد تعديل قانون القصاص والدية بإلغاء شرط طلب أولياء الدم للقصاص من بين شروط وجوب

(1) محكمة عليا، طعن جنائي رقم: 42/373ق، جلسة 2002/1/12.

هذا الأخير⁽¹⁾، ولهذا فإن الإحالة المذكورة هي في حقيقتها إحالة على معدوم، ما يجعلنا أمام الكثير من حالات انعدام النص العقابي بشأن جريمة تصنف -وبحق- أنها أعظم الجرائم وأخطرها، خصوصا وأن طبيعة مجتمعنا الذي تلعب فيه العلاقات الاجتماعية دورا مهما في التأثير على أولياء الدم للعفو عن القصاص سفتح الباب- بسبب الوضع الجديد- أمام حالات غير مبررة لامتناع العقاب، حيث لا يمكن للقاضي تطبيق نص ملغي سيما بشأن مسألة تتعلق بالتجريم والعقاب. ولهذا فإننا بصدد كل حالات امتناع القصاص أو سقوطه وكذلك في حالة قتل النفس غير المعصومة ستكون الواقعة خارج حومة التجريم، على اعتبار أن نصوص قانون القصاص غير منطبقة و الإحالة لقانون العقوبات هي في حقيقتها إحالة على معدوم. إن إفلات الجناة من العقاب من خلال الإحالة إلى نصوص القتل العمد في قانون العقوبات الملغاة، تبدو حدثه من خلال ما تضمنه القانون موضوع التعليق من النص على عدم جواز الجمع بين الدية والإعدام تعزيرا ، ما يعني أن احد النظامين فقط هو الواجب التطبيق ، و إذا علمنا أن القانون ذاته نص في مادته الأولى على جواز التنازل عن الدية، فهذا يعني أننا يمكن أن نكون أمام وضع في غاية الشذوذ من الناحية القانونية والأخلاقية ، وذلك في الحالة التي يتنازل فيها أولياء الدم عن القصاص والدية معا ، فلا الدية تطبق ولا التعزيز كعقوبة بديلة يمكن تطبيقه لاستحالة الإحالة إلى قانون العقوبات للأسباب المتقدمة، وهو وضع - إذا سلمنا به - آية في السوء لم يعرفه قانون القصاص والدية في أسوأ أوضاعه فيما سلف.

ولإيجاد حل لهذه الفراغ التشريعي الناشئ عن الإحالة المعيبة لئنجي الواقعة من الإفلات

من دائرة التجريم، يمكن أن نسوق الفرضيتين التاليتين:

الأولى: يمكن أن يقال إن هذه الإحالة تعد بمثابة إعادة إنفاذ لتلك النصوص الملغاة، بحيث تكون الإحالة من المشرع لنص ملغي في حقيقتها إعادة إصدار لذلك النص بطريقة ضمنية، غير أن مثل هذا الفهم لا سند له، إذ نظرية الإلغاء التي يتبناها المشرع الليبي تصطدم بمثل هذا التصور والتي - أي هذه النظرية - بمقتضاها تفقد النصوص الملغاة فاعليتها وتسقط من قائمة التشريعات النافذة إلى أن يعاد إصدارها وفق الضوابط المحددة لإصدار التشريعات⁽²⁾، فالنص

(1) للاطلاع أكثر حول الموضوع /انظر: أ.طارق محمد الجملي، إشكاليات القصاص والدية في القانون الليبي دراسة تحليلية مقارنة بالتشريعين اليمني والسوداني، الطبعة الأولى، دار الساقية، بنغازي، ليبيا، 2008، ص33-34-35.

(2) في هذا السياق/ أنظر أ. الكوني عبودة، الساقط لا يعود، مقال غير منشور .

الملغي لا يعود للتطبيق إلا بإعادة إصداره، وإعادة الإصدار تتم وفق ضوابط لا يمكن أن تتخذ شكل الإجراء الضمني؛ ولهذا يمكن القول إن تغير الظروف التي أحاطت بعملية الإلغاء لا يترتب عليها عودة النص إلى فاعليته ونفاذه بشكل ذاتي⁽¹⁾.

أما الفرضية الثانية: يمكن من خلالها القول إن غياب النص المستوعب لواقعة القتل العمد لا يعني بالضرورة إباحة الفعل، فالنص الذي يجرم واقعة القتل المتجاوز للقصد يمكن أن يكون النص المنطبق على الواقعة دون إن يمثل ذلك قياسا محظورا ولا انتهاكا من وجه آخر لمبدأ الشرعية، فالمخالفة لمبدأ الشرعية تتحقق عندما ينطبق النص على واقعة يزيد النص على عناصرها، كأن نطبق نص القتل متجاوز القصد على واقعة القتل الخطأ، فعناصر جريمة القتل متجاوز القصد ليست متوافرة في الواقعة المنطبق عليها، ولهذا تطبيق النص في مثل هذه الحالة هو في الحقيقة تطبيق له في غير نطاقه، في حين أن انطباق النص على واقعة القتل العمد يعني أن النص يستوعب جزء من الواقعة وهذه الأخيرة تزيد عناصرها عن مضمون النص، فهو يستوعبها جزئيا لا العكس، وهو ما يجعل تطبيق النص بشأنها غير مغل بواعد العدالة. إذ نعتقد أن تطبيق هذا الفهم أقل حدة من إفلات الجناة من العقاب عند اعتبار نصوص القتل العمد ملغاة، وكذلك هو أقل حدة و وطأة على العدالة من تطبيق تلك النصوص الملغاة.

ولذا نعتقد أن هذا الفهم الأخير هو الأولى بالتطبيق بشأن وقائع القتل العمد، في حين بالنسبة للقتل الخطأ لا عقاب على الواقعة يمكن تطبيقه بحيث تكون الدية هي الجزاء المنطبق لامتناع الإحالة إلى قانون العقوبات كما سبق البيان.

النقطة الثانية: جريمة القتل العمد بين طلب القصاص وظروف التشديد :

شهدت التجربة التشريعية في ليبيا ثلاث مراحل في شأن تنظيم جريمة القتل العمد، بدأت بما نص عليه قانون العقوبات الصادر سنة 53م، وتلتها مرحلة صدور قانون القصاص والدية الذي نص على طلب القصاص كشرط للحكم بالإعدام، وأخيرا جاءت المرحلة الأخيرة والراهنه وهي التي ألغى فيها المشرع ضمنا طلب القصاص كأساس للحكم بهذه العقوبة⁽²⁾.

(1) ومع ذلك هناك حالة واحدة يمكن تصورها يعود فيها النص الملغي للتطبيق بشكل ذاتي، وهي الحالة التي يصدر فيها قانون بمادة واحدة تنص فقط على إلغاء قانون معين، ثم يصدر بعد فترة قانون يلغي القانون ذا المادة الواحدة، فهذا الإلغاء لا يفهم منه إلا أن المشرع أراد إزالة سبب إلغاء القانون الأول وهذا ما يقتضي عودته التلقائية للتطبيق.

(2) راجع في تفصيل ذلك/ طارق محمد الجملي، مرجع سق ذكره، ص 214.

لقد مثل طلب القصاص منذ صدور القانون رقم 6 بشأن القصاص والدية، إشكالية من حيث مدى جدواه، فجاءت سياسة المشرع مضطربة بشأنه، لتنتهي إلى إلغاء طلب القصاص من مفردات الثقافة الجنائية في ليبيا، وهذا - في رأينا - حكم قد لا يتفق وفلسفة هذه العقوبة بالنظر إلى مصدرها التاريخي. وقد عزز القانون موضوع التعليق هذا الاتجاه بالنص على وجوب القصاص دون التوقف على طلب أولياء الدم.

وواقع أن مسلك المشرع الليبي بمراحله المذكورة يمكن تحديد أسبابه من خلال جملة من الأسئلة كانت تطرح، فوضعت هذا الطلب في ميزان الجدوى من ناحية، وضرورات العقاب التي تهدف إلى الإصلاح والردع من ناحية أخرى، فتمثلت هذه الأسئلة في الآتي: هل يكفي طلب القصاص من جانب أولياء الدم للحكم بإعدام القاتل عمدا وإن لم يتوافر ظرف تشديد؟ وهل توافر ظرف من ظروف التشديد "التي عرفت لهذه الجريمة في صورتها التعزيرية"⁽¹⁾ يكفي للحكم بالإعدام وإن لم يطلب والياء الدم القصاص؟ ثم هل الحكم بالقصاص دون طلب أولياء الدم وعدم توافر ظرف مشدد يوافق السياسة الرشيدة للتجريم والعقاب لاسيما في شأن الأحكام المستمدة من الشريعة الإسلامية؟ وأخيراً هل يمكن التوفيق بين طلب القصاص وظروف التشديد في إطار نظرية واحدة؟.

في هذه الفسحة أُرغب في طرح هذه الأسئلة ومحاولة تلمس الإجابة عنها مستهديا في ذلك بالتجربة التشريعية لبعض الدول التي تتبنى نظام القصاص، محاولا إيجاد نسق ينسجم فيه التكييفين لجريمة القتل العمد "التعزيز والقصاص" دون مساس بالأصل التاريخي للنص من ناحية، ولا الغاية التي تهدف إليها نصوص العقاب بتعليق تطبيقها على مشيئة أولياء الدم فحسب. عموما فإن المشكلة تبدو بوضوح في مسألة التوفيق بين النص ذي المصدر الشرعي ووجود نصوص تعزيرية تعاقب على الجريمة وفقا للفلسفة الوضعية، والتي تقوم على أساس فكرة مؤداها أن نوع العقوبة ومقدارها يتحدد على أساس درجة الإجرام التي يفصح عنها سلوك المجرم، تلك الدرجة التي يفترضها المشرع عند وضعه لنص يرسم تصور معين لنموذج تجريمي، يرى أنه حال وقوعه فإنه سيكشف عن درجة خطورة تستحق قدرا محددا وحتمي

(1) قانون العقوبات الليبي كان يضمن نصوصا تشدد بموجبها عقوبة القتل العمد، وتسمى تلك الأحوال بظروف

التشديد، انظر المواد (369-370-371-372).

التوقيع من العقاب يلائم تلك الخطورة، ومقتضى الملاءمة في هذه الحالة يتجسد في مسألتين رئيسيتين ، هما كفاية الجزاء لتحقيق الردع بنوعيه ، وإصلاح الجاني في أن معا.

هذه النصوص الوضعية بفسفتها تلك تقابلها نصوص ذات مصدر إلهي تقوم على فلسفة مختلفة تماما في شأن جريمة القتل العمد تحديدا، فأحكام القصاص تقوم على فلسفة قوامها أن العقوبة التي توقع على القاتل عمدا تهدف إلى تحقيق هدف مباشر، وهو شفاء غليل أولياء الدم⁽¹⁾، بتوقيع عقوبة على القاتل مماثلة في جنسها وربما في أسلوب توقيعها لما اقترفه في حق مورثهم⁽²⁾، فذلك فضلا عن كونه يحقق الأهداف التعزيرية للعقوبة فهو يحقق هدفا قُصد بعينه وهو شفاء الغليل؛ ففلسفة عقوبة القصاص ليست قائمة على فكرة الردع وإن كان ذلك من مقتضياتها، ولذلك كان توقيع العقوبة رهنا بطلب أولياء الدم الذين لهم أيضا حق التنازل عنها، فهذا التنظيم يجسد تناقضا مع فلسفة العقوبة الوضعية، ويفصح - حسب فهمنا - عن استقلالية في طبيعة أهداف العقوبتين، فمن ناحية لا تحفل فلسفة القصاص بطبيعة الإجراء الذي أفصح عنه نشاط الجاني، ولا بدرجة خطورته تبعا لذلك، ولذلك لا تمايز بين الجناة في العقاب، لأن التمايز أساسه درجة الخطورة وهذه ليست محل اعتبار كما قدمنا.

إن هذا الاختلاف في الفلسفة بين عقوبة الإعدام قصاصا والعقوبة ذاتها في صورتها التعزيرية لا يُقبل معه إخضاع إحدى العقوبتين لنظام الأخرى، فإذا كانت عقوبة الإعدام قصاصا لا يشترط لتوقيعها سوى تحقق البنيان القانوني للجريمة متمثلا في ركنها مع طلب أولياء الدم للقصاص، فإن الإعدام تعزيرا يقتضي أن يتحقق في القاتل قدرا من الخطورة يستحق معه التشديد للوصول إلى هذا المصاف من العقاب ودون التوقف على مشيئة ورثة المتوفى، فالإعدام تعزيرا سلطة لا يملك إقرارها المشرع بإطلاق، فهو مقيد بالحاجة إليها وإلا عد مسرفا في العقاب وهو ما قد يصم مسلكه بعدم الدستورية.

إن هذه الحاجة لتوقيع عقوبة الإعدام تعزيرا تتمثل إذا في بلوغ الجاني قدرا من الخطورة يستدل عليها من خلال ظروف التشديد المرتبطة - ربما - تاريخيا بالصورة التعزيرية لهذه الجريمة، وفي المقابل فإن عقوبة الإعدام قصاصا لا يصار إلى تطبيقها إلا بطلب أولياء الدم، وإن

(1) أ. محمد أبو زهرة، فلسفة العقوبة في الفقه الإسلامي، القسم الثاني، مطبعة مخيمر، 1966، ص 173.

(2) تنص بعض التشريعات على تنفيذ عقوبة الإعدام في القتل بنفس الطريقة التي ارتكب بها المحكوم عليه جريمته، من ذلك ما تنص عليه المادة 3/38 من القانون الجنائي السوداني، حيث تنص على أنه "في حالة القتل يكون القصاص بالإعدام شفا، يجوز للمحكمة قتل الجاني بمثل ما قتل به إذا المحكمة ذلك مناسبا".

بلغت خطورة الجاني مبلغها وأي كانت الظروف المقترنة بالجريمة، ومهما كان مقدار الأذى الذي تعرض له الشعور العام بالعدالة بسبب وقوع الجريمة، فكل ذلك لا يكفي لتوقيع العقوبة ما لم يطالب بذلك أولياء الدم، فإن وقّعت العقوبة دون ذلك بوصفها قصاصا، فإننا قد نكون خالفنا الفلسفة التي تقوم عليها هذه العقوبة.⁽¹⁾

ولذلك تبدو المشكلة في النظم التي تتبنى نظاما للقصاص لا تقرنه بنظام احتياطي يعاقب على الجريمة في صورتها التعزيرية، فارتباط القصاص بطلب أولياء الدم يجعلنا أمام فرض مفاده أن هذه العقوبة قد لا تطبق لأن أولياء الدم قد لا يبادرون بطلب توقيعها، وهذا يناقض فلسفة التعزير التي لا يمكن إهمال جدواها لحماية نظام المجتمع الذي يقتضي أن يكون للجزاء - كأصل عام - أهدافا لا تتصل بحقوق المجرى عليهم.

يبدو أن هذه المشكلة هي ما يمكن على أساسها تبرير مسلك المشرع الليبي بإلغائه طلب القصاص، فبصدور قانون القصاص والدية أصبح توقيع عقوبة الإعدام يقتضي طلب أولياء الدم، وإن كان البعض يرى أن نصوص قانون العقوبات لم تلغَ آنذاك حيث ظلت نصوصا احتياطية، إذ حتى مع هذا الفهم لم يكن في الإمكان توقيع العقوبة على مرتكب الجريمة إذا لم يطلب القصاص ولم يتوافر ظرف مشدد، إذ الصورة البسيطة للجريمة وفقا لقانون العقوبات ألغيت بقانون القصاص كما سلف البيان، إذ في مثل هذه الحالة لا عقاب يمكن تطبيقه، بل نعتقد أن العقاب في مثل هذه الحالة كان ممتعا حتى مع توافر ظرف مشدد مما نص عليه في قانون العقوبات، لأن تلك النصوص ألغيت ضمنا بمجرد صدور قانون القصاص والدية، ولذلك كان المشرع أمام احد

(1) ومع ذلك بعض التشريعات تنص صراحة على تطبيق القصاص دون التوقف على طلب أولياء الدم متى طلبته النيابة العامة؛ أنظر على سبيل المثال المادة 50 من قانون الجرائم والعقوبات اليمني، حيث تنص على أنه "القصاص هو حق للمجني عليه في حياته ثم وراثته الشرعيين بعد وفاته ويكفي للحكم به طلبه من احد الورثة أو من يقوم مقامه قانونا ومن النيابة العامة بمالها من الولاية العامة في رفع الدعوى الجزائية، فاذا امتنع المجني عليه أو وراثته لأي سبب، اكتفي للحكم به بطلب النيابة العامة على أن تراعي الأحكام الخاصة بتنفيذ أحكام القصاص الواردة في هذا القانون، منشور بالجريدة الرسمية، العدد 19/3، سنة 1994. وهذا الاتجاه للمشرع اليمني يثير التساؤل عن جدوى وجود نظام للتعزير إلى جانب القصاص مادامت النيابة العامة تملك دائما رفع الدعوى الجنائية، فذلك من شأنه أن يضيق من دائرة تطبيق نصوص التعزير بشأن جريمة القتل العمد على الحالة التي يعفو فيها ولي الدم عن القصاص. كما يلاحظ أن هذا النص يتعارض مع صريح نص المادة 234 من قانون الجرائم والعقوبات التي نصت صراحة على توقف الحكم بالقصاص على طلب ولي الدم دون أن تورد على هذا الحكم أي استثناء أو تمنح لغيره هذه الولاية .

خيارين ، إما إبقاء الوضع القائم مع قبول فكرة احتمال إفلات الجناة من العقاب، وأما التضححية بطلب القصاص وتطبيق الإعدام قصاصاً دون حاجة لطلب أولياء الدم، وهذا هو الخيار الذي تبناه المشرع ، ولذلك أصبحنا في كثير من الحالات أمام تطبيق لعقوبة الإعدام دون توافر الفلسفة التي تقوم عليها هذه العقوبة، فالقصاص لم يطلب، وظروف التشديد التي تعبر عن خطورة الجاني وتبرر الإعدام لم تتوافر، فلسنا أمام قصاص ولا تعزير! فما هو الخيار الثالث الذي كان في مكنة المشرع الصيرورة إليه؟.

الحل المقترح للمشكلة: إن الجمع بين نظام القصاص والتعزير هو ما يجسد الحل العملي للمشكلة ، بل يمكن القول إن نظام القصاص لا يستقيم تطبيقه إلا باعتماد نظام التعزير كنظام احتياطي، حتى يمكننا القول إن نظام التعزير يعد من مفردات نظام القصاص. ولكن كيف يمكن الجمع بين النظامين؟.

يتحقق الجمع بين النظامين من خلال النص على نظام القصاص كنظام رئيس للعقاب على جريمة القتل العمد، على أن يتوقف توقيع العقوبة على طلب أولياء الدم و دون حاجة لتوافر ظرف مشدد، فإذا لم يطلب أولياء الدم القصاص، فيصار إلى تطبيق نصوص احتياطية وهي نصوص التعزير، بحيث تكون العقوبة السجن إذا لم يتوافر ظرف مشدد ، وتصل إلى السجن المؤبد أو الإعدام إذا توافر ظرف مشدد مع تحديد الظروف الموجبة للإعدام من بينها.⁽¹⁾

هذا الاتجاه قد تبناه المشرع اليمني في المادة (234) من قانون الجرائم والعقوبات بنصه على أنه (من قتل نفساً معصومة عمداً، يعاقب بالإعدام قصاصاً، إلا أن يعفو ولي الدم، فإن كان العفو مطلقاً أو بشرط الدية أو مات الجاني قبل الحكم، حكم بالدية، ولا اعتبار لرضا المجني عليه قبل وقوع القتل، ويشترط للحكم بالقصاص أن يطلبه ولي الدم، وأن يتوافر دليله الشرعي، فإذا تخلف أحد الشرطين أو كلاهما ، واقتنع القاضي من القرائن بثبوت الجريمة في حق المتهم، أو إذا امتنع القصاص أو سقط بغير عفو، يعزر الجاني بالحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات ولا تزيد على عشر سنوات.

(1) إن هذا النظام المقترح يقتضي بالضرورة إلزام النيابة العامة بإعلان أولياء الدم بحقهم في القصاص، لتحديد موقفهم منه ، فإن لم يطلبوه طبقت أحكام التعزير، ولا مانع من أن يحدد لأولياء أجل لتقديم طلبهم، ويعد تنازلاً ضمناً منهم عدم تقديمهم للطلب خلال هذا الأجل.

ويجوز أن يصل التعزير إلى الحكم بالإعدام إذا كان الجاني معروفاً بالشر، أو ارتكب الفعل بوسيلة وحشية أو على شخصين فأكثر، أو من شخص سبق أن ارتكب قتلاً عمداً، أو توطئة لارتكاب جريمة أخرى، أو لإخفائها، أو على امرأة حامل أو على موظف أو مكلف بخدمة عامة أثناء أو بسبب أو بمناسبة تأدية وظيفته أو خدمته حتى لو سقط القصاص بالعف. ونص في المادة 235 على أنه "إذا عفى ولي الدم مطلقاً أو مجاناً أو بشرط الدية جاز للمحكمة تعزير الجاني بالحبس مدة لا تزيد على خمس سنوات ويجوز أن تصل العقوبة إلى الإعدام في هذه الحالة إذا توافر مع القتل احد الظروف الواردة في الفقرة الثالثة من المادة السابقة".

فمن خلال هذين النصين نلاحظ أن المشرع اليمني قد جمع بين نظامي القصاص والتعزير، دون أن يكون هناك أي تناقض بين النظامين. وعلى ذلك فإن عقوبة الإعدام في جريمة القتل يجب أن تقتصر على الحالتين التاليتين:

1. إذا طلب أولياء الدم القصاص، سواء توافر ظرف مشدد أو لم يتوافر، وتكون العقوبة هنا الإعدام قصاصاً مع مراعاة التنظيم القانون الذي يجب أن يتبناه المشرع والذي يراعى فيه خصوصية هذه العقوبة.

2. إذا توافر ظرف مشدد مما ينص عليه المشرع، وذلك إذا لم تتوافر شروط القصاص بما في ذلك طلب أولياء الدم ويكون الإعدام هنا تعزيراً.

ولكن ثمة إشكالية تظل قائمة وتبدو في حالة عفو أولياء الدم عن القصاص، فالعقوبة عادة هنا تكون التعزير بما هو دون الإعدام، فإذا توافر ظرف مشدد مما يوجب الإعدام تعزيراً فما الحكم؟ إذا قلنا إن الإعدام هنا لا يصار إليه لأن العفو يقتضي البديلة بما دون القصاص، فإن ذلك يعني أن القاتل الذي لم يُطلب ضده القصاص وتوافر في حقه ظرف مشدد، سيكون في وضع أسوأ من الناحية القانونية المجردة ممن طُلب ضده القصاص ثم عُفي عنه وتوافر في حقه ظرف مشدد أيضاً، وذلك رغم تساويهم في المركز من الناحية الواقعية، وربما الأخير هو في وضع أسوأ بسبب طلب القصاص ضده.

في تقديري، في هذه الحالة (أي حالة العفو عن القصاص) على المشرع أن ينص على خضوع القاتل لنظام التعزير بما قد يصل بالعقوبة إلى حد الإعدام⁽¹⁾، ولا يتضمن مثل هذا

(1) من ذلك مثلاً انظر أبو المعاطي حافظ أبو الفتوح، النظام العقابي في الإسلام، دراسة مقارنة، مؤسسة دار

التعاون للطبع والنشر، 1976، ص 347

المسلك أي انحراف عن فلسفة القصاص، فخضوع القاتل في هذه الحالة للتعزيز بما قد يصل إلى حد الإعدام لا يعني أننا فوتنا عليه ما للعفو من قيمة، فقيمة العفو هنا هي إخراج القاتل من دائرة أحكام القصاص والتي تترتب عليها أحكام تضر بمركز المتهم ومنها سلب القاضي سلطة أعمال العذر القضائي المخفف، فهذه الميزة ما كان ليحظى بها لولا العفو عليه وخضوعه لنظام التعزير. ولذلك فإن إخضاع المعفى عنه لنصوص الإعدام تعزيراً إذا توافرت شروطه، لا يعد انتهاكاً لفلسفة العفو لأن الإعدام في هذه الحالة أساس خطورة الجاني، كما لا يعد ازدواجا في الأحكام التي تخضع لها الواقعة وهو ما يؤيده التطبيق العملي الذي تبناه المشرع اليمني في المادة 235 من قانون الجرائم والعقوبات المذكور آنفاً.

فإذا كان في هذا الاقتراح ما يمكن أن ينتقد بسببه، فإن الوضع الذي ينشأ عن عدم الأخذ به من حيث المفاضلة بين من طلب ضده القصاص ومن لم يطلب، سوف تعطي لهذا الاقتراح قيمته التي تبرر الأخذ به من وجهة نظرنا.

إن، الجمع بين نظام القصاص والتعزيز يعد ضرورة في ظل النظم القانونية التي تتبنى نظاماً إسلامياً يأخذ بفكرة القصاص عقوبة للقتل العمد، ويكون الجمع يجعل عقوبة القصاص هي العقاب الأصلي للجريمة ويشترط لتطبيقها طلب أولياء الدم، بحيث تكون نصوص التعزير واجبة التطبيق إذا تخلف تطبيق نصوص القصاص، فالنظام الهجين الذي يعتمده المشرع الليبي حتى وقت كتابة هذه الورقات لا يمثل نموذجاً يمكن قبوله، لما ينطوي عليه من إهدار لفلسفة التعزير والقصاص في أن معا كما قدمنا، فعلى الرغم من أن القانون موضوع التعليق تضمن نصاً بالإحالة لقانون العقوبات عند امتناع القصاص أو سقوطه ما ينبئ عن إرادة لدى المشرع بإخضاع جريمة القتل العمد لنظام مزدوج يجمع بين نظام شرعي وآخر وضعي، إلا أن تلك الإحالة - كما أسلفنا - ممتنعة التطبيق، وهو ما يجعل إرادة المشرع قاصرة التطبيق لتخلف آليات أعمال نص الإحالة وهو تخلف النص المحال عليه.

المحور الثاني: موافقة القانون موضوع التعليق للأسس العامة للنظام القانوني الليبي

الانسجام التشريعي بين القوانين التي تنتمي إلى نظام قانوني واحد، يعد ضرورة والتزام على عاتق للمشرع، غير أن هذا لا يعني أن كل نصوص القوانين في ذلك النظام تكون خاضعة لذات المبادئ التي رسمتها النصوص الرئيسية في ذلك النظام، ففي كل تشريع يملك المشرع الخروج عن النظام القانوني القائم بنصوص جديدة، لتعد هذه النصوص استثناء على القواعد العامة، ولهذا يجب التمييز بين تطابق مضامين النصوص في النظام القانوني و انسجامها، فالانسجام لا يقتضي التطابق، ولكنه يستوجب عدم التعارض بما يمكن من تطبيق النص دون غموض أو إبهام.

وفي هذا الشأن، يتضمن القانون موضوع التعليق في بعض أحكامه خروجاً عن مبادئ النظام القانوني الليبي، وهو ما يدعونا للتساؤل عن طبيعة تلك الأحكام التي تضمنها هذا القانون، هل تمثل استثناء مقبولاً يمكن تطبيقه أم هي أحكام لا يمكن فهم مضمونها وتطبيقها لمجافاتها لمفاهيم القانون الليبي. يمكن أن نحدد أهم مظاهر خروج القانون موضوع التعليق عن مبادئ النظام القانوني الليبي من ناحيتين، الأولى من ناحية أحكام المسؤولية (النقطة الأولى)، والثانية عدم التنظيم القانوني لمسائل ينبغي تنظيمها بنص (النقطة الثانية).

النقطة الأولى: الخروج على أحكام المسؤولية في القانون الليبي

يتضمن القانون موضوع التعليق خروجاً على أحكام المسؤولية في القانون الليبي، سواء من حيث المسؤولية المدنية أو الجنائية:

1. مسؤولية أهل المهنة عن دفع الدية مظهر خاص للمسؤولية المدنية:

يبدو المشرع في القانون موضوع التعليق أكثر وضوحاً في تحديد الطبيعة المدنية للدية، فيؤكد في أكثر من موضع هذه الطبيعة؛ فمن ناحية هي لا تخضع للأحكام الجنائية المقررة للغرامات، وتخضع في تحصيلها لأحكام تحصيل الدين المدني، وهي تعويض لعدم جواز الجمع بينها وبين التعويض المنصوص عليه في القانون المدني، فضلاً عن كونها ليست من العقوبات التي حددها قانون العقوبات الليبي ولم تفرد لها أحكام جنائية خاصة بها في القانون موضوع التعليق، فضلاً عن إقرار القانون لمبدأ جواز الاتفاق على إنقاص الدية أو الإعفاء منها أو تأجيل أدائها و خضوعها لنظام الدعوى المدنية التابعة في بعض التطبيقات، ما يؤكد اتجاه المشرع في هذا القانون إلى إثبات صفة التعويض لها، وإن كانت تعد تعويضاً ذا طبيعة خاصة، بحيث يمكن اعتباره تعويضاً عقابياً.

وفي شأن تقرير بعض الأحكام المتعلقة بالمسؤول عن دفع الدية، نص القانون موضوع التعليق على مسؤولية أهل المهنة عن الدية في حالة محددة، وهو نمط خاص للمسؤولية لا يعرفه القانون الليبي، والذي يهمننا أن هذا الحكم يمكن أن يمثل أوضاعاً قانونية يصعب تحديد الأحكام المنطبقة عليها، حيث إن هذا القانون نص في مادته الأولى على أن تطبق على الدية- في حالة عدم وجود اتفاق بين مستحقيها- أحكام الدعوى المدنية التابعة، في حين هذا النوع من المسؤولية - أي مسؤولية أهل المهنة- قد يكون من الصعب تحديد الأحكام المنطبقة عليها وفقاً للقانون المدني المنظم لأحكام الدعوى المدنية، فهي مسؤولية عن فعل الغير أم مسؤولية متولي الرقابة أم هي مسؤولية مفترضة، وهو ما يستتبع طرح الكثير من الأسئلة منها الأحكام المتعلقة بأحوال نفي هذه المسؤولية.

2. مسؤولية غير البالغ والمجنون: خروج عن أحكام المسؤولية الجنائية:

تضمنت المادة الرابعة من القانون موضوع التعليق حكماً خاصاً يتعلق بمسؤولية غير العاقل والحدث، حيث يقرر المشرع وجوب الدية على عاقلتهما حال حصول القتل عمداً من أحدهما؛ حيث يثير هذا النص تساؤلاً حول مدى اتفاهه مع قواعد المسؤولية بنوعها المدنية والجنائية في القانون الليبي، وأساس هذا التساؤل أن هذا القانون يقرر مسؤولية غير العاقل عن القتل العمد وهي مسؤولية لا سند لها في القانون الليبي في بعض صورها، فالنص لم يحدد المقصود بغير البالغ ما يجعله - أي النص - بعمومه يستوعب كل صور القتل العمد التي ترتكب من غير البالغ، وإن لم يصل إلى سن المسؤولية الجنائية المحددة في القانون الليبي بداية من سن الرابعة عشر، وهذا مخالف للتحديد القانوني للمسؤولية.

ولا يمكن التشكيك في هذا الفهم لمفهوم غير البالغ على أساس أن هذا المفهوم يجب أن يفسر وفق سياق أحكام قانون العقوبات على نحو ما تقدم، فهذا القول يتناقض مع نص المادة الرابعة نفسه، حيث هذا النص قرر بشكل صريح قيام مسؤولية العاقل عن القتل العمد من المجنون وغير البالغ، فإن كان لفظ غير البالغ يحتمل التأويل، فإن مصطلح مجنون ورد عاماً ما يقتضي فهمه على أساس الجنون التام لا الجزئي، وهو ما يستوجب حمل لفظ غير بالغ على العموم الذي أوردناه، إذ لا يقبل في فهم وتفسير النص أن يقصد المشرع بالمجنون ذلك الذي فقد

الإرادة فقدا تماما، في حين يميز غير البالغ بسن معينة أو على الأقل بالقدرة على التمييز، فذلك تناقض لا يحتمله النص ولا يقيمه منطوق⁽¹⁾.

وهو ما يعني أن تساوي حكم المجنون وغير البالغ يفضي إلى أن غير العاقل يقصد به من لم يبلغ سن البلوغ وإن صغر سنه مادام يتصور منه ارتكاب الفعل، وهو ما يجعلنا أمام خروج واضح عن قواعد المسؤولية الجنائية في شأن ما يقرره قانون العقوبات بالنسبة للمجنون والصغير الذي لم يتم الرابعة عشر.

فإن قيل إن هذا استثناء على نصوص قانون العقوبات يملكه المشرع، فهو إذا استثناء عديم الجدوى، إذ التوسع في إقرار مسؤولية الصغار جنائيا خصوصا في مرحلة الطفولة المبكرة يعد أمرا مستهجنا بلا شك، لكونه يخالف سياسة الإصلاح التي تقتضي إبعادهم عن مجال المؤاخذة الجنائية وإخضاعهم لمعاملة تحقق درءاً لعوامل الانحراف عنهم؛ فعلى الرغم من أن الجزاء المقرر وهو الدية سيوقع على غير القاتل، وهو ما قد يراه البعض تخفيفا من آثار هذا النوع من المسؤولية لكونه لا يلحق الصغير بأثر مباشر، إلا أن هذا النمط ينفي عن جزاء أي أثر، لكونه لا يساهم في تقويم سلوكه وأخلاقه رغم جسامته فعله وخطورته ويجعله تبعاً لذلك بلا جزاء في أحوال توافر أهليته للمساءلة الجنائية.

وقد يخفف البعض من الآثار السلبية من التوسع في مسؤولية غير البالغ والمجنون على أساس أن الدية تعد جزاءً مدنيا لغلبة طبيعة التعويض عليها، فالمسؤولية عنها بالنسبة للصغير هي مسؤولية مدنية وليست جنائية، وهو ما يزيل أي تناقض في حكم النص مع قواعد القانون الليبي، إذ الأصل في المسؤولية المدنية قيامها بشرط التمييز، إلا أنه وعلى الرغم ثبوت طبيعة التعويض للدية من خلال التوجه العام لنصوص القانون موضوع التعليق كما سلف البيان، وهي حسنة

(1) يُنكر البعض على نص قانون القصاص والدية في أصله قبل التعديل _ وهو ما يسري على التعديل موضوع التعليق - أنه ينسب للمجنون والصغير العمد رغم انعدام الإدراك لديهما، ما يستلزم استحالة العمد في جانبيهما. انظر في هذا المعنى، نجلاء محمود الجياش، الإشكاليات الموضوعية لقانون القصاص والدية، رسالة ماجستير، قسم القانون الجنائي، كلية القانون، جامعة الفاتح، 2005، هامش رقم 1، ص 111. ولا شك أن هذا الرأي لا يضبط التمييز بين الإدراك كعنصر في المسؤولية الجنائية والعلم كعنصر في القصد الجنائي فكل مفهوم معنى يختلف عن الآخر. انظر في تفصيل ذلك: أحمد عوض بلال، الإثم الجنائي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1988، ص 150-151.

تحسب لهذا القانون لكونه حسم جدلا حول تحديد الأحكام المطبقة على هذا الجراء⁽¹⁾، غير أن هذه الطبيعة المدنية للدية لا تنجي القانون من مخالفته لقواعد المسؤولية في القانون الليبي، فمن ناحية فإن اقتران الدية بالقتل العمد بالنسبة للحدث له دلالة خاصة يجعلها من قبيل التعويض العقابي كما أسلفنا، ولذلك هي جزاء وجوبي في هذا النوع من الإضرار بخلاف ما للتعويض من طبيعة اختيارية، بحسبان أن وجوبه يتوقف على طلب المضرور، وهو ما يجعل الدية قريبة من نظام القانون الجنائي، ما يقتضي انسجامها مع أحكامه، ومن ناحية أخرى فإن المسؤولية المدنية وإن كانت أحكامها لا تستلزم البلوغ إلا أن التمييز، كقاعدة عامة، يعد شرطا لقيامها في جانب من صدر عنه الخطأ⁽²⁾، ولهذا فإن قيام مسؤولية المجنون جنونا تاما وكذلك الصغير غير المميز، تعد خروجاً عن قواعد المسؤولية في القانون الليبي، حيث قيدت المادة 167 من القانون المدني مسؤولية غير المميز بقيود تثبت كونها مسؤولية استثنائية⁽³⁾، وهو ما لا يظهر من القانون موضوع التعليق التزامه بهذه القيود، ما يجعل الخطأ كأساس للمسؤولية في هاتين الحالتين مشكوك في قيامه، وهو ما يشكك في الأساس الذي يقوم عليه الالتزام بدفع الدية من العاقلة في كل تلك الأحوال.

يثير النص أيضا تساؤلا مهما حول الجزاء المقرر للحدث، حيث يقرر القانون موضوع التعليق في مادته الرابعة وجوب الدية على العاقلة في القتل العمد من غير العاقل والمجنون، حيث المادة الرابعة المشار إليها عنوانها (على من تجب الدية في القتل العمد)، وتتص في فقرتها الثانية على أنه " إذا كان القاتل عمدا غير بالغ أو مجنونا فالدية تتحملها العاقلة"، حيث النص يرد في سياق تحديد من تجب عليه الدية، فكأنه لا يحدد جزاء القتل العمد في هذه الحالة، بقدر ما يبين من تجب عليه الدية، فهل يعني هذا أن الدية ليست هي الجزاء المقرر للقتل من غير البالغ والمجنون؟ قد يبدو مثل هذا الفهم وجيها أخذاً بسياق النص، وهو فهم يعتمده جانب من شراح القانون الليبي وتنتشيع له المحاكم في أحكامها، حيث وفقا لهذا الفهم يعتبر البعض أن الدية المقررة في القتل

(1) للاطلاع على الخلاف بشأن طبيعة الدية/ أنظر د سعد خليفة العبار، التكييف الفقهي للدية، بحث منشور بمجلة

بحوث قانونية، تصدر عن قسم القانون المرج، العدد الأول، 2001، ص 223 وما بعدها.

(2) فضل ماهر محمد عسقلان، المسؤولية التصيرية لعديم التمييز دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الدراسات

العليا، جامعة النجاح، فلسطين، 2008، ص 65.

(3) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الجزء الأول مصادر

الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1956، ص 323.

العمد من غير البالغ والمجنون، إنما تتقرر كجزاء بديل عند العفو من أولياء الدم، في حين العقوبة الأصلية هي عقوبة تعزيرية وفقا لما هو مقرر بقانون العقوبات بعد نص المادة 81 من هذا القانون في شأن التخفيف المسؤولية لغير البالغ.⁽¹⁾

إلا أن هذا الرأي يبدو محل نظر من ناحيتين، فهو من ناحية لا يقدم سنداً منطقياً لوجوب الدية بالعفو عن الصغير، فالعفو لا يكون إلا عن القصاص وهذا الأخير ممتنع بمقتضى نص المادة الأولى من القانون موضوع التعليق لصغير السن، فكيف تجب الدية بالعفو؟ ولا يستقيم إطلاقاً القول إن الدية وجبت بعد العفو عن التعزير، إذ العفو لا يسقط التعزير، أضف إلى ذلك فإن مقولة إن التعزير هو العقوبة المقررة قول فيه تقييد للنص وتجاوز لمضمونه، حيث النص - كما قدمنا- أطلق مفهومي عدم البلوغ والمجنون ما يقتضي انصرافهما على عمومهما إلى عديم التمييز، وهذا لا مسؤولية عليه، والتفصيل في المسألة بقصر المسؤولية على الصغير المسؤول جنائياً و المجنون جنوناً جزئياً، هو تزييد وتقييد للنص بما لا يحتمل. ومن ناحية أخرى، فإن جزاء القتل العمد من غير البالغ والمجنون - على فرض أنه التعزير - لا يمكن أن يتحدد إلا بنص، وليس في القانون موضوع التعليق ما يفيد الإحالة إلى قانون العقوبات بشأنهما، فالمادة الأولى عندما قررت الإحالة إلى قانون العقوبات عند امتناع القصاص، فإنها لا تشمل حالة الصغير لسببين: الأول، وهو أن الصغر في تفسير هذه المادة ليس سبباً لامتناع القصاص، وإنما هو إحدى حالات اختلال شرطه، إذ يجب التمييز بين امتناع القصاص على من وجبت فيه شروطه العامة، ومن لا ينطبق عليه القصاص لتحلف أحد تلك الشروط. فضلاً عن أن نصوص القتل العمد المَحال إليها بموجب المادة الأولى من القانون موضوع التعليق، ملغاة ضمناً كما سلف البيان، ما يجعل الإحالة حتى على فرض شمولها للحالة موضوع التعليق غير قابلة للتطبيق.

أما السبب الثاني، فهو أن تقرير الدية كجزاء للقتل العمد من المجنون وغير البالغ رغم عدم خضوعهما لعقوبة الإعدام قصاصاً، لا يمكن فهمه إلا على أساس أن هذا الجزاء هو الجزاء الوحيد للقتل في هذه الحالة، فانتهاء صفة البدلية في الدية - وفق سياق النص - دليل على كونها الجزاء الوحيد.

(1) د. محمد رمضان بارة، القانون الجنائي الليبي، قانون العقوبات، القسم الخاص، جرائم الاعتداء على الأشخاص، الطبعة الأولى، الدار العربية للنشر والتوزيع، 2005، ص 69.

ولهذا فإن الدية وفقا لما ينص عليه القانون موضوع التعليق هي الجزاء المطبق على القتل العمد من غير البالغ والمجنون، ولهذا فإن تدخلنا تشريعا بتحديد عقوبة تعزيرية للصغير المسؤول جنائيا و المجنون جنونا جزئيا، يبدو ضرورة لتحقيق أهداف القانون الجنائي في الردع والإصلاح، حيث يمكن الاهتداء في هذا الشأن بتجربة المشرع اليمني حينما قرر في المادة 32 من قانون الجرائم والعقوبات قاعدة عامة تقضي بتعزير الحدث المسؤول جنائيا مع احتفاظ الورثة بحقهم في الدية.

النقطة الثانية: إغفال النص على مسائل لا تنظم إلا بقانون:

القانوني الجنائي بشقيه الموضوعي والإجرائي يستند بشكل رئيس إلى النصوص المكتوبة في تحديد أحكامه، ولهذا فإن وجود النص المكتوب يعد ضرورة لتطبيق هذا القانون، فإن كانت بعض المسائل يمكن تطبيق مصادر أخر بشأنها غير النص المكتوب، فإنها مسائل نادرة وقليلة الشأن، ولهذا فإن هذه الأهمية للنص المكتوب تجعل من قصور أي قانون جنائي قصورا خطيرا إذا تعلق الأمر بانعدام النص، وهذا بلا شك لا شأن له بانعدام النص في مسألة تتعلق بالتجريم والعقاب المباشر، فذلك شأن حسمه مبدأ الشرعية، ولكننا نعني حالة غياب النص الذي يلزم وجوده لتطبيق نص عقابي أخر، وفي هذا الشأن يمكننا أن نجمل أهم مظاهر قصور القانون موضوع التعليق في نقاط ثلاث انعدام النص فيها يمثل قصورا في هذا القانون:

1. إغفال ضوابط تصنيف الجريمة من حيث جسامتها:

استحدثت التعديل إضافة أحكام القصاص فيما دون النفس أو ما يعرف بالقصاص في الأعضاء، ورغم التحفظات التي نتوقع أن تنسب لهذا الاستحداث بمقولة إنه يتنافى وقواعد حقوق الإنسان، فإنه أمام وضوح المصدر الشرعي لهذه الأحكام لا يمكننا إلا قبولها⁽¹⁾، ولكن هذا لا يقلل

(1) بل إن البعض كان يعيب على قانون القصاص والدية إغفاله النص على القصاص فيما دون النفس، معتبرا ذلك مخالفا لقواعد التدرج في التجريم والتي كانت تقتضي تجريم القصاص دون النفس بشكل سابق للقصاص في النفس، انظر: دمصطفى مصباح دبارة، تعليق على قانون القصاص والدية وما يثيره من مشاكل في التطبيق، بحث منشور بمجلة قاريونس العلمية، العدد الثالث والرابع، السنة 10، منشورات جامعة قاريونس، ص 259. غير أننا لا نتفق مع هذا الفهم لكون التدرج في التجريم، إذا سلمنا به في شأن المسألة موضوع البعض، يجب ألا يقوم على أساس شدة الجزاء في ذاته، بحيث يقال إن الإعدام أشد من القصاص في الجراح، المعيار هو مدى قبول المخاطبين بالقاعدة الجنائية لطبيعة الجزاء، وهنا يعد العهد بالعقاب مسألة مهمة لقبوله، وهو ما يجعل مسلك المشرع الليبي في التدرج سليما لكونه بدأ بتجريم فعل بعقوبة يعهد بها المخاطبين بالنص وهي الإعدام معززا فكرة القصاص أي المماثلة في توقيع الجزاء، في حين القصاص في الجراح وهي عقوبات مستحدثة رأي أنه من الأولى إرجاء تجريهما. وهنا تظل مسألة سلطة المشرع في التدرج بشأن الأحكام الشرعية محل نظر.

عثرة واضع النص بشأن ما احتواه من قصور في تنظيم تلك الأحكام، فإذا كان القانون الليبي لا يعرف هذا النوع من العقوبات البدنية وفقا للتحديد الوارد في قانون العقوبات للعقوبات الأصلية، فإن ذلك كان يستوجب تحديد تصنيفها من حيث الجسامة - جنائية أم جنحة أو حتى مخالفة - لما يترتب عليه ذلك من أحكام مهمة ترتبط بتصنيف الجرائم، و هو ما سكت النص عن بيانه، ما يضع القضاء أمام مشكلة تحديد الوصف والقيود وما يرتبط بذلك من أحكام. ولا يغير من الأمر شيئا كون القانون موضوع التعليق أشار إلى عبارة عاهة مستديمة كأثر يحدد تطبيق هذا النوع من القصاص، فهذا لا يقدم سندا لتطبيق الوصف الجنائي المنصوص عليه في قانون العقوبات بخصوص الإيذاء الذي ينتج عنه عاهة مستديمة، إذ مثل هذا التصور لا متكأ له، ذلك أن العبرة في تحديد وصف الجريمة من حيث الجسامة، تكون بالعقوبة المقررة للفعل لا بوصف ما ينتج عن هذا الأخير من أثر، فضلا عن أن إعمال التصور المذكور يدخل في حومة القياس المحظور، لكونه اجتهاد بالقياس فيما لا يجوز إذ هو قياس لتحديد وصف جنائي وهذا لا يكون إلا بنص.

إن عدم العهد بهذا النوع من العقوبات في المجال الجنائي قد يقود إلى طرح مسألة مدى ثبوت وصف الجريمة لهذه الطائفة من الأفعال المستحدثة، إذ وصف الجريمة يتحدد بدلالة العقوبة الجنائية لا العكس، وعقوبات القصاص فيما دون النفس لم يرد النص على اعتبارها عقوبات جنائية، كما لا يعد النص على الجزاء في متن قانون جنائي بذاته دليلا على اكتساب هذا الجزاء للوصف الجنائي، فضلا عن أن مجرد جسامة الجزاء لا ترتقي به إلى مصاف العقاب الجنائي، فكما أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، فإن وصف العقاب الجنائي لا يكون إلا بنص.

كل هذه النتائج لا ننكر مجافاتها للمنطق، ولكنها تعبر عن واقع نصوص قانونية معيبة، ما يعني أننا أمام عوار لا يمكن تداركه إلا بتدخل تشريعي سيدخلنا في دائرة غير منتهية من التعديل وتعديل التعديل.

2. ارتباط نوع العقوبة بعنصر أجنبي عن الجريمة والجاني

من القواعد المستقر في مجال قانون العقوبات أن العقوبة نوعا يحددها المشرع وكذلك مقدارها يتحدد وفق ضوابط ترتبط بخطورة الجريمة والجاني⁽¹⁾؛ إلا أنه نظرا للطبيعة الخاصة لعقوبة القصاص، فقد استحدث القانون موضوع التعليق حكما بموجبه تتحدد العقوبة بناء على عنصر أجنبي لا يرتبط بالعناصر المحددة لمقدار العقاب ونوعه، فنصت المادة الثانية من هذا

(1) هند بو رنان، مرجع سبق ذكره، ص 7.

القانون على منح القاضي سلطة تقديرية بموجبها يمكنه إعمال نصوص قانون العقوبات على جريمة القتل العمد في الحالة التي يكون فيها ولي دم المقتول مجهول المكان أو غائبا لا ترجى عودته، فالعقاب سيتحدد في مثل هذه الحالة بناء على عنصر أجنبي عن الجريمة. إن هذه الإحالة فضلا عن كونها تعد إحالة على معدوم كما سلف البيان في مقام من هذه الدراسة، فإنها تتضمن قصورا لكونها أغفلت تنظيم الوضع الذي يظهر فيه ولي الدم بعد صدور الحكم البات، فما الحكم لو أصدرت المحكم حكما بغير القصاص وظهر ولي الدم متمسكا بتطبيق القصاص⁽¹⁾؟.

قد يرى البعض أن صدور حكم القصاص في غيبة الولي لجهالة مكانه أو لفقده يفقده صفة أولياء الدم، على اعتبار أن العبرة بوقت الحكم وهو في ذلك الوقت لم يكن بحكم القانون وليا للدم، إلا أن هذا الفهم على وجاهته يصطدم بالواقع، فصيرورة الحق في القصاص إلى المحكمة لتعمل فيه سلطة التخفيف، ليس مبنيا على فقدان الغائب أو مجهول المكان لصفة الولي، وإنما لانعدام وجوده، بدليل أن النص يسميه وليا رغم فقده أو غيبته حينما نص على أنه "... أو كان ولي دمه مجهول المكان أو غائبا..." فهذا يدل على أن العارض الذي منع حضور الولي لم ينف عنه صفته في دعوى القصاص، فإن عاد انتفى العارض وعادت له صلاحيات ولي الدم التي يكفلها له القانون؛ إن مثل هذا الفهم يتبناه صراحة المشرع السوداني عندما نص في المادة 5/32 من القانون لجنائي لسنة 1991 على أنه "يثبت لولى مجهول المكان أو الغائب حقه في القصاص أو الدية أو العفو إذا حضر قبل تنفيذ القصاص أو دفع الدية".

في الواقع، الأمر لا يثير إشكالا لو كان ظهور الولي الغائب أو مجهول المكان⁽²⁾ قبل صدور الحكم البات، حيث يمكن تصحيح الوضع بالطرق الخاصة بالطعن على الحكم، لكن

(1) يلاحظ أن القانون الليبي لا يعتد بطلب القصاص، فدور أولياء الدم يقتصر على العفو فقط، إلا أن عودة الولي الغائب أو المفقود في الحالة موضوع البحث، تجعل لطلب القصاص أهمية خاصة، إذ سيبدو وكأن طلب ضمني للقصاص، لكونه سيجعل حق المحكمة في العفو الذي تمارسه وفقا للمادة 2 من القانون موضوع التعليق، بدون سند لصدوره دون إرادة ولي الدم. فمجرد ظهور ولي الدم يعيب حكم المحكمة القاضي بغير القصاص، إذ القصاص لا يسقط بغير عفو الولي إذ كان حاضرا، فإن حضر بعد الحكم جعل حكم العفو من غيره معيبا بعدم الاختصاص.

(2) لا يلزم لإثبات الغيبة والفقد صدور حكم بذلك، فيثبت حكمهما بمجرد حصولهما، فصدور الحكم القضائي هو شرط لانتهاء الغيبة أو جهالة المكان بالوفاة، وذلك وفقا لما تقضي به المادة 25 من القانون رقم 17 لسنة 1992 بشأن تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم. منشور بالجريدة الرسمية ن العدد 36 السنة 30.

المشكلة تبدو بجلاء متى ظهر ولي الدم بعد صدور الحكم البات، ففي مثل هذه الحالة لا يمكن القول إن الوضع يصح بالرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية المصدر الاحتياطي للقانون، فمن ناحية الرجوع للشريعة الإسلامية ممتنع بشأن هذه الحالة لكونها تتعلق بمسألة تجريم وعقاب، إذ الرجوع للشريعة الإسلامية في مثل هذه الحالة سيقصد منه إعمال نص القصاص وهو بالضرورة وضع مشدد - في أغلب الحالات - مقارنة بما تطبقه المحكمة وفقا لقانون العقوبات (الملغاة نصوصه في هذا الشأن) ومن ناحية أخرى، فإن إعمال نص الإحالة ونقض الحكم والعودة لنص القصاص هو في الحقيقة إهدار لحجية حكم قضائي دون سند قانوني، فالإحكام القضائية لا تنتقض إلا بالطرق المحددة قانونا، ولا سبيل للقول هنا إن القانون الليبي يعرف حالات يوقف فيها الحكم البات لأمر طارئ بعد صدوره، فهذه حالات لا ينقض فيها الحكم وإنما يوقف تنفيذ العقوبة، فضلا أن القياس على مثل تلك الحالات هو قياس مع الفارق، وهو بلا شك قياس محظور، فتعديل مضمون الحكم في تلك الحالات يكون لمصلحة المحكوم عليه لا العكس، كما في حالة العفو عن القصاص بعد صدور الحكم البات مثلا والتنازل عن الشكوى بعد صدور الحكم البات في بعض التطبيقات. أضف إلى ذلك وهو الأهم أن نقض الحكم البات إذ سلمنا به بعد عودة الولي يجعلنا نتساءل عن المحكمة التي ستطبق القصاص؟ وإذا قلنا أنها المحكمة العليا قياسا على بعض التطبيقات في القانون الليبي، فأين ضمانات الدفاع المقرر للمتهم؟ فحتى وإن انقلبت لمحكمة موضوع فإن ذلك سيفوت عليه فرصة مراجعة الحكم والطعن عليه، فكأنه صار حكما غير قابل للطعن والمراجعة، وهذا مخالف لضوابط حق الطعن.

فإن قيل إن الدعوى لا تنتظر أمام المحكمة العليا لتُعاد إلى محكمة الموضوع، فإن ذلك سيكون استحداثا لطريق طعن جديد وإهدار لحجية حكم قضائي دون سند قانوني.

ولهذا فإن النص على أحكام عودة الولي الغائب أو مجهول المكان تعد مسألة مهمة لتحديد آليات تطبيق نص المادة الثانية من القانون موضوع التعليق.

2. الإحالة غير المنضبطة لأحكام الشريعة الإسلامية

أبقى هذا التعديل على المادة 7 من قانون القصاص والدية الخاصة بالإحالة -فيما لم يرد بشأنه نص- إلى أحكام الشريعة الإسلامية وفق أيسر المذاهب، حيث تنص هذه المادة على أنه " تطبق أحكام الشريعة الإسلامية وفق أيسر المذاهب فيما لم يرد بشأنه نص" وهذا المسلك يفتح الباب أمام نقدين رئيسيين:

فمن ناحية هذا النص يمكن أن يصنف في حومة النصوص غير الدستورية لعدم انضباطه، فهو لم يحدد نطاق الإحالة وأكتفي بعمومها لتشمل كل ما لم يرد بشأنه نص وفي ذلك تقصير من المشرع في مهمته بالتشريع، إذ الأصل في تحديد الحكم للمسائل المعروضة على القضاء يكون للنص التشريعي والإحالة لما عدا ذلك ضرورة لا يتوسع فيها وتقدر بقدرها، فإن أغدق المشرع في الإحالة، فذلك دليل على عدم انجازه مهمة التشريع الموكولة إليه، ولا يصح القول إن الإحالة في ذاتها تشريع، إذ هي مجرد إعلان من المشرع بعدم حكم المسألة بنص، أي أن المشرع لم ينظمها، وهو قصور وتقصير يصم مسلكه بعدم الدستورية إن كان مطلقاً بدون قيد كما في الحالة موضوع البحث، فضلاً عن كون النص قد أحال لأيسر المذاهب، وفي ذلك إيهام كان ينبغي على المشرع- إذا قبلت منه الإحالة- حسمه بتحديد مذهب بعينه يلجأ إليه المطبق.

إن النص بوضعه الراهن وفي ظل الصياغة التي يتبناها الإعلان الدستوري لمبدأ الشرعية لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، سيفتح الباب أمام إحالات لأحكام الشريعة الإسلامية في مسائل تتعلق بالتجريم والعقاب، إذ نص الإحالة هو القانون الذي يتم بناء عليه التجريم، وهو ما يكفي لسلامة المصدر وفق نص الإعلان الدستوري الليبي⁽¹⁾، ولا يخفى أن مثل هذا المسلك وإن كان ينجي النص من شائبة عدم الدستورية من هذا الجانب، إلا أنه يعد من ناحية أخرى مخلاً بمبدأ الفصل بين السلطات، لكون مسألة المفاضلة بين آراء الفقهاء، حتى وإن كان المذهب المطبق هو الأيسر من بين المذاهب، هي مسألة تشريع تمارسها المحكمة بشأن المسألة موضوع البحث، فالترجيح بين الآراء فضلاً عن كونه مسألة اجتهاد يعوز القاضي في كثير من الأحيان مادتها، فهي في ذات الوقت مسألة تشريع لكونها تتطوي على تحديد حكم للمسألة موضوع البحث، وهذا مما يجب أن يستقل به المشرع، ولا يقدح في هذا الفهم أن مهمة المحكمة في مثل هذه الحالة تستند إلى تفويض تشريعي يمثله نص الإحالة، فذلك قول مردود بأن المشرع نفسه لا يملك التفويض بالتشريع في مسائل التجريم، وما نص المادة 31 من الإعلان الدستور إلا تفويض للمشرع بالإحالة لمصدر آخر غير النص المكتوب، على أن يكون هذا المصدر - بحكم

(1) د. طارق محمد الجملي، مصادر قانون العقوبات التجريم والإباحة في القانون الليبي، بحث منشور بمجلة دراسات قانونية، العدد العشرون، فبراير 2018، تصدر عن كلية القانون بجامعة بنغازي، منشورات جامعة بنغازي، ص 20-21-22.

التفسير المنطقي - مصدرا منضبطا محدد العناصر بشأن الواقعة المراد تطبيقه بشأنها، وهو ما لا يتحقق - حسب تقديرنا - في المادة 7 من القانون موضوع.

ومن ناحية أخرى ، فإن المادة 7 المذكورة تسند للقاضي - في تكوينه الحالي - مهمة لا قبل له بها ، وهي الترجيح بين الآراء الفقهية وتحديد الملائم منها للتطبيق وهي مسألة اجتهاد تحتاج لتخصص بالعلم الشرعي وتفرغ له ما يجعل القاضي يواجه مهمة غاية في الصعوبة.

إن الحسم التشريعي للمسائل التي ينظمها القانون فضلا عن كونه ضرورة يقتضيها مبدأ الشرعية في القوانين الجنائية، فهو وسيلة للتيسير على المطبق و لتوحيد الأحكام القضائية .

الخاتمة:

إن فن الصياغة التشريعية لا يحتم على واضع القانون فقط الإحاطة بعناصره بمعزل عن المحيط الذي أصبح القانون منتما إليه، فالانسجام التشريعي بين مجموعة القوانين في نظام قانوني معين تعد مهمة المشرع، ولا يقبل عثرته في هذا الشأن الاختلاف في الأساس بين بعض التشريعات والمنظومة التي أصبحت منتمية إليها، فالمشرع مطلوب منه تطويع أحكام تلك التشريعات مع الأسس العامة للنظام القانوني السائد، غير أن هذا لا يعني بالضرورة إهدار ما لتلك التشريعات من خصوصية، فالمسألة تتوقف على موازنة يقيهما المشرع بين ضروريات الوثام التشريعي من ناحية والتي تقتض أن النصوص في نظام قانوني معين يجب أن تطبق وفق نسق محدد، و من ناحية أخرى ضرورات خصوصية تطبيق النص الوافد إلى النظام القانوني، وهو ما يضع على عاتق المشرع التزاما بمحاولة التوفيق، فإن لم يفلح وجب عليه تنظيم الأحكام الخاصة بالقانون الوافد تنظيما تشريعا وافيا، وفي هذا الشأن وانطلاقا من النموذج الذي تم تقييمه في هذا التعليق، يمكن إجمال أهم الأسباب التي تمس بضوابط التجريم بشأن القوانين الجنائية الخاصة والمكملة فيما يلي :

1. اختلاف الأساس الفلسفي للقانون مع النظام القانوني الذي أصبح منتما إليه، ما يجعل تطبيق الأحكام العامة في هذا النظام بشأن ذلك القانون أمرا متعذرا أو على الأقل مصحوبا بنتائج غير منطقية.
2. إغفال واضع القانون لمتغيرات النظام القانوني من حيث تحديد النصوص القائمة والملغاة، يعد احد أهم الأسباب التي تؤثر في جودة المنتج التشريعي الجنائي، ولهذا فخلو القانون الوافد للنظام القانوني من نصوص تنظم بعض الأحكام اللازمة لتطبيقه، سيجعل من إعماله أمرا متعذرا، لعدم وجود نصوص في النظام القانوني تسد ذلك النقص.
3. عدم دراية واضع القانون بضروريات تطبيق النص الجنائي، فالتجريم مثلا في مجال القانون الجنائي لا يكفي لتطبيق النص إذا لم يحدد القانون نوع الجريمة لارتباط ذلك بإحكام لازمة لتطبيق النص.
4. الإغراق في الإحالات بشأن مسائل يجب تنظيمها في متن القانون، وهو ما يزيد من صعوبة مهمة المطبق للنص، حيث سينشغل بالبحث عن القاعدة في المصدر المحال إليه، في الوقت الذي يجب أن يكرس وقته في تفسير النصوص وتطبيقها، فهي إذن مهمة مهذرة لوقت المطبق وخارجة في حقيقتها عن دوره الرئيس في المجال الجنائي خصوصا.

لا شك في أن وضع الآليات الكفيلة بتجاوز مثل هذه الأسباب التي تؤثر في وضع وصياغة النص الجنائي الخاص والمكمل سيكفل وضع تشريعات قابلة للتطبيق تجنب القضاء مشقة التوفيق والتفسير المتكلف، وهو ما يتحقق من خلال إشراك ذوي الاختصاصات المختلفة المرتبطة بالقانون موضوع التشريع، فذلك من شأنه أن يحقق التوازن النوعي (الموضوعي) والشكلي (الإجرائي) اللازمين لتطبيق النص الجنائي.

المراجع

أولا الكتب :

- أبو المعاطي حافظ أبو الفتوح، النظام العقابي في الإسلام، دراسة مقارنة، مؤسسة دار التعاون للطبع والنشر، 1976.
- أحمد عوض بلال، الإثم الجنائي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1988.
- طارق محمد الجملي، إشكاليات القصاص والدية في القانون الليبي دراسة تحليلية مقارنة بالتشريعين اليمني والسوداني، الطبعة الأولى، دار الساقية، بنغازي، ليبيا، 2008.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الجزء الأول مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1956.
- محمد أبو زهرة، فلسفة العقوبة في الفقه الإسلامي، القسم الثاني، مطبعة مخيمر، 1966.
- محمد رمضان بارة، القانون الجنائي الليبي، قانون العقوبات، القسم الخاص، جرائم الاعتداء على الأشخاص، الطبعة الأولى، الدار العربية للنشر والتوزيع، 2005.

ثانيا: الرسائل:

- فضل ماهر محمد عسقلان، المسؤولية التقصيرية لعديم التمييز دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح، فلسطين، 2008.
- نجلاء محمود الجياش، الإشكاليات الموضوعية لقانون القصاص والدية، رسالة ماجستير، قسم القانون الجنائي، كلية القانون، جامعة الفاتح، 2005.
- هند بورنان، مبدأ تفريد العقوبة وتطبيقاته في القانون الجزائي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خضير - بسكرة، الجزائر.

ثالثا البحوث و المقالات:

- د سعد خليفة العبار، التكييف الفقهي للدية، بحث منشور بمجلة بحوث قانونية، تصدر عن قسم القانون المرج، العدد الأول، 2001.
- د. طارق محمد الجملي، مصادر قانون العقوبات التجريم والإباحة في القانون الليبي، بحث منشور بمجلة دراسات قانونية، العدد العشرون، فبراير 2018، تصدر عن كلية القانون بجامعة بنغازي، منشورات جامعة بنغازي.

• د.مصطفى مصباح دبارة، تعليق على قانون القصاص والدية وما يثيره من مشاكل في التطبيق، بحث منشور بمجلة قاريونس العلمية، العدد الثالث والرابع، السنة 10، منشورات جامعة قاريونس.

• أ.د. الكوني عبودة، الساقط لا يعود، مقال غير منشور.

الجريدة الرسمية:

- القانون رقم 18 لسنة 2016 بشأن تعديل أحكام القانون رقم 6 لسنة 1423 بشأن القصاص والدية، منشور بالجريدة الرسمية، العدد الرابع، السنة الخامسة، 2016/4/24.
- قانون الجرائم والعقوبات اليمني، منشور بالجريدة الرسمية ، العدد 19/3، سنة 1994.
- القانون رقم 17 لسنة 1992 بشأن تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم. منشور بالجريدة الرسمية ن العدد 36 السنة 30.

الأحكام القضائية:

- محكمة عليا ليبية، طعن جنائي رقم: 42/373ق، جلسة 2002/1/12.

قراءة في موقف المشرع الليبي من ذاتية الجريمة السياسية

تقديم:

عرفت المجتمعات في شتى العصور ما يسمى بالجريمة السياسية، ووجدت فكرة تمييز الجريمة السياسية عن الجريمة العادية منذ زمن طويل وحتى يومنا هذا، وذلك سواء أخذ هذا التمييز اتجاه التشدد والقسوة على اعتبار أن الجريمة السياسية أكثر خطر أو أشد ضرراً من الجريمة العادية، أو أخذ هذا التمييز اتجاهاً آخر يمثل الرأفة والتخفيف واللين على اعتبار أن الجريمة السياسية هي (جريمة النبلاء)، وهو ما عبر عنه سيزاري لمبروزو بقوله: "إن المجرم السياسي يستعجل التاريخ في حين أن المجرم العادي هو من طراز رجعي". أو كما يصفه جاروفالو: "أن الإجراء السياسي يتسم بالسطحية ولا ينم عن أي معنى أخلاقي"⁽¹⁾.

وقد عانت الدول من الإجراء السياسي قديماً، وتعاملت معه بالتشدد والقسوة وقد تداركت هذا الوضع ولاسيما بعد الثورة الفرنسية، حيث اضطر المشرع الأوروبي أمام كثرة الثورات، وبفضل جهود الفلاسفة والمفكرين، فاعترف بوجود تغيير في النظرة إلى الجريمة السياسية التي تختلف عن الجريمة العادية، فوضع لها نصوصاً خاصة وعقوبات متميزة، معتبراً أن المجرم السياسي رجل نبيل وفاضل، ذو أخلاق ومبادئ يناضل من أجلها، ويضحي بمصالحه الخاصة من أجل وطنه وأبناء مجتمعه، حتى وإن أخطأ في الوسائل وأحرق المراحل، واستعجل النتائج.⁽²⁾ فالمجرم السياسي قد يصبح حاكماً في المستقبل، ولعل أغلب المصلحين والمجددين، والزعماء والقادة في العالم كانوا من المجرمين السياسيين في نظر سلطة الحكم القائم في عهدهم.

ولكن لعل السؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام هل: ما تقدم ذكره ينسحب على البلاد العربية ومنها ليبيا، ويتسق مع ما يسود بها من قيم، وأعني هنا تحديداً هذا التحول في الموقف

(1) أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، الجزء الأول، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، دط / 1981، ص 279. محمد الرازقي، محاضرات في القانون الجنائي، القسم العام، دار أوياء، طرابلس - ليبيا، ط 3 / 2002، ص 132 وما بعدها.

(2) منتصر سعيد حمودة، الجريمة السياسية، دراسة مقارنة بين القوانين الجنائية الوضعية والتشريع الجنائي الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، دط / 2013، ص 67 وما بعدها. موسى مسعود ارحومة، الأحكام العامة لقانون العقوبات الليبي، الجزء الأول، النظرية العامة للجريمة، منشورات جامعة بنغازي، بنغازي - ليبيا، ط 1 / 2009، ص 202 وما بعدها. نجاتي سيد أحمد سند، الجريمة السياسية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، القاهرة - مصر، 1983، ص 16 وما بعدها.

من المجرم السياسي والجريمة السياسية تبعاً!!!. لعله لم تكن ليبيا استثناء في هذا، وذلك نتيجة لطبيعة الإجراء السياسي الخاصة التي تميزه عن الإجراء العادي والتي تتعكس حتماً بالضرورة على الخيار التشريعي وتنتج نوعاً من الخصوصية سواء على المستوى الموضوعي أم الشكلي الإجرائي، وبغض النظر عن كونها تميل للرفافة واللين أو للتشدد والقسوة.⁽¹⁾

ويعد التعاون الجنائي الدولي من أبرز سمات الحقبة الحديثة، وهي سمة تسعى لإحباط القول المأثور بـ"أن الحدود الدولية تعترض القضاة دون الجناة". فالتعاون الجنائي الدولي يساعد في التصدي لظاهرة "تدويل الجريمة" بحيث أصبحت المخاطر الإجرامية تتجاوز النطاق القومي الضيق.

واستجابة لمتطلبات التعاون الجنائي الدولي في التعاطي مع هذا النوع من الإجراء، فلم يعد بوسعنا اليوم أن نفكر بمعزل عن الأخذ في الحسبان ما يفرضه هذا البعد من آثار لا بد أن تتعكس على تشريعنا الوطني، فلا يخفى أنه في ظل العولمة لم يعد بوسع دولة بالذات أن تكافح الجريمة لوحدها بفاعلية نتيجة هذا التقدم العلمي الذي نال جوانب الحياة، لاسيما تقنيات الاتصال والنقل وغيرها، والتي أفاد منها المجرمون فغداً الإجراء دولياً. وحتى لا يفلت المجرم من العقاب، فقديمًا قال بكاريا: "إن الوسيلة الفعالة لمنع وقوع الجرائم واثاقها تقوم على يقين راسخ بالأمان أو عاصم للمجرم للإفلات من العقاب". ومن هنا ساد اليقين بأن فعالية مكافحة الجريمة تستلزم تعميق وعي الدول بتضامنها بحيث ينشأ بينها تعاون لا حدود له في هذا الجانب.⁽²⁾

وبذلك يتضح لنا أنه من الأهمية بمكان تمييز الجريمة السياسية عن الجريمة العادية سواء على المستوى الداخلي الوطني، بحيث يتم رسم ملامح الخصوصية إزاءها وفقاً للاتجاه الذي يعكس القيم السائدة والموقف الاجتماعي من هذا النوع من الإجراء وبما يعكس الشعور بعدالة الخيار التشريعي، أم على المستوى الدولي حتى تكون لنا خيارات واضحة ومنضبطة مسبقاً يتسنى في ظلها تحديد الموقف بشكل حاسم.⁽³⁾

(1) محمد عزت مصطفى سلام، الجريمة السياسية في ظل النظام العالمي الجديد، أطروحة دكتوراه (غير منشورة)،

كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية، مصر، 2012، ص 5 وما بعدها.

(2) المرجع نفسه، ص 53. عبدالسلام علي المزوعي، النظرية العامة لعلم القانون، الكتاب العاشر، تسليم المجرمين

والشرعية الدولية، الشركة العامة للورق والطباعة، الخمس - ليبيا، ط 1 / 1993، ص 3 وما بعدها.

(3) أحمد محمد محمد عبدالوهاب، الجريمة السياسية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه (غير منشورة)، جامعة

القاهرة - كلية الحقوق، دت، ص 147.

وعلى مستوى التشريعات الوطنية (قانوني العقوبات والإجراءات الجنائية وغيرها) كان هناك موقف من تمييز الجريمة السياسية، غير أن هذا الموقف مر بمراحل قد تختلف وفقا للتعديلات التي طرأت على هذه التشريعات، مما يجعل السؤال الذي يطرح نفسه يتمثل في الآتي:

ما هو موقف المشرع الليبي من ذاتية الإجرام السياسي؟.

للإجابة على هذا التساؤل يستدعينا المقام إلى التركيز على تناول الأبعاد الآتية:

- تمييز الجريمة السياسية عن العادية وفقا لخيار المشرع الليبي (المبحث الأول).
- الآثار المترتبة على تمييز الجريمة السياسية عن الجريمة العادية (المبحث الثاني).

المبحث الأول

تمييز الجريمة السياسية عن العادية وفقا لخيار المشرع الليبي

لعله من المسائل الشائكة التي تبعث على الاختلاف وتعدد وجهات النظر تحديد موقف المشرع الليبي من تمييز الجريمة السياسية عن جرائم القانون العام لما يتسم به هذا الموقف من غموض، ومما يزيد الأمر تعقيدا ندرة الدراسات التي تعنى بهذا الموضوع، بل أنه من الناحية الواقعية كان هناك شبه إهمال كامل لتدريس أحكام الإجرام السياسي والاعتناء بالبحث العلمي في جوانبه وذلك لأسباب لا تخفى على أحد، رغم كون الجرائم السياسية من الجرائم الماسة بأمن الدولة مما يجعلها من الجرائم بالغة الخطورة، ورغم وجود تلك الفجوة الواضحة بين التشريع والممارسة.

ولعلنا ونحن نحاول جاهدين الإجابة عن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام ألا وهو: هل يتبنى المشرع الليبي الرأي الذي يفرق بين الجريمة السياسية والعادية أم لا؟. سنحاول أن نتلمس الإجابة عن هذا التساؤل من خلال القراءة في قانوني العقوبات والإجراءات الجنائية والقوانين المكملة لهما. وذلك من خلال تناول: التفرقة بين الجريمة السياسية والجريمة العادية (المطلب الأول)، ثم ضابط تمييز الجريمة السياسية عن الجريمة العادية (المطلب الثاني) وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: التفرقة بين الجريمة السياسية والجريمة العادية

على غير عاداته، قام المشرع الليبي بضبط مصطلح (الجريمة السياسية) فقد أورد في نص المادة 493 (ق.إ.ج.ل) مكرر (أ) الفقرة (هـ) أنه: "...وتعد جريمة سياسية كل جريمة تمس بمصلحة سياسية للدولة أو بحق سياسي لأحد الأفراد أو كل جريمة عادية يكون الدافع الأساسي لارتكابها سياسيا".

من الأهمية بمكان إثارة تساؤل مهم في هذا المقام يتمثل في مدى كون مفهوم الجريمة السياسية في نظر المشرع الوطني وهو يسن نصوصا تتعلق بأحكام تسليم المجرمين، يختلف عن مفهومها لديه وهو يجرم الأفعال الماسة بسلامة أمنه الداخلي، أي بمعنى آخر وجود ازدواجية المعايير!. أم أن المعيار الذي يتبناه بصدد التسليم هو المعيار الذي يتم التعاطي به وطنيا أي وحدة المعايير! لعل الرد على التساؤل السابق يتطلب منا الوقوف عند بعض الجوانب المهمة التي من شأنها أن تساعدنا على فهم مقصد المشرع، سواء على مستوى البعد التاريخي للنص (الفرع الأول)، أو بعد صياغة النص (الفرع الثاني)، أو البعد التشريعي للنص (الفرع الثالث)، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: البعد التاريخي للنص

ليس هناك مجال للاختلاف حول كون قانون العقوبات الإيطالي لسنة 1930 هو المصدر التاريخي لقانون العقوبات الليبي، وكان القانون الإيطالي المشار إليه قد أورد في المادة 3/241 ما نصه: "كل فعل يضر بمصلحة سياسية من مصالح الدولة أو بحق سياسي من حقوق المواطنين يعتبر جريمة سياسية، كما تعتبر جريمة سياسية كل جريمة عادية وقعت بدافع سياسي كلي أو جزئي"⁽¹⁾. وبالمقارنة بين تعريف المشرع الليبي وتعريف المشرع الإيطالي نجد التطابق في الجمع بين المعيارين الموضوعي والشخصي.

وبدأية أورد المشرع الليبي النص المقابل للنص الوارد في القانون الإيطالي في قانون العقوبات الليبي.⁽²⁾ وذلك حيث ورد في نص المادة (9) من (ق.ع.ل) الفقرة (5) "وتعد جريمة سياسية في حكم القانون الجنائي كل جريمة تمس بمصلحة سياسية للدولة أو بحق سياسي لأحد الأفراد. كما تعد جريمة سياسية الجريمة العادية التي يكون الدافع الأساسي لارتكابها سببا سياسيا".

مع العلم أن النص السابق قد ورد تحت عنوان (تسليم المجرمين)، وقد ألغي نص المادة (9) بالقانون رقم 18 لسنة 1962 بشأن "تعديل بعض أحكام قانوني الإجراءات الجنائية والعقوبات"⁽³⁾، مع العلم بأن هذا القانون لم يكتف بإلغاء نص المادة المشار إليها وإنما قرر إضافة

(1) نجاتي سيد أحمد سند، مرجع سابق، ص302 وما بعدها.

(2) الجريدة الرسمية للمملكة الليبية المتحدة (عدد خاص)، والمؤرخة في 20 فبراير 1954، قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجنائية، ص6.

(3) الجريدة الرسمية للمملكة الليبية المتحدة، العدد8، السنة الثانية عشرة، 20 يونيو 1962، ص19 وما بعدها.

نص جديد لقانون الإجراءات يستوعب نص المادة السابقة حيث قرر إضافة المادة 493 مكرر (أ) والتي من جملة ما ورد فيها الفقرة (هـ) حيث جاء فيها ما نصه: " .. وتعد جريمة سياسية كل جريمة تمس بمصلحة سياسية للدولة أو بحق سياسي لأحد الأفراد أو كل جريمة عادية يكون الدافع الأساسي لارتكابها سياسيا". أي أن غاية ما فعله المشرع بالقانون رقم (18) لسنة 1962 أن استبدل مكان النص بنقله من قانون العقوبات (م/9) إلى قانون الإجراءات (م/493 مكرر-أ).

الفرع الثاني: بعد صياغة النص:

من خلال قراءة التعريف الذي وضعه المشرع نجد أن نصه جاء عاما مطلقا (تعد جريمة سياسية ... كل جريمة ... أو كل جريمة...) ، (كل جريمة..) لفظة (كل) تقييد العموم فيما تضاف إليه ولم يقترن به ما يدل على تخصيصه أو تقييده بتسليم المجرمين دون غيره، ومن المنطق عليه أن العام موضوع لاستغراق جميع الأفراد التي يصدق عليها معناه، وحكم اللفظ العام أنه موضع وضعا واحدا لمعنى واحد، ويشمل جميع الأفراد التي يتحقق فيها ذلك المعنى من غير حصر في كمية معينة⁽¹⁾، فعبارة (تعد جريمة سياسية..) موضوعة وضعا واحدا لمعنى واحد، وهو الجريمة السياسية، ويشمل كل ما يتحقق فيه معنى الجريمة السياسية ولا يدل على حصر الأفراد التي يتحقق فيها معنى الجريمة السياسية في عدد معين، ومن جهة أخرى فإن المطلق إذا ورد في نص، ولم يرد مقيدا في نص آخر فإنه يعمل به على إطلاقه، ولا يصح تقييده بشيء إلا إذا قام الدليل على ذلك التقييد⁽²⁾، وحيث أنه لا يوجد نص آخر سواء في قانون العقوبات أو قانون الإجراءات الجنائية ورد به ما يفيد تقييد هذا النص، فيبقى على إطلاقه، ومقتضى هذا الإطلاق أن المشرع تبنى تقسيم الجرائم إلى جرائم سياسية وجرائم عادية، وتبنى هذا المفهوم لتمييز الجرائم السياسية عن العادية اعتمادا على المعيار المنصوص عليه، وخلاف هذا القول يحتاج إلى دليل! بل أن الدليل يعزز ما انتهينا إليه، حيث أن المشرع أضاف بالقانون رقم (18) لسنة 1962- المشار إليه أنفا- نص المادة (481 مكرر - أ) والتي عنوانها بـ (شروط رد الاعتبار) وأورد بها ما نصه: " .. ويستثنى من شرط المدة المحكوم عليهم في جرائم سياسية، ولا تعد جرائم

(1) زكي الدين شعبان، أصول الفقه الإسلامي، منشورات جامعة قارونس، بنغازي - ليبيا، 6 / 1995، ص 327 وما بعدها.

(2) المرجع نفسه، ص 300. وكذلك علي بن محمد الجرجاني، التعريفات، دار الكتاب المصري، القاهرة - مصر، ط 1 / 1991، ص 230. وأيضا محمد رواس قلعه جي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، بيروت - لبنان، ط 2 / 1988، ص 436.

سياسية في تطبيق هذا النص جرائم القتل والجنایات والجنح المضرة بكيان الدولة المنصوص عليها في الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الثاني من قانون العقوبات..⁽¹⁾ وبذلك يتأكد لنا أن المشرع فرق بين الجريمة السياسية والعادية، ومن جهة أخرى أن المفهوم الذي أورده في المادة (493 مكرر - أ) هو عام ومطلق يسري عند تطبيق كافة أحكام القانون الجنائي إلا إذا وجد نص يقرر خلاف ذلك.

الفرع الثالث: البعد التشريعي للنص:

عند الجمع بين النصوص التي استخدم فيها مصطلح (جريمة سياسية) نجد أنه ورد في نص المادة (481 مكرر - أ) - المشار إليها آنفاً - وهذا النص أضيف إلى قانون الإجراءات الجنائية بذات القانون الذي أضيفت به المادة (493 مكرر - أ) التي عرفت الجريمة السياسية. وذلك فيه ما يفيد ترسيخ فكرة أن المشرع الليبي يتبنى تمييز الجريمة السياسية عن العادية، حيث ورد في المادة الأولى ما نصه: "ويستثنى من شرط المدة المحكوم عليهم في جرائم سياسية، ولا تعد جرائم سياسية في تطبيق هذا النص...".

فكيف يستقيم ادعاء أن المفهوم الذي ذكر للجريمة السياسية خاص بتسليم المجرمين دون غيره، وأن المشرع لم يأخذ بتمييز الجريمة السياسية عن الجريمة العادية!! والحال أن ذات القانون الذي وضع من خلاله التعريف قرر أحكاماً خاصة بشروط رد الاعتبار بالنسبة للمحكوم عليهم في جرائم سياسية، ونص كذلك على استثناء بعض الجرائم بقوله (ولا تعد جرائم سياسية في تطبيق هذا النص ..)، ألم يرد هذا الاستثناء على المفهوم العام للجريمة السياسية والمقرر بالمادة (493 مكرر - أ) ثم أنه من زاوية أخرى ألا تفيد جملة (.. في تطبيق هذا النص ..) إن المشرع لو أراد تخصيص المفهوم لتسليم المجرمين دون غيره لاستخدم ذات المنهج الذي اتبعه هنا، والذي في إغفاله لذلك معنى، بحيث قصد به التعميم في حق التسليم وغيره.⁽²⁾

ثم من زاوية أخرى، نجد أن القانون رقم (47) لسنة 1975 في شأن السجون (الملغى) والذي استمر العمل به إلى سنة 2005 حتى صدر القانون رقم (5) لسنة 2005 في شأن مؤسسات الإصلاح والتأهيل والمعمول به حالياً، ومن قبله القانون رقم (19) لسنة 1962 في

(1) الجريدة الرسمية للمملكة الليبية المتحدة، العدد 8، السنة الثانية عشرة، 20 يونيو 1962، ص 19 وما بعدها.
(2) مع الأهمية التنبيه إلى أن هذا المنهج (في تطبيق هذا النص) أو (في تنفيذ أحكام هذا القانون) وما شابهها، كان بمثابة المنهج الثابت لدى المشرع فقد استخدمه في العديد من النصوص ومنها: (م/14) من القانون رقم (19) لسنة 1962 وكذلك في (م/19) من القانون رقم (47) لسنة 1975.

شأن السجون يقران اعتبار المحكوم عليهم في جرائم سياسية من الفئة الأولى في تقسيم النزلاء. فكل من القانون رقم (19) لسنة 1962 والقانون رقم (47) لسنة 1975 في شأن السجون قد صدرا بعد القانون رقم (18) لسنة 1962 الذي يقرر مفهوما محددا للجريمة السياسية. فقد ورد في المادة (14) من القانون رقم (19) لسنة 1962 ما نصه: "يقسم المسجونون داخل كل سجن ... إلى فئتين (أ و ب) وتشمل الفئة (أ) .. 3. المحكوم عليهم في جرائم سياسية..."⁽¹⁾. كما ورد أيضا في المادة (19) من القانون رقم (47) لسنة 1975 ما نصه: "يقسم النزلاء بكل سجن ... وتشمل الفئة الأولى: .. ب/ المحكوم عليهم في جرائم سياسية..". فما المقصود بالجرائم السياسية هنا؟! مع العلم بأن القانون الأخير بقي معمولا به إلى عام 2005.

وبذلك نستطيع أن نجزم بأن المشرع الليبي قد أخذ بفكرة تمييز الجرائم السياسية عن الجرائم العادية، وأن الضابط أو المعيار الذي يقوم عليه هذا التمييز هو ما نصت عليه المادة (493) مكرر - (أ) من قانون الإجراءات الجنائية.⁽²⁾

المطلب الثاني: ضابط تمييز الجريمة السياسية عن الجريمة العادية

ثمة ثلاثة معايير للتمييز بين الجريمة السياسية والجريمة العادية، وكانت تلك المعايير تشكل حلقات متتابعة، مهدت الأولى منها للثانية والثانية للثالثة، فكل منها يمثل حقبة زمنية معينة، وذلك بما يسودها من ظروف سياسية وأوضاع اجتماعية، فقد بدأت فكرة التمييز بين المجرم السياسي والمجرم العادي على أثر قيام الثورة الفرنسية، حيث اتجهت التشريعات إلى التمييز بينهما وفقا للمعيار الشخصي للمجرم، ثم نما على أثره المعيار الموضوعي، ومؤخرا اتجهت التشريعات إلى المعيار المختلط، والتي تحاول بمقتضاها الموازنة بين حماية المجتمع من جانب وحماية الحقوق والحريات الفردية من جانب آخر، وتلك المعايير هي على النحو الآتي:

الفرع الأول: المعيار الموضوعي:

وهو معيار مادي يعتد بطبيعة الحق الذي تم المساس به، أو المصلحة التي حل بها الضرر. وعلى ذلك تعد جريمة سياسية، الجريمة التي تمس مصلحة سياسية عامة أو خاصة،

(1) الجريدة الرسمية للمملكة الليبية المتحدة، العدد 8، السنة الثانية عشرة، 20 يونيو 1962، ص 36.

(2) يراجع في ذات الاتجاه: محمد الرازقي، محاضرات في القانون الجنائي، مرجع سابق، ص 132 وما بعدها. موسى مسعود ارحومة، مرجع سابق، ص 202 وما بعدها. عبدالسلام علي المزوغي، مرجع سابق، ص 214 وما بعدها.

دونما اعتبار للباعث الذي دفع الفاعل إلى ارتكاب الفعل، أما إذا لم تكن المصلحة سياسية فإن الجريمة تعد عادية.⁽¹⁾

ومن هذا المنطلق فإن الجريمة تعتبر سياسية متى كانت تمثل عدوانا على مصلحة سياسية للدولة، أو على حق سياسي لفرد من الأفراد. ومن قبيل الجرائم السياسية بإعمال هذا الضابط تلك التي تهدد أمن الدولة واستقرارها من جهة الداخل أو من جهة الخارج؛ كالمساس باستقلال الدولة أو وحدة وسلامة أراضيها، أو التخابر مع الأعداء وإفشاء أسرار الدفاع، وكذلك محاولة تغيير نظام الحكم.⁽²⁾

الفرع الثاني: المعيار الشخصي⁽³⁾:

يقوم هذا المعيار على الاعتداد بالدوافع التي أدت إلى ارتكاب الفعل والهدف النهائي الذي توخاه الجاني، وعلى ذلك تعد جريمة سياسية الجريمة التي تحركها دوافع سياسية حتى لو كانت من الناحية الموضوعية لا تمس بمصالح سياسية خاصة أو عامة.⁽⁴⁾ فالجريمة سياسية متى كان الباعث على ارتكابها سياسيا بصرف النظر عن موضوعها، أما إذا لم يكن الغرض منها كذلك فتكون جريمة عادية، وبناء على هذا المعيار فإن الجريمة الواحدة تارة تكون سياسية في أحوال معينة، وتارة أخرى تكون عادية، تبعا للباعث على ارتكابها سواء كان سياسيا أم لا.⁽⁵⁾ فعلى سبيل المثال تعد جريمة قتل رئيس الدولة أو أحد الوزراء سياسية متى كان الباعث على ارتكابها

(1) عبدالسلام علي المزوغي، مرجع سابق، ص 219. موسى مسعود ارحومة، مرجع سابق، ص 203 وما بعدها.

(2) موسى مسعود ارحومة، مرجع سابق، ص 204. منتصر سعيد حموده، مرجع سابق، ص 104 وما بعدها.

(3) وتعددت الآراء حول ضابط هذا المعيار رأي يرى أنه الدافع، وآخر يرى أنه الغرض أو الهدف، وثالث يرى الجمع بين الدافع والغرض معا. يراجع في ذلك: عبدالجبار الحنيص، الضابط في تحديد الجريمة السياسية، ص 2 وما بعدها. عبدالوهاب حومد، الإجرام السياسي، دار المعارف، بيروت - لبنان، ط 1، ص 78 وما بعدها.

(4) عبدالسلام علي المزوغي، مرجع سابق، ص 221. محمد عزت مصطفى سلام، مرجع سابق، ص 60. أحمد الخليلي، شرح القانون الجنائي، القسم العام، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرباط - المغرب، ط 1 / 1985، ص 104 وما بعدها.

(5) محمود سليمان موسى، شرح قانون العقوبات الليبي، القسم العام، الجزء الأول، الأحكام العامة للجريمة، منشأة المعارف، الإسكندرية - مصر، ط 1، ص 2002، ص 112. أحمد الخليلي، مرجع سابق، ص 106 وما بعدها.

هو تغيير نظام الحكم في الدولة، أما إذا كان الدافع على القتل هو مجرد الانتقام والتشفي فإن الجريمة في هذه الحالة تكون عادية وليست سياسية.⁽¹⁾

الفرع الثالث: المعيار المختلط:

يجمع هذا المعيار بين المعيارين السابقين، ويسوق تكييفاً موضوعياً وذاتياً في آن واحد للأفعال محل المساءلة، وعلى ذلك يشترط في الجريمة السياسية أن تكون كذلك من الناحيتين الموضوعية والشخصية⁽²⁾، أي أن يكون الفعل كذلك وفقاً لكونه ماساً بمصلحة سياسية عامة أو خاصة وكان الدافع أو الباعث على إتيانه سياسياً، وهذا المعيار من شأنه الأخذ به تضيق نطاق الجرائم السياسية، فالجريمة التي تأتي استجابة للمعيار الموضوعي دون الشخصي، أو للمعيار الشخصي دون الموضوعي لا تعد جريمة سياسية.⁽³⁾

أما عن خيار المشرع الليبي فنلتم من خلال قراءة التعريف السابق أنه جمع بين المعيارين المعيار الموضوعي والمعيار الشخصي.⁽⁴⁾ وفي رأينا يخطئ من يظن أن المعيار المختلط وفقاً لخيار المشرع الليبي يعني الجمع بين المعيارين في آن واحد، ولا يعد هذا الأسلوب هو المقصود بالمعيار المختلط، في رأينا، لما يمثله من مجرد الجمع بين صور الجرائم السياسية وفقاً للمعيار الشخصي مع صورها وفقاً للمعيار الموضوعي، حيث أرى أن المعيار المختلط يتطلب استجابة كل جريمة سياسية للمعيارين معاً، بحيث ينطبق عليها المعيار الموضوعي من جهة ومن جهة أخرى المعيار الشخصي في ذات الوقت، وهذا الأسلوب - المعيار المختلط - من شأنه التضيق من نطاق الجريمة السياسية بخلاف ما عليه خيار المشرع الليبي الذي من شأنه أن يوسع من

(1) موسى مسعود ارحومة، مرجع سابق، ص 204. عبدالوهاب حومد، مرجع سابق، ص 123.

(2) محمد عزت مصطفى سلام، مرجع سابق، ص 61. عبدالسلام علي المزوغي، مرجع سابق، ص 224.

(3) أمال صالح النشيد، مفارقات الإجرام السياسي عن الإجرام العادي، دراسة مقارنة، مؤسسة الوراق، عمان - الأردن، ط 1 / 2015، ص 98 وما بعدها. عبدالوهاب عمر البتراوي، الإجرام السياسي، مقارن، ضمن مجموعة بحوث جنائية حديثة، الجزء الأول، دار الفكر العربي، القاهرة - مصر، ط 3 / 1996، ص 422 وما بعدها. عبدالحميد الشواربي، الجرائم السياسية، منشأة المعارف، الإسكندرية - مصر، ط 2 / 1999، ص 46 وما بعدها

(4) محمد الرازقي، محاضرات في القانون الجنائي، مرجع سابق، 137. موسى مسعود ارحومة، مرجع سابق، ص 207.

نطاق الجريمة السياسية، ومبعث قولنا هذا يكمن في استخدام المشرع لـ (أو) بين المعيار الموضوعي والشخصي كما هو واضح في النص السابق.

ويمكننا أن نؤكد أن القانون الجنائي الموضوعي قد أخذ بالمعيارين معا، فإذا رجعنا إلى أحكام الكتاب الثاني (المواد 165 وما بعدها) نجد أنه تبنى في بعض المواد المعيار الشخصي: (م/166) دس الدسائس مع الدولة الأجنبية لإثارة الحرب ضد ليبيا، "... بقصد استعادتها...". و(م/167) دس الدسائس مع الأجنبي للإضرار بمركز البلاد العسكري والسياسي، "... وقصد بذلك...". و (م/169) الارشاء من الأجنبي، "... بقصد الإتيان بأعمال ضارة بمصالح البلاد... الخ. وفي كثير غيرها اكتفى المشرع بالمعيار المادي الموضوعي، فهذه النصوص توضح إرادة المشرع الليبي، والتشريعات التي جرت مجراه، أنه تبنى المعيارين معا بمعنى يكفي هذا أو ذاك في تكيف الجريمة بأنها سياسية.

المبحث الثاني

الآثار المترتبة على تمييز الجريمة السياسية عن الجريمة العادية

الجريمة السياسية في العموم من حيث الأركان والأقسام تخضع للنظرية العامة للجريمة والعقوبة والقواعد الإجرائية، وفي الخصوص نجد ملامح لخصوصية الجريمة السياسية على سبيل التحديد في بعض الأحكام وذلك بناء على اختلاف طبيعتها عن الجريمة العادية، تطل الشق الموضوعي والإجرائي في آن واحد.

وقد أجريت العديد من الدراسات في العديد من بلدان العالم عنيت بدراسة شخصية المجرم السياسي، بينت اختلافه عن المجرم العادي، وبذلك سادت بعض الأفكار التي ترى في المجرم السياسي شخصا غير سائر المجرمين العاديين، فالتفريق بين المجرم العادي والسياسي قائم سواء كانت للشفقة عليه والتعاطف معه أو العكس، وسواء بتبني أفكاره أو معارضتها⁽¹⁾، وما يترتب عن ذلك من نتائج تنعكس على التجريم والعقاب إزاء هذا النوع من الجرائم، أي على المستوى الموضوعي (المطلب الأول). كما تنعكس على الضمانات الإجرائية، أي على المستوى الإجرائي (المطلب الثاني). وذلك على النحو الآتي:

(1) أحمد محمد عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 175 وما بعدها. عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 56

وما بعدها. أمال صالح النشيد، مرجع سابق، ص 156.

المطلب الأول: على المستوى الموضوعي

لعلنا من خلال ما سبق طرحه وصلنا إلى أن المشرع الليبي قرر تمييز الجريمة السياسية عن العادية، وكان معيار ذلك التمييز ما نصت عليه (م/493 مكرر - أ الفقرة هـ) وعند إعمال ذلك على مستوى قانون العقوبات يمكننا حصر أهم ملامح هذا التمييز في الآثار على التجريم والعقاب معا وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: على مستوى التجريم

بقراءة النصوص المتعلقة بالجرائم السياسية في قانون العقوبات الليبي يمكننا رصد أهم ملامح خصوصية الإجراء السياسي على مستوى التجريم وهي كما يلي:

أولاً: كثيراً ما ينزع المشرع عند حديثه عن الجريمة السياسية إلى عدم الضبط والدقة والوضوح، رغبة في إعطاء النص المرونة حتى لا يفلت مرتكبو الجرائم السياسية من العقاب، مما يظهر خصوصية مبدأ الشرعية حيالها، ومما قد يهدر مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات بصياغة نصوص تجريم وعقاب تخرج عن فن الصياغة التشريعية الدقيقة⁽¹⁾، وينظر على سبيل المثال إلى ما ورد في بعض نصوص قانون العقوبات (م/165) وما بعدها، ومما ورد من عبارات تؤكد ذلك:

" .. رفع السلاح على ليبيا .. أو التحق على أي وجه .." (م / 165).

" .. كل من خابر .. أو أي شخص آخر يعمل لمصلحتها .. سواء تحقق الغرض المطلوب أو لم يتحقق" (م / 166)

" .. وقصد بذلك الإضرار بمركز الجمهورية العربية الليبية الحربي أو السياسي أو الدبلوماسي" (م / 167)

" .. أو قام بأعمال أخرى عدوانية .." (م / 168)

" .. بقصد الإتيان بأعمال ضارة بمصالح البلاد .." (م / 169)

" .. أو أية مساعدة أخرى .. أو سهل له بأية طريقة كانت .." (م / 184)

وكذلك ما ورد في القانون رقم (5) لسنة 2014 بشأن تعديل نص المادة (195) من قانون العقوبات، حيث جاء في نص (م / 1) منه: " .. كل من يصدر عنه ما يشكل مساساً

(1) أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق، القاهرة - مصر، ط3 / 2004، ص33 وما بعدها. أمال صالح النشيد، مرجع سابق، 165.

بثورة السابع عشر من فبراير..". ومن يقع عليه هذا المساس في هذا النص (محل الجريمة) هو ثورة السابع عشر من فبراير.

ثانياً: كما أنه من ملامح خصوصية الجرائم السياسية في التشريعات الليبية الخروج على مبدأ الشرعية الجنائية، حيث من أهم تطبيقاته مبدأ عدم رجعية القانون الأشد، ومن أمثلة ذلك ما ورد في قرار مجلس قيادة الثورة بشأن حماية الثورة والصادر في 11/12/1969، حيث حددت المادة الأولى من هذا القرار دائرة المخاطبين بأحكامه لتشمل الفئات الآتية: "الأشخاص الذين شاركوا خلال الفترة من 7 أكتوبر سنة 1951م حتى الفاتح من سبتمبر سنة 1969 في إفساد الحياة السياسية والإدارية..". وما ورد في القانون رقم (29) لسنة 2013 في شأن العدالة الانتقالية حيث جاء في المادة (3) منه ما نصه: "تسري أحكام هذا القانون على الوقائع التي حدثت اعتباراً من 1 سبتمبر 1969...". وكذلك ورد في نص المادة (4) منه أيضاً الفقرة / 1 : " .. وتجريم العهد السابق". والفقرة / 3 منها أيضاً: " المحاسبة على انتهاكات حقوق الإنسان التي ارتكبت تحت غطاء الدولة ..". وكذلك ما ورد في نص المادة (5) منه الفقرة / 4 والتي جاء نصها: " المحاسبة الجنائية". وغيرها من النصوص.

ثالثاً: يضاف إلى ما سبق ذكره، التوسع في التفويض التشريعي لاسيما في الجرائم السياسية التي ترد على حق الفرد السياسي في الترشح والانتخاب، كتزوير النتائج والتلاعب بصناديق الاقتراع وبناتج التصويت لصالح مرشح معين، والتصويت المتكرر، والرشوة الانتخابية لحرمان مرشح من الفوز.. الخ، (الجرائم الانتخابية)، ولعل خير مثال على ذلك ما جاء في القانون رقم (4) لسنة 2012 بشأن انتخاب المؤتمر الوطني العام الليبي وبالتحديد في المواد (18 ، 19 ، 45) فقد وجد بها ما يفيد تفويض المفوضية العليا للانتخابات فيما يتعلق بوضع الأحكام التفصيلية والضوابط التي يتوقف عليها التجريم. وكذلك الحال في حق القانون رقم (17) لسنة 2013 بشأن انتخاب الهيئة التأسيسية. وكذلك في حق القانون رقم (10) لسنة 2014 بشأن انتخاب مجلس النواب المواد (9 ، 10 ، 13 ، 44).⁽¹⁾

رابعاً:ومما يلاحظ أيضاً التوسع في اعتماد الخطر كأساس للتجريم في الجرائم السياسية بخلاف الجرائم العادية، حيث لم يكتف المشرع بتجريم الأفعال التي من شأنها أن تلحق الضرر

(1) ولعله من النماذج أيضاً التي تؤكد الفكرة (قرار مجلس قيادة الثورة بشأن حماية الثورة الصادر في 11 ديسمبر 1969).

الفعلي بالحق أو المصلحة محل الحماية الجنائية، بل تعدى ذلك إلى تجريم أي فعل يحمل ولو قدرا يسيرا إمكان حصول الضرر، اعتمادا على مجرد الخطر كأساس لتجريم الجرائم السياسية، كجريمة محاولة قلب نظام الحكم (م / 196 ق.ع.ل). وتمثل نصوص قانون العقوبات المتعلقة بجرائم الاعتداء على أمن الدولة الداخلي - في العموم - نموذجا لتوسع المشرع في تبني مجرد الخطر كأساس للتجريم.

ومن جملة ما يفهم مما سبق عرضه أن المشرع الليبي نزع إلى التوسع في دائرة أو نطاق التجريم إزاء الجرائم السياسية وتشدد في حقها، ونحن في هذا المقام لا يسعنا أن ننكر على المشرع هذا التوسع، فلا غضاضة في تكريس القواعد الجنائية لحماية السلطة الحاكمة ونظامها السياسي، فهو (حق طبيعي)؛، وذلك وفقا لما تؤكد المحكمة العليا في إحدى أحكامها، " .. إن حق إي ثورة، بل وأي نظام سياسي في حماية مبادئه، وسلامة مؤسساته الدستورية، هو حق طبيعي لا يمكن إنكاره عليه، ويستمد من حقه في الدفاع الشرعي عن وجوده، ضد الذين يسعون إلى هدم كيانه، والقضاء عليه، لذلك فإن من حقه تجريم ما من شأنه المساس بهذه المبادئ والمؤسسات"⁽¹⁾. وإنما ما ننكره عليه هو استخدام تلك العبارات الفضفاضة غير المحددة والتي يعوزها الوضوح والدقة التي يفرضها مبدأ الشرعية الجنائية، مما يجعلها مطية للتعسف والاستبداد على حساب حرمان الأفراد من حقوقهم وحياتهم.⁽²⁾

الفرع الثاني: على مستوى العقاب:

تجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن السلطة التشريعية في أي بلد لا بد وأن تتأثر وهي تحدد العقوبات، بالمعتقدات السياسية السائدة في الدولة، فقد قيل أن هناك علاقة وطيدة بين فلسفة نظام سياسي معين، وبين محتوى التشريعات الجنائية.⁽³⁾ ولذلك يخشى أن يساء استعمال العقوبة بشكل غير مبرر، وقد اتسمت عقوبات الجرائم السياسية في القانون الليبي بالتشديد فتعددت

(1) ينظر: المحكمة العليا، طعن جنائي رقم (40 / 21ق)، بتاريخ 1975/4/29م، مجلة المحكمة العليا، السنة الثانية

عشر، العدد2، ص 132

(2) محمد الرازي، محاضرات في القانون الجنائي، مرجع سابق، ص137 وما بعدها.

(3) منذر عرفات زيتون، الجريمة السياسية في الشريعة الإسلامية والقانون، دار المجدلاوي، عمان - الأردن، ط1/

2003، ص84. محمد الرازي، علم الإجرام والسياسة الجنائية، دار الكتاب الجديد المتحدة، بيروت - لبنان،

ط3 / 2004، ص135.

الحالات التي يعاقب عنها بالإعدام أو السجن المؤبد بشكل واضح بخلاف عقوبات الجرائم العادية وذلك كما سيتضح لنا لاحقاً.

أولاً: بالرغم مما نثيره عقوبة الإعدام من جدل بين الإبقاء والإلغاء، إلا أنه مما يلفت الانتباه أن أكثر من ثمان وعشرين صورة (تقريباً) من صور الجرائم السياسية قد عوقب عليها بالإعدام، مقابل تسع صور (تقريباً) في الجرائم العادية التي يعاقب عليها بهذه العقوبة. فلو أردنا الوقوف عند هذه الحقيقة فيمكننا ذكر الآتي:

أ/ الجرائم السياسية المعاقب عليها بالإعدام: ومن قبيل الجرائم السياسية، إعمالاً للضابط المشار إليه سابقاً المعيار الموضوعي (أو المعيار الشخصي)، والذي تبناه المشرع الليبي، تلك التي تهدد أمن الدولة واستقرارها من جهة الخارج أو من جهة الداخل⁽¹⁾ ومنها:

- رفع الليبيين السلاح ضد الدولة (م/165).
- دس الدسائس مع الدولة الأجنبية لإثارة الحرب ضد ليبيا (م/166).
- التجنيد ضد دولة أجنبية أو إتيان أعمال عدوانية ضدها (م/168). "... بقصد...".
- الارتشاء من الأجنبي (م/169). "... بقصد الإتيان...".
- المساس بأراضي الدولة وتسهيل الحرب ضدها (م/170).
- إفشاء أسرار تتعلق بأمن الدولة (م/171). "... بقصد إفشائه..".
- التسلل إلى الأماكن العسكرية وحيازة وسائل التجسس (م/172).
- إذاعة أسرار الدفاع (م/174).
- إثارة روح الهزيمة العسكرية زمن الحرب (م/176).
- بث روح الهزيمة الاقتصادية (م/177).
- تخريب أو إتلاف المنشآت العسكرية زمن الحرب (م/179).
- شراء أسلحة أو مؤن فاسدة وقت الحرب (م/181).

(1) موسى مسعود ارحومة، مرجع سابق، ص204. ومما يجدر ذكره في هذا المقام أن بعض التشريعات أخرجت الجرائم الماسة بأمن الدولة من جهة الخارج من قائمة الجرائم السياسية، وذلك إما مبعثه أنه عندما أخذت باللين والرفق بالمجرم السياسي (المناضل والنبيل) وجدوا أن الصفات الأخيرة لا تليق بتاتا ولا تستقيم مع حالة من يتعاون مع العدو للنينل من بلده!. بخلاف التشريعات لم تتحول إلى اللين والرفق في حق المجرم السياسي، ومنها التشريع الليبي الذي لم يتنازل عن التشدد بحق الإجرام السياسي حتى يومنا هذا، وبذلك لا يوجد ما يبرر استثناء مثل هذه الصورة من الجرائم السياسية.

- استغلال أسرار الدولة لصالح دولة تحارب ليبيا..(م/182).
 - تسهيل ارتكاب الجرائم السالفة الذكر (م/184).
 - الاعتداء على الدستور (م/196).
 - استعمال المفترقات بنية تغيير الدستور أو شكل الحكم (م/197).
 - تخريب مباني الحكومة أو مستودعات ذخيرتها أو ممتلكاتها (م/198 مكرر - أ).
 - اغتصاب قيادة عسكرية أو التمسك بها دون حق (م/199).
 - استعمال القوة مخالفة لأوامر الحكومة (م/200).
 - استعمال القوة ضد سلطات الدولة (م/201).
 - أفعال التخريب والنهب والتقتيل (م/202).
 - الحرب الأهلية (م/203).
 - الاعتداء على السلطات الدستورية (م/204).
 - التنظيمات والتشكيلات غير المشروعة (م/206).
 - الترويج لأي عمل ضد نظم الدولة (م/207).
 - الاتفاق على ارتكاب الجرائم (السابقة) وتكوين الجمعيات والعصابات لارتكابها (م/211).
 - الاعتداء على رؤساء الدول الأجنبية (م/218).
 - الاعتداء على ممثلي الدول الأجنبية (م/221).⁽¹⁾
- ومما يجدر ذكره أيضا أنه إعمالا للمعيار الشخصي فإن أي جريمة عادية ارتكبت بدافع سياسي تعد جريمة سياسية، وبذلك يمكن إضافة الحالات الأخرى لعقوبة الإعدام إزاء جرائم عادية لقائمة عقوبة الإعدام عن الجرائم السياسية.
- ب/ الجرائم العادية المعاقب عليها بالإعدام:**
- بعض مواد قانون العقوبات (م/ 305، 296، 306، 308).
 - القانون رقم (2) لسنة 1979 بشأن الجرائم الاقتصادية (م/4).
 - القانون رقم (7) لسنة 1990 بشأن المخدرات والمؤثرات العقلية (م/34، 40، 41).

(1) وتجدر الإشارة إلى بعض النصوص الملغاة مؤخرا: 1- قرار مجلس قيادة الثورة بشأن حماية الثورة والذي نص في مادته الأولى بالمعاقبة بالإعدام (يعاقب بالإعدام كل من رفع السلاح في وجه النظام الجمهوري لثورة الفاتح من سبتمبر أو اشترك في عصابة مسلحة لهذا الغرض). 2- القانون رقم (17) لسنة 1972 بشأن تجريم الحزبية ومما جاء فيه (م/3): (يعاقب بالإعدام كل من دعا إلى إقامة أي تجمع أو تنظيم أو تشكيل محظور..).

- القانون رقم (21) لسنة 1991 بشأن التعبئة (م/6- أو لا/ب).

- قانون القصاص والدية (م/1).

- قانون حدي السرقة والحرابة (م/5).⁽¹⁾

ثانياً: ومن خلال الرجوع للعقوبات المنصوص عليها للجرائم السياسية نرى التوسع أيضاً في إقرار عقوبة السجن المؤبد، كما هو الحال على سبيل المثال في المواد (167، 168، 169، 172، 173، 174، 176، 177، 178، 179، 181، 183، الخ) ولا يخفى كون هذه العقوبة قاسية بل وممعنة في القسوة، مما يؤكد إرادة المشرع التشدد حيال الجرائم السياسية، بخلاف الجرائم العادية، إمعاناً في حماية النظام الحاكم وصون مقومات وجوده، وتحييد خصومه بصفة دائمة.

ثالثاً: ونحن بدورنا نؤكد عدم جدوى التشدد في العقاب لاسيما عقوبة الإعدام في مجال الإجرام السياسي، فمن ناحية إن الاحتجاج بأن الجرائم السياسية تشكل إثارة لشعور السخط العام، الذي يلزم تهدئته بالعقاب؛ غير دقيق، ذلك لأن هذا الشعور إن وجد لدى طائفة معارضة للمبادئ والأفكار التي يعتنقها المجرم السياسي، فإن هذه المبادئ والأفكار قد تكون موضع ترحيب وتستهوي عددا لا يستهان به من أفراد المجتمع، ومن ناحية أخرى فإن تشديد العقوبة بهذه الصورة لن تنتهي المجرم السياسي عن مبادئه وأفكاره التي تصل إلى أن تحظى بالتقديس لديه أحيانا، كما أنها لن تنتهي غيره ممن يعتنقون ذات الأفكار والمبادئ، ذلك لأن الصراع في الجريمة السياسية صراع أفكار ومبادئ وقيم. فيخشى دائما من أن تتخذ السلطة الحاكمة من عقوبة الإعدام سلاحا للانتقام من خصومهم السياسيين. بل نرى أن يعمل مبدأ التناسب إزاء مواجهة الإجرام السياسي، والاستعاضة عن عقوبة الإعدام بعقوبات أخرى أكثر انسجاما مع التناسب بين الخطورة ودرجة الإثم، ومراعاة جسامه الضرر أو الخطر. فينبغي وضع مسألة التناسب بين قدر أو جسامه العقوبة المفروضة من ناحية، وطبيعة أو خطورة الجريمة السياسية، وظروف المجرم السياسي وشخصيته من ناحية أخرى، موضع اهتمام عند اختيار الجزاء. ومن جانب آخر ينبغي ألا ننسى الاتجاه المعاصر حيال عقوبة الإعدام عن الجريمة السياسية، حيث يقضي بالترفق حيال المجرم السياسي، ومن مظاهر هذا الترفق إلغاء عقوبة الإعدام في مواجهة المجرم السياسي، وهو ما أخذت به العديد من التشريعات المعاصرة.

(1) ومما ورد في بعض القوانين الملغاة: القانون رقم 97 لسنة 1976 في شأن مكافحة تهريب البضائع خارج الدوائر الجمركية في مادته (9). والقانون رقم (15) لسنة 1425 ميلادية بتعديل بعض أحكام القانون رقم 97 لسنة 1976 في شأن مكافحة تهريب البضائع، في (م/2). الملغاة بالقانون رقم (10) لسنة 2010 بشأن الجمارك.

المطلب الثاني: على المستوى الإجرائي

يهدف قانون الإجراءات الجنائية إلى إقامة التوازن بين مصلحة المجتمع في الأمن والحماية من أخطار الجريمة، وبين مصلحة المواطن في حماية حقوقه وحريته الشخصية، ولا يسع الدولة أن تتصل من موجبات الشرعية الإجرائية هذه، بل عليها الالتزام بفحواها على سبيل التفصيل.⁽¹⁾

وواقع أن التنظيم الإجرائي المتعلق بالجرائم السياسية شكل هاجسا لدى المجتمعات وبمعنى أدق - الحكومات - فراحت جاهدة تبحث لها عن تنظيم يكفل تحقيق هذا التوازن البالغ الصعوبة. وذلك لأنه لا يجوز للدولة أن تتحلل من ضوابط الشرعية الإجرائية. فغالبا ما يعكس التنظيم الإجرائي لجريمة من الجرائم مدى خطورة ما تخلفه من آثار ضارة على المجتمع، إلا أنه يجب ألا يتبالغ الدولة في تنظيماتها الإجرائية فتتحول باسم القانون إلى دولة الاستبداد بالقانون وخرق الشرعية⁽²⁾، وبخاصة فيما يتعلق برجعية النصوص الجنائية كما أشرنا سابقا. وبالإطلاع على النصوص القانونية الشكلية نجد أن المشرع الليبي قد قرر أحكاما خاصة بالإجراءات الجنائية المتبعة حيال طائفة الجرائم السياسية، تتمثل أهم ملامحها في مرحلة الاستدلال (الفرع الأول)، ومرحلة التحقيق والمحاكمة (الفرع الثاني)، ومرحلة التنفيذ (الفرع الثالث)، وهي على النحو الآتي:

الفرع الأول: مرحلة الاستدلال

يخول مأمورو الضبط القضائي صلاحيات أوسع حيال جمع الاستدلالات عن الجرائم السياسية ومن أهم الملامح ما يلي:

أولا: فقد ورد في نص (م/ 26 ق.إ.ج.ل) أنه: "يجب على مأمور الضبط القضائي أن يسمع فوراً أقوال المتهم المضبوط، وإذا لم يأت بما يبرئه، يرسله في مدى ثمان وأربعين ساعة إلى النيابة العامة المختصة.

ويجب على النيابة العامة أن تستجوبه في ظرف أربع وعشرين ساعة، ثم تأمر بالقبض عليه أو بإطلاق سراحه.

(1) أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، مرجع سابق، ص 263 وما بعدها.

(2) عدنان أحمد الفالح، الإجرام السياسي بين استبداد النظام الحاكم وشرعية القانون، دار المصباح، الكويت، ط 1 / 2014، ص 89 وما بعدها.

على أنه بالنسبة إلى المتهمين في إحدى الجرائم المنصوص عليها في الباب الأول من الكتاب الثاني من قانون العقوبات يكون إرسال المتهم إلى النيابة العامة المختصة في خلال سبعة أيام من تاريخ ضبطه".⁽¹⁾

وهذا ما يؤكد القانون رقم (3) لسنة 2013م في شأن تعديل بعض أحكام قانون الإجراءات الجنائية حيث جاء فيه ما نصه: "مادة (187 ب مكررا) تكون إحالة المتهم إلى النيابة العامة في الجرائم المشار إليها في المادة السابقة خلال سبعة أيام من تاريخ ضبطه..".
فيتضح من خلال النصوص السابقة أن الحد الأقصى للمدة التي يبقى فيها المضبوط لدى مأمور الضبط القضائي (ثمان وأربعين ساعة) في الجرائم العادية، أما في حق الجرائم السياسية تمتد هذه المدة إلى (سبعة أيام)، ولا يخفى أن المشرع قد توسع في المدة بالنسبة للجرائم السياسية، ولا نجد ما يبرر ذلك بشكل مقنع!. إلا إذا قلنا بأن الإجراءات الجنائية تقوم أيضا بنوع من التخويف والردع فالقبض والإحضار وإجراءات التحقيق وكذلك المحاكمة من شأنها أن تتفرغ الأفراد من ارتكاب الجرائم، فالسبعة أيام لا شك أنها أقسى وأمر من اليومين في الجرائم العادية في هذه الحالة، وذلك استجابة إلى أن الجرائم السياسية هي أشد خطرا وأكثر ضررا من الجرائم العادية.

ثانياً: من جهة أخرى نجد أن مهمة البحث عن الجرائم ومرتكبيها، وجمع الاستدلالات حيال الجرائم السياسية قد أنيطت على سبيل الأصالة بأجهزة مختصة، تتمثل في (جهاز المباحث العامة) المنشأ بقرار مجلس الوزراء رقم (325) لسنة 2013، وكذلك (جهاز المخابرات الليبية) المنشأ بالقانون رقم (7) لسنة 2012.⁽²⁾ حيث تنص (م/3) من القانون رقم (7) لسنة 2012 على أن: "الجهاز يعمل على تحقيق أمن وسلامة ليبيا ويتم ذلك عن طريق.."⁽³⁾. كما ورد في (م/82) منه ما نصه: "مع عدم الإخلال بقانون الإجراءات الجنائية، يجوز لموظفي الجهاز الصادر لهم قرار من رئيس الجهاز بمنحهم صفة الضبط القضائي، تفتيش الأشخاص والمنازل بإذن من النيابة المختصة بمناسبة تحقيق الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون والكشف عنها

(1) الفقرة الثالثة أضيفت بالقانون رقم 87 لسنة 1974م، والمنشور بعدد الجريدة الرسمية رقم 65 لسنة 1974م.

(2) صدر عن المجلس الوطني الانتقالي المؤقت يوم الثلاثاء الموافق 2012/2/6.

(3) ومنها: 1- حماية أسرار ليبيا والمحافظة عليها من التسرب. 2- مقاومة نشاط المخابرات الأجنبية ضد أمن وسلامة الدولة الليبية. .. 4- متابعة النشاط المشبوه والمعادي لأمن ليبيا. ... 7- التصدي للأنشطة المعادية التي تقوم بها الدول والمنظمات وتستهدف الهوية الوطنية والقيم ومبادئ المجتمع... الخ.

بشروط وجود مبررات قوية تبرر هذا الإجراء، والجرائم المنصوص عليها في الباب الأول من قانون العقوبات والجرائم الماسة بأمن الدولة...". وكذلك ورد في (م/4) من قرار مجلس الوزراء رقم (325) لسنة 2013⁽¹⁾ المشار إليه أنفا ما نصه: "يختص جهاز المباحث العامة بما يلي: .. 5- مباشرة أعمال التحري وجمع الاستدلالات والقبض على مرتكبي الجرائم التي تدخل ضمن اختصاصات الجهاز وإحالتها إلى الجهات القضائية المختصة...".

الفرع الثاني: مرحلة التحقيق والمحاكمة:

من ملامح تمييز الجرائم السياسية عن الجرائم العادية في مرحلة التحقيق والمحاكمة مايلي:

أولاً: ما ورد في نص (م/187 مكرر - أ) المضافة بالقانون رقم (87) لسنة 1974م⁽²⁾، حيث جاء فيها: "يتباشر النيابة العامة التحقيق في الجرائم المنصوص عليها في الباب الأول من الكتاب الثاني من قانون العقوبات، وكذلك الجرائم المرتبطة بها ويتولى مباشرة التحقيق والدعوى الجنائية أحد أعضاء النيابة العامة لا تقل درجته عن وكيل نيابة من الدرجة الأولى. ويكون للنيابة العامة عند تحقيق الجرائم المشار إليها وإحالتها إلى المحاكمة كافة السلطات المخولة للنيابة العامة ولقاضي التحقيق ولغرفة الاتهام.

ولا يتقيد تحقيق هذه الجرائم بالقيود المبينة في المواد، 40، 42، 43، 45، 46، 66، 75، 76، 81، 84، 106، كما لا يسري في شأنه أحكام المواد 58، 61، 68، 122، 123، 131، 133، 135، 136، 175 فقرة أولى، 176، 177، 179. مع العلم بأن هذا النص قد جرى تعديله بالقانون رقم (3) لسنة 2013 المشار إليه أنفاً، بحيث لم يعد النص المعدل يشترط في عضو النيابة الذي يتولى التحقيق في هذه الجرائم ألا تقل درجته عن وكيل نيابة من الدرجة الأولى، كما ألغي عدم تقيد التحقيق بالقيود المبينة في المواد المبينة أعلاه.

ثانياً: كانت (م/187 مكرر - ب) المضافة بالقانون رقم (87) لسنة 1974 المشار إليه سابقاً، تقرر أن للنيابة العامة في حق الجرائم السياسية الأمر بالحبس الاحتياطي لمدة خمسة عشر يوماً قابلة للتديد من قبلها لمدة خمسة عشر يوماً أخرى، وهذا بخلاف الجرائم العادية التي لا تملك النيابة العامة الأمر بالحبس الاحتياطي إلا لمدة ستة أيام فقط (م/175 ق.إ.ج.ل). وقد تم

(1) صدر عن مجلس الوزراء في 30/يونيو/2013.

(2) المنشور بعدد الجريدة الرسمية رقم (65) لسنة 1974م.

تعديل (م/187 مكرر - ب) بالقانون رقم (3) لسنة 2013م، بحيث أصبح بوسع النيابة الأمر بالحبس الاحتياطي لمدة أسبوعين فقط فإذا رأت مد الحبس وجب عرض الأوراق على القاضي المختص، ورغم هذا التعديل إلا أن تمييز الجرائم السياسية مازال واضحا من حيث المدة ستة أيام للجرائم العادية وأسبوعان للجرائم السياسية.

ثالثا: يكون النظر في الجرائم السياسية من اختصاص محكمة الجنايات، سواء كانت الجريمة تكيف جنائية أو جنحة، بخلاف الجرائم العادية، وذلك وفقا لما نصت عليه (م/189 ق.إ.ج.ل) والتي جرى نصها على النحو الآتي: "تحكم محكمة الجنايات في كل فعل يعد بمقتضى القانون جنائية وفي الجرائم الأخرى التي ينص القانون على اختصاصها بها. كما تحكم في الجرائم المنصوص عليها في الباب الأول من الكتاب الثاني من قانون العقوبات وكذلك في الجرائم المرتبطة بها".

ولعل المبرر وراء ذلك هو توفير أكبر قدر ممكن من الضمانات للمتهم، فلا يخفى أن ضمانات الدفاع أمام محكمة الجنايات أوفر من المحكمة الجزئية، ولكن لا يخفى أن هذا الوضع يفوت من جهة أخرى بعض الضمانات المهمة بالنسبة للمتهم !.

ولعله من الأهمية التذكير بأنه قد سبق وجود جهات خاصة بملاحقة مرتكبي الجرائم السياسية تعنى بالتحقيق والمحاكمة ومنها: محكمة الشعب المنشأة بقرار مجلس قيادة الثورة الصادر في 1969/10/26 والملغاة بنص المادة (37) من القانون رقم (5) لسنة 1988. وكان قد أنشئت نيابة أمن الثورة بالقانون رقم (84) لسنة 1975 والتي ألغيت بنص المادة (37) من القانون رقم (5) لسنة 1988 أيضا. ثم أنشئت محكمة الشعب المنشأة بالقانون رقم (5) لسنة 1988 والملغاة بالقانون رقم (7) لسنة 1373 بشأن إلغاء محكمة الشعب. ثم أنشئت نيابة محكمة تخصصية بقرار المجلس الأعلى للهيئات القضائية رقم (3) لسنة 1428 والذي ألغى بقرار المجلس الأعلى للهيئات القضائية رقم (27) لسنة 2007 وهذا القرار الأخير قضى بإنشاء محكمة ونيابة أمن الدولة والذي استمر العمل به إلى 2011/9/26 حيث صدر قرار المجلس الأعلى للهيئات القضائية رقم (55) لسنة 2011 بشأن إلغاء محكمة ونيابة أمن الدولة.

الفرع الثالث: مرحلة تنفيذ الأحكام:

ومما يظهر من خلال تفحص أحكام الإجراءات الجنائية الليبي ويمكننا تسجيله من خصوصية للإجرام السياسي في هذه المرحلة ما يلي:

أولاً: فيما يتعلق بشروط رد الاعتبار فقد ورد في نص (م/481 مكرراً)⁽¹⁾ ما يفيد استثناء المحكوم عليهم في جرائم سياسية من شرط المدة، حيث جاء فيها ما نصه: " .. ويستثنى من شرط المدة المحكوم عليهم في جرائم سياسية، ولا تعد جرائم سياسية في تطبيق هذا النص جرائم القتل والجنابات والجنح المضرة بكيان الدولة المنصوص عليها في الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الثاني من قانون العقوبات".

حيث أن الفقرة (ب) من المادة (481 مكرراً)⁽²⁾ نصت على شرط مضي مدة ست سنوات إذا كانت جنابية، وثلاث سنوات إذا كانت جنحة، على تنفيذ العقوبة أو انقضاءها، حتى يتسنى رد الاعتبار، وتضاعف هذه المدد حالة العود أو الاعتياذ واحتراف الإجرام وفي حالة المجرمين المنحرفين. وقد استثنى نص المادة من هذا الشرط الجرائم السياسية، بحيث يعتبر الإغفاء من شرط المدة ميزة تختص بهذه الجرائم دون غيرها، غير أن المشرع رأى أن مرتكبي الجرائم السياسية والمتمثلة في جرائم القتل والجنابات والجنح المضرة بكيان الدولة المنصوص عليها في الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الثاني من قانون العقوبات ليسوا بأهل لهذه الميزة (الإغفاء من شرط مضي مدة معينة) فقرر حرمانهم منها باستثناءهم من هذا الإغفاء.⁽³⁾

ثانياً: أما فيما يتعلق بعدم تسليم المجرم السياسي فقد أصبحت تلك القاعدة اليوم مستقرة بوجود الفكر المعاصر، فقد سمت بها التشريعات فاحتلت مكانتها على خارطة القانون الدستوري.⁽⁴⁾ وثمة عوامل تاريخية عدة ساهمت في تكريس هذا المبدأ، منها ما ينسب إلى كتابات الفلاسفة والمفكرين، ومنها ما ينسب إلى كتابات باحثي علم الإجرام. حيث كان الوضع حتى نهاية القرن الثامن عشر أن تسليم المجرمين السياسيين يعتبر القاعدة، بيد أن قيام الثورة الفرنسية ونجاح مبادئها كانت سببا في بداية ممارسة مبدأ عدم التسليم، وقد ساعد على ترسيخ هذا المبدأ ما شهدته القرن الثامن عشر من ثورة فكرية وثقافية وأخلاقية أدت إلى تحول كبير في مجال القانون الجنائي.⁽⁵⁾

(1) مضافة بالقانون رقم (18) لسنة 1962م، والمنشور بالجريدة الرسمية العدد 8 لسنة 1962.

(2) أضيفت هذه المادة بالقانون رقم (18) لسنة 1962. وفي ذلك ما فيه من إشارات صريحة لتبني المشرع تمييز الجريمة السياسية عن الجريمة العادية كما سبق القول.

(3) ينظر: موسى مسعود ارحومة، مرجع سابق، ص 207 وما بعدها.

(4) عبدالوهاب عمر البطراوي، مرجع سابق، ص 434. عبدالحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 162.

(5) محمد عزت مصطفى سلام، مرجع سابق، ص 348 وما بعدها. أمال صالح النشيد، مرجع سابق، ص 210.

عبدالسلام علي المزوغي، مرجع سابق، ص 211 وما بعدها.

وقد قرر المشرع الليبي أن تسليم المجرمين غير جائز في الجريمة السياسية أو أي جريمة أخرى تتعلق بها⁽¹⁾، وذلك منه على سبيل التأثر بما ساد في التشريعات الأخرى. وترجم ذلك من خلال نص (م/493 مكررا - أ، ف/هـ، ق.إ.ج.ل).

ثالثاً: وفيما يتعلق بالمعاملة العقابية داخل السجون، فمن الجدير بالذكر أن التشريعات المعاصرة لم يكن لها موقف موحد، بل تتفاوت في نظرتها للجرائم السياسية: فمنها ما يميل إلى التخفيف، في حين يتجه بعضها الآخر إلى التشدد والصرامة في مواجهتها، ومن مظاهر ما يتمتع به المجرم السياسي من مزايا اللين في المعاملة وتمييزه داخل المؤسسة العقابية.⁽²⁾ أما عن موقف المشرع الليبي فقد سبقت الإشارة إلى أن المشرع قد أصدر القانون رقم (19) لسنة 1962 عقب القانون رقم (18) في ذات السنة 1962، حيث أن هذا الأخير حدد موقف المشرع الليبي من شرط المدة لرد الاعتبار في الجرائم السياسية، وكذلك من تسليم المجرمين السياسيين، والأهم من ذلك تحديد مفهوم للجريمة السياسية وضبط معيار تمييزها عن الجريمة العادية.

وقد جاء في (م/14) من القانون رقم (19) لسنة 1962 في شأن السجون⁽³⁾ ما نصه: "يقسم المسجونون داخل كل سجن رئيسي أو مركزي إلى فئتين (أ و ب) وتشمل الفئة (أ):

1- المحكوم عليهم الذين قرر الحكم منحهم معاملة خاصة نظرا لنوع المعيشة التي اعتادوها أو لنوع الجريمة المتهمين بها أو ظروفها أو نظرا لأحوالهم الاجتماعية.

2- المحبوسين احتياطيا المأذون لهم من النيابة أو من القاضي التحقيق بتلك الميزة لأحد الاعتبارات المذكورة.

3- المحكوم عليهم في جرائم سياسية، ويعامل هؤلاء نفس المعاملة المقررة للمحبوسين احتياطيا، ولا تعد جرائم سياسية في تطبيق هذا النص جرائم القتل والجنايات والجرح المضرة بكيان الدولة المنصوص عليها في الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الثاني من قانون العقوبات، وتشمل الفئة (ب) جميع المسجونين الآخرين.

وقد ألغي هذا القانون صراحة بنص (م/105) من القانون رقم (47) لسنة 1975 في شأن السجون. وقد أحتوى القانون الأخير على ما يؤكد تبني ذات الاتجاه حيال المحكوم عليهم في

(1) موسى مسعود ارحومة، مرجع سابق، ص 207

(2) المرجع نفسه، ص 208 وما بعدها. أمال صالح النشيد، مرجع سابق، ص 211. عبدالوهاب حومد، مرجع سابق، ص 233.

(3) الجريدة الرسمية للمملكة الليبية المتحدة، العدد 8، السنة 12، الصادرة في 20 يونية 1962، ص 34 وما بعدها.

جرائم سياسية. فقد ورد في (م/19) من القانون رقم (47) لسنة 1975 ما نصه: "يقسم النزلاء بكل سجن رئيسي أو محلي من حيث المعاملة أو المعيشة إلى فئتين تعزل كل منها عن الأخرى وتشمل الفئة الأولى:

أ- المحبوسين احتياطياً.

ب- المحكوم عليهم في جرائم سياسية ولا تعد من الجرائم السياسية في تنفيذ أحكام هذا القانون جرائم القتل والجنايات والجرح المنصوص عليها في الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الثاني من قانون العقوبات..".

واستمر العمل بهذا القانون إلى حين صدور القانون رقم (5) لسنة 2005م، حيث نص

هذا الأخير في مادته (101) على أنه: "يلغى القانون رقم 47 لسنة 1975م..".

مع العلم بأن نص (م/19) من القانون رقم (5) لسنة 2005 في شأن مؤسسات الإصلاح والتأهيل، قد تجاهل ذكر المحكوم عليهم في جرائم سياسية في الفئة الأولى عند تقسيم النزلاء ومعاملتهم، مما يستفاد منه أنهم أصبحوا في عداد الفئة الثانية، وبذلك يكون المحكوم عليهم في جرائم سياسية قد خسروا ما تميزوا به في القوانين المذكورة أعلاه، من تصنيفهم ضمن الفئة الأولى وما تتمتع به هذه الفئة من معاملة مميزة مقارنة بمعاملة الفئة الثانية، ولعل هذا الخيار من المشرع الليبي أكثر اتساقاً مع منهجه حيال الإجرام السياسي، والمتمثل في التشدد والقسوة إزاء المجرم السياسي.

الخاتمة:

لا يخفى أن قواعد القانون الجنائي في المطلق تصاغ استجابة للقيم السائدة في المجتمع، وبذلك ينبغي أن تكون على درجة كبيرة من الانسجام مع ما يسود من خيارات حيال المسائل المختلفة، فالإجرام في حقيقة أمره، هو اتخاذ موقف من قيم معينة، وهذه القيم لا يجرم من يخرج عنها لو لم تكن قيما تلقى احتراماً من قبل أغلبية أفراد المجتمع، فالخروج على هذه القيم والمساس بها يعد خطأ، إلا أن هذا الخطأ يتسم بالنسبية، لتغير النظرة في تقديره من زمن إلى زمن، ومن مكان لآخر، وذلك لأن معايير الخطأ والصواب متجددة ومتغيرة بتجدد وتغير القيم الاجتماعية والثقافية.

وفحوى القواعد والقوانين ينبغي أن يتناسب مع القيم التي تحميها، فالقواعد التي تتعلق بالجريمة السياسية يعاقب مخالفتها بعقوبات تتناسب مع الأهمية التي يعطيها المشرع الجنائي لتلك المصلحة المحمية، فقد تتسم بالقسوة والشدة، وقد تكون على نحو من اللين والتخفيف، وذلك منه استجابة لما تتمتع به هذه القيم من أهمية ومكانة عند غالبية أفراد المجتمع.

غير أنه لا يمكن إنكار دور النظام السياسي والسلطة الحاكمة في ذات الوقت وتأثيرها على الخيارات التشريعية حيال الجريمة السياسية، مما يؤدي إلى التطرف والشطط مبالغة منها في التعاطي مع هذا النوع من الإجرام، سواء ذلك على مستوى الشق الموضوعي أم الإجرائي، مما ينتج لنا حالة أشبه ما يكون بالصراع بين المؤثر الاجتماعي والمؤثر السياسي، ودور المشرع في مثل هذه الحالة سيكون مضاعفاً، لكي لا تفلت الأمور منه وتظهر ملامح هذا الصراع في خياراته التشريعية ويجعلها مضطربة بل متناقضة لا سمح الله. وبناء على ذلك ستكون المواقف مما يمثل مساساً بهذه القيم المستهدف حمايتها متسقة، فلا ينبغي أن يكون هناك انعدام للاتساق أو تناقض فيها.

ولكن بكل أسف من خلال دراستنا هذه تبين لنا التصدع في الخيارات التشريعية، والاضطراب الذي يصل أحيانا إلى درجة التناقض، فالمشرع الليبي يتوسع في التجريم إلى درجة اعتماد الجمع بين المعيار الشخصي والموضوعي للتمييز بين الجريمة العادية والسياسية، بل أنه جرم بناء على مجرد الاتفاق ولو لم ترتكب الجريمة، وتوسع في اعتماد الخطر في التجريم، كما أنه تشدد وكان قاسياً على مستوى العقاب، كما سبق وأن عرفنا. وفي ذات الوقت نجده عبر من خلال عدم اشتراط المدة في رد الاعتبار، وعدم تسليم المجرمين السياسيين، بالإضافة إلى خياراته سواء على مستوى جمع الاستدلال أم التحقيق أم المحاكمة من حيث خصوصية القواعد الإجرائية،

للتعبير على موقف مغاير تماما لسابقه، مما يكشف عن وجود اضطراب واضح في سياسية المشرع حيال هذا النوع من الإجرام غير مبرر بل وجود خروج في العديد من الأحكام عن القواعد والمبادئ العامة للقانون الجنائي، و(القانون الجنائي الدستوري). مما يجعلنا نؤكد الحاجة الماسة لإعادة صياغة الموقف من الإجرام السياسي، وذلك للنسبية التي افترضناها في الجريمة عموما، والجريمة السياسية خصوصا، ويضاف إليه حاجة الخيارات التشريعية إزاء الإجرام السياسي للمعالجة بغية إنهاء هذا التصدع والتناقض الموجد بين أحكامها، حتى يتسنى رسم ملامح نظرية متكاملة ومنسجمة مع بعضها البعض حيال موقف المشرع الليبي من الإجرام السياسي، لاسيما بعد هذه المتغيرات التي طالت كافة مناحي الحياة، السياسية والاجتماعية والاقتصادية.

قائمة لأهم المراجع

- 1- أحمد الخليلي، شرح القانون الجنائي، القسم العام، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرباط - المغرب، ط1 / 1985.
- 2- أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق، القاهرة - مصر، ط3/ 2004.
- 3- أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، الجزء الأول، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، ط1 / 1981.
- 4- أحمد محمد محمد عبد الوهاب، الجريمة السياسية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه (غير منشورة)، جامعة القاهرة - كلية الحقوق، دت.
- 5- أمال صالح النشيد، مفارقات الإجرام السياسي عن الإجرام العادي، دراسة مقارنة، مؤسسة الوراق، عمان - الأردن، ط1 / 2015.
- 6- زكي الدين شعبان، أصول الفقه الإسلامي، منشورات جامعة قاربيونس، بنغازي - ليبيا، ط6 / 1995.
- 7- عبد الحميد الشواربي، الجرائم السياسية، منشأة المعارف، الإسكندرية - مصر، ط2/ 1999.
- 8- عبد السلام علي المزوغي، النظرية العامة لعلم القانون، الكتاب العاشر، تسليم المجرمين والشرعية الدولية، الشركة العامة للورق والطباعة، الخمس - ليبيا، ط1 / 1993.
- 9- عبد الوهاب حومد، الإجرام السياسي، دار المعارف، بيروت - لبنان، ط1، 1963.
- 10- عبد الوهاب عمر البطرأوي، الإجرام السياسي، مقارن، ضمن مجموعة بحوث جنائية حديثة، الجزء الأول، دار الفكر العربي، القاهرة - مصر، ط3 / 1996.
- 11- عدنان أحمد الفالح، الإجرام السياسي بين استبداد النظام الحاكم وشرعية القانون، دار المصباح، الكويت، ط1 / 2014.
- 12- علي بن محمد الجرجاني، التعريفات، دار الكتاب المصري، القاهرة - مصر، ط1/1991.
- 13- محمد الرازقي، علم الإجرام والسياسة الجنائية، دار الكتاب الجديد المتحدة، بيروت - لبنان، ط3/ 2004.

- 14- محمد الرازقي، محاضرات في القانون الجنائي، القسم العام، دار أويا، طرابلس - ليبيا، ط3 / 2002، ص132 وما بعدها.
- 15- محمد رواس قلعه جي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، بيروت - لبنان، ط2 / 1988.
- 16- محمد عزت مصطفى سلام، الجريمة السياسية في ظل النظام العالمي الجديد، أطروحة دكتوراه (غير منشورة)، كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية، مصر، 2012.
- 17- محمود سليمان موسى، شرح قانون العقوبات الليبي، القسم العام، الجزء الأول، الأحكام العامة للجريمة، منشأة المعارف، الإسكندرية - مصر، ط1، 2002.
- 18- منتصر سعيد حمودة، الجريمة السياسية، دراسة مقارنة بين القوانين الجنائية الوضعية والتشريع الجنائي الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ط1/ 2013.
- 19- منذر عرفات زيتون، الجريمة السياسية في الشريعة الإسلامية والقانون، دار المجدلوي، عمان - الأردن، ط1 / 2003
- 20- موسى مسعود ارحومة، الأحكام العامة لقانون العقوبات الليبي، الجزء الأول، النظرية العامة للجريمة، منشورات جامعة بنغازي، بنغازي - ليبيا، ط1 / 2009.
- 21- نجاتي سيد أحمد سند، الجريمة السياسية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، (غير منشورة) القاهرة - مصر، 1983.

الحماية الجنائية للبيئة الهوائية (دراسة في القانون الليبي والمقارن)

مقدمة:

يعد التلوث من أهم القضايا والمشاكل التي كانت - ولا تزال - تشغل الإنسان، وتعكر صفو حياته، ويأتي تلوث الهواء pollution de l'air في مقدمة أخطر أنواع التلوث الذي قد يلحق بالبيئة، فالهواء أساس حياة الإنسان وسائر الكائنات الحية الأخرى. ومن ثم فإن تلوث الهواء قد يخلف أضراراً جسيمة يصعب تداركها، أو التخلص منها بسهولة، فهو يهدد الإنسان في حياته وصحته، التي يسعى جاهداً للمحافظة عليها، كما أنه يهدد حياة الإنسان من خلال تعريض ما يقتات عليه -من حيوان ونبات- إلى الانقراض والفناء، وحدث خلل في التنوع البيولوجي أو الإحيائي Diversitébiologique.

ولا ريب في أنّ التقدم العلمي الذي يشهده عالمنا اليوم في مجال الصناعة، قد استفاد منه الإنسان بشكل كبير؛ بأن وفر عليه الجهد والوقت، وزاد بطريقة أو بأخرى من رفاهيته، من خلال الخدمات المختلفة التي قدمتها الصناعة، بفعل التقدم التكنولوجي الذي لحق بها؛ كإنتاج السيارات بمختلف أنواعها، وانتشار وسائل النقل المختلفة، وزيادة الاعتماد عليها، ومصانع البتر وكيمائيات، واستخدام الآلات، وانتشار مصانع الأجهزة الإلكترونية، ومحطات الطاقة والكهرباء، ومصانع الإسمنت ومواد البناء، والأدوية، وصناعة الأغذية... إلخ.

وقد أدّى هذا التطور والتقدم إلى زيادة تلوث الهواء، والإضرار بالبيئة، وقد استفحل الأمر وتفاقت المشكلة أكثر مع تسابق الدول فيما بينها؛ لتنمية اقتصادها القومي، وزيادة دخلها، ومكافحة البطالة، بالاعتماد على الصناعة؛ مما أدّى إلى زيادة انتشار المصانع والآلات بمختلف أنواعها وأشكالها، وقد شجع على ذلك زيادة الطلب على السلع والمنتجات، الأمر الذي أدّى إلى زيادة نشاط المصانع والإنتاج، ولا شكّ في أن ذلك سيصاحبه زيادة احتراق الوقود، بالإضافة إلى مخلفات الصناعة ونفاياتها.

إن عدم الاكتراث - بما قد يترتب على ذلك من اعتداء على البيئة، وتلويث الهواء الجوي - يجعل التقدم الصناعي يأتي على حساب البيئة، وحق الشخص في بيئة صحية نظيفة وأمنة، ولعل السبب في استفحال مشكلة التلوث وتفاقمها يعزى إلى غياب الوعي البيئي بأهمية البيئة الهوائية، وفداحة الأضرار التي يخلفها التلوث.

إن البيئة هي التراث المشترك للإنسانية، وينبغي أن تكون في مقدمة المصالح الأساسية الواجب حمايتها، لا أن تنتهافت الدول خلف ركب التقدم والتطور دون الاهتمام بالبيئة، إذ ينبغي الاستفادة من

التطور في مجال الصناعة من دون أن يؤدي ذلك إلى الإضرار بالبيئة. وإذا كان هذا هو الحال في الدول الصناعية، فليس بعيداً عن ذلك انتشار ظاهرة تكس النفايات والقمامة في الميادين والطرق العامة، والتخلص منها عن طريق الحرق العشوائي لها، أو للأخشاب واستخدام الفحم بنسب عالية، وقطع الأشجار واحتراق الغابات في كثير من الدول، يؤدي إلى انخفاض نسبة الأوكسجين في الهواء، ومن ثم زيادة نسبة انبعاث الكربون في الهواء وغيره من المواد الملوثة، ومن ثم ارتفاع درجة حرارة الجو، والاتجاه نحو الاحتباس الحراري Réchauffement climatique، وبين هذا وذاك تتمو مشكلة تلوث الهواء، وتتعدد مصادرها بشكل يصعب من عملية مواجهتها.

وقد صدر عن الوكالة الأوروبية للبيئة تقرير عن الهواء في أوروبا سنة 2016م، أبدت فيه قلقها من ارتفاع معدل حرق الأخشاب في أوروبا لأغراض التدفئة⁽¹⁾، ووفقاً لتقرير صادر عن منظمة الصحة العالمية سنة 2006: إن تلوث الهواء سيكون هو السبب البيئي الرئيس في الوفيات المبكرة في جميع أنحاء العالم بحلول سنة 2050.⁽²⁾

ويشير بيان منظمة الصحة العالمية في مايو 2018 إلى أنه في عام 2016 ما يقدر 91% من سكان العالم كانوا يعيشون في مناطق لم تُحترم فيها إرشادات منظمة الصحة العالمية الخاصة بنوعية الهواء أو جودته، وسجلت سنة 2016 ما يقدر بنحو 4.2 مليون حالة وفاة مبكرة في جميع أنحاء العالم؛ بسبب تلوث الهواء، وأن تسعة من أصل عشرة أشخاص يتنفسون هواءً ملوثاً، وتدل الدراسات على أن الوفيات تبلغ 7 ملايين شخص كل عام؛ بسبب تلوث الهواء.⁽³⁾

لاشكاً في أن الأرقام السابقة تدل بما لا يدع مجالاً للشك - على جسامته الأضرار المترتبة على تلوث البيئة الهوائية، ويدق ناقوس الخطر أكثر بالإشارة إلى تقرير حديث عن تلوث الهواء، يضع ليبيا في صدارة الدول الأفريقية، والمرتبة الثامنة عالمياً⁽⁴⁾.

ونظراً لأهمية البيئة، وتعاطم مخاطر التلوث؛ فقد حرصت الدول على حماية البيئة الهوائية، بإيجاد الآليات المناسبة لضمان حماية البيئة من الاعتداءات التي قد تتعرض لها، وقد حظيت البيئة الهوائية بالحماية من جانب المشرع على الصعيدين الدولي والمحلي.

(1) <http://fynergie.com/nouvelle-directive-europeenne-qualite-de-lair>.

(2) <https://www.consoglobe.com/40-deces-causes-environnement-2058-cg>.

(3) [www.who.int/fr/news-room/fact-sheets/detail/ambient-\(outdoor\)-air-quality-and-health](http://www.who.int/fr/news-room/fact-sheets/detail/ambient-(outdoor)-air-quality-and-health).

(4) <http://alwasat.ly/news/libya/123802>.

أمّا إشكالية البحث فإنه في ضل عدم الوعي البيئي لدى كثير من الأشخاص، وتنامي مخاطر البيئة الهوائية، خاصة مخاطر التقدم والتطور الصناعي، الذي حقق للإنسان مكاسب عديدة، إلا أن ذلك التقدم والتطور ترتب عليه تلوّث البيئة الهوائية، القيمة الأساسية والأهم لدى الإنسان، وحاضنته التي لا يستطيع العيش من دونها، ومن ثم فما مدى اهتمام الدستور لحماية البيئة الهوائية؟ وما مدى الاهتمام الدولي بحماية البيئة الهوائية من التلوّث؟ وكيف يمكن حماية البيئة الهوائية في ظل التقدم والتطور العلمي والتكنولوجي في الصناعة وغيرها من المجالات عن طريق القانون الجنائي؟

سنحاول من خلال هذه الدراسة معرفة مدى فعالية القانون رقم 15 لسنة 2003 بشأن حماية البيئة في ليبيا وتحسينها، وقانون العقوبات، وقانون المرور، وقانون النشاط الصناعي في توفير حماية للبيئة الهوائية في ليبيا، من مخاطر عوادم السيارات والمصانع وحرق النفايات بالمقارنة مع بعض التشريعات العربية والأجنبية، وفقاً للتقسيم الآتي: **المطلب الأول: التعريف بتلوّث الهواء ومدى الاهتمام بالبيئة من الناحية الدستورية والدولية. المطلب الثاني: آليات حماية البيئة الهوائية من التلوّث في قانون العقوبات والقوانين الخاصة.**

المطلب الأول: التعريف بتلوّث الهواء ومدى الاهتمام بالبيئة من الناحية الدستورية والدولية
أكدت المادة 110-2 من قانون البيئة الفرنسي والمعدّلة بالقانون رقم 1087 لسنة 2016⁽¹⁾ على أنّ لكل إنسان الحق في بيئة صحية، ويقع على الجميع واجب حماية البيئة، والمساهمة في ذلك، وقد سعت الدول إلى توفير حماية للبيئة الهوائية⁽²⁾، والاهتمام بتحقيق التنمية المستدامة، عن طريق تشريعاتها المختلفة، وفي مقدمتها الدستور والقوانين الأخرى؛ كالقوانين

(1) LOI n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages.

(2) عرف المشرع الليبي البيئة من خلال القانون رقم 15 لسنة 2003م بأنها: "المحيط الذي يعيش فيه الإنسان وجميع الكائنات الحية، ويشمل: الهواء، والماء، والتربة، والغذاء، سواء أكان في أماكن السكن أم العمل أم مزاولة النشاط أم غيرها من الأماكن الأخرى"، وعرفها المشرع المصري من خلال القانون رقم 4 لسنة 1994م المعدل بالقانون رقم 105 لسنة 2015م بأنها: "المحيط الحيوي الذي يشمل الكائنات الحية، وما يحتويه من مواد، وما يحيط بها من هواء وماء وتربة، وما يقيمه الإنسان من منشآت". وتشمل البيئة وفقاً للمادة 110-1 من قانون البيئة الفرنسي والمعدلة مؤخراً بالقانون رقم 1087 لسنة 2016م المساحات الطبيعية والأرضية، والموارد، والبيئات، والمواقع و"المنظر الطبيعية النهارية والليلية"، ونوعية الهواء، والأشياء الحية والتنوع البيولوجي، على اعتبار أنها جزء من التراث المشترك للأمم .

المالية وغيرها⁽¹⁾، سواء أكان على المستوى المحلي أم الدولي. وسنحاول من خلال هذه الجزئية من الدراسة التعرض لتعريف التلوث الهوائي وأثاره (الفرع الأول)، ومدى الاهتمام بالبيئة في الدستور (الفرع الثاني)، ومدى الاهتمام بالبيئة لدى المجتمع الدولي (الفرع الثالث)، كما يأتي:

الفرع الأول: التعريف بالتلوث الهوائي:

أولاً : ماهية التلوث الهوائي

يُعدُّ الهواء من العناصر الضرورية للحياة، وقد تكفل المشرع الليبي المصري بتعريف الهواء بأنه: خليط من الغازات، تتعرض له الكائنات الحية وغير الحية، في الأماكن الخاصة والأماكن العامة أو مكان العمل⁽²⁾، أو خليط من الغازات المكونة له بخصائصه الطبيعية ونسبه المعروفة⁽³⁾.

ويتكون الغلاف الجوي من الطبقة السفلية من الغلاف الغازي، ويطلق عليها التروبوسفير، وتحتوي على بخار الماء وثنائي أكسيد الكربون والأكسجين، وطبقة الستراتوسفير التي تمتاز بثبات حرارتها، وخلوها من العواصف، وطبقة الإيونوسفير التي تمتاز بأن غازاتها خفيفة، وتحتوي على غاز الهيليوم والهيدروجين، كما يحتوي الغلاف الجوي - بالإضافة إلى ذلك - على بعض الغازات الخاملة؛ كغاز النيون، وغازات سامة؛ كغاز النشادر، وأول أكسيد الكربون⁽⁴⁾.

(1) في الجزائر على سبيل المثال تفرض رسوماً يكون عاؤها كمية الغازات والأبخرة، وغيرها من الملوثة للهواء، التي تتجاوز القيم القصوى المحددة من قبل السلطات المختصة، حيث تُزاد القيمة التي سيقوم بدفعها صاحب المشروع ومضاعفتها في تجاوز الحدود القصوى للانبعاث، والمحددة من السلطات المختصة. انظر في تفصيل ذلك: كرومي نور الدين، الوسائل القانونية لحماية البيئة في الجزائر، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الطاهر مولاي سعيدة، السنة الجامعية 2015-2016، ص 54 وما بعدها، وهو ما لم ينص عليه المشرع الليبي صراحة في القانون رقم 7 لسنة 2010 بشأن الضريبة على الدخل، إذ يمكن أن تساهم السياسة الضريبية للدولة في حماية البيئة من خلال الحوافز الضريبية، عن طريق توظيف الاستثمارات في المجالات التي تخدم البيئة لا تلك التي تضر بها .

(2) المادة الأولى من القانون رقم 114 لسنة 2001م بشأن حماية البيئة ومكافحة التلوث في سلطنة عمان.

(3) المادة الأولى من القانون رقم 4 لسنة 1994م بشأن حماية البيئة في مصر، المادة الأولى من قانون البيئة الفلسطيني رقم 7 لسنة 1999م.

(4) راجع: محمد حسين عبد القوي، الحماية الجنائية للبيئة الهوائية، من دون ناشر ومكان نشر، 2001، ص 24 وما بعدها.

يقال في اللغة العربية لاث الشخص الثوب؛ أي: وسخه، وتلوث الثوب: مطاوع لوث: تلتخ، ومن ذلك تلوث الماء وتلوث الهواء بمعنى: خالطته مواد غريبة ضارة، وكذلك تلوثت الطبيعة؛ أي: وضعت فيها أوساخ وقاذورات وما إلى ذلك⁽¹⁾.

ويعرف التلوث بأنه عارض طبيعي أو بشري، يصيب المكونات البيئية بما تتضمنه من عناصر حية أو غير حية، ويحدث خلافاً واضحاً في المكونات البيئية، ويؤدي إلى الإضرار بها، وبمختلف الأحياء التي تتضمنها⁽²⁾.

وقد حدد القانون رقم 15 لسنة 2003م في ليبيا المقصود بالتلوث بأنه: "حدوث أي حالة أو ظرف ينشأ عنه تعرض صحة الإنسان أو سلامة البيئة للخطر؛ نتيجة لتلوث الهواء، أو مياه البحر، أو المصادر المائية، أو التربة، أو اختلال توازن الكائنات الحية، بما في ذلك الضوضاء والضجيج والاهتزازات والروائح الكريهة، وأي ملوثات أخرى تكون ناتجة عن الأنشطة والأعمال التي يمارسها الشخص الطبيعي أو المعنوي".

وفي مصر عرف المشرع البيئي التلوث بأنه: "أي تغيير في خواص البيئة، مما قد يؤدي بطريق مباشر أو غير مباشر إلى الإضرار بالكائنات الحية أو المنشآت، أو يؤثر على ممارسة الإنسان لحياته الطبيعية". و عرف المشرع البيئي في الكويت تلوث الهواء بأنه: "إدخال أي مواد أو عوامل ملوثة (كيميائية أو فيزيائية أو بيولوجية) أو طاقة إلى الهواء تؤدي إلى حدوث تغيير في الخصائص والمواصفات الطبيعية للهواء والغلاف الجوي، وتواجدها بتركيز ولفترة زمنية يمكن أن ينتج عنها تأثيرات ضارة وخطرة على صحة الإنسان أو البيئة سواء أكان هذا التلوث ناتجاً عن مصادر طبيعية أم عن نشاط إنساني".

في حين عرف الأمر التوجيهي الأوروبي 2000/60/CE التلوث بأنه: "قيام الإنسان بطريقة مباشرة أو غير مباشرة بإضافة مواد أو طاقة للبيئة، وتترتب عنه آثار ضارة يحتمل أن تعرض صحة الإنسان للخطر، أو تمس بالموارد الحيوية أو النظم الإيكولوجية، بشكل يؤدي إلى

(1) <https://www.majjim.com/dictionary/>

(2) إياد شوقي البناء، مستوى الوعي بمخاطر التلوث البيئي لدى معلمي المرحلة الأساسية في قطاع غزة، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، غزة، 2011م، ص30.

التأثير على الاستخدام المشروع لها"⁽¹⁾، وهو التعريف ذاته الذي جاءت به منظمة التعاون الاقتصادي للتلوث.

كما أنّ المشرع البيئي الليبي بيّن -من خلال القانون سالف الذكر- المقصود بملوثات الهواء بأنها: "العوامل والإشعاعات المؤيئة والغبار والمركبات العضوية المتطايرة والجزئيات الدقيقة والمبيدات الحيوية والمردذات".

في حين نجد أن بعض التشريعات توسعت في مفهوم ملوثات الهواء؛ كقانون البيئة المصري لسنة 1994، حيث حدد ملوثات الهواء بأنها كل تغير في خصائص ومواصفات الهواء الطبيعي، يترتب عليه خطر على صحة الإنسان أو على البيئة، سواء أكان هذا التلوث ناتجا عن عوامل طبيعية أم نشاط إنساني، بما في ذلك الضوضاء والروائح الكريهة، كما عرّف التوجيه الأوروبي رقم CE DU/50/2008 بشأن نوعية الهواء في أوروبا ملوث الهواء بأنه: "أي مادة موجودة في الهواء المحيط، ومن المحتمل أن يكون لها تأثيرات ضارة على صحة الإنسان أو البيئة بشكل عام"⁽²⁾، فالهواء يكون طبيعياً نقياً قبل التلوث، ويتلوث بإدخال مواد ملوثة وتغيير خصائصه الطبيعية، ومن ثم فإن التلوث وصف يلحق بالهواء أو البيئة بعد إدخال أو إضافة المواد والعناصر الملوثة.

ويتحقق تلويث الهواء وفقاً للمادة 220-2 L من قانون البيئة الفرنسي، والمعدلة بالقانون رقم 788 لسنة 2010 م⁽³⁾ بإدخال الإنسان، سواء أكان بشكل مباشر أم غير مباشر للمواد الكيميائية والبيولوجية والفيزيائية في الهواء بالأماكن المغلقة، بحيث يترتب عليها تهديد صحة الإنسان، والإضرار بالموارد البيولوجية والنظم الإيكولوجية والتأثير بتغيير المناخ أو تدهور الموارد المادية.

ونحن من جانبنا نعرف التلوث بأنه: أي تغيير في خواص البيئة، مما قد يؤدي إلى الإضرار بعناصرها المختلفة، أو يؤثر على ممارسة الإنسان لحياته الطبيعية، أو يعرض صحته للخطر، أو يؤثر بالسلب على النظم البيئية أو الإيكولوجية والموارد الحيوية، مما يعيق استخدامها بشكل آمن ومشروع، ونرى أن ملوثات الهواء هي كل مواد أو عناصر يترتب على دخولها

(1) Directive 2000/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2000 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau.

(2) Directive 2008/50/CE du Parlement européen et du conseil du 21 mai 2008 concernant la qualité de l'air ambiant et un air pur pour l'Europe.

(3) Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement.

للغواء تغيير خواصه أو طبيعته التي وجد بها، بما في ذلك الضوضاء والروائح الكريهة والاهتزازات.

ثانياً: أنواع التلوث الهوائي وآثاره:

أضحت قضية التلوث البيئي من أبرز القضايا في عالمنا اليوم، التي لا تحتمل التأخر في معالجتها والاهتمام بها من قبل الجهات والوكالات المتخصصة⁽¹⁾، حيث إن العالم الذي نعيشه يشهد تزايداً في الأنشطة البشرية الملوثة للبيئة، ويؤثر ذلك -بلا شك- على توازن النظم البيئية الضرورية للحياة⁽²⁾.

ويُعدُّ التلوث الهوائي من أكثر أنواع التلوث وقوعاً، وأخطرها من حيث الآثار؛ حيث يؤدي التلوث إلى الإضرار بالإنسان و انقراض الحيوانات، وهلاك النباتات، والإخلال بالتوازن البيئي⁽³⁾، وساهمت العديد من الكوارث البيئية وما خلفته من أضرار جسيمة بالبيئة إلى التنبه بخطورة التلوث البيئي، ومن ثم ضرورة العمل على مواجهة هذه الآفة⁽⁴⁾.

وقد يكون التلوث بفعل الظواهر الطبيعية؛ كالبراكين والعواصف التي تحمل معها كميات من الأتربة المشبعة في طبقات الجو، والتفريغ الكهربائي للصواعق، وهذا النوع يعرف بالتلوث الطبيعي⁽⁵⁾ Pollution naturelle. كما أن التلوث قد يكون بتدخل الإنسان باستخدام التقنيات الحديثة في مختلف المجالات، وهو ما يعرف بالتلوث الصناعي pollution industrielle، ومن

(1) صدرت اللائحة الأوروبية رقم 401 لسنة 2009 بشأن إنشاء الوكالة الأوروبية للبيئة، وتتبع اللجنة الأوروبية للبيئة الاتحاد الأوروبي، ومهمتها توفير معلومات دقيقة موثوقة ومستقلة عن البيئة، وتقديمها للجمهور وصانعي القرار، بحيث تمكنهم من اتخاذ التدابير اللازمة لحماية البيئة وتقييم تنفيذها، وكذلك تقديم الدعم الفني والتقني اللازم لتنفيذ خطط حماية البيئة في أوروبا، وإعداد التشريعات البيئية وتقييمها... الخ.

Règlement n° 401/2009 du Parlement européen et du conseil du 23 avril 2009 relatif à l'Agence européenne pour l'environnement et au réseau européen d'information et d'observation pour l'environnement.

(2) Alix Ottou et Marion Doris, « Vers une déclaration universelle des droits de l'humanité ? », La Revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés, le 30 Novembre 2016, p2.

(3) محمد خروبي، الآليات القانونية لحماية البيئة في الجزائر، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، العام الجامعي 2012-2013م، ص 1.

(4) راجع: فرج صالح الهريش، جرائم تلويث البيئة، دراسة مقارنة، منشورات جامعة 7 أكتوبر، الطبعة الثانية، 2007م، ص 20.

(5) راتب السعود، الإنسان والبيئة، دراسة في التربية البيئية، دار الحامد، عمان-الأردن، 2004م، ص 53.

أهم صورته المخلفات الصناعية؛ كمخلفات المناجم والمحاجر⁽¹⁾، والنفايات، وعوادم السيارات، والمصانع لاسيما مصانع الأسمنت والبتروكيماويات، ومواد البناء، وينقسم التلوث حسب النتيجة المترتبة عليه إلى: تلوث محدود أو معقول، وخطير، وآخر مدمر، كما أن التلوث يتنوع حسب المادة الملوثة إلى أنواع عديدة؛ منها: التلوث الكيميائي، والإشعاعي⁽²⁾، والبيولوجي، والوضائبي... إلخ.

والتلوث الكيميائي Pollution Chimique هو التلوث الناجم عن المواد الكيميائية أو المواد المصنعة؛ كاستخدام مواد التنظيف، والمبيدات، والمعادن الثقيلة، وزيوت السيارات... إلخ، وهو من أخطر أنواع التلوث وأكثرها انتشاراً في الوقت الحاضر؛ بسبب التقدم والتطور في مجال الصناعة، خاصة الصناعات الكيميائية، ويؤدي هذا النوع من التلوث إلى اختلال التنوع البيولوجي Biodiversité وانقراض بعض مظاهر الحياة النباتية والحيوانية، وحدوث الاحتباس الحراري، وحدوث الحرائق، كما أنه يؤثر على صحة الإنسان، وإصابة حديثي الولادة بتشوهات خلقية، وأمراض الرئة؛ نتيجة استنشاق الهواء الملوث بأكاسيد النتروجين، الناتج عن احتراق وقود السيارات والشاحنات والطائرات، كما تؤدي ارتفاع نسبة الكربون في الهواء إلى الإصابة بمرض الالتهاب الرئوي، الذي يسبب الوفاة، وغيره من الأمراض الخطيرة⁽³⁾، أما التلوث البيولوجي Pollution biologique فينشأ نتيجة وجود كائنات حية كالبكتريا والفطريات في الوسط البيئي، فاختلاط الكائنات المسببة للأمراض بالهواء الذي يستنشقه

(1) يقتصر الحق في طلب التعويض على مالك الأرض عن الضرر الذي لحق به؛ نتيجة الإضرار بالأرض أو حرمانه من منفعتها من قبل القائم بعمل في الأرض، تنفيذاً لترخيص أو عقد صادر طبقاً لأحكام القانون رقم 2 لسنة 1971 بشأن المناجم والمحاجر. طعن مدني ليبي 21 يناير 2002، المحكمة العليا، الطعن رقم: 147/42 ق، غير منشور.

(2) ويتحقق التلوث الإشعاعي وفقاً للتوجيه الأوروبي رقم 59/2013 الصادر بتاريخ 5 ديسمبر 2013 بالوجود غير المرغوب فيه للمواد المشعة داخل أسطح المواد الصلبة أو السائلة أو الغازات أو على جسم الإنسان. Directive 2013/59/euratom du conseil du 5 décembre 2013 fixant les normes de base relatives à la protection sanitaire contre les dangers résultant de l'exposition aux rayonnements ionisants et abrogeant les directives 89/618/Euratom, 90/641/Euratom, 96/29/Euratom, 97/43/Euratom et 2003/122/Euratom.

(3) راجع: عمر شكري عمر، التلوث البيئي كمسكلة معاصرة وأثره على صحة الإنسان، بحث منشور على موقع: faculty.ksu.edu.sa/omar_omar/DocLib13/POLLUTION2.pdf

يؤدي إلى إصابته بالأمراض⁽¹⁾. ومن ناحية أخرى فإن أكثر الغازات انتشاراً في الهواء هو ثاني أكسيد الكربون، وأكسيد النيتروجين، الناتج عن استخدام السيارات والمحركات، وذلك أن استخدام الطاقة يزيد من فرص تلوث الهواء، فضلاً عن المخلفات الصناعية الضارة بالبيئة.

وقد يؤدي ذلك إلى الاحتباس الحراري Réchauffement climatique ويعني ارتفاع درجة حرارة الغلاف الجوي؛ نتيجة انبعاث كميات كبيرة من ثاني أكسيد الكربون في الهواء بفعل الأنشطة الصناعية، فيشحنُ الهواء بغاز ثاني أكسيد الكربون، مما يترتب عليه الاحتفاظ بمزيد من الحرارة، ويترتب على الاحتباس الحراري الإضرار بالبيئة وتوسعها البيولوجي أو الإحيائي⁽²⁾، ولا شك في أنّ الدول الصناعية تتحمل النصيب الأكبر في المساهمة في ارتفاع درجة حرارة الجو؛ بسبب الأنشطة الصناعية والمصانع الضخمة، وما يترتب عليها من عمليات حرق للوقود، وانبعاث ثاني أكسيد الكربون في الهواء⁽³⁾. ويؤدي الاحتباس الحراري - وفقاً لتقرير الهيئة الحكومية الدولية المعنية بتغير المناخ (GIEC)⁽⁴⁾ - إلى إذابة الجليد في القطبين، وارتفاع مستوى سطح البحر بطريقة ومستويات غير مسبوقة، وزيادة في الأعاصير والفيضانات، وحرائق الغابات، فضلاً على انخفاض المحاصيل الزراعية، وانقراض بعض الحيوانات، بالإضافة إلى انتشار الأمراض التي تهدد صحة الإنسان وحياته، كما يؤدي الاحتباس الحراري إلى زيادة نسبة الأملاح في المياه الجوفية، وغيرها من الآثار الخطيرة التي تهدد البيئة بعناصر مختلفة⁽⁵⁾.

ناهيك عن مخاطر تلوث الهواء عن طريق عوادم السيارات والآلات أو المحركات، حيث تؤدي عملية احتراق الوقود - من أجل توليد الطاقة الحركية - إلى انبعاث مجموعة من الغازات في الهواء؛ كغاز ثاني أكسيد الكربون، الذي يؤثر على الجهاز التنفسي للإنسان، ويصيبه بالأمراض؛ كصعوبة التنفس، والشعور بالاختناق، والتهاب القصبة الهوائية، كما أنه يساهم بشكل

(1) فريد بوربيش، بلايوترعة، تلوث البيئة الحضرية والصحة، مقارنة سوسولوجية مجلة الدراسات والبحوث الاجتماعية، جامعة الوادي، العدد الثالث، ديسمبر 2013م، ص 109.

(3) Benjamin Clemenceau : Où en est le droit des êtres humains à l'eau et à l'assainissement depuis l'adoption de la résolution n° 64/292 de l'Assemblée générale des Nations Unies du 28 juillet 2010 ?, La Revue des droits de l'homme, le 29 novembre 2017 p21.

(3) محمد عبد الله محمد نعمان، ضمانات استخدام الطاقة النووية في الأغراض السلمية، دراسة قانونية في ضوء القواعد والوثائق الدولية، من دون ناشر ومكان نشر، 2001، ص 26.

(5) Intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC)

(6) <https://www.tantmieux.fr/le-rechauffement-climatique-solutions>.

كبير- في حدوث ظاهرة الاحتباس الحراري، أو غاز أول أكسيد الكربون؛ وهو من الغازات السامة الخطيرة، ويترتب عليه حساسية الرئة للأمراض المختلفة، وغيرها من الغازات الضارة التي تنبعث نتيجة احتراق الوقود، وتكون ضارة بالبيئة وصحة الإنسان، وبشكل عام ينتج عن احتراق الوقود مواد ملوثة للهواء؛ مثل: أول وثاني أكسيد الكربون، وأكاسيد النتروجين، وثاني أكسيد الكبريت، والهيدروكربونات، والرصاص، والسخام⁽¹⁾، ومن بين الملوثات التي لها تأثير على الصحة وانخفاض العمر المتوقع للإنسان PM2.5 وهي جسيمات دقيقة ناتجة عن احتراق الوقود، وهي ضارة بالصحة؛ لأنها يمكن أن تخرق الحويصلات الهوائية⁽²⁾، وغيرها من المواد الملوثة والخطيرة؛ كالزنك، والكبريت، التي تنبعث من المصانع والمركبات الآلية⁽³⁾.

ويلاحظ أن أنشطة الإنسان والشخص المعنوي هي أخطر ما يمكن أن يهدد البيئة، لذلك فإن التطور السريع في النشاط الصناعي، وارتفاع مؤشرات التنمية الصناعية، يستلزم وجود تطور في التشريعات؛ لكي تكون قادرة على حماية البيئة بعناصرها المختلفة، فالتطور في المجال الصناعي أفاد الإنسان كثيراً، ولكن له دورٌ كبيرٌ في تلويث البيئة، وخاصة الهواء⁽⁴⁾، حيث نتج عن التصنيع واستخدام التكنولوجيا الإضرار بالبيئة الهوائية، عن طريق انبعاث الأبخرة والأدخنة والنفايات وغيرها، وساعد ذلك في زيادة الاحتباس الحراري، فأفسدت صناعة الإنسان البيئة التي يعيش فيها⁽⁵⁾.

وقد أكدت الدراسات المتخصصة أنّ الغازات المنبعثة من عوادم المركبات الآلية تحوي ما يعادل 200 مركّب من المواد الضارة والملوثة للهواء، أخطرها: غاز أول أكسيد الكربون، وأكاسيد النتروجين، والكبريت، وأنّ المركبات الآلية تسهم بما يصل إلى 80% من أكاسيد الكربون الموجودة في الهواء، خاصة في ظل تزايد الطلب على وسائل النقل بمختلف

(1) فتحي حسين الأمين، عوض إبراهيم بن زبلح، تلوث الهواء والمخاطر البيئية الناجمة عن عوادم المركبات في مدينة مصراتة، المجلة الدولية المحكمة للعلوم الهندسية وتقنية المعلومات، المجلد الثاني، العدد الأول، ديسمبر 2015، ص 3.

(2) <http://fynergie.com/nouvelle-directive-europeenne-qualite-de-lair>.

(3) https://www.notre-planete.info/environnement/pollution_air/particules-fines.php.

(4) معاش سارة، دور القضاء الدولي في حماية البيئة، كتاب أعمال ملتقى آليات حماية البيئة، الجزائر العاصمة، 30 ديسمبر 2017، ص 76.

(5) جمال ونوقي، تكريس الحق في البيئة كحق من حقوق الإنسان ومكانته في الصكوك الدولية والديساتير، مجلة

العلوم القانونية والسياسية، العدد 17، يناير 2018، ص 77

أنواعها؛ نظراً للحاجة لها، ووفقاً لدراسة ألمانية سيصل عدد السيارات حول العالم في العام 2015 إلى أكثر من مليار سيارة، بمعدل زيادة عن الأعوام السابقة بنحو 20%⁽¹⁾، فقد أُنتجَ أكثر من 70 مليون مركبة آلية في سنة 2016 وحدها، ولأول مرة يحدث أن تُنتجَ هذا العدد خلال سنةٍ واحدةٍ، ويلاحظ أن معدلات الإنتاج في نسق تصاعدي⁽²⁾، وهو ما يعني زيادة مصانع السيارات لحجم الإنتاج؛ لتحقيق الربح، وتلبية حاجة السوق، ولا شك في أنه سيعقب ذلك زيادة نفايات مصانع السيارات بمختلف أنواعها، التي تحوي عناصر ضارة وملوثة للبيئة؛ كالرصاص، والزنبق، والكربون، وغيرها.

وتتفاقم المشكلة أكثر في الدول التي لا يعمل فيها بقيود وضوابط استيراد المركبات الآلية، حيث تُستوردُ مركبات قديمة الصنع، مما يعني زيادة الانبعاث للعناصر الملوثة للهواء من عادم المركبة، ومن المحرك وأجهزتها الأخرى التي تعمل بها، فضلاً عن المواد المصنعة بها المركبة، التي تحوي عناصر ملوثة للبيئة، تكون أكثر وضوحاً وانبعاثاً في المركبات الآلية القديمة .

وقد أكد الأمر التوجيهي الأوروبي رقم 2000/53/CE والمعدل مؤخراً بالتوجيه الأوروبي رقم 2096/2017 الصادر في 15 نوفمبر 2017، والمرسوم الفرنسي رقم 2003-727 على أن تُصنَع المركبات الآلية بشكل يسهل عملية تفكيك المركبة التي انتهت عمرها الافتراضي ومكوناتها، وإعادة استخدامها وتدويرها، إذ يساعد إعادة التدوير في السيطرة على التلوث البيئي، من خلال تقليل الحاجة إلى مكب النفايات⁽³⁾.

في حين يؤكد الأمر التوجيهي الأوروبي رقم CE/66/2006 على استخدام البطاريات التي لا تحوي مواداً خطيرة وضارة بالبيئة؛ كالرصاص، والزنبق، وغيرها⁽⁴⁾، وفي السياق ذاته

(1)فتحى حسين الأمين ، عوض إبراهيم بن زبلح، مرجع سابق ، ص 2-4 .

(2)<http://www.worldometers.info/cars/>

(3)Directive 2000/53/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 septembre 2000 relative aux véhicules hors d'usage - Déclarations de la commission. , Directive 2017/2096 de la commission du 15 novembre 2017, modifiant l'annexe II de la directive 2000/53/CE du Parlement européen et du Conseil relative aux véhicules hors d'usage, Décret n° 2003-727 du 1er août 2003 relatif à la construction des véhicules et à l'élimination des véhicules hors d'usage.

(4) Directive 2006/66/CE du Parlement européen et du conseil du 6 septembre 2006 relative aux piles et accumulateurs ainsi qu'aux déchets de piles et d'accumulateurs et abrogeant la directive 91/157/CEE.

أكد الأمر التوجيهي الأوروبي رقم 2001-449 على حظر استخدام أنواع الوقود ذات مستويات الانبعاث العالية، واستبدالها بأنواع أخرى ذات انبعاث أقل⁽¹⁾.

إن الأنشطة الصناعية؛ كمصانع الأسمنت، والإسفلت، والبتر وكيمائيات، والأسمدة، وغيرها-تعتبر من المصادر الرئيسية لتلوث الهواء، إلا أن درجة التلوث تختلف حسب حجم النشاط، ونوعية الانبعاث وكميته التي تصدر عن المصنع أو المنشأة⁽²⁾، وتزداد خطورة الأنشطة الصناعية على البيئة الهوائية في حال وجود تلك الأنشطة أو المصانع والمنشآت بمختلف أنواعها وأحجامها، في المناطق القريبة من السكان، أو المناطق الزراعية، فعلى سبيل المثال وجود مصانع الأسمنت قرب المناطق السكنية والزراعية، يعني تعذر وجود هواء نقي في تلك المناطق. إن مخاطر تلوث الهواء تتعاظم في ظل انخفاض المساحات الخضراء والغابات حول العالم، التي تُقدر بملايين الهكتارات من الغابات؛ بسبب الحرائق وغيرها، و تزايد كمية الملوثات والمواد الضارة التي تنبعث من المصانع والمنشآت حول العالم، بما يصل إلى 10 مليون طن من المواد الكيميائية السامة في السنة⁽³⁾. وتلك المخاطر الجسيمة على البيئة الهوائية وغيرها دقت ناقوس الخطر، وأفضت مضاجع العديد من المجتمعات؛ للتفكير في الحد من تلك المخاطر، الأمر الذي دعا المشرع في العديد من الدول -كفرنسا- إلى تبني استراتيجيات وطنية للتنمية منخفضة الكربون، ووضع خطط من أجل المناخ والطاقة والهواء⁽⁴⁾.

وليس بعيداً عن ذلك مخاطر حرق النفايات بأنواعها المختلفة على البيئة، فالنفايات التي تحوي مادة البلاستيك يؤدي حرقها إلى تلوث الهواء، وانبعاث غازات ضارة بصحة الإنسان، وغيره من الكائنات الحية؛ كمواد الكاديوم السامة، والديوكسين المسرطن، في حين تتدفق

(1) Décret no 2001-449 du 25 mai 2001 relatif aux plans de protection de l'atmosphère et aux mesures pouvant être mises en oeuvre pour réduire les émissions des sources de pollution atmosphérique .

(2) فتحي حسين الأمين ، جمال صالح ياسين ، يوسف علي الفقيه، التلوث البيئي وأثره على التنمية الاقتصادية في ليبيا،المجلة الدولية المحكمة للعلوم الهندسية وتقنية المعلومات،المجلد الرابع،العدد الأول،ديسمبر 2017،ص15.

(3) <http://www.worldometers.info/view/toxchem/>.

(4) Stratégie nationale de développement à faible intensité de carbone et schémas régionaux du climat, de l'air et de l'énergie.

المركبات الكيميائية بعد حرقها مع الأمطار والسيول إلى مصادر المياه الجوفية في باطن الأرض⁽¹⁾.

كما أن حرق النفايات يؤدي إلى انبعاث غازات أخرى ملوثة في الهواء؛ مثل: أكسيد النيتروجين، وأكاسيد الكبريت⁽²⁾، ولعل السبب في انتشار ظاهرة الحرق العشوائي وتناميها في بعض الدول العربية، هو تكديس القمامة بكميات كبيرة من دون أن تُنقل أو يُنخَّلَ منها بشكل آمن، فيقوم الفرد نتيجة انعدام الوعي البيئي بحرقها في أماكن مفتوحة كالشوارع والميادين وغيرها بطريقة للتخلص منها، من دون أن يعلم أن حرق القمامة بشكل عشوائي أكثر خطورة، ويسبب أضراراً أكثر جساماً بالبيئة الهوائية من ترك القمامة مكدسة، وينبغي أن تُحرق النفايات عن طريق أشخاص متخصصين، وفقاً لضوابط ومعايير علمية، وأن تُحرق في أماكن أو أفران معدة لهذا الغرض؛ لمنع تلويث الهواء.

وفي ظل تلك المخاطر على البيئة الهوائية وأضرار التلوث الهوائي الجسيمة على الإنسان وغيره من الكائنات الحية، ينبغي على المشرع أن يسنّ تشريعات لمواجهة تلك المخاطر، فكما تسعى الدول إلى التسابق فيما بينها من أجل التسلح بمختلف أنواع الأسلحة، فإنه ينبغي أن تتسلح الدول بترسانة من التشريعات من أجل حماية البيئة، وتحقيق التنمية المستدامة، فالمساس بالبيئة وتلوثها أو عدم تنمية الموارد الطبيعية، يخلفا أضراراً تفوق -في جسامتها- الأضرار التي تخلفها الحروب المختلفة.

فقد أكدت الدراسات على أن ما يصل إلى 90% من الضرر البيئي؛ يرجع إلى قصور في التنظيم، وليس لأسباب تقنية أو فنية في المشاريع، ولذلك ينبغي على الإدارة البيئية لمواجهة التلوث أن تراعي جميع الجوانب القانونية والتقنية والمالية في إطار سياسة وقائية متكاملة⁽³⁾.

(1) محجوب حسن، أثر حرق النفايات على الصحة والطبيعة، مقال منشور

www.sudaress.com/alsudani/20670.

على:

(2) www.inforeunion.net/Les-avantages-et-les-inconvenients-de-l-incineration-des-dechets_a3833.html.

(3) Bruno wertenschlag: Risque-pollution: la responsabilité pénale des personnes morales instituée le 1er mars, 17/02/1994, sur: www.lesechos.fr/17/02/1994/LesEchos/16585-067-ECH_risque-pollution--la-responsabilite-penale-des-personnes-morales-instituée-le-1er-mars.htm.

وفي إطار مواجهة خطر الاحتباس الحراري وغيرها من المشاكل البيئية، أنشئ في فرنسا المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي، والمجلس الوطني للتحول الإيكولوجي⁽¹⁾، بمقتضى القانون رقم 1460 لسنة 2012 بشأن تطبيق مبدأ المشاركة العامة، الوارد في المادة 7 من ميثاق البيئة⁽²⁾، ويضم هذا المجلس ممثلين عن جهات مختلفة، ومنها -وفقاً للقرار الصادر في 29 مارس 2018 بشأن تعيين أعضاء المجلس الوطني للتحول الإيكولوجي- ممثل جمعية حماية المستهلك المعتمدة، وفقاً لقانون حماية المستهلك وعضو يمثل جمعيات التربية البيئية... إلخ⁽³⁾.

ووفقاً للمادة رقم L133-2 من قانون البيئة الفرنسي، المعدلة بالقانون رقم 699 لسنة 2018⁽⁴⁾، يحدث التشاور مع المجلس الوطني للتحول الإيكولوجي بشأن مشاريع القوانين المتعلقة بالدرجة الأولى بالبيئة أو الطاقة، وبالاستراتيجيات الوطنية للتنمية المستدامة، والتنوع البيولوجي، والأعمال البيئية، وإستراتيجية تخفيض انبعاث الكربون في الهواء، وتعلمه الحكومة سنوياً بتطوير مؤشرات الأداء الوطني، والتنمية المستدامة ذات الصلة بقياس التقدم في التحول الإيكولوجي والأمور المتعلقة بتحسين البيئة ومواجهة المشاكل البيئية؛ كالاحتباس الحراري وغيرها، ويشمل المجلس بين أعضائه: ثلاثة نواب، وثلاثة من أعضاء مجلس الشيوخ، بالإضافة إلى ممثلين اثنين عن البرلمان الأوروبي المنتخب في فرنسا. كما صدر مؤخراً الأمر رقم 2017-211 بشأن تعديل أحكام قانون البيئة، المتعلقة بتعزيز عمل المجلس التوجيهي للمرصد الوطني بشأن تأثير الاحتباس الحراري، وعهد للمجلس الوطني للانتقال الإيكولوجي بأعمال المرصد الوطني لآثار الاحتباس الحراري⁽⁵⁾.

(1) Le conseil national de la transition écologique (CNTE).

(2) loi n° 2012-1460 du 27 décembre 2012 relative à la mise en œuvre du principe de participation du public défini à l'article 7 de la Charte de l'environnement

(3) Arrêté du 29 mars 2018 portant nomination de membres au Conseil national de la transition écologique, JORF n°0079 du 5 avril 2018 texte n° 29 .

(4) loi n° 2018-699 du 3 août 2018 visant à garantir la présence des parlementaires dans certains organismes extérieurs au Parlement et à simplifier les modalités de leur nomination.

(5) Décret n° 2017-211 du 20 février 2017 modifiant diverses dispositions du code de l'environnement relatives au fonctionnement de l'Observatoire national sur les effets du réchauffement climatique.

الفرع الثاني: قراءة في البعد الدستوري لحماية البيئة:

يُعدُّ موضوع البيئة وحمايتها وتحسينها من الموضوعات التي حرصت الدساتير على تناولها، وتنظيم الحقوق المتعلقة بها؛ كحق الإنسان في بيئة نظيفة وصحية، على اعتبار أن الدستور يشكّل القانون الأساسي في الدولة، ومن ثم تُحدّد القيمُ الأساسية في المجتمع، والحقوق والحريات، ومن ثم يعمل المشرّع الجنائي على حمايتها⁽¹⁾.

وفي ليبيا أغفل دستور 1951 والإعلان الدستوري 1969 والإعلان الدستوري 2011 النص صراحة على الحق في بيئة صحية أو حماية البيئة⁽²⁾، وإن كانت المادة 35 من دستور 1951- على سبيل المثال - قد أكدت على أن تعمل الدولة على توفير -بقدر الإمكان لكل ليبي- مستوى لائق من المعيشة له ولأسرته، وهو ما أكدت عليه المادة الثامنة من الإعلان الدستوري لسنة 2011، فالبيئة النظيفة يمكن أن تدخل كذلك في المستوى اللائق من المعيشة، الذي تعمل الدولة على تحقيقه إلى جانب الوضع المادي للفرد، وفيما يتعلق بمشروع الدستور الليبي الجديد الصادر عن الهيئة التأسيسية لصياغة مشروع الدستور في مدينة البيضاء بتاريخ 29 يوليو 2017 فقد تناول موضوع البيئة والحقوق المتعلقة بها بشكل صريح، بالإضافة إلى النص على حماية عناصر البيئة بما يحقق حماية أوسع للبيئة والحقوق المتعلقة بها.

ففي البداية نجد أنّ المادة 18 (الباب الأول بشأن شكل الدولة والمقومات الأساسية) أكدت على أنّ حماية البيئة وسلامتها التزام يقع على الجميع، وفقاً لما ينظمه القانون، وتتخذ الدولة التدابير اللازمة لتنميتها، وحماية عناصرها ومكوناتها المختلفة من التلوث، وفق مقتضيات التوازن والسلامة، وتحافظ الدولة على التنوع الطبيعي والحيوي، وتكفل تعويض الأضرار الناتجة من قبل المسؤولين عنها، كما أكدت المادة ذاتها على كفاءة الدولة لحق الفرد، بأن يعيش في بيئة سليمة، مع إنشاء صندوق الإصحاح البيئي، وللتأكيد على أهمية حماية البيئة ومعاقبة مرتكبي

(1) أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق، القاهرة، الطبعة الرابعة، 2006، ص 6.
(2) وفي الجزائر لم ينظم الدستور صراحة موضوع حماية البيئة، وحق الفرد في بيئة نظيفة أو صحية، إلا بعد تعديل الدستور سنة 2016، حيث أكدت المادة 68 على حق الفرد في بيئة سليمة، وأن تعمل الدولة على الحفاظ على البيئة، كما تحدد الدولة واجبات الشخص الطبيعي والشخص المعنوي فيما يتعلق بحماية البيئة... الخ. راجع: حسونة عبد الغني، عمار الزعبي، دسترة موضوع البيئة في الجزائر، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة الشهيد حمّة لخضر بالوادي - الجزائر، العدد 14، أكتوبر 2016، ص 115-117.

الجرائم البيئية، اعتبرت المادة ذاتها أن الدعاوى القضائية المتعلقة بالبيئة دعاوى حق عام، من دون رسوم قضائية، ولا تسقط الجرائم الجسيمة المتعلقة بها بالتقادم، وحسناً فعل المشروع بذلك. كما كفلت المادة 48 من المشروع حق كل مواطن في الصحة، وجعلت ذلك واجباً على الدولة، كما تضمنت الدولة للفرد رعايةً صحيةً شاملةً ذات جودة، وتوفر لهم الخدمات الوقائية والخدمات العلاجية وفقاً لنظام تكافلي مناسب، ولا شك في أن ذلك يُعدُّ من المتطلبات الأولية لئلا تكون البيئة المحيطة بالفرد نظيفةً وصحيةً، وفي ذلك تأكيدٌ آخر ضمنيٌّ على حق الفرد في بيئة صحية ونظيفة، أما المادة 19 فقد أكدت على أن تعمل الدولة على سن التشريعات واتخاذ التدابير اللازمة لدعم الزراعة وتشجيعها وتطويرها وحمايتها، ولا شك في أن ذلك يوفرُ حمايةً للبيئة الهوائية، عن طريق زيادة المساحات الخضراء، التي تساهم في تنقية الهواء، والتقليل من الغازات الضارة؛ كثنائي أكسيد الكربون وغيرها.

وقد أغفل مشروع الدستور النص بشكلٍ صريحٍ على حقوق البيئة، التي وردت في التشريعات المقارنة كحق المواطن في الحصول على المعلومات البيئية؛ أي: المعلومات المتعلقة بالبيئة التي يعيش فيها، ومعرفة مدى سلامة البيئة وصحتها، وحق المواطن كذلك في مبدأ المشاركة في تطوير القرارات المتعلقة برسم السياسة العامة للبيئة، وأن تدعم البحوث والابتكارات المحافظة على البيئة وتحسينها، كما أن التشريعات المقارنة قد وسَّعت مفهوم البيئة، بحيث تشمل الموروث الثقافي للشعب، إلا أن المادة 42 من مشروع الدستور قد أكدت على أن تضمن الدولة للمواطنين ومنظمات المجتمع المدني في مجال نشاطها حق المشاركة الديمقراطية بتقديم التماسات أو مقترحات تشريعية وفق ما ينظمه القانون، كما أكدت المادة 46 من المشروع على أن تضع الدولة التدابير اللازمة للشفافية، وتضمن حرية تلقي المعلومات والاطلاع عليها، بما لا يمس الأسرار العسكرية، وأسرار الأمن العام، ولو ازم إدارة العدالة، وحرمة الحياة الخاصة، وما اتفق مع دولةٍ أخرى على اعتباره سرياً، مع حق الحفاظ على سرية المصدر. ووفقاً للمادة 46 يمكن للشخص الحصول على المعلومات البيئية أو المتعلقة بالبيئة، مع مراعاة القيود التي وضعها النص، كما يجوز وفقاً للمادة 42 للمنظمات والجمعيات والمواطنين المعنيين بالبيئة المشاركة العامة، وفقاً لما ينظمه القانون في تقديم المقترحات بشأن القرارات والتشريعات المتعلقة بالبيئة.

إنَّ مبدأ مشاركة العامة في تطوير القرارات والقوانين التي تؤثر في البيئة، من شأنه أن يساهم في تحسين جودة القرار العام، والمساهمة في شرعيته الديمقراطية، وضمان الحفاظ على

بيئة صحية للأجيال الحالية والمستقبلية، ورفع الوعي البيئي، وتثقيف الناس فيما يتعلق بحماية البيئة، بالإضافة إلى أن مبدأ المشاركة العامة يسهم كذلك في تحسين المعلومات البيئية لعامة الناس وتنوعها، على أن تكون المشاركة وفقاً للضوابط والحدود التي يضعها القانون⁽¹⁾، إذ تسمح التشريعات للفرد بأن يعلم بالمخاطر والظروف البيئية التي يعيش فيها؛ كي يكون له دور في الوقاية من المخاطر أو الحد من الأضرار البيئية⁽²⁾، وينبغي أن يعتبر الأمن البيئي من عناصر الأمن القومي للدولة؛ لما لتلوث البيئة من مخاطر جسيمة على الأجيال الحالية والأجيال القادمة. وحسباً ما أقره مشروع الدستور الليبي بالتأكيد على حماية البيئة والحقوق المتعلقة بها، فتناول موضوع البيئة والحقوق المتعلقة بها صراحةً في الدستور، يعكس مدى وعي واهتمام المجتمع بالبيئة والتنمية، وإدراكه تحديات البيئة على الأجيال الحالية والقادمة، على اعتبار أن البيئة هي التراث المشترك للبشر، كما أنه ليس هناك ضمان قانوني للحقوق أقوى من النص عليها في الدستور، حيث يضمن ذلك عدم تجاوز السلطات العامة في الدولة لها؛ لأنّها حقوقٌ دستوريةٌ مكفولةٌ بنصوصٍ دستوريةٍ تسمو على غيرها من النصوص⁽³⁾.

(1)راجع: المادة L120-1 من قانون البيئة الفرنسي والمعدلة مؤخراً بالقانون رقم 670 لسنة 2018 الصادر في 30 يوليو 2018

Loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires.

وقد جاء هذا القانون استجابةً للأمر التوجيهي الأوروبي رقم 2016/943 "UE" بشأن حماية المهارات أو الخبرات الفنية ومعلومات العمل أو الأسرار التجارية غير المفصح عنها في مواجهة الحصول أو الاستخدام أو الإفشاء غير المشروع.

Directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites.

ولكي تتمتع المعلومة بحماية القانون -سالف الذكر- ينبغي أن تتوفر فيها جملة من الشروط؛ منها: ألا تكون هذه المعلومة معروفة عموماً أو يسهل الوصول إليها، وأن تكون لها قيمة تجارية، كما يتضمن القانون حالات معينة كاستثناء عن السرية التي يكفلها القانون.

(2)Éric Paillissé: Le droit à l'information, préalable essentiel du droit à l'autodétermination en matière sanitaire et environnementale. Étude de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, La Revue des droits de l'homme, 10 – 2016, p 9.

(3) وسن حميد رشيد، الضمانات الدستورية للحقوق والحريات في الدستور العراقي لعام 2005، مجلة جامعة بابل، العلوم الإنسانية، المجلد 21، العدد الثالث، 2013، ص 647.

أضف إلى ذلك أنَّ تناول الدستور لحق الإنسان في بيئة سليمة وصحية من شأنه إلزام المشرِّع العادي بعدم تجاهل البيئة عند وضع النصوص التشريعية، لاسيَّما تلك التي تنظم الأنشطة الزراعية والصناعية والتجارية، ودعم الأفراد والنقابات والمنظمات المعنية بالبيئة في الدفاع عن البيئة، وإلزام السلطات العامة بالتدخل بعدم اتخاذ قرارات أو قوانين تؤثر بالسلب على البيئة، وألَّا تكون التضحية بالبيئة في سبيل تحقيق مصالح وغايات اقتصادية أو تجارية⁽¹⁾، فقد تحقق بعض الأنشطة - لاسيَّما الصناعية منها - مصلحةً كبيرةً للأجيال الحالية، ولكن ستؤثر بلا شك على حق الأجيال القادمة في بيئة نظيفة وصحية، ومن أجل ضمان تحقيق التنمية المستدامة، يجب ألَّا تكون المخاطرة بتلبية احتياجات الجيل الحاضر على حساب قدرة الأجيال القادمة والشعوب الأخرى على تلبية احتياجاتها الخاصة، كان ينبغي أن يتضمن مشروع الدستور النص صراحة على تعزيز التعليم البيئي واحترام القيم البيئية، وضمن أن السياسة المالية للدولة تجعل التنمية متوافقة مع حماية البيئة ونوعية الحياة⁽²⁾، وأن تدعم البحوث والابتكارات المحافظة على البيئة وتحسينها.

وفي مصر أكد دستور 1971 بعد تعديله سنة 2007 على حماية البيئة من خلال المادة 59 التي نصت على أن "حماية البيئة واجب وطني، وينظم القانون التدابير اللازمة للحفاظ على البيئة الصالحة"، وعن دستور مصر الحالي لسنة 2014 فقد توسَّع في حماية البيئة، حيثُ جاء أعم وأشمل من الدساتير التي سبقتة، فنجد أنَّ المادة 46 أكدت على أن "لكل شخص الحق في بيئة صحية سليمة، وحمايتها واجب وطني، وتلتزم الدولة باتخاذ التدابير اللازمة للحفاظ عليها، وعدم الإضرار بها، والاستخدام الرشيد للموارد الطبيعية بما يكفل تحقيق التنمية المستدامة، وضمن حقوق الأجيال القادمة فيها". أما المادة 45 فقد أكدت على أن "تلتزم الدولة بحماية بحارها وشواطئها وبحيراتها وممراتها المائية ومحمياتها الطبيعية، ويحظر التعدي عليها، أو تلويثها، أو استخدامها فيما يتنافى مع طبيعتها، وحق كل مواطن في التمتع بها مكفول، كما تكفل الدولة حماية المساحة الخضراء وتنميتها في الحضر، والحفاظ على الثروة النباتية والحيوانية والسمكية، وحماية المعرض منها للانقراض أو الخطر، والرفق بالحيوان".

(1) راجع: حسونة عبد الغني، د. عمار الزعبي، مرجع سابق، ص 111.

(2) راجع: المادة 66 من دستور البرتغال 1976 والمعدل سنة 2005.

في حين جاءت المادة 29 لتؤكد على أن "الزراعة مقوم أساسي للاقتصاد الوطني، وتلتزم الدولة بحماية الرقعة الزراعية وزيادتها، وتُجرّم الاعتداء عليها، وتعمل على تنمية الإنتاج الزراعي والحيواني، وتشجيع الصناعات التي تقوم عليهما..."، وفيما يتعلق بالثروة السمكية وحمايتها فقد أكدت المادة 30 على أن "تلتزم الدولة بحماية الثروة السمكية وحماية الصيادين ودعمهم، وتمكينهم من مزاولة أعمالهم" من دون إلحاق الضرر بالنظم البيئية".

وفي فرنسا يكفل الدستور حماية البيئة -بعد تعديله بمقتضى القانون الدستوري رقم 205-2005 الصادر في 1 مارس 2005- بشأن ميثاق البيئة la Charte de l'environnement⁽¹⁾، حيث أدرج في التشريع الدستوري الفرنسي ميثاق البيئة، ويقر مجموعة من الحقوق والواجبات البيئية⁽²⁾، وقد تأكدت القيمة الدستورية لجميع الحقوق والمبادئ التي تضمنها الميثاق بقرار المجلس الدستوري في فرنسا رقم 644 لسنة 2008 وقرار مجلس الدولة في 3 أكتوبر 2008⁽³⁾.

وقد أكدت المادة الأولى على أن لكل شخص حقّ العيش في بيئة متوازنة وصحيّة، أما المادة الثانية فقد أكدت على وجوب مشاركة كل شخص في حماية البيئة وتحسينها، في حين أكدت المادة الثالثة على أنه يجب على كل شخص وفقاً للشروط التي يحددها القانون أن يمنع الاعتداءات التي قد تقع على البيئة، والحد من آثارها في حال عدم القدرة على منعها، وقد أكدت المادة الرابعة على وجوب مساهمة كل شخص في إصلاح الضرر الذي يلحقه بالبيئة، وفقاً للشروط التي يحددها القانون، أما المادة الخامسة فقد أكدت على أنه في حال حدوث ضرر -غير مؤكد وفقاً للمعرفة أو الدراية العلمية- يمكن أن يؤثر تأثيراً خطيراً لا يمكن إصلاحه على البيئة، فإن السلطات العامة تضمن تطبيق مبدأ احترازي في مجالات اختصاصها، وبتنفيذ إجراءات تقييم المخاطر واعتماد تدابير مؤقتة ومناسبة؛ من أجل التعامل مع وقوع الضرر، أما المادة السادسة فقد أكدت على وجوب تعزيز السياسات العامة للتنمية المستدامة، وتحقيق هذه الغاية بالتوفيق بين حماية البيئة وتحسينها، والتنمية الاقتصادية والتقدم الاجتماعي.

(1)Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1er mars 2005 relative à la Charte de l'environnement.

(2)Benjamin Clemenceau, op.cit ,p17.

(3)Véronique Champeil-Desplats:Charte de l'environnement , La QPC bute sur l'incipit, La Revue desdroits de l'homme Actualités Droits-Libertés, le 19 mai 2014,p6.

وجاءت المادة السابعة لتؤكد على أنه لكل شخص الحق - وفقاً للشروط والحدود التي يضعها القانون- في الوصول إلى المعلومات البيئية التي تحتفظ بها السلطات العامة، والمشاركة في تطوير القرارات العامة التي تؤثر على البيئة، وما نصت عليه المادة 7 من ميثاق البيئة، تعد من الحقوق والحريات التي كفلها الدستور للمواطن، وينبغي على السلطات الإدارية أن تحدد-وفقاً للمبادئ المنصوص عليها- طرائق تنفيذ هذه الأحكام⁽¹⁾. وتطبيقاً لذلك أصدر المشرع الفرنسي مؤخراً القانون رقم 1460-2012 بتاريخ 27 ديسمبر 2012 بشأن تطبيق مبدأ المشاركة العامة، الوارد في المادة 7 من ميثاق البيئة، وذلك بتعديل العديد من التشريعات الفرنسية، وتضمينها مبدأ المشاركة العامة في القرارات التي تؤثر على البيئة، ووفقاً للمادة الثامنة يجب أن يساهم التعليم والتدريب البيئي في ممارسة الحقوق والواجبات المحددة في ميثاق البيئة، أما المادة التاسعة فأكدت على أن البحوث والابتكارات يجب أن تدعم المحافظة على البيئة وتحسينها.

ونخلص من ذلك كله بتأكيد الدستور في القانون المقارن على كفالة حق الإنسان في بيئة صحية أو نظيفة، سواء أكان فيما يتعلق بالهواء أم الماء أم غيرهما من عناصرها المختلفة، على اعتبار أنه من حقوق الإنسان المختلفة التي تعنى الدساتير المختلفة بالتأكيد على حمايتها، على الرغم من صعوبة وضع تعريف جامع مانع لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية⁽²⁾.

الفرع الثالث: مدى الاهتمام الدولي بحماية البيئة الهوائية من التلوث:

ساهمت الكوارث البيئية في زيادة الوعي بمخاطر البيئة على الصعيد الدولي؛ بأن تضافرت الجهود من أجل رصد الصفوف وشحن الهمم؛ لوضع حلول لمشكلة التلوث البيئي، وحماية البيئة الهوائية، وتجلي ذلك في عقد المؤتمرات والاتفاقيات الدولية، وتأتي في مقدمة تلك الاتفاقيات وأهمها اتفاقية فيينا 1985 لحماية طبقة الأوزون، وقد انعقدت هذه الاتفاقية في فيينا بتاريخ 22 مارس 1985 واتفق الأطراف على اتخاذ التدابير الملزمة؛ لمواجهة الآثار السلبية الناتجة -أو من المحتمل أن تنتج- عن الأنشطة البشرية المؤثرة في طبقة الأوزون، عن طريق عمليات المراقبة المنتظمة، والبحث وتبادل المعلومات حول آثار الأنشطة البشرية على طبقة

(1) Décision n° 2016-595 QPC du 18 novembre 2016, JORF n°0270 du 20 novembre 2016 texte n° 31, ECLI:FR:CC:2016:2016.595.QPC.

(2) Cédric Roulhac, « Les droits de l'homme sans la loi ? », La Revue des droits de l'homme 5 | 2014, p2.

الأوزون، وعلى صحة الإنسان والبيئة، من خلال اعتماد تدابير تشريعية أو إدارية مناسبة، والتعاون لتنسيق السياسات؛ للحد أو الوقاية من الأنشطة البشرية المؤثرة في طبقة الأوزون⁽¹⁾.

وقد صدر عن الدول الأطراف باتفاقية فينا لحماية طبقة الأوزون في 16 سبتمبر 1987 في مونتريال بروتوكول مونتريال بشأن المواد المستنفدة لطبقة الأوزون 1987⁽²⁾، ووفقاً لهذا البروتوكول تتخذ الدول الأطراف قراراً بحظر إنتاج مركبات الكربون الكلورية فلورية واستخدامها، التي تستنفذ طبقة الأوزون بحلول عام 2000.

كما تعتبر اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية لتغير المناخ من أهم الاتفاقيات المبرمة في مجال حماية البيئة الهوائية، التي وقّعت في مدينة نيويورك بالولايات المتحدة الأمريكية بتاريخ 9 مايو 1992، وتهدف هذه الاتفاقية إلى تثبيت تركيزات غازات الدفيئة في الغلاف الجوي عند مستوى يحول دون تدخل خطير من جانب الإنسان في النظام المناخي، على أن يكون ذلك خلال فترة زمنية كافية تسمح للنظم الإيكولوجية أن تتكيف بصورة طبيعية مع تغير المناخ، وتضمن عدم تعرض إنتاج الأغذية للخطر، بشكل يسمح بتحقيق التنمية الاقتصادية المستدامة⁽³⁾، وبروتوكول كيوتو الذي وقّع في 11 ديسمبر 1997 في المؤتمر الثالث للأطراف في اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية لتغير المناخ في كيوتو باليابان، ودخل حيز التنفيذ في 16 فبراير 2005، ويهدف إلى مكافحة الاحتباس الحراري عن طريق تثبيت تركيز الغازات الدفيئة في الغلاف الجوي، عند مستوى يحول دون تدخل خطير من الجانب البشري في منظومة المناخ، وقد ألزمت الاتفاقية الدول الأعضاء باتخاذ التدابير القانونية اللازمة للحد من انبعاث غازات الدفيئة المتمثلة في أكسيد النيتروس، وثاني أكسيد الكربون، والميثان، وسداسي فلوريد الكبريت، والهيدروكربونات المشبعة بالفلور التي تنتجها الدول الصناعية⁽⁴⁾.

بالإضافة إلى ذلك فقد أبرمت اتفاقية التنوع البيولوجي ريو دي جانيرو 1992 بهدف حماية التنوع البيولوجي والبيئة بعناصرها المختلفة، على اعتبار أن البيئة لا تقتصر على الإنسان

(1) www.diplomatie.gouv.fr/sites/odyssee-developpement_durable/files/4/Convention_Vienne_1985.pdf.

(2) www.actu-environnement.com/media/pdf/texte_protocole_de_montreal.pdf.

(3) المادة الثانية من اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية بشأن تغير المناخ، وللمزيد من التفاصيل حول هذه الاتفاقية : www.wipo.int/wipolex/ar/other_treaties/text.jsp?file_id=195918

(4) راجع: ليلي الجنابي، الجزاءات القانونية لتلوث البيئة، دراسة تحليلية مقارنة، من دون ناشر ومكان نشر،

فقط، بل تحوي عناصر أخرى يعتمد عليها الإنسان في حياته، وتلك العناصر جديرة بالحماية⁽¹⁾، عن طريق وضع استراتيجيات وطنية؛ للمحافظة على التنوع البيولوجي من أجل تحقيق التنمية المستدامة⁽²⁾، فمن المخاطر التي تهدد التنوع البيولوجي انقراض بعض الأنواع من الحيوانات والنباتات، مما يؤدي إلى خسارة الإنسان لمصادر المعرفة العلمية، فكثير من التجارب العلمية تجرى على النباتات والحيوانات، و خسارة الإنسان لبعض الأنواع من الأدوية التي تحافظ على صحته⁽³⁾.

وقد عقدت العديد من المؤتمرات الدولية في مجال حماية البيئة، لعل أهمها مؤتمر الأمم المتحدة المعني بالبيئة، وقد عُقدَ هذا المؤتمر في مدينة ستكهولم بالسويد في الفترة من 5-16 يونيو 1972 بمشاركة 113 دولة، وممثلين عن منظمات دولية حكومية، وأخرى غير حكومية، وترجع أهمية هذا المؤتمر إلى أنه يشكّل الملتقى الدولي الأول الذي يجتمع فيه المجتمع الدولي لمعالجة القضايا البيئية، وأشار المؤتمر في البيان الختامي إلى حق الإنسان في الوصول إلى بيئة صحية ونظيفة، كما سلّط الضوء على مسؤولية الإنسان عن البيئة، وواجباته بحماية البيئة وتحسينها، لمصلحته ومصلحة الأجيال القادمة⁽⁴⁾.

وكذلك مؤتمر ريودي جانيرو لسنة 1992 الذي عقد في الفترة من 1-13 يونيو 1992 بمشاركة 178 دولة تحت شعار قمة الأرض، وأكد المؤتمر على أهمية ترشيد الاستهلاك، والحد من إساءة استخدام السلطات لعناصر البيئة⁽⁵⁾، ويرجع لهذا المؤتمر الفضل في تدويل عملية المحافظة على الطبيعة وحمايتها، من خلال المبادئ التي يؤكد عليها، التي تكفل حماية البيئة ونوعية الحياة⁽⁶⁾.

(1) محمد حسين عبد القوي، مرجع سابق، ص130.

(2) www.un.org/fr/events/biodiversityday/convention.shtml.

(3) محمد بن محمد، حماية البيئة والإعلام البيئي، قراءة تحليلية لقانون حماية البيئة 03-10 وقانون الإعلام 05-12، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد العاشر، ص 176.

(4) <http://perspective.usherbrooke.ca/bilan/servlet/BMEve?codeEve=872>.

(5) محمد حسين عبد القوي، مرجع سابق، ص131.

(6) Monica ParaguassuCorreia da Silva : le mouvement de construction de la politique criminelle de protection de l'environnement et de la qualité de vie : une étude comparative (France et États-Unis), Thèse doctorat, Université Panthéon-Sorbonne (Paris), 2003, Résumé.

وفي السياق ذاته عُقدَ مؤتمر الأمم المتحدة الثامن في كوبا سنة 1990 حول منع الجريمة ومعاملة المذنبين، في هافانا بكوبا، في الفترة من 27 أغسطس إلى 7 سبتمبر 1990 وقد تضمن القرار الخاص بالمؤتمر مناقشة الدول الأعضاء بإصدار قوانين جنائية لحماية البيئة والطبيعة والأشخاص المتضررين من التدهور البيئي، أو تعديل القوانين القائمة بما يكفل تحقيق تلك الحماية، وأن تكفل تلك القوانين حماية البيئة من المواد الضارة بالبيئة، وأن تسعى الدول الأعضاء لتحقيق أعلى مستوى ممكن من حماية البيئة⁽¹⁾ وغيرها.

وقد عُقدَ مؤتمر باريس 2015 cop21⁽²⁾ في العاصمة الفرنسية باريس، في الفترة من 30 نوفمبر إلى 12 ديسمبر 2015 وهو المؤتمر الحادي والعشرين للأطراف في اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية بشأن تغير المناخ، وجمع هذا المؤتمر 195 دولة، نادى بضرورة مكافحة تغير المناخ، والتزمت تلك الدول بالمحافظة على درجات حرارة أقل من 2 درجة مئوية بحلول عام 2100، واتخاذ جميع التدابير الممكنة لمنع زيادة درجات الحرارة بأكثر من 1.5 درجة مئوية، وتخفيض انبعاث الكربون لمنع الاحتباس الحراري، وتلك الدرجة هي درجة الحرارة العالمية للغلاف الجوي للأرض في عصر ما قبل الصناعة، وقد أكدت الدراسات أن هذا الارتفاع في درجة الحرارة؛ يرجع سببه الرئيسي بنسبة 90% إلى أنشطة الإنسان، لاسيما في مجال الصناعة، وهذا الارتفاع في درجات الحرارة يمكن أن يصل إلى خمس درجات مئوية إضافية مع نهاية القرن الحادي والعشرين⁽³⁾.

وتجدر الإشارة إلى أنه سيعقد مؤتمر آخر مهمٌ حول تلوث الهواء في جنيف، في الفترة من 30 أكتوبر - 1 نوفمبر 2018 وهو المؤتمر العالمي الأول لمنظمة الصحة العالمية بشأن تلوث الهواء والصحة، بالتعاون مع منظمة الأمم المتحدة للبيئة، والمنظمة العالمية للأرصاد الجوي، وأمانة اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية بشأن تغير المناخ، ولجنة الأمم المتحدة الاقتصادية لأوروبا، وترجع أهمية المؤتمر في أنه أول حدث عالمي يركز على الصحة وتلوث الهواء، على اعتبار أن نوعية الهواء في معظم المدن أقل من مستويات نوعية الهواء التي توصي بها منظمة الصحة العالمية، أي أنه هواء ملوث غير نقي. وسيتضمن المؤتمر مشاركة وزراء الصحة

(1) راجع: فرج صالح الهريش، مرجع سابق، ص302.

(2) La Conférence sur le climat de Paris 2015 (COP21): <https://univ-droit.fr/la-gazette-juridique/10734-la-conference-sur-le-climat-de-paris-cop21-objectifs-defis-et-enjeux>.

(3) <https://www.novethic.fr/lexique/detail/rechauffement-climatique.html>.

والبيئة، وممثلين آخرين للحكومات الوطنية، وممثلي الوكالات الحكومية الدولية، والمهنيين في مجال الصحة، وغيرها من القطاعات مثل النقل والطاقة... إلخ، وكذلك الباحثين والأكاديميين ومنظمات المجتمع المدني، ويهدف المؤتمر إلى الدعوة لاتخاذ إجراءات عاجلة للحد من وفاة 7 ملايين شخص سنوياً؛ بسبب تلوث الهواء بحلول عام 2030، كمساهمة في تحقيق أهداف التنمية المستدامة، والاستراتيجيات والحلول التي ينبغي اعتمادها من أجل تحسين نوعية الهواء⁽¹⁾.

المطلب الثاني: آليات حماية البيئة الهوائية من التلوث في قانون العقوبات والقوانين الخاصة بتكسي البيئة الهوائية أهمية كبيرة لدى مختلف المجتمعات؛ لما لها من تأثير على حياة الأجيال الحالية والقادمة، الأمر الذي جعل الشعوب تحرص على حماية البيئة، عن طريق القانون الجنائي، وقد أصبح التشريع البيئي عنصراً أو مكوناً مهماً في التشريعات المحلية والدولية في مختلف بقاع العالم، وسنخصص هذه الجزئية من الدراسة للتعرف على جهود المشرع في حماية البيئة الهوائية في قانون العقوبات (الفرع الأول) والقوانين الخاصة (الفرع الثاني) ، ونعقب ذلك بتقييم لمعالجة المشرع الليبي لحماية الهواء (الفرع الثالث) ، كما يأتي:

الفرع الأول: حماية البيئة الهوائية من خلال قانون العقوبات:

تهدف نصوص قانون العقوبات إلى حماية مصالح مختلفة؛ كالمصالح الاجتماعية والسياسية والاقتصادية، و إلى تحقيق العدالة والأمن والاستقرار في المجتمع، ولعل من تلك المصالح حماية البيئة؛ لما لها من تأثير على جوانب حياة الإنسان المختلفة، وإن كان المشرع لم يكن يهدف من خلال نصوص قانون العقوبات إلى حماية البيئة بالدرجة الأولى وبشكل مباشر⁽²⁾، بل كان يهدف إلى حماية مصالح أخرى، ولكن من خلال حماية تلك المصالح كفل المشرع الحماية للبيئة الهوائية من التلوث. وسنحاول التعرض لأهم تلك النصوص؛ لمعرفة مدى فعاليتها في توفير حماية للبيئة الهوائية، كما يأتي:

أولاً: سلامة الإنسان ومنع إيذائه: تعاقب المادة 486 من قانون العقوبات الليبي بالحبس مدة لا تزيد عن شهر، أو غرامة لا تزيد عن خمسة دنانير، كل من قام بفعل القذف الخطر للأشياء التي من شأنها إيذاء الأشخاص أو تلطيخهم أو مضايقتهم، أو تسبب في الأحوال التي لا يسمح بها القانون في تسرب الغازات أو الأبخرة أو الأدخنة التي من شأنها إحداث الآثار

(1) <http://www.who.int/airpollution/events/conference/en>.

(2) فرج صالح الهريش، جرائم تلويث البيئة، مرجع سابق، ص 220.

المذكورة، كما تعاقب المادة 377 عقوبات مصري بالغرامة التي لا تزيد عن مائة جنيه كل من ألقى في الطريق من غير احتياط أشياء من شأنها جرح المارين، أو تلويثهم إذا سقطت عليهم. ويمكن من خلال النصوص السابقة توفير حماية للبيئة الهوائية، فقد يكون في إلقاء أشياء من شأنها جرح المارين أو تلويثهم، تسرب الغازات أو الأبخرة أو الأدخنة التي تسبب إيذاءً للغير، ومساساً بصحتهم وسلامتهم أو مضايقتهم، هي من باب أولى ضارة بالهواء والبيئة، وليست لطيفة على البيئة، فالمساس بسلامة جسد الإنسان وصحته من أهم الآثار المترتبة على التلوث البيئي، وأكثرها خطورة وانتشاراً، إلا أن تلك النصوص تستوعب بعض صور التلوث دون غيرها، بالإضافة إلى ضعف العقوبات التي تقررها، ومن ثم عدم فعاليتها في توفير حماية للبيئة الهوائية.

ثانياً: حماية ملك الغير ومنع الكوارث وحرق الغابات: إن تحقيق الأمن شرط أساسي لحماية الحريات الأساسية للفرد⁽¹⁾، وقد سعت المادة 297 عقوبات ليبي، والمواد 252، 257، 360 عقوبات مصري لحماية ملك الغير، وعدم تعريض السلامة العامة للخطر بمعاينة من يضع النار عمداً في ملك الغير، ويتحقق القصد الجنائي في الجريمة بمجرد وضع الجاني النار عمداً في المكان المسكون أو المعد للسكنى أو في أحد ملحقاته المتصلة به⁽²⁾، دونما الحاجة إلى قصد جنائي خاص لقيام الجريمة⁽³⁾.

كما كفلت المادة 298 عقوبات ليبي عدم تعريض السلامة العامة للخطر عن طريق الكوارث بمعاينة كل من يقوم بإحداث فيضان، أو إغراق سفينة، أو بإسقاط طائرة، أو حدوث أي كارثة أخرى، حيث استخدم المشرع عبارة أي كارثة أخرى؛ وهذه العبارة فيها من الاتساع بحيث تشمل أفعال تلويث البيئة⁽⁴⁾، وكذلك المادة 299 التي يواجه من خلالها المشرع الكوارث والأخطار الناجمة عنها، والمادة 300 التي يشدد المشرع الليبي من خلالها العقوبة في عدة

(1) Francesco Natoli: Sécurité et ordre public : deux notions à relation variable. Comparaison franco-italienne, La Revue des droits de l'homme, 11 | 2017 Varia, le 13 janvier 2017.p1.

(2) نقض جنائي مصري 1 أبريل 2015، الطعن رقم 21966 لسنة 84 .

(3) حكم المحكمة العليا الليبية 21 مايو 1991، رقم الطعن 35/457 ق، سنة و عدد المجلة 1-27/2، ص 249، حكم

المحكمة العليا الليبية 22 يونيو 1978، رقم الطعن 24/392 ق، سنة و عدد المجلة 3/15، ص 253.

(4) فرج صالح الهريش، مرجع سابق، ص 220.

حالات، منها: إذا وقع فعل الإيتلاف والإعطاب، أو الحريق على الغابات⁽¹⁾، أو السفن أو العائمات، أو الطائرات، أو المواد المحرقة أو الوقود...إلخ.

فهذا النص يوفر حماية للبيئة الهوائية لما قد يترتب على الفيضانات من حدوث إضرار بالبيئة، كما أن السفن والطائرات أو العائمات قد تكون محملة بمواد كيميائية أو وقود، ومن ثم يترتب على إغراق السفن أو إسقاط الطائرات احتراق تلك المواد، وما يصاحب ذلك من انبعاث ملوثات للهواء، فضلا عن احتراق السفن والطائرات والعائمات أو المحاجر أو المناجم أو منشآت توزيع المياه والوقود، يترتب عليه انبعاث غاز ثاني أكسيد الكربون والرصاص، وغيرها من الغازات الضارة، كما أن النص يوفر حماية للهواء من أي كارثة أخرى ملوثة للهواء.

وفيما يتعلق بقانون العقوبات الفرنسي توجد المادة 322-5 والمعدلة مؤخراً بالقانون رقم 525 لسنة 2011⁽²⁾، التي جاءت في إطار سعي المشرع الفرنسي إلى تطوير منظومة مكافحة الحرائق، باعتبارها من الأوقات الخطيرة، بالنظر لما يترتب عليها من خطر وضرر⁽³⁾، حيث تعاقب على حرق الأشجار والغابات بالحبس سنتين، وغرامة ثلاثين ألف يورو، وتشدد العقوبة إذا كان ذلك بشكل متعمد، وإذا حدث الحريق في ظروف قد تعرض الناس لإصابة جسدية أو إلى ضرر لا يمكن إصلاحه في البيئة، تُرْفَعُ العقوبة السالبة للحرية لتصل إلى ثلاث سنوات، والغرامة إلى خمسة وأربعين ألف يورو في الحالة الأولى، والسجن لمدة خمس سنوات، وغرامة قدرها مائة ألف يورو في الحالة الثانية، كما تشدد المادة 322-6، وتجعلها السجن عشر سنوات، وغرامة 150 ألف يورو في حالة استخدام مادة متفجرة، أو خطرة على الأشخاص، وتكون السجن خمسة عشر سنة، وغرامة 150 ألف يورو إذا حدثت أعمال الحريق للغابات والأشجار في ظروف من المرجح معها أن تعرض الأشخاص لإصابات جسدية أو ضرر لا يمكن إصلاحه بالبيئة⁽⁴⁾.

(1) راجع كذلك : القانون رقم 15 لسنة 1989 بشأن حماية الحيوانات والأشجار والقانون رقم 15 لسنة 1992 بشأن حماية الأراضي الزراعية والقانون رقم 5 لسنة 1982 بشأن حماية المراعي والغابات.

(2) Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit

(3) LéoSegouin-Schapira: La causalité dans le délit de destruction involontaire du bien d'autrui, Mémoire pour l'obtention du Master 2 Contentieux privé, Université du Maine, Année universitaire, 2014-2015, p.13.

(4) Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

وتوفر المواد السابقة حماية للغابات والأشجار والمزارع من أعمال الحرق والإتلاف، وبالتالي المساعدة في تنقية الهواء من التلوث؛ ذلك أن زيادة المسطحات الخضراء يسهم في زيادة نسبة الأكسجين في الهواء الجوي، ومن ثم نقائه، والتقليل من المساحات الخضراء يتبعه زيادة نسبة ثاني أكسيد الكربون في الهواء، وهذا الأخير يزداد -أيضاً- عند حرق الأخشاب بالإضافة إلى انبعاث غازات أخرى ضارة بالهواء وملوثة له؛ تنبعث نتيجة حرق الأخشاب بكميات كبيرة، وتفرض النصوص السابقة 322-5 إلى 322-8 على الشخص الالتزام بمعايير السلامة وتوخي الحذر، والامتناع عن التصرفات التي يمكن أن تضر بالبيئة⁽¹⁾.

ويلاحظ أن الشروع في الجريمة المنصوص عليها في المادة 322-6 معاقب عليه بعقوبة الجريمة التامة، وذلك طبقاً للمادة 322-11 من قانون العقوبات الفرنسي، كما أن المادة 322-6-1 عقوبات فرنسي المعدلة بالقانون رقم 731 لسنة 2016⁽²⁾ تعاقب بالسجن لمدة ثلاث سنوات، وبغرامة 45 ألف يورو، كل من يقوم من غير المهنيين أو أصحاب المهنة و المختصين بنشر عمليات تصنيع معدات التدمير، المصنوعة من مواد متفجرة، أو مواد نووية، أو بيولوجية، أو كيميائية، على أن تشدد العقوبات إلى السجن لمدة خمس سنوات، وغرامة قدرها 75 000 يورو، عند نشر تلك العمليات باستخدام شبكة اتصالات إلكترونية، موجهة لعدد غير محدود، على اعتبار أن تلك المواد قد تستخدم بشكلٍ ضارٍّ من دون ضوابط الأمر الذي يترتب عليه تلويث البيئة الهوائية .

كما اعتبرت المادة 410-1 عقوبات فرنسي البيئة وعناصرها من ضمن المصالح الأساسية للأمة إلى جانب أمنها وسلامتها أراضيتها...إلخ، مما يدل على أهمية البيئة وحمايتها لدى المشرع الفرنسي، حيث يُعتبرُ الاعتداء على البيئة اعتداءً على المصالح الأساسية للأمة، وإنَّ الأمن البيئي عنصر من عناصر الأمن القومي للدولة.

(1) طبقاً للمادة 322-8 والمعدلة مؤخراً بالقانون رقم 258 لسنة 2017 بشأن السلامة العامة Loi n° 2017-258

du 28 février 2017 relative à la sécurité publique.

322-6 من قانون العقوبات في عدة حالات منها إذا ارتكبت الجريمة عن طريق العصابات المنظمة حيث تكون

العقوبة السجن عشرين سنة، وغرامة 150 ألف يورو، وإذا تعلق الأمر بحرق الغابات أو الأشجار تزداد العقوبة

لتكون السجن ثلاثين سنة، وغرامة 200 ألف يورو.

(2) Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale.

و تعاقب المادة 461-28 المضافة بالقانون رقم 930 لسنة 2010 بالسجن عشرين سنة لكل من يتعمد الهجوم، ويعلم أنه يترتب على هذا الهجوم أضرار بالغة وخطيرة وطويلة الأمد للبيئة، لا تتناسب بشكل واضح مع العملية العسكرية المتوقعة من الأعمال القتالية بأكملها، حيث يوفر المشرع الحماية للبيئة من الأعمال الحربية بتقرير عقوبات جسيمة، إذ تتعرض البيئة لإضرار جسيمة؛ بسبب النزاعات المسلحة، وينبغي أن تكون هناك حماية فعالة للبيئة في أثناء النزاعات المسلحة.

كما صدر الأمر التوجيهي الأوروبي رقم 2008/99/CE بشأن حماية البيئة عن طريق القانون الجنائي، ويطلب من الدول الأعضاء تجريم الأفعال التي تشكل مساساً بالبيئة؛ كإطلاق أو إدخال المواد أو الإشعاعات الملوثة في الهواء، أو الإنتاج أو البيع أو استخدام المواد المستتفة للأوزون ونقل أو جمع النفايات أو إعادة تدويرها أو التخلص منها، بشكل يؤدي إلى وفاة أو إصابة خطيرة أو تدهور كبير في نوع الهواء، وتنظيم عمل المصانع التي تزاول أنشطة خطيرة، أو تستخدم مواداً خطيرة، مما يتسبب -أو يحتمل أن يتسبب- في موت أو إصابة خطيرة للأشخاص خارج هذا المصنع، أو تدهور جوهري لنوع الهواء وجودته،... إلخ⁽¹⁾.

نخلص من تعرضنا لحماية البيئة بنصوص قانون العقوبات، أن التشريعات المقارنة كانت قد أولت البيئة اهتماماً كبيراً، كما اعتبر المشرع الفرنسي جرائم البيئة من قبيل جرائم الإرهاب، فالبيئة لدى المشرع الفرنسي من المصالح الأساسية للأمة، ومن ثم يعتبر الأمن البيئي عنصراً من عناصر الأمن القومي للدولة، أما عن المشرع المصري فعلى الرغم من ضعف الحماية المقررة للبيئة في قانون العقوبات فإنه اعتبر الإضرار بالبيئة في حالات معينة من قبيل الإرهاب، وفي ذلك حماية للبيئة الهوائية، خاصة مع جسامه العقوبات المقررة للجرائم الإرهابية، وعلى خلاف ذلك فإن المشرع الليبي لم يتناول البيئة الهوائية بالحماية بشكل جيد في قانون العقوبات، ناهيك عن ضعف العقوبات المقررة لتلك الجرائم، مما يعني ضعف الحماية التي يمكن أن تستفيد منها البيئة الهوائية.

وجديرٌ بالذكر أنّ المادة الثانية من القانون رقم 3 لسنة 2014 بشأن مكافحة الإرهاب في ليبيا اعتبرت أن الإضرار بالبيئة من قبيل العمل الإرهابي، حيث عرفت العمل الإرهابي بأنه: "كل استخدام للقوة أو للعنف أو التهديد أو الترويع؛ بهدف الإخلال الجسيم بالنظام العام، أو

(1) Directive 2008/99/CE du Parlement européen et du conseil du 19 novembre 2008 relative à la protection de l'environnement par le droit penal.

تعريض سلامة المجتمع أو مصالحه أو أمنه للخطر، متى كان من شأن هذا الاستخدام إيذاء الأشخاص أو إلقاء الرعب بينهم أو تعريض حياتهم أو حرياتهم أو حقوقهم العامة أو أمنهم للخطر، أو إلحاق الضرر بالبيئة.

إن المادة الثانية - سالفه الذكر - والمادة 86 عقوبات مصري المقابلة لها، وإن كانتا توفران حماية للبيئة الهوائية إلا أنَّهما ربطتا بين استخدام القوة أو العنف أو التهديد أو الترويع وبين الإضرار بالبيئة، فوفقاً لهذا النص لا يعتبر العمل إرهابياً إلا إذا كان فيه استخدام للقوة أو العنف أو التهديد أو الترويع، والإضرار بالهواء ليس بالضرورة أن يرتبط بفعل من تلك الأفعال، فقد يتحقق الاعتداء على البيئة من دون تلك الأفعال⁽¹⁾، و يتحقق كذلك بالإهمال أو الخطأ الجسيم من دون قصد، على خلاف ما يتطلبه النص حينما استخدم كلمة " بهدف"، ناهيك عن أنَّ المشرِّع لم يقصد - من خلال هذا النص - حماية البيئة بالدرجة الأولى، وهو ما يبرر ربط الاعتداء على البيئة بتلك الأفعال، ولعل ما جعل المشرع الفرنسي يولي اهتماماً كبيراً للبيئة هو أنه وضع نصبَ عينيه الكوارث البيئية التي حدثت بالعالم، وما ترتب عليها من أضرار جسيمة.

الفرع الثاني: حماية البيئة الهوائية من خلال القوانين الخاصة:

صدر عن المشرِّع الليبي عدة قوانين، منها ما يهدف إلى حماية البيئة، كالقانون رقم 15 لسنة 2003 بشأن حماية وتحسين البيئة، بالإضافة إلى قوانين أخرى وضعت في الأساس من أجل حماية مصالح أخرى، ولكن يمكن من خلالها توفير حماية للبيئة الهوائية، وعليه سنحاول التعرض لأهم تلك القوانين؛ لمعرفة مدى فاعليتها في توفير حماية للبيئة الهوائية، مقارنةً بغيرها من القوانين، كما يأتي:

أولاً: قانون المرور وقانون تنظيم النشاط الصناعي:

1. **قانون المرور:** يعتبر التلوث الناتج عن استخدام المركبات الآلية من أهم مصادر تلوث الهواء، وأكثرها ضرراً بصحة الإنسان⁽²⁾، وقد صدر في ليبيا القانون رقم 11 لسنة 1984 بشأن المرور على الطرق العامة، ولم يتناول القانون صراحة حماية البيئة الهوائية، ومع ذلك توجد بعض النصوص يمكن من خلالها توفير حماية للبيئة الهوائية، فعلى سبيل المثال: تجبز المادة

(1) محمد حسين عبد القوي، مرجع سابق، ص 151.

(2) حمدي محمد شاهين، الحماية الجنائية للبيئة الهوائية في التشريع الفلسطيني، دراسة تحليلية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الأزهر - غزة، 2013، ص 80.

الثالثة لوزير العدل حظر الترخيص لبعض أنواع المركبات، أو إلغاء الترخيص لها؛ وذلك "لدواعي المصلحة العامة"، ونرى أنّ المصلحة العامة تشمل حماية البيئة وصحة الإنسان، ومن ناحية أخرى تتطلب المادة الخامسة تقديم المركبة الآلية المطلوب لها الترخيص لفحصها فنياً، ويشمل الفحص الفني تجربة أجهزة المركبة، والتحقق من استيفائها لشروط المتانة والأمن، كما لا يجوز وفقاً للمادة الثامنة الترخيص لسيارة ركوب عامة أو تجديد ترخيصها إذا مضى على صنعها عشر سنوات إلا إذا ثبت من الفحص الفني صلاحيتها لمدة أخرى يحددها قرار الفحص، وتعاقب المادة 57 من قانون المرور الليبي بغرامة لا تقل عن عشرين ديناراً، ولا تزيد على مائتي دينار، كل من استعمل مركبة آلية على الطريق العام من دون أن تتوفر فيها شروط الأمن والمتانة.

ولاشكّ في أن من شروط الأمن والمتانة أن يكون محرك المركبة الآلية يعمل بحالة جيدة، ولا ينبعث منه دخان بصفة مستمرة، بالشكل الذي يؤدي إلى الإضرار بالصحة العامة، والتلوث البيئي أو بسلامة المرور⁽¹⁾.

وعلى خلاف ذلك تناول قانون المرور المصري رقم 66 لسنة 1973 المعدل مؤخراً بالقانون رقم 142 لسنة 2014⁽²⁾ صراحة حماية البيئة، فقد أكدت المادة الأولى على أن يكون استعمال الطرق بمختلف أنواعها بشكل لا يضر بالبيئة، كما أكدت المادة الرابعة المعدلة بالقانون رقم 121 لسنة 2008 على عدم جواز الترخيص لسيارات الأجرة ونقل الركاب، التي مضى على صنعها خمس سنوات، وذلك عند الترخيص للسير بها لأول مرة، وكذلك لا يجوز الاستمرار في الترخيص لسيارات الأجرة وسيارات نقل الركاب التي مضى على صنعها عشرون سنة، على أنه يجوز في جميع الأحوال أن يسمح لمالك مركبة الأجرة بنقل الترخيص الساري لمركبته إلى المركبة الجديدة المستبدلة بها، مع إمكانية ترخيصها كسيارة خاصة.

ويمكن من خلال هذا النص ونص المادة الثامنة من قانون المرور الليبي توفير حماية للبيئة الهوائية؛ بتقليل انبعاث العادم وأجهزة المركبة الآلية المختلفة، فالمركبة قديمة الصنع عادة ما يصدر عنها نسب عالية من الانبعاث أكثر من المركبات الحديثة الصنع، ولا يمنع المشرع من

(1) انظر : المادة 131 من اللائحة التنفيذية لقانون المرور بدولة البحرين، الصادر بالقانون رقم 23 لسنة 2014

والصادرة بالقرار رقم 154 لسنة 2015، الجريدة الرسمية، العدد 3234 بتاريخ 5 نوفمبر 2015.

(2) منشور في الجريدة الرسمية، السنة 57، العدد 47 مكرر، بتاريخ 23 نوفمبر 2014.

ترخيص المركبة الآلية خاصة؛ ذلك أن مركبات الأجرة والنقل تسير على الطريق، وتستخدم أكثر من المركبات الخاصة، وهذا يعني زيادة انبعاث المواد الضارة منها، ويجوز وفقاً للمادة 33 لضباط المرور المختصين، إيقاف أي مركبة لا تتوافر فيها شروط المتانة والأمن؛ للتأكد من صلاحيتها فنياً. وتتطلب المادة 140 أن يكون محرك المركبة في حالة جيدة، ولا يخرج منه دخان كثيف بصفة مستمرة، مما يضر بالبيئة، فالدخان والغازات المنبعثة من المركبة الآلية ضارة بالصحة، وتؤدي إلى تلويث الهواء⁽¹⁾.

في حين تعاقب المادة 72 مكرر 2 بغرامة لا تقل عن خمسين جنيتها ولا تزيد عن خمسمائة جنيه، مع سحب رخصة القيادة لمدة لا تزيد عن ستين يوماً ولا تقل عن ثلاثين يوماً (وذلك مع عدم الإخلال بالتدابير المقررة في قانون المرور أو أي عقوبة أشد في أي قانون آخر)، كل من قاد مركبة آلية في الطريق ينبعث منها دخان كثيف أو رائحة كريهة، أو يتطاير من حمولتها أو يسيل منها مواد قابلة للاشتعال أو مضرّة بالصحة العامة، أو يشكل خطراً أو إيذاء لمستخدمي الطريق.

وقد عدلت المادة السابقة بمقتضى القانون رقم 121 لسنة 2008 فأصبحت الغرامة لا تقل عن مائة جنيه ولا تزيد عن ألف وخمسمائة جنيه، وجعلت عقوبة سحب الترخيص في حالة العود، وأضيفت بعد عبارة دخان كثيف عبارة " أو عادم غير مطابق للشروط البيئية "، وتضمن التعديل كذلك على أنه "إذا ارتكب قائد المركبة الفعل ذاته مرة ثانية خلال ثلاثة أشهر من تاريخ ارتكابه الفعل السابق، تضاعف قيمة الغرامة المشار إليها، وفي حال العود إلى الفعل ذاته، تضاعف قيمة الغرامة المشار إليها في الفقرة السابقة، مع سحب رخصة قيادته لمدة عام". غير أن الحد الأدنى لا يزال ضعيفاً -حسب وجهة نظرنا- ولا يكفي لتوفير حماية فعالية للبيئة الهوائية، ونرى أن المشرع المصري كان موقفاً بإضافة عبارة " أو عادم غير مطابق للشروط البيئية "، فقد يكون العادم لا يصدر عنه دخان كثيف، ومع ذلك يكون ما يصدر عنه ملوثاً للهواء، ويحدث ذلك عندما يكون محرك المركبة لا يعمل بالشكل المطلوب، أو يعمل بالشكل المطلوب ولكن تنتج عن عمل المحرك -وإن كان جديداً ويعمل بالشكل المطلوب- مواد ضارة وملوثة، حيث يستخدم في صناعة بعض المركبات نسب عالية من الرصاص والكربون والزنك والكاديوم... إلخ؛ للرفع من كفاءة عمل المركبة والمحرك، ويكون ذلك على حساب المحافظة على الهواء.

(1) حمدي محمد شاهين، مرجع سابق، ص 83.

أما عن الوضع في فرنسا فعلى سبيل المثال تشترط المادة 1-318 R من قانون الطرق، المعدلة بالأمر رقم 368 لسنة 2011 ألا تصدر عن المركبات أي أبخرة أو غازات ملوثة، يمكن أن تسبب إزعاجاً للناس، أو تعرض الصحة والسلامة العامة للخطر، كما يعاقب قائد المركبة الآلية بالغرامة من الدرجة الرابعة، إذ لم يتم بإطفاء المحرك عندما تكون المركبة متوقفة عن الحركة ما لم تكن هناك حالة ضرورة⁽¹⁾. ويجب على المخالف عدم ارتكاب مخالفة أخرى خلال ثلاث سنوات؛ لكي يستطيع استرداد النقاط التي خصّمت من مجموع النقاط الكلي⁽²⁾.

كما تتطلب المادة 2-318 R المعدلة بالأمر رقم 782 لسنة 2017⁽³⁾ أن يُوضَع ملصق على فئات معينة من المركبات، ويجب أن يكون الملصق حقيقياً غير كاذب، بشكل يدل على مستوى انبعاث ملوثات الهواء، وكفاءة المركبة في استخدام الطاقة، ويعاقب المخالف بالغرامة من الدرجة الرابعة متى كان الملصق لا يتفق مع مواصفات المركبة وتأثيرها على الهواء.

ووفقاً للمادة 318-3 R المعدلة بالأمر رقم 368 لسنة 2011 يجب ألا تصدر عن المركبات الآلية أي ضوضاء، كما يجب تزويد المحرك بنظام عادم هادئ، ويحظر أي عملية تؤدي إلى كبت كفاءة العادم أو تقليله، كما يجب -وفقاً للمادة 1-318 L من القانون ذاته المعدلة بالقانون رقم 992 لسنة 2015 - أن تُعمل صيانة المركبات وتُصلح وتُصنّع بطريقة تقلل من استهلاك الطاقة، للتقليل من انبعاث المواد الملوثة، وعلى الأخص ثاني أكسيد الكربون، ولا شكّ في أنّ في ذلك تأكيد على حرص المشرع الفرنسي على تنظيم استخدام الطاقة، ومكافحة انبعاث المواد الملوثة والمزعجة.

ويستهدف المشرع من هذا النص حماية البيئة من المواد الضارة بها المنبعثة من العادم، وغيرها من المواد التي تسبب إزعاجاً ومضايقةً لمستخدمي الطريق العام والبيئة، إذ يجب وفقاً للمادة 6-321 R أن تستوفي المركبات الشروط الفنية اللازمة لدخولها الخدمة، ومع ذلك يجوز لوزير النقل رفض إصدار شهادة الموافقة إذا وجد أن نوعاً من المركبات أو الأنظمة أو المعدات على الرغم من امتثالها لمتطلبات تشريعات الاتحاد الأوروبي، غير أنها تعرض سلامة الطرق للخطر أو تضر بشدة بالبيئة أو الصحة العامة.

(1) <http://www.cpepesc.org/Interdiction-de-laisser-tourner-le.html>.

(2) <https://www.legipermis.com/infractions/contravention-4eme-classe.html>.

(3) Décret n° 2017-782 du 5 mai 2017 renforçant les sanctions pour non-respect de l'usage des certificats qualité de l'air et des mesures d'urgence arrêtées en cas d'épisode de pollution atmosphérique.

وتجدر الإشارة إلى أن المادة 1-4-321R من قانون الطرق ، المعدلة بالأمر رقم 448 لسنة 2016 لا تسمح بالبيع أو العرض للبيع أو التشغيل لمعدات أو أدوات من المحتمل أن تؤثر على حسن سير الأنظمة الضرورية للسلامة، أو الأداء البيئي للمركبة إلا بموافقة السلطة المختصة، ويأتي هذا النص من المشرع الفرنسي؛ لتوسيع نطاق مكافحة تلوث الهواء، والحد من انتشار تلك المعدات أو الأجهزة⁽¹⁾.

وتقرر المادة 3-318L من القانون ذاته المعدلة بالقانون رقم 992 لسنة 2015 عقوبة الغرامة 7500 يورو لكل من يقوم بتركيب معدات أو تحويلات؛ للتأثير على أجهزة مكافحة تلوث الهواء أو تعطيلها، أو تدهور الأداء، أو إخفاء خلل وظيفي محتمل، أو الدعاية أو الإعلان بأي صورة كانت لتلك التحويلات أو المعدات، بالإضافة إلى العقوبة المنصوص عليها في المادة 131-27 عقوبات، ومن ضمن تدابير مكافحة تلوث الهواء في فرنسا كذلك أكدت المادة 37 من القانون رقم 992 لسنة 2015 بشأن انتقال الطاقة نحو الاقتصاد الأخضر على أولوية وأهمية تطوير وسائل النقل العام؛ لتخفيض انبعاث ملوثات الهواء، إذ ينبغي تجديد وسائل النقل العام، وتحديثها بمركبات منخفضة الانبعاث ويأتي ذلك في إطار سياسة شاملة بعيدة المدى⁽²⁾.

نخلص من كل ذلك بضعف الحماية التي يقرها قانون المرور الليبي للبيئة الهوائية؛ بسبب ضعف التنظيم والعقوبات، فمن الملاحظ أن المشرع في القوانين المقارنة حرص على تشديد العقوبات وتنوعها، وتبني أنظمة جديدة للردع مثل نظام النقاط الإلكترونية، حيث تخصص لكل رخصة قيادة مجموعة من النقاط، وتُخصَّم النقاط حسب طبيعة كل مخالفة لأحكام قانون المرور وجسامتها، بحيث تكون الرخصة غير صالحة للاستعمال، من دون الحاجة إلى سحبها، إذا استنفذت النقاط المخصصة له، كقانون الطرق الفرنسي، وقانون المرور الجزائري، وغيرها من القوانين⁽³⁾، ونعتقد أن ذلك يسهم في حماية البيئة، وزيادة توعية الأفراد، في التقليل من مخالفة

(1) Décret n° 2016-448 du 13 avril 2016 modifiant certaines dispositions du code de la route relatives aux véhicules.

(2) Clémence du Rostu: La lutte contre l'aggravation de l'effet de serre et l'amélioration de la qualité de l'air dans la loi relative à la transition énergétique, sur: <http://www.seban-associes.avocat.fr/la-lutte-contre-l-aggravation-de-l-effet-de-serre-et-l-amelioration-de-la-qualite-de-l-air-dans-la-loi-relative-a-la-transition-energetique/>.

(3) راجع: المادة 62 وما بعدها من القانون رقم 17-05 الصادر في 16 فبراير 2017 المعدل والمتمم للقانون رقم 01-14 لسنة 2001 المتعلق بتنظيم حركة المرور عبر الطرق وسلامتها وأمنها في الجزائر، منشور في الجريدة الرسمية، العدد 12 بتاريخ 22 فبراير 2017.

قانون المرور، إلا أنَّ هذا النظام يحتاج إلى ربط المخالفات وتنفيذ الغرامات عبر أجهزة الحاسب الآلي والإنترنت، حيث تُخصَّم النقاط وتُسترجَع بطريقة إلكترونية، ومن ثم قد يكون من المتعذر تطبيقه في الدول التي لم تطور إدارتها بربطها بالحاسب الآلي والإنترنت، فضلاً عن أن هذا النظام يحتاج إلى تأهيل الموظفين العاملين في إدارة المرور؛ لإعداد كوادر قادرة على تطبيقه.

2. قانون تنظيم النشاط الصناعي: ينبغي أن تُفرض الاشتراطات والتنظيم الجيد للنشاط الصناعي، من خلال طلب التراخيص للعمل؛ لمكافحة ظاهرة تغير المناخ والتلوث⁽¹⁾، وقد صدر في ليبيا القانون رقم 89 لسنة 1976 بشأن تنظيم النشاط الصناعي، وألزمت المادة الثانية منه صاحب العمل - الذي تقتضي صناعته أو مهنته استخدام آلات أو أدوات تعرض من يستخدمها أو يقرب منها للإصابة بمختلف درجاتها - أن يتخذ جميع الاحتياطات الكفيلة بالوقاية من أخطار هذه الآلات أو الأدوات، سواء أكان ما تعلق من هذه الاحتياطات بتحقيق سلامة العامل الذاتية أم تحقيق الأمان في مكان العمل⁽²⁾، ووفقاً للمادة الثالثة يتعين على صاحب العمل أو المهنة أو الصناعة - التي يستخدم العاملون فيها مواد ضارة بالصحة - اتخاذ الإجراءات الكفيلة بتلافي آثار هذه المواد وأضرارها.

كما أكدت المادة الثالثة والثلاثون أنه - مع عدم الإخلال بإحكام قانون حماية البيئة - على الإدارة الخاصة بكل قطاع صناعي إلزام المشروعات الصناعية باتخاذ الوسائل الوقائية لحماية البيئة من أخطار التلوث، وفقاً للضوابط والقيود التي تضعها لهذا الغرض، وذلك بالتنسيق مع الجهات المختصة. وكان ينبغي - في نظرنا - أن تُنظَّم تلك الوسائل الوقائية والعلاجية والاشتراطات وتُحدَّد؛ لحماية البيئة عن طريق القانون، لا أن تنفرد الإدارة بوضعها، من أجل توفير حماية أفضل للبيئة الهوائية، وتوحيد تلك "المعايير والوسائل والاشتراطات العامة" للوقاية من تلوث الهواء عن طريق القانون. في حين تعاقب المادة الخامسة والثلاثون على مخالفة أحكام

(1) Angel YandéNdour: Maitriser le changement climatique : contribution à l'analyse de l'efficacité des permis d'émission, Thèse de doctorat, Université de Caen Normandie, 2011, Résumé.

(2) لا مجال لتطبيق القانون رقم 93 لسنة 1976 بشأن الأمن الصناعي والسلامة العمالية على واقعة إهمال شركة الكهرباء في حراسة ما يتطلب حراسته عناية خاصة. حكم المحكمة العليا الليبية بتاريخ 26 مارس 2017، الطعن رقم 8 / 60 قضائية.

هذا القانون بإيقاف المشروع الصناعي عن العمل لمدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر، أو الغرامة التي لا تقل عن خمسمائة دينار ولا تزيد على خمسة آلاف دينار، أو وقف الترخيص أو سحبه. ونعتقد أنه يمكن من خلال النصوص السابقة توفير حماية للبيئة الهوائية من العوادم والنفائات، إذ لا شك في أن كليهما من المواد الضارة بصحة الإنسان، التي استهدف المشروع حمايتها ابتداءً من النصين السابقين، وتبقى المواد السابقة كغيرها في التشريع الليبي والمصري- التي لم تكن حماية البيئة هي المصلحة المحمية بمقتضاها- لا تفي بتحقيق الغرض من توفير حماية فعالة للبيئة الهوائية، ضد أفعال الاعتداء كافة، التي قد تتعرض لها بالإضافة إلى ضعف العقوبات المقررة في تلك النصوص.

وقد جاءت المادة الثالثة من مشروع قانون التنظيم الصناعي في ليبيا لسنة 2013، وأكدت على ضرورة أن يراعى في الترخيص الممنوح للمشروع الاشتراطات المتعلقة بالبيئة والأمن والسلامة العامة، كما أجازت المادة السادسة للوزارة أو من تفوضه إلغاء ترخيص المشروع الصناعي عند مخالفة الاشتراطات البيئية المنصوص عليها في التشريعات النافذة، كما ألزمت المادة 26 صاحب المشروع بتوفير متطلبات الأمن والصحة العامة والبيئة وفقاً للتشريعات النافذة. وعلى خلاف الوضع في قانون تنظيم النشاط الصناعي يلتزم صاحب المشروع الصناعي وفقاً للمادة 27 بإقامة المشروع داخل المناطق الصناعية المخصصة لذلك، وهي كما حددها المشروع أراضٍ ومواقع مخصصة لإقامة صناعات مختلفة، وفق تخطيط هندسي يوفر البنية التحتية والمرافق الحديثة التي تحتاجها تلك الصناعات، إلا أن المادة 28 تجيز إقامة المشروع خارج المناطق الصناعية في حالة عدم توفر منطقة صناعية أو مواقع بالمناطق الصناعية الواقع في نطاقها المشروع المراد توطينه، أو لطبيعة المشروع الخاصة.

مما يعنى إمكانية إقامة المشروع في مناطق غير بعيدة عن المناطق السكنية أو الزراعية، كما أن هذا المشروع لا يهدف إلى حماية البيئة، بل يهدف إلى تنظيم النشاط الصناعي وتميمته ودعمه وحمايته، ورفع قدراته التنافسية، ويشير القانون فيما يتعلق بالبيئة إلى التشريعات النافذة في مجال البيئة⁽¹⁾، وكان ينبغي تحديد الحالات التي يجوز فيها إقامة المشاريع خارج المناطق الصناعية، ومكان إقامتها خارج تلك المناطق بشكل واضح ودقيق، فالبيئة قيمة أساسية من قيم

(1) راجع: المادة الثالثة من مشروع قانون التنظيم الصناعي في ليبيا لسنة 2013.

المجتمع التي ينبغي الذود عنها وحمايتها، لا أن تقدم مصالح أخرى عليها مهما كانت أهميتها، خاصة وأن تلك المشاريع قد تسهم في زيادة نسبة انبعاث المواد الملوثة للبيئة الهوائية.

وفي مصر صدر القانون رقم 21 لسنة 1958 بشأن تنظيم الصناعة وتشجيعها المعدل بالقانون رقم 2 لسنة 2017⁽¹⁾، ووفقاً للمادة الأولى منه لا تجوز إقامة المنشآت الصناعية، أو تكبيرها، أو تغيير غرضها، أو مكان إقامتها، إلا بترخيص من وزير الصناعة، ووفقاً للمادة 16 يعاقب -مع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد يقضي بها قانون آخر- بغرامة لا تقل عن ثلاثمائة جنيه، ولا تزيد عن ثلاثة آلاف جنيه، ويجوز في جميع الأحوال الحكم بغلق المنشأة، وتضاعف قيمة الحدين الأدنى والأقصى للغرامة، إذا كانت السلع والمنتجات محل المخالفة ضارة بالصحة العامة، أو لا تتوافر فيها الشروط المقررة للسلامة والأمان، و يجوز الحكم بغلق المنشأة إلا إذا تكررت المخالفة أكثر من مرة خلال ستة أشهر، فيكون الحكم بغلق المنشأة واجباً، وتُغلق المنشأة إدارياً إذا كانت تراول نشاطها الصناعي دون الترخيص لها في ذلك بالمخالفة لأحكام هذا القانون، ويحكم بمصادرة منتجاتها في حال ضبطها.. الخ .

أما في فرنسا فقد أكدت المادة 1-100L من قانون الطاقة الفرنسي المضافة بالمرسوم رقم 504 لسنة 2011⁽²⁾ على حماية الفرد والبيئة من مخاطر الصناعة وتلوث الهواء، حيث إن من أهداف سياسة الطاقة في فرنسا ضمان أمن التوريد، والحفاظ على سعر طاقة تنافسي، والمحافظة على البيئة وصحة الإنسان، وعلى وجه الخصوص مكافحة تفاقم ظاهرة الاحتباس الحراري، ومن أجل تحقيق تلك الأهداف يجب على الدولة -وفقاً للمادة 2-100L من قانون الطاقة المضافة بالأمر رقم 504 لسنة 2011 - أن تضمن التحكم في الطلب على الطاقة، وتعزيز الكفاءة، وتوزيع مصادر إمدادات الطاقة، والحد من استخدام الطاقات أو الوقود الأحفوري *énergiesfossiles*، وتطوير البحوث في مجال الطاقة، وتوفير وسائل نقل الطاقة وتخزينها، المتكيفة مع الاحتياجات، و أكدت المادة 3-100L من قانون الطاقة الفرنسي المضافة بالقانون

(1) صدر في 14 يناير 2017 ومنشور في الجريدة الرسمية، العدد 2 مكرر ب، السنة الستون، بتاريخ 15 يناير 2017 .

(3)Ordonnance n° 2011-504 du 9 mai 2011 portant codification de la partie législative du code de l'énergie.

رقم 504 لسنة 2011 على أن فرض الضرائب على الطاقة يجب أن تأخذ في الاعتبار تأثير استخدامها على القدرة التنافسية للاقتصاد والصحة العامة والبيئة⁽¹⁾.

وفي السياق ذاته أكد القانون رقم 967 لسنة 2009⁽²⁾ على تبني سياسة طويلة الأجل؛ من أجل مكافحة تغير المناخ، ويجب أن تدعم السياسات العامة للدولة تحقيق التنمية المستدامة؛ بالتوفيق بين حماية البيئة وتحسينها والتنمية الاقتصادية، كما أكد القانون -كذلك- على أن مكافحة تغير المناخ في مقدمة الأولويات، وتخفيض غازات الاحتباس الحراري للحد من انبعاث ملوثات الهواء، وتؤكد فرنسا على أن يكون اقتصادها الأكثر كفاءة في أوروبا ومنخفض الكربون، وتخفيض غازات الاحتباس الحراري كذلك في قطاعي النقل والطاقة؛ من أجل توسيع حماية البيئة الهوائية، بالإضافة إلى دعم فرنسا الجهود العالمية؛ للحد من انبعاث غازات الاحتباس الحراري وستأخذ في الاعتبار خطط الحوافز الاقتصادية والتمويل العام لاستثمارات إنتاج الطاقة، وستتقّم كفاءة هذه الآليات والأجهزة على وجه الخصوص فيما يتعلق بتكلفتها مقارنة بحجم غازات الاحتباس الحراري التي يجب تجنبها؛ أي: يجب أن تبنى خطط الحوافز الاقتصادية والتمويل العام للحد من انبعاث ملوثات الهواء.

تبيّن لنا بعد التعرض للقوانين السابقة ضعف الحماية المقررة للبيئة الواردة في قانون العقوبات الليبي، وغيره من القوانين الخاصة؛ ولعل السبب في ذلك يرجع إلى قدم تلك التشريعات وعدم تحديثها، بالإضافة إلى تركيز المشرع فيها على حماية قيم ومصالح أخرى غير البيئة، ولم تكن البيئة كقيمة أو مصلحة حاضرة أمام أعين المشرع الليبي بوضوح عند وضع تلك التشريعات، ويبدو ذلك الضعف جلياً في سياسة المشرع، حيث كانت متواضعة ولا تقي بالمطلوب؛ إذ إنّ هناك أفعالاً تضر بالبيئة الهوائية، وبعيدة عن حومة التجريم والعقاب لدى المشرع الليبي، ناهيك عن ضعف العقوبات وعدم تنوعها بشكل لا يتناسب مع أهمية البيئة الهوائية وقيمتها.

ثانياً: قانون حماية البيئة وتحسينها: صدر عن المشرع الليبي القانون رقم 15 لسنة 2003 بشأن حماية وتحسين البيئة⁽³⁾، وألزمت المادة 10 المنشآت أو المصانع التي تنبعث منها

(1) Clémence du Rostu: op.cit.

(2) Loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement.

(3) صدر هذا القانون في 13 يونيو 2003، وألغى بمقتضاه القانون رقم 7 لسنة 1982 بشأن حماية البيئة.

ملوثات الهواء، التقيّد بالمعايير والقواعد المعتمدة تنفيذاً لهذا القانون، واستثنت من ذلك المصانع والمنشآت والمعامل في فترة التشغيل التجريبي وقت نفاذ القانون، وكذلك التي تنشأ مستقبلاً، على ألا يتعدى مدة الاستثناء ستة أشهر من تاريخ بدء التشغيل الرسمي، وتحقيقاً للغاية ذاتها يسري هذا الالتزام كذلك على السفن الراسية في جميع موانئ الدولة الليبية، وتلك التي تنتظر خارجها، ونحن من جانبنا لا نرى مبرراً للاستثناء الوارد في النص، طالما أن فترة التشغيل التجريبي لا تخلو من انبعاث المواد الضارة والملوثة للهواء، وربما كان مرد الاستثناء رغبة المشرع في تشجيع المشروعات الصناعية الجديدة ودعمها، ولكن ينبغي ألا يكون ذلك على حساب حماية البيئة الهوائية.

ثم جاءت المادة 11 وألزمت المنشآت والمصانع والمعامل التي تنبعث منها ملوثات الهواء، الاحتفاظ بتسجيل نوعية الملوثات المطرودة ومكوناتها وكميتها، وتقديمها للجهة المختصة، وألزمت المادة نفسها تلك الجهات برصد نوعية الملوثات وكميتها في سجل خاص، يعد لهذا الغرض، وإرساله لغرض التقييم، واقتراح الإجراءات العلاجية والوقائية، وتلتزم تلك الجهات كذلك باتباع تعليمات الهيئة بخصوص نوعية الملوثات وطرق قياسها، كما أجازت المادة 12 للجهة المختصة إصدار التعليمات لأي مصنع أو منشأة أو معمل بإدخال تغييرات على المبنى، أو طريقة التشغيل، أو التخلص من ملوثات الهواء، أو تغيير نوع الوقود، أو إغلاقه للمدة التي تحددها متى ثبت لها أن كمية الملوثات قد تجاوزت المعايير والقواعد الصادرة في هذا الشأن، إذا كان في استمرار ذلك تلويث للبيئة أو تعريض الصحة العامة للخطر، وكان ينبغي أن ينص القانون على إلزام الجهة المختصة بإصدار التعليمات وإغلاق المصنع أو المنشأة، وليس على سبيل الجواز متى تجاوز المعايير والقواعد المحددة، ففي ذلك تحقيق حماية أفضل للبيئة الهوائية.

في حين علفت المادة 16 منح الترخيص للمركبات الآلية باجتيازها الاختبارات الخاصة بالاحتراق الداخلي، ونوع الوقود التي تقوم بها الجهات المختصة، وفقاً للمعايير التي تحدد وتعتمد من قبل الجهة المختصة، على أن يكون إجراء الاختبارات بالتنسيق مع الهيئة، أما المادة 17 فقد ألزمت الجهات المصنعة لوقود السيارات والجهات التي تقوم بتسويقه، باتباع المواصفات المعتمدة من الجهة المختصة.

وقد حظرت المادة 14 إشعال النيران في المواد العضوية، والنفطية، والقمامة في المناطق المأهولة بالسكان، أو المناطق المجاورة لها، كما لا يجوز - وفقاً للمادة 29 من اللائحة- إشعال

النيران في تلك المواد في الأماكن الأثرية والسياحية، "وتحدد الجهات المعنية الأماكن والطرق المناسبة للتخلص من تلك المواد وبعتماد من الهيئة".

وعلى الرغم من الفقرة الأخيرة فإنَّ نصوص القانون واللائحة⁽¹⁾ كانت قد أغفلت حظر إشعال النيران في تلك المواد في المناطق الزراعية أو شبة الزراعية؛ لما لها من تأثير خطير ومباشر على النباتات والتربة، ومن ثم الإضرار بالبيئة وبصحة الإنسان، خاصة مع الحرق المكشوف لتلك المواد، حيث لم يتطلب المشرع أن تُغطى تلك المواد أو وضعها في أماكن أو أفران خاصة معدة لهذا الغرض، واكتفى بعبارة "تحدد الجهات المعنية الأماكن والطرق المناسبة للتخلص من تلك المواد وبعتماد من الهيئة"، وكان ينبغي النص صراحة في القانون على عدم جواز التخلص من تلك المواد بالحرق دون تغطيتها وإغلاقها بإحكام بأي حال من الأحوال، وأن يكون ذلك في أماكن مخصصة لذلك، بعيدا عن المناطق السكنية والزراعية والصناعية، ويلاحظ أن المادة الثامنة من اللائحة تحظر إلقاء النفايات بجميع صورها في غير الأماكن المخصصة لذلك من الجهات المختصة، إلا أنَّ هذا النص يواجه فعل الإلقاء للنفايات في غير المكان المخصص لذلك دون غيره من الأفعال التي قد تتعرض لها النفايات، وتساهم في تلويث الهواء؛ كالحرق العشوائي، وإعادة تدوير النفايات دون مراعاة الاعتبارات الفنية والتقنية اللازمة لمنع تلويث الهواء.

غير أن المادة 15 من القانون منعت نقل المواد الخطرة، بما في ذلك المواد التي يخرج منها انبعاث للغبار أو الجزيئات الدقيقة أو الأبخرة للهواء في حال نقلها من مكان لآخر، إلا إذا غُطيت تلك المواد، ووضعت العلامات وإرشادات السلامة التي تدل على خطورة المادة، كما منعت المادة ذاتها ترك المواد العضوية سريعة التبخر والمذيبات والأحماض في وضع يؤدي إلى تلوث الهواء، ويجب تغطيتها بطريقة تمنع تسربها وتلويثها للهواء، وأوجب اتباع الشروط والقواعد العلمية التي تحددها الجهة المختصة عند التخلص منها، ووفقاً للمادة 31 من اللائحة لا يجوز التخلص من تلك المواد قبل أخذ موافقة الهيئة. وقد ألزمت المادة 3 من اللائحة الأشخاص والجهات التي تزاول أنشطة قد يترتب عليه تلويث البيئة، استعمال أحدث الوسائل والتقنيات العلمية؛ للتقليل من الاستهلاك والتلوث، واتخاذ الإجراءات الفنية والوقائية دونما توضيح لتلك

(1) القرار رقم 448 لسنة 2009 بتاريخ 9 أكتوبر 2009، ألغيت بمقتضاه اللائحة التنفيذية السابقة للقانون الصادرة بمقتضى القرار رقم 386 لسنة 1428 ميلادية.

الوسائل والإجراءات، التي تضمن عدم حدوث أي طارئ ينتج عنه حدوث ضرر بالصحة العامة، أو تلويث البيئة عند ممارسة النشاط، والتدابير العلاجية التي تضمن إزالة التلوث في حال حدوثه، والآثار التي ترتبت عليه، وتطبيق الخطط والبرامج الخاصة بحماية البيئة، إلى غير ذلك من الالتزامات التي تهدف لضمان حماية البيئة من التلوث.

أما عن الجزاءات المترتبة نتيجة مخالفة أحكام قانون حماية البيئة وتحسينها فإن المشرع الليبي - وفقاً للمادة 73 من القانون - يعاقب كل من يقوم بإلقاء القمامة في الغابات والحدائق والشوارع والميادين العمومية وغيرها من الأماكن العامة، بغرامة لا تقل عن خمسمائة دينار ولا تتجاوز ألف دينار، وتعاقب المادة 65 من القانون على مخالفة أحكام المواد 10، 11، 14، 15، سالفة الذكر بالغرامة التي لا تقل عن ألف دينار ولا تتجاوز خمسة آلاف دينار، مع الحكم بمصادرة الأدوات التي ارتكبت بها الجريمة، إذا رأت المحكمة لذلك مقتضى، وذلك مع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد منصوص عليها في قانون آخر، وحق المضرور في التعويض.

وعن الوضع في التشريعات المقارنة تشترط المادة 34 من قانون البيئة المصري رقم 4 لعام 1994م⁽¹⁾ والمعدل بالقانون رقم 105 لسنة 2015م⁽²⁾ أن يكون الموقع الذي يقام عليه المشروع مناسباً لنشاط المنشأة، ويضمن عدم تجاوز الحدود المسموح بها، وأن يكون التلوث الناتج عن المنشآت في منطقة واحدة في الحدود المصرح بها. على أن تحدد اللائحة التنفيذية والمعدلة مؤخراً في 15 مارس 2017م⁽³⁾ المنشآت الخاضعة لأحكامه، والجهة المختصة بالموافقة على ملائمة الموقع، والحدود المسموح بها لملوثات الهواء والضوضاء في المنطقة التي تقام بها المنشأة، كما ألزمت المادة 35 المنشآت الخاضعة لأحكام هذا القانون بعدم انبعاث أو تسرب ملوثات للهواء بما يجاوز الحدود القصوى المسموح بها، وفي السياق ذاته حظرت المادة 36 المعدلة بالقانون رقم 9 لسنة 2009م⁽⁴⁾ استخدام آلات أو محركات أو مركبات ينتج عنها عادم أو ينبعث منها دخان كثيف أو صوت مزعج يتجاوز الحدود المسموح بها.

(1) منشور في الجريدة الرسمية العدد الخامس، بتاريخ 3 فبراير 1994، وألغى بمقتضاه القانون رقم 72 لسنة 1968.

(2) منشور في الجريدة الرسمية العدد 42 مكرر (أ)، بتاريخ 19 أكتوبر 2015.

(3) صدرت بمقتضى القرار رقم 618 لسنة 2017، منشور في الجريدة الرسمية العدد 10 مكرر (د)، بتاريخ 15 مارس 2017.

(4) منشور في الجريدة الرسمية، العدد 9 مكرر، بتاريخ 1 مارس 2009.

وفيما يتعلق بالنفايات وحماية الهواء من إشعال النيران أو التخلص العشوائي من النفايات، فإنه على خلاف المشرع الليبي حظرت المادة 37 من قانون البيئة المصري وبشكل قطعي الحرق المكشوف للقمامة، والمخلفات الصلبة، وجمع القمامة ونقلها إلقاءها وفرزها ومعالجتها، والمخلفات الصلبة إلا في الأماكن المخصصة لذلك، بعيداً عن المناطق السكنية والزراعية والصناعية والمجاري المائية، وأن تكون صناديق القمامة قد غُطِّت بصورة محكمة... إلخ⁽¹⁾.

أما المادة 38 فحظرت رش مبيدات الآفات أو أي مركبات كيميائية أخرى أو استخدامها إلا بعد مراعاة الشروط التي تحددها اللائحة التنفيذية، وبشكل يضمن عدم التعرض للأثار الضارة للمبيدات أو المركبات الكيميائية، وألاً يكون الرش عن طريق الطائرات إلا في حالة الضرورة القصوى التي يحددها وزير الزراعة... إلخ⁽²⁾، وقد أوجبت المادة 40 عند حرق الوقود أو غيره، أن يكون الدخان والغازات والأبخرة الضارة الناتجة في الحدود المسموح بها، ويكون المسؤول عن النشاط ملزماً باتخاذ جميع الاحتياطات؛ لتقليل كمية الملوثات في نواتج الاحتراق المشار إليها، وفي ذلك حماية من نواتج الاحتراق، التي تعتبر من أخطر ملوثات الهواء وأكثرها ضرراً.

كما تحظر المادة 40 مكرراً من قانون البيئة المصري، والمضافة مؤخراً بالقانون رقم 105 لسنة 2015 استيراد الفحم الحجري أو البترولي أو تداولهما أو استخدامهما من دون موافقة من جهاز شؤون البيئة، وطبقاً للائحة والمعايير التي تحددها اللائحة التنفيذية للقانون، وإلزام القائمين على استيراده أو استخدامه أو تداوله، باتخاذ كافة الاحتياطات اللازمة لعدم وقوع أي أضرار بالبيئة، على النحو المبين في اللائحة، ومن تلك الاحتياطات تركيب أنظمة لرش أكوام الفحم بالمياه أو المواد الكيميائية؛ لمنع تطاير أتربة الفحم، ومراعاة أن يكون مكان التخزين جيد التهوية؛ لتخفيف تركيزات أي غازات منبعثة قد تنتج عن عملية الأكسدة الذاتية للفحم عند تخزينه؛ كالميثان، وأول أكسيد الكربون، التي تعد من أخطر العناصر الملوثة للهواء، والضارة بصحة الإنسان.

وهذا النص يدل على وعي المشرع وإدراكه لمخاطر الفحم الحجري أو البترولي على البيئة، خاصة مع تزايد الطلب على استخدام الفحم الحجري أو البترولي في أغراض مختلفة، غير

(1) يتوافر القصد الجنائي في جريمة تداول نفايات خطرة بغير ترخيص، بمجرد علم الحائز أن ما يقوم بتداوله من النفايات الخطيرة المحظور تداولها إلا بترخيص من الجهة الإدارية المختصة. نقض جنائي مصري 14 مارس 2016، الطعن رقم 29683 لسنة 84. غير منشور "

(2) راجع: المادة 40 من اللائحة التنفيذية لقانون البيئة المصري لسنة 1994 الصادرة بالقرار 318 لسنة 2017 .

أن النص أحال إلى اللائحة التنفيذية فيما يتعلق بالاحتياطات والتدابير اللازمة؛ لعدم وقوع أي أضرار بيئية، ونجد أن اللائحة التنفيذية الصادرة بالقرار 318 لسنة 2017 تتطلب إبعاد محطات تخزين الفحم عن أي تجمع سكني، مسافة لا تقل عن ثلاثة كيلومترات، إلا أنها أجازت تعديل هذه المسافة "لدواعي الضرورة" التي يقرها جهاز شؤون البيئة مع الجهات المعنية، كما أجاز البند التاسع من المادة السادسة تخزين الفحم تحت سطح الأرض، وفقاً للاشتراطات والضوابط التي يضعها جهاز شؤون البيئة، من دون تحديد مكان التخزين، أو تحديد مسافة معينة من المناطق السكنية.

إن عدم بيان دواعي الضرورة التي تجيز تعديل مسافة مكان تخزين الفحم وقربه من المناطق السكنية أو الزراعية على وجه التحديد، يعني أن تخزينه سيكون على حساب صحة الإنسان وحماية البيئة والمحافظة عليها، والبيئة قيمة مهمة ينبغي أن تكون في مقدمة المصالح التي يجب حمايتها وعدم التفريط بها؛ لذلك كان ينبغي أن توضع ضوابط أكثر صرامة فيما يتعلق بدواعي الضرورة، وبيان ملامحها أكثر، حتى لا يكون نص المادة 40 مكرراً من قانون البيئة مفرغاً من محتواه.

ومن ناحية أخرى يلتزم صاحب المنشأة وفقاً للمادة 43 باتخاذ الاحتياطات والتدابير اللازمة لعدم تسرب ملوثات الهواء داخل مكان العمل، إلا في الحدود المسموح بها، وأن يوفر سبل الحماية اللازمة للعاملين؛ تنفيذاً لشروط السلامة والصحة المهنية، بما في ذلك اختيار الآلات والمعدات والمواد وأنواع الوقود المناسبة، وعليه أن يكفل ضمان التهوية الكافية، وتركيب المداخل وغيرها من وسائل تنقية الهواء، وتشترط المادة 45 في الأماكن العامة المغلقة وشبه المغلقة أن تكون مستوفية لوسائل التهوية، بما يتناسب مع المكان وقدرته الاستيعابية ونوع النشاط بما يضمن تجدد الهواء ونقاؤه، واحتفاظه بدرجة حرارة مناسبة، كما ألزمت المادة 46 مدير المنشأة باتخاذ الإجراءات الكفيلة بمنع التدخين في الأماكن العامة المغلقة، إلا في الحدود المسموح بها في الترخيص، مع تخصيص حيز للمدخنين بما لا يؤثر على الهواء في الأماكن الأخرى، ومنعت المادة ذاتها التدخين في وسائل النقل العام. كما جاءت المادة 47 مكرراً من قانون البيئة المصري وحظرت الاتجار غير المشروع في المواد المستنفدة لطبقة الأوزون، أو استخدامها في الصناعة أو استيرادها أو حيازتها بالمخالفة للقوانين والقرارات الوزارية، وكذا الاتفاقيات الدولية التي تكون مصر طرفاً فيها، وحسنا فعل المشرع المصري بذلك؛ لتوسيع حماية البيئة الهوائية من تلك المواد؛ لخطورتها ومساهمتها الكبيرة في تلوث الهواء.

وتجدر الإشارة إلى أنّ المشرع المصري يعاقب على مخالفة المادة 36 بغرامة لا تقل عن مائتي جنيهه ولا تزيد على ثلاثمائة جنيهه، أما مخالفة أحكام الفقرة الأولى من المادة 37 فيعاقب عليها بالحبس مدة لا تزيد على سنة، وغرامة لا تقل عن خمسة آلاف جنيهه، ولا تزيد على مائة ألف جنيهه، أو بإحدى هاتين العقوبتين، وفي حال العود يضاعف حدي الغرامة والحد الأقصى لعقوبة الحبس، كما يجوز -فضلا عن العقوبات الأصلية السابقة- الحكم بغلق المنشأة وإلغاء الترخيص الصادر لها أو وقف النشاط.

حين يعاقب على مخالفة المادة 39 بالغرامة التي لا تقل عن خمسمائة جنيهه ولا تزيد على ألف جنيهه، ويكون للمحكمة أن تقضي بوقف الترخيص لمدة لا تقل عن أسبوع ولا تزيد على ستة أشهر، وفي حال العود يجوز الحكم بإلغاء الترخيص، كما يعاقب المشرع على مخالفة المواد 35، 37 (الفقرة الثانية والرابعة) و38، 40، 43، 45، 46، 47 مكررا بغرامة لا تقل عن ألف جنيهه، ولا تزيد على عشرين ألف جنيهه، وتضاعف العقوبة في حال العود، أما مخالفة المادة 46 فيعاقب عليها بالغرامة التي لا تقل عن خمسين جنيهه، ولا تزيد على مائة جنيهه، وتعاقب المادة 95 على الأفعال السابقة إذا وقعت عن قصد بالسجن مدة لا تزيد على عشر سنوات إذا أصيب أحد الأشخاص بعاهة مستديمة يتعذر شفاؤها، وتشدّد العقوبة فتكون السجن إذا أصيب ثلاثة أشخاص فأكثر بهذه العاهة، أما إذا ترتب على الفعل وفاة إنسان تكون العقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة، وتكون الأشغال المؤبدة إذا ترتب على الفعل وفاة ثلاثة أشخاص فأكثر.

وبمقتضى التعديل الأخير لقانون البيئة المصري، تعاقب المادة 86 مكرراً، والمضافة مؤخراً بالقانون رقم 105 لسنة 2015 من يقوم باستيراد الفحم الحجري أو البترولي أو تداولهما أو استخدامهما من دون موافقة من جهاز شؤون البيئة، وطبقاً للاشتراطات والمعايير التي تحددها اللائحة التنفيذية للقانون، بالسجن مدة لا تزيد عن خمس سنوات، وغرامة لا تقل عن مليون جنيهه، ولا تزيد عن خمسة ملايين جنيهه، أو بإحدى هاتين العقوبتين، وفي حال العود يحكم بالعقوبتين معاً، أما في حال عدم التزام القائمين على استيراده أو استخدامه أو تداوله باتخاذ الاحتياطات اللازمة لعدم وقوع أي أضرار بالبيئة، -على النحو المبين في اللائحة التنفيذية للقانون - فتكون العقوبة الحبس مدة لا تزيد عن ستة أشهر، وغرامة لا تقل عن خمسمائة ألف جنيهه، ولا تزيد عن ثلاثة ملايين جنيهه، أو بإحدى هاتين العقوبتين، وفي حال العود يحكم بالعقوبتين معاً، مع ملاحظة أن تطبيق العقوبات السابقة المنصوص عليها في قانون البيئة لا يخل بتطبيق أي عقوبة أشد منصوص عليها في قانون آخر.

و في فرنسا أكدت المادة 9-222 L من قانون البيئة المعدلة بالقانون رقم 1839 لسنة 2017⁽¹⁾ على الخطة الوطنية للحد من انبعاث ملوثات الهواء، بوضع سياسة طويلة الأمد في هذا الشأن، وينبغي أن تأخذ في الاعتبار هذه الخطة عند تنفيذ خطط التنمية الاقتصادية والتنمية المستدامة⁽²⁾. ففي إطار مكافحة الاحتباس الحراري، والتقليل من الكربون وغيره من ملوثات الهواء، أكدت المادة 1-229 L المعدلة بالأمر رقم 1105 لسنة 2011 على أن مكافحة الاحتباس الحراري ومنع المخاطر المرتبطة من الأولويات الوطنية، لذا تدخل المشرع الفرنسي مؤخراً بالقانون رقم 992 لسنة 2015 لغرض تعزيز استدامة الطاقة والقدرة على المنافسة الاقتصادية في فرنسا، والمحافظة على صحة الإنسان والبيئة، ومكافحة تغير المناخ، وأضاف لقانون البيئة المواد L222-1 A، L222-1 B إلى L222-1 E، تحت عنوان الإستراتيجية الوطنية للتنمية منخفضة الكربون، والخطط الإقليمية للمناخ، والطاقة، والهواء، بحيث تُحدّد نسبة معينة لانبعاث الغازات من دون زيادة، ووضع طريقة تنفيذ سياسة التخفيف من انبعاث غازات الاحتباس الحراري، في ظل ظروف مستدامة اقتصادياً على المدى المتوسط والطويل، ووضع إرشادات بشأن محتوى انبعاث ملوثات الهواء، وتوازنها في جميع القطاعات، وتأخذ أجهزة الدولة في الحسبان إستراتيجية تخفيض الكربون في وثائق التخطيط والبرمجة التي لها تأثير كبير على انبعاث غازات الاحتباس الحراري... إلخ.

كما أكدت المادة 6-221 L المعدلة بالمرسوم رقم 642 لسنة 2016م⁽³⁾ بأن تنشر الدولة كل عام تقريراً عن انبعاث المواد الملوثة واستهلاك الطاقة، وتقريراً عن نوعية الهواء، وتطوره وآثاره على البيئة، وألزامت المادة 8-221 L صاحب الأماكن المغلقة أو المؤسسات التي تستقبل الجمهور بمراقبة نوعية الهواء، ويقوم كذلك بإعداد قائمة بملوثات الهواء، ووفقاً للمادة 9-221 L المضافة بالقانون رقم 788 لسنة 2010 م تخضع منتجات البناء والتأثيث وأغطية الجدران والأرضيات والدهانات والورنيش التي تنبعث منها مواد في الهواء لمتطلبات وضع الملوثات المتطايرة، وتقضي المادة L 1-222 B المضافة بالقانون رقم 992 لسنة 2015م

(1) LOI n° 2017-1839 du 30 décembre 2017 mettant fin à la recherche ainsi qu'à l'exploitation des hydrocarbures et portant diverses dispositions relatives à l'énergie et à l'environnement.

(2) Clémence du Rostu: op.cit.

(3) Ordonnance n° 2016-462 du 14 avril 2016 portant création de l'Agence nationale de santé publique.

بتخفيض استخدام الغازات، بحيث تأخذ الدولة وأجهزتها المختلفة بهذه الاستراتيجيات؛ للتخفيف من تلوث الهواء، ووفقاً للمادة 5-222L من قانون البيئة المعدلة بالقانون رقم 839 لسنة 2017 تتبنى الدولة بالتنسيق مع الإدارات أو السلطات المحلية المعنية تدابير ترمي إلى استخدام الطاقة والتقنيات الأقل انبعاثاً للجزيئات الدقيقة الملوثة للهواء، وتجزير المادة 6-222L المعدلة بالمرسوم رقم 80 لسنة 2017 للسلطات المختصة اتخاذ تدابير وقائية؛ لتقليل الانبعاث من مصادر تلوث الهواء، كما قد تفرض تلك السلطات قيوداً على الأنشطة أو تقوم بتعليقها أو تفرض قيوداً على حركة المركبات، بما في ذلك تخفيض السرعة المسموح بها⁽¹⁾.

وفيما يتعلق بالتدابير الفنية لمنع تلوث الهواء، فقد حددت المادة 1-224L المعدلة بالقانون رقم 992 لسنة 2015 مجموعة من التدابير من أجل الحد من مصادر انبعاث المواد الملوثة، ولعل أهمها المواصفات الفنية، ومعايير الأداء المطبقة على صناعة السلع أو تخزينها.. الخ، والمواصفات الفنية المطبقة على البناء والصيانة، والطلب من المصنعين والمستخدمين التحكم في استهلاك الطاقة وانبعاث المواد الملوثة، وتدعم المادة 3-224L دمج مركبات الأكسجين، في أنواع الوقود المعدة لحركة المركبات أو السيارات كجزء من خطة مكافحة تلوث الهواء، وتقرر المادة 6-226L الغرامة على مخالفة الأحكام المقررة لحماية الهواء من التلوث، كما يعاقب وفقاً للمادة 9-226L والمعدلة بالمرسوم رقم 34 لسنة 2012م مشغل المشروع بالحبس سنتين وغرامة 75 ألف يورو إذا نتج عن المشروع تلويثاً للهواء، بالإضافة إلى إمكانية معاقبة الشخص المعنوي؛ لتلويث الهواء وفقاً للشروط المنصوص عليها في المادة 121-2 من قانون العقوبات، وتطبق عليه عقوبة الغرامة وفقاً للمادة 131-41 من القانون ذاته.

ويلزم المشرع الفرنسي أصحاب الأماكن المغلقة بتركيب أنظمة لتكييف الهواء، ويقصد بها- وفقاً للمادة 1-224-59R المعدلة بالأمر رقم 126 لسنة 2018⁽²⁾- مجموعة العناصر أو الأجهزة اللازمة لتوفير شكل من أشكال معالجة الهواء الداخلي للمبنى، إلى جانب التحكم في التهوية، على أن تكون هناك حملات تفتيش ومتابعة؛ للتأكد من تركيب تلك الأجهزة ومدى فعاليتها⁽³⁾.

(1) Ordonnance n° 2017-80 du 26 janvier 2017 relative à l'autorisation environnementale.

(2) Décret n° 2018-126 du 22 février 2018 relatif à l'inspection des systèmes de climatisation et des pompes à chaleur réversibles.

(3) راجع: المولد R224-59-1 إلى R224-59-11 من قانون البيئة الفرنسي.

الفرع الثالث: تقييم معالجة المشرع الليبي لحماية البيئة الهوائية

لا ريب في أن قيام المشرع الليبي بإصدار قانون خاص بحماية البيئة يعدُّ من الخطوات المهمة لحماية البيئة، إذ يعكس الوعي بأهمية البيئة وحمايتها، فضلاً عن أن تجميع النصوص المتعلقة بالبيئة في قانون واحد، يسهل الاطلاع عليها وتطبيقها من المعنيين بتطبيق القانون، وإذا كان المشرع يهدف من خلال القانون رقم 15 لسنة 2003 إلى الرقابة على البيئة بقصد حمايتها وتحسينها، مع إيجاد الطرق المناسبة لقياس التلوث، والوقاية منه، إلا أننا نعتقد أنَّ سياسة المشرع في القانون رقم 15 لسنة 2003 لا تضمن حماية فعالة للبيئة الهوائية، فمن الناحية الإجرائية نجد أنَّ المشرع الليبي يتطلب لتحريك الدعوى عن الجرائم البيئية تقديم طلب من الجهة المختصة، كما أن المادة 69 من القانون تجيز التصالح بين المخالف لأحكام قانون البيئة والجهة التي تحددها اللائحة التنفيذية⁽¹⁾. ويعد ذلك تضييقاً لا مبرر له، وعائفاً لحماية البيئة، وإفلاتاً لمرتكبي الجرائم من العقاب، ويدق الأمر إذا كان المشروع أو المنشأة أو الفاعل شخصاً معنوياً تابعاً للدولة⁽²⁾، وكان الأمر يقتضي الاكتفاء ببلاغ يقدم من الأفراد والجمعيات المعنية بالبيئة... إلخ، على اعتبار أنَّ الجريمة البيئية تشكلُ مساساً بحق المجتمع في استقراره وتحقيق الأمن البيئي.

وفيما يتعلق بالتصالح الذي يجيزه المشرع الليبي، وإن كان من شأنه التخفيف على السلطة القضائية، على اعتبار أن التصالح يؤدي إلى انقضاء الدعوى الجنائية قبل وصولها لقضاء الحكم. كما أن الغرامة التي تفرضها جهة الإدارة تكون لها فاعلية في الدول التي لا تقر بمسؤولية الشخص المعنوي كمبدأ عام، والسرعة في توقيعتها، مما يجعلها تحقق ردعاً للأشخاص المعنوية التي تزاول أنشطة ملوثة للبيئة⁽³⁾.

(1) قارن مع القانون رقم 114 لسنة 2001 بشأن حماية البيئة ومكافحة التلوث في سلطنة عمان، قانون البيئة المصري رقم 14 لسنة 1994 المعدل بالقانون رقم 105 لسنة 2015، القانون رقم 6 لسنة 2017 بشأن حماية البيئة في الأردن، كما تجيز المادة 144 من القانون رقم 42 لسنة 2014 بشأن حماية البيئة في الكويت التصالح أو الصلح في الجرائم البيئية في حالة التلويث غير العمدى للبيئة، وراجع كذلك القرار رقم 8 لسنة 2016 بشأن لائحة الصلح في المخالفات البيئية للمنشآت والأفراد والتعويضات في حال قبول الصلح بدولة الكويت الصادر بتاريخ 26 أكتوبر 2016 .

(2) فرج صالح الهريش، مرجع سابق، ص 277.

(3) فيصل بو خالفة، الجريمة البيئية وسبل مكافحتها في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بتاتنة 1، العام الجامعي 2016-2017، ص 210.

إلا أن الصلح باعتباره سحب للسلطات من الجهة التشريعية والقضائية وإسنادها للسلطة الإدارية المختصة⁽¹⁾؛ يجيز للجهة المختصة التصالح مع المخالف على مبلغ أقل من المبلغ المحدد كعقوبة للجريمة، بشرط ألا يقل عن الحد الأدنى المقرر لعقوبة الغرامة المقررة للجريمة، وتلك الغرامة في الأساس ضعيفة ولا تتماشى مع الحماية التي ينبغي أن تكون للبيئة، مما يعني زيادة إضعاف الحماية التي يقرها القانون للبيئة الهوائية.

ومن ناحية التجريم والاشتراطات فقد أغفل المشرع وضع الاشتراطات التي تكفل توفير حماية فعالة للهواء، كما التزم الصمت حيال الأفعال التي قامت التشريعات المقارنة بتجريمها، كاستخدام أو تركيب أجهزة من شأنها تعطيل عمل الأجهزة المعدة؛ للتقليل من تلوث الهواء، أو أعمال الدعاية والإعلان عن تلك الأجهزة، وكذلك الإنتاج أو البيع أو استخدام المواد المستتفة للأوزون، وغياب النصوص الواضحة والصريحة لمواجهة ظاهرة الاحتباس الحراري... إلخ. بالإضافة إلى ضعف الاشتراطات التي وضعها المشرع في القانون، وتحديد مكان إقامة المشاريع والمصانع الصغيرة والكبيرة، التي قد يصدر عنها ملوثات للهواء، وإبعادها عن المناطق السكنية والزراعية والصناعية، بمسافات بعيدة وكافية، كما أن القانون رقم 15 لسنة 2003 قد أغفل صراحة تنظيم استيراد الفحم الحجري والبترولي واستخدامه وتداوله، على الرغم من أضراره الجسيمة على البيئة الهوائية، كما أغفل حماية الهواء من التلوث بالتدخين، غير أنه قد صدر عن الحكومة الليبية القرار رقم 206 لسنة 2009 بشأن مكافحة التدخين والتبغ ومشتقاته، ويحظر القرار أعمال الدعاية أو الإعلان عن التبغ ومشتقاته بأي وسيلة من وسائل الإعلان، كما يحظر القرار التدخين في الأماكن العامة، وعلى الأخص المرافق الصحية الخاصة والعامة، وأماكن صناعة الأغذية المعدة للاستهلاك البشري وتجهيزها وبيعها وتداولها، والأماكن المغلقة داخل المطاعم والمقاهي والمنزهات والفنادق.

ناهيك عن أن المشرع الليبي تطلب لقيام جرائم البيئة الهوائية مخالفة أمور تقنية وفنية، الأمر الذي يصعب من تطبيقها، حيث تحتاج إلى تجهيزات فنية وتقنية عالية ومتطورة، ومتبدلة باستمرار مع مرور الزمن، مما يترتب عليه عدم ثبات عناصرها، وتبدلها باستمرار مع تطور

(1) سعادي عارف محمد صوافطة، الصلح في الجرائم الاقتصادية، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، 2010، ص 19.

تلك الأمور الفنية والتقنية وتبديلها⁽¹⁾، وأعطى المشرع الجهة التنفيذية سلطة تقديرية واسعة كجواز القيام بالإجراءات من عدمها حيال المخالف، الأمر الذي قد يضعف من حماية القانون للهواء، وترك المشرع تنظيم الكثير من الوسائل الوقائية والعلاجية والفنية من التلوث لجهة الإدارة، بالإضافة إلى عدم توحيد تلك الوسائل لتحقيق مواجهة أكثر فعالية لتلوث الهواء.

إن ارتفاع معدلات الجريمة البيئية وآثارها التي تتخطى حدود الدولة الواحدة، يتطلب - من دون شك - الرد وبشكل قوي بعقوبات رادعة، حيث دلت التجربة على عدم فاعلية الجزاءات غير الجنائية بل ينبغي لتحقيق حماية فعالة للبيئة الهوائية أن تُقرَّ جزاءات جنائية رادعة للأنشطة الملوثة للهواء، التي تضر بالبيئة الهوائية⁽²⁾، إلّا أنّ العقوبات جاءت ضعيفة وغير متنوعة، حيث يعاقب القانون رقم 15 لسنة 2003م على تلويث البيئة الهوائية بعقوبة الغرامة والمصادرة الجوازية، فضلاً عن حق المضرور في التعويض، على اعتبار أن العقاب وإن كان مهماً إلا أنه ينبغي ألا يكون هو الجزاء الوحيد، فتعويض المضرور من الجرائم البيئية أمر لا غنى عنه.

ولاشك في أهمية عقوبة الغرامة، إذ تتناسب مع مرتكب الجريمة أكثر من العقوبات السالبة للحرية، على اعتبار أن مرتكب الجرائم البيئية عادة ما يكون شخصاً معنوياً، غير أن عقوبة الغرامة لا تحقق الردع بالنسبة لجميع الأشخاص، فهي وإن حققت الردع بالنسبة لمحدودي الدخل فهي ليست كذلك بالنسبة للشخص المعنوي الذي يتوافر لديه المال الكثير، مما يعني عدم اكترائه أو توقفه عن تلويث البيئة الهوائية⁽³⁾، خاصة إذا وجد أن المكسب أكبر من مبلغ الغرامة، فيقوم بدفع الغرامة ويعتاد عليها، كما لو كانت جزءاً من تكاليف الإنتاج⁽⁴⁾، الأمر الذي يقتضي تشديد عقوبة الغرامة، كما يفترض أن يكون هناك تنوع في العقوبات فيما يتعلق بجرائم البيئة الهوائية، خاصة وأن المشرع الليبي -خلافاً للمشرع البيئي المصري والجزائري- لم يقرر صراحة إلزام مرتكب الجريمة البيئية بإزالة الضرر البيئي، وإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل

(1) فرج صالح الهريش، مرجع سابق، ص 276.

(2) راجع: ديباجة الأمر التوجيهي الأوروبي رقم 2008/99/CE بشأن حماية البيئة عن طريق القانون الجنائي.

(3) آمال مدين، الجزاءات القانونية لتلويث البيئة، بحث منشور على: <https://platform.almanhal.com/Reader/2/50219>

(4) راجع: ليلي الجنابي، مرجع سابق، ص 81.

وقوع الجريمة، مما يعني أن عقوبة الغرامة قد تكون أقل من التكلفة اللازمة لإزالة الضرر البيئي (1).

ومن المناسب -أيضاً- أن يكون هناك تنوع في الغرامة؛ كالغرامة اليومية (2)، والغرامة النسبية، والغرامة المشروطة. الخ (3)، كما نجد أن التشريعات المقارنة؛ تقرر عقوبات أخرى غير عقوبة الغرامة كالعقوبات السالبة للحرية، ففي بلجيكا -على سبيل المثال- يعاقب المشرع على جرائم تلويث البيئة الهوائية بعقوبات سالبة للحرية إلى جانب عقوبة الغرامة (4).

كما أن القانون رقم 114 لسنة 2001م بشأن حماية البيئة في سلطنة عمان أخذ بالغرامة النسبية؛ بأن جعل الغرامة تقدر بنسبة من رأس المال المستثمر، وسأوت بعض التشريعات بين عقوبة الفاعل الأصلي والشريك في الجرائم البيئية (5). وتقدر العقوبات المالية -وفقاً للمادة 14 من

(1) انظر: المادة 86 من قانون حماية البيئة في الجزائر 03-10، وقد قضي في مصر بأن الحكم المطعون فيه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون، إذ نزل بعقوبة الغرامة عن الحد الأدنى المقرر لها، وأيد الحكم الابتدائي بشأن الإزالة " إزالة الضرر البيئي " على الرغم من أن الشارع قد خاطب بها الجهة الإدارية، مما يتعين معه نقضه وتصحيحه بتأييد الحكم المستأنف فيما قضى به بالنسبة لعقوبة الغرامة والإزالة، ما دام تصحيح هذا الخطأ لا يخضع لأي تقدير موضوعي.

نقض جنائي مصري 16 فبراير 1993، الطعن رقم 17708 لسنة 59س، 44، العدد الأول، ص 193، ق 22.
(2) تعرض نظام العقوبات السالبة للحرية للانتقاد، وظهرت الحاجة إلى التفكير في اللجوء إلى أشكال أخرى من الجزاءات، وقد أدى ذلك إلى إدخال إصلاحات مهمة وكبيرة على النظام العقابي في فرنسا بمقتضى القانون رقم 624 لسنة 1975 والقانون رقم 466 لسنة 1983، ومن ثم أدخلت فكرة الغرامة اليومية في القانون الجنائي الفرنسي.

Hélène Bioy: le jour-Amende en Droit penal franÇais, Thèse, Université de Bordeaux Ecole Doctorale de Droit, 2014, p 10.

(3) راجع: فرج صالح الهريش، مرجع سابق، ص 277، آمال مدين، مرجع سابق، الإشارة نفسها.

(4) راجع: محمد المدني بوساق، الجزاءات الجنائية لحماية البيئة في الشريعة والنظم المعاصرة، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، المجلد 16، العدد 31، ص 205.

(5) راجع المادة 17 من القانون رقم 6 لسنة 2017 بشأن حماية البيئة في الأردن، المادة 21 من القانون رقم 03-10 10 بشأن حماية البيئة في إطار التنمية المستدامة في الجزائر، منشور في الجريدة الرسمية، العدد 43، بتاريخ 20 يوليو 2003، ص 6 وما بعدها.

القانون الفرنسي رقم 178 لسنة 2005 بشأن توجيه سياسة الطاقة-بنسبة تتناسب مع حجم المخاطر الناشئة عن المشروع⁽¹⁾.

ونجد أن التشريعات المقارنة تقرر المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي ؛ كقانون حماية البيئة المصري، وكذلك قانون حماية البيئة الأردني رقم 6 لسنة 2017، الذي نصَّ صراحةً على مسؤولية الشخص المعنوي ومعاقبته سواء أكان بتقرير عقوبة الغرامة، أم غلق المنشأة، أم إلغاء الترخيص ووقف النشاط⁽²⁾.. الخ، فضلاً عن أنَّ المشرع الفرنسي يقرر مبدأ المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي .

فعلى الرغم من حجم الدور الذي يقوم به الشخص المعنوي في النشاط الاقتصادي وما قد يترتب عليه من انتهاكات واسعة للبيئة بالنظر إلى الوسائل التي يمتلكها⁽³⁾، فإنَّ القانون رقم 15 لسنة 2003م لم يكن واضحاً وصريحاً في تقرير مسؤولية الشخص المعنوي ومعاقبته؛ إذ إنَّ القانون الليبي لا يقرُّ بمبدأ المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي، فلا توجد قاعدةً عامةً للمسؤولية الجنائية للشخص المعنوي، مع وجود بعض الحالات الاستثنائية التي يعاقب فيها الشخص المعنوي⁽⁴⁾، ولا شكَّ في أنَّ معاقبة الشخص المعنوي عن الجرائم البيئية تسمح بتعويض أكبر للمتضرر، فضلاً عن أنَّ العقوبات المقررة للشخص المعنوي تمتاز بأنها عقوبات جسيمة⁽⁵⁾، قد تمنعه من العودة إلى ارتكاب الجريمة مرة أخرى.

كما تطلب الأمر التوجيهي الأوروبي رقم 2008/99/CE بشأن حماية البيئة عن طريق القانون الجنائي من الدول الأعضاء ضرورة تقرير مسؤولية الشخص المعنوي في الجرائم البيئية،

(1)Loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique.

(2) راجع كذلك : المادة 25 من القانون رقم 03-10 في الجزائر .

(3) عمر سالم، المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية في قانون العقوبات الفرنسي الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص14.

(4)موسى مسعود ارحومة، الأحكام العامة لقانون العقوبات الليبي، الجزء الأول، الجريمة، منشورات جامعة قاريونس، 2009، ص 566.

(5) Yves Sexer et Jean-michellucheux:Le principe de la responsabilité pénale des personnes morales entre en vigueur, sur: www.lesechos.fr/01/03/1994/LesEchos/16593-062-ECH_le-principe-de-la-responsabilite-penale-des-personnes-morales-entre-en-vigueur.htm

ومعاقبته بعقوبات رادعة ومناسبة، وأن لا يحول ذلك دون اتخاذ أي إجراءات جنائية ضد الشخص الطبيعي المتورط في ارتكاب الجرائم البيئية.⁽¹⁾

وقد تضمنت بعض القوانين العقابية العربية عقوبة العمل للمصلحة العامة؛ كقانون العقوبات الجزائري، على اعتبار أن مرتكب الجريمة البيئية قد سبب ضرراً للمجتمع، فيكون مجبراً على تعويض الضرر المتسبب فيه، وإصلاحه عن طريق إلزامه بالقيام بعمل مجاني لصالح البيئة⁽²⁾، ونرى أهمية عقوبة العمل تحقيقاً لمصلحة المجتمع، خاصة في مجال حماية الهواء، حيث يساهم المحكوم عليه بجهده في تحسين البيئة، ويزيد من وعي الفرد بأهمية البيئة وحمايتها، وعلى خلاف قانون العقوبات الليبي، فقد تضمن مشروع قانون العقوبات الليبي الجديد على عقوبة العمل لمصلحة المجتمع.

وعلى خلاف الوضع في ليبيا يعاقب المشرع الفرنسي -كقاعدة عامة- على الشروع في الجريمة البيئية بالعقوبة المقررة للجريمة التامة، وهو ذات مسلك بعض التشريعات العربية⁽³⁾، وفي ذلك حماية أفضل للبيئة، على اعتبار أنها قيمة من قيم المجتمع المهمة والأساسية، فهي الوسط الذي يجد فيه الكائن الحي مكاناً ملائماً للعيش إذ إنَّ العيش في بيئة ملوثة يؤدي إلى إلحاق الضرر بالإنسان.

غير أنه إذا كان القانون الجنائي هو الرادع الأقوى لمكافحة تلويث البيئة الهوائية أكثر من غيره من القوانين⁽⁴⁾، فإن القانون سيفشل مهما كان متطوراً في مواجهة تلوث الهواء، إذا لم يكن هناك وعي وإدراك بمخاطر التلوث. فالسياسة الناجعة لحماية البيئة الهوائية لا تنهض فقط على جانبي التجريم والعقاب، بل تحتاج كذلك إلى التركيز على توعية أفراد المجتمع بمخاطر التلوث، والعمل على الوقاية من التلوث قبل وقوعه، لا معالجة آثار التلوث بالنظر إلى فداحة الأضرار التي يخلفها تلوث الهواء، وامتداد نطاقها من حيث الزمان والمكان، حيث تمتد إلى الأجيال الحالية

(1) Directive 2008/99/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 novembre 2008 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal.

(2) راجع: قوادري صامت جوهر، مساهمة الأشخاص المعنوية العامة في حماية البيئة وفقاً لقانون العقوبات

الجزائري، كتاب أعمال المؤتمر الدولي: آليات حماية البيئة، طرابلس لبنان 26-27 ديسمبر 2017، ص 111.

(3) القانون رقم 03-10 بشأن حماية البيئة في الجزائر، منشور في الجريدة الرسمية، العدد 43، بتاريخ 20 يوليو 2003، ص 6 وما بعدها.

(4) Chessa Milena: Les crimes contre l'environnement passibles de sanctions pénales dans l'UE, le 22/05/2008, <https://www.lemoniteur.fr/article/les-crimes-contre-l-environnement-passibles-de-sanctions-penales-dans-l-ue.923824>.

والأجيال القادمة وامتدادها في كثير من الأحيان إلى خارج نطاق الدولة التي وقعت فيها الجريمة البيئية. كما ينبغي توفير الإمكانيات، والتركيز على تنمية الموارد الطبيعية، وتحقيق التنمية المستدامة، وانتقال الطاقة إلى الاقتصاد أو النمو الأخضر *la croissance verte*، الذي أكدت عليه العديد من الدول الأوروبية ومنها فرنسا⁽¹⁾، ويعني -حسب برنامج الأمم المتحدة للبيئة- اقتصاداً يؤدي إلى تحسين حالة الرفاهية لدى الإنسان، والإنصاف الاجتماعي، مع الحد من المخاطر البيئية، بتشجيع الاستثمارات بشكل يكفل حسن استخدام الموارد على أحسن وجه، وتخفيض انبعاث الكربون والنفايات؛ لمنع التلوث، وخسارة التنوع البيولوجي، وتدهور النظام الإيكولوجي⁽²⁾.

(1)Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissanceverte

(2) سالمى رشيد، عزي هاجر، الجباية البيئية عنصر مفتاحي لحماية البيئة في الجزائر، مجلة علوم الاقتصاد والتسيير والتجارة، العدد 33، 2016، ص145.

الخاتمة:

وصلنا إلى نهاية دراستنا، وقد تعرضنا من خلال الدراسة إلى بيان مفهوم التلوث وأنواعه ومخاطره، ثم قمنا بمعالجة الموضوع ببيان أهمية البيئة وحمايتها في الدستور، وعلى المستوى الدولي، بالتعرض لأهم الاتفاقيات الدولية التي أبرمت لحماية البيئة الهوائية، وأعقبنا ذلك ببيان موقف المشرع الليبي، ومدى فعالية الحماية التي يكفلها للبيئة الهوائية، مقارنةً ببعض التشريعات العربية والأجنبية. ونخلص من هذه الدراسة بمجموعة من النتائج والتوصيات؛ أهمها:

أولاً: النتائج:

- يُشكل التلوث الهوائي تحدياً كبيراً وتهديداً حقيقياً لحياة الإنسان والكائنات الحية الأخرى، ويهدد بفساد العديد من الكائنات الحية وانقراضها، وقد تفاقت مشكلة التلوث مع زيادة التقدم الصناعي في الدول، وزيادة النشاط الاقتصادي للإنسان، مع عدم وجود تنمية قوية وحقيقية للموارد الطبيعية.
- تنامي الوعي بالمخاطر البيئية، وقد انعكس ذلك بإصدار العديد من التشريعات لمواجهة التلوث الهوائي على الصعيد المحلي والاتفاقيات الدولية، وعلى الصعيد الأوروبي صدر أمر توجيهي بشأن حماية البيئة الهوائية عن طريق القانون الجنائي، بالإضافة إلى الجهود التشريعية لمكافحة ظاهرة الاحتباس الحراري التي تهدد البشرية.
- أبانت الدراسة ضعف الحماية المقررة للبيئة الهوائية في التشريع الليبي، سواء أكان في القانون رقم 15 لسنة 2003 أم قانون العقوبات أم القوانين الخاصة الأخرى ذات العلاقة بالبيئة، ويتجلى ذلك في سياسة المشرع الليبي من حيث الإجراءات أو على صعيد التجريم والجزاءات، أو من حيث وضع الاشتراطات والتنظيم الجيد للأنشطة التي قد تلوث البيئة الهوائية، كما يعزى الضعف إلى عدم تعدد العقوبات، وضعف عقوبة الغرامة المقررة للجرائم البيئية، وعدم تقرير عقوبات خاصة وفعالة بالنسبة للشخص المعنوي في التشريع الليبي.

ثانياً: التوصيات:

- التأكيد على ضرورة أن يتناول الدستور الليبي بشكل واضح وصريح- موضوع حماية البيئة، وتنمية الموارد الطبيعية، وتحقيق التنمية المستدامة والحقوق المتصلة بالبيئة؛ كالحق في بيئة نظيفة وصحية، والحق في الحصول على المعلومات البيئية، واعتبار أن البيئة من

المقومات والمصالح الأساسية للدولة، والتأكيد كذلك على مبدأ المشاركة العامة للأفراد والجهات في وضع حلول للقضايا البيئية.

- تعديل القانون رقم 15 لسنة 2003، وقانون العقوبات والقوانين ذات العلاقة بالبيئة؛ بما يكفل تحقيق حماية فعالة للبيئة الهوائية، في نطاق المصالح أو القيم التي يهدف إلى حمايتها كل قانون، من خلال النص على تجريم الأفعال الماسة بالبيئة التي ورد النص عليها في التشريعات المقارنة، والتركيز على الوقاية من التلوث قبل حدوثه، وأن يتضمن قانون البيئة حظر حرق النفايات والقمامة والأخشاب، إلا في صناديق مغلقة أو أفران مخصصة لهذا الغرض، وتشجيع عدم استخدام الفحم إلا في أضيق نطاق ممكن، وتشديد العقوبات، وأن يكون تقدير الغرامة وفقاً لنسبة من رأس مال المشروع أو تقرير الغرامة اليومية... إلخ، وضرورة وضع عقوبات رادعة للشخص المعنوي على اعتبار أن له الدور الأبرز والأهم في تلويث البيئة الهوائية، إلى غير ذلك من الملاحظات التي أوردتها من خلال البحث.

- التأكيد على أن تكون هناك أجهزة عدالة جنائية خاصة بالجرائم البيئية، لضمان توفير حماية فعالة للبيئة، وتطوير الأجهزة المعنية بحماية البيئة، وتأهيل كوادرها، والاستفادة من التجارب الدولية الرائدة في هذا الشأن، بالإضافة إلى التشجيع على استخدام الدرجات الهوائية في التنقل والحركة وزيادة وسائل النقل العام، واستخدام مركبات آلية بنوع وقود ومواصفات تضمن تقليل الانبعاث من أجهزة المركبة، والعمل على التقليل من الازدحام المروري؛ لأن الازدحام المروري يجعل المركبة الآلية تقف لوقت طويل في المكان نفسه، مما يعني زيادة احتراق الوقود، ومن ثم زيادة الانبعاث من أجهزة المركبات الآلية وعودمها، والعمل كذلك على التوسيع من حملات التشجير، والمحافظة على الغابات الموجودة وتنميتها، حيث إن ذلك سيساعد على امتصاص الكربون وملوثات الهواء، وتخفيض حرارة الجو؛ لمكافحة ظاهرة الاحتباس الحراري. وذلك يقتضي نشر الوعي البيئي في المجتمع، عبر وسائل الإعلام، ومراسل التعليم المختلفة، من خلال المناهج التدريسية، وتوعيتهم بمخاطر التلوث والاعتداء على البيئة، فانعدام الوعي البيئي يؤدي إلى تفاقم مشكلة التلوث، ومن ثم التأكيد على إلزام الجهة المختصة بحماية البيئة؛ بإعلام الجمهور بمخاطر التلوث عبر وسائل الإعلام؛ لحشد الرأي العام نحو مشكلة تلوث الهواء، الأمر الذي يعزز من مكافحته.

قائمة بأهم المراجع

أولاً: باللغة العربية:

1. أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق، القاهرة، الطبعة الرابعة، 2006.
2. آمال مدين، الجزاءات القانونية لتلويث البيئة، منشور على: <https://platform.almanhal.com/Reader/2/50219>
3. إياد شوقي البناء، مستوى الوعي بمخاطر التلوث البيئي لدى معلمي المرحلة الأساسية في قطاع غزة، رسالة ماجستير، الجامعة لإسلامية، غزة، 2011.
4. جمال ونوقي، تكريس الحق في البيئة كحق من حقوق الإنسان ومكانته في الصكوك الدولية والداستير، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد 17، يناير 2018.
5. حسونة عبد الغني، عمار الزعبي، دسترة موضوع البيئة في الجزائر، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة الشهيد حمّ لخضر بالوادي- الجزائر، العدد 14، أكتوبر 2016.
6. حمدي محمد شاهين، الحماية الجنائية للبيئة الهوائية في التشريع الفلسطيني، دراسة تحليلية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الأزهر-غزة، 2013.
7. راتب السعود، الإنسان والبيئة، دراسة في التربية البيئية، دار الحامد، عمان-الأردن، 2004.
8. سالم رشيد، عزي هاجر، الجباية البيئية عنصر مفتاحي لحماية البيئة في الجزائر، مجلة علوم الاقتصاد والتسيير والتجارة، العدد 33، 2016.
9. سعادي عارف محمد صوافطة، الصلح في الجرائم الاقتصادية، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، 2010.
10. عمر سالم، المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية في قانون العقوبات الفرنسي الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.
11. عمر شكري عمر، التلوث البيئي كمشكلة معاصرة وأثره على صحة الإنسان، بحث منشور على موقع: faculty.ksu.edu.sa/omar_omar/DocLib13/POLLUTION2.pdf

12. فتحي حسين الأمين، جمال صالح ياسين، يوسف علي الفقيه، التلوث البيئي وأثره على التنمية الاقتصادية في ليبيا، المجلة الدولية المحكّمة للعلوم الهندسية وتقنية المعلومات، مجلد 4، عدد 1، ديسمبر 2017.
13. فتحي حسين الأمين، عوض إبراهيم بن زبلح، تلوث الهواء والمخاطر البيئية الناجمة عن عوادم المركبات في مدينة مصراتة، المجلة الدولية المحكّمة للعلوم الهندسية وتقنية المعلومات، المجلد 2، العدد 1، ديسمبر 2015.
14. فرج صالح الهريش، جرائم تلويث البيئة، دراسة مقارنة، منشورات جامعة 7 أكتوبر، الطبعة الثانية، 2007.
15. فريد بوربيش، بلال بوترة، تلوث البيئة الحضرية والصحة، مقارنة سوسيلوجية مجلة الدراسات والبحوث الاجتماعية، جامعة الوادي، العدد الثالث، ديسمبر 2013.
16. فيصل بوخالفة، الجريمة البيئية وسبل مكافحتها في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بتاتة 1-الجزائر، العام الجامعي 2016-2017.
17. قوادي صامت جوهر، مساهمة الأشخاص المعنوية العامة في حماية البيئة وفقاً لقانون العقوبات الجزائري، كتاب أعمال المؤتمر الدولي: آليات حماية البيئة، طرابلس لبنان 26-27 ديسمبر 2017.
18. كرومي نور الدين، الوسائل القانونية لحماية البيئة في الجزائر، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الطاهر مولاي سعيدة، السنة الجامعية 2015-2016.
19. ليلي الجنابي، الجزاءات القانونية لتلوث البيئة، دراسة تحليلية مقارنة، من دون ناشر ومكان نشر.
20. محبوب حسن، أثر حرق النفايات على الصحة والطبيعة، مقال منشور على: www.sudaress.com/alsudani/20670
21. محمد المدني بوساق، الجزاءات الجنائية لحماية البيئة في الشريعة والنظم المعاصرة، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، المجلد 16، عدد 31.
22. محمد بن محمد، حماية البيئة والإعلام البيئي، قراءة تحليلية لقانون حماية البيئة 03-10 وقانون الإعلام 12-05، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد العاشر.
23. محمد خروبي، الآليات القانونية لحماية البيئة في الجزائر، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، العام الجامعي 2012-2013.

24. محمد عبدالله محمد نعمان، ضمانات استخدام الطاقة النووية في الأغراض السلمية، دراسة قانونية في ضوء القواعد والوثائق الدولية، من دون ناشر ومكان نشر، 2001.
25. معاش سارة، دور القضاء الدولي في حماية البيئة، كتاب أعمال ملتقى آليات حماية البيئة، الجزائر العاصمة، 30 ديسمبر 2017.
26. موسى مسعود ارحومة، الأحكام العامة لقانون العقوبات الليبي، الجزء الأول، الجريمة، منشورات جامعة قاريونس، 2009.
27. وسن حميد رشيد، الضمانات الدستورية للحقوق والحريات في الدستور العراقي لعام 2005، مجلة جامعة بابل، العلوم الإنسانية، المجلد 21، العدد الثالث، 2013.

ثانياً: باللغة الفرنسية:

1. Alix Ottou et Marion Doris « Vers une déclaration universelle des droits de l'humanité ? » ، La Revue des droits de l'homme [En ligne] ، Actualités Droits-Libertés le 30 septembre 2016.
2. Angel YandéNdour: Maitriser le changement climatique: contribution à l'analyse de l'efficacité des permis d'émission ،Thèse de doctorat ، Université de Caen Normandie ،2011.
3. Benjamin Clemenceau: Où en est le droit des êtres humains à l'eau et à l'assainissement depuis l'adoption de la résolution n° 64/292 de l'Assemblée générale des Nations Unies du 28 juillet 2010 ? ،La Revue des droits de l'homme13 | 2017 ،le 29 novembre 2017.
4. Bruno wertenschlag: Risque-pollution: la responsabilité pénale des personnes morales instituée le 1er mars ،17/02/1994Publié le: www. lesechos. fr/17/02/1994/LesEchos/16585-067-ECH_risque-pollution--la-responsabilite-penale-des-personnes-morales-instituee-le-1er-mars. htm.
5. CédricRouilhac: Les droits de l'homme sans la loi ? ،La Revue des droits de l'homme5 | 2014
6. chessamilena: Les crimes contre l'environnement passibles de sanctions pénales dans l'UE ،le 22/05/2008 ،https://www. lemoniteur. fr/article/les-crimes-contre-l-environnement-passibles-de-sanctions-penales-dans-l-ue. 923824.

7. Clémence du Rostu: La lutte contre l'aggravation de l'effet de serre et l'amélioration de la qualité de l'air dans la loi relative à la transition énergétique ,sur: <http://www.seban-associés.avocat.fr/la-lutte-contre-l-aggravation-de-l-effet-de-serre-et-l-amelioration-de-la-qualite-de-l-air-dans-la-loi-relative-a-la-transition-energetique/>.
8. Éric Paillissé: Le droit à l'information ,préalable essentiel du droit à l'autodétermination en matière sanitaire et environnementale. Étude de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme , «La Revue des droits de l'homme » ,10 – 2016.
9. Francesco Natoli: Sécurité et ordre public: deux notions à relation variable. Comparaison franco-italienne ,«La Revue des droits de l'homme » ,11 | 2017 Varia ,le 13 janvier 2017
10. Hélène Bioy: le jour-Amende en Droit pénal français ,Thèse , Université de Bordeaux Ecole Doctorale de Droit ,2014.
11. Léo Segouin-Schapira: La causalité dans le délit de destruction involontaire du bien d'autrui ,Mémoire pour l'obtention du Master 2 Contentieux privé ,Université du Maine ,Année universitaire ,2014-2015
12. Monica ParaguassuCorreia da Silva: le mouvement de déconstruction de la politique criminelle de protection de l'environnement et de la qualité de vie: une étude comparative (France et États-Unis) ,Thèse doctorat ,Université Panthéon-Sorbonne (Paris) ,2003.
13. Véronique Champeil-Desplats: Charte de l'environnement ,La QPC bue sur l'incipit ,«La Revue des droits de l'homme Actualités Droits-Libertés » ,le 19 mai 2014 ,p6.
14. Yves Sexer et Jean-michel Lucchese: Le principe de la responsabilité pénale des personnes morales entre en vigueur ,sur: www.lesechos.fr/01/03/1994/LesEchos/16593-062-ECH_le-principe-de-la-responsabilite-penale-des-personnes-morales-entre-en-vigueur.htm.

الحماية السياسية الجنائية لحماية حقوق المؤلف والحقوق المجاورة له في القانون الليبي والمقارن

"حمى المشرع الليبي المؤلف صاحب العمل العلمي أو الأدبي أو الفني منذ 1968 من أي اعتداء، وضمن له حق الاستفادة منه مالياً؛ والحماية لم تقف عند تقرير جبر الضرر وإنما امتدت الى تجريم بعض صور التعدي! غير أن تلك الحماية لم تمنع من حصول انتهاكات لحقوق المؤلف سواء في صورة سرقات أدبية أو نشر أو تصوير وبيع دون إذن من صاحب العمل أو ورثته! ومما يبعث على الحسرة أكثر أن ذلك جرى في الجامعة أيضاً وهي المكان التي نقصده للتعليم والتعليم!! ولا نستطيع ربط ذلك بالربيع العربي - كما يسمى - لأن الظاهرة قديمة، ومع ذلك فإن المرحلة الانتقالية أعطتها زخماً أكبر باعتبار أن القانون في إجازة وفرسان الفساد يتغولون ويرتعون."

أ.د. الكوني اعبودة (1)

(1) على صفحته الشخصية بموقع التواصل الاجتماعي "فيسبوك" بتاريخ 6 مايو 2018م.

مقدمة

في العقود الأخيرة ازدادت الحاجة إلى توفير مزيد من الحماية لحق المؤلف والحقوق المجاورة له، وذلك نتيجة اضطراد التطور المشهود في تقنيات نشر المصنفات الأدبية والفنية وبثهما، والذي أتاح تلك المصنفات للجمهور بكل يسر، بحيث يمكنهم الحصول عليها بل وممارسة سلوكات المالك بشأنها دون مراعاة الحقوق الأدبية أو المالية لأصحابها، في عدم كفاية الجزاء المدني - المتمثل في تعويض المضرور وإعادة الحال إلي ما كان عليه - لردع الاعتداءات التي تقع على حقوق المؤلف أو الحقوق المجاورة ولذلك فقد اتجهت التشريعات الحديثة لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة إلي تجريم أفعال معينة بوصفها انتهاكات لحقوق المؤلف أو الحقوق المجاورة وفرضت لها جزاءات جنائية توقع على مرتكبيها، ومع ذلك ، فإن التشريع الجنائي الليبي المتجسد في القانون رقم 9 لسنة 1968 بشأن حماية حق المؤلف ظل على حاله منذ نصف قرن، ولم يطرأ عليه أي تعديل، مما جعله متخلفاً عما سواه من كثير من التشريعات الأخرى بما فيها التشريعات العربية، وغير مواكب لما أستجد في ميدان الملكية الفكرية بوجه عام، وبشأن حق المؤلف والحقوق المجاورة له بوجه خاص.

نتناول في هذا البحث الحماية الجنائية لحق المؤلف مبرزين أوجه القصور في التشريع الجنائي الليبي مقارنة بتشريعين من التشريعات العربية: المصري والتونسي⁽¹⁾ ذات العلاقة آملين في الوصول إلى بعض المقترحات بشأن تعديله تلبية لاحتياجات المجتمع الحديث.⁽²⁾ وذلك من خلال ثلاثة مطالب رئيسة: يحدد الأول مستلزماً ضرورياً للحماية، ألا وهو محل الحماية، ويعرض الثاني للأحكام الموضوعية للحماية الجنائية لحقوق المؤلف، ويخصص الأخير لتسليط الضوء على الأحكام الإجرائية للحماية الجنائية لحقوق المؤلف.

(1) ستكون تلك القوانين أدوات مقارنة رئيسة، وقد نتطرق لبعض التشريعات الأخرى إذا اقتضت الحاجة العلمية ذلك .

(2) الدراسات السابقة الهامة لهذا البحث : أولاً رسالة ماجستير "غير منشورة" للطالبة نهى صلاح فرقوم بعنوان " الحماية الجنائية لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة" نوقشت في قسم القانون الجنائي كلية القانون جامعة بنغازي، للعام الجامعي 2016/2017م وقد شرفت بعضوية اللجنة المناقشة، ثانياً أعمال لجنة إعداد مشروع تعديل القانون رقم 9 لسنة 1968م بشأن حماية حق المؤلف المشكلة بالقرار رقم 161 لسنة 2017م الصادر عن السيد خالد نجم رئيس الهيئة العامة للإعلام والثقافة والمجتمع المدني وقد شرفت بأني أحد أعضائها وسلّمت التوصيات بإجراءات رسمية للسادة أعضاء مجلس النواب "السلطة التشريعية" في أواخر 2017م.

المطلب الأول:

محل الحماية الجنائية لحقوق المؤلف

يجدر بنا أن نميز بين الحق باعتباره محل الحماية الجنائية، وبين علة الحماية وهو الإبداع أو الابتكار الفكري هذا من جهة.

ومن جهة أخرى يجدر التمييز بين المؤلف باعتباره صاحب الحق والمجني عليه في جريمة الاعتداء على ذلك الحق ، وبين المصنف أو الفكرة باعتبارها مالا معنوياً مقوماً و محل للحق ويمثل المحل المادي للعدوان

الفرع الأول: المحل القانوني للحماية:

من الخطأ التركيز على الجانب المالي فقط في تعريف حق المؤلف فالجانب الأدبي مهمٌ للغاية ومن تم يجب تعريف حق المؤلف بأنه "السلطة التي يقندر بها المؤلف من استعمال مصنفه واستغلاله والتصرف فيه وحمايته وإعلانه للناس على الوجه الذي يرتضيه وبما يتطابق مع القيم والآداب المرعية في الشرع" (1) مع التركيز على "الاختصاصات الأدبية التي تستوجب نسبة المصنف إليه واحترامه فيما كتب مع احتفاظه بحقه في تعديله أو تنقيحه" (2).

أما الحقوق المجاورة فالمقصود بها، تلك المقررة للأشخاص الذين يعينون على الإبداع الفني من فناني أداء، ومنتجي تسجيلات صوتية، وهيئات بث إذاعي.

والحقوق المجاورة تقرب من حقوق المؤلف بيد أن لها طبيعة خاصة فأعمال هذه الفئة من تأدية للمصنفات الأدبية والفنية أو تسجيلها أو بثها تشكل أموالاً معنوية تنبغي حمايتها من كافة أشكال الاعتداء عليها. (3)

والحقوق محل الحماية القانونية تحوي جانبين : أحدهما أدبي، والآخر مالي. وأهم عناصر الحق الأدبي: نسبة المصنف إليه، وتنقيح مصنفه، وسحبه من التداول، واحترام الغير لمصنفه.

(1)ضو مفتاح عمق، الوسيط في حماية الحقوق الأدبية والفنية للمؤلفين"، الطبعة الأولى، منشورات جامعة السابع من ابريل، الزاوية 2008م ص: 71.

(2)عبد الله المبروك النجار، الحق الأدبي للمؤلف في الفقه الإسلامي والقانون المقارن، دار المريخ للنشر والتوزيع، الرياض السعودية، 1420هـ، ص 52.

(3)محمد سعيد رشدي، حماية الحقوق المجاورة لحق المؤلف، مجلة الحقوق، العدد الثاني، السنة 22، 1998م، ص:654.

وأهم عناصر الحق المالي: الاستثناء باستغلال إنتاجه الذهني بما يعود عليه بالمنافع المادية طيلة حياته ومدة بعد وفاته، حيث يحق للمؤلف نقل مصنفه إلى الجمهور مباشرة أو بطريقة غير مباشرة. وقد يتنازل المؤلف عن مصنفه للغير نظير مقابل مادي كما في التنازل لناشر معين عن المصنف لنشره.

ويجب التأكيد على أن الانتهاكات لا تمثل اعتداء على حقوق المؤلف وحده، وإنما تتطوي أيضاً على انتهاك للحقوق الثقافية للمجتمع، والمتمثلة في حق أفرادها في الحصول على مصنفات فكرية سليمة لم يتم العبث بها أو تحريفها أو نسبتها لغير أصحابها.⁽¹⁾

الفرع الثاني: المحل المادي للحماية:

يجدر التمييز بين المجني عليه أو المضرور "الضحي" الذي يقع العدوان على حقه الأدبي أو المالي وبين المال محل الحق الذي يكون محلاً مادياً للعدوان وهو المصنف.

أولاً: المصنفات المشمولة بالحماية:

علة الحماية تتجلى صراحة في نص المادة الأولى من القانون رقم 9 لسنة 1968م بشأن حماية حق المؤلف، إذ تقضي بأنه: "يتمتع بحماية هذا القانون المصنفات المبتكرة في الآداب والفنون والعلوم أيًا كان نوع هذا المصنفات أو طريقة التعبير عنها أو أهميتها أو الغرض من تصنيفها".

ومن ثم تتحسر عن المصنف الحماية المقررة لحق المؤلف والحقوق المجاورة متى تجرد من السمة الابتكارية على اعتبار أن الأصالة هي علة الحماية وبانعدامها ينتفي أي مسوغ لإضفاء الحماية القانونية عليه، وتجرد الفعل الواقع على المصنف غير المبتكر من صفة العدوان تعود إلى انعدام شرط الابتكار في المحل المادي⁽²⁾ مما يجعل الفعل غير صالح للعدوان لانعدام المحل.

ويبقى السؤال حول مصطلح الابتكار وكيف يمكن أن يحدد نطاقه؟ وما المعيار الذي يقاس به الابتكار؟، ولعل من الصعوبة بمكان أن يلزم المؤلف إنتاج شيء من العدم لم يسبقه إليه أحد من العالمين! ولذلك يكفي أن ينطوي المصنف على بعض المميزات التي تجعله معبراً عن

(1) عبدالحفيظ بلقاضي، مفهوم حق لمؤلف وحدود حمايته جنائياً، رسالة دكتوراه، جامعة الرباط، 1997م، ص: 439، 446.

(2) موسى مسعود ارحومة، الحماية الجنائية لحق المؤلف في التشريع الليبي والمقارن، بحث مقدم إلى الندوة العلمية حول: النشر الجامعي في ليبيا: الواقع والرؤى المستقبلية، تنظيم نقابة أعضاء هيئة التدريس جامعة قارونس، بنغازي، 6-7/مايو/2008م، ص: 4.

شخصية المؤلف بحيث يمكن تمييزه عن سبقه من المؤلفين الآخرين في مجال الإنتاج الذهني ومن ثم تضي على مصنفه خاصية تميزه عما سواه من المصنفات الأخرى.⁽¹⁾

وبالرجوع إلى القانون رقم 9 لسنة 1968م بشأن حماية حق المؤلف نجده قد أورد أنواع المصنفات المحمية بموجبها وأصنافها المختلفة، وهي تشمل: المصنفات المكتوبة ومصنفات الفنون الجميلة كالرسم والنحت وغيرها، والمصنفات الشفهية، والمصنفات الموسيقية، والمصنفات الجغرافية كالخرائط، والمصنفات الجسدية كالرقص وما على طريقتيه، والمصنفات المتعلقة بالفنون التطبيقية .

وبعبارة شمولية، تتمتع بالحماية جميع المصنفات المبتكرة التي يكون لها مظهر خارجي للتعبير عنها سواء بالكتابة أم الصوت أم الرسم أم التصوير أم الحركة .وتتمتد هذه الحماية لمحتوى المصنف ولعنوانه متى كان له طابع ابتكاري يميزه عن غيره من المصنفات وليس لفظاً جارياً.

ومن بين المصنفات التي شملتها التشريعات الحديثة بالحماية باعتبارها منضوية تحت حق المؤلف برامج الحاسوب وقواعد البيانات، وذلك نتيجة التطور الحاصل في ميدان تقنية المعلومات وما رافق ذلك من اعتداءات صارخة على حقوق مبتكري هذه النظم والبرامج، على العكس من القانون الليبي الذي لم يدر بخلد مشرعه هذه المصنفات الحديثة مما يحتم تدخل المشرع وإدراجه هذه المصنفات ضمن المصنفات المشمولة بالحماية .

وحيث إن الابتكار علة الحماية كما أسلفنا فإن الحماية القانونية تتحسر عن المصنفات التي لا تتوافر فيها تلك العلة سواء لكونها تفتقر إلى أي جهد ابتكاري من القائم بإعدادها كالمختارات الشعرية التي لا يتعدى دور صاحبها الانتقاء لها ووضعها ضمن مجموعة، وكذا مجموعات الوثائق الرسمية كنصوص التشريعات والاتفاقيات الدولية وسواء المصنفات المحمية ولكنها آلت إلى الملكية العامة ويكون ذلك بانقراض الخلف فيضحي المصنف ملكاً عاماً مباحاً يمكن لكل إنسان استغلاله أو تنقيحه أو إجراء أي تعديل عليه.⁽²⁾

(1)جمال محمود الكردي، حق المؤلف في العلاقات الخاصة الدولية والنظرة العربية الإسلامية للحقوق الذهنية في

منظومة الاقتصاد العالمي الجديد، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003م، ص 20 وما بعدها.

(2)موسى مسعود ارحومة، الحماية الجنائية لحق المؤلف في التشريع الليبي والمقارن ، المرجع السابق، ص : 9

وكقاعدة عامة فإن المصنف يظل مشمولاً بالحماية طيلة حياة المؤلف ومدة أخرى بعد وفاته تتفاوت من تشريع لآخر، فطبقاً للمادة 8 من القانون رقم 9 لسنة 1968م بشأن حماية حق المؤلف تتحسر الحماية عن المؤلف إذا لم يباشر هذا الحق بنفسه أو بواسطة غيره في مدى ثلاث سنوات من تاريخ أول نشر للمصنف. وبموجب المادة 20 من القانون المذكور تنقضي حقوق الاستغلال المالي للمصنفات بمضي 25 سنة على وفاة المؤلف على ألا تقل مدة الحماية في مجملها عن 50 سنة تبدأ مع أول نشر للمصنف باستثناءات معلقة في المواد 20، 21، 22، 23. أما الحق الأدبي للمؤلف فلا يسقط بأي حال من الأحوال طالما بقي له خلف، فهو لا يسقط بالتقادم.

ثانياً: الأشخاص المشمولون بالحماية:

يحظى بالحماية مؤلفو المصنفات المبتكرة في جميع مجالات الآداب والفنون والعلوم، سواء كان شخصاً طبيعياً أم اعتبارياً متى قام بتسجيله باسمه فالتسجيل قرينة على أنه المؤلف للمصنف ما يجعله جديراً بحماية القانون له، إلا أنها قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس. وفي حالة تعدد التسجيلات تكون العبرة بأسبقية التسجيل ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك.

أما بالنسبة للمصنف الجماعي الذي يشترك في وضعه أكثر من مؤلف تحت إدارة شخص طبيعي أو اعتباري وتوجيههما، فإن هذا الأخير هو الذي يتمتع بحقوق المؤلف باعتبار أن المصنف ينشر تحت إدارته وباسمه، كما هو الحال في المعاجم اللغوية والعلمية ودوائر المعارف والكتب العلمية والأدبية التي تصدرها الدولة.⁽¹⁾

وفيما يخص المصنفات المشتركة التي تتحقق باشتراك عدد من المؤلفين في إعدادها بحيث لا ينفرد أي منهم بدور مميز، فيعد هؤلاء جميعاً أصحاب حق المؤلف، ويحق لأي منهم الدفاع عن المصنف إذا ما تعرض للاعتداء من قبل الغير باعتباره مصنفه.⁽²⁾

(1) عبد الله ميروك النجار، المرجع السابق، ص: 35 وما يليها.

(2) المرجع السابق، ص: 197-201.

المطلب الثاني:

الأحكام الموضوعية للحماية الجنائية لحقوق المؤلف

لعل الأحكام الجنائية الموضوعية تنحصر في حكمين رئيسيين وهما: الحكم التجريمي والحكم الجزائي؛ وفي كل حكم رئيس توجد أحكام تفصيلية فالحكم التجريمي يقصد به النماذج التجريبية التي قرر المشرع أن يرسمها لصور الاعتداء على حقوق المؤلف والحقوق المجاورة وهي بطبيعة الحال مختلفة الصور، والحكم الجزائي يقصد به ذلك المقابل الذي يقرر المشرع الجنائي اقتضائه للدولة من الجاني عن ارتكاب تلك الاعتداءات سواء تمثل في عقوبة أم تدبير. وذلك على التفصيل التالي:

الفرع الأول: الأحكام التجريبية:

الأحكام التجريبية تنصرف إلى صور الاعتداء على الحقوق محل الحماية - سالف الذكر - ويقصد بالاعتداء على حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، اعتداء الغير على المصنف بما يشوه المصنف أو يمس بالحقوق الأدبية أو المالية لصاحب الحق عليه دون سند أو وجه حق⁽¹⁾ ونتناول في هذا الفرع صور الاعتداء على حقوق المؤلف والحقوق المجاورة التي جرمها التشريع الليبي بالمقارنة مع نظرائه من التشريعات العربية محل المقارنة، غير أنه يلزم الإشارة بداية إلى الاستعمالات غير المجرمة للمصنفات بوصفها رخصاً قانونية⁽²⁾ وأوجه استعمال مباحة ترجيحاً لمصلحة أولى بالرعاية .

أولاً: صور الاستعمال المباح للمصنفات:

إن حقوق مؤلفي المصنفات المختلفة وخلفائهم لا يجب أن تقف حجر عثرة أمام الاستفادة منها في بعض الأغراض التي يقتضيها الصالح العام، فمن حق المجتمع الاستفادة من هذه المصنفات التي قد يتعسف مؤلفوها فيعمدون إلى احتكارها والاستئثار بها بالعزوف عن نشرها للكافة، ما يؤدي إلى حرمان الغير منها.

وقد تفاوتت التشريعات الخاصة بحماية حق المؤلف والحقوق المجاورة في نطاق التسامح مع الغير وتمكينه من الاستفادة من المصنفات تحقيقاً للمصلحة العامة، فبعضها يتجه إلى التوسع فيها، في حين يضيق البعض الآخر من هذا التسامح.

(1) ضو مفتاح غمق، المرجع السابق، ص 229.

(2) موسى ارحومة، الحماية الجنائية لحق المؤلف في التشريع الليبي والمقارن، المرجع السابق، ص 12

والقانون الليبي رقم 9 لسنة 1968م أجاز نقل المقالات الخاصة بالمناقشات السياسية أو الاقتصادية أو العلمية أو الدينية التي تشغل الرأي العام في الصحف والنشرات الدورية مع ضرورة الإشارة إلى المصدر واسم المصنف وصاحبه. ويجوز كذلك نقل أخبار الحوادث الجارية، ونشر وإذاعة الخطب والمحاضرات والندوات والأحاديث العلنية للهيئات التشريعية والتنفيذية والاجتماعات العلمية والثقافية والسياسية والاجتماعية والدينية مادامت موجهة للكافة، نص المادة 15 منه.

ومن الجائز نقل المرافعات القضائية العلنية ونشرها، ونقل المقتبسات أو المختصرات أو البيانات الموجزة من المصنفات أو الكتب أو الروايات أو القصص في الصحف أو النشرات الدورية دون إذن من مؤلفها ولو لم تنقض المدة المحددة في القانون، نص المادة 14 من القانون المذكور.

ويسمح كذلك للفرق الموسيقية للقوات المسلحة وغيرها من الفرق التابعة للدولة أو الأشخاص العامة الأخرى - عدا فرق الإذاعة المسموعة والمرئية - إيقاع المصنفات دونما التزام بدفع مقابل بشرط أن يتم ذلك دون تحصيل رسم أو مقابل مالي، وهذا يستلزم وقوع الأداء بعد نشر المصنف لاقبله، ويعد من الاستعمالات المباحة أيضاً جواز أداء المصنف بعد نشره في اجتماع عائلي أو في جمعية أو منتدى خاص أو مؤسسة تعليمية بشرط مجانية الأداء، نص المادة 11 من القانون.

فضلاً عن أنه يباح للغير عمل نسخة واحدة من مصنف منشور للاستعمال الشخصي المحض، نص المادة 12 من القانون ، كما يحق للغير استعمال المصنف بعد انتهاء حماية حق المؤلف في حالة عدم مباشرة المؤلف هذا الحق بنفسه أو بواسطة غيره في مدى ثلاث سنوات من تاريخ أول نشر للمصنف، المادة 8 من القانون سالف الذكر.

ويجيز قانون رقم 9 لسنة 68م لمؤلفي الكتب الدراسية وكتب الأدب والتاريخ والعلوم والفنون نقل مقتطفات قصيرة من المصنفات التي سبق نشرها شرط بيان المصدر المنقول عنه مقررناً بأسماء المؤلفين وكذلك من المصنفات التي سبق نشرها في الفنون التخطيطية أو المجسمة أو الفوتوغرافية بشرط قصر النقل على ما يلزم لإيضاح المکتوب، المادة 17 منه.

ثانياً: صور الاستعمال المجرم للمصنفات⁽¹⁾:

الأعمال العدوانية التي تدخل في نطاق التجريم يمكن تصنيفها في القانون الليبي إلى نوعين: نوع خاص وآخر عام، حيث نص القانون الخاص على صور سلوكيات عدها المشرع مضرة بالمصلحة الخاصة، وهي حسب نص المادة 48 من القانون الليبي رقم 9 لعام 1968م بشأن حقوق المؤلف تمثل أحد الأفعال الآتية:

- 1- من اعتدى على حق من حقوق المؤلف المنصوص عليها في المواد 5،6،7.
 - 2- من باع أو عرض للبيع أو أذاع للجمهور بأية طريقة كانت أو أدخل إلي أراضي الدولة أو أخرج منها مصنفاً مقلداً مع علمه بالتقليد.
 - 3- من قلد في البلاد مصنفات منشورة في الخارج وتشملها الحماية التي يقرها هذا القانون وكذا من باعها أو صدرها أو تولّى شحنها للخارج⁽²⁾.
- أما القانون العام لم يخل هو الآخر من صور سلوكيات قد جرمها بغية توفير حماية للملكية الفكرية وذلك على التفصيل الآتي:
- نصت المادة 1/338 قانون العقوبات الليبي على أنه : "كل من قلد أو زور العلامات أو الأمارات المميزة لإنتاج فكري أو منتجات صناعية وطنية كانت أو أجنبية يعاقب بالحبس والغرامة التي تتراوح بين عشر جنيهاً وعشرين جنيهاً.
- ولا تطبق الأحكام السابقة إلا مع مراعاة القوانين المحلية والاتفاقات الدولية المتعلقة بحماية الملكية الفنية والصناعية".

في حين نصت المادة 339 ف1 من قانون العقوبات الليبي على أنه: "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين وبغرامة لا تزيد على مائة جنيه كل من استعمل ما قلد أو زور من العلامات أو الإمارات المميزة لإنتاج فكري أو منتجات صناعية وطنية كانت أو أجنبية دون أن يشترك في تقليدها أو تزويرها، وتطبق العقوبة ذاتها على من أدخل إلي البلاد تلك العلامات أو الإمارات

(1)نهي صلاح قرقوم، الحماية الجنائية لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة " دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير غير منشورة، للعام الجامعي 2016/2017م كلية القانون جامعة بنغازي .

(2)القانون رقم 9 لعام 1986م بشأن حق المؤلف، الجريدة الرسمية الليبية، العدد 10، بتاريخ 16 مارس 1968م.

بقصد الاتجار بها أو استلمها للبيع أو عرضها للغرض ذاته أو عمل بأي شكل آخر على تداول النجاج الفكري أو الصناعي وهو يحمل تلك العلامات أو الإمارات المقلدة أو المزورة.⁽¹⁾

بينما نصت المادة 366 من قانون العقوبات الليبي على أنه: "يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر وبغرامة لا تجاوز خمسمائة دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من عرض للبيع أو عمل بأي طريق آخر على تداول إنتاج فكري أو منتجات صناعية، وطنية كانت أو أجنبية بأسماء أو علامات أو إمارات مميزة من شأنها تضليل المشتري فيما يتعلق بأصلها أو مصدرها أو نوعها " .

ويلاحظ من المواد سالفة الذكر أن تجريم الاعتداء على حقوق المؤلف يتجلى في عدة صور وهي تختلف عما تقرره التشريعات العربية الأخرى محل المقارنة وعليه سترصد أهم النماذج التجريبية المحلية والمقارنة على النحو الآتي:

1- جريمة التقليد:

أغلب تشريعات حقوق المؤلف والحقوق المجاورة لم تعرف التقليد، لذلك يعرفه الفقه بأنه "كل تزيف يستهدف منه الفاعل إحلال مصنف مزيف محل المصنف الأصلي أو تقديم الإنتاج الذهني للغير كما لو كان إنتاجاً شخصياً"⁽²⁾.

والتقليد يمكن أن يكون بتزييف طريقة كتابة المصنف، أو طريقة تغليفه، أو إلقاءه أو بأية طريقة أخرى تضلل الجمهور، لإيهامهم بأن المصنف المقلد هو ذاته المصنف الأصلي .
وجريمة التقليد كسائر الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات تتكون من ركنين مادي ومعنوي.

لاحظنا أن أغلب التشريعات تكيف طائفة معينة من الأفعال بكونها جرائم تقليد، وتعاقب على الانتهاكات الأخرى لحقوق المؤلف بوصفها اعتداءات على حقوق المؤلف.

ويتضح مما سبق أن التقليد يتخذ صورتين: أما مباشرة وإما غير مباشرة، ويكون التقليد مباشراً عندما يقوم الجاني بتقليد مصنف أصلي، سواءً لوحده أو بالاشتراك مع غيره، أما التقليد غير المباشر فيكون بالتعامل بالمصنفات المقلدة وذلك عن طريق بيعها أو عرضها للبيع

(1) مجموعة التشريعات الجنائية الليبية، الجزء الأول (العقوبات) ، إعداد الإدارة العامة للقانون، 1424 ميلادية، ص104.

(2) عبد الحفيظ بلقاضي، مفهوم حق المؤلف وحدود حمايته جنائياً، رسالة دكتوراه، جامعة الرباط، 1997م، ص476.

واستعمالها أو إدخالها أو إخراجها من البلاد أو تداولها بأي طريقة كانت حسب ما نصت عليه المواد سالفه الذكر.

ويذهب الفقه على جرائم الاعتداء على حقوق المؤلف والحقوق المجاورة هي من جرائم السلوك المجرد⁽¹⁾ والتي لا يتطلب لاكتمال ركنها المادي تحقيق نتيجة مادية⁽²⁾ وإنما يكتمل ركنها المادي بمجرد وقوع السلوك، ودون الحاجة لإثبات ضرر يترتب عليه.⁽³⁾

أي أن جرائم الاعتداء على حقوق المؤلف لا شروع فيها، باعتبار أن جرائم السلوك المجرد لا يتلأم ركنها المادي مع طبيعة الشروع⁽⁴⁾، غير أن الصورة التجريمية المنصوص عليها في المادة 366 ع ل تستلزم نتيجة معينة لاكتمال الركن المادي لجريمة عرض المنتج الفكري للبيع أو العمل على تداوله بأسماء أو سمات كاذبة، حيث نصت على وجوب أن يكون من شأن تلك السمات الكاذبة تضليل المشتري فيما يتعلق بأصلها أو مصدرها أو نوعها.

ويشترط لاكتمال الركن المادي لجريمة التقليد - كغيرها من جرائم الاعتداء على حقوق المؤلف - انتفاء إذن المؤلف "رضا المجني عليه"، فإن وجد إذن المؤلف وكان سابقاً أو معاصراً للفعل انتفت الجريمة، أما الإذن اللاحق فلا يعتد به ولا ينفي جريمة التقليد⁽⁵⁾ لأن الفعل عند وقوعه لم يكن مشروعاً فلا يجوز إباحته بإذن لاحق⁽⁶⁾، ويلاحظ أن هذا الشرط منصوص عليه صراحة في القانون المصري (المادة 181 منه) والتونسي (الفصل 52 منه) والليبي (المادة 5 منه).

أما فيما يخص الركن المعنوي لجريمة التقليد، فتنتج أغلب التشريعات المقارنة بشأن حقوق المؤلف والحقوق المجاورة إلى تطلب القصد الجنائي العام لهذه الجريمة، باعتبارها جريمة

(1) عبد الحفيظ بلقاضي، المرجع السابق، ص 480.

(2) موسى مسعود ارحومة، الأحكام العامة لقانون العقوبات الليبي، الجزء الأول (النظرية العامة للجريمة)، الطبعة الأولى، منشورات جامعة قاريونس، بنغازي، 2009م، ص 192.

(3) جلال ثروت، نظم القسم العام في قانون العقوبات (نظرية الجريمة)، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية 2010م، ص 114.

(4) جلال ثروت، المرجع السابق، ص 310.

(5) عبد الرحمن خلفي، الحماية الجزائية لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007م، ص 158.

(6) موسى مسعود ارحومة، الأحكام العامة لقانون العقوبات الليبي، المرجع السابق، ص 554.

عمدية لا تقع بوصف الخطأ، ومن ثم فإنه ولقيام جريمة التقليد لابد وأن يتوافر علم الجاني بأركانها، وأن تتجه إرادته إلي ارتكاب سلوكها.⁽¹⁾

واتجاه إرادة المتهم إلي ارتكاب أحد الأفعال التي يجرمها القانون بوصفها جريمة تقليد مع علمه بما ينطوي عليه سلوكه من اعتداء على حقوق الغير سواء كان مؤلفاً أو صاحب حق مجاور يعد قرينة على سوء نية المتهم، ويكون على ذلك الأخير إقامة الدليل على حسن نيته.⁽²⁾ ويخضع القصد الجنائي في جرائم الاعتداء على حقوق المؤلف والحقوق المجاورة بصفة عامة، للقواعد العامة في القانون الجنائي المتعلقة بالجهل أو الغلط وأثرها على القصد الجنائي. وإذا ما توافر القصد الجنائي بعنصره العلم والإرادة، فلا عبرة بعد ذلك بالباعث على الجريمة، فتقوم الجريمة، حتى ولو كان الباعث من وراء التقليد نبيلاً⁽³⁾، وإنما يقتصر أثره على تفريد العقوبة.⁽⁴⁾

وقد اعتد المشرع الليبي بالباعث واعتبره قصداً جنائياً خاصاً في جريمة الإدخال للبلاد علامات وأمارات مقلدة أو مزورة لإنتاج فكري الواردة في الفقرة الثانية من نص المادة 339 من قانون العقوبات ، حيث استلزمت أن يكون الإدخال بقصد الاتجار. ويستوجب على المحكمة عند تسبب أحكامها بالإدانة في جرائم التقليد استظهار القصد الجنائي استظهاراً كافياً، باعتباره الركن المعنوي الذي لا تقوم الجريمة بدونه وإلا عُـد حكمها قاصر البيان بما يعيبه ويوجب نقضه.⁽⁵⁾

2- بيع مصنف محمي أو عرضه للبيع دون إذن صاحبه:

تختلف هذه الجريمة عن جرائم بيع المصنفات المقلدة أو عرضها للبيع، حيث يقع السلوك في هذه الحالة على مصنفات أصلية، يبيعت أو عُـرضت للبيع دون الحصول على إذن من صاحب

(1) يسرية عبد الجليل، الحماية المدنية والجنائية لحق المؤلف، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص164.

(2) عبد الرازق الموافي عبد اللطيف، المرجع السابق، ص287.

(3) يسرية عبد الجليل، المرجع السابق، ص166.

(4) عبد الرازق الموافي عبد اللطيف، المرجع السابق، ص291.

(5) وفي هذا المعنى انظر حكم محكمة النقض المصرية- طعن جنائي رقم 1063، جلسة 1977/1/30م، مكتب فني 28، السنة 46ق.

الحق عليها⁽¹⁾. ولم يفرد القانون الليبي لحقوق المؤلف نصاً خاصاً بتجريم بيع المصنفات الأصلية أو عرضها للبيع، بل نص فقط على تجريم بيع المصنفات المقلدة أو عرضها للبيع، وإن كان تجريم الفعل يشمل التجريم العام الوارد في نص الفقرة الأولى من المادة 48 من القانون الليبي لحقوق المؤلف والتي جرمت كل اعتداء يقع على حقوق الاستغلال المالي للمؤلف، وذلك على عكس كل من القانون المصري والتونسي.

3- تأجير مصنف محمي أو عرضه للإيجار دون إذن صاحبه:

يتمثل السلوك الإجرامي لهذه الجريمة في تأجير المصنف المحمي سواءً أكان مصنفاً أصلياً أم مقلداً من دون إذن صاحبه⁽²⁾ أي نقل امتلاك الأصل لمصنف أو لنسخه من مصنف أو لمسجل صوتي لمدة محددة بهدف الربح.

وقد نص القانون المصري رقم 82 لعام 2002م للملكية الفكرية في الفقرة الأولى من المادة 181 على تجريم تأجير المصنف أو التسجيل الصوتي أو البرنامج الإذاعي دون إذن كتابي مسبق من المؤلف أو صاحب الحق المجاور.⁽³⁾

أما القانون التونسي ومثله القانون الليبي لحقوق المؤلف، فلم يفرد نصاً خاصاً بتجريم تأجير المصنفات الأصلية أو المقلدة، غير أنه السلوك يقع تحت طائلة تجريم الفقرة الأولى من الفصل 52 في القانون التونسي و الفقرة الأولى من المادة 38 في القانون الليبي، والتي جرمت كل اعتداء على حقوق المؤلف في الاستغلال المادي لمصنفه.

4- جريمة تداول مصنف محمي، أو طرحه للتداول دون إذن صاحبه:

ويقصد بتداول المصنف، إتاحتها للجمهور وتناقله من شخص لآخر بمقابل أو دون مقابل، أما الطرح للتداول فيقصد به إتاحة المصنف للجمهور بهدف تداوله⁽⁴⁾. سواءً تم طرحه أو تداوله

(1) عبد الرزاق المواقفي عبد اللطيف، الحماية الجنائية لحق المؤلف، (القسم الثاني)، مجلة الحقوق العدد الأول السنة 36 لسنة 2012م، ص 295.

(2) عبد الرزاق المواقفي عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 301.

(3) القانون المصري رقم 82 لعام 2002م بشأن الملكية الفكرية، الجريدة الرسمية المصرية، عدد 22 مكرر، بتاريخ 2 يونيو 2002م.

(4) عبد الرزاق المواقفي عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 303.

بالطرق التقليدية أو السببرانية⁽¹⁾ وقد نص على تجريم هذه الصورة القانون المصري في البند أولاً من الفقرة الأولى للمادة 181 من قانون الملكية الفكرية.

وفي القانون الليبي لحقوق المؤلف، لا يوجد تجريم مستقل لتداول أو الطرح للتداول لمصنفات أو البرامج الإذاعية أو التسجيلات الصوتية بيد أنه يمكن الاستناد إلي نص الفقرة الأولى من المادة 48 سالف الذكر، لحماية المصنفات من كل استغلال غير مشروع يمكن أن يقع عليها.

وفي القانون التونسي المتعلق بالملكية الفكرية والأدبية، لا يوجد تجريم مستقل لتداول أو الطرح للتداول لمصنفات أو البرامج الإذاعية أو التسجيلات الصوتية بيد أنه يمكن الاستناد إلي نص الفقرة الأولى من الفصل 52 سالف الذكر، لحماية المصنفات من كل استغلال غير مشروع يمكن أن يقع عليها.

5- نشر مصنف محمي، دون إذن صاحبه:

جرم المشرع الليبي كل اعتداء يقع على حقوق المؤلف المتعلقة بالنشر والاستغلال المالي لمصنفاته حسبما هو وارد بنص المادة 48 ف أ من القانون الليبي رقم 9 لعام 1968م بشأن حقوق المؤلف، ويتحقق الركن المادي لهذه الجريمة بإتاحة المصنف المحمي إلي الجمهور بغير إذن المؤلف، سواءً عن طريق الإلقاء أم العرض أم البث أم الإذاعة أم الاستنساخ أم بأية طريقة أخرى⁽²⁾، وإذا ما وقع النشر عبر الشبكة العنكبوتية، فتقع الجريمة في الوقت الذي يكون فيه بإمكان مستخدم الشبكة مشاهدة أو سماع المصنفات المنشورة.⁽³⁾

وقد كان القانون المصري أكثر تطوراً من المشرع الليبي بأن نص صراحة على تجريم الصور السببرانية وذلك في البند رابعاً من الفقرة الأولى للمادة 181 من قانون الملكية الفكرية "...نشر مصنف أو تسجيل صوتي أو برنامج إذاعي أو أداء محمي عبر أجهزة الحاسب الآلي أو شبكات الانترنت أو شبكة المعلومات أو شبكات الاتصالات أو غيرها من الوسائل..."

(1) سعيد سعد عبد السلام، الحماية القانونية لحق المؤلف والحقوق المجاورة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004م، ص220.

(2) عبد الرشيد مأمون ومحمد سامي عبد الصادق، حقوق المؤلف والحقوق المجاورة في ضوء قانون حماية الملكية الفكرية الجديد رقم 82 لعام 2002م، الكتاب الأول(حقوق المؤلف)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004م، ص54.

(3) شحاتة غريب شلقامي، المرجع السابق، ص369.

أما القانون التونسي فقد أضاف مصطلح المصنفات الرقمية بالقانون رقم 33 لسنة 2009م المتعلقة بالملكية الأدبية والفنية.

6- الجرائم التي تقع على برامج الحاسوب وتطبيقاتها وقواعد البيانات:

اختلفت التشريعات في سياساتها في تجريم الاعتداءات التي تقع على برامج الحاسوب وتطبيقاتها وقواعد البيانات. فمنها ما يفرد لتجريم هذه الاعتداءات نصوصاً مستقلة، مثال الفصول 46-47 - وكذلك فقرة مستقلة في الفصل 52 من القانون التونسي رقم 33 لعام 2009م للملكية الأدبية والفنية⁽¹⁾، واستحدث مصطلح المصنفات الرقمية كما أسلفنا.

كذلك مسلك المشرع المصري في القانون رقم 82 لعام 2002م بشأن الملكية الفكرية حيث قررت المادة 138 منه في فقرتها السادسة بأن من بين صور المصنف المشتق قواعد البيانات المقررة سواء على الحاسب أو غيره، بينما أكدت الفقرة التاسعة منها أن النسخ يكون بأي طريقة بما فيها التخزين الإلكتروني.

أما القانون الليبي رقم 9 لعام 1968 بشأن حقوق المؤلف فلم ينص على مصنفات الحاسوب من بين المصنفات المشمولة بالحماية، وإن كانت المادة الأولى من هذا القانون فيها من العمومية ما يسمح بامتداد حمايته لهذه المصنفات، حيث نصت على أنه: "يتمتع بحماية هذا القانون مؤلفو المصنفات المبتكرة في الآداب والفنون والعلوم أيّاً كان نوع هذه المصنفات أو طريقة التعبير عنها".

7- جرائم الاعتداء على وسائل الحماية التقنية، أو المعلومات الإلكترونية التي تستهدف حماية حقوق المؤلف أو الحقوق المجاورة

يقصد بوسائل الحماية التقنية أو التدابير التكنولوجية الفعالة؛ كل نظام تقني يلجأ إليه المؤلف أو صاحب الحق المجاور لحماية مصنفاته أو برامج من اعتداء الغير عليها، بحيث يحول هذا النظام دون حصول الغير على المصنفات أو البرامج محل الحماية أو مشاهدتها أو الاستماع إليها، إلا إذا اشترك في النظام التقني المعد لغرض الحماية، ومن أمثلتها نظم التشفير التي تستخدمها القنوات الفضائية لحماية كل ما تعرضه من مصنفات أو برامج من أي اعتداء قد

(1) القانون التونسي رقم 33 لعام 2009م بشأن تنقيح وإتمام القانون رقم 36 لعام 1994، الرائد التونسي للجمهورية التونسية، العدد 52، بتاريخ 30 جوان 2009م، ص2255.

يقع عليها⁽¹⁾، وكذلك نظم الحماية التي تستخدمها المكتبات الرقمية، والتي تفرض على المستخدم استيفاء إجراءات التسجيل والاشتراك ودفع رسوم محددة في مقابل الحصول على خدماتها المتمثلة في الاطلاع على المصنفات أو تحميلها.

كما تعرف بأنها: "أي تكنولوجيا أو إجراء أو وسيلة تتبع كالتشفير أو ضبط استخراج النسخ والتي تستخدم لمنع أو للحد من القيام بأعمال غير مرخص لها من قبل أصحاب الحقوق"⁽²⁾.

والاعتداء على وسائل الحماية التقنية أو المعلومات الإلكترونية التي تستهدف حماية حقوق المؤلفين وأصحاب الحقوق المجاورة، أما أن يكون مباشراً بالاعتداء هذه الوسائل مباشرة بإزالتها أو تعطيلها، أو تعييبها، وأما أن يكون غير مباشر باستيراد أو تصنيع أو تجميع أو بيع أو تأجير أجهزة أو أدوات مخصصة للتحايل على تلك الوسائل .

8- جرائم الإزالة أو التعطيل أو التعييب لوسائل الحماية التقنية أو المعلومات الإلكترونية التي تستهدف حماية حقوق المؤلف أو الحقوق المجاورة:

يتجسد الركن المادي لهذه الجريمة في قيام الجاني بإزالة أو تعطيل أو تعييب وسيلة الحماية التقنية أو المعلومات الإلكترونية التي يستخدمها المؤلف أو صاحب الحق المجاور لحماية حقوقه.⁽³⁾ ويقصد بالإزالة القيام بأي عمل من شأنه أن يؤدي إلى فك الحماية التقنية أو المعلومة الإلكترونية أو إلغائها أو محوها.⁽⁴⁾

ويقصد بالتعطيل القيام بأي عمل من شأنه أن يؤدي إلى إيقاف عمل الوسيلة التقنية أو المعلومات الإلكترونية، فتصبح تلك النظم غير فعالة في القيام بوظيفتها من حيث حماية المصنف.⁽⁵⁾

أما التعييب فمفهوم يشير إلى القيام بأي عمل من شأنه إلحاق الأذى بالوسيلة التقنية أو المعلومات الإلكترونية، فتصبح تلك النظم عاجزة عن القيام بوظيفتها في حماية المصنف.⁽⁶⁾

(1) عبد الرشيد مأمون ومحمد سامي عبد الصادق، المرجع السابق، ص 522.

(2) حسب تعريف القانون الأردني لحقوق المؤلف رقم 23 لعام 2014م في المادة الثالثة منه .

(3) يسرية عبد الجليل، المرجع السابق، ص 175.

(4) عبد الرازق الموافي عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 321.

(5) فنتحية محمد قوراري، المرجع السابق، ص 362.

(6) فنتحية محمد قوراري، المواجهة الجنائية لقرصنة المصنفات الإلكترونية بتقنية (peer to peer)، مجلة الحقوق،

العدد الأول، سنة 34، مارس، 2010م. ص 322.

وقد نص القانون المصري للملكية الفكرية رقم 82 لعام 2002م في المادة 181 ف 6 منه على تجريم الإزالة والتعطيل والتعيب بسوء نية لأي حماية تقنية وضعها المؤلف أو صاحب الحق المجاور لحماية حقوقه.

بينما عبر المشرع التونسي عن الصورة الإجرامية في الفصل 52 من القانون رقم 33 لسنة 2009م المتعلق بالملكية الأدبية والفنية بصياغة " ...كل من يتخلص أو يحاول التخلص من أعمال المراقبة الرامية للثبوت من المنتجات المقلدة والمشتبه في كونها مدلسة..."

9- جرائم التصنيع أو التجميع لوسائل التحايل على الحماية التقنية التي تستهدف حماية حقوق المؤلف أو الحقوق المجاورة :

تنص أغلب التشريعات الحديثة لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، على تجريم هذه الأفعال باعتبارها انتهاكات لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة.

ويقصد بالتصنيع: " تخليق أجهزة لم تكن موجودة بهدف الاحتيال على الحماية التقنية التي يستخدمها المؤلف أو صاحب الحق المجاور لحماية حقوقه " .

أما التجميع فهو: " جمع عدة أجزاء أو تركيبها بهدف تصنيع جهاز أو أداة تستخدم للتحايل على الحماية التقنية التي يستخدمها المؤلف أو صاحب الحق المجاور لحماية حقوقه"⁽¹⁾.

وقد نصت على تجريم هذه الصورة المادة 181 من قانون الملكية الفكرية المصري رقم 82 لسنة 2002م في البند الخامس من الفقرة الأولى، حيث قضت بمعاقبة التصنيع أو التجميع أو الاستيراد بغرض البيع أو التأجير لأي جهاز أو وسيلة أو أداة مصممة أو معدة للتحايل على حماية تقنية يستخدمها المؤلف أو صاحب الحق المجاور كالتشفير أو غيره.

الفرع الثاني: الأحكام الجزائية:

معلوم أن الاعتداءات سالفه الذكر تواجه مدنياً بالجزاء المدني وهو التعويض عن الضرر المادي والأدبي، شرط أن يثبت المدعي الضرر الذي لحقه جراء ذلك الاعتداء الخاطيء بيد أن الجزاء المدني قليل الردع لا ينقص من حقوق المعتدي سوى حقه في التملك، أما الجزاء الجنائي للاعتداء على حقوق المؤلف والحقوق المجاورة فيتميز بقوة ردعه العام والخاص فهو يهدد بالانقاص من الحق في الحرية⁽²⁾، وقد يهدد بالمساس بالشرف والاعتبار من خلال عقوبة نشر الحكم بالإدانة.

(1) عبد الرازق الموفي عبد اللطيف، المرجع السابق، ص: 214.

(2) عبد الرشيد مأمون ومحمد سامي عبد الصادق، المرجع السابق، ص 513.

وتتجه التشريعات محل البحث بشأن حماية حقوق المؤلف والحقوق المجاورة إلي اعتبار جرائم الاعتداء على هذه الحقوق من قبيل الجنح⁽¹⁾ لذلك فإنها تقرر لها العقوبات الآتية:
أولاً: العقوبات الأصلية:

اختلفت تشريعات حقوق المؤلف والحقوق المجاورة في نوع العقاب على جرائم حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، فبعضها قررت جزاءً موحداً لكل صور الاعتداء على حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، وبعض التشريعات ميزت بين جرائم الاعتداء على حقوق المؤلف والحقوق المجاورة من حيث مقدار العقوبة من وجهة، ومن حيث مدى وجوبية أو جوازية الحبس أو الغرامة من جهة أخرى. وتقتصر الدراسة على القوانين المقارنة: القانون الليبي رقم 9 لعام 1968م بشأن حق المؤلف في المادة 48 منه بالإضافة للمواد المنصوص عليها في قانون العقوبات ، والقانون المصري رقم 82 لعام 2002م بشأن الملكية الفكرية في المادة 181 منه ، والقانون التونسي رقم 33 لعام 2009م بشأن الملكية الأدبية والفنية في المادة 52 منه.

1- الحبس:

لم ينص القانون الليبي رقم 9 لعام 1968م بشأن حق المؤلف على عقوبة الحبس من بين العقوبات المقررة جزاءً لجرائم الاعتداء على حقوق المؤلف، إلا أن المادة 338 من قانون العقوبات الليبي قد فرضت عقوبة الحبس كجزاء لكل من قلد أو زور علامات أو أمارات مميزة لإنتاج فكري وهو وجوبي إضافة للغرامة ومقداره غير محدد مما يعني سلطة القاضي للوصول به للحد الأقصى وهو سنوات ثلاث.

أيضاً المادة 339 من قانون العقوبات الليبي قد فرضت عقوبة الحبس جزاءً لجرائم استعمال العلامات أو الإمارات المميزة لإنتاج فكري، أو إدخالها للبلاد أو بيعها أو عرضها للبيع أو تداولها بأي شكل أو عمل آخر بقصد الاتجار بها ، وقد حددت الحد الأقصى للعقوبة بما لا يزيد على سنتين، وجعلت الحبس وجوبياً مع الغرامة.

كما ورد النص على عقوبة الحبس جزاءً لجرائم العرض للبيع الإنتاج فكري أو منتجات صناعية وطنية أو أجنبية بأسماء أو علامات أو إمارات مميزة من شأنها تضليل المشتري فيما يتعلق بأصلها أو مصدرها أو نوعها أو تداولها بأي طريق آخر، وذلك حسبما جاءت به المادة

(1) سعيد سعد عبد السلام، المرجع السابق، ص 229.

366 من قانون العقوبات الليبي، والتي حددت الحد الأدنى للعقوبة بمدة لا تقل عن ثلاثة أشهر وجعلته وجوبياً مع الغرامة.

ويجدر التنويه بأن هذه المواد الواردة في قانون العقوبات الليبي قد صيغت في إطار سياسة جنائية تحمي مصلحة عامة وليست خاصة فهي تحمي الثقة العامة والاقتصاد العام وهي جرائم وردت في الكتاب الثاني من قانون العقوبات حيث المصلحة العامة هي معيار التجريم والعقاب ولذلك نص على العقوبة السالبة للحرية بعكس القانون الخاص رقم 9 لسنة 78م الذي تبنى معيار المصلحة الخاصة إلا وهي مصلحة المؤلف في حماية حقوقه مما جعله يقتصر على الجزاء الجنائي المالي وهي سياسة جنائية تستوجب التعديل الفوري ، نظراً لهزلية الجزاء مما لن يمكنه من تحقيق أهدافه سواء منها الردع العام أو الخاص لاسيما وإن مقداره بسيط جداً بالنظر للقوة الشرائية للنفود حالياً فهو مجرد 50 دل فقط لا غير!

أما القانون المصري رقم 82 لعام 2002م بشأن الملكية الفكرية فإنه من القوانين التي اتجهت إلي فرض عقوبة موحدة لجميع جرائم الاعتداء على حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، وقد حددت المادة 181 من هذا القانون الحد الأدنى لعقوبة الحبس بمدة لا تقل عن الشهر، وجعلته جوازياً مع الغرامة، وفي حالة العود فقد نصت على رفع الحد الأدنى للعقوبة بما لا يقل عن ثلاثة أشهر، وقررت أن العقوبة تكون وجوبية في هذه الحالة.

بينما لم يتبن المشرع التونسي في القانون رقم 33 لعام 2009م بشأن الملكية الأدبية والفنية، الجزاء المماثل للجزاء في القانون المصري إلا في حالة العود، وحتى في هذه الحالة يكون الحبس جوازياً، وقد حدد حدّيه الأدنى والأقصى بما لا يقل عن شهر ولا يزيد على سنة حسبما هو مقرر بالمادة 52 منه.

وبذلك تكون السياسة الجنائية الجزائية للقانون المصري أكثر شدة مما يحقق حماية أكبر لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة وحبذا لو يحتذي مشرعنا حذوه .

2- الغرامة:

تتجه بعض تشريعات حقوق المؤلف والحقوق المجاورة إلي الاكتفاء بالعقوبات المالية جزاءً للاعتداء على حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، وفي هذه الحالة تكون الغرامة وجوبية، وتقتصر سلطة القاضي التقديرية على تحديد مقدار الغرامة، ومن هذه التشريعات، القانون الليبي رقم 9 لعام 1968م بشأن حقوق المؤلف، حيث نصت المادة 48 منه على أنه : " يعاقب بغرامة لا تقل عن عشرين جنيهاً ولا تزيد على خمسمائة جنية كل من ارتكب أحد الأفعال الآتية .."،

كما أن القانون الجنائي حين نص على تجريم بعض صور الاعتداء على المصلحة العامة المتمثلة في الاعتداء على الانتاج الفكري قد نص على الغرامة كجزاء جنائي وان لم ينص عليها منفردة بل صحبة الحبس وهي غرامة بسيطة القيمة بما لا يلائم أهداف الجزاء الجنائي حيث تتصاعد القيمة الجزائية على النحو الآتي: تتراوح بين عشرة وعشرين ديناراً ليبيا م 338 ع ل، ولا تزيد على مائة دل وفق المادة 339 ع ل، وتصل إلى الخمسمائة دينار حسب نص المادة 366 ع ل.

وكذلك القانون التونسي رقم 33 لعام 2009م المتعلق بالملكية الأدبية والفنية، والذي فرض جزاءً موحداً لجرائم الاعتداء على حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، وقرر أن تكون العقوبة هي الغرامة التي تتراوح بين ألف دينار وخمسين ألف دينار، ولكنه قرر الحكم بعقوبة الحبس الذي تتراوح مدته بين شهر وعام أو الغرامة، مع مضاعفة مقدارها في حالة العود، حسب ما نص عليه الفصل 52 من القانون المذكور .

أما القانون المصري رقم 82 لعام 2002م بشأن الملكية الفكرية فقد قررت المادة 181 منه جواز الغرامة، فيكون للقاضي سلطة تقديرية في أن يحكم بالغرامة فقط أو الحبس فقط أو الحبس والغرامة معاً بينما نص على وجوبية الحبس والغرامة في حالة العود، كما يلاحظ على القانون المصري، تناسب مبلغ الغرامة مع القوة الشرائية للنقود حالياً، ولعل السبب يعود إلى حادثته؛ حيث قرر للجريمة الأولى مبلغ خمسة آلاف جنيه مصري للحد الأدنى وعشرة آلاف جنيه مصري للحد الأقصى، بينما قرر للجريمة في حال العود غرامة تتراوح قيمتها بين العشرة آلاف جنيه والخمسين ألف جنيه مصري.

ثانياً: العقوبات التكميلية:

اختلفت التشريعات المقارنة لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة من حيث أنواع العقوبات غير الأصلية التي تفرضها من ناحية، ومن حيث وجوبيتها أو جوازيتها من ناحية أخرى، وذلك على النحو التالي:

1- المصادرة:

يمكننا رصد تباين تشريعي بشأن عقوبة المصادرة فيما بين التشريعات محل المقارنة، وذلك من حيث وجوبية المصادرة من ناحية، ومن حيث الأموال التي تكون محلاً للمصادرة من ناحية أخرى.

بعض التشريعات جعلت المصادرة جوازية، كالقانون الليبي رقم 9 لعام 1968م بشأن حق المؤلف، حيث نصت المادة 48 منه على أنه: " ويجوز للمحكمة أن تقضي بمصادرة جميع

الأدوات المخصصة للنشر غير المشروع الذي وقع بالمخالفة لأحكام المواد 6،7،8،10 التي لا تصلح إلا لهذا النشر، وكذلك مصادرة جميع النسخ محل الجريمة" وتتضمن المادة 6 حق المؤلف في الاستغلال، والمادة 7 تنظم حق المؤلف في تعديل مصنفه وتحويره، وتتص المادة 8 على حق المؤلف في ترجمة مصنفه، بينما نجد أن المادة 10 تنظم حق الدائنين في الحجز على نسخ المصنف، ومن هنا نستغرب إحالة المشرع الليبي إلي نص المادة العاشرة من هذا القانون لأنها لا تتعلق بأفعال تعد انتهاكاً لحقوق المؤلف لتكون المصادرة عقوبة لها، ولعل الإحالة للمادة التاسعة أكثر ملائمة حيث أنها تنظم حق المؤلف في الحذف والتغيير في المصنف.

وعن محل عقوبة المصادرة حسبما هو مقرر بنص المادة 48 سالفه الذكر، فهي الأدوات المخصصة للنشر غير المشروع، والنسخ محل الجريمة، بالرغم من أن جرائم الاعتداء على حقوق المؤلف المنصوص عليها في هذا القانون لا تنحصر فقط في النشر غير المشروع، ولذلك كان من الأصوب تشريعاً النص على مصادرة الأدوات التي استخدمت في ارتكاب الجريمة.

كما أن القانون الليبي قد اكتفى بالنص على مصادرة النسخ محل الجريمة، ويجدر التأكيد بأن محل الجريمة هو من وقع عليه الفعل المجرم أي المصنف الأصلي ومن ثم كان من الأوفق أن ينص المشرع على مصادرة النسخ المتحصلة من الجريمة "النسخ المقلدة" أسوة بالمشرع المصري في الفقرة الثانية من المادة 181 من قانون الملكية الفكرية.

وسار على النهج ذاته القانون التونسي رقم 33 لسنة 2009م المتعلق بالملكية الأدبية والفنية، فقد نص في الفصل 55 جديد على أنه يمكن للمحاكم المختصة عند البت في الأصل أن تأذن من تلقاء نفسها أو بطلب من صاحب الحق المتضرر أو من ينوبه بمصادرة النسخ والمعدات والوسائل المستخدمة بصفة رئيسية في ارتكاب المخالفة أو بإتلافها.

بينما قرر المشرع المصري انتهاج درب آخر حيث نص على وجوبية المصادرة بالنسبة للمصنف المعتدى عليه والمعدات والآلات المستخدمة في الجريمة في حالتها الإدانة و البراءة على حد سواء، وهي في الحالة الأخيرة تعد تدبيراً احترازياً وليست عقوبة لأن المصادرة لا تعد عقوبة إلا في حالة الحكم بالإدانة.⁽¹⁾

(1) موسى ارحومة، الحماية الجنائية لحق المؤلف في التشريع الليبي والمقارن، المرجع السابق، ص: 19

2- غلق المنشأة:

ويقصد به عدم تمكين المنشأة من استمرار ممارسة نشاطها، وحرمان المحكوم عليه من استغلال المنشأة حتى لا يتكرر ارتكاب الجريمة⁽¹⁾، وهو إما أن يكون مؤقتاً بمدة معينة، وإما أن يكون نهائياً، وإما أن يكون عقوبة وجوبية، وإما أن يكون عقوبة جوازية.

وقد نص القانون المصري رقم 82 لعام 2002، على عقوبة الغلق، وجعلها عقوبة جوازية، باستثناء حالات العود للجرائم المنصوص عليها في البندين الثاني والثالث من القانون المذكور، وهي جرائم التقليد ومع يصاحبها من سلوكات ضارة مثل: بيع أو عرض للبيع أو للتداول أو للإيجار المصنف المقاد الداخلي أم الخارجي، ففي تلك الحالات يكون الغلق وجوبياً، كما أنه قد قرر أن يكون الغلق مؤقتاً بمدة لا تتجاوز ستة الأشهر حسب نص المادة 181 منه .

وكذلك نص المشرع التونسي في المادة 55 من القانون رقم 33 لعام 2009م بشأن الملكية الأدبية والفنية على توقيف النشاط موضوع المخالفة في المحل الذي سجلت به المخالفة بصفة وقتية لا تتجاوز ستة أشهر، وأجاز أن يكون التوقيف نهائياً في حالة العود.

أما القانون الليبي لحقوق المؤلف فلم ينص على عقوبة الغلق من بين الجزاءات المقررة للاعتداء على حقوق المؤلف، رغم كونها عقوبة رادعة خصوصاً في حالات العود، فالمنشأة التي تقوم بالاعتداء على حقوق المؤلف والحقوق المجاورة بشكل متكرر لا بد أن يوقع عليها جزاء رادع يمنعها من العودة لارتكاب الفعل المجرم.

ولعل عدم نص المشرع الليبي على هذه العقوبة قريبة على انصراف إرادته إلى عدم مساعلة الشخص المعنوي عن انتهاكات حقوق المؤلف والحقوق المجاورة له، وهو ما يعد خلافاً جسيماً في السياسة الجنائية إزاء حماية هذه الحقوق من الاعتداءات المحتملة من الأشخاص المعنوية، ولا ينسجم مع السياسة الجنائية الحديثة للمشرع الليبي في كثير من القوانين الخاصة مما يستدعي تدخلاً سريعاً لتعديله وتلافي هذا القصور في الحماية الجنائية لحق المؤلف والحقوق المجاورة له.

3- الإتلاف لنسخ المصنف:

ويقصد بالإتلاف جزاءً للاعتداء على حقوق المؤلف أو الحقوق المجاورة "إعدام نسخ أو صور المصنف محل الاعتداء، أو جعلها غير صالحة للاستعمال"⁽²⁾ ولم ينص القانون الليبي رقم

(1) عبد الرازق الموفي عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 340.

(2) نواف كنعان، حق المؤلف، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، بدون تاريخ نشر، ص 459.

9 لعام 1968م بشأن حق المؤلف على عقوبة الإلتلاف، أما نص المادة 46 من القانون المذكور فإنه ينص على الإلتلاف كإجراء تحفظي يتم أثناء نظر النزاع للحفاظ على حق المؤلف من الضياع ولكنه لم ينص عليه كعقوبة.

ولم ينص القانون المصري محل المقارنة على مثل هذا الجزاء، بينما نص المشرع التونسي على عقوبة الإلتلاف جزاءً الاعتداء على حق المؤلف وجعلها عقوبة وجوبية، فقد نص الفصل 55 من القانون رقم 33 لعام 2009م بشأن الملكية الأدبية والفنية على أنه: "يمكن للمحاكم المختصة عند البت في الأصل أن تأذن من تلقاء نفسها أو بطلب من صاحب الحق المتضرر أو من ينوبه بمصادرة النسخ والمعدات والوسائل المستخدمة بصفة رئيسية في ارتكاب المخالفة أو بإتلافها...".

3- نشر الحكم بالإدانة :

تتجه أغلب تشريعات حقوق المؤلف والحقوق المجاورة إلي تقرير هذه العقوبة جزاءً للاعتداء على حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، كونها تحقق الردع العام، ولكنها تختلف من حيث تقريرها بصورة وجوبية أو جوازية.

والقانون الليبي قد أخذ بالحالين فقد جعل نشر الحكم بالإدانة أمراً جوازياً للقاضي، في المادة 48 من القانون الليبي رقم 9 لعام 1968م بشأن حق المؤلف: "...كما يجوز لها أن تأمر بنشر الحكم في جريدة واحدة أو أكثر على نفقة المحكوم عليه".

إلا أن المادة 340 من قانون العقوبات الليبي قد أوجبت نشر الحكم بالإدانة في الجرح المنصوص عليها في المادة 339 وكذلك 338 من قانون العقوبات⁽¹⁾ والمتعلقة بتزوير أو تقليد العلامات أو الأمارات المميزة لإنتاج فكري وكذلك استعمال ما قلد أو زور من تلك العلامات.

كما أن المادة 367 من قانون العقوبات الليبي قد أوجبت نشر الحكم بالإدانة بالنسبة للجرائم المنصوص عليها في المادة 366 من قانون العقوبات والمتعلقة بالعرض للبيع أو التداول لإنتاج فكري، ولعل الفرق بين الحكمين يرجع لقيمة المصلحة المحمية فهي في نصوص قانون العقوبات سالفة الذكر تُعد مصلحة عامة أولى بالرعاية مما يستوجب تشديد المعاملة الجنائية.

وسار على النهج الجوازي القانون التونسي رقم 33 لسنة 2009م بأن الملكية الأدبية والفنية، حيث نصت الفقرة الأخيرة من الفصل 55 الجديد على مكنة المحاكم المختصة بأن تحكم

(1) وصفت المادة 340 عقوبة نشر الحكم الصادر بالإدانة بالعقوبة التبعية وذلك في عنوانها .

بنشر الحكم كلياً أو جزئياً بالصحف التي تعينها مع تحديد مدة النشر، وتعليق نسخة منه بالأماكن التي تعينها وذلك على نفقة المحكوم عليه.

أما القانون المصري رقم 82 لعام 2002م بشأن الملكية الفكرية، فقد أوجب في المادة 8 منه نشر الحكم بالإدانة في جريدة حكومية أو أكثر على نفقة المحكوم عليه.

المطلب الثالث:

الأحكام الإجرائية للحماية الجنائية لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة

نظراً للطبيعة الخاصة للاعتداءات الواقعة على حقوق المؤلف والحقوق المجاورة له، ولأسبباً في ظل التطور الهائل لتقنيات نشر المصنفات الفكرية وبتثها، التي جعلت الحصول على تلك المصنفات والتصرف فيها بأي طريقة تضر بحقوق أصحابها أمراً في غاية السهولة، لذا كان من الضروري النص على إجراءات خاصة بالتقاضي في تلك الجرائم لتضمن الحماية الجنائية الإجرائية القصوى لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة.

وعند التطرق للأحكام الإجرائية لحماية حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، قد يُخلط بين الإجراءات المدنية التي تحفظ حق المؤلف على وجه السرعة، وبين الإجراءات الجنائية⁽¹⁾، لذا سنشير في الفرع الأول من هذا المطلب إلى الإجراءات التحفظية ذات الطابع المدني، ثم نتطرق في الفرع الثاني لإجراءات التقاضي أمام القضاء الجنائي.⁽²⁾

الفرع الأول: الإجراءات المدنية التحفظية:

الحماية الإجرائية التحفظية المستعجلة لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة هي إجراءات تهدف إلى حفظ حق المؤلف إلى أن يُفصل في دعوى الاعتداء على حق المؤلف أو الحقوق المجاورة، وذلك لإيقاف الاستعمال غير المشروع للمصنفات المحمية⁽³⁾ فهي إجراءات مدنية يختص بها القاضي المدني وينظمها قانون المرافعات المدنية، ولها أهميتها في الحفاظ على حقوق المؤلف والحقوق المجاورة - لاسيما من الناحية الجنائية - إذ إن جرائم الاعتداء على حقوق

(1) محمد جمال الدين الأهواني، حماية القضاء الوقتي لحقوق الملكية الفكرية (مقتضيات السرعة وإزالة العقبات)، الطبعة الأولى، 2011م، ص 4.

(2) نهى صلاح قرقوم، الحماية الجنائية لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة " دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير غير منشورة، للعام الجامعي 2016/2017م كلية القانون جامعة بنغازي .

(3) رشاد توام، الأمانة العلمية في البحث الأكاديمي ارتباطاً بحق المؤلف، ص 21، بحث منشور على الربط:

<https://repository.najah.edu> تاريخ الزيارة 2018/5/10م، بالساعة: 7:30 صباحاً.

المؤلف والحقوق المجاورة ليست مادية في أغلب الأحيان، فكانت الحاجة ماسة لإجراءات وقتية سريعة - تسبق الفصل في الدعوى وتهدف إلي المحافظة على الدليل لإثبات واقعة الاعتداء أمام المحكمة، وإجراء وصف تفصيلي للمصنفات التي يُعتدى عليها وتُحجز لحفظ الأدلة من الضياع، وإيقاف الاعتداء ومنع استمراره⁽¹⁾ وقد نص عليها القانون الليبي لحق المؤلف في المواد 44، 45، 46، 47، منه.

فقد قررت المادة 44 من هذا القانون أن يكون لرئيس المحكمة الابتدائية بناءً على طلب ذوي الشأن أن يأمر بحجز المصنف الأصلي أو نسخه أو صورته والمواد المستخدمة في إعادة النشر والإيراد الناتج عن النشر أو العرض، كما يجوز له أن يأمر بإتلاف نسخ المصنف الذي نشر بوجه غير مشروع وصوره هو، والمواد المستعملة في نشره بشرط ألا تكون صالحة لعمل آخر، كما يكون له الأمر بتغيير معالم النسخ أو المواد وجعلها غير صالحة للعمل، كل ذلك على نفقة الطرف المسؤول حسبما هو وارد بنص المادة 46 من القانون المذكور.

وقد أوجب القانون المذكور أن يرفع صاحب المصلحة دعوى الموضوع إلي المحكمة المختصة خلال الخمسة عشر يوماً التالية لصدور الأمر، وإلا زال كل أثر لطلبه، حسبما هو وارد بنص المادة 46 سالفة الذكر.

كما أجاز القانون لمن صدر ضده الأمر أن يتظلم منه أمام رئيس المحكمة الأمر، والذي يجوز له بعد سماع أقوال طرفي النزاع أن يقضي بتأييد الأمر أو إلغائه كلياً أو جزئياً، أو بتعيين حارس تكون مهمته إعادة نشر نسخ للمصنف محل النزاع أو عرضها أو صناعتها أو استخراجها على أن يودع الإيراد الناتج في خزنة المحكمة إلي أن يفصل في أصل النزاع من المحكمة المختصة حسب نص المادة 45 من القانون الليبي رقم 9 لعام 1968م بشأن حق المؤلف.

وتسري القواعد العامة لقانون المرافعات المدنية على الإجراءات التحفظية لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة له، باستثناء المواد المدنية الخاصة بساعات التبليغ وأيام العطلات وذلك وفقاً لما نصت عليه المادة 44 من قانون حق المؤلف الليبي.

وعلى سبيل المقارنة، نجد أن كلاً من القانون التونسي والقانون المصري قد نصا على إجراءات مثيلة مع اختلاف طفيف وذلك على التفصيل الآتي:

(1) محمد جمال الدين الأهواني، المرجع السابق، ص 6.

في القانون المصري نصت المادة 179 من قانون الملكية الفكرية رقم 82 لسنة 2002م، على أن لرئيس المحكمة المختصة بأصل النزاع بناء على طلب ذي الشأن عند وقوع الاعتداء وبمقتضى أمر يصدر على عريضة أن يأمر بإجراء أو أكثر من الإجراءات التحفظية التالية: إجراء وصف تفصيلي للمصنف أو الأداء أو التسجيل الإذاعي أو البرنامج الإذاعي، وقف نشر المصنف أو عرضه أو نسخه أو صناعته، توقيع الحجز على المصنف الأصلي أو نسخه وكذلك على المواد التي تستعمل في إعادة النشر، إثبات واقعة الاعتداء على الحق محل الحماية، حصر الإيراد الناتج عن استغلال المصنف وتوقيع الحجز على هذا الإيراد في جميع الأحوال. وللمحكمة ندب خبير أو أكثر لمعاونة المحضر المكلف بالتنفيذ، ولعل الإشارة للاستعانة بالخبرة الفنية غاية في الأهمية، لاسيما أن المجال مجال فني متخصص لا يتصور فاعلية المحضر بدونها.

أما القانون التونسي فقد نظم هذه الإجراءات التحفظية في الفصل 54 مكرر من قانون الملكية الأدبية والفنية رقم 33 لسنة 2009م، حيث قضت بمكنة صاحب الحق أو من ينوبه أن يطلب تحفظياً بمقتضى إذن على عريضة من رئيس المحكمة المختصة، القيام بوصف دقيق مع حجز عيني أو بدونه للمنتجات والتي تمثل اعتداء على حقوق المؤلف أو الحقوق المجاورة وذلك بواسطة عدل منفذ يساعده عند الاقتضاء خبير يعينه رئيس المحكمة المختصة، ويقتصر الحجز العيني عند الاقتضاء على وضع العينات الضرورية لإثبات الاعتداء بين يدي العدالة.

ويمكن لرئيس المحكمة المختصة طبق نفس الإجراء أن يأذن: بتعليق كل عمليات الصنع الجارية للاستتساخ غير الشرعي للمصنف، أو بحجز النسخ التي تم صنعها أو التي هي بصدد الصنع والتي تمثل استتساخاً غير شرعي، وكذلك حجز المداخل التي تم تحقيقها والنسخ المستعملة بصفة غير شرعية، طبقاً لأحكام مجلة الإجراءات الجزائية، وبحجز المداخل المتأنيئة من كل استتساخ أو عرض أو أداء أو بث لمصنف بأية طريقة كانت والتي وقع فيها خرق لحقوق المؤلف أو الحقوق المجاورة.

الفرع الثاني: إجراءات التقاضي الجنائية:

القاعدة العامة في الدعاوى الجنائية إنها تمر بمراحل متتالية: مرحلة الاستدلال والتحقيق وأخيراً المحاكمة، وترد على هذه القاعدة استثناءات تقصر مراحل الدعوى الجنائية على مرحلة الاستدلال والمحاكمة وقد تبدأ الدعوى مباشرة أمام القضاء بالادعاء المباشر، ولا تخرج دعاوى الاعتداء على حقوق المؤلف والحقوق المجاورة عن هذه القاعدة وذلك على النحو التالي:

أولاً: مرحلة الاستدلالات:

نظراً للطبيعة الخاصة لجرائم الاعتداء على حقوق المؤلف والحقوق المجاورة فإن ضبط هذه الجرائم والتحقيق فيها يحتاج إلي كوادر مدربة ومؤهلة، إذ لا بد أن يتوافر فيمن يقوم بضبط هذا النوع من الجرائم وتحققها الخبرة والثقافة اللازمة.⁽¹⁾

لاسيما إذا ما تعلق الأمر بالاعتداء على مصنفات رقمية أو تقنيات حماية يستخدمها المؤلف أو صاحب الحق المجاور لحماية حقوقه. فيجب أن يتوفر فيمن يقوم بضبط هذا النوع من الجرائم إلي جانب الصفة القانونية المتمثلة في كونه مأمور ضبط قضائي يخوله القانون مباشرة تلك الإجراءات، الخبرة والثقافة الفنية التي تؤهله لضبط هذا النوع من الجرائم.⁽²⁾

ولتحقيق هذا التوازن بين الصفة القانونية والخبرة الفنية باعتبارهما صفتين يلزم توافرها في مأمور الضبط القضائي المخول بضبط هذا النوع من الجرائم، تتجه أغلب تشريعات حقوق المؤلف والحقوق المجاورة إلي التوسع في منح صفة مأمور الضبط القضائي للأشخاص الفنيين الذين تتوفر لديهم الخبرة الكافية لضبط مثل هذه الجرائم، ولا سيما الأشخاص الذين يتبعون لوزارة الثقافة والإعلام، إلي جانب إنشاء أنظمة ضبطية وقضائية مدربة ومؤهلة لضبط هذا النوع من الجرائم وتحقيقه.⁽³⁾

وتعد مصر من الدول العربية التي تبنت هذا الاتجاه فأنشأت عام 1981م جهازاً شرطياً لمكافحة جرائم المصنفات الفنية، كما أنشأت في وزارة الداخلية المصرية في العام 1996م إدارة مركزية لمكافحة جرائم المصنفات والمطبوعات وأنشأت لها فروعاً بكافة مديريات الأمن والمنافذ والمطارات لجمهورية مصر العربية، كما أصدر القرار الوزاري رقم 18109 عام 2005م والقاضي بتعديل اسم هذه الإدارة إلي الإدارة العامة لمباحث المصنفات وحماية حقوق الملكية

(1) طارق الجملي، الدليل الرقمي في مجال الإثبات الجنائي، ورقة مقدمة للمؤتمر المغاربي الأول في مجال المعلوماتية والقانون، المنعقد في طرابلس في الفترة ما بين 28، 29/10/2009م متاح على الرابط: متاح على رابط <https://search.mandumah.com/Record/677489> ، تاريخ الدخول: 6/9/2018م. الساعة : 6:00 صباحاً.

(2) طارق الجملي، المرجع السابق .

(3) مفتاح المطردي، الجريمة الإلكترونية والتغلب على تحدياتها، ورقة عمل مقدمة إلي المؤتمر الثالث لرؤساء المحاكم العليا في الدول العربية، المنعقد بجمهورية السودان في الفترة ما بين 23-25/9/2012م، ص 54. متاح على الرابط: <https://carj.org/sites> تاريخ الدخول: 20/5/2018م الساعة: 4:00 صباحاً.

الفكرية، وهدفها حماية حقوق المؤلف ومكافحة جرائم استغلال المصنفات الفنية بأشكالها المختلفة.⁽¹⁾

كما أن القانون المصري رقم 82 لعام 2002م بشأن الملكية الفكرية في المادة 188 قد أفصح عن إرادته في منح صفة مأمور الضبط القضائي للمختصين التابعين لوزارة الاعلام ووزارة الاتصالات والمعلومات، بناء على قرار يصدر من وزير العدل.

وسار القانون التونسي على النهج ذاته بل أن سياسته التشريعية في هذا الصدد بسطت حماية مثلي لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة حيث نص في الفصل 54 الجديد من قانون رقم 33 لسنة 2009م بشأن الملكية الأدبية والفنية على تحديد من يقوم بمعاينة المخالفات لهذا القانون وتحرير محاضر في شأنها وهم: مأموري الضابطة العدلية، المبينين بالعديدين 3 و4 من الفصل 10 من مجلة الإجراءات الجزائية، أعوان الدبوانة، أعوان المراقبة الاقتصادية، المعينين طبقاً للنظام الأساسي الخاص بسلك أعوان المراقبة الاقتصادية، الأعوان المؤهلين من قبل الوزير المكلف بالثقافة من بين أعوان الوزارة المكلفة بالثقافة والمؤسسات الخاضعة لإشرافها والمنتمين إلى صنف «أ» والمحلّفين للغرض.

وعلى خلاف هذه السياسة الجنائية الرشيدة نلاحظ أن القانون الليبي رقم 9 لعام 1968م بشأن حق المؤلف، قد أغفل النص على مأموري ضبط متخصصين، ولم ينص على اختصاص جهة معينة بضبط هذا النوع من الجرائم وحتى عندما بادر المشرع الليبي بإصدار القرار رقم 16 لعام 1374 وفاة الرسول (2006م) بإنشاء مجلس الثقافة العام مما يعد خطوة إيجابية نحو تبنيّ المشرع الليبي لنظام الإدارة الجماعية لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، فإنه اكتفى بالنص ضمن أهداف مجلس الثقافة العام الواردة بنص المادة 3 ف 8 من هذا القرار، على حماية حق التأليف والملكية ورعاية الإبداع الأدبي الفني، ولم ينص على منح الموظفين التابعين للمجلس صفة الضبطية القضائية.⁽²⁾

(1)مدحت حشاد، ضبط 15 ألف قضية ملكية فكرية في سنة 2015م متاح على الرابط: <http://www.97walmars.com> تاريخ الزيارة: 2018/6/2 الساعة: 6:00 صباحاً.

(2)قرارات المؤتمرات الشعبية الأساسية في دورة انعقادها السنوي، مؤتمر الشعب العام، صدر في سرت 5. الربيع 1374 ميلادية، متاح على الرابط : <http://www.manshor.net> تاريخ الزيارة: 2018/06/5م، الساعة: 5:30 صباحاً.

ومن ثم فإن الجهة المختصة بضبط جرائم الاعتداء على حقوق المؤلف في القانون الليبي هي الضبطية القضائية ذات الاختصاص العام المنصوص عليهم في المادة 13 من قانون الإجراءات الجنائية الليبي المعدلة بموجب القانون رقم 11 لعام 1427 ميلاد الرسول (1998م)، بشأن تقرير بعض الأحكام الخاصة بالدعوى الجنائية وتعديل بعض أحكام قانون العقوبات والإجراءات الجنائية.⁽¹⁾

ثانياً: مرحلة التحقيق:

القوانين محل المقارنة لم تنص على اختصاص جهة معينة بالتحقيق في جرائم الاعتداء على حقوق المؤلف والحقوق المجاورة.

فيما يتعلق بالقانون الليبي فإن كان قد نص على تولي نيابة الصحافة مهمة التحقيق في جرائم المطبوعات حسب نص المادة 35 من القانون رقم 76 لعام 1972م بشأن المطبوعات والنشر⁽²⁾، وهو ما أكدت عليه المحكمة العليا الليبية التي قررت أن جزاء مخالفة ذلك - أي التحقيق في هذه الجرائم من قبل جهة أخرى غير نيابة الصحافة يكون البطلان⁽³⁾ - إلا إن القانون الليبي لم يتبع النهج ذاته فيما يتعلق بجرائم الاعتداء على حقوق المؤلف، فلم ينص على تولي جهة معينة مهمة التحقيق في هذه الجرائم، ومن ثم تكون النيابة العامة هي صاحبة الاختصاص بالتحقيق في هذه الجرائم والتصرف في الدعوى وفقاً لقانون الإجراءات الجنائية.

غير أنه وبالنظر لخصوصية هذا النمط من الجرائم؛ الناجمة عن تنوع المصنفات محل الحماية، وتنوع وسائل الاعتداء عليها لاسيما إذا كنا بصدد اعتداءات غير تقليدية على مصنفات رقمية كالمصنفات المنشورة إلكترونياً، أو برامج الحاسوب وتطبيقاتها أو قواعد البيانات، فالتساؤل يثار حول إمكانية ضبط وتفتيش برامج الحاسوب وتطبيقاته وقواعد البيانات ومبادئ صلاحيتها كوسيلة للإثبات المادي .

جانب من الفقه الفرنسي جزم بعدم صلاحية برامج الحاسوب وبياناته وسيلة للإثبات المادي نظراً للطبيعة غير المادية لهذه البرامج والبيانات.

(1) منشور بالجريدة الرسمية الليبية، العدد 2، بتاريخ 1428 ميلادية، ص5.

(2) منشور بالجريدة الرسمية الليبية، العدد 35، لسنة 1972م، ص1712.

(3) مجلة المحكمة العليا الليبية، طعن رقم 1505، السنة 54 ق، العدد الثالث، ص 155.

في حين ذهب جانب آخر من الفقه الفرنسي نرجحه، إلي أن برامج وبيانات الحاسوب ذات الطبيعة المعنوية تقبل التخزين على وسائط مادية كالأقراص والأشرطة المضغوطة ومن ثم يجوز أن تكون محلاً للتفتيش والضبط⁽¹⁾، ولعل ذلك لا يحتاج إلى نيابة متخصصة بقدر ما يحتاج إلى الاستعانة بذوي الخبرة الفنية.

ثالثاً: مرحلة المحاكمة:

ضرورة تشكيل محاكم خاصة تكون متخصصة بقضايا الملكية الفكرية، يكون فيها القضاة أكثر تخصصاً وخبرة في مجالات الملكية الفكرية يُعد مطلباً فقهياً جديراً بالذكر⁽²⁾؛ بيد أن أغلب تشريعات حقوق المؤلف والحقوق المجاورة لا تزال توكل هذه المهمة للقضاء العادي، إلا أننا رصدنا بعض التشريعات قد استجابت لهذا المطلب، وأوكلت هذه المهمة لقضاء متخصص، ومن هذه التشريعات التشريع اليمني والسعودي والمصري، وسنكتفي بإيراد التجربة المصرية بهذا الشأن، فقد صدر القانون رقم 82 لسنة 2002م بشأن الملكية الفكرية دون أن يحدد محكمة مختصة بنظر الدعاوى الناشئة عن الجرائم الواردة في القانون المذكور، بيد أن القانون رقم 120 لسنة 2008م بإنشاء المحاكم الاقتصادية نص في مادته الرابعة على أنه: "تختص الدوائر الابتدائية والاستئنافية بالمحاكم الاقتصادية دون غيرها نوعياً ومكانياً بنظر الدعاوى الجنائية الناشئة عن الجرائم المنصوص عليها في القوانين الآتية : 9...- قانون حماية الملكية الفكرية...". وبشأن تشكيل المحكمة الاقتصادية، فقد نصت المادة الأولى من القانون المذكور، على أن ينشأ بدائرة اختصاص كل محكمة استئناف محكمة تسمى المحكمة الاقتصادية يندب لرئاستها رئيس بمحكمة الاستئناف لمدة سنة قابلة للتجديد بقرار من وزير العدل بعد موافقة القضاء الأعلى، ويكون قضاتها من بين قضاة المحاكم الابتدائية ومحاكم الاستئناف ويصدر باختيارهم قرار من مجلس القضاء الأعلى، وبناء على المادة الخامسة فإنه: تختص الدوائر الابتدائية بالمحاكم الاقتصادية بنظر قضايا الجرح المنصوص عليها في القوانين المشار إليها في المادة الرابعة من هذا القانون، وأن تختص الدوائر الاستئنافية بالمحاكم الاقتصادية بالنظر ابتداءً في

(1)مفتاح المطردي، المرجع السابق.

(2)حسن البدرأوي، (إنفاذ حقوق الملكية الفكرية) بحث مقدم لندوة الويبو الوطنية المتخصصة للقضاة والمبدعين العاملين والحامين، نظمتها المنظمة العالمية للملكية الفكرية(wipo) بالتعاون مع وزارة الصناعة والتجارة، بصنعاء، في الفترة ما بين 13،12 يوليو 2004م، متاح على الرابط: <http://www.wipo/ip/ip/saa/04/4> تاريخ الزيارة 2018/5/18م الساعة 7:30 صباحاً.

قضايا الجنايات المنصوص عليها في المادة الرابعة من هذا القانون ويكون الطعن في الأحكام الصادرة من الدوائر الابتدائية بالمحاكم الاقتصادية أمام الدوائر الاستئنافية بتلك المحاكم دون غيرها حسب نص المادة العاشرة من هذا القانون ويجوز الطعن في أحكام المحاكم الاقتصادية بطرق النقض حسب أحكام المواد 11 ، 12 من قانون إنشاء المحاكم الاقتصادية.

وقد نصت المادة الرابعة من قانون إنشاء المحاكم الاقتصادية سالف الذكر على أن تطبق قوانين الإجراءات الجنائية وحالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض فيما لم يرد بشأنه نص خاص في قانون المحاكم الاقتصادية.⁽¹⁾

ولعلنا نرى أنه من الأهمية وجود قضاء متخصص بالقضايا السببرانية ومن بينها دعاوى عن الاعتداءات السببرانية على حقوق الملكية الفكرية.

(1) منشورات المنظمة العالمية للملكية الفكرية: متاح على الرابط

<http://www.wipo.int/wipolex/ar/index.jsp?tab=1> تاريخ الزيارة : 2018/6/10م الساعة : 7:00

صباحاً.

الخاتمة

في نهاية هذا البحث يتضح جلياً أن القانون الليبي رقم 9 لسنة 1968م بشأن حماية حقوق المؤلف، الذي مضى على سنه نصف قرن، لم يعد ملئياً لاحتياجات حماية هذا الحق بسبب عدم شموله بعض المصنفات الحديثة كبرامج الحاسوب وقواعد البيانات، كما أن الجزاءات التي يقررها لا تتناسب في المطلق مع جسامة الاعتداءات التي يتعرض لها حق المؤلف ولا مع الخطورة الإجرامية للجاني المستوحاة من تلك الاعتداءات. كما أن الإجراءات الجنائية التقليدية للقانون الليبي لن تسعف في مواجهة هذا النوع الجديد والخطير من العدوان البشري .

وعليه نوصي المشرع الليبي بوضع هذا القانون على قائمة الأولويات التشريعية؛ إما بإلغائه وإحلال آخر محله، على النحو الآتي:

- **فيما يتعلق بنطاق الحماية الجنائية** نوصي بالنص صراحة على أن حماية مصنفات برامج الحاسوب وتطبيقاتها وقواعد البيانات، وعلى حماية أصحاب الحقوق المجاورة من فناني الأداء وهيئات البث الإذاعي ومنتجي السجلات الصوتية والتسجيلات السمعية والبصرية، كما يحذب النص باعتبار الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي نشر المصنف منسوباً إليه هو مؤلف المصنف ما لم يقيم الدليل على خلاف ذلك.
- **في مجال السياسة التجريبية** نوصي بتجريم سلوك مزودي الخدمات عبر شبكة المعلومات المتمثل في إتاحة المصنفات المحمية عبر شبكات المعلومات دون إذن أصحابها، تجريم سلوك أصحاب المحلات التي تطرح المصنفات للتداول بدون الحصول على ترخيص بذلك من جهة مانحة للترخيص يحددها قرار من وزير الثقافة .
- **في مجال السياسة الجزائية** نوصي بإقرار عقوبة سالبة للحرية مع رفع قيمة العقوبة المالية "الغرامة" في حديها الأدنى والأعلى على سبيل الوجوب أو البديل، فهي ضئيلة جداً مقارنة بما عليه في التشريعات المقارنة، كما أنها عاجزة عن تحقيق أهدافها الردعية نظراً لضآلتها مقارنة بالقوة الشرائية للنقود حالياً، يفضل اعتبار المصادرة وجوبية بدلاً من أن تكون جوازية مع مضاعفة العقوبة في حالة العود، وحبذا النص على عقوبات تكميلية مثل: إتلاف نسخ المصنف، ونشر ملخص الحكم بالإدانة، ويجب أن تشمل العقوبة الشخص المعنوي مع ضرورة النص على غلق المؤسسة التي ترتكب فيها المخالفة مؤقتاً أو نهائياً أو إلغاء ترخيصها.

- **ولتحقيق عدالة منجزة من خلال إجراءات جنائية فعالة** تضمن اقتضاء حق الدولة ملاحقة الجناة نوصي بالنص على منح صفة الضبطية القضائية للموظفين التابعين لوزارة الثقافة والإعلام، كما يجدر إلزام العاملين بالسلك القضائي بالالتحاق بدورات تدريبية متخصصة في المجال، ومن الجيد إنشاء جهاز شرطي لمكافحة جرائم المصنفات والمطبوعات، أو قسم لحماية الملكية الفكرية بإدارة البحث الجنائي، ولعل اعتماد نظم ضبط استخراج المصنفات من شبكات المعلومات سيكون ناجعاً في مواجهة الاعتداءات السيبرانية. وأخيراً نوصي بوضع استراتيجيات وسياسات عامة بغية التوعية بالقيم الحميدة والتفكير من القيم السلبية بما يعالج أي اختلالات قيمية في الذهنية المجتمعية مما يضمن عدم الإقدام على سلوكات مهددة للحقوق الفكرية للمؤلفين ومن في حكمهم.

ثبت المراجع:

1. جلال ثروت، نظم القسم العام في قانون العقوبات (نظرية الجريمة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2010م.
2. جمال محمود الكردي، حق المؤلف في العلاقات الخاصة الدولية والنظرة العربية الإسلامية للحقوق الذهنية في منظومة الاقتصاد العالمي الجديد، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003م.
3. حسن البدرابي، (إنفاذ حقوق الملكية الفكرية) بحث مقدم لندوة الويبو الوطنية المتخصصة للقضاة والمبدعين العامين والحامين، نظمتها المنظمة العالمية للملكية الفكرية (wipo) بالتعاون مع وزارة الصناعة والتجارة، بصنعاء، في الفترة ما بين 13، 12 يوليو 2004م، متاح على الرابط: <http://www.wipo.org> تاريخ الزيارة 2018/5/18 الساعة 7:30 صباحاً.
4. رشاد توام، الأمانة العلمية في البحث الأكاديمي ارتباطاً بحق المؤلف، ص 21، بحث منشور على الرابط: <https://repository.najah.edu> تاريخ الزيارة 2018/5/10، بالساعة: 7:30 صباحاً.
5. ساندرنا حلتة، قسم حماية حقوق الملكية الفكرية الأردني (نجاحات مستمرة) متاح على الرابط: <http://www.ag-ip-news.com> تاريخ الزيارة: 2018/5/18 الساعة: 5:00 صباحاً.
6. سعيد سعد عبد السلام، الحماية القانونية لحق المؤلف والحقوق المجاورة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004م.
7. شحاتة غريب شلقامي، الحق الأدبي لمؤلف برامج الحاسوب، دار الجامعة الجديدة، 2008م.
8. ضو مفتاح غمق، الوسيط في حماية الحقوق الأدبية والفنية للمؤلفين"، الطبعة الأولى، منشورات جامعة السابع من ابريل، الزاوية 2008م.
9. طارق الجملي، الدليل الرقمي في مجال الإثبات الجنائي، ورقة مقدمة للمؤتمر المغاربي الأول في مجال المعلوماتية والقانون، المنعقد في طرابلس في الفترة ما بين 28، 29/10/2009م، متاح على رابط <https://search.mandumah.com/Record/677489> تاريخ النخول: 2018 /6/9 الساعة : 6:00 صباحاً.
10. عبد الحفيظ بلقاضي، مفهوم حق لمؤلف وحدود حمايته جنائياً، رسالة دكتوراه، جامعة الرباط، 1997م.
11. عبد الرحمن خلفي، الحماية الجزائية لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007م.

12. عبد الرشيد مأمون ومحمد سامي عبد الصادق، حقوق المؤلف والحقوق المجاورة في ضوء قانون حماية الملكية الفكرية الجديد رقم 82 لعام 2002م، الكتاب الأول(حقوق المؤلف)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004م
13. عبد الله المبروك النجار، الحق الأدبي للمؤلف في الفقه الإسلامي والقانون المقارن، جار المريخ للنشر والتوزيع، الرياض السعودية، 1420هـ.
14. فتحية محمد قوراري، المواجهة الجنائية لقرصنة المصنفات الإلكترونية بتقنية (peer to peer)، مجلة الحقوق، العدد الأول، سنة 34، مارس، 2010م.
15. محمد سعيد رشدي، حماية الحقوق المجاورة لحق المؤلف، مجلة الحقوق، العدد الثاني، السنة 22، 1998م.
16. محمد جمال الدين الأهواني، حماية القضاء الوقتي لحقوق الملكية الفكرية (مقتضيات السرعة وإزالة العقبات)، الطبعة الأولى، 2011م.
17. مدحت حشاد، ضبط 15 ألف قضية ملكية فكرية في سنة 2015م متاح على الرابط: <http://www.97walmars.com> تاريخ الزيارة: 2018/6/2 الساعة: 6:00 صباحاً.
18. مفتاح المطردي، الجريمة الإلكترونية والتغلب على تحدياتها، ورقة عمل مقدمة إلي المؤتمر الثالث لرؤساء المحاكم العليا في الدول العربية، المنعقد بجمهورية السودان في الفترة ما بين 23-25/9/2012م. متاح على الرابط: <https://carjj.org/sites> تاريخ الدخول: 2018/5/20 الساعة: 4:00 صباحاً.
19. موسى مسعود ارحومة، الأحكام العامة لقانون العقوبات الليبي، الجزء الأول (النظرية العامة للجريمة)، الطبعة الأولى، منشورات جامعة قاريونس، بنغازي، 2009م
20. موسى مسعود ارحومة، الحماية الجنائية لحق المؤلف في التشريع الليبي والمقارن، بحث مقدم إلى الندوة العلمية حول: النشر الجامعي في ليبيا: الواقع والرؤى المستقبلية، تنظيم نقابة أعضاء هيئة التدريس جامعة قاريونس، بنغازي، 6-7/مايو/2008م.
21. نهى صلاح قرقوم، الحماية الجنائية لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير غير منشورة، للعام الجامعي 2016/2017م كلية القانون جامعة بنغازي
22. يسرية عبدالجليل، الحماية المدنية والجنائية لحق المؤلف، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005.