جامعة السيد محمد بن علي السنوسي الإسلامية
Mohmmad Bin Ali Assanosi University

مجلة الشريعة والقانون

Journal of Sharia and Law

مجلة علمية فصلية محكمة تصدر عن كلية الشريعة والقانون

السنة الأولى * العدد الثالث ديسمبر 1441هجري 2019 م

محتويات العدد

.1	هيأة لتحرير...	
.2	كلمة العدد...	
.3	النهج الأرشد في دلالة الأدلة بين القيمة والمقصد مقدمة في علم الأصول **د. محمد د. عبد الحميد جار الله**	6
.4	إثبات جرائم الحدود بالأدلة العلمية (نظرة نقدية) **د. خليفة مفتاح محمد بن سعد**	21
.5	النظرية النسبية وانعكاسها على المادة 275 إجراءات جنائية **د. انتصار احميدة امحمد امسيويط**	43
.6	آليات تطبيق القانون الدولي الإنساني **د. منصور حمدي مصطفى حتيته**	71
.7	آليات تطبيق القانون الدولي الإنساني د. منصور حمدي مصطفى حتيته المواجهة الموضوعية جريمة تهريب المهاجرين غير الشرعيين في المواثيق والاتفاقيات الدولية والقانون الوضعي (دراسة مقارنة) **أ. حمزة عبد ربه حماد سليمان**	106
.8	العدالة الانتقالية وقواعد القانون الدولي الإنساني (المغرب، الجزائر، مصر) **أ. سعدة سعيد حمد امتوبل**	135
.9	الملاحقة الجنائية لمرتكبي جريمة التعذيب **أ: عادل مصطفى عبد الحميد دلاف**	158
.10	(الإشكاليات ا لتطبيقية في حماية الأحداث الجنائية) **أ ــ محـمـد سـالـم عبد العالي محمود**	179
.11	تنظيم الدساتير للحق في البيئة السليمة (دراسة مقارنة) **أ. محمــــود حمـــــد بوعيـــــــــاد**	206
.12	(الحبس الاحتياطي في القانون الليبي بين مشكلات ضوابطه والتعويض عن أضراره) **أ ــ عبد الحميد عبد العزيز حمد بولبيض**	20
.13	الانحراف في استعمال السلطة **أ. وداد حسين محمد الخرم**	253
.14	طبيعة اختصاص المجلس الأعلى للقضاء الليبي بالفصل في المنازعات الوظيفية لأعضاء الهيئات القضائية **أ. يوسف عبد الله يوسف موسى**	274

مجلة الشريعة والقانون

رئيس التحرير

أ.   خالد محمد المنفي

هيئة التحرير

د. أحمد سعيد آدم

أ . محمد سالم عبد العالي

الهيئة الاستشارية لهذا العدد

أ. د. محمد سليمان آدم

أ.د. محسن افكيرين

أ.د.شحاته احمد اسماعيل

أ.د. مصطفي عبد الحميد دلاف

أ.د. علي محمود بوخيرالله

أ.د. علي يوسف بوبريق

رقم الإيداع (0206/ 2019 دار الكتب الوطنية)

كلمة العدد

.. يسر أسرة مجلة الشريعة والقانون وهي تستكمل عامها الأول أن تجدد التحية والاعتزاز لكل متابعيها وقرائها والمتواصلين معها عاقدةً العزم على مواصلة مسيرتها في نشر المعرفة وإثراء الفكر بما يعود على مجتمعنا بالنفع والخير والصلاح وهي تفتح ذراعيها لكل الأعمال البحثية في نطاق اختصاصها وترحب بكل ما تجود به قريحة وأقلام البُحَّاث وأصدقاء العلم والمعرفة آخذةّ على عاتقها الإسهام في البناء الثقافي والمعرفي والذي نحن أحوج ما نكون إليه اليوم وإيماناً منها بمسؤوليتها في الاضطلاع كل حسب دوره وموقعه في النهوض بالوطن والمواطن وصولاً إلى مجتمع أرقى وأسمى.

رئيس التحرير المكلف

أ- خالد محمد حسن

السنة الأولى العدد الثالث ديسمبر

2019

النهج الأرشد في دلالة الأدلة بين القيمة والمقصد

مقدمة في علم الأصول

د. محمد عبد الحميد جار الله
أستاذ علوم اللغة بجامعة السيد محمد بن علي السنوسي الإسلامية

ملخص البحث:

هذا البحث وإن كان في وريقات فإنه يهدف إلى إبراز دور القيم بكونها مثلاً ومبادئ تتكامل مع المقاصد لتشكل قطباً يكون محوراً لمدارس التجديد في الفقه الإسلامي، فإذا صح تأصيل فكرته تأصيلاً شرعياً محكماً من ذوي الاختصاص كان لها الأثر (البالغ) على تطبيقاته في قضايانا المعاصرة والمستقبلة.

عسى الله أن ينفع به، ويجعلنا من مفـ ... إنه هو العليم الحكيم

Research Summary:

This research, although in papers, aims to highlight the role of values as examples and principles that integrate with the purposes to form a pole that is the focus of schools of renewal in Islamic jurisprudence, if it is true rooted legitimacy of the idea of a competent jurisdiction had a (deep) impact on its applications in contemporary and future issues.

May God benefit him, and make us a key to goodness, He is the wise Knower

المقدمة:

الحمدلله خير الفاتحين، والصلاة والسلام على رسول العالمين، وعلى آله الطاهرين، ورضي الله عن السابقين الأولين من الأنصار والمهاجرين، ومن اتبعهم بإحسان على مر القرون، وبعد :

فهذه مقدمة فيما بين المقاصد والقيم من علاقات، لعلها تكون مدخلاً من مداخل التجديد لطلاب فقه القرآن المجيد، ومقاصد رسالة التوحيد، وهدي نبي الرحمة والحكمة، الذي سنّ التيسير، وراعى سنن التغيير، فأسس قواعد البدايات، وأرسى عماد النهايات، ديناً قيماً وأمة وسطاً، سعادة الدارين أعلى مقاصدها، وعمارة الكون كعمران مساجدها، رسالة تكرم الإنسان، وتدعو إلى التعارف والتواصل الحضاري بين الشعوب والأديان، فالعلم وسيلتها، والعدل والحرية مبتغاها، والسلام سبيلها، وسموُّ الأخلاق أجلُّ مكارمها، ولما كانت هي الخاتمة تميزت شريعتها بمقّومات الصلاحية لكل الأمكنة والأزمنة، وبمراعاة تغير الأعراف والأحوال للأفراد والجماعات، واختلاف الأمم على تعدد الثقافات، سعةٌ ومرونة، حكمتها القابلية للتطوير والتجديد باتزانٍ، ومقصدها الحياة الطيبة، والعاقبة الحسنى.

فهذا البحث وإن كان في وريقات فإنه يهدف إلى إبراز دور القيم بكونها مثلاً ومبادئ تتكامل مع المقاصد لتشكل قطباً يكون محوراً لمدارس التجديد في الفقه الإسلامي، فإذا صح تأصيل فكرته تأصيلاً شرعياً محكماً من ذوي الاختصاص كان لها الأثر (البالغ) على تطبيقاته في قضايانا المعاصرة والمستقبلة.

المقاصد بين اللغة والاصطلاح

القصد لغةً:

إلى أصول ثلاثة ترجع دلالة القاف والصاد والدال عند صاحب المقاييس قال:"يدل أحدها على إتيان الشيء وأمّه، والآخر على كسر وانكسار، والآخر على اكتناز في شيء"[1] ثم جعل من الباب الأول (الاقتصاد) على معنى التوجّه نحو المرمى باستقامة، فـ: أقصده السهم إذا أصابه فقتله مكانه، وكأنه قيل ذلك لأنه لم يحد عنه"[2]، وهو المعنى الذي بدأ به صاحب أول معجم للعربية من معاني القصد، قال الخليل: "القصد: استقامة الطريقة"[3] غير أنه اكتفى بمعنى القتل في المكان للإقصاد، لكنه ثنى بمعنى (الاعتدال) في التوسط بين الإسراف والتقتير، وبين القصر والطول، والهزال والجسامة [4]، والاعتدال شقيق الاستقامة، وكلاهما ذكره الزمخشري في الأساس، قال: "ومن المجاز: قصد في معيشته واقتصد، وقصد في الأمر: إذا لم يجاوز فيه الحد ورضي بالتوسط، لأنه في ذلك يقصد الأسدّ، وهو على القصد: إذا كان راشداً، وله طريقة قصدٍ، خلاف قولهم: طريق جور وجائرة، ... وسهام قواصد: مستوية نحو الرمية "[5].

ولا بد لنا أن نتوقف عند إشارة الزمخشري الذكية لما أومأ إلى قصد المتوسط في الأمر من جهة غرضه وغايته التي يتغياها بإرادته للأسّد والأرشد، فأفاد معنى الغاية والغرض والمرمى: أي الشيء الذي يؤمّه بتعبير ابن فارس.

وثاني أصول صاحب المقاييس (الكسر والانكسار) لكن الخليل جعله في كسرٍ خاصّ، وقال: " انقصد الرمح: انكسر نصفين حتى يبين، وكل قطعة منه قصدة، .. ورمح قصد أي: قصم نصفين أو أكثر، بيّن القصد "[6] فبينونة الانفصال تخرج أنواع القطع التي بينها وشائج اتصال، وكأنه يؤكد هذا المعنى بذكره أن " القصيد: ما تم شطر أبنيته من الشعر "[7] يريد به التمام الجزئ للبيت الواحد بناءً ومعنى، لأنهم - وهو إمام العروضيين - يعدون التضمين من عيوب الشعر، ثم ذكر معنى انفصال فيه ظهور وانبثاق، قال: " والقصيدة مخة العظم إذا خرجت وانفصلت أي انفصلت من موضعها وخرجت. ..، والقصد: مشرة العضاه أيام الخريف، تخرج بعد القيض الورق في العضاه، أغصان غضة رخاص تسمى كل واحدة منها قصدة "[8]فهذان أقرب إلى الانبثاق والظهور منهما إلى القطع والكسر، وإن كان الأول ناتجاً عن الكسر.

وثالث أصول ابن فارس (الاكتناز) قال: "والأصل الثالث الناقة القصيد المكتنزة لحماً. .. ولذلك سميت القصيدة من الشعر قصيدة لتقصيد أبياتها، ولا تكون أبياتها إلا تامة الأبنية "[9] ولا

---

[1]مقاييس اللغة: 2/ 404.

[2]نفسه: 2/ 404.

[3]العين: 675.

[4]نفسه: 675.

[5]أساس البلاغة: 509.

[6]العين: 675.

[7]نفسه: 675.

[8]نفسه: 675.

[9]مقاييس اللغة: 2/ 404.

أدري ما علاقة أبيات الشعر لتمام أبنيتها بمعنى الوفرة والامتلاء ؟ اللهم إلا من جهة اكتنازها بالمعاني، وحمل الاكتناز على التوسط بين الهزال والسمنة أولى.

القصد ومشتقاته في استعمال القرآن الكريم:

وردت مادة القصد في ستة مواضع من القرآن الكريم [1]: القصد مصدراً في قوله تعالى: ﴿وَعَلَى اللَّهِ قَصْدُ السَّبِيلِ﴾(النحل: 9)، والأمر منه في قوله جل وعلا: ﴿وَاقْصِدْ فِي مَشْيِكَ﴾(لقمان: 19)، واسم الفاعل منه في قوله تعالى:﴿وَسَفَرًا قَاصِدًا﴾ (التوبة: 42).

وجاء اسم الفاعل من (اقتصد) ومصدره (الاقتصاد) مذكراً في موضعين ﴿فَمِنْهُم مُّقْتَصِدٌ﴾(لقمان: 32)، و ﴿مِنْهُمْ مُقْتَصِدٌ﴾(فاطر: 32)، ومؤنثاً في قوله تعالى جل شأنه ﴿أُمَّةٌ مُّقْتَصِدَةٌ﴾(المائدة: 69).

فأما قوله تعالى: ﴿وَعَلَى اللَّهِ قَصْدُ السَّبِيلِ وَمِنْهَا جَائِرٌ وَلَوْ شَاءَ لَهَدَاكُمْ أَجْمَعِينَ﴾(النحل: 9)، فالمعنى على الاستقامة في التوجه لما يؤمّ، قال الزمخشري:"والقصد مصدر بمعنى الفاعل، وهو القاصد، يقال: سبيلٌ مقتصدٌ وقاصدٌ أي: مستقيم، كأنه يقصد الوجه الذي يؤمه السالك لا يعدل عنه"[2]، و"الجائر العادل عن الاستقامة والهداية"[3] من السالكين والمطايا والسبل والغايات، فأنّى الوصول؟

ولو أراد تعالى أن يقول: قاصد السبيل لقاله: وإنما عبر بالمصدر لشمول دلالته، أي على الله بيان غاية المقصد، والصراط المستقيم الهادي للوصول إليه بيسر، وذلك ببعث الرسل بالبلاغ ونصب الأدلة، والله أعلم.

وأما قوله تعالى: ﴿وَاقْصِدْ فِي مَشْيِكَ﴾(لقمان: 19)، فالمعنى فيه على التوسط والاعتدال والتسديد، قال ابن جزي: "أي اعتدل فيه ولا تسرع إسراعاً يدل على الطيش والخفة، ولا تبطئ إبطاءً يدل على الفخر والكبر"[4].

فالقصد "الوسط العدل بين طرفين"[5]، وقال أبو حيان: وقرئ (أقصد) بهمزة القطع أي سدد مشيك، من أقصد الرامي إذا سدد سهمه نحو الرمية، ونسبها ابن خالويه إلى الحجاز"[6]، وكذلك المعنى في آية التوبة، قال الزمخشري: ﴿وَسَفَرًا قَاصِدًا﴾: وسطاً مقارباً"[7]ولا يخلو من الاستقامة في التسديد المباشر المفضي إلى سهولة السفر واليسر لبلوغ المقصود.

ونحوه (المقتصد) في آية فاطر: ﴿ثُمَّ أَوْرَثْنَا الْكِتَابَ الَّذِينَ اصْطَفَيْنَا مِنْ عِبَادِنَا فَمِنْهُمْ ظَالِمٌ لِنَفْسِهِ وَمِنْهُمْ مُقْتَصِدٌ وَمِنْهُمْ سَابِقٌ بِالْخَيْرَاتِ بِإِذْنِ اللَّهِ﴾قال ابنعاشور: "القصد بين طرفين،يبينهالمقامفلما ذكر في مقابلة الظالم والسابق عُلِم أنه مرتكب حالة بين تينكالحالتين"[8] أي يبتغي القصد ويتخذه سبيلاً.

---

[1] ينظر المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم: 654.

[2] الكشاف: 2/ 596.

[3] البحر المحيط: 7/ 184.

[4] التسهيل لعلوم التنزيل: 3/ 233.

[5] التحرير والتنوير: 22/ 168.

[6] البحر المحيط: 7/ 184.

[7] الكشاف: 2/ 273.

[8] التحرير والتنوير: 22/ 313.

ونحو ذلك قيل في آية لقمان: ﴿**وَإِذَا غَشِيَهُم مَّوْجٌ كَالظُّلَلِ دَعَوُا اللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ فَلَمَّا نَجَّاهُمْ إِلَى الْبَرِّ فَمِنْهُم مُّقْتَصِدٌ وَمَا يَجْحَدُ بِآيَاتِنَا إِلَّا كُلُّ خَتَّارٍ كَفُورٍ**﴾ قال ابن جزي: "المقتصد المتوسط في الأمر فيحتمل أن يريد كافراً متوسطاً في كفره لم يسرف فيه، أو مؤمناً متوسطاً في إيمانه، لأن الإخلاص الذي كان عليه في البحر يزول عنه، وقيل: معنى مقتصد: مؤمن ثبت في البر على ما عاهد الله عليه في البحر"[1].

والقول الثاني محمول على معنى ثبات الاستقامة لا التوسط، وآية المائدة﴿**وَلَوْ أَنَّهُمْ أَقَامُواْ التَّوْرَاةَ وَالإِنجِيلَ وَمَا أُنزِلَ إِلَيهِم مِّن رَّبِّهِمْ لأكَلُواْ مِن فَوْقِهِمْ وَمِن تَحْتِ أَرْجُلِهِم مِّنْهُمْ أُمَّةٌ مُّقْتَصِدَةٌ وَكَثِيرٌ مِّنْهُمْ سَاء مَا يَعْمَلُونَ**﴾ فمحمول على معنى الاستقامة على الهدى والثبات عليه، وتتضمن معنى الاعتدال مقابلة لمن عدل عن الحق.

ومما سبق نخلص إلى أن المعاني التي يدور عليها القصد في استعمال اللغة هي: الاستقامة والاستواء والتوجه المسدد، والاعتدال والتوسط، والاكتناز والوفرة، والانبثاق والظهور، والقطع البيّن الانفصال، والغاية والغرض المراد، والسهولة واليسر.

فكأنها فيما حوله ندندن تدور على سلامة التوجه، واستقامة السبيل، وصحة الوسيلة، ووضوح الهدف بائنة كلها تمام البينونة عن عوائق الانحراف، مفضية جميعها إلى الوصول إلى الغاية الكبرى الممتلئة علماً وحكمة ورشداً بسهولة ويسر، فطوبى لمن بلغ.

المقاصد في الاصطلاح:

البحث عن مراد الله من وحيه لعباده، وتجليات مظاهر صفاته تعالى، في مخلوقاته غاية كل ذي لب فقيه، فبين الإرادة الإلهية والحكمة تدور مقاصد الشريعة أصالةً، على معنى الشريعة العام الذي يسع الدين كله، عقيدته وعباداته، وقيمه وتشريعاته، وأخلاقه ومعاملاته، فيلتمس المجتهد من أدلة التنزيل تجليات هاتين الصفتين في كل أحكام الشرع أصوله وفروعه بما يحقق غاية الوجود الإنساني في الكون، سواء في نفس الإنسان وتصرفاته حالاً ومآلاً، أو في محيطه الذي يحيا به متوخياً في ذلك سعادتي الدنيا والآخرة.

ولا يتحقق ذلك للمكلَّف إلا بمعرفة مايريد الله؟ ولِمَ يريده؟ فالمناط مداره على المكلفين إذ هم المقصودون بالخطاب الإلهي بالعبودية اختياراً للتسليم، ولا سبيل إليها إلا بتطويعهم للكتاب والحكمة والتزكية، فالكتاب متضمن لما يريد، والحكمةفقه ما يريد علماً وعملاً حالاً ومآلاً، وسبيل الزكاة الاستقامة على ما يريد غايةً للفلاح والسعادة في الدارين.

وعلى ذلك يمكننا تعريف مقاصد الشريعة بأنها "غايات الدين الحاليةوالمآلية" فالغاية منتهى المقصود المراد له تعالى في كمال حكمته، وما يتبعها من كمال العلم والخبرة. ..، وطلب فقه مقصود كل حكم حالاً ومآلاً والعمل بمقتضاه هو عين الحكمة، ولم نحتج إلى إضافة (وحكمة مشروعيتها) إلى التعريف لأن معرفة الغاية تظهر وجه الحكمة، وإضافة ثنائية الحال والمآل تستوعب الدنيا والآخرة، والثابت والمتغير، والمؤقت والدائم، واعتبار الحال واعتبار المآل في التشريع لتمييز المقاصد الآنية عن المآلية، والأهداف المرحلية والنهائية.

ذلك، وخلاصة تعريفات من تصدوا لتحديد مفهوم المقاصد من العلماء نحو الشيخ الطاهر بن عاشور، والشيخ علال الفاسي، والشيخ أحمد الريسوني تدورعلى ما ذكرنا من ملاحظة الغاية وحكمة المشروعية، قال ابن عاشور: " مقاصد

[1] التسهيل لعلوم التنزيل: 3/ 235.

التشريع العامة هي: المعاني والحكم الملحوظة للشارع في جميع أحوالالتشريع "[1].

فذكر بوضوح حكمة المشروعية غير أن كلمة (المعاني) لا تستعمل في معنى الغاية فضلاً عن غموض دلالتها في التعريف، وأما الفاسي فنص صراحة على الغاية، لكنه كذلك استبدل (الحكمة) بلفظ (الأسرار)، ولا تستعمل لغة في الدلالة على ذات المعنى، قال: "المراد بمقاصد الشريعة الغاية منها والأسرار التي وضعها الشارع عند كل حكم من أحكامها"[2].

وأما الريسوني فهي عنده "الغايات المستهدفة والنتائج والفوائد المرجوة من وضع الشرعية جملة ومن وضع أحكامها تفصيلاً، أو هي الغايات التي وضعت الشريعة لأجل تحقيقها، لمصلحة العباد"[3].

وفي تعريفه الأول إطناب يستغنى عنه، والثاني أخصر وأبلغ غير أن(مصلحة العباد) غاية من الغايات يتضمنها اللفظ الأول وإن كانت من أمهات المقاصد، لا تنفك ملاحظتها عن أي منها.

بين القيم والمقاصد

نهج المتقدمون في تقريرهم لمقاصد الشريعة إلى استقراء علل أحكام الدين، فأثبتوها من الأدلة الشرعية نفسها، إما بالنص الذي ذكرت فيه العلة، وإما بالقياس فيما لا نص فيه نحو استنباطهم للقواعد الفقهية من النصوص[4]، فما توافرت الأدلة وتضافرت على تقريره جعل مقصداً كدفع الضرر، وجلب النفع، وإقامة العدل، والتيسير، ونحو ذلك.

ويتفاوت إثبات المقاصد من حيث القطع والظن من جهة التبعية للأدلة وكونها قطعية أو ظنية ثبوتاً ودلالة،وكذلك تتفاوت مراتب الظني في درجاتها بالاجتهاد والنظر[5].

قال ابن القيم: "القرآن وسنة رسول اللهﷺمملوءان من تعليل الأحكام بالحكم والمصالح، وتعليل الخلق بهما، والتنبيه على وجوه الحكم التي لأجلها شرع تلك الأحكام، ولأجلها خلت تلك الأعيان، ولو كان هذا في القرآن والسنة نحو مئة موضع أو مئتين لسقناها، ولكنه يزيد على ألف موضع بطرق متنوعة" وهذا النص عن ابن القيم الذي ساقه صاحب بحث مقاصد الشريعة عند الظاهرية في مبحث (نصوص العلماء في إثبات مقاصد الشريعة)[6] يفتح باب استقرائها في الكتاب الكريم والحديث الشريف لتبويبها وتصنيفها تصنيفاً علمياً دقيقاً، وياليت ابن القيم ساق إلينا الذي استقرأ، غير أن اللبيب تكفيه الإشارة، والدال على الخير كفاعله، وقد عقد الدكتور الريسوني في مقاصد المقاصد مبحثاً في مقاصد القرآن الكريم، وآخر في مقاصد السنة، وذكر المقاصد العشرة للقرآن عند الشيخ رشيد رضا، والشيخ الطاهر بن عاشور غير أنه طرح أطروحة سأنقلها لأهمية ما تدعو إليه من تجديد، قال تحت عنوان (مقصد تقويم الفكر): " نلاحظ من خلال ما تقدم من كلام العلماء عن مقاصد القرآن أنهم لم يفردوا هذا المقصد بالذكر والبيان، أي لم يجعلوه مقصداً مستقلاً .. غير أن هناك بعض الإشارات المحاذية له، وردتفي ماتقدم ذكره من مقاصد رشيد

---

[1]مقاصد الشريعة الإسلامية: 55.

[2]مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها: 111.

[3]الفكر المقاصدي قواعده وفوائده: 18.

[4]ينظر المقاصد الشرعية وأثرها في الفقه الإسلامي: 21 – 32.

[5]نفسه: 33 – 35.

[6]ينظر مقاصد الشريعة في المذاهب الإسلامية: 299 – 300.

رضا وابن عاشور. .. فقد جعل رشيد رضا المقصد الثالث من مقاصد القرآن: بيان أن الإسلام دين الفطرة السليمة، والعقل والفكر، والعلم والحكمة، والبرهان والحجة، والضمير والوجدان، والحرية والاستقلال... .

وأما ابن عاشور فنص على أن من مقاصد القرآن الكريم: "تعويد حملة هذه الشريعة، وعلماء هذه الأمة بالتنقيب والبحث واستخراج المقاصد من عويصات الأدلة حتى تكون طبقات علماء الأمة صالحة في كل زمان لفهم تشريع الشارع ومقصده من التشريع"... ومعلوم أن علماء التشريع (أعني الفقهاء والأصوليين) يجمعون على أن (حفظ العقل) هو أحد المقاصد الكلية الضرورية للشريعة الإسلامية، غير أن ما أعنيه الآن مختلف عن مرادهم بحفظ العقل الذي ينصرف غالباً إلى الحد الأدنى الضروري للعقل، ويكاد ينحصر عندهم في تحريم المسكرات والعقوبة عليها، فما أعنيه ليس متعلقاً بحفظ أصل العقل، وإنما أعني: تقويم منهج التعقل والتفكير "[1] فمقصد تقويم الفكر أو تكوين العقل العلمي أو إصلاح العقل[2]تطوير لمفهوم مقصد حفظ العقل، ولباحث أن يستقرئ الأدلة على توسيع مفهوم حفظ النفس ليشمل: ليس إصلاحها وتقويمها فحسب، بل سعادتها.

والمقصود التنبيه على أن نهج الأوائل في تقرير المقاصد وإثباتها ينطلق من منهج علمي هو الاستقراء، وأن اللاحقين لم يتوقفوا على ما قرره المتقدمون بل انطلقوا من حيث انتهوا، ومن هديهم اهتدوا إلى استنباط مقاصد كلية أو جزئية إذ المدار قائم على الاجتهاد والنظر، مما دفع بالمعاصرين إلى ترسم ذات النهج فأنتجوا لنا جديداً، سيكون قديما لمن بعدنا﴿**وَمَا كَانَ عَطَاء رَبِّكَ مَحْظُورًا**﴾ (الإسراء: 20) وإذا كان الشأن كذلك فهل للقيم الإسلامية من مقاصد ؟ وما العلاقة التي بينها وبين المقاصد؟

لبيان ذلك لا بد من تعريف القيمة أولاً:

- **القيمة لغة:** القيمة ثمن الشيء بالتقويم، والقيام عماد الشيء، والقائم في الملك ونحوه الحافظ، وكل من كان ثابتاً على أمر فهو قائم به، وقيّم القوم من يسوس أمرهم ويقومهم، وماء قائم أي دائم والقيوم: الدائم الباقي، والرمح القويم أي المستقيم[3].

وعلى ذلك يدور المعنى في الاستعمال أي على التقدير، والثبات والدوام، والحفظ والرعاية، والعماد والانتصاب للشيء، والاستقامة.

وقد استعمل الجذر في القرآن الكريم فوصف الدين بالقيم وكذلك القرآن، ووصف البيت الحرام بكونه للناس قياماً [4].

هذا في الاستعمال اللغوي أما الاصطلاحي فمحتاج إلى معالجة !

- **القيم اصطلاحاً:** عُرفت القيمة بأنها مقياس أو معيار يحكم بمقتضاه على الأشياء سواء كانت أفكاراً أو أفعالاً أو مذاهب أو أشخاصاً، فهي أداة قياس ومعيار للحكم يتمثلها الفرد في مجتمعه من خلال تفاعله مع واقعه ويتبناها المجتمع بتقديره لها[5].

---

[1]مقاصد المقاصد: 30 – 32.

[2]نفسه: 41.

[3]ينظر العين: 705 ، وأساس البلاغة: 528.

[4]ينظر ، التوبة: 36 ، الكهف: 1 ، المائدة: 97.

[5]ينظر: سلم القيم الإسلامية من منظور إسلامي: 20.

فتشترك التعاريف في كونها أدوات قياس مقدرة من قبل الأفراد والمجتمعات معتبرة برضاها عنها، واشتراط كونها مرضية قد ينطلق من قيمة التدين، أو من نتائج تقييم إنسانية المصدر، غير أن الربانية مصدراً لا تتنافى مع الطابع الإنساني الذي تراعيه الأديان، وتقره بإقرارها لحقائق العلم، وصحيح نتاج العقل وتجربةالعرف، وسلامة الفطرة، لكن اختلاف تقدير القيم يبرز أهمية المرجعية المنبثقة عنها، وذلك كالاختلاف في نحو تقدير قيمة (العفة) مثلاً في المجتمع الواحد المتعدد الثقافات، أو بين المجتمعات المختلفة الثقافة كالمجتمع الإسلاميوالشيوعي، أو الشرقي أو الغربي المحافظ والبوهيمي. ..، فتختلف المجتمعات بين الاعتداد بها (قيمة عليا) أو السخرية منها، أو في بعض تفاصيلها حتى بين المجتمع الواحد المتعدد المذاهب والطوائف كالاختلاف في (زواج المتعة) وكونه يحقق العفة أو ينافيها في دائرة الثقافة الإسلامية مما يدفع إلى التفكير في تحديد المؤتلف والمختلف وكيفية الجمعبين خصوصيات كل ذي اعتقاد ومذهب وبين ما يكون قانوناً حاكماً على الجميع ؟

المقصود أن من القيم ما لا يختلف في إقراره (كالعدل) بين جميع بني الإنسان على اختلاف مشاربهم مبدأ وإن اختلفوا في كيفيات تطبيقاته، ومنها ماهو مختلف في أصله أو في بعض تفاصيله لاختلاف الثقافات وتعدد المذاهب والمشارب، والمراد أن ضابط رضى المجتمع عن القيمة غير جامع ولا مانع فلا يصلح إطلاقه في التعريف، وتعريفها بأنها أدوات قياس غير صحيح كذلك، وإن كانت تستعمل في الحكم على الأشياء، لأن وضع الميزان مقصده تحقيق العدل.

فالقيمة هي العدل لا الميزان، وإن كان هو رمزاً للعدالة ووسيلة من وسائل تحقيقها إذ يعني المساواة والتوازن والاستقامة، فالحث على التخلق به صفة وسلوكاً مقصوده إقامته في نفس الإنسان ومحيطه أي في علاقاته مع نفسه، وربه، ومجتمعه، وكل كونه الذي يحيا فيه، فلا يظلمن شيئاً مثقال ذرة ولا أصغر من ذلك ولا أكبر ما استطاع.

ولتلافي ما في تعريفات القيم من قصور سنعرفها بما يأتي فهي: (مبادئ قيمة عامة ربانية المصدر أو وضعية من قبل الإنسان) فوصفها بالمبادئ أولى من وصفها بأدوات القياس، والوصف بكونها (قيمة) يعطيها معنى التقويم والتقييم إذ بها قوام حياة الناس أفراداً ومجموعات ومجتمعات ففيه معنى الحفظ والرعاية والاعتماد، وفيه معنى التقدير إذا تحظى بالقبول والاحترام والأهمية والاعتبار، وهذا الاعتبار بتثمينها لما فيها من صفة الثبات والدوام لكونها مبادئ وقواعد لمنطلقات مستقيمة.

ووصفها بالعموم سمة ذاتية تتفق مع كونها مُثلاً ومبادئ تتفق مع الفطرة الإنسانية وإن شذ عنها فرد أو جماعة ما.

وذكر مصادرها الربانية والوضعية جامع لكل الثقافات فإذا ما تناولنا خصوصية ثقافة ما تحتم تقييدها بكونها قيماً إسلامية أو مسيحية أو شيوعية، ونحو ذلك من الاختلاف للطوائف والمذاهب... .

مقاصدية القيم في الإسلام

لا ريب أن للدين الإسلامي قيماً دعا إلى اعتبارها، وحث على إيجادها وإقرارها في كل مجال، لا سيما في نفس الإنسان ؛ لأنه المقصود بخطاب رسالة الإسلام، واقتضى ذلك وجود قيم عالمية كالحرية لكل العباد، والمساواة بينهم، لا يختلف في قيُّوميتها لكل بني آدم في كل زمان ومكان، فجاءت مبادئ عامة صالحة للجنس البشري في كل أطواره، مرنة (بفسحة الاجتهاد)في كيفيات تحقيقها لتتناغم مع المتغيرات، واختلاف البيئات والثقافات الموروثة بأنواعها، لتؤلف قاسماً مشتركاً وقواعد ثابتة للانطلاق نحو التغيير، فتتجاوز المؤقت مثلما تحتويه وتراعيه، فالإسلام إذ يقر مبدأ كالشورى مثلاً لا يشك عاقل في صحته وفائدته بالتجربة في كل شأن من شؤون الناس جميعهم وإن اختلفوا في تطبيقات تحقيقه في واقعهم، ففي إدارة الشأن العام مثلاً يقبل الإسلام كل أنواع الحكم البدائية والمعاصرة شرط تحقق مبادئ كالشورى، والعدل، وتولي الكفاءات، والمساواة في الفرصفي تولي الولايات، ومسؤولية الولاة، وطاعة أولي الأمر في المعروف، ونحو ذلك مما له علاقة بنظام الحكم الرشيد، ويبقى انتخاب النظام الأصلح بما يحقق مقصود تلك المبادئ، والسعي إلى إقامته منوط بالاجتهاد وفق تطور المجتمعات، وحرية إرادتها في الاختيار، فلم يحدد الإسلام كيفية محكمة لمنظومة الحكم نمطيةً واجبة الاتباع والتطبيق، فما هي إلا مبادئ عامة كالتي ذكرناها آنفاً مقصودها سياسة الخلق بالحق، والأولى بذوي الاجتهاد أن يجعلوا هذه المقاصد الرئيسة والقيم العليا حاكمة فيما يدور عليه الجدل من مشكلات الأطروحات في بعض قضايا نظام الحكم التي أدت وتؤدي إلى افتراق الأمة، وإلى حروب طاحنة جعلت تاريخ (المسلمين) السياسي يؤرخ بالوقائع المخضبة بالدماء، وصل بعضها إلى استئصال أقوام على بكرة أبيهم، فكم من مقولة وظفت فيها بعض نصوص الدين عمداً أو جهلاً لمقاصد ما أنزل الله بها من سلطان، ولا يزال بعض هذا الإرث الأحمق القاتل القادم من أعماق التاريخ يلاحقنا ويفسد علينا حياتنا إلى اليوم، تغلغل بلا عقلانية فجاس في عقائدنا وقيمنا وأخلاقنا وسلوكنا، فآل دأبنا إلى دأب الذين من قبلنا، فلا نحن استفدنا من تجربة التاريخ التي يدعونا القرآن إلى تدبرها، ولا انطلقنا كغيرنا من معطيات حاضرنا ومتطلبات مستقبلنا.

وهذا الموروث الاجتهادي محتاج منا إلى إعادة نظر عميقة لنميز خبيثه من طيبه، ونحدد بوضوح وشفافية بالغة أخطاء الفهم والتطبيق التي أحالت المتغير إلى ثابت والمؤقت إلى تشريع دائم، وما راعاه فقيه في عصرٍ ما ديناً ندين الله به في يومنا !!.

تكامل القيم وتناغمها مع المقاصد

منظومة القيم في الإسلام مقصودة من الشارع الحكيم لتحقيق مقاصد أكبر منها، فهي على ذلك مقاصد تابعة، لكن تبعيتها لمقاصد أسمى ليست كتبعية التحسينات للضروريات بل هي أقرب إلى منظومة الضروريات نسبة للمقصد الأعلى وهو العبودية لله تعالى، فبين الجميع تناغم وتكامل، فالحرية مثلاً لها آثارٌ ضمن سلسلة المقاصد التي يدعو إليها الشارع ابتداء من إقراره لمبدأ حرية الاختيار في الاعتقاد ورعايته، وتحرير العقل من الظنون الفاسدة وطرق التفكير غير العلمية، وحرية النفس البشرية من العبودية لغير الله وحده، وحرية التصرف في المال، وحرية

الاختيار في الزواج ونحوه من التصرفات كالتعبير والتنقل والتملك، وعلى ذلك يمكن لنا تصنيف منظومة القيم في دائرة المقاصد الرئيسة، وكذلك كل ما اتسم بالعموم من المقاصد، ولا يتعارض ذلك مع هرمية الترتيب كأن تكون في الدائرة الثانية لا الأولى.

وغياب إبراز مقاصدية القيم ومكانتها في إقامة الدين وتوارث ذلك سبب في اختلال الفهم والتطبيق في بعض قضايا الدين حتى في عصور ازدهار الحضارة الإسلامية أول أمرها، فأنتجنا فقه السلطان المتغلب، وقبلنا بيعة الإكراه، ووصلنا إلى أن يكون الحاكم حاكماً بأمر الله لا يسئل عما يفعل، وانتقلنا من رسالة ودعوة لتحرير العباد من عبادة العباد إلى تعبيدهم لذلك، وجرى الفقه بالعرف على تقنين العبودية وشرعنتها، وتطبيقات الصحابةﷺومن بعدهم على ذلك إلى أن حُرم الرّقُ من قبل غير المسلمين في عصرنا الحديث، بل لدينا طوائف في أيامنا هذه يبيحونه ويدعون إليه، بله من مارسوه ظناً منهم أنه حكم الشريعة الدائم مستدلين بعمل القرون الثلاثة الأولى، وأن الآيات في القرآن الكريم مقرة له وهي محكمة، وهذه قضية من أهم القضايا المتعلقة بفهم نصوص الدين إذ أن (الحكم) على الأحكام الشرعية من حيث الثبوت والتغير - لاسيما في باب التشريعات - هو عمل اجتهادي، فإذا استضاء المجتهد بالإرث المقاصدي الذي يعتمد على تعليل الأحكام بمقاصدها، وأحالالبنات من التفاصيل إلى الأمهات من الأصول كان الأقرب إلى تعيين الثوابت وتحديد المتغيرات.

والقيم من أثبت الثوابت ومقصودية إقامتها في أبوابها مثبتة، فإذا قرر الفقهاء أن الشريعة تتشوف إلى العتق بما رأوه من قصد الشارع إلى ذلك من خلال الحث على اقتحام العقبة بفك الرقاب، وجعل تحرير المستعبدين في مصارف الزكاة- وهي ركن -الثمانية، وفي الأمر بالمكاتبة والإعانة عليها، وفي الكفارات، والديّات، والحكم بالمن والفداء في أسارى الحرب[1]، والحث على نكاح الأيامي والصالحين من المملوكين، والأمر قبل ذلك بمعاملتهم بالإحسان، الذي أمر به في معاملة الوالدين، قال تعالى: ﴿**وَاعْبُدُواْ اللّهَ وَلاَ تُشْرِكُواْ بِهِ شَيْئًا وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَبِذِي الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينِ وَالْجَارِ ذِي الْقُرْبَى وَالْجَارِ الْجُنُبِ وَالصَّاحِبِ بِالجَنبِ وَابْنِ السَّبِيلِ وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ إِنَّ اللّهَ لاَ يُحِبُّ مَن كَانَ مُخْتَالاً فَخُورًا**﴾ (النساء: 36) علموا أن فك الرقاب مقصد بارز من مقاصد القرآن الكريم، وأن قيمة الحرية ومنها حرية المستعبدين من أسس القيم التي تدعو إليها رسالة الإسلام، ويقتضي ذلك أن إقرار العرف بالاستعباد ظرفي (متغير) ليس من ثوابت التشريع، ومتى ما آل المآل إلى انعدام الرقّ (منسوخاً) من واقع حياة الناس تحقق مقصود الشارع، والعود إلى إنتاجه من جديد نكوص وإساءة، أما إن وُجِد من غير سعي المسلمين في زمنما كان في الإرث الفقهي المتعلق به ما يحفظ لهم حقوقهم إلى حين التحرير.

[1] ينظر مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها: 346 – 249.

القيم بين المبادئ والنهايات

القيم مبادئ والمقاصد الكبرى نهايات، ومن التكامل بين المقاصد والقيم تحقيق العدل بالمساواة، وتحقيق المساواة بالعدل، فالمساواة قيمة وتحقيقها واقعاً مقصد، وكذلك العدل، وبذلك جاءت رسالة الإسلام لكل العالمين، لم تكن لعرق دون عرق، ولا لجنس دون جنس، ولا لجهة دون أخرى، وكل الادعاءات المنافية لمبدأ المساواة بين بني آدم بالتمييز هي من صنع البغي والعدوان، وبعضها مآله إلى سوء فهم قضايا الإيمان، وجهل مراد الله من بني الإنسان، ولما ادّعى قوم أنهم أبناء الله وأحباؤه، رُدّوا إلى أصل وحدة الجنس والخلق ﴿**بَلْ أَنتُم بَشَرٌ مِّمَّنْ خَلَقَ**﴾(المائدة: 18)، فأنكر الله عليهم ما ادّعوه لأنفسهم من تمييز كذباً وزوراً، وغروراً بمنّ الله عليهم لما اصطفاهم لحمل أمانة الرسالة، وبتمكينهم بالملك فافتروا من عند أنفسهم أنه لا تمسهم النار إلا أياماً معدودات[1]، وأنه ليس عليهم في الأميين سبيل[2]، بل آل أمر بعضهم إلى اللعن على لسان أنبيائهم بعد أن كانوا من المصطفين.

وكذلك الشأن في المساواة بين الجنسين، حاله كحال الرق واقعاً سعى الإسلام إلى تغييره بالتدرج، فلم تكن الذكورة والأنوثة علة للتفضيل عند الله -جل وعلا- ﴿**مَنْ عَمِلَ صَالِحًا مِّن ذَكَرٍ أَوْ أُنثَىٰ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَلَنُحْيِيَنَّهُ حَيَاةً طَيِّبَةً ۖ وَلَنَجْزِيَنَّهُمْ أَجْرَهُم بِأَحْسَنِ مَا كَانُوا يَعْمَلُونَ**﴾(النحل: 97)، سواء بسواء، والاحتجاج بتجربة التاريخ التي يسودها الرجال لاتقوم به حجة، فهو كالاحتجاج بسيادة الأسياد على العبيد وقد تغير واقع الرق، فالأحكام الشرعية التي تجعل للسادة أفضلية على مماليكهم كالطاعة لم يفهم منها ديمومة التشريع بجواز الاستعباد، ولا أنها دليل على التفضيل المراد له -سبحانه وتعالى- وإن كانت من قدره، وكذلك الاختلاف في الخلقة بين الجنسين وما يترتب عليه من بعض الأحكام الخاصة بالرجال أوالنساء كأسباب أولوية قيام الرجل بإدارة شؤون الأسرة، فمقصود الشارع في حق القوامة لا يتعلق بالذكورة حكماً مؤبداً، فلو حلت بالزوج سفاهة، أو مرض صيّره مقعداً لآل الأمر إلى الزوجة، ولو كان معدماً وكانت ذات أموال لفقد أفضلية الإنفاق، وكيف إذا تغيرت الأعراف كما هو حال المجتمعات الأوربية وبعض المجتمعات العربية بالمشاركة بين الزوجين في كل شأن؟

أو ليست مراعاة تغير الأعراف معتبرة لدى الشارع، والفقيه، وأن الأحكام تتغير بتغير العرف ؟

ونحو ذلك الخروج للجهاد غير المتعّينروعي فيه خَلْقُ الرجال غير أن النبيﷺلم يمنع (نسيبة) احتجاجاً بالتفضيل وألزمها القعود، ولقد فرَّ رجالٌ يوم (أُحُد) وثبتت !.

ومثله القول في إدارة الشأن العام، فقد جرى العرف في الأزمان الأولى على أن يتولاها الرجال، والاحتجاج به لاتقوم به حجة على غالب تجربة التاريخ، أو على إدارة الأسرة، أو تمايز الرجل والمرأة خلقاً لأنها تلد وتحيض وتحضن الأطفال وترضعهم، ولذلك قص علينا القرآن - وفي قصصه لأولي الألباب عبرة - قصة ملكة سبأ التي أوتيت من كل شيء يؤتاه الملوك، فضربت مثلاً للحكم الرشيد، سلّم لها قومها رجالاً ونساءً أمرهم فلم تستبد برأيها، ولا اغترت ببأسهم الشديد وقوتهم، فقادتهم بعقلها الرشيد ورأيها السديد إلى ما حفظهم من دمار الحروب، وإلى الإيمان بمالك الملك والملوك[3].

---

[1] ينظر آل عمران: 24.

[2] ينظر أل عمران: 75.

[3] ينظر النمل: الآيات من 20 إلى 40.

أم أنها ناقصة العقل لا تحسن إلا إغواء الرجال وفتنتهم؟! فمن أين جاءنا شرط الذكورة في الولايات العامة ؟ فإن قيل: من حديث: "لايفلح قوم ولوا أمرهمامرأة"[1] قيل: إن العموم في الحديث يتناقض مع صريح القرآن في قصة مليكة سبأ، فهل هي علة قادحة في المتن تضعفه؟أو أنه يؤول على القول بأنه من العام الذي يراد به الخاص، وهم أهل فارس حينها إشعاراً باقتراب ذهاب دولتهم؟ أي: مَنْ ولوا امرأة مثلها ومثلها لا يصلح للولاية فيكون خاصاً بها، لا عاماً ينطبق على جنس النساء، فضلاً عن معارضته للقرآن، ولمبدأ المساواة بتكافؤالفرص وتولي ذوي الكفاءات وهو تأويل حسن عند بعضهم، غير أنه لا يطابق الواقع، لأن(بوران) هذه كانت رشيدة في حكمها على قصر مدته، فإما هُوَ ممَّا غلب على ظن النبي - عليه السلام - ليس من إخبارات النبوة، ولا تشريعات الرسالة، كمثل حديث تأبير النخل، وإما أن في روايته خللاً من جهة سبب الورود !! أو أن ما في كتب التاريخ عنها أكاذيب؟

وكون أعراف الحكم حالية متغيرة لا ثابتة ثبات القيم والمقاصد المآلية كما هو حال أنظمة الحكم الحديثة، ومحدودية صلاحيات رؤساء دولة المؤسسات، وحال النساء وتغير واقعهن من جهة التعليم والتدريب، ودلت التجربة الحديثة المعاصرة على إثبات كفاءة بعضهن في إدارة شؤون الحكم، فالقول بعدم جواز ولايتها بإطلاق عمومه فيه نظر؟

وكذلك القول أن النكرة في سياق النفي تفيد العموم لابد من تقييده بـ (غالباً) أو نحوه مما يحدُّ من إطلاق عمومه في نحو هذا الحديث.

وما ذكرناه يجعل من القيم بثباتها والمقاصد بمآلاتها مرجعية عليا للفقهاء في ترجيحهم بين الاجتهادات المأثورة اختياراً، أو في الحكم عليها ديمومة وتغيراً، أو صحة وبطلاناً فيما يُنزَّل في غير منزله من الأدلة.

فإذا صح التأصيل الشرعي لثبات وقطعية القيم والمقاصد صلح أن تكون كما ذكرنا مما يفتح باباً للاجتهاد فيما يجدُّ من متغيرات وفيما كان من المأثور في كثير من أبواب الفقه، ولعلنا سنشهد ولادة لمدرسة فقهية جديدة هذا من أبرز أصولها

[1] فتح البارئ: 7/ 739، كتاب المغازي باب كتاب النبي إلى كسرى وقيصر برقم (4429).

الخاتمة

انتهى البحث إلى تحقيق مقصوده، فانطلق مبتدئاً بتحرير مصطلح المقصد لغة واصطلاحاً وخلص إلى أن المعاني التي تدور عليها مادة القصد في الاستعمال اللغوي، والاستعمال القرآني هي (الاستقامة والاستواء والتوجه المسدد نحو الغاية والهدف) ثم الاعتدال والتوسط وهما من لوازم الاستقامة، وما يتبعها من سهولة ويسر لبلوغ المرمى، وانفرد الاستعمال اللغوي بـ (الانبثاق والظهور والقطع البين الانفصال) وكأن الظهور يشير إلى الوضوح، والانبثاق للاستنباط، والبينونة للتميز عندالاختلاط، ثم عرض البحث لمضمون (المقصد) في الاصطلاح منتقداً بعض تعريفاته السابقة مفضياً إلى تعريف للمقاصد نحسبه أجمع وأمنع فهي (غايات الدين الحالية والمآلية).

ثم كان المطلب الثاني في ما بين القيم والمقاصد فناقش مضمون (القيم) لغةً واصطلاحاً، وخلص إلى تعريف للقيم يستدرك ما فات فيما خلا من التعريفات، فهي (مبادئ قيمة عامة ربانية المصدر أو وضعية من قبل الانسان) فإذا اختصت بثقافة معينة أو مميزات خاصة لزم تقييدها بذلك.

وأن القيم في الإسلام مقصودة من الشارع لتحقيق المقاصد الشرعية ، فهي كالمقاصد من جهة الإثبات نصاً أو قياساً تبعاً للأدلة، وأنها من ثوابت الدين لا متغيراته، وعلى ذلك فهي مرجعية عُليا للفقيه كالمقاصد لا بد من مراعاتها، ويمكنه بها الترجيح بين الاجتهادات المأثورة فأقربها إلى موافقة القيم أقربها إلى مراد الشارع، فإذا ما أحكم تأصيلها كانت أصلاً فقهياً معتبراً له أثر بالغ في تجديد الفقه ليلائم متغيرات الأزمنة والأمكنة والأعراف والأحوال.

وفي الختام يوصي بإنشاء مراكز بحثية معنية بمقاصد الشريعة وقيم الرسالة الإسلامية في الجامعات الليبية المختصة بالعلوم الشرعية تشجع البحث العلمي في علم المقاصد لتطويره وتجديده وإيلائه مزيداً من العناية في مجالالدراسات المتقدمة.

اللهم ارزقنا علماً ينفعنا وانفعنا بما علمتنا، وزدنا من لدنك علماً، والحمد لله رب العالمين.

قائمة المصادر والمراجع

1 - القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم.
2 - أساس البلاغة، جار الله محمود بن عمر الزمخشري، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 2000 م.
3 - البحر المحيط، محمد بن يوسف أبوحيان الأندلسي، تحقيق الشيخ عادل أحمد عبد الموجود وآخرون، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى، 2001 م.
4 - التحرير والتنوير، العلامة محمد الطاهر بن عاشور، الدار التونسية للنشر، تونس، 1984 م.
5 - التسهيل لعلوم التنزيل، محمد بن أحمد بن جزي الغرناطي، المكتبة العصرية، بيروت، 2010 م.
6 - سلم القيم الإسلامية من منظور إسلامي، د. مروان القيسي، مجلة الجامعة الأردنية، دراساتعلوم الشريعة والقانون، المجلد 31، العدد 2 ،2004 م عمان.
7 - فتح البارئ بشرح صحيح البخاري، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تحقيق عبدالله بن باز، و محمد فؤاد عبد الباقي، دار التقوى للنشر والتوزيع، مصر.
8- الفكر المقاصدي قواعده وفوائده، أحمد الريسوني، دار الكلمة للنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة الثالثة، 2014 م.
9- كتاب العين، الخليل بن أحمد الفراهيدي، ترتيب الدكتور داوود سلوم وآخرون مكتبة لبنان، ناشرون، الطبعة الأولى، 2004 م.
10- الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل، وعيون الأقاويلفي وجوه التأويل محمود بن عمر الزمخشري، دار الكتاب العربي.
11 - المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم، محمد فؤاد عبد الباقي، دار الحديث، القاهرة، 2001 م.
12 - معجم مقاييس اللغة، أبو الحسن أحمد بن فارس، وضع حواشيه إبراهيم شمس الدين، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1999 م.
13 - المقاصد الشرعية وأثرها في الفقه الإسلامي، دكتور محمد عبد العاطي محمد علي، دار الحديث، القاهرة، 2007 م.
14 - مقاصد الشريعة الإسلامية، الإمام محمد الطاهر بن عاشور، دار السلام للنشر والتوزيع والترجمة، القاهرة، الطبعة الخامسة، 2012 م.
15 - مقاصد الشريعة في المذاهب الإسلامية، مجموعة بحوث، مركز الفرقان للتراث الإسلامي، مركز دراسات مقاصد الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، 2012 م.
16 - مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، الأستاذ علال الفاسي تحقيق الدكتور إسماعيل الحسني، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، القاهرة، الطبعة الأولى، 2011 م.
17 - مقاصد المقاصد، الغايات العلمية والعملية لمقاصد الشريعة، أحمد الريسوني، دار الكلمة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2014 م.

إثبات جرائم الحدود بالأدلة العلمية

(نظرة نقدية)

إعداد :

خليفة مفتاح محمد بن سعد

المبحث الأول

الوسائل العلمية كدليل إثبات جنائي

في ميزان الشريعة الإسلامية

لما كان الأساس الذي بنيت عليه تشريعات الحدود هو دون أدنى شك أحكام الشريعة الإسلامية ، ولما كانت الشريعة الإسلامية تثبت جرائم الحدود بأدلة محددة ، وإن كان هناك خلاف حول تحديد المقصود من البينة ؛ حيث يرى الجمهور أن البينة مقصورة على الشهادة ، فيما يرى القاضي عبد الوهاب ، والقرافي ، وابن تيمية وتلميذه ابن القيم ، وابن فرحون أن البينة ليست محصورة في الشهادة ؛ وإنما هي اسم لكل ما يبيِّن الحق ويظهره ، إلا أنه لا يوجد بينهم من يرى إطلاق الإثبات في جرائم الحدود ، وإنما هم متفقون سوية على حصر وسائل الإثبات في جرائم الحدود [1].

وسوف أبين أدلة إثبات كل جريمة على حدة وبشكل مختصر فيما بعد ..

وعليه فإني أقول : إن الخطأ كان حليف كل من قسم نظم الإثبات الجنائي في الشريعة الإسلامية ، إلى نظام إثبات مقيد أو حصر وسائل الإثبات ، وآخر مطلق ، أو حرٍّ في جميع الجرائم على أساس الاختلاف في تحديد مفهوم البينة ، وإنما الأساس الصحيح للتقسيم يكون بناءً على تقسيم الجرائم نفسها إلى جرائم حدية وأخرى تعزيرية ، فالأولى تثبت وفق نظام إثبات مقيد ، ولذا فإن أي إضافة على هذا التحديد في أدلة إثبات جرائم الحدود يعد جسماً غريباً لا تقبله تشريعات الحدود إذا ما أريد لها أن تستمر ثابتة على ذلك الأساس المتين ، الذي بنيت عليه، ألا وهو أحكام الشريعة الإسلامية؛ بينما تثبت الثانية - الجرائم التعزيرية - وفق نظام إثبات حرٍّ أو مطلق.

ولعدم الإطالة فإن إضافة المشرع للوسائل العلمية كدليل إثبات في جرائم الحدود ، يعد إضافة لا يقوم دليل شرعي على صحتها ، مما يعني أن المشرع قد تجاوز دوره التقريري إلى الدور الإنشائي ، ولما كانت جرائم الحدود تثبت في الشريعة الإسلامية بأدلة محددة ؛ فإن ذلك يعني أن هذه الوسائل تتعلق بها أحكام شرعية ثابتة لا تتغير بمرور الزمن ، ولا باختلاف المكان ، ولا

([1]) الشافعي : محمد بن إدريس ، الأم ،188/6 ، 214/6 ، 217/6 ، والزيلعي : عثمان بن علي ، تبيين الحقائق 23/4 ، والبغدادي : عبد الوهاب بن علي ، المعونة 444/2 ، وابن القيم : محمد بن أبي بكر ، إعلام الموقعين71/1 .72 ، والطرق الحكمية ص 14 ، وابن فرحون إبراهيم بن علي ، تبصرة الحكام 240/1 .243 ، وابن قدامة : عبد الله بن أحمد ، المغني 34/9 ، 143/9 ، 144/9 ، وابن رشد : محمد بن أحمد ، بداية المجتهد 633/2 ، 643/2 ، 656/2 ، و د. أحمد : هلالي عبد اللاه ، النظرية العامة للإثبات الجنائي 212/1 . 216 ، ود. شريف : السيد محمد حسن ، النظرية العامة للإثبات الجنائي ص 103 . 110 .

بالتطور ، ولا غير ذلك من عوامل تغير الأحكام (القابلة للتغيُّر) ؛ بينما توجد أحكام أخرى قابلة للتغير ومنها أحكام التعازير ، وعليه فإنني سأبين الثابت والمتغير من الأحكام الشرعية في مطلب أول، ثم أبين عدم صلاحية الوسائل العلمية كدليل إثبات في جرائم الحدود في مطلب ثان، ثم أبين مجال إعمال الوسائل العلمية كدليل إثبات جنائي في الشريعة الإسلامية في مطلب ثالث ، والله المستعان :

المطلب الأول: الثابت والمتغير من الأحكام الشرعية :

قال ابن القيم ـ رحمه الله ـ : " الأحكام نوعان :

نوع لا يتغير عن حالة واحدة ، وهو عليها ، لا بحسب الأزمنة ولا الأمكنة ، ولا اجتهاد الأئمة ، كوجوب الواجبات، وتحريم المحرمات ، والحدود المقدرة بالشرع على الجرائم ، ونحو ذلك ، فهذا لا يتطرق إليه تغيير ولا اجتهاد يخالف ما وضع عليه .

والنوع الثاني : ما يتغير بحسب اقتضاء المصلحة له ، زماناً ، ومكاناً ، وحالاً ، كمقادير التعزيرات وأجناسها ، وصفاتها ، فإن الشارع ينوع فيها بحسب المصلحة ... وهذا باب واسع ، اشتبه فيه على كثير من الناس الأحكام الثابتة اللازمة التي لا تتغير بالتعزيرات التابعة للمصالح وجوداً وعدماً " (1)

ولما كان ذلك كذلك وجب إذا بيان أي الأحكام لا يقبل التغير أي أنه ثابت ، وأيها يقبل التغير بضوابطه (أي أنه متغير) . فأشرع في بيان ذلك والله المستعان .

أولا: الثابت من الأحكام :

والمقصود من الثبات في الأحكام الشرعية كونها لا تقبل إعمال النظر فيها اجتهاداً بهدف نقل الحكم الشرعي من صورته الحالية إلى إحدى صور أربع . (2)

والثوابت من أحكام الشريعة هي : (3)

أ ـ الأحكام المبنية على نص قطعي الثبوت والدلالة :

---

(1) ابن القيم: محمد بن أبي بكر ، إغاثة اللهفان 293/1 –295 .

(2) ابن سعد: خليفة مفتاح، الزمان والمكان وأثرهما في الأحكام الشرعية، (بحث غير منشور مقدم لاستكمال متطلبات درجة الإجازة العالية . الماجستير قسم الشريعة، كلية القانون، جامعة الفاتح سابقا. طرابلس حاليا) ص 127.

(3) ينظر في تفاصيل ما يأتي : ابن سعد : خليفة مفتاح ، الزمان والمكان وأثرهما في الأحكام الشرعية ، (بحث مقدم لاستكمال متطلبات درجة الإجازة العالية . الماجستير قسم الشريعة كلية القانون ، جامعة الفاتح سابقا. طرابلس حاليا) ص 127 . 135 .

ب- الأحكام المبنية على بيان تفصيلي : [1]

ج - أحكام المقاصد المطردة :

د - أحكام الوسائل الموضوعة شرعاً :

فهذه لا تقبل التغيير ولا التبديل، ومثالها: الطهارة وسيلة وضعها الشرع لمقصد هو الصلاة، ومع هذا فهذه الوسيلة ثابتة لا تتغير. [2]

هـ - عموم الحكم:

و - ما كان من الأحكام مبنياً على قول أو تصرف لرسول الله ﷺ على سبيل الفتيا والرسالة:

ز - ما كان من الأحكام غير معلل بعلة :

وبهذا فإن الثوابت من الأحكام هي ما كانت متعلقة بالأمور التالية :

❖ **العقيدة :** وهي القضايا والتصورات التي يجب على الإنسان أن يؤمن بها على سبيل القطع واليقين والتسليم الكامل للخالق المعبود [3]
كالإيمان بالله وملائكته وكتبه ورسله ، والجنة والنار ، والإيمان بصفات الله تعالى إلى غير ذلك من الأمور العقدية . فجميع هذه الأمور مسلمات قطعية وثابتة بمرور الأعصار وتغير الأمصار. [4]

❖ **العبادات** : وهي جملة النيات والأقوال والأعمال التي تنظم علاقة العابد بالمعبود ، مثل الطهارة ، والصلاة [5] . وهذه ثابتة أيضاً لا تتغير شروى نقير .
❖ **المقدرات :** وهي جملة الأمور التي بينها الشارع بياناً محدداً ومضبوطاً لا يقبل الاحتمال أو التأويل. [6]
ومثالها: الزكاة ، والكفارات ، وأنصبة الورثة ، والحدود ، ومسائل العدة . [7]

وهي ثابتة كذلك ومما يدل عليه دقة الشارع في تحديد هذه المقدرات وحرصه على بيانها.

قلت : وظاهر جدا دخول أدلة إثبات الجرائم الحدية في المقدرات؛ إذ بينها الشارع بيانا محددا ومضبوطا.

([1]) ما لم تنسخ أو تكون من أحكام الرخص والعزائم، وأن لا تكون مبنية على مراعاة الظروف .

([2]) ابن سعد: خليفة مفتاح، الزمان والمكان وأثرهما في الأحكام الشرعية (بحث مقدم لاستكمال متطلبات درجة الإجازة العالية . الماجستير . قسم الشريعة، كلية القانون، جامعة الفاتح سابقا. طرابلس حاليا) ص 132.

([3]) الخادمي: نور الدين بن مختار ، الاجتهاد المقاصدي ، سلسلة كتاب الأمة 93/2 .

([4]) المرجع السابق 93/2 ، وابن الشيخ : محمد الأمين ، الاجتهاد بين مسوغات الانقطاع وضوابط الاستمرار 82 .

([5]) الخادمي : نور الدين بن مختار ، الاجتهاد المقاصدي ، سلسلة كتاب الأمة 24/2 .

([6]) المرجع السابق 96/2 .

([7]) المرجع السابق 96/2 . وابن الشيخ محمد الأمين ، الاجتهاد بين مسوغات الانقطاع وضوابط الاستمرار 82 .

قال الإمام الغزالي : " الأولون والتابعون ومن بعدهم ، اتفقوا على أن التحريف للمقادير مهجور ، وأن ذلك خارج عن الدين " [1]

❖ **أصول المعاملات :** وهي مبادئ التعامل الكبرى وقواعد الأخلاق العامة ، ومثالها الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، وتبجيل الكبير ، ومساعدة الصغير ، إلى غير ذلك من الفضائل ومحاسن الشيم [2].

❖ **الضروريات :** وهي الأمور المعلومة من الدين بالضرورة كوجوب الحج والصوم وحرمة الزنى والقتل . [3]

ثانيا: المتغير من الأحكام :

والمقصود من التغير في الأحكام الشرعية كونها تقبل إعمال النظر فيها اجتهاداً، بحيث يمكن نقل الحكم الشرعي من صورته الحالية إلى إحدى صور أربع مع إمكانية رجوعه إلى صورته الحالية بعد انتقاله إلى الصورة الجديدة، وفق ضوابط محددة . [4]

والمتغيرات من الأحكام بحسب الأدلة التي بنيت عليها هذه الأحكام هي : [5]

أ. الأحكام المبنية على نص ظني الثبوت أو الدلالة :
ب. أحكام المقاصد غير المطردة :
ج. الأحكام المبنية على بيان كلي :
د. الأحكام المبنية على قول أو تصرف لرسول الله ﷺ بطريق الإمامة والحكم :
ه. أحكام الوسائل غير الموضوعة شرعاً
و. خصوص الحكم .
ز. الأحكام المعللة بعلة صريحة :

وبالتالي فإن المتغيرات من الأحكام ما كانت متعلقة بالأمور التالية :

❖ **الوسائل الخادمة للعقيدة والعبادة وأصول المعاملات ما لم تكن هذه الوسائل منصوصة :**

فوسائل بيان العقيدة الإسلامية والتأسيس لها وإظهار محاسنها تعتبر متغيرة بحسب الزمان والمكان والظروف المحيطة بهذه الوسائل ، وبالتالي فحكم هذه الوسائل يتغير بتغير الوسيلة ،

([1]) الغزالي : محمد بن محمد ، شفاء الغليل 226 .

([2]) الخادمي : نور الدين بن مختار الاجتهاد المقاصدي ، سلسلة كتاب الأمة 97/2 .

([3]) ابن الشيخ : محمد الأمين ، الاجتهادات بين مسوغات الانقطاع وضوابط الاستمرار 82 .

([4]) ابن سعد: خليفة مفتاح ، الزمان والمكان وأثرهما في الأحكام الشرعية ، (بحث مقدم لاستكمال متطلبات درجة الإجازة العالية . الماجستير . قسم الشريعة، كلية القانون ، جامعة الفاتح سابقا. طرابلس حاليا) ص135 .

([5]) ينظر في تفاصيل ما يأتي : ابن سعد : خليفة مفتاح ، الزمان والمكان وأثرهما في الأحكام الشرعية ، (بحث مقدم لاستكمال متطلبات درجة الإجازة العالية . الماجستير . قسم الشريعة، كلية القانون ، جامعة الفاتح سابقا. طرابلس حاليا) ص135 .

وكذا كل ما من شأنه المساعدة في أداء العبادة من وسائل وطرق مستحدثة أو تقليدية فهذه قابلة للتغير أيضاً فيتغير حكمها بتغيرها (1).

وكذلك الأمر بالنسبة للوسائل التي تؤدي إلى قيام أصول المعاملات ، فهي قابلة للتغير بحسب الظروف فيتغير حكمها كذلك .

مع ملاحظة أن الوسائل المنصوص عليها شرعاً غير قابلة للتغير ، فهي ثابتة ثبات المقاصد التي يتوصل إليها بها (2)

- **أحكام التعزيرات وأجناسها وصفاتها وأدلة إثباتها :**
فهي قابلة للتغير بحسب المصلحة والظروف المحيطة زماناً ومكاناً.

- **كيفيات بعض المعاملات :**
ومثالها: كيفية الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، فهي قابلة للتغير بحسب الأزمنة والأمكنة والظروف(3)

- **تصرفات الإمام وأحكام القضاء** :
فهذه قابلة للتغير والتطوير(4)، إذ أنها محل لإعمال النظر فيها بصفة مستمرة .

ويستدل له بقولهم: تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة (5).

- **المسائل المختلف في حكمها لاعتماده على نص ظني الثبوت أو الدلالة:**
فكل مسألة مختلف فيها بين أهل العلم ، وذلك لاعتمادها على نص ظني في ثبوته أو دلالته جاز أن يتغير حكمها بناءً على هذا الاختلاف ، على أن يكون هذا التغير داخل نطاق الاختلاف ، بأن ينتقل الحكم إلى أحد الصور التي رآها أحد الأئمة المعتبرين .

- **عموم الظنيات**: وهي المسائل التي لا نص فيها ولا إجماع على حكمها (6)، وهذه المسائل لا يستقيم القول بثبات أحكامها بل الحق قابليتها للتغير .

وبعد هذا العرض الموجز للثابت والمتغير من الأحكام الشرعية ، فإن بالإمكان القول أن أدلة إثبات جرائم الحدود ينطبق عليها أكثر من وصف من الأوصاف التي تجعل الأحكام المتعلقة بها من الثوابت وهذه الأوصاف هي :

---

(1)المنسي : محمد قاسم ، تغير الظروف وأثره في اختلاف الأحكام 60 ، والخادمي : نور الدين بن مختار ، الاجتهاد المقاصدي ، سلسلة كتاب الأمة 98/2 . 105 .

(2) المنسي : محمد قاسم ، تغير الظروف وأثره في اختلاف الأحكام 60 ، والخادمي : نور الدين بن مختار ، الاجتهاد المقاصدي ، سلسلة كتاب الأمة 104/2 . 105 .

(3) الخادمي : نور الدين بن مختار ، الاجتهاد المقاصدي ، سلسلة كتاب الأمة 105/2 .

(4) القرافي : أحمد بن إدريس ، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام 95 ، والخادمي : نور الدين بن مختار ، الاجتهاد المقاصدي ، سلسلة كتاب الأمة 106/2 .

(5) السيوطي جلال الدين عبد الرحمن، الأشباه والنظائر 121 ، وابن نجيم : زين الدين بن إبراهيم ، الأشباه والنظائر 123 .

(6) الخادمي : نور الدين بن مختار ، الاجتهاد المقاصدي ، سلسلة كتاب الأمة 108/2 .

- كونها من الأحكام المبنية على نص قطعي الثبوت والدلالة.
- كونها من الأحكام المبنية على بيان تفصلي .
- كونها من أحكام الوسائل الموضوعة شرعاً .
- كونها من الأحكام المبنية على قول أو تصرف لرسول الله ﷺ على سبيل الفتيا أو الرسالة .
- كونها من الأحكام المجردة عن الزمان والمكان والأشخاص .
- كونها من الأحكام غير المعللة بعلة .

وعلى ذلك فإن أدلة إثبات جرائم الحدود لا يمكن تغييرها أو الإضافة إليها .

ويمكن القول أيضاً أن جرائم التعازير يمكن إثباتها بأي وسيلة إثبات مقنعة للقاضي ؛ وذلك لأن إثبات جرائم التعازير من المسائل التي تقبل أحكامها التغير ؛ حيث ينطبق عليها كونها من أحكام الوسائل غير الموضوعة شرعاً .

المطلب الثاني: عدم صلاحية الوسائل العلمية كدليل إثبات في جرائم الحدود :

إن القول بعدم صلاحية الوسائل العلمية كدليل إثبات في جرائم الحدود يقوم على أساسين يمثلان ركيزة هامة في مجال إثبات الجرائم الحدية وهما : أن جرائم الحدود تثبت في الشريعة الإسلامية وفق نظام إثبات مقيد ، وإعمال قاعدة درء الحدود بالشبهات ، وأحسب أنهما كفيلان برد الوسائل العلمية وعدم الاعتداد بها في إثبات جرائم الحدود ، فأشرع في بيانهما بإيجاز . نظراً لطبيعة هذا البحث :

الأساس الأول لعدم صلاحية الوسائل العلمية لإثبات جرائم الحدود:

أن جرائم الحدود تخضع في الشريعة الإسلامية لنظام إثبات مقيد:

إن من المقرر في الشريعة الإسلامية أن جرائم الحدود تثبت وفق أدلة محددة [1] ، ولبيان ذلك سأقوم بذكر ما تثبت به كل جريمة من الجرائم الحدية ـ التي نص عليها المشرع ـ على حدة ، تاركاً ما عليه الإجماع دون تعليق ، ومعلقاً على الأدلة المختلف فيها بالنسبة لكل جريمة فأقول :

أ ـ جريمة الزنى : يثبت الزنى شرعاً بالشهادة والإقرار إجماعاً ، وبالنكول عن اللعان وبالقرائن على خلاف في ذلك [2]

لن أتحدث عن الشهادة والإقرار لأنهما محل إجماع ، **أما النكول عن اللعان** ففيه خلاف إلا أن الراجح ـ والله أعلم ـ هو ثبوت الزنى بنكول الزوجة عن اللعان ؛ لقوله تعالى : { وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ } [3]

ومفهوم الآية أن الزنى يثبت بملاعنة الزوج ؛ ذلك أن درء العذاب لا يكون إلا بعد ثبوت ما يوجبه ، فيكون على الزوجة أن تلاعن ليدرأ عنها الحد وإلا فقد ثبت في حقها اقتراف الجريمة، وبالتالي فإن النكول عن اللعان هو من أدلة إثبات الزنى .

([1]) ينظر ص 1 من هذا البحث .

([2]) عودة : عبد القادر ، التشريع الجنائي الإسلامي ص 693 . 721 .

([3]) النور : 8 .

أما عن القرائن : فإن الحمل يعد قرينة على الزنى عند البعض ، إلا أن ذلك ليس محل إجماع ، والراجح ـ والله أعلم ـ عدم ثبوت الزنى بقرينة الحمل ؛ لعدم وجود نص ، ولاختلاف الفقهاء في ذلك ، ويضاف إلى ما سبق ما ظهر في هذا العصر من تطور في مسألة التلقيح الصناعي ، بل إن التلقيح الصناعي كان معروفاً حتى قبل هذا العصر ، وإن كان بطرق بدائية تتمثل في وضع إحدى النساء لصوفة أو قطنة في مهبلها قبل أن يجامعها زوجها القادر على الإنجاب ، ومن ثم تقوم هذه المرأة بإعطاء القطنة أو الصوفة المشبعة بالحيوانات المنوية للمرأة الراغبة في الحمل لتضعها في مهبلها ، فتتم عملية الحمل في بعض الأحيان بهذه الطريقة[1].

ولما كان هذا هو شأن الحمل أي أنه يمكن أن يتم دون جماع بين الرجل والمرأة؛ فإن الحمل بالتالي لا يصلح دليلاً لإثبات جريمة الزنى ؛ ذلك أن من شروط الشهادة على الزنى الصفة، وهي كون ذكر الرجل دخل في فرج المرأة كالمرود في المكحلة والرشا في البئر ، وهذه الصفة لا تتوفر في الحمل الناتج عن التلقيح الصناعي ، وبالتالي فإنها تعد شبهة قوية تحيط بالحمل مما يجعله لا يصلح دليلاً لإثبات جريمة الزنى ، وبالتالي فإن جريمة الزنى تثبت شرعاً بثلاثة أدلة نصية هي الشهادة والإقرار والنكول عن اللعان ، وهذا يعني أن جريمة الزنى تثبت وفق نظام إثبات مقيد أو بأدلة إثبات محصورة .

ب ـ **جريمة القذف** : تثبت هذه الجريمة بالشهادة ، والإقرار إجماعاً ، وقيل أنها تثبت بالنكول عن اليمين وهو رأي الشافعي ، وأما في مذهب أبي حنيفة فإن البعض يرى الاستحلاف ، والبعض الآخر لا يراه ؛ إلا أن القائلين باستحلاف القاذف اختلفوا هل يثبت الحد بالنكول ، أم أنه يجب فيه التعزير ، أما مالك وأحمد فلا يريان القضاء بالنكول في القذف [2].

ج ـ **جريمة السرقة** : تثبت جريمة السرقة بالشهادة ، و الإقرار إجماعاً ، وقيل إنها تثبت باليمين المردودة ، وهو قول في مذهب الشافعي ، إلا أن الرأي الراجح في المذهب هو أن القطع لا يكون إلا بالبينة أو الإقرار ، وإنما يثبت باليمين المردودة إعادة المال المسروق فقط ، وهو موافق لمذهب أبي حنيفة ومالك وأحمد [3].

وعليه .. فإن جريمة السرقة تثبت بالشهادة أو الإقرار دون غيرهما ، وهو ما يعني أن هذه الجريمة كسابقاتها تثبت شرعاً وفق نظام إثبات مقيد .

د ـ **جريمة الحرابة** : تثبت جريمة الحرابة بالبينة والإقرار دون غيرهما[4]، وهو ما يعني أن هذه الجريمة كسابقاتها تثبت وفق نظام إثبات مقيد .

وبهذا يتضح أن جرائم الحدود في الشريعة الإسلامية تثبت بأدلة مقيدة ومحصورة ، بحيث لا يمكن إضافة دليل لإثبات هذه الجرائم الحدية ؛ وعليه فإنه ووفقاً لكل ما سبق يمكن القول بأن

([1]) د. بشير : جمعة محمد ، نسب المولود الناتج عن التلقيح الصناعي ، مجلة كلية الدعوة الإسلامية ، العدد (20) ، 1371و.ر – 2003 ، ص581 ، 582 .

([2]) عودة : عبد القادر ، التشريع الجنائي الإسلامي ص 748 . 750 .

([3]) المرجع السابق ص 821 . 825 .

([4]) المرجع السابق ص 842 .

المشرع الليبي قد أضاف دليلاً لإثبات جرائم الزنى والسرقة والحرابة ، وأن هذا الدليل لا يصلح لإثبات جرائم الحدود ، إذ أن المشرع تجاوز بذلك دوره التقريري إلى الدور الإنشائي ؛ حيث إنه قرر أن هذه التشريعات مستمدة من الشريعة الإسلامية ، وبالتالي فقد اختار أن يكون دوره تقريرياً لما جاء في هذه الشريعة الإسلامية، ولا يوجد في الشريعة الإسلامية ما يصحح استخدام الوسائل العلمية في إثبات جرائم الحدود ، وكان عليه أن يقرر الأدلة المعتبرة شرعاً دون غيرها ؛ إلا أنه وللأسف تجاوز ذلك الدور وأضاف ـ أنشأ ـ دليلاً آخر لإثبات جرائم الحدود ، وهو الوسائل العلمية، وذلك ما لا يصح بحال .

الأساس الثاني لعدم صلاحية الوسائل العلمية لإثبات جرائم الحدود:

خضوع جرائم الحدود لقاعدة درء الحدود بالشبهات :

درء الحدود بالشبهات قاعدة عامة في الشريعة الإسلامية ، والحدود هي العقوبات المقدرة، فيدخل تحتها العقوبات المقدرة لجرائم الحدود ، والعقوبات المقدرة لجرائم القصاص والدية ، دون جرائم التعازير ، التي لا تعتبر حدوداً ، لكونها عقوبات غير مقدرة [1].

وأصل هذه القاعدة قول النبي ﷺ { ادرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم ، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير من يخطئ في العقوبة }[2] .

وكذلك قوله ﷺ { أيها الناس قد آن لكم أن تنتهوا عن حدود الله ، من أصاب من هذه القاذورات شيئاً ، فليستتر بستر الله ، فإنه من يبد لنا صفحته ، نقم عليه كتاب الله } [3].

ويدل هذان الحديثان على أمرين :

- دفع الحد بكل شبهة تذهب باليقين فيما يوجب الحد .
- أن ارتكاب الجريمة في غير إعلان يوجب استمرار سترها ، ومنع كشفها وأن في فتح الباب لإقامة الحد فيما استتر من الجرائم وتحري طرق الإثبات ، وإعلانها ـ إضراراً أكثر من إقامة الحد [4]

والشبهة هي مايشبه الثابت وليس بثابت.[5]

ثم إن الشبهات التي تدرأ الحد أو تؤثر في العقوبة المقدرة تنقسم إلى أربعة أقسام هي:

(1)عودة : عبد القادر ، التشريع الجنائي الإسلامي ص ص 124 .

(2) الترمذي: محمد بن عيسى، الجامع الصحيح ، ك . الحدود ، ب . ما جاء في درء الحدود، 33/4، رقم الحديث 1424 .

(3) الأصبحي : مالك بن أنس ، الموطأ ، ك . الحدود ، ب . ما جاء فيمن اعترف على نفسه بالزنى ، 629/2 . 630 ، رقم الحديث في ك . الحدود 12 .

(4) أبو زهرة : محمد ، العقوبة ص 150 .

(5) المرجع السابق ص150.

أ-شبهة تتعلق بركن الجريمة.

ب-شبهة تتعلق بالجهل النافي للقصد الجنائي.

ج-شبهة تتعلق بالإثبات.

د-شبهة تتعلق بتطبيق النصوص على الجزيئات،والخفاء في التطبيق في بعضها. (1)

والذي يهمنا من هذه الأقسام في هذا البحث هو الشبهة المتعلقة بالإثبات فأتحدث عنها فيما اضرب عن غيرها صحفاً.

وعليه فإن هناك حالات يتعين فيها على القاضي أن يدرأ العقوبة عن المتهم،وذلك من خلال ممارسته لعملية تقدير الدليل متى اقتنع بوجود شبهة تمنع من الأخذ بالدليل،وهذه الحالات هي:

أ-العدول عن الإقرار أو الشهادة:إن عدول الشاهد أو المقر عن شهادته أو إقراره يعد شبهة تلحق بالدليل بحيث يجب على القاضي أن يحكم بسقوط العقوبة،ولا يختلف الوضع متى قامت الشبهة قبل صدور الحكم أو بعده، إذ يشترط القطع في دليل الإثبات حتى تنفيذ الحكم.(2)

ب-إذا وجد ما يعارض الدليل:درء العقوبة هو الحكم الذي يجب على القاضي أن يصدره متى ظهر عنده ما يعارض قطيعة الدليل،على أن يقوم القاضي بهذا الدور من تلقاء نفسه،ولو لم يبادر المتهم أو غيره إلى الدفع بوجود تلك الشبهة،ومثال ذلك أن يشهد أربعة على امرأة بالزنى فتثبت البينة أنها عذراء. (3)

ج-إذا كان الدليل غير قاطع على ارتكاب الجريمة:وذلك كأن يكون الدليل يحتمل التردد وعدم القطع ، ففي الإقرار والشهادة مثلاً فإنَّ عدم الإفصاح عن ارتكاب الفعل المجرّم دون غيره يعتبر شبهة تجعل الدليل غير قاطع على ارتكاب الجريمة،ولكي يكون الدليل قاطعاً في الشهادة يجب أن يصدر الشاهد كلامه بقوله أشهد (4)

قلت : والحق أن الوسائل العلمية ـ إذا سلمنا جدلاً أنها دليل إثبات في جرائم الحدود ـ تحيط بها الكثير من الشبهات ، ففي جريمة السرقة مثلاً ؛ فإن وجود بصمة المتهم في مسرح الجريمة لا يعد دليلاً قاطعاً على ارتكاب الجريمة ، وإنما يفيد وجود هذا الشخص في مسرح الجريمة في وقت سابق ، وقد يكون هذا الوجود صدفة ، وبالإضافة إلى شبهة عدم الدلالة القطعية لوجود البصمة في مسرح الجريمة على ارتكابها ، فإن هناك شبهة أخرى تلف الدليل وهي وجود ما يعارض الدليل ، ولا أبالغ إن قلت : إن معارض الدليل العلمي هو دليل علمي ، مثلاً أخذ شيء منقول أو أداة تستخدم في ارتكاب الجريمة، ويكون هذا الشيء حاملاً لبصمة شخص معين بريء ، وبطريقة معروفة علمياً يتم المحافظة على هذه البصمة إلى أن تستخدم الأداة في الجريمة أو

---

(1) المرجع السابق ص151.

(2) د.السماك:احمد حبيب،نظام الإثبات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي (مجلة الحقوق،السنة21،العدد الثاني ،يونيو 1997م) ص171.

(3) المرجع السابق ص171.

(4) المرجع السابق ص 171 .

توضع في مسرحها دون ترك بصمة المجرم الفعلي على هذه الأداة ، أو أن يتم تنويم الشخص مغناطيسياً أو تخديره، ثم أخذه إلى مسرح الجريمة بحيث تترك بصمته هناك ، أفلا يعتبر هذا من قبيل رد الدليل العلمي على الدليل العلمي ؟ !

وفي جريمة الزنى مثلاً فإن الوسائل العلمية ليس بإمكانها تحقيق شرط جوهري في إثبات هذه الجريمة، هذا الشرط هو توافر صفة المرود في المكحلة ، والرشا في البئر، المطلوبة في الإقرار والشهادة ، وبالتالي فإنها من باب أولى من شروط الإثبات بالوسائل العلمية ، إذ لا توجد وسيلة علمية تثبت قطعاً صفة الزنى المعروفة بحيث تثبت أن المتهم (أ) مثلاً ثبت علمياً أنه زنى بالمتهمة (ب) زنىً موصوفاً كالمرود في المكحلة [1]

وأقول : إن الوسائل العلمية ليس بإمكانها أن تثبت أن فض غشاء البكارة مثلاً قد تم من قبل شخص بعينه ؛ وإنما غاية الأمر أنه يتم التوصل إلى أن تاريخ فض الغشاء يوافق تاريخ الحادثة من عدمه ، أو أنه مفضوض أصلاً ، وبالنسبة لمسألة الحمل فإنه ليس بالإمكان علمياً التوصل إلى معرفة أن الحمل تم طبيعياً أو بطريقة التلقيح الصناعي ، ومعلوم أن التلقيح الصناعي لا يعد جريمة إلا إذا تم بين ذكر وأنثى ليس بينهما علاقة شرعية ؛ إلاَّ أن هذا التلقيح مع أنه جريمة فإنه لا يصحُّ تسميته بالزنى عرفاً ولا شرعاً .

والحق أن الدليل العلمي تلفه كثير من الشبه ، وأنا هنا لست بصدد مناقشة القيمة الإقناعية للدليل العلمي من حيث النتائج؛ إلا أنه في هذه النتائج لا يحقق ما يوصف بأنه جريمة زنى ، أو جريمة سرقة ، وهو ما يقوض اعتبار الوسائل العلمية دليلاً لإثبات جرائم الحدود. والله أعلم.

❖ **أثر القاعدة:**

إن نتيجة إعمال هذه القاعدة يعني أنه متى وجدت الشبهة الدارئة للحد فإن القاضي يكون أمام خيارين هما:

الأول: تبرئة المتهم من الجريمة ؛ بل إن هذه الشبهة تمحو وصف الجريمة ، وذلك إذا كانت الشبهة قوية ، بحيث لا يوصف الفعل المرتكب بأنه حرام .

الثاني: استبدال الحد بعقوبة تعزيرية، وهذا في حال كون الشبهة ضعيفة ، يسقط الحد ، ولا تمحو وصف الجريمة ، بحيث يوصف الفعل المرتكب من قبل المتهم بأنه حرام[2].

([1]) هذا ما تبين لي من خلال النظر في عدة مصادر ومراجع بخصوص الوسائل العلمية ، والطب الشرعي ، وبناءً على زيارة فعلية إلى إدارة الطب الشرعي والتحاليل التابعة لمركز الخبرة القضائية والبحوث ، والتي تمت بموافقة مدير مركز الخبرة القضائية والبحوث، ومن محاورة العديد من الأساتذة والخبراء والأطباء التابعين لمركز الخبرة القضائية .

([2]) عودة: عبد القادر ، التشريع الجنائي الإسلامي ص128–129 ، وأبو زهرة : محمد ، العقوبة ص 181 ، ود. السماك : أحمد حبيب ، نظام الإثبات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ص174.

وهنا ينبغي أن أسجل أن أقصى ما يمكن بالنسبة للوسائل العلمية هو اعتبارها دليل إثبات في الجرائم التعزيرية دون جرائم الحدود ، وهذا هو العدل ، وفيه استفادة من العلم ومبتكراته ، وقبول التطور ، وهو دليل على صلاحية الشريعة الإسلامية لكل زمان ومكان . والله اعلم.

المطلب الثالث : مجال إعمال الوسائل العلمية كدليل إثبات جنائي في الشريعة الإسلامية :

إن القول بعدم قبول الوسائل العلمية كدليل إثبات في جرائم الحدود ، لا يعني عدم قبولها كدليل إثبات جنائي بشكل مطلق ؛ لأن ذلك يؤدي إلى عدم الاستفادة مما يتوصل إليه العلم، خصوصاً بعد ما تطور شكل الجريمة وموضوعها وطرق تنظيمها، وربما أدى ذلك إلى القول إن الشريعة الإسلامية لا تواكب التطور ، ونعتها بأنها شريعة جعلت لعصر ومصر الرسالة ، وليس لهذا العصر والمصر.

وهذا القول أو ذاك لن يجبرنا أو يخيفنا بحيث نسمح لأنفسنا تحت وطأة هذه النعوت ، بأن نغير ما نعلم أنه من ثوابت هذه الشريعة ، ولكن من ينظر لهذه الشريعة بعين العدل يعلم أنها صالحة للتطبيق في كل زمان ومكان ، وكذلك يعلم أنها تقبل التطور، ولعدم الإطالة أقول : إن الشريعة الإسلامية تفتح الباب أمام الوسائل العلمية كدليل إثبات جنائي في مجال إثبات الجرائم التعزيرية ، وذلك يقوم على أساسين يمثلان ركيزة نظام الإثبات في الجرائم التعزيرية وهما: تبني الفقه الإسلامي لنظام الإثبات الحر في الجرائم التعزيرية ، وعدم إعمال قاعدة درء الحدود بالشبهات في جرائم التعزير . فأشرع في بيان ركيزتا نظام الإثبات في الجرائم التعزيرية بإيجاز . بعون الله.

الركيزة الأولى: تبني الفقه الإسلامي لنظام الإثبات الحر في الجرائم التعزيرية:

إن الجرائم التعزيرية ، وصفاتها، وأجناسها ومقادير التعزيرات من الأحكام التي تتغير بحسب اقتضاء المصلحة ، زماناً ومكانً و حالاً. (1)

عليه فإنه يسود الفقه الإسلامي في جرائم التعزير نظام الإثبات الحر ، إذ أن للقاضي في جرائم التعزير أن يكوّن قناعته بأي طريقة من طرق الإثبات. (2)

الركيزة الثانية: عدم إعمال قاعدة درء الحدود بالشبهات في الجرائم التعزيرية :

إن قاعدة درء الحدود بالشبهات لا مجال لها في نطاق الجرائم التعزيرية- وفقاً للرأي الراجح في الفقه الإسلامي- ذلك لأن مجال هذه القاعدة محصور في جرائم الحدود والقصاص دون الجرائم التعزيرية. (3)

---

(1) ابن القيم : محمد ن أبي بكر ، إغاثة اللهفان 293/1 .

(2) د. السماك : أحمد حبيب ، نظام الإثبات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ص179.

(3) د. العوا : محمد سليم ، أصول النظام الجنائي ،91، نقلاً عن د. السماك : أحمد حبيب نظام الإثبات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ،مجلة الحقوق ، مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت السنة 21 العدد الثاني ،يونيو 1997 ،ص179.

ويبدو أن السبب في إعمال قاعدة درء الحدود بالشبهات في درء عقوبات الحدود والقصاص ، دون عقوبات الجرائم التعزيرية هو ما تتصف به عقوبة جرائم الحدود من توازن في الشدة مع خطورة هذه الجرائم ، وكذلك بسبب عدم جواز العفو عنها أو تخفيفها أو إبدالها بعقوبة أخرى ، في حين أن عقوبات جرائم التعزير يجوز للقاضي فيها بناءً على تفويض من ولي الأمر أن يعمل فيها قاعدة جواز تفريد العقوبة على الجاني ، من حيث النوع والمقدار ، وذلك حسب المصلحة المرئية لديه والموصلة إلى تحقيق ما تهدف إليه السياسة الجنائية للمشرع[1]، وإذا كان العدول عن الإقرار يعد شبهة يدرأ بها توقيع الحد والقصاص ، فإن عدول المتهم عن الإقرار لا يحول دون تعزيره ، كذلك فإن الإقرار المعول عليه كدليل إدانة في الجرائم الحدية والقصاص، هو الإقرار في مجلس القضاء ، وبالتالي لا يعتد بالإقرار خارج مجلس القضاء في جرائم الحدود والقصاص أما بالنسبة للجرائم التعزيرية فإنه يمكن فيها اعتبار الإقرار خارج مجلس القضاء دليلاً للإدانة بها. [2]

كذلك يدرأ الحد متى كان الدليل غير قاطع على الجريمة أو وجد ما يعارض الدليل ، أو انعدم القصد الجنائي وغيرها من الشبهات ، بمعنى إذا لم يكتمل الدليل الشرعي ، إلا أن جميع هذه الشبهات لا تحول دون تعزير المتهم .

وهنا أحسب أننا انتهينا إلى نتيجة مفادها أن مجال إعمال الوسائل العلمية كدليل إثبات جنائي هو الجرائم التعزيرية ، دون جرائم الحدود ، بناءً على حرية الإثبات في الجرائم التعزيرية ،وعدم إعمال قاعدة درء الحدود بالشبهات في الجرائم التعزيرية ، وبالعكس ليس هناك مجال لإعمال الوسائل العلمية كدليل إثبات في جرائم الحدود ؛ لتبني نظام الإثبات المقيد في جرائم الحدود، ولإعمال قاعدة درء الحدود بالشبهات في جرائم الحدود ، واعتبار الوسائل العلمية دليل إثبات في جرائم الحدود يعني تبني نظام الإثبات الحر في إثبات جرائم الحدود ،وكذلك إهمال قاعدة درء الحدود بالشبهات ، إذ أن الوسائل العلمية تلفها الكثير من الشبهات في إثبات الجرائم الحدية : هذا والله تعالى أعلى وأعلم.

وإذا كان هذا شأن الإثبات بالوسائل العلمية في ميزان الشريعة الإسلامية ، فإن ما ينتج عن اعتبار الوسائل العلمية دليل إثبات في جرائم الحدود من إشكاليات عملية يبرهن على أن هذه الوسائل لا تصلح كدليل لإثبات جرائم الحدود ، وفي المبحث التالي سوف أتناول - بإذن الله - الإشكاليات العملية لإثبات جرائم الحدود بالوسائل العلمية.

([1])المرجع السابق ، ص179.

([2]) المرجع السابق ، ص182.

المبحث الثاني

الإشكاليات العملية لإثبات جرائم الحدود بالوسائل العلمية

إن الوسائل العلمية جسم غريب على تشريعات الحدود تم إقحامه ضمن أدلة إثبات الجرائم، وإن تشريعات الحدود لن تقبل هذا الجسم الغريب، وما تبرح أن تلفظه بعيدا عنها مادامت قائمة على الأساس الذي بنيت عليه وهو الشريعة الإسلامية ، وإن من دلائل رفضها ومقدمات لفظها لهذا الجسم الغريب هو الإشكاليات العملية التي يسببها اعتبار الوسائل العلمية دليل إثبات في جرائم الحدود وفيما يلي بيان هذه الإشكاليات:

المطلب الأول: الدليل العلمي بين الإثبات والنفي:

إذا كان المشرع قد شق طريقه إلى اعتبار الوسائل العلمية دليلاً لإثبات الجرائم الحدية ،فإن ذلك يعني دونما أدنى شك _في نظري على الأقل _أنه قد اعتبر الوسائل العلمية أدلة نفي لارتكاب هذه الجرائم كذلك ،فمثلا في جريمة السرقة قد يدعي المتهم بأنه وقع تحت تأثير التنويم المغناطيسي أو التخدير ثم حمل إلى مسرح الجريمة ؛ حيث وضعت بصمته في ذلك المكان ،أو جزءاً من شعره ، أو أنه سحب كمية من دمه وتم نثرها في مسرح الجريمة ،وبالتالي فإن هذا الإدعاء يصبح سبباً رئيسياً للتشكيك في ارتكاب المتهم لهذه الجريمة، مما يؤثر على عقيدة القاضي ،كذلك قد تدعي أنثى أنها وقعت تحت تأثير التنويم المغناطيسي أو التخدير ثم وقع الفجور بها بعد ذلك، على غير علم ولا إرادة منها في كلا الحالتين ،ولا علم لها بشخص الجاني ،والحال أنه قد ظهر عليها الحمل أو وضعت وهي غير ذات زوج ،أو تم القبض عليها في حالة تلبس بالجريمة .

ففي الحالة الأولى :سوف نكون أمام ادعاء لا يرده العلم ،إذ أنه ممكن علمياً وعملياً،وبالتالي يصبح العلم ووسائله دليل نفي .

أما في الحالة الثانية : فبإمكانها أن تقدم نفس الادعاء ،على أن يكون قد مر الزمن الكافي لعدم إمكانية التحقق علمياً من صحة هذا الادعاء ، فتكون الوسائل العلمية مرة أخرى دليل نفي لا دليل إثبات ،ولو حكم القاضي في الجرائم السابقة الذكر بالعقوبة الحدية؛ فإنه بالإمكان القول: أنه طبق النص وتغاضى عن روح النص، وعليه فليس بالإمكان الحكم بالعقوبة الحدية؛ بسبب الشك الذي يلف وسيلة الإثبات.

ولقائل أن يقول:إن الوسائل العلمية دليل إثبات وفقاً لقانون الإجراءات الجنائية،فلماذا لم تعترض على الإثبات بالوسائل العلمية في الجرائم التي ينطبق عليها قانون العقوبات؟

قلت: هنا مربط الفرس،إذ الاعتراض يكمن في إيقاع الحدود وفق ما توصل إليه وسائل الإثبات العلمية دون العقوبات التعزيرية،وقد سبق أن بينت في هذا البحث عدم صلاحية الوسائل العلمية لإثبات جرائم الحدود، وصلاحيتها بالمقابل لإثبات الجرائم التعزيرية ،وعليه فإن النتيجة هي أن المتهم الذي يثبت بالوسائل العلمية أنه ارتكب جريمة ما ،فإنه يمكن أن يعزر ولا يعتبر بريئا،مع ملاحظة وجوب تحديد الوسائل العلمية الصالحة للإثبات الجنائي لإيقاع العقوبات التعزيرية ،تحديداً دقيقاً ومنصوصاً.

المطلب الثاني : الإثبات بالدليل العلمي يعني تناقضا في السياسة الجنائية:

يظهر من تتبع نصوص تشريعات الحدود مدى إصرار المشرع على الأخذ بالمشهور من أيسر المذاهب في كل ما لم يرد بشأنه نص في هذه التشريعات، وذلك كما في الإحالة الواردة في المادة(10) من القانون رقم (70) لسنة 1973م بشأن إقامة حد الزنى ، والمادة(16) من القانون رقم(52) لسنة1394هـ/1974م بشأن إقامة حد القذف ، وهو ما يظهر كذلك في نص المادة (5) من القانون السابق والمعدلة بالقانون رقم(8) لسنة1975م، والمتعلقة بإثبات جريمة القذف ، إذ قرر المشرع أن يراعى في صحة الإقرار والشهادة وشروطهما إتباع المشهور من أيسر المذاهب ، ومعلوم أن أيسر المذاهب هو الذي يحقق مصلحة المتهم بحسب المحكمة العليا[1]، وعليه فإن الإحالة على المشهور من أيسر المذاهب تعني أن السياسة الجنائية للمشرع تتجه نحو التشديد في إثبات جرائم الحدود، ولقد كان المشرع على قبلة لو تمادى عليها، إلا أنه خالف مسلكه المعتاد من التشديد في إثبات جرائم الحدود، والأخذ بالرأي الفقهي الأصلح للمتهم، وقرر إضافة دليل إثبات جديد في إثبات جريمة الزنى ، وجريمتي السرقة والحرابة المعاقب عليها حداً ، وهذا الدليل هو الوسائل العلمية ، وهذا المسلك الجديد يعني التساهل في إثبات هذه الجرائم الحدية ، أي أن المشرع ترك ماهو أصلح للمتهم ، وهو مسلك يظهر تناقضاً كبيراً في السياسة الجنائية للمشرع.!!!

المطلب الثالث: الدليل العلمي تساهل في إثبات جناية يؤدي إلى التشديد في إثبات جنحة:

أحاط المشرع حد القذف بنظام إثبات محكم، إذ قرر أن جريمة القذف تثبت بالإقرار أو بشهادة رجلين، كما قرر أنه يراعى في صحة هذين الدليلين وشروطهما إتباع المشهور من أيسر المذاهب، وذلك في المادة (5) من القانون رقم (52) لسنة1394هـ/1974م، وهذا يعد تشديداً في إثبات، جريمة القذف، مع أنه صنف جريمة القذف بأنها جنحة ، وذلك في المادة (11) من نفس القانون ، ولقد كان على قبلة لو سار عليها في إثبات سائر الجرائم الحدية ، ولكنه قابل هذا التشديد في إثبات جريمة القذف "جنحة" بالتساهل في إثبات جرائم الزنى ، والسرقة ، والحرابة ، إذ أضاف المشرع إلى دليلي الإقرار والشهادة دليلاً ثالثاً هو الوسائل العلمية ، وذلك في المادة (6) مكرر من القانون رقم (10) لسنة 1428 ميلادية ، بإضافة مادة للقانون رقم (70) لسنة 1973م ، بشأن إقامة حد الزنى ، وتعديل بعض أحكام قانون العقوبات ، وفي المادة (9) من القانون رقم (10) لسنة 1369و.ر بتعديل بعض أحكام القانون رقم (13) لسنة 1425 ميلادية بشان إقامة حدي السرقة والحرابة ، مع انه صنف هذه الجرائم بأنها جنايات ، أفلا يعد خللا أن يتشدد المشرع في إثبات جنحة القذف ، ويتساهل في إثبات جنايات الزنى والسرقة والحرابة؟

ثم إن الإشكال يزداد قوة عندما نعلم أن التساهل في إثبات جريمة الزنى ، " جناية " يزيد من التشديد في إثبات جريمة القذف " جنحة " ، إذ تنص الفقرة الأولى من المادة (13) من القانون رقم (52) لسنة 1394 هـ 1974 م ، بشأن إقامة حد القذف على أنه يسقط حد القذف بـ" إثبات القاذف لصحة القذف شرعاً " ولما كان القذف هو الرمي بالزنى أو نفي النسب ، فإن إثبات

([1]) جلسة 1974/6/25م ، مجلة المحكمة العليا (س11،العدد2 ، يناير 1975م)196 .

القاذف ارتكاب المقذوف لجريمة الزنى يسقط عنه الحد ، وقد قرر المشرع أن جريمة الزنى تثبت بإقرار الجاني أو بشهادة أربعة شهود ،أو بأية وسيلة إثبات علمية ، وعليه فإن لم يقر المقذوف بالزنى ، ولم يثبت القاذف صحة ما قذف به بشهادة الشهود ، فإنه أي القاذف سوف يلجأ - إن لم يكن ذلك ابتداءً - إلى الإثبات بالوسائل العلمية ، فإذا أثبتت الوسائل العلمية ارتكاب المقذوف لجريمة الزنى ، فإن القاذف يكون قد أتى بما يسقط عنه الحد وفقاً للفقرة الأولى من المادة(13) من القانون رقم(52) لسنة 1394هـ -1974م بشأن إقامة حد القذف ، وبالتالي فإن النتيجة هي أن إضافة الوسائل العلمية كدليل إثبات لجريمة الزنى يؤدي إلى التشديد في إثبات جريمة القذف، فلماذا يحيط المشرع حد القذف بكل هذه التشديدات مع أنه جنحة ، في حين يتساهل في إثبات جرائم الزنى والسرقة والحرابة مع أنها جنايات، وهل هذا المسلك مقصود، أم أنه استنتاج لم يكن المشرع يقصد الوقوع فيه؟

المطلب الرابع : الدليل العلمي دليل إثبات اجتهادي يؤدي إلى الحرمان من حق وطريق شرعي نصي في الإثبات:

إن النص على أن الوسائل العلمية دليل من أدلة إثبات جريمة الزنى، يؤدي حتماً إلى حرمان أحد الزوجين من استخدام طريق شرعي منصوص لإثبات صدقه، وذلك أنه عندما يرمي الزوج زوجته أو مطلقته رجعياً بالزنى أو بنفي الولد، فهنا أعطى الشارع سبحانه لكلا الزوجين طريقاً لإثبات صدقه، وهذا الطريق هو اللعان، ومعلوم أنه متى أثبت الزوج صحة ما رمى به زوجته، فإنه لن يكون هناك سبب أو داعٍ للتلاعن، وعليه فإنه متى أقرت الزوجة بصحة ما رماها به زوجها،أو أن الزوج أتى بأربعة شهود عدول يشهدون على صحة ما رماها به،فإنه لن يكون هناك داعٍ للتلاعن،ويثبت بذلك الحد على الزوجة،أما في حالة عدم إقرار الزوجة وكذلك عجز الزوج عن إحضار أربعة شهود فقد أعطاه الشارع طريقا آخر ليثبت به صدق دعواه وهو اللعان ،قال تعالى:{ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ }[1]

كما أعطى الشارع الحكيم الزوجة نفس الطريق لتدرأ عن نفسها العذاب،وذلك بأن تلاعن زوجها.قال تعالى:{ وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ }[2].

أما وقد قرر المشرع إضافة الوسائل العلمية كدليل لإثبات جريمة الزنى،فإنه لن يتم اللجوء إلى اللعان إلا بعد استنفاد جميع طرق الإثبات،والتي من بينها الوسائل العلمية،وبالتالي فإنه إذا ثبت زنى الزوجة بالوسائل العلمية،فلن يكون لها حق المطالبة بالطريق الذي منحه الشارع لها وهو اللعان؛لأن المشرع قرر أن الوسائل العلمية من ضمن أدلة الإثبات التي يجب بها حد الزنى، وعلى ذلك فقد حُرمت الزوجة من حقها في استخدام طريق ممنوح لها من فوق سبع سماوات لإثبات عفتها !!!ليس ذلك فحسب بل عليها أن تتحمل مع هذا الحرمان حد الزنى!!! وليست الزوجة من سيتحمل هذا الحرمان دائماً،وإنما الزوج كذلك سيتحمل هذا الحرمان في بعض

([1]) النور : 6-7 .

([2]) النور : 8-9 .

الأحيان وذلك متى ثبت بالوسائل العلمية عدم صحة ما رمى به زوجته،فلا يكون هناك بالتالي سبب للتلاعن،فيحرم الزوج في هذه الحالة من استخدام طريق شرعي منصوص لإثبات صحة دعواه!!!ليس هذا فحسب وإنما عليه أن يتحمل فوق ذلك ثمانين جلدة وهي حد القذف،ولن تقبل له شهادة بعد ذلك حتى يعلن توبته،لا لشيء إلا لأن المشرع_ويبدو أنه من دون قصد_استخدم حق النقض ضد أحقية الزوجين في اللعان!!!

واستدل هنا على عدم صحة المسلك الذي اتبعه المشرع بما روى ابن عباس _رضي الله عنهما_أن هلال بن أمية قذف امرأته عند النبي ﷺ بشريك بن سحماء فقال النبي ﷺ :{البينة أو حد في ظهرك.} فقال: يا رسول الله إذا رأى أحدنا على امرأته رجلاً ينطلق يلتمس البينة، فجعل النبي ﷺ يقول:{البينة وإلا حد في ظهرك} فقال هلال : والذي بعثك بالحق إني لصادق فلينزلن الله ما يبرئ ظهري من الحد،فنزل جبريل وأنزل عليه:{ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ }فقرأ حتى بلغ:{ إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ } فانصرف النبي ﷺ فأرسل إليها فجاء هلال فشهد والنبيﷺ يقول:{ إن الله يعلم أن أحدكما كاذب فهل منكما تائب}ثم قامت فشهدت فلما كانت عند الخامسة وقفوها وقالوا إنها موجبة.

قال ابن عباس: فتلكأت ونكصت حتى ظننا أنها ترجع ثم قالت:لا أفضح قومي سائر اليوم،فمضت .فقال النبي ﷺ :{ أبصروها فإن جاءت به أكحل العينين،سابغ الإليتين خدلّج الساقين، فهو لشريك بن سحماء } فجاءت به كذلك، فقال النبي ﷺ: { لو لا ما مضى من كتاب الله لكان لي ولها شأن}[1] ووجه الاستدلال بهذا الحديث هو أن رسول اللهﷺ قال: { لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي ولها شأن} ويستفاد من قوله هذا ﷺ أمرين:

الأول: أن النبي ﷺ كان على يقين أن المرأة قد زنت،ومع ذلك لم يقم عليها الحد.

الثاني: أن النبي ﷺ علل عدم إقامة الحد عليها،بسبب الطريق الذي شرعه الله لهذه المرأة،ولغيرها من النساء التي تمر بنفس وضعها،لدرأ الحد عن نفسها،وهذا الطريق هو اللعان،وهو حق من حقوقها التي شرعها الله لها.

أفلم يتجاوز المشرع الليبي بنصه على اعتبار الوسائل العلمية دليل إثبات في جريمة الزنى _ألم يتجاوز المشرع نصا قرآنيا وآخر نبويا ،يمثلان حقا وطريقا شرعيا،لم يقم رسول الله ﷺ بتجاوزه؟!!أتراه نسي أم تناسى، أم أنه لم يمر على مسامعه كل هذا ؟ ثم هل يتراجع المشرع عن هذا الموقف الغريب ؟أما الباحث فيرجو ذلك،ولا يتوقعه_في الوقت القريب على الأقل_.

([1]) البخاري :محمد بن إسماعيل، الصحيح، ك_التفسير،ب_قوله: (ويدرا عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين) 459/6، رقم الحديث.1172.

الخــاتــمة

في نهاية هذه البحث التي خصص لموضوع إثبات جرائم الحدود بالأدلة العملية، فإني هنا أود أن أسجل أهم النتائج والتوصيات:

- **النتائج:**

1_ إن أدلة الإثبات في جرائم الحدود،هي من المنصوصات والمقدرات والتي بينها الشارع بياناً تفصيلياً في الكتاب والسنة،وهي من الوسائل التي وضعها الشارع لإثبات الجرائم الحدية،وبالتالي فهي لا تقبل الإضافة إليها؛لثبات أحكامها وعدم قابليتها للتغير.

2_إن الجرائم التعزيرية تثبت بوسائل غير موضوعة شرعاً وغير منصوص عليها ولا مقدرة ولا مبينة بياناً تفصيلياً، وبالتالي فإنه يمكن الإضافة إليها،وذلك بالاستفادة من الوسائل العلمية في إثبات الجرائم التعزيرية.

3-إن مجال إعمال الوسائل العلمية كدليل إثبات جنائي،هو الجرائم التعزيرية،دون جرائم الحدود.

4_إن قبول الشريعة الإسلامية للوسائل العلمية كدليل إثبات جنائي في جرائم التعزير، يدل على صلاحية هذه الشريعة لكل زمان ومكان، وقابليتها للاستفادة من التطور العلمي، مع عدم زعزعة الثوابت.

5_إن اعتبار الوسائل العلمية دليل إثبات في جرائم الحدود يتعارض مع قاعدة درء الحدود بالشبهات،ومع مبدأ حصر أدلة إثبات جرائم الحدود.

6_إن اعتبار الوسائل العلمية دليل إثبات في جرائم التعزير يتفق مع ما تبناه الفقه الإسلامي من حرية الإثبات في هذه الجرائم ومع مبدأ عدم إعمال قاعدة درء الحدود بالشبهات في إثبات الجرائم التعزيرية .

7_لقد تجاوز المشرع دوره التقريري إلى الدور الإنشائي وذلك عندما قرر اعتبار الوسائل العلمية دليل إثبات في جرائم الحدود.

8_لعل هذه النتيجة ليست علمية ولكن لها علاقة بموضوع البحث،ومن خلال زيارتي لإدارة الطب الشرعي والتحاليل فإنني لاحظت عدم التوازن بين الأعباء الملقاة على عاتق هذه الإدارة، والنتائج المطلوبة منها من جهة ، والإمكانيات المقدمة لتحقيق هذه النتائج، وأخص هنا تحليل البصمة الوراثية DNA حيث لا يتم إجراء هذا التحليل داخل ليبيا وهو الذي يعتبر من أقوى الأدلة العلمية في هذا العصر..

وعليه فإنه يجب على الجهات المسئولة توفير الأجهزة والمعدات والمواد المطلوبة لإجراء هذا التحليل لكي يتم الاستفادة من هذه الوسيلة العلمية في الكشف عن بعض الجرائم .

- **التوصيات**

1_إقامة ندوة علمية حول نظام الإثبات في الشريعة الإسلامية على أن يتم التركيز على الوسائل العلمية كدليل إثبات جنائي،وعلى أن يكون الإعداد لها لفترة طويلة تسبق انعقادها ، وأن تدعى لها الجهات ذات العلاقة ، وأقصد هنا الأعضاء التابعين لإدارة الخبرة القضائية والبحوث ، والقضاة

وأعضاء النيابة ، بالإضافة لأساتذة الشريعة والقانون لكي تخرج الندوة بنتائج متكاملة ، وفي جميع الجوانب .

2_طرح أي تعديل لأي قانون،للمناقشة في ندوة علمية تعد لها الجهات التشريعية أو أي جهة ترى في نفسها الكفاءة ، وكذلك أي مشروع قانون جديد يجب أن يطرح بنفس الطريقة بحيث يتم تفادي أي عيوب ظاهرة نظرياً قبل البدء بتنفيذ هذه القوانين أو التعديلات مما يتيح فرصة لإعمال مبدأ الشورى بين أهل العلم والخبرة ،ولعل عدم العمل وفق هذه النقطة هو ما جعل المشرع يقرر اعتبار الوسائل العلمية دليل إثبات في جرائم الحدود، ولو كانت عرضت على أهل العلم والخبرة لما وافقوا على ذلك، وهو ما يقال أيضاً بالنسبة للمادة الثانية من القانون رقم (10)لسنة 1369هـ بتعديل بعض أحكام القانون رقم(13)لسنة 1425 ميلادية بشأن إقامة حدي السرقة والحرابة.

3_استبعاد الوسائل العلمية في إثبات جرائم الحدود على أن يكون العمل بها في إثبات الجرائم التعزيرية ،كما ينبغي اعتبارها_أي الوسائل العلمية دليل اتهام لا دليل إدانة بالنسبة للجرائم الحدية،بمعنى أنه يصح توجيه التهمة إلى الشخص بناءً على ما يوصل إليه الدليل العلمي دون أن يوقع الحد بناءً على نتائج هذه الوسائل العلمية لأنها لا تصلح دليل إثبات في جرائم الحدود.

المصادر والمراجع

استفدت بعد كتاب الله عز وجل من المصادر والمراجع التالية:

ابن الشيخ : محمد الأمين

1. الاجتهاد بين مسوغات الانقطاع وضوابط الاستمرار ، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي ، 1424 هـ - 2003 م ، ط 1 .
ابن رشد : محمد بن أحمد

2. بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، تحقيق : سعد : طه عبد الرءوف ، المكتبة الأزهرية ، القاهرة ، د.ت ، د.ط .
ابن فرحون : إبراهيم بن علي

3. تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام ، راجعه وقدم له : سعد : طه عبد الرءوف ، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، 1406 هـ - 1986 م، ط1.
ابن قدامة : عبد الله بن أحمد

4. المغني ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، د.ت ، د.ط .
ابن قيم الجوزية : محمد بن أبي بكر

5. إغاثة اللهفان من مصائد الشيطان ، تحقيق : بيومي : الشيخ محمد ، مكتبة الإيمان، المنصورة ، 1416 هـ - 1996 م ، ط 1 .
6. إعلام الموقعين عن رب العالمين ، باعتناء : العطار : صدقي جميل ، دار القلم ، بيروت ، 1420 هـ - 1999 م ، د.ط
7. الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ، راجعه وصححه : العسكري : أحمد عبد الحليم ، دار الفكر ، بيروت ، د.ت ، د.ط .
ابن نجيم : زين الدين بن إبراهيم

8. الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، دار الكتب العلمية، بيروت ، 1413 هـ - 1993 م،ط1 .
أبو زهرة : محمد بن أحمد

9. العقوبة في الفقه الإسلامي ، دار الفكر العربي ، القاهرة، 1998 م ، د.ط.
الأصبحي : مالك بن أنس

10. الموطأ ، تخريج وتعليق وترقيم ، عبد الباقي : محمد فؤاد ، دار الحديث ، القاهرة ، 1418 هـ - 1997 م ، ط 3 .
البخاري : محمد بن إسماعيل

11. الصحيح ، شرح وتحقيق : الرفاعي : الشيخ قاسم الشماعي ، دار الأرقم بن أبي الأرقم ، بيروت ، د.ت ، د.ط .
البغدادي : عبد الوهاب بن علي

12. المعونة على مذهب عالم المدينة ، تحقيق : حسن : محمد حسن ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1418 هـ - 1998 م ط1 .

الترمذي : محمد بن عيسى

13. الجامع الصحيح وهو سنن الترمذي (ج2) ، تحقيق : عوض : إبراهيم عطوة ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، د.ت ، د.ط .
الخادمي : نور الدين بن مختار

14. الاجتهاد المقاصدي ، سلسلة كتاب الأمة ، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، قطر ، 1419 هـ - 1998 م ، ط 1 .
الزيلعي : عثمان بن علي

15. تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، تحقيق : عناية : أحمد عزو ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1420 هـ - 2000 م ، ط 1 .
ابن سعد : خليفة مفتاح

16. الزمان والمكان وأثرهما في الأحكام الشرعية ، بحث مقدم لاستكمال متطلبات درجة الإجازة العالية (الماجستير) ، كلية القانون ، جامعة الفاتح .
السيوطي : جلال الدين عبد الرحمن

17. الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، دار الكتب العلمية، بيروت 1402 هـ - 1983 م،ط1 .
الشافعي : محمد بن إدريس

18. الأم، خرج أحاديثه وعلق عليه: مطرجي: محمود، دار الكتب العلمية ، بيروت 1413 هـ - 1993 م،ط1.

شريف : السيد محمد .

19.النظرية العامة للإثبات الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002 م د . ط .
عودة : عبد القادر

20. التشريع الجنائي الإسلامي ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، 1426 هـ - 2005 م ، ط1 .
الغزالي : محمد بن محمد

21. شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل ، تحقيق : الكبيسي : أحمد، مطبعة الإرشاد ، بغداد ، 1390 هـ - 1971 م ، د.ط .
القرافي : أحمد بن إدريس

22. الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام ، تحقيق : أبو غدة : عبد الفتاح ، مكتب المطبوعات الإسلامية ، حلب ، 1387 هـ - 1967 م ، د.ط .
المنسي : محمد قاسم

23. تغير الظروف وأثره في اختلاف الأحكام في الشريعة الإسلامية ، أطروحة مرقونة ، جامعة القاهرة ، رقمها 6243 .
أحمد : هلالي عبد اللاه

24.النظرية العامة للإثبات الجنائي، دار النهضة العربية ، القاهرة ، د . ت ، د . ط .

الدوريات :

1. مجلة المحكمة العليا ، السنة (11) ، العدد الثاني ، يناير 1975 م .
2. مجلة كلية الدعوة الإسلامية ، العدد (20) السنة 1371 و.ر - 2003 م ، نسب المولود الناتج عن التلقيح الصناعي ، د. بشير : جمعة محمد .
3. مجلة الحقوق ، السنة 21 ، العد الثاني ، يونيو 1997 م ، نظام الإثبات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، د. السماك : أحمد حبيب .

الدرجة العلمية
دكتوراه في القانون الجنائي

النظرية النسبية وانعكاسها على المادة 275 إجراءات جنائية

اعداد الدكتورة : انتصار احميدة امحمد امسيويط
عضو هيئة التدريس بكلية القانون – درنة – جامعة عمر المختار

المقدمة

إن نظرية الاثبات هي المحور الذي تدور عليه قواعد الإجراءات الجنائية منذ لحظة وقوع الجريمة إلى حين إصدار الحكم النهائي بشأنها، وهذا الحكم لا يمكن اصداره الا من خلال العملية القضائية التي يمارسها القاضي الجنائي طبقاً للسلطات الممنوحة إليه، وأبرز هذه السلطات هو ما يتعلق بجانب تقدير الادلة فمن خلال عملية التقدير هذه يتم التوصل إلى الحقيقة التي يعلنها بالحكم الجنائي ،[1]والذي يمثل عنواناً لها مادة 264 أ.ج : "للمحكمة أن تأمر ، ولو من تلقاء نفسها أثناء نظر الدعوى ، بتقديم أي دليل تراه لازماً لظهور الحقيقة".

فهدف مبادئ ونظم الاثبات الوصول إلى الحقيقة وإرساء مبادئ العدالة ، وفي سبيل ذلك فإنها تتطور بمرور الزمن ، بما يتواكب مع التطورات التي تشهدها المجتمعات في ظل المتغيرات الجارية فيها وانعكس هذا على نظرية الاثبات التي تطورت على مر العصور حيث مرت بمراحل مختلفة .[2]

فلكل نظام اثبات ابعاده المكانية والزمانية لان القاعدة القانونية إنما تتقرر لتنظيم صراع قائم بين قيم ومصالح اجتماعية متناقضة والقواعد الجنائية هي أحدى الوسائل القانونية التي يستعين بها المشرع لتأمين أقصى درجات الحماية القانونية للمصالح الأساسية التي يتوقف عليها استقرار المجتمع وبقاؤه .[3]ومن ثم فإن استمرارية نظام الاثبات الجنائي يُحافظ عليها عن طريق عمليات تغيير القواعد الاجرائية وهذا يعني أن فكرة تقدير الادلة هي فكرة نسبية كذلك إذ تتوقف على ما كان يسود من قيم وثقافات ويثور الخلاف دائماً حول تحديد المعيار الواجب اتباعه والذي يضمن تحقيق الاهداف التي ابتغاها الشارع واختلال المعيار يؤدي إلى نتيجة مؤداها أن نظام الاثبات لم يعد يستطيع أن يقدم الحماية الكافية للمصلحة المحمية .

أهمية البحث :للنظرية النسبية أهمية كبيرة لنظام الاثبات الجنائي ذلك لاختلاف هذا النظام طبقاً لاختلاف الازمنة ووفقاً لاختلاف الامكنة في الزمن الواحد ، فيختلف النظام تبعاً لاختلاف الثقافات في الزمن نفسه لذا فإن القواعد الإجرائية لنظام الاثبات تختلف في الزمان والمكان .

فلكل زمان ومكان معطيات وظروف خاصة حتى وإن كانت الافكار بينهما متصلة ولهذا عبر الزمان تتغير ليقارن بين أثر المتغيرات على الموضوع بفارق الظرف الزماني والمكاني.[4]

ذلك يعني أنه إذا واجهت القواعد الإجرائية التغيير ، فإن ذلك يعتبر شاهداً على انهيار وجود قاعدة إجرائية وبروز وجود قاعدة إجرائية أخرى جديدة فاللنظرية النسبية أهميتها لفكرة الاقتناع القضائي وذلك من خلال :

---

(1) د/ فاضل زيدان محمد ، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الادلة ، (دراسة مقارنة) ، الطبعة الأولى ، الناشر مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، 1999 ، ص 92.

(2) عبد الخالق محمد احمد الصاوي ، حجية الخبرة في الاثبات الجنائي ، (دراسة تطبيقية مقارنة) ،رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 2008 ، ص385-386.

(3) د/ محمود طه جلال ، اصول التجريم والعقاب في السياسة الجنائية المعاصرة ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، مصر ، 2005 ، ص144 .

(4) د/ عقيل حسين عقيل ، خماسي تحليل القيم ، (قراءة جديدة في تحليل العلائق الاجتماعية والإنسانية) ، الطبعة الأولى ، الناشر دار الكتاب الجديد المتحدة ، لبنان ، 2004 ، ص 62.

1- إيجاد التوازن بين الاثبات العلمي والاقتناع القضائي فرغم هيمنة مبدأ الاقتناع القضائي على وسائل وأساليب الاثبات العلمية إلا أنه يظل لهذه الاخيرة أثرها على قناعة القاضي والتي تفرضها طبيعتها العلمية .

2- معالجة النظرية النسبية للضوابط التي قررت لفكرة الاقتناع القضائي فمبدأ حرية القاضي في الاقتناع بهدف إلى إعطاء القاضي كامل الحرية في تقدير قيمة الأدلة المعروضة عليه، شريطة أن يكون هذا التقدير منطقياً ، ومسبباً .[1]

منهج البحث : ستتبع في هذه الدراسة المنهج التحليلي للخروج برؤية واضحة عن مدى انعكاس النظرية النسبية على المادة 275 أ.ج من ناحية ، ومدى ملاءمة هذه المادة لتطورات العصر ومعارفه من ناحية ثانية ، حتى نستبين مكامن الخلل والقصور فيها .

خطة البحث : سنقسم موضوع الدراسة إلى مبحثين متبوعين بخاتمة وذلك على النحو الأتي:

المبحث الأول : تأثير النظرية النسبية على الإثبات العلمي وسنقسمه إلى مطلبين :

سنعالج انعكاس النظرية النسبية على دور الخبير المطلب الأول ، وتدرس نسبية التغير في السلطة التقديرية للقاضي المطلب الثاني .

أما المبحث الثاني : تأثير النظرية النسبية على الاقتناع القضائي وسوف نقسمه إلى مطلبين : نستعرض شروط تطبيق النظرية النسبية المطلب الأول ، وسنعالج كيفية الملاءمة مع نص المادة 275 المطلب الثاني .

وكثمرة لهذا العمل فسوف نختم هذه الدراسة بإيراد عدد من النتائج التي خلصت إليها الدراسة.

المبحث الأول

تأثير النظرية النسبية على الاثبات العلمي

إن التغير من صفات الثقافة ، فهي لا تقف جامدة عند حد بل هي دائمة التغير تغيراً مستمراً، ولكن هذا التغير يختلف من قاعدة إجرائية إلى أخرى ، فبعض القواعد الإجرائية تتغير بسرعة والبعض الاخر يتغير ببطء ، وذلك يرجع لارتباط النمط[*] الرئيسي في الثقافة مع محاور الثقافة ، والتي تمثل الاتجاهات والمعتقدات الرئيسية السائد فيها.[2]

لذا في منهجية التغير الثقافي يُراعَى ان تتمشى مع الانماط الثقافية (Culture Patterns)، بالإضافة إلى أهمية أخرى هي إن النسبية ليست نسبية في الثقافة فحسب بل إنها

---

[1] د/ نبيل إسماعيل عمر ، امتناع القاضي عن القضاء بعلمة الشخصي في قانون المرافعات ، (د.ط) ، الناشر منشأة المعارف الاسكندرية ، 1989، ص 107.

[*] يقصد بكلمة نمط أن الشيء يأخذ شكلاً متكرر فالنمط الثقافي للتعبير عن طريقة اعتقاد ما يعتبر مألوفاً ومن العلماء من يرى أن الانماط الثقافية ما هي الا تلك الوحدات التي تتألف منها الثقافات ، وإن لهذه الانماط خصائصها المميزة لها والتي تستمد منها كل ثقافة مظهرها العام، وذلك المظهر الذي يميزها عن باقي الثقافات الأخرى ، ويطبعها بطابعها الخاص وتأخذ الثقافة مظهرها العام وفقاً لترتيب الانماط الثقافية التي تتألف منها ووفقاً للعلاقات التي تربط بين عناصرها ، بحيث ينتج عن هذا كله مركب جديد يطلق عليه الموروثات الثقافية ، وهذه الموروثات الثقافية هي المسؤولة عن نقل الشكل العام للثقافة عبر الاجيال المتتالية . د/ صلاح مصطفى الفوال ، علم الاجتماع والعلوم الاجتماعية ، (علاقات ومجالات ، وميادين) ، (د.ط) ، الناشر عالم الكتب ، القاهرة ، 1982 ، ص 161 – 162 .

[2] د/ إبراهيم صقر أبو عمشة ، الثقافة والتغير الاجتماعي ، (د.ط) ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت ، 1981 ، ص53.

نسبية أيضاً بالنسبة للثقافة الفرعية داخل النظام نفسه، ومن هنا إذا كان مبدأ التوازن بين المصالح القانونية مبدأ حاكماً بالنسبة لكافة القواعد القانونية ، فإنه في اطار القواعد الجنائية يكتسب أهمية خاصة.[1]

خصوصاً مع اتساع مساهمة الادلة العلمية في الاثبات فهل يتضاءل دور القاضي الجنائي بقدر هذا الاتساع ؟

وللإجابة على هذا السؤال سنتناول هذا المبحث في مطلبين : نبين انعكاس النظرية النسبية على دور الخبير المطلب الأول ، ثم نوضح نسبية التغير في السلطة التقديرية للقاضي المطلب الثاني.

المطلب الأول

انعكاس النظرية النسبية على دور الخبير

يقوم الخبير بدور هام في الدعوى الجنائية ، في المسائل ذات الطبيعة الفنية البحتة دون سائر المسائل الاخرى التي لا تتطلب توفير قدر من العلم والخبرة في كشف غموضها .

فالخبرة وسيلة اثبات تهدف إلى كشف بعض الدلائل والادلة ، أو تحديد مدلولها بالاستعانة بالمعلومات العلمية ، وهي تفيد في إثبات وقوع الجريمة ، أو في نسبتها إلى المتهم ، أو في تحديد ملامح شخصيته الإجرامية.[2]

فالمسائل ذات الطبيعة الفنية البحتة يتطلب كشفها مهارات ومعارف لا تتوافر لدى القاضي الأمر الذي يتطلب الاستعانة بالخبراء الذين يكون لهم الدور الهام في كشف غموض الجريمة.[3] وفي ذلك تقول محكمة النقض المصرية بأن : "وإذا كان الأصل أن المحكمة لها كامل السلطة في تقدير القوة التدليلية لعناصر الدعوى المطروحة على بساط البحث ، إلا ان هذا مشروط بأن تكون المسألة المطروحة ليست من المسائل الفنية البحتة التي لا تستطيع المحكمة بنفسها أن تشق طريقها لابداء الرأي فيها".[4]

وقد تواترت احكامها على ذلك ومنها قضائها بأن : "قدرة المجني عليه على التكلم بتعقل من المسائل الجوهرية التي قد يترتب على تحقيقها تغير وجه الرأي في الدعوى ويتعين على المحكمة أن تحقق ما ابداه الطاعن من دفاع جوهري في خصوصها عن طريق المختص فنياً وهو الطبيب الشرعي، فإذا لم تفعل فإنها تكون قد أحلت نفسها محل الخبير الفني في مسألة فنية".[5]

---

[1] د/ محمود طه جلال ، أصول التجريم والعقاب في السياسة الجنائية المعاصرة ، مرجع سابق ، ص 197.

[2] د/ احمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية ، الجزء الأول ، المبادئ الاساسية للاجراءات الجنائية ، (د.ط) ، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي ، 1979 ، ص 457.

[3] د/ أحمد ابو القاسم ، الدليل المادي ودوره في الاثبات في الفقه الجنائي الإسلامي : الطبعة الثانية ، (د.م.ن) ، 1989 ، ص 307.

[4] نقض 1996/12/18 ، مجموعة أحكام محكمة النقض، طعن رقم 6048 لسنة 64ق ، س47 ، رقم (37) ، ص259.

[5] نقض 2000/3/26، مجموعة أحكام محكمة النقض، طعن رقم 10678 ، س51، رقم 123 ،ص 236.

كذلك قضائها بأنه : "لا يجوز للقاضي ان يحل نفسه محل الخبير في المسائل الفنية البحتة ، والا كان حكمه مشوباً بالقصور ، ومخلاً بحق الدفاع".[1]

فالحقيقة القضائية لا تدرك مباشرة ، وإنما يتوصل إليها من خلال التدقيق والتمحيص الشامل لادلة الاثبات ، إلا أن هذه الاحكام تبقى نسبية وقابلة للتغيير .[2]

فسلطة القاضي التقديرية تعني حريته في جميع العناصر المختلفة للإثبات ، وهو يكون عقيدته فيما يتعلق بوضع الواقعة محل البحث بالنسبة للقاعدة القانونية المناسبة عن طريق تقديره لتلك العناصر التي سبق له جمعها ولكن العلوم المختلفة في تطور مستمر وقد ازدادت وتشعبت الميادين الفنية والعلمية التي من شأنها القاء الضوء على كثير من المسائل التي يصعب على القاضي ادراكها دون الاستعانة بالإخصائيين ، كل ذلك مما يؤكد أهمية دور الخبرة في الدعوى الجنائية في الوقت الحديث.[3]

وتظهر تأثير النظرية النسبية على دور الخبير في العملية الاثباتية من خلال :

1- رغم تعدد وتنوع أدلة الاثبات إلا أن الادلة العلمية اصبحت تحتل مركز الصدارة بينها ، بعد انحسار التيار القائل بأن الاعتراف سيد الادلة ، حيث أن الدليل القولي سواء أكان الاعتراف أو الشهادة يخضع للمؤثرات الخارجية على كل من المتهم والشاهد، كما أن الدليل المادي القائم على اسس علمية يتفوق على المحررات او الادلة الكتابية ، وخاصة في المجال الجنائي الذي يصعب فيه الحصول على دليل مكتوب ، علاوة على أن المحررات إن وجدت فإنها تحتاج – في الغالب – إلى الوسائل العلمية الحديثة ، وإلى الخبراء في كشف مدى صحتها من عدمه الأمر الذي يعطي الدليل المادي – القائم على اساس من العلم – الأهمية البالغة؛ لأنه يظل الشاهد الصامت الذي لا يكذب.[4]
2- اتجاه الجريمة نحو الدقة والتنظيم ، والاستفادة من معطيات العلم الحديث في ارتكابها وطمس الاثار والمعالم التي يمكن أن تدل على مرتكبيها الأمر الذي يجعل المحقق أو القاضي يقف حائراً أمام الوقائع التي ترتكب على هذا النحو ، ولا يبقى حينئذ سوى الاستعانة بالاختصاصيين في كل علم وفن للتنقيب عن الأثار البسيطة وغير المرئية التي يخلفها الجاني في مسرح الجريمة ، من اجل تقديم الدليل الفني على اساس من البحث والتجربة واستخدام وسائل العلم الحديث ، والتي تكون عوناً للمحقق في بناء الاتهام، وتسهم بفاعلية في اثبات الجريمة وبناء قناعة القاضي ، فيه وقت لا تسعفه في أدلة الاثبات الأخرى.[5]
3- ظهور أنماط جديدة من الجرائم تستخدم العلم ومعطياته في ارتكابها ، كجرائم الكمبيوتر والانترنت؛ بما تتضمنه من سرقة وتزييف للبيانات والمعلومات

---

[1] نقض 1993/1119، مجموعة أحكام محكمة النقض ، طعن رقم 4515 ، س 61 ق ، س44 ، رقم (149) ، ص 965، أيضاً نقض 1997/15/5 ، مجموعة احكام محكمة النقض ، طعن رقم 14780 ، س66 ق ، س48 ، رقم (86) ، ص576.
[2] د/ فاضل زيدان محمد ، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الادلة ، مرجع سابق ، ص 118.
[3] فتحي محمد انور محمد عزت ، دور الخبرة في الاثبات الجنائي ، (دراسة مقارنة) ، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة ، 2007، ص781 – 782.
[4] د/ احمد فتحي سرور ، الوسيط في القانون الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص 333.
[5] د/أحمد أبو القاسم ، الدليل المادي ودوره في الاثبات في الفقه الجنائي الإسلامي ، مرجع سابق ، ص 68.

والتلاعب بالأرصدة والحسابات عبر شبكات المعلومات الواسعة ، والتي تحولت معها الجريمة من مرحلة الجريمة التقليدية إلى مرحلة الجريمة العلمية ومواكبتها للتطور العلمي يفرض حتمية المواجهة العلمية لها سواء من حيث التخطيط ، أو المتابعة أو الضبط، بهدف تقديم دليل الاثبات الذي يوصل الجناة لنيل العقاب وليس من سبيل إلى ذلك سوى اللجوء إلى خبراء المعلومات لتقديم الدليل العلمي والفني ، والذي لا يملك القاضي إلا أن يقبله ، ويبني قناعته على اساسه.[(1)]

فأصبحت النظرة إلى القواعد داخل نظام الاثبات نظرة مغايرة للنظام السابق، مما يؤدي إلى عدم التوافق والانسجام مع نظام الاثبات العلمي الذي اصبح الدليل العلمي يفرض نفسه على القاضي في مجال الاثبات الجنائي فيشكل قناعته وفق ما يقدم له من أدلة علمية سواء بالإدانة أم بالبراءة . فهذا الدليل كما أنه يدين المتهم الذي ارتكب الفعل المجرم فإنه قد يبرئ متهماً آخر لا علاقة له بذلك الفعل ، فيكون هو الدليل الذي يستند إليه القاضي في حكمة بالبراءة ، ومن هنا اصبح الدور الاكبر للخبير الذي يسيطر على العملية الاثباتية في المسائل العلمية فما مدى تأثير هذا التغير على السلطة التقديرية للقاضي ؟

هذا ما سنوضحه في المطلب الثاني .

المطلب الثاني

نسبية التغير في السلطة التقديرية للقاضي

إن حرية القاضي في الاقتناع ، تعني حريته في قبول أي دليل والتنقيب عن الادلة بمختلف الوسائل ، ومن ثم بناء قناعته من أي دليل يرى أنه يوصل إلى الحقيقة ، فالقاضي الجنائي ملزم بتحري الحقيقة الموضوعية ، أي الحقيقة في كل نطاقها ، وفي اقرب صورها إلى الواقع فيتحرى مختلف الادلة التي يقدمها اطراف الدعوى الجنائية .[(2)]

ولا تثريب عليه في استخدام الوسائل العلمية الحديثة في تقديم الدليل ، أو الوصول إلى الحقيقة المنشودة لبناء قناعته على الجزم واليقين فالقاضي متخصص في العلوم القانونية ولا يمكن ان يلم بالعلوم والمعارف الأخرى، ولابد له ان يستعين بأهل الخبرة والمعرفة فيما ليس له به علم ، ومن ثم الاعتماد في بناء قناعته على ما تقدمه له الخبرة من دليل فني ، وهذا يقتضي منا معرفة الطبيعة القانونية للخبرة هل هي وسيلة اثبات ام وسيلة لتقدير الدليل ، أو إجراء مساعدة للقاضي ، أم هي شهادة فنية ؟

الطبيعة القانونية للخبرة : اختلف الفقهاء في تحديد طبيعتها القانونية فمنهم من اعتبرها:

أولاً : الخبرة وسيلة لتقدير الدليل[(*)]: تقوم هذه النظرية على اساس ان الخبرة وسيلة لتقدير الدليل ، لأنها لا تهدف إلى قبول أو تقى واقعة أو حالة ، بل انها وسيلة لتقدير عناصر

[(1)] د/ عبد الخالق محمد احمد الصلوي ، حُجية الخبرة في الاثبات الجنائي ، مرجع سابق ، ص391.
[(2)] د/ محمود نجيب حسني ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1988 ، ص417.
[(*)]اخذ بهذه النظرية كثير من الفقهاء الفرنسيين ومن بينهم

اثبات الدعوى؛ فالخبير عندما يتصدى لفحص الاثار والادلة المادية انما يقوم بتقدير القيمة الاثباتية لها؛ نفياً أو اثباتاً.

ثانياً : الخبرة إجراء مساعد للقاضي(*) : يرى انصار هذه النظرية أن الخبرة ليست وسيلة اثبات سواء مباشرة أو غير مباشرة ، بل تعد بمثابة إجراء مساعد للقاضي في الوصول إلى تقدير فني للحالة ، إذا تطلب الأمر معرفة خاصة لا تتوافر لديه ، وإن اعتبرها البعض من طرق الاثبات لأنها – شأنها شأن المعاينة– لا تعدو أن تكون وسيلة يُكّون أو يستكمل بها القاضي اقتناعه ، فالخبير يكون مساعداً للقاضي ومعاوناً له في المعلومات الفنية الخاصة التي تعوز القضاة ، حيث يستعين القضاة برأيهم إذا اقتضى التحقيق الالمام بمعلومات لا تشملها معارف القاضي . فهي إذن إجراء مساعد للقاضي لتكملة معلوماته في الجوانب الفنية والعلمية غير الداخلة في اختصاصه ، بهدف تزويده بالمعلومات التي تساعده في تكوين عقيدته حول الواقعة المعروضة عليه .

ثالثاً : الخبرة شهادة فنية : تقوم هذه النظرية على اساس أن الخبرة نوع من الشهادة الفنية ، وأن الخبير شاهد فني ، وأن مهمة الشاهدة الأصلية هي الادلاء بمعلومات عن الواقعة ، غير أنه يسمح له بتقديم اراء في المسائل التي تحتاج إلى خبرات خاصة لا تتوافر في المحقق أو القاضي والمتعلقة بعلم أو فن مثل الطب وغيره ، على أن يتثبت القاضي من صلاحية الشاهد لهذا الغرض ، وبالتالي فإن الخبير يقدم شهادة فنية لا يقدم دليل اثبات . ولم تلق هذه النظرية قبولاً لدى الفقهاء ، وخاصة في الدول العربية، إذ الغالب أن لا تخلوا المؤلفات – التي تتناول الخبرة – من إيراد التفرقة بين الخبير والشاهد.(1)

رابعاً : الخبرة وسيلة اثبات : يرى كثير من الفقهاء.(*) أن الخبرة تعد وسيلة من وسائل الاثبات وهي تعمل على كشف وقائع مجهولة من وقائع معلومة ، وهي بذلك تنقل إلى حيز الدعوى دليلاً يتعلق بإثبات الواقعة أو اسنادها المادي أو المعنوي إلى المتهم ، ويتطلب هذا الأثبات معرفة أو دراية خاصة لا تتوافر لدى عضو السلطة القضائية نظراً لطبيعة ثقافته وخبراته ، ووسائل الاثبات بهذا المعنى هي المصادر التي ينتج عنها كل دليل في الدعوى ، وإذا كانت الخبرة وسيلة اثبات فإن رأي الخبير يعتبر دليلاً من أدلة الاثبات.

Garraud: Traite' the'orique et pratique, d'instruction criminelle et de procedure penale , paris, sirey, 1907, p.564.

كما ذهب Helene Riser إلى أن رأي الخبير في حد ذاته ليس دليلاً وبصفة خاصة في مسائل الخبرة العقلية ، فهو ليس إلا عنصراً لتقدير الوقائع.

- Helene Riser: L'e'xperties neuro, psychiattique devant, les juridictions criminelles , paris, librairie generale de droite de juris prudence, 1956, p.120.

(*)أيد الخبرة كجراء مساعد للقاضي

- Luis mallard: traite' formul de l'e'xpertise judiciaire en matie're civile, commercial, criminelle techiques, 1955, p.9.
- Von liszt: traite' de droit pe'nal allemande, paris, 1911, p. 205 etts.

مشار إليها في رسالة دكتوراة امال عبد الرحيم عثمان ، الخبرة في المسائل الجنائية ، دراسة قانونية مقارنة ، 1964.

(1)عبد الخالق محمد احمد ثابت الصلوي ، حُجية الخبرة الجنائية ، مرجع سابق ، ص 19 وما بعدها .

(*)لم يؤيد الخبرة كوسيلة اثبات في فرنسا إلا قلة ، نذكر منهم :

- Faustin H'elie : Pratique criminelle des cours et tribunaux, p'aris juriscalss curs, 1951, p. 180.
- M. Genestix: l'experise criminelle, Parise, Apedone, 1900, p.6.

وهو ما أخذت به المحكمة العليا الليبية في العديد من احكامها ، إذا اعتبرت ان ندب الخبير هو مجرد وسيلة اثبات ، منها : "ولا شأن له بالفصل في نزاع قانوني أو الموازنة بين اقوال الشهود وتقدير شهادتهم فهذا من صميم واجب القاضي ولا يجوز له التخلي عنه لغيره . أما متى واجهت المحكمة مسألة فنية بحته كان عليها ان تتخذ ما تراه من وسائل لتحقيقها بلوغاً إلى غاية الامر فيها، وأنه متى تعرضت لرأي الخبير الفني يتعين عليها أن تستند في تقديره إلى أسباب فنية ، وهي لا تستطيع أن تحل في ذلك محل الخبير فيها".[1]

كما قضت محكمة النقض المصرية أيضاً بأنه : " لا يسوغ للمحكمة أن تستند في دحض ما قال به الخبير الفني في المسائل الفنية البحتة إلى معلومات شخصية ، بل يتعين عليها إذا ما ساورها الشك فيما قرره الخبير في هذا الشأن أن تتجلى الامر بالاستعانة بغيره من أهل الخبرة، لأن ذلك من الأمور التي لا يصح للمحكمة أن تحل محل الخبير فيها ولما كان ذلك ، فإن الحكم المطعون فيه إذا خالف ذلك يكون مشوباً بقصور في التسبيب والفساد في الاستدلال بما يعيبه."[2]

والسؤال الذي يطرح نفسه ما تأثير هذا التغير في دور الخبير على السلطة التقديرية للقاضي ؟ وفي هذا الاطار يدرك التغير على مستويين :

المستوى الأول : هو المستوى المحدود، والذي يتضمن إجراء مجموعة من التغيرات المحدودة التي يستوعبها النظام دون أن يهتز توازنه.

بينما يتمثل **المستوى الثاني:** في التغير الشامل ، والذي يفرض على النظام بصورة حتمية بسبب عدم استجابته للتغيرات .[3]

فالتغير الذي احدثه نظام الاثبات العلمي تغير على المستوى المحدود لأن تأثيره على الاقتناع القضائي انطلاقاً من طبيعته العلمية ذات الدلالة القاطعة من ناحية، ولأن الحاجة قد أصبحت ماسة إلى آراء الخبراء في عصر الأدلة العلمية المتخصصة التي تخرج عن دائرة معارف وثقافة القاضي من ناحية أخرى، ومن ثم فلا مناص من إعطاء قدر من الإلزام للدليل الفني في تلك المسائل غير أن الامر ليس على اطلاقه؛ وانما ينبغي أن تفرق بين فرضين:

الأول : القيمة العلمية القاطعة للدليل: وهي مسألة خارجة عن معارف القاضي وثقافته ، وبالتالي فإن تقديره لا يتناول القيمة القاطعة للدليل والقائمة على أسس علمية دقيقة ، إذ أن حريته مقيدة بما يمكن أن يخوض فيه ، أو يتبين خطأه من صوابه ، ولا حرية له في مناقشة الحقائق العلمية الثانية؛[4] لأن قيمة الدليل تقوم على أسس علمية دقيقة ، ولا حرية للقاضي في مناقشة الحقائق العلمية الثابتة.[5]

---

(1) جلسة 2005/3/16 ، المحكمة العليا، طعن رقم 1305، س42 ، رقم 87، ص 156، وهو نفس اتجاه محكمة النقض المصرية انظر نقض 1968/1/8، مجموعة أحكام محكمة النقض ، الطعن رقم 1920 ، لسنة 37 ق، س9 ، رقم 4 ، ص22، أيضاً نقض 2004/1/28، مجموعة أحكام محكمة النقض، طعن رقم 11645، س55 ، رقم 108 ، ص105.

(2) نقض 2000/3/26، مجموعة احكام النقض المصرية ، طعن رقم 10678، س51، رقم 85، ص230.

(3) د/ علي ليلة ، النظرية الوظيفية وتحليل المجتمع، (د.ط) ، ملتزم الطبع والنشر دار الناشر العربي ، 2006، ص168 – 169.

(4) د/ محمد أحمد محمود ، الوجيز في الخبرة ، (د.ط) ، الناشر المكتب الفني للإصدارات القانونية ، القاهرة ، 2002، ص57.

(5) د/ جميل عبد الباقي الصغير ، أدلة الاثبات الجنائي والتكنولوجيا الحديثة ، (د.ط) ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 2002، ص22.

الثـاني : الظـروف والملابسـات التـي وجـد فيهـا الـدليل: تعـد مسـألة تقـدير الظـروف والملابسات من صميم عمل القاضي ، فإذا وجد أن الدليل العلمي المقدم في الدعوى لا يتفق مع ظروف الواقعة وملابساتها ، فـإن لـه أن يطـرح مثـل هـذا الـدليل ، فتعـارض الـدليل مـع ظـروف الواقعة ، أّقل ما فيه أنه يولد الشبهة لدى القاضي ومن ثم يقضـي فـي اطـار تفسير الشـك لصـالح المتهم. فالدليل العلمي هو دليل اثبات قائم على أساس من العلم والمعرفة ، وللقاضـي النظـر إليـه على ضوء الظروف والملابسات المحيطة، وهذا ما أكدته المحكمة العليا الليبية حيث قضت بأنه : "مـن المقرر أن العبـرة فـي المسـائل الجنائيـة هـي بإقتنـاع قاضـي الموضـوع بنـاء علـى الأدلـة المطروحة عليه بإدانة المتهم أو ببراءته، وذلك بما لـه مـن حريـة فـي تـرجيح الأدلـة ، أي الأخذ بدليل وترك غيره، بما في ذلك تقدير القوة التدليلة لتقرير الخبراء شأنه في هذا شأن سائر الأدلة الأخرى، إذ له مطلق الرأي في الاخذ بالتقرير الذي يطمئن إليه والالتفات عما عداه".[(1)]

ومن ثـم لا منـاص مـن إعطـاء قـدر مـن الالـزام للـدليل الفنـي، غيـر أن الامـر لـيس علـى اطلاقه؛ وإنما يجب التفرقة بين نوعين من الأدلة التي يقدمها الخبير الفني.

الأولـى: الأدلـة التـي يصـل إليهـا الخبيـر مـن خـلال المعاينـة والفحـص الظـاهري، دون الحاجة إلى استخدام الوسائل العلمية.

الثانية: تلك الأدلة التـي تكـون نتـاج اسـتخدام الأبحـاث والتجـارب العلميـة، ويصـل إليهـا الخبير باستخدام وسائل الفنية وعلمية دقيقة.

فالنوع الأول :من هذه الأدلة يجب أن يخضع لتقدير القاضـي الـذي لـه أن يأخـذ بهـا ، أو يتركها مع تسبيب رفضه لها ، وهذا ما قضت به المحكمة العليا الليبية: " إن محكمـة الموضـوع هي الخبير الأعلى في كل ما يستدعي خبرة فنية، فمتى قررت أن حالة معينة لا تقتضي عرضـاً على الطبيب الاخصائي لأن ظروف الحادثة تشير بذاتها إلى الرأي الواجب الاخذ به فإنها تكون بذلك قد فصلت في أمر موضوعي لا اشراف محكمة النقض عليه".[(2)]

أما النوع الثاني منها: فيجب أن يعطي قدراً من الالـزام ، بحيث لا يمكن للقاضـي أن يرفض هذه الأدلة إلا إذا وجدت أدلة فنية أخرى تدحضها، وإذا اختلف خبيران في الرأي فليست المحكمة ملزمة. بمواجهتهمـا وإنمـا تملـك تـرجيح احـداهما علـى الاخـر وفقـاً لاقتناعهـا ومـا تـراه مؤيداً بوقائع الدعوى، إنها تملك الاخذ ببعض ما ورد بتقرير الخبير وتطرح الجـزء الاخـر دون أبداء أسباب لـذلك ، اللهـم إلا فـي المسـائل الفنيـة فـلا يجـوز تنفيذها إلا بأسـانيد فنيـة.[(3)] وهـذا مـا أكدته المحكمة العليا بأن : "المحكمة لا تلتزم بالالتجاء إلى أهل الخبرة إلا فيما يتعلق بالمسـائل الفنيـة البحتـة التـي يتعـذر عليهـا ان تشـق طريقهـا فيهـا كمـا انهـا لا تلتـزم بنـدب خبيـر آخـر فـي الـدعوى طالمـا أن الـدعوى وضـحت لـديها"[(4)]

---

(1) جلسة 2005/6/7 ، المحكمة العليا ، طعن رقم 1576، س42، رقم 432، ص937.

(2) جلسة 1994/2/18، مجلة المحكمة العليا، طعن رقم 195، س31، رقم 23، المكتب الفني للمحكمة العليا، ص78، جلسة 2000/6126، المحكمة العليا ، طعن رقم 465، س37، رقم221 ، ص215 ، أيضاً نقض 1993/10/13، مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 2654 لسنة 66ق ، رقم 125، س34، ص808.

(3) عبد الخالق محمد ثابت الصلوي ، حُجية الخبرة في الاثبات الجنائي، مرجع سابق ، ص80 – 81.

(4) جلسة 1996/11/17، مجلة المحكمة العليا ، طعن رقم 129، س33، رقم 46، المكتب الفني للمحكمة العليا ، ص117، أيضاً جلسة 1999/5/8، مجلة المحكمة العليا ، طعن رقم 1950، س26، رقم 57، المكتب الفني للمحكمة العليا ، ص96، أيضاً نقض

كذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن : "المحكمة هي الخبير الأعلى في كل ما تستطيع أن تفصل فيه بنفسها ما دامت المسألة المطروحة ليست من المسائل الفنية البحتة التي لا تستطيع المحكمة بنفسها أن تشق طريقها لأبداء الرأي فيها".[1]

أيضاً قضت بأن : " سلطة المحكمة في تقدير القيمة التدليلية لعناصر الدعوى فهي الخبير الأعلى في كل ما تستطيع الفصل فيه بنفسها أو بالاستعانة بخبير يخضع رأيه لتقديرها فهي غير ملزمة بإعادة المهمة لذات الخبير أو ندب خبير أخر في الدعوى ما دام استنادها إلى الرأي الذي استندت إليه هو استنباط سليم لا يجافي العقل والقانون".[2]

كذلك القاضي لا يمكن له أن يرفض الأدلة العلمية إلا إذا كانت لا تتفق مطلقاً مع أدلة أخرى واضحة وصريحة في إثبات الفعل على نحو مغاير لما يثبته الدليل العلمي ، أو يورد أسباب سائغة يبنى عليها قضائه بالرفض(•) وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه : "وإن كان تقدير حالة المتهم العقلية هو في الأصل من المسائل الموضوعية التي تختص محكمة الموضوع بالفصل فيها إلا أنه يتعين عليها ليكون قضاؤها سليماً أن تعيين خبيراً لتثبت هذه الحالة وجوداً أو عدماً ، لما يترتب عليها من قيام أو امتناع عقاب المتهم ، فأن لم تفعل كان عليها أن تورد في التعليل أسباباً سائغة تبنى عليها قضائها برفض هذا الطلب .وذلك إذا ما رأت من ظروف الحال ووقائع الدعوى وحالة المتهم أن قوات العقلية سليمة ، وإنه مسئول عن الجرم الذي وقع منه ولما كانت المحكمة لم تفعل ذلك فإن حكمها يكون مشوباً بعيب القصور في التسبيب والاخلال بحق الدفاع مما يبطله ".[3]

كما قضت أيضاً محكمة النقض المصرية بأن: "تقدير اراء الخبراء والفصل فيما يوجه إليه إلى تقاريرهم من مطاعن مرجعه إلى محكمة الموضوع فلها أن تأخذ بتقرير الخبير كله إذا اطمأنت إليه ولها أن تأخذ بما ترتاح إليه منه ، وتستبعد الباقي أو تطرحه بجملته لعدم اقتناعها به ، على أن تعلل قرارها في ذلك تعليلاً معقولاً".[4]

وبهذا اصبح للأثبات العلمي تأثيره الذي لا ينكره أحد على قناعة القاضي والسؤال الذي يطرح نفسه ما مدى هذا التغيير الذي احدثته النظرية النسبية على قناعة القاضي؟

1990/1/10، مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية ، طعن رقم 4145 لسنة 59ق، س41، رقم(10) ، ص78، نقض 1990/1/10، مجموعة احكام محكمة النقض المصرية ، طعن رقم 4596 لسنة 59 ق، س41 ، رقم 12، ص94، نقض 1990/2/8، مجموعة احكام محكمة النقض المصرية، طعن رقم 5079 لسنة 59 ق، س41، رقم 55، ص341، نقض 1991/12/21، طعن رقم 215 لسنة 60ق، رقم56، ص405، نقض 1992/1/16، مجموعة احكام محكمة النقض المصرية، طعن رقم 3702، لسنة 60ق، س43، رقم(1)، ص74، نقض 1992/2/9مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية ، طعن رقم 22684 لسنة 60ق، س43، رقم 24، ص220، نقض 1996/3/3، مجموعة احكام محكمة النقض المصرية، طعن رقم 6225، لسنة 64ق، س47، رقم 45، ص304.

(1) نقض 1991/11/7، مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية، طعن رقم 446، لسنة 60ق، س42، رقم 160، ص1154، نقض 1996/10/15، مجموعة احكام محكمة النقض المصرية، طعن رقم 19866، لسنة 64ق، س47، رقم 146، ص188، نقض 1997/7/28، مجموعة احكام محكمة النقض المصرية طعن رقم 9530، لسنة 65ق، س48، رقم 124، ص805، نقض جنائي، 1998/3/9، مجموعة احكام محكمة النقض المصرية، طعن رقم 14831، لسنة 65ق، س49، رقم 52، ص375، أيضاً نقض 2009/7/28، طعن رقم 8858، لسنة 78ق، س60، رقم 249 الموسوعة الماسية لاحكام محكمة النقض الجنائي، ص 497.

(2) نقض 1991/6/6، مجموعة احكام محكمة النقض المصرية ، الطعن رقم 472 لسنة 60 ق، س42، رقم 125 ، ص913، أيضاً نقض 2000/3/26، مجموعة احكام محكمة النقض المصرية، طعن رقم 10678، س51، رقم 125، ص301.

•لمزيد من المعلومات انظر:

- J. Rolands : Reason in Legislation in Rational Decision Nomos, VII, New York , Athertion Press,1964 . p.102.
- Ropert Cross and Nancy: Wilkins Antine, At Law of Evidence fifth edition, Butettr Worthies , London,1980 . P.193.

(3) نقض 1993/10/13، مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية ، الطعن رقم 2654، لسنة 62ق، س44 ، رقم 125 ، ص810، أيضاً نقض 1998/1/15، مجموعة احكام محكمة النقض المصرية ، طعن رقم 23908، لسنة 65ق، س49، رقم 4 ، ص26.

(4)نقض 1974/1/27، مجموعة أحكام النقض المصرية ، طعن رقم 1237، لسنة 43ق، س25، رقم 17، ص 74.

هذا ما سنبينه في المبحث الثاني.

المبحث الثاني

تأثير النظرية النسبية على الاقتناع القضائي

إن هدف أي نظام قانوني هو حماية المصالح التي يراها جديرة بالحماية، ووسيلة إقرار هذه الحماية وتنظيمها القواعد القانونية ، فكما يقول (Philipp Heck) : "إن كل نص قانوني إنما يتقرر لفض صراع قائم بالفعل بين مصالح متعارضة".[1]

فالقانون هو الواقع معبراً عنه في صورة المصلحة ، فنص القانون يدور وجوداً وعدماً مع المصلحة فهي المعيار الاساسي ، الذي يحكم القانون من النشأة مروراً بالتطبيق حتى الالغاء.[2]

فلكل زمان ومكان معطياته وظروفه الخاصة، حتى وإن كانت الافكار بينها متصلة ولهذا فهي عبر الزمان تتغير ، لذا عند التحليل بموضوعية ينبغي أن يُراعى فيه تأثير السابق على اللاحق وتأثير اللاحق على السابق .[3] ومهمة المشرع بالدرجة الأولى هي تحقيق التوازن والتناسب بين هذه المصالح المتعارضة ، التي تعتبر إحدى المشكلات التي تواجهها السياسة الجنائية المعاصرة . فالضرورة والتناسب ضابطاً مركباً لتحديد هذا التوازن ويلتزم المشرع بمراعاة معيار الضرورة والتناسب وكلاهما من واد واحد فالضرورة لابد ان تكون بقدرها ، ومن هنا جاء التناسب ، ولا تناسب إلا بالقدر الضروري.[4]

فإذا كان نشاط القاضي في جانبه التقديري يرمي ضمن ما يرمي إليه إلى إزالة التجهيل الذي احاط بالقاعدة القانونية ، وما تتضمنه من مراكز قانونية ، وهدف هذا النشاط لا يتغير بتغير المنازعات ، واختلاف طبيعتها ، إلا أن هذا النشاط الذي يقوم به القاضي تحتاج إلى تطوير البحث فيه للحكم على اعتباره أو عدم اعتباره أداة صالحة لتحديد فكرة السلطة التقديرية .[5][*]

فالحكم القضائي كعمل إرادي لابد من أن يسبقه وعي بواقعة النزاع ، وعلى هدى من هذا الوعي يفض القاضي النزاع بإرادته المعبر عنها في حكمه . فإذا كان وعي القاضي بواقعة النزاع خاطئاً جاءت بالتبعية خاطئة حتى إرادته هذه فيكون الموقف الذي فرضه بإرادته على الخصوم خاطئاً هو الأخر مؤدياً من حيث لا يدري للعدالة والقانون .[6]

---

[1] د/ عادل عازر، مفهوم المصلحة القانونية، المجلة الجنائية القومية ، ع3 ، 1972، ص95.

[2] د/ احمد فتحي سرور ، الحق في الحياة الخاصة، مجلة القانون والاقتصاد، 1984، ص26.

[3] د/ عقيل حسين عقيل، خماسي تحليل القيم، مرجع سابق، ص62.

[4] د/ أحمد فتحي سرور ، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، الطبعة الأولى ، دار الشروق ، مصر ، 1999 ، ص464.

[*] سلطة القاضي التقديرية هي مجموعة النشاط العقلي الذي ينصب على وقائع النزاع يهدف التحقق من كفاءة هذه الوقائع لتوليد الحق المدعي به وبالتالي احتمال ترتيب النتيجة القانونية التي يطلب الخصوم من القاضي تقريرها قضائياً . د/ نبيل اسماعيل عمر ، امتناع القاضي عن القضاء بعلمة الشخصي في قانون المرافعات ، مرجع سابق ، ص108.

[5] د/ نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية ، دراسة تحليلية وتطبيقية ، الطبعة الاولى ، الناشر منشأة المعارف بالاسكندرية ، 1984 ، ص125.

[6] د/ رمسيس بهام ، علم النفس القضائي ، (د.ط) ، الناشر منشأة المعارف بالاسكندرية ، 1997 ، ص 26 – 27 .

فالقاضي حر في استخلاص الحقيقة غير مقيد بأدلة قانونية معينة ، إلا أنه ينبغي عليه اتباع الاسلوب العلمي ، والنظرة الموضوعية.[1]

لذا سنتناول هذا المبحث في مطلبين : سنوضح شروط تطبيق النظرية النسبية المطلب الأول ، ونعالج كيفية الملائمة مع نص المادة 275 المطلب الثاني.

المطلب الأول

شروط تطبيق النظرية النسبية

إن شروط أي نظام قانوني يعتبر الاساس في اعطائه خصائصه المميزة له وهذا لا يتضح لنا إلا من خلال دراسته في ظل مضمون التغير النسبي الذي حدث فيه . فالتغيرات التي طرأت على نظام الاثبات ليس مجرد تعاقب ، ولكنه تطور الماضي متضمن في الحاضر كما أن الحاضر يحتوي في المستقبل.[(•)(2)]

فلكل زمان ومكان معطياته وظروفه الخاصة ، حتى وإن كانت الافكار بينهما متصلة ، ولهذا فهي عبر الزمان تتغير .[3] فالعلاقات بين المتغيرات هي التي تؤثر في نظام الاثبات حيثتتركز نتائج القواعد ووظائفها ، وفي هذا الاطار يُدرك الاداء الوظيفي باعتبار ان له صلة بالنظام ، حيث ينقسم إزاءه إلى نماذج متباينة بعضها يؤكد على التوازن والاستقرار والتكامل بينما يؤكد البعض الأخر على التناقض، والتغير يمكن أن يحدث بفاعلية أي من هذه المتغيرات التي يتشكل منها بناء النظام ، أي المتغيرات الثقافية.[4]

ولازالة التعارض والتناقض الذي يثور يجب ان يكون هناك نسبة وتناسب فالمشرع الجنائي يُراعى التوازن وهذا التوازن يتطلب إيجاد تناسب[5]، ومن هنا يشترط لتطبيق النظرية النسبية أن يتم تغيير القواعد الإجرائية طبقاً لمبدئ اللزوم والتناسب حتى يفهم تغير النظام بشكل أعم وبكيفية أوضح وأفضل في مجال تحديد العمليات المرحلية التي يتم بها .

على أنه يجب التمييز بين ثلاث مستويات للتناسب ، المستوى التشريعي ، والمستوى القضائي ، والمستوى التنفيذي . **فأما على المستوى التشريعي:** فإن مراعاة مبدأ التناسب يكون

---

(1) د/ رمسيس الهنام ، المحاكمة والطعن في الاحكام ، (د.ط) ، الناشر المنشأة المعارف بالاسكندرية ، 1993 ، ص 87 في الهامش.

•لمزيد من المعلومات انظر:

- B. Livesey: Judicial Discretion to Exclude Prejudicial Evidence , Cambridge Law Journal, 1968, PP. 308 etss.
- Archbold: Pleading, Evdence a practice in Criminal Case, Fortieth Ed, London , Sweet a Maxwell, London, 1979, P. 23.
- M. Mc Conville a J. Baldwin : Courts, Prosecution and Conviction, Clarendon Press, Oxford, 1981, PP. 180 etss.
- R. May: Criminal Evidence , Sweet a Maxwell, London, 1986. P.222.

(2) د/ زينب زهري ، د/ صالح الزين ، دراسات في علم الاجتماع والاثروبولوجيا، الطبعة الأولى، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع، 1990 ، ص144.

(3) د/ عقيل حسين عقيل، خماسي تحليل القيم ، مرجع سابق ، ص62.

(4) د/ علي ليلة ، النظرية الوظيفية وتحليل المجتمع ، مرجع سابق ، ص 135.

(5) د/ محمد أحمد إبراهيم عبد الرسول، ضمانات الافراد في ظل الظروف الاستثنائية في المجالين الدولي والإداري (الداخلي) ، دراسة مقارنة، (د.ط) ، الناشر دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2008 ، ص276.

في معرض بناء القاعدة الجنائية ، وهذه المهمة يتولاها بالطبع المشرع من حيث الاصل فيكون مسؤولاً عن تحقيق التناسب.

أما على المستوى القضائي: فإن مراعاة هذا المبدأ تكون اثناء تطبيق القاعدة الجنائية ويتولى هذه المهمة القضاء الذي ينقص بتحقيق هذا التناسب من خلال السلطة التقديرية الممنوحة له.

أما على المستوى التنفيذي: فإن مراعاة مبدأ التناسب تتم أثناء التنفيذ.[1]

أما معيار التناسب: فيمكن تحديده من خلال الهدف من القاعدة الاجرائية التي لا تحقق الهدف المنشود منها فتؤكد أن هناك خللاً ما ، وهذا ما يجعلها فاقدة لمبررها ويتعين البحث عن بديل لها وإلغاءها .[2]

أما مبدأ التلازم فيشير إلى الدور الذي تسهم به القواعد الاجرائية في فاعلية النظام . لذا يطرح ثلاثة ابعاد تبين أهمية التلازم لمبدأ التناسب:

ويتمثل البعد الأول: في أن تعبير التلازم يرتبط عادة بالحفاظ على النظام أو على أي من قواعده الاجرائية .

بينما يركز البعد الثاني: على أهمية القواعد الاجرائية المرتبطة بالحفاظ على بناء النظام . وهو ما يعني أن استخدام مفهوم التلازم في هذه الحالة يبين مدى تناسب هذه القواعد الاجرائية .

بينما يركز البعد الثالث: على أداء التلازم ذاته سواء لوظيفة القواعد الإجرائية في النظام أو أهميتها للقواعد الإجرائية الأخرى داخل النظام وذلك لوجود الاعتماد المتبادل بين القواعد الإجرائية.[3]

وهذا يستلزم من مبدأ التلازم إجراء عمليتين أخيرتين ، أما **العملية الأولى:** فهي عملية تحليلية كتحديد العلاقات الوظيفية الفعلية الموجودة بين المتغيرات المختلفة.

وأما العملية الثانية : فهي عملية تركيبية لبناء تنظيم موحد متكامل من جميع هذه العلاقات.[4]

ولهذا كان لابد من مراعاة الاعتبارات الأتية وهي :

1. يجب أن يوجه للتغيرات السابقة قسط من الاهتمام عند محاولة التفسير.
2. إن الربط بين السبب والنتيجة في التغيرات المحددة ليست أمراً يسيراً ، فعنصر الزمان والمكان له أثاره المختلفة على السبب الوحيد.

---

[1] د/ محمد طه جلال ، أصول التجريم والعقاب في السياسة الجنائية المعاصرة ، مرجع سابق ، ص200 – 201.
[2] د/ عصام عفيفي حسيني عبد البصير، مبدأ الشرعية الجنائية ، دراسة مقارنة في القانون الوضعي، والفقه الجنائي الاسلامي، (د.ط)، الناشر دار النهضة العربية ، مصر ، (د.س.ن) ، ص8 .
[3] د/ علي ليلة ، النظرية الوظيفية وتحليل المجتمع ، مرجع سابق ، ص168.
[4] د/ د/ سيد عويس، حديث عن الثقافة، (بعض الحقائق الثقافية المصرية المعاصرة) ، (د.ط) ، ملتزم الطبع والنشر مكتبة الانجلو مصرية، القاهرة، 1970، ص79.

3. إن التغير الواحد قد تكون له أسباب مختلفة .[1]

فتغير أي قاعدة إجرائية لا تقبل التفسير الا من جانب قاعدة أخرى من طبيعتها ، وهذه القواعد يحتويها بناء له مستوياته الثقافية المختلفة فيفسر هذا التغير في ضوء الاعتبار الزماني والمكاني لهذا النظام.

فالمشرع يواجه مشكلة اختيار الاسلوب الملائم للتوفيق والتنسيق بين القواعد الاجرائية المتعارضة كما أنه يضطر إلى تغليب إحدى القواعد المتنازعة وعندئذ لابد أن يثور التساؤل عن كيفية تقييم هذه القواعد والبحث عن المعيار أو المعايير التي تعين في قياس أهمية كل منها ومع تسليمنا بضرورة ارتباط القانون بالواقع بحيث يكون معبراً وممثلاً له ، إلا أن دور القانون لا يقتصر على الحفاظ على الواقع بل يمتد إلى ما هو أشمل فيسهم في التطور وفي خلق العوامل اللازمة لحدوث التغير ، فلا يقتصر دور القانون على مجرد نقل الواقع ، وذلك لأن القواعد كثيراً ما تكون غير محددة تحديداً دقيقاً أو واضحاً وهذه السمة تتعارض مع طبيعة المعالجة التشريعية التي تحتم إعادة صياغة هذه الاحكام في صيغ قانونية محددة يتحقق معها الاستقرار والوضوح في التعامل ، ويقابل ذلك من جهة أخرى الحيلولة دون أن تصبح القاعدة القانونية جسماً غريباً في المجتمع .[2] وفي هذه الحالة تتخذ العملية التشريعية مظهراً علمياً كما يطلق عليه (Pound) : (الهندسة الاجتماعية) ويساعد هذا في التعرف على مختلف القواعد ، ثم يتم فحصها ومقارنتها وتصنيفها بهدف التوفيق والتنسيق أو بهدف المفاضلة بينها ، والوقوف على وظيفة تلك القواعد في ظل النظام القانوني الذي تنشأ في ظله.[3] حيث يلاحظ أنه من الصعب أن يرتبط كل عناصر الثقافة للقواعد التي يتكون منها النظام ، منطقياً بعضها ببعض ، حيث نجد بعض هذه العناصر قد ترتبط منطقياً في سهولة ويسر، وأن البعض الأخر ليس كذلك.[4] فيتكشف عن مكوناتها والعلاقات المتبادلة التي تسود فيها بحيث يشمل كل مكونات الثقافة للقواعد الاجرائية السائدة في النظام.[5]وهذا دور السياسة الجنائية التي تهدى إلى التجديد والاصلاح ، ثم لا يلبث القانون أن يدخل في صلبه هذا التجديد والاصلاح ، فمجموعة القوانين لم توضع إلا لتحكم المجتمعات، وما ينبغي لها إلا أن تساير تطور المجتمع وتستجيب لتقدمه .[6]

ولما كانت مرحلة الحكم هي المرحلة الحاسمة في الدعوى الجنائية ، ذلك أن غاية الدعوى هي الوصول إلى حكم حاسم لها ، ولهذا فإن الحكم بشكل أهم إجراءات هذه الدعوى ، لأنه يمثل غايتها . وعملية تقدير الأدلة تشكل جوهر هذا الحكم ، حيث لا يمكن الوصول إليه وإدراكه ما لم يمارس القاضي سلطته التقديرية على الادلة محل الوقائع ، وسلامة هذا الحكم يتوقف بدرجة كبيرة على سلامة التقدير للادلة.[7]

---

[1] د/ أحمد التكلاوي ، التغير والبناء الاجتماعي ، (دراسة نظرية ميدانية) ، الطبعة الأولى، ملتزم الطبع والنشر مكتب القاهرة الحديثة، 1968، ص50 - 51 .

[2] د/ عادل عازر، مفهوم المصلحة القانونية، مرجع سابق، ص399.

[3] د/ إبراهيم أبو الغار ، دراسات في علم الاجتماعي القانوني ، (د.ط) ، دار المعارف ، القاهرة، 1978 ، ص125.

[4] د/ سيد عويس ، حديث عن الثقافة ، مرجع سابق، ص36.

[5] د/ أحمد أبو زيد ، الانثروبولوجيا والقانون ، مقدمة لدراسة القانون الجنائي في المجتمعات البدائية، المجلة الجنائية القومية ، العدد الأول ، 1965، ص 40.

[6] د/ يوسف مراد ، علم النفس العقابي، أصوله وتطبيقاته ، (د.ط) ، منشورات جامعة علم النفس التكاملي ، دار المعارف بمصر ، (د.س.ن) ، ص 287.

[7] د/ فاضل زيدان محمد ، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الادلة ، مرجع سابق، ص 275.

فكيف تتم الملاءمة مع المادة 275 ؟

هذا ما سنجيب عليه في المطلب الثاني .

المطلب الثاني

كيفية الملاءمة مع نص المادة 275

إن تقدير الدليل بعد قبوله يعتبر من جانب القاضي من الخطوات الاجرائية ، التي لا يختص بها إلا قاض الموضوع وحده ، فهذه العملية هي جوهر عمل القاضي الجنائي تجاه الدليل فهي عملية ذهنية يعتمد فيها القاضي على المنطق وعلى وعيه وإدراكه بكافة أدلة الدعوى الجنائية .

وتمحيصها ، ثم استنتاج ما تحتويه من أدلة قادرة على خلق اليقين لديه . فالقاضي الجنائي هو في نهاية المطاف الذي يقوم بالتنسيق بين الأدلة المختلفة إثباتاً ونفياً ، ويستخلص منها في النهاية مجتمعة عقيدته سواء بالبراءة أو بالادانة .[1]

حيث المشرع لم يتدخل فيما يتعلق بكيفية ممارسة القاضي لنشاطه العقلي، أي كيفية ترجمة السلطة التقديرية إلى واقع منتج ، وإنما وضع حدود ، وبين ضوابط ، وحدد نتائج تترتب فور قيام مقدماتها فوظيفة سلطة القاضي التقديرية تتركز فقط في استخلاص هذه المقدمات الموصولة إلى النتائج التي حددها القانون، وأي خطأ في استخلاص هذه المقدمات يولد خطأ مقابل في النتيجة التي حددها القانون، هذا الخطأ النهائي يشكل مخالفة للقانون.[2]

ولما كان الحكم القضائي يعتبر بناءاً منطقياً ؛ لأن المنطق يوجه العمل نحو البحث عن الحقيقة؛ لأنه يهدف إلى صياغة الافكار بشكل منظم بناء على المعرفة والخبرة. فالقاضي يقوم بفحص الوقائع المختلفة، واختيار ما يكون منها ضرورياً لإصدار الحكم ثم تكييف هذه الوقائع لأعمال القانون عليها. وحتى يقوم القاضي بذلك لابد له من النظر إلى الوقائع في مجملها ، وتحليلها إلى عناصرها الأولية، ثم جمع العناصر المشتركة ، وإعادة تركيبها ثم يختار النص.

إذن الاستنباط هو معيار تطبيق القواعد القانونية إذ يعرض القاضي القاعدة القانونية التي تعد المقدمة الكبرى ثم يتثبت من نسبة الحادث إلى المتهم وفي المقدمة الصغرى ومنها ينتهي إلى النتيجة اللازمة وهي انزال العقوبة على المتهم، وفي تسبب الشق الموضوعي للحكم تؤدي أصول الاستدلال المنطقي دوراً هاماً وهذا الاستدلال القضائي الذي يعني الاستدلال العلمي الذي يقوم به القاضي باستخلاص نتيجة معينة من القياس الذي يجريه يوجد إلى جانبه الاستدلال القانوني الذي يشمل ليس فقط القانون ويقوم هذا الاستدلال على وسائل منطقية للوصول إلى الاحكام ، والفكر القانوني في بلاد مثل الولايات المتحدة الامريكية وانجلترا يركز في الاساس على التقاضي ، حيث يتم مطابقة الاستدلال القانوني غالباً بالعمليات الفكرية التي

---

[1] د/ السيد محمد سعيد عتيق ، النظرية العامة للدليل العلمي في الاثبات الجنائي ، (د.ط) ، (د.م.ن) ، 1993 ، ص 93.
[2] د/ نبيل إسماعيل عمر ، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية ، مرجع سابق ، ص78 -79 .

تساعد القضاة على التوصل إلى نتائج معينة للفصل في القضايا . إلا أنه في البلاد الأوروبية مثل : فرنسا وألمانيا ، والبلاد العربية ومنها مصر وليبيا فالاستدلال القانوني يركز على التدوين أي خلق مجموعة متجانسة من القواعد والمفاهيم القانونية ، حيث تتم مطابقة الاستدلال القانوني بالعمليات الفكرية التي تحافظ على عقلانية وتماسك المبادئ القانونية وتبريرها لذا تكمن أهمية الاستدلال المنطقي القانوني في :

1- أنه يسعى لتحقيق التماسك بين القواعد القانونية ، ويتحقق هذا التماسك في أن القانون يجب أن يطبق بالتساوي على جميع الخاضعين له .
2- أنه يحاول توفير الاستمرارية من حيث الزمن ، فهو ينظر إلى القواعد التي تم الاعلان عنها من حيث الماضي ، ويحاول تنظيم العلاقات الاجتماعية بشكل يحافظ على الاستقرار .
3- الاستدلال المنطقي باعتباره منهجاً يهتم بالموازنة بين المطالب المتعارضة من الناحتين التشريعية والقضائية ، وهذه الاهمية للاستدلال في المجال القانوني تفرض عليه مطالب منطقية معينة.[1] لذا تفسر القاعدة القانونية في ضوء الغرض منها ، باعتبار أن النص القانوني ليس له قيمة في حد ذاته، بل إنه مجرد اشارة إلى حكم معين ومرتبط بمصلحة معية**(العلة)** فإذا انتفت المصلحة أي **(العلة)** أصبح النص عديم القيمة .[2]

وهذا يرجع إلى التغير النسبي الذي يحدث باختلاف الزمان وبتطبيق التغير الذي احدثته النظرية النسبية على أنظمة الاثبات الجنائي نجد أن نظام الادلة القانونية قد جعل القاضي دائماً في موقف يتصف بالسلبية؛ نتيجة لان القانون قد حدد دوره في الاستماع لعرض الخصوم لادلتهم التي قد تكون غير كافية كلها أو بعضها أو تعوزها أدلة أخرى لتعززها وتساندها فهذا النظام قد ساوى بين الدعوى المدنية والدعوى الجنائية . مع أن القضاء الجنائي يختلف عن القضاء المدني في موضوع الاثبات ، ذلك لأن القيمة التدليلية التي فرضها القانون للتطبيق تصلح في المسائل المدنية لكون الوقائع تشكل في الغالب أعمالاً قانونية تحكمها غالباً الأرادة بين الاطراف .

أما في الموضوعات الجنائية فإن موضوع الاثبات يتعلق بوقائع مادية ونفسية ، لا يصلح لإثباتها تحديد مجموعة من القواعد التشريعية مسبقاً ، فَنُفِح نظام الاثبات أي خُلِصت العلة مما علق بها من الاوصاف التي ليست داخله فيها ، لذلك كان من اللازم إتساع المجال لسلطة القاضي في تقدير الدليل، والاقتناع به للحكم في الدعوى خاصة بعد أن أصبحت قوانين السلطة القضائية تتطلب شروطاً لتولي القضاء وتدعو إلى الثقة في القاضي والاطمئنان إلى ما يصدره من أحكام . لذا أخذت معظم التشريعات بنظام الاثبات الحر ومع ازدياد التغير في المهام الموكلة للقاضي أصبح يتطلب هذا التغير ايجاد مفهوم يكون أكثر استجابة للتغير حيث تفسر القاعدة القانونية في ضوء الغرض منها ، باعتبار أن النص القانوني ليس له قيمة في حد ذاته ، بل إنه مجرد إشارة إلى حكم معين ومرتبط بمصلحة معينة **(العلة)** . فإذا تغير السياق وانتقت المصلحة

[1] د/ السيد العربي حسن ، الاستدلال المنطقي للاحكام في ضوء التغيرات الاجتماعية ، (دراسة مقارنة بين النظامين الاسلامي والانجلو امريكي)، (د.ط) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1999 ، ص 10 – 11 .
[2] د/ فوزي محمد عبد القادر ، العلة ركن من اركان القياس ، مجلة القانون والاقتصاد ، العدد الأول ، 1986 ، ص 186.

(العلة) أصبح النص عديم القيمة .[1]فمعيار الغاية هي **(المصلحة)** التي تستهدف القاعدة الاجرائية حمايتها . هذه المصلحة التي تتسع لتشمل كل مصلحة عامة ومصلحة المتهم وغيره من الخصوم كالمدعي المدني.[2]

ومن هنا اصبحت الصياغة القانونية لبعض النصوص القانونية غير منسجمة مع تطور المنهج القانوني الذي اصبح لا يعتمد على مجرد شكل القاعدة القانونية بل أصبح يعتمد على المصلحة التي تحميها تلك القاعدة **(العلة)** .[3]كذلك التفكير القضائي الذي من أهم صفاته أن يكون التفكير واضحاً، ومنظماً ، وحاسماً.[4]فالقاضي حينما يتصدى لفحص وقائع النزاع ؛ يستند إلى المنهج العلمي ، وهذا المنهج العلمي يتكون من عنصرين :

1- عنصر عقلي.
2- عنصر واقعي.

وإعمالاً لهذين العنصرين معاً يقوم القاضي بفحص الوقائع ذات الدلالة ، ثم استخلاص النتائج وهذا هو الاستدلال ، أو القياس القضائي.[5]

فأصبح التغير الذي حدث يتطلب عدم البحث عن العلة في القاعدة القانونية ولكن يتم إيجاد العلة بمراعاة:

1- الحقائق المادية.
2- ما يبنى على تلك الحقائق فيؤخذ بالحقائق المادية التي تعد العلة وراء التغير .[6]

وهذا التغيير يقتضي من القاضي أن يحدد الوقائع الاساسية أي الصالحة لأعمال قاعدة قانونية معينة يراها محتملة التطبيق على وقائع النزاع، وهناك حالات يلجأ فيها القاضي إلى خبراء لتحديد بعض عناصر القانون الواجب تطبيقه، فبالرغم من أنه هو المختص من الناحية الفنية بأعمال القانون، إلا أن فنية هذا الاخير هي التي تجعل القاضي أحياناً مضطراً إلى الاستعانة بغيره في تحديد بعض عناصره، ومثال لهذه الحالة الدليل الذي يستعين فيه القاضي بخبير دون أن يخل ذلك بقاعدة أن القاضي خبير الخبراء، ومن جهة أخرى فإن القاضي ليس ملزماً فقط بأعمال القواعد القانونية ، بل هو ملزم أيضاً بإعمال الوسائل القانونية البحتة من تلقاء نفسه، ويقصد بالوسائل القانونية البحتة ، تلك المسائل القانونية التي لا تتطلب البحث في مسائل واقعية لم يطرحها الخصوم ، ومسائل القانون البحت هذه يجوز إثارتها لأول مرة أمام محكمة النقض، وهذه الاخيرة يحق لها إثارة هذه الوسائل من تلقاء نفسها ، ومما لا شك فيه أن

[1] د/ السيد العربي حسن ، الاستدلال المنطقي للأحكام في ضوء التغيرات الاجتماعية ، مرجع سابق ، ص167.
[2]د/ سليمان عبد المنعم ، بطلان الإجراءات الجنائية ، (محاولة تأصيل أسباب البطلان في ظل قضاء النقض في مصر ولبنان وفرنسا) ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، 2002، ص53.
[3] د/ محمد علي سويلم، التكييف في المواد الجنائية ، (دراسة تحليلية تأصيلية وتطبيقية مقارنة بأراء الفقه وأحدث أحكام محكمة النقض)، (د.ط)، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، 2005 ، ص127.
[4] د/ فاضل زيدان محمد ، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الادلة ، مرجع سابق، ص120.
[5] د/ نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص130.
[6] د/ السيد العربي حسن ، الاستدلال المنطقي للاحكام في ضوء التغيرات الاجتماعية ، مرجع سابق، ص57.

القاضي حينما يقوم بتطبيق القانون وإعماله على الوقائع المتنازع عليها ، فإنه يقوم بعملية التكييف القانوني ، ويقصد بهذه العملية مجموع العمليات الذهنية التي يقوم بها القاضي مقارنة الوقائع المطروحة عليه بقاعدة قانونية يراها صالحة من وجهة نظره لحسم النزاع.[1]

وهذا كله يتطلب من القاضي معالجة علمية موضوعية شاملة يستخلص الحقيقة منها ، فعملية استخلاص الحقيقة هي عملية عقلية منطقية تقوم على اسس من العلمية والموضوعية ، لتمحيص الدليل وتدقيقه ، ومن ثم منحه القيمة التي يستحقها في عملية الاثبات.[(•)(2)]

ولا يمكن لهذا النظام العلمي الموضوعي للاثبات أن يتحقق إلا بتخصص القاضي الجنائي وإلمامه بالعلوم الجنائية المساعدة وعلى الأخص بعلم طبائع المجرم، وعلم الاجتماع الجنائي وعلم النفس القضائي . فبهذا وحدة يمكن تفادي الخطأ القضائي في تقييم الادلة واستخلاص الحقيقية منها.[3]

فالسياسة الجنائية الحديثة تتطلب من القاضي واعضاء النيابة العامة ، والمحامين الإلمام بالعلوم الاجتماعية والنفسية . ففي المجال القانوني؛ ينبغي تقدير الوقائع، ثم نبحث عن القانون الملائم لحكمها ، والتجريد يلعب دوراً هاماً في هذه المرحلة، مرحلة البحث عن ملائمة القانون للواقع، والعلة في ذلك ترجع إلى أنه يحتاج في هذه المرحلة إلى التعميم ، وهذا الاخير يفترض التجريد والمقارنة.[4]

ويشكل الضمير وسيلة رقابة ذاتية فعالة لتأمين ممارسة القاضي لسلطته على نحو عادل وسليم.[5]

كذلك السياسة الجنائية أصبحت تقتضي كذلك دقة الاصطلاح على ما يعني من فكرة ذلك لأن الاصطلاح لا يخرج عن كونه نوعاً من تجسيد الفكرة القانونية في لفظ به تتحدد معالمها في الاذهان كرمز يميزها عن غيرها ، وبذلك يعين الاصطلاح على تعرف النواحي المختلفة للفكرة القانونية ، ويساعد أيضاً في الوقوف على ماهيتها ، وفي هذا ما يسهل للفقه مهمة تحليل الفكرة، بيان مختلف جوانبها بصورة واضحة ، وبذلك يقل ، إن لم ينضمر إلى حد التلاشي ما قد ينشأ من خلافات جذرية ناتجة –**في كثير من الحالات** – من عدم دقة الاصطلاح على ما يعني من فكرة ، وما يقصد من هدف . لذا كان إحكام التعبير عن الفكرة ليس أساساً في وضوح مفهومها فحسب ، بل إنه من أقوى العوامل في إظهار طبيعتها القانونية كذلك .

لذلك المشرع الليبي لم يكن موفقاً في صياغة مصطلح العقيدة الوارد في **المادة 275** التي تنص على أن " يحكم القاضي في الدعوى حسب العقيدة التي تكونت لديه بكامل حريته، مع ذلك لا يجوز له أن يبني حكمه على أي دليل لم يطرح أمامه بالجلسة".

---

[1] د/ نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص130.

• لمزيد من المعلومات انظر:

- B. Bouloc: Les abuse n matiére de procedure pébale, Revue de science criminelle, 1991, P.221 etss.
- J. Pradel a A. Varinard: Les grands arréte du droit criminal Rassat, Procédure Pénale, P. 190.

[2] د/ فاضل زيدان محمد ، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الادلة ، مرجع سابق، ص120.

[3] د/ رمسيس الهنام ، المحاكمة والطعن في الاحكام ، (د.ط) ، الناشر المنشأة المعارف بالاسكندرية ، 1993 ، ص 87 في الهامش.

[4] د/ نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص126.

[5] د/ فاضل زيدان محمد ، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الادلة ، مرجع سابق، ص159.

وذلك لأن العقيدة لا تبنى على اسس موضوعية كافية، وإنها تتضمن معنى الاحتمالية وبالتالي لا يمكن للقاضي أن يصدر حكماً مع أدنى شك في وجود الاحتمال.

كما إن الاقتناع وإن كان يبدأ من مقدمات موضوعية يفترض بحثها، وتقديرها لاستخلاص نتائجها المنطقية إلا أن القاضي يقوم بتكوين اقتناعه بتفكير منطقي ، وذلك لإيجاد رابطة عقلية بين وقائع معلومة، وأخرى غير معلومة ، ولكن في النهاية الاقتناع هو اتجاه نفسي شخصي ،[1] وعلى هذا الاساس فإن الاقتناع هو إذعان نفسي للتسليم بثبوت الوقائع كما ثبتت ثبوتاً كافياً فهو يمثل المنطقة الوسط بين الاعتقاد الذي يبنى على اسباب شخصية ، واليقين الذي يستوي على اسباب كافية من الناحية الشخصية والموضوعية.

إنه ينطلق من الاعتقاد ليتجه إلى اليقين ، يتفوق على الاعتقاد في استقامته على أدلة وضعية ويختلف عن اليقين في استقامته على تسبيب ليس صارماً مائة في المائة ويدع وراءه قدراً من الاحتمالية.[2]

لذا نقترح إعادة صياغة **المادة 275** على نحو صياغة المشرع الإيطالي **للمادة 192** من قانون الإجراءات الجنائية رقم **447 لسنة 1988** وتمشياً مع ما تتطلبه السياسة الجنائية الحديثة على النحو الاتي: "القاضي حر في تقييم الادلة على أن يضع في اعتباره النتائج المكتسبة والمعايير المستخدمة على ألا يبنى حكمه على أي دليل لم يطرح أمامه بالجلسة" .

---

[1] د/ نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص121.

[2] د/ محمد زكي أبو عامر ، الاثبات في المواد الجنائية ، (د.ط) ، الفنية للطباعة والنشر بالإسكندرية، (د.س.ن) ، ص133 – 134 في الهامش.

الخاتمة

في ختام بحثنا هذا نحمد الله تعالى على عونه وتوفيقه ، وسنبين فيما يلي أهم ما اسفرت عنه من نتائج ، وما خلصت إليه من توصيات على النحو الآتي:

أولاً : النتائج : من خلال البحث خلصنا إلى عدد من النتائج أهمها ما يلي:

- إن لكل نظام اثبات ابعاده المكانية والزمانية وانعكاس هذا على فكرة تقدير الأدلة التي تتغير بتغير نظام الاثبات الجنائي.
- يُحافظ على استمرارية نظام الاثبات الجنائي بتغيير القواعد الجنائية التي لا تحقق هدف نظام الاثبات الجنائي في الوصول إلى الحقيقة وإرساء مبادئ العدالة .
- الحقيقة القضائية لا تدرك مباشرة ، وإنما يتوصل إليها من خلال التدقيق والتمحيص الشامل لادلة الاثبات ففي المسائل ذات الطبيعة الفنية البحتة يتطلب كشفها مهارات ومعارف لا تتوافر لدى القاضي الأمر الذي يتطلب الاستعانة بالخبراء لكشف الحقيقة .
- القاضي هو الخبير الأعلى في كل ما يستطيع الفصل فيه بنفسه أما في المسائل الفنية الخارجة عن معارفة وثقافته فلا حرية له في مناقشة الحقائق العلمية الثابتة لذا تقديره لا يتناول القيمة القاطعة للدليل والقائمة على أسس علمية دقيقة أما الظروف والملابسات التي وجد فيها الدليل العلمي فتقديرها من صميم عمل القاضي.
- إن النشاط الذي يقوم به القاضي يحتاج إلى تطوير البحث فيه للحكم على اعتباره أو عدم اعتباره أداة صالحة لتحديد فكرة السلطة التقديرية ، فالقاضي حر في استخلاص الحقيقة غير مقيد بأدلة قانونية معينة ، إلا أنه ينبغي عليه اتباع الأسلوب العلمي والنظرة الموضوعية .
- إن تغيير القواعد الإجرائية في ضوء النظرية النسبية يتم طبقاً لمبدئي اللزوم والتناسب ليفهم التغير الذي حدث في نظام الاثبات الجنائي.
- تفسير القاعدة القانونية في ضوء الغرض منها باعتبار ان النص القانوني ليس له قيمة في حد ذاته ، بل إنه مجرد إشارة إلى حكم معين ومرتبط بمصلحة معينة (العلة) فإذا انتفت المصلحة أي (العلة) اصبح النص عديم القيمة وهذا يرجع إلى التغير النسبي الذي يحدث باختلاف الزمان فمعيار الغاية هي المصلحة التي تستهدف القاعدة الإجرائية حمايتها سواء مصلحة عامة أو مصلحة المتهم أو غيره من الخصوم كالمدعى المدني.
- أصبح المنهج القانوني لا يعتمد على مجرد شكل القاعدة القانونية بل أصبح يعتمد على المصلحة التي تحميها تلك القاعدة(العلة) وهذا يتطلب من القاضي معالجة علمية موضوعية شاملة يستخلص الحقيقة منها ، فعملية استخلاص الحقيقة هي عملية عقلية منطقية تقوم على أسس من العلمية والموضوعية، لتمحيص الدليل وتدقيقة ، ومن ثم منحة القيمة التي يستحقها في عملية الاثبات.

ثانياً : التوصيات: وفي ختام هذه الدراسة ، وفي ضوء ما توصلت إليه من نتائج ، أورد عدداً من التوصيات، وتتمثل هذه التوصيات في الآتي:

1- تعديل نص المادة (275) من قانون الإجراءات الجنائية الليبي ليصبح كالأتي: "القاضي حر في تقييم الأدلة على أن يضع في اعتباره النتائج المكتسبة والمعايير المستخدمة على ألا يبنى حكمه على أي دليل لم يطرح أمامه بالجلسة".

2- إنشاء معهد للعلوم الجنائية لتأهيل القضاة وأعضاء النيابة العامة على أن يكون تأهيل القضاة لمدة سنتين، وأعضاء النيابة العامة والمحامون لمدة سنة تدرس فيها العلوم الجنائية يتلقون خلالها برنامجاً تدريبياً علمياً وعملياً ، وفي نهاية المدة يعقد لهم امتحان يعين الناجحون فيه في السلك القضائي ، ويعين الناجح في وظيفة قاضٍ من الدرجة الثالثة. وبهذا لا يتم الاختيار من بين أعضاء النيابة العامة؛ وذلك لأن الدراسات النفسية أثبتت أن القضاة الذين كانوا أعضاء نيابة يميلون إلى التشدد في العقوبة تأثراً بالوظيفة السابقة على أن تتم الترقية بعد اجتياز دورة تدريبية.

3- الاخذ بنظام تخصص القاضي الجنائي.

المراجع

أولاً / المراجع باللغة العربية.

الكتب:

1- د/ أحمد أبو القاسم أحمد : الدليل المادي ودوره في الاثبات في الفقه الجنائي الإسلامي ، الطبعة الثانية، (د.م.ن) ، 1989.

2- د/ إبراهيم أبو الغار: دراسات في علم الاجتماع القانوني، (د.ط) ، دار المعارف، القاهرة ، 1978.

3- د/ رميسيس بهنام: المحاكمة والطعن في الاحكام، (د.ط) ، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية ، 1993.

4- ———————— علم النفس القضائي، (د.ط) ، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية ، 1997.

5- د/ زينب زهري ، د/ صالح الزين: دراسات في علم الاجتماع والأنثرويولوجيا، الطبعة الأولى، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع، 1990.

6- د/ السيد العربي : الاستدلال المنطقي للأحكام في ضوء التغيرات الاجتماعية ، (دراسة مقارنة بين النظامين الإسلامي والانجلو امريكي) ، (د.ط) ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1999 .

7- د/ أحمد التكلاوي : التغير والبناء الاجتماعي، (دراسة نظرية ميدانية) الطبعة الأولى ، ملتزم الطبع والنشر مكتبة القاهرة الحديثة، 1968.

8- د/ السيد محمد سعيد عتيق: النظرية العامة للدليل العلمي في الاثبات الجنائي، (د.ط)، (د.م.ن)، 1993.

9- د/ إبراهيم صقر أبو عمشة: الثقافة والتغير الاجتماعي، (د.ط) ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت ، 1981.

10- د/ أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، الجزء الأول، المبادئ الأساسية للإجراءات الجنائية ، (د.ط)، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، 1979.

11- ————————: الحماية الدستورية للحقوق والحريات، الطبعة الأولى ، دار الشروق مصر، 1999.

12- د/ جميل عبد الباقي الصغير: أدلة الاثبات الجنائي والتكنولوجيا الحديثة، (د.ط) ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 2002.

13- د/ سليمان عبد المنعم: بطلان الإجراءات الجنائية ، (محاولة تأصيل أسباب البطلان في ظل قضاء النقض في مصر ولبنان وفرنسا) ، دار الجامعة الجديدة، مصر ، 2002.

14- د/ سيد عويس: حديث عن الثقافة، (بعض الحقائق الثقافية المصرية المعاصرة) ، (د.ط)، ملتزم الطبع والنشر مكتبة الانجلو مصرية القاهرة، 1970.
15- د/ صلاح مصطفى الفوال: علم الاجتماع والعلوم الاجتماعية ، (علاقات ، مجالات ، وميادين)، (د.ط) الناشر عالم الكتب، القاهرة ، 1982.
16- د/ عقيل حسين عقيل: خماسي تحليل القيم ، (قراءة جديدة في تحليل العلائق الاجتماعية والإنسانية)، الطبعة الأولى، الناشر دار الكتاب الجديد المتحدة، لبنان، 2004.
17- د/ عصام عفيفي حسيني عبد البصير: مبدأ الشرعية الجنائية، دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقه الجنائي الإسلامي ، (د.ط)، الناشر دار النهضة العربية ، مصر ، (د.س.ن).
18- د/ علي ليلة: النظرية الوظيفية وتحليل المجتمع، (د.ط)، ملتزم الطبع والنشر دار الناشر العربي، 2006.
19- د/ فاضل زيدان محمد: سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة ، (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى ، الناشر مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1999.
20- د/ محمد أحمد محمود : الوجيز في الخبرة ، (د.ط) ، الناشر المكتب الفني للاصدارات القانونية، القاهرة، 2002.
21- د/ محمد أحمد إبراهيم عبد الرسول: ضمانات الافراد في ظل الظروف الاستثنائية في المجالين الدولي والإداري (الداخلي)، دراسة مقارنة ، (د.ط) ، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة ، 2008.
22- د/ محمد زكي أبو عامر: الإثبات في المواد الجنائية، (د.ط)، الفنية للطباعة والنشر بالإسكندرية، (د.س.ن) .
23- د/ محمود طه جلال : أصول التجريم والعقاب في السياسة الجنائية المعاصرة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر ، 2005.
24- د/ محمد علي سويلم: التكييف في المواد الجنائية ، (دراسة تحليلية تأصيلية وتطبيقية مقارنة بآراء الفقه واحدث احكام محكمة النقض) ، (د.ط)، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية، 2005.
25- د/ محمود نجيب حسني : شرح قانون الإجراءات الجنائية ، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية القاهرة، 1988.
26- د/ نبيل إسماعيل عمر : سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، دراسة تحليلية وتطبيقية، الطبعة الأولى، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية، 1984.
27- ________________ اقتناع القاضي عن القضاء بعلمة الشخصي في قانون المرافعات، (د.ط)، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية، 1989.

28- د/ يوسف مراد: علم النفس العقابي ، أصوله وتطبيقاته ، (د.ط) منشورات جامعة علم النفس التكاملي، دار المعارف بمصر ، (د.س.ن) .

الرسائل العلمية :

1- عبد الخالق محمد احمد الصلوي : حجية الخبرة في الاثبات الجنائي، (دراسة تطبيقية مقارنة) رسالة دكتوراة، جامعة القاهرة، 2008.

2- فتحي محمد أنور محمد عزت: دور الخبرة في الاثبات الجنائي، (دراسة مقارنة) ، رسالة دكتوراة ، جامعة القاهرة، 2007.

البحوث والمقالات:

1- د/ أحمد أبو زيد: الانثروبولوجيا والقانون، مقدمة لدراسة القانون الجنائي في المجتمعات البدائية، المجلة الجنائية القومية، العدد الأول، 1965.

2- د/ أحمد فتحي سرور: الحق في الحياة الخاصة، مجلة القانون والاقتصاد، 1984.

3- د/ عادل عازر: مفهوم المصلحة القانونية، المجلة الجنائية القومية، ع3، 1972.

4- د/ فوزي محمد عبد القادر: العلة ركن من أركان القياس، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول، 1986.

أحكام المحاكم:

- مجموعة الاحكام الصادرة من الدوائر الجنائية بمحكمة النقض المصرية.
- مجلة المحكمة العليا تصدر عن المكتب الفني للمحكمة العليا – طرابلس.

ثانياً / المراجع باللغة الفرنسية:

- B. Bouloc: Les abuse n matiére de procedure pébale, Revue de science criminelle, 1991, P.221 etss.
- Faustin H'elie : Pratique criminelle des cours et tribunaux, juriscalss curs, paris ,1951.
- Garraud: Traite' the'orique et pratique, d'instruction criminelle et de procedure penale , sirey, paris,1907.
- Helene Riser: L'e'xperties neuro, psychiattique devant, les juridictions criminelles , librairie generale de droite de juris prudence, paris,1956.

- J. Pradel a A. Varinard: Les grands arréte du droit criminal Rassat, Procédure Pénale.1995.
- Luis mallard: traite' formul de l'e'xpertise judiciaire en matie're civile, commerciale, criminelle techiques, 1955.

- M. Genestix: l'experise criminelle, Parise, Apedone, 1900.
- Von liszt: traite' de droit p'enal allemande, paris, 1911.

ثالثاً / المراجع باللغة الإنجليزية:

- Archbold: Pleading, Evdence a practice in Criminal Case, Fortieth Ed, London , Sweet a Maxwell, London, 1979.
- B. Livesey: Judicial Discretion to Exclude Prejudicial Evidence, Cambridge Law Journal, 1968.
- J. Rolands : Reason in Legislation in Rational Decision Nomos, VII, New York , Athertion Press,1964 .
- M. Mc Conville a J. Baldwin : Courts, Prosecution and Conviction, Clarendon Press, Oxford, 1981.
- R. May: Criminal Evidence , Sweet a Maxwell, London, 1986.
- Ropert Cross and Nancy: Wilkins Antine, At Law of Evidence fifth edition, Butettr Worthies , London,1980 .

الملخص

إن هدف نظام الاثبات الجنائي الوصول إلى الحقيقة وإرساء مبادئ العدالة، إلا أن هذه الحقيقة القضائية لا تدرك مباشرة ، وإنما يتوصل إليها من خلال التدقيق والتمحيص الشامل لإدلة الاثبات .

إلا أن فكرة تقدير الأدلة تتغير بتغير نظم الاثبات الجنائية ، فلكل نظام اثبات ابعاده المكانية والزمانية حيث القاضي هو الخبير الأعلى في كل ما يستطيع الفصل فيه بنفسه أما في المسائل الفنية الخارجة عن معارفة وثقافته فلا حرية له في مناقشة الحقائق العلمية الثابتة لذا تقديره لا يتناول القيمة القاطعة للدليل والقائمة على أسس علمية دقيقة. أما الظروف والملابسات التي وجد فيها الدليل العلمي فتقديرها من صميم عمل القاضي . لذا النشاط الذي يقوم به القاضي يحتاج إلى تطوير البحث فيه للحكم على اعتباره او عدم اعتباره أداة صالح لتحديد فكرة السلطة التقديرية حيث القواعد الإجرائية تتغير في ضوء النظرية النسبية طبقاً لمبدئ اللزوم والتناسب ليفهم التغير الذي حدث في نظام الاثبات الجنائي حيث يتم تفسير التغير النسبي للمصلحة التي تستهدف القاعدة الإجرائية حمايتها، ويستخلص القاضي الحقيقة على أسس من العلمية والموضوعية لتمحيص الدليل وتدقيقه ومن ثم منحه القيمة التي يستحقها في عملية الاثبات.

Summary

The aim of the criminal proof system is to reach the truth and establish the principles of justice, but this judicial fact is not directly realized, but is achieved through a thorough scrutiny of the evidence.

However, the idea of estimating evidence changes with the change of the criminal proof system. Each system has its spatial and temporal dimensions, where the judge is the supreme expert in everything he can decide for himself. In technical issues beyond his knowledge and culture, he has no freedom to discuss the established scientific facts. The conclusive evidence, based on accurate scientific grounds. The circumstances and circumstances in which the scientific evidence was found are at the heart of the judge's work. Therefore, the activity of the judge needs to develop research in order to judge whether or not it is a valid tool to determine the idea of discretion where procedural rules change in light of the theory of relativity according to the principle of necessity and proportionality to understand the change in the criminal proof system where the relative change of interest is interpreted. The rule of procedure is aimed at protecting it, and the judge draws the truth on scientific and objective grounds to scrutinize the evidence and then give it the value it deserves in the process of proof.

آليات تطبيق القانون الدولي الإنساني

إعداد

د. منصور حمدي مصطفى حتيته

محاضر بقسم القانون الدولي العام

كلية الحقوق / جامعة طبرق

ملخص البحث

لقد تناولت بالبحث والدراسة موضوع آليات تطبيق القانون الدولي الإنساني ، وهذه الآليات يتعين اتخاذها لكفالة احترام القانون الدولي الإنساني ، ويمكن تقسيم هذه الآليات حسب وظيفتها ووقت اتخاذها إلى ثلاثة أقسام :

الأول : وهو الآليات الوقائية ، وتكون قبل وقوع النزاع المسلح .

والقسم الثاني : الآليات الرقابية وتكون أثناء النزاع المسلح .

والقسم الثالث : الآليات العقابية وتكون أثناء وبعد وقوع النزاع المسلح.

وفي ختام هذا البحث تعرضت لأهم النتائج والتوصيات التي يمكن أن تساهم في تطبيق واحترام القانون الدولي الإنساني.

مقدمة

يقصد بتطبيق القانون الدولي الإنساني كل التدابير التي ينبغي اتخاذها لضمان الاحترام الكامل لقواعد القانون الدولي الإنساني في زمن السلم وفي زمن النزاعات المسلحة ، فالواقع أن اتخاذ هذه التدابير يعد أمراً لا غنى عنه لضمان ما يلي :

1. أن يلم كل الأشخاص المدنيين منهم والعسكرين بقواعد القانون الدولي الإنساني.
2. أن يتوافر كل ما يلزم لتطبيق الدولي الإنساني ، سواء من البني الهيكلية أو الأحكام الإدارية أو أطقم الموظفين .
3. أن يتسنى اتقاء مخالفات وانتهاكات القانون الدولي الإنساني وردعها أو قمعها عند الاقتضاء.

أهمية البحث :

أي أهمية تكون لقاعدة قانونية تظل بدون تطبيق عملي ؟ هذا السؤال جدير بأن يطرح خاصة إذا كنا بصدد قواعد القانون الدولي الإنساني الذي يشكل الإنسان غايته ووسيلته ، أن تقدير مدى ضرورة وفعالية هذا القانون الذي يطبق في المنازعات المسلحة ترتهن بالإجابة على هذا السؤال، فإذا ظل القانون الدولي الإنساني بدون تطبيق لن يتسنى له تحقيق الهدف الذي من أجله تم إعداده وصياغته ، ألا وهي حماية فئات معينة من الأشخاص والأعيان أثناء النزاعات المسلحة.

إشكالية البحث :

إن تطبيق القانون الدولي الإنساني عملية معقدة تفترض وجود آليات عديدة تؤدي وظيفتها في زمن السلم وفي زمن النزاعات المسلحة ، وتشترك في هذه العملية أطراف كثيرة (الأطراف المتعاقدة ، الأطراف المتنازعة ، والوسطاء المحايدون) ، وفي حالة عدم احترام القواعد المنصوص عليها يتحمل الطرف الذي انتهكها المسئولية حسبما يقضي أي نظام قانوني خليق بهذا الاسم.

خطة البحث :

تعتمد خطة البحث على ثلاث مباحث ، وذلك على النحو التالي :

المبحث الأول : الآليات الوقائية لتطبيق القانون الدولي الإنساني .

المبحث الثاني : الآليات الرقابية لتطبيق القانون الدولي الإنساني .

المبحث الثالث : الآليات العقابية لتطبيق القانون الدولي الإنساني .

ثم الخاتمة وقائمة المراجع .

المبحث الأول

الآليات الوقائية لتطبيق القانون الدولي الإنساني

وهي تشمل عدة آليات تباشر مهمتها وقت السلم وقبل حدوث النزاع المسلح ، والتي سنتحدث عنها في المطالب الآتية :

المطلب الأول

الالتزام العام باحترام وفرض احترام القانون الدولي الإنساني

أوردت المادة الأولى المشتركة لاتفاقيات جنيف الأربع والبروتوكول الإضافي الأول ما يلي: (تتعهد الأطراف السامية المتعاقدة أن تحترم هذه الاتفاقية وتكفل احترامها في جميع الأحوال)[1].وفقاً لمبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين ، فإن هذه المادة تفرض التزاماً تعاقدياً على جميع الدول الأطراف بأن تحترم القانون الدولي الإنساني على أراضيها ، وأن تتخذ الإجراءات اللازمة في مواجهة أي طرف سام متعاقد أخر لا يحترم هذا القانون ، ومن ثم فإن هذه المادة تفرض على الأطراف هذا الالتزام وتعطي لكل الدول الحق في أن تضمن احترام أي دولة أخرى للقانون الدولي الإنساني ، أي يجوز لكل دولة متعاقدة أن تطالب أخرى بالكف عن انتهاك القانون الدولي الإنساني[2] ، ولا يقتصر تنفيذ هذا الالتزام على الإجراءات المتخذة بمناسبة النزاع المسلح، وإنما يمتد إلى الإجراءات المتخذة وقت السلم ، إذ أن نطاق " الاحترام " و " فرض الاحترام " ليس محدوداً بوسائل أو إجراءات معينة ، بل أنه يتسع إلى كل ما من شأنه أن يضمن تطبيق أحكام القانون الدولي الإنساني وفق الأهداف التي صيغت من أجلها ، فإذا أوقفت دولة متعاقدة مجرم حرب وحاكمته أو سلمته إلى دولة معينة بالمحاكمة ، أو سنت تشريعات يقتضيها القانون الدولي الإنساني فإن ذلك يندرج في إطار احترام هذا القانون[3].وفيما يتعلق بهذه الآلية لضمان احترام القانون الدولي الإنساني ، فإن أحكام المادة الأولى المشتركة أوردت عبارة في " جميع الأحوال " أي بمعنى أخر كلما كان القانون الدولي الإنساني منطبقاً ، وعملاً بالمادة

---

[1] المادة المشتركة لاتفاقيات جنيف الأربع لعام 1949 ، والبروتوكول الإضافي الأول لعام 1977 .

[2] د. شريف عتلم ، دور اللجنة الدولية للصليب الأحمر في إنماء وتطوير قواعد القانون الدولي الإنساني ، منشورات اللجنة الدولية للصليب الأحمر بالقاهرة ، 2010 ، ص 176 ، 177 .

[3] د. عامر الزمالي ، آليات تنفيذ القانون الدولي الإنساني ، بحث منشور في كتاب القانون الدولي الإنساني ، تقديم د. أحمد فتحي سرور ، دار المستقبل العربي ، القاهرة ، 2003 ، ص 257 .

الثالثة المشتركة بين اتفاقيات جنيف ، فإن هذا الالتزام ينطبق فيث هذا الشق على النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية على السواء[1].

المطلب الثاني

الالتزام بنشر أحكام القانون الدولي الإنساني والتعريف به

أوردت اتفاقيات جنيف الأربع لعام 1949 في المواد المشتركة (47 ، 48 ، 127 ، 144) النص على أن " تتعهد الأطراف السامية المتعاقدة بأن تنشر نص هذه الاتفاقية على أوسع نطاق ممكن في بلدانها في وقت السلم كما في وقت الحرب ، وتتعهد بصفة خاصة بإدراج دراستها ضمن برامج التعليم العسكري والمدني إذا أمكن ، بحيث تصبح المبادئ التي تتضمنها معروفة لجميع السكان ، وعلى الأخص القوات المسلحة المقاتلة وأفراد الخدمات الطبية والدينية".وهذا ما أكده البروتوكول الإضافي الأول في مادتيه 1/83 و 84 ، أما البروتوكول الإضافي الثاني فقد أكتفى بنشر أحكامه على نطاق واسع وذلك في المادة 19 منه .ويتضح لنا من المواد السابقة بأن يمتد العمل على النشر ليشمل زمن السلم والحرب ويستهدف المدنيين والعسكريين حيثما وجدوا ، ويتضمن برامج التدريب العسكري والمدني ، وفي هذا الشأن يعد دور الهيئات الإنسانية مثل الجمعيات الوطنية للصليب الأحمر ، واللجنة الدولية للصليب الأحمر دوراً بالغ الأهمية ، إلا أن المسئولية الأولى تقع على عاتق الدول[2].أن الأهمية التي أولتها اتفاقيات جنيف الأربع والبروتوكولات المضافة إليها لالتزام الدول بنشر القانون الدولي الإنساني والتعريف به على أوسع نطاق تجسد ثلاثة أهداف هامة متوخاة من هذا الالتزام :

1. أن الجهل بأحكام القانون الدولي الإنساني يؤدي إلى انتهاكات جسيمة تترتب عليها معاناة إنسانية وخسائر في الأرواح البشرية والممتلكات يمكن تفاديها أو الحد منها إذا ما كان هناك علم مسبق بأحكام هذا القانون.
2. لا يمكن للضحايا أن يتمسكوا بمحقوقهم التي نص عليها القانون الدولي الإنساني ، وأن يطالبوا بها ما لم يكن لديهم العلم والدراية بأحكام هذا القانون

---

[1] د. محمد الطرونة ، القانون الدولي الإنساني وتطبيقاته على الصعيد الوطني في الأردن ، منشورات اللجنة الدولية للصليب الأحمر بالقاهرة ، 2005 ، ص 87 .

[2] د. عمر الزمالي ، تطبيق القانون الدولي الإنساني ، بحث منشور في كتاب محاضرات في القانون الدولي الإنساني ، إعداد د.شريفعتلم ، منشورات اللجنة الدولية للصليب الأحمر بالقاهرة ، 2005 ، ص 123 ، 124 .

3. لتحقيق فاعلية القانون الدولي الإنساني وإنفاذ أحكامه على الصعيد الوطني يجب أن يُلم المسئولين عن تطبيق هذا القانون بأحكامه وهي الفئات التي توجه إليها هذه البرامج بهدف تطبيق القانون كالدبلوماسيين والقضاة والبرلمانيين[1].وهكذا يتضح لنا أن نشر هذا القانون والتعريف به يعد من أهم الآليات التي نصت عليها اتفاقيات جنيف الأربع وبروتوكولاتها من أجل الوقاية من وقوع الانتهاكات الجسمية وللوصول إلى تحقيق التطبيق الأمثل لأحكام القانون الدولي الإنساني على الأصعدة الوطنية.

المطلب الثالث

واجبات القادة والأشخاص المؤهلين والمستشارون القانونيون في القوات المسلحة

أن عملية تطبيق القانون الدولي الإنساني لا تحتاج إلى الإلمام فقط بنصوص هذه الاتفاقيات ، وإنما لابد لأولئك الذين يتولون مسئولية مباشرة في عملية تطبيقه أن يتلقوا تدريباً خاصاً ليكونوا قادرين على تنفيذ ما التزمت به دولتهم[2] وهذا ما سنتناوله في الفروع الآتية :

الفرع الأول

واجبات القادة

نظراً للدور الذي يقوم به القادة – في إطار القانون العسكري – في تطبيق القانون الدولي الإنساني ، لذا حرص قانون النزاعات المسلحة أن يبين الواجبات الملقاة على عاتق القادة من منع وقمع انتهاكات القانون الدولي الإنساني، ويبين لهم كذلك الإجراءات الواجب عليهم اتخاذها لمواجهة هذه الانتهاكات[3] لذلك نصت المادة 45 من اتفاقية جنيف الأولى : (على كل طرف من أطراف النزاع أن يعمل من خلال قادته العظام على ضمان تنفيذ المواد المتقدمة بدقة، وأن يعالج الحالات التي لم ينص عليها على هدي المبادئ العامة لهذه الاتفاقية).كذلك نصت المادة 87 من البروتوكول الأول على بعض الواجبات التي تقع على عاتق القادة وهي :

---

[1] د. شريف عتلم ، دور اللجنة الدولية للصليب الأحمر في إنماء وتطوير قواعد القانون الدولي الإنساني ، مرجع سابق ، ص 193 ، 194 .

[2] د. محمد حمد العسيلي ، القانون الدولي الإنساني وأحكام الشريعة الإسلامية ذات الصلة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2015 ، ص 68.

[3] د. محمد صلاح أبو رجب ، المسئولية الجنائية الدولية للقادة ، دار تجليد كتب أحمد بكر ، 2011 ، ص 598 ، وانظر أيضاً د. محفوظ سيد عبد الحميد ، دور محكمة مجرمي الحرب فيث يوغسلافيا السابقة في تطوير أحكام القانون الدولي الإنساني ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة المنصورة ، 2009 ، ص 437 ، 438 ، والعميد / حسين عيسى مال الله ، مسئولية القادة والرؤساء والدفع بإطاعة الأوامر العليا ، بحث منشور في كتاب القانون الدولي الإنساني ، منشورات اللجنة الدولية للصليب الأحمر بالقاهرة ، 2003 ، ص 284 ، 285 .

1. تكليف القادة العسكريين بمنع انتهاكات اتفاقيات جنيف الأربع والبروتوكول الإضافي الأول من قبل أفراد القوات المسلحة الذين يعملون تحت أمرتهم .
2. إذا لزم الأمر عليهم قمع هذه الانتهاكات وإبلاغها إلى السلطات المختصة .
3. ضرورة تأكد القادة من أن أفراد القوات المسلحة الذين يعملون تحت إمرتهم على علم بالتزاماتهم المنصوص عليها في الاتفاقيات والبروتوكول الأول.
4. على القادة إذا وقع انتهاك لاتفاقيات جنيف الأربع أو البروتوكول الأول، كلما كان ذلك مناسباً ،اتخاذ الإجراءات التأديبية أو الجنائية ضد مرتكبي تلك الانتهاكات.

الفرع الثاني

الأشخاص المؤهلين

الغرض من هؤلاء الأشخاص هو إيجاد كوادر عالمة بقواعد تطبيق القانون الدولي الإنساني الأمر الذي من شأنه كفالة حسن تطبيقها[1].ولقد نصت المادة 6 من البروتوكول الأول على أن يتم اعداد هذه الفئة منذ زمن السلم ، وتستعين الدول بالجمعيات الوطنية للهلال الأحمر والصليب الأحمر من أجل اعداد أشخاص قادرين على تقديم المشورة للسلطات وإعلامها بأهم جوانب تطبيق قانون النزاعات المسلحة ، كما يمكنهم الاسهام في عمل الدول الحامية إن وجدت، وإذا قامت دول ما بإعداد أشخاص مؤهلين في مجال القانون الإنساني فإن عليها إرسال قائمة أسمائهم إلى اللجنة الدولية للصليب الأحمر ، حتى تتمكن أطراف متعاقدة أخرى من الاستفادة من خبرتهم عند الحاجة[2].

الفرع الثالث

المستشارون القانونيون في القوات المسلحة

يتولى المستشارون القانونيون بمقتضى المادة 82 من البروتوكول الأول بدور مزدوج هو تقديم المشورة للقادة العسكريين بشأن تطبيق اتفاقيات جنيف الأربع ، والبروتوكول الإضافي الأول وكذلك تقديم التعليمات المناسبة التي تعطي للقوات المسلحة بخصوص هذا الموضوع.لذلك فإن آلية المستشارون العسكريين في القوات المسلحة تهدف إلى تحقيق ما يلي :

[1] د. أحمد أبو الوفا ، النظرية العامة للقانون الدولي الإنساني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2013 ، ص 132 .
[2] د. عامل الزمالي ، آليات تنفيذ القانون الدولي الإنساني ، مرجع سابق ، ص 259 .

1. يلجأ القادة العسكريين لاستطلاع رأي المستشار القانوني حول مدى مطابقة أوامر القتال والعمليات العسكرية للقانون الدولي الإنساني ، أي عرض كل خطة عسكرية تتطلب الهجوم على موقع العدو على المستشار القانوني العسكري وبيان الهدف من الهجوم والمواقع المراد مهاجمتها أو قصفها ونوع السلاح المستخدم ، وكذلك الذخيرة لبيان ما إذا كانت تلك الإجراءات المتخذة للهجوم متوافقة وغير مخالفة للقانون الدولي الإنساني[1].
2. كما تهدف هذه الآلية إلى تكليف المستشار القانوني لدى القوات المسلحة بإعداد البرامج التدريبية والكتيبات العسكرية التي تحتوي على المعلومات القانونية الهامة التي يجب أن يُلم بها كل فرد من أفراد القوات المسلحة حسب درجته في الهرم الرئاسي العسكري[2].والخلاصة أن دور المستشار القانوني في القوات المسلحة في شقيه هو دور وقائي يهدف أولاً : إلى منع صدور أوامر عسكرية تخالف القانون ، ويهدف ثانياً: إلى تزويد أفراد القوات المسلحة بالمعلومات القانونية اللازمة التي قد تمنعه من ارتكاب انتهاكات لأحكام القانون الدولي الإنساني.

[1] د. غسان مدحت الخيري ، ترابط العلاقات بين القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان ، دار الراية للنشر والتوزيع ، 2013 ، ص 135 .

[2] د. شريف عتلم ، دور اللجنة الدولية للصليب الأحمر في إنماء وتطوير قواعد القانون الدولي الإنساني ، مرجع سابق ، ص 197 .

المبحث الثاني

الآليات الرقابية لتطبيق القانون الدولي الإنساني

هذا المبحث يتعلق بآليات الإشراف والمراقبة التي اوردتها اتفاقيات جنيف من أجل ضمان تطبيق قواعد وأحكام القانون الدولي الإنساني وعدم انتهاكها ، لاسيما في حالةالنزاع ، وهي آلية الدول الحامية ، وآلية اللجنة الدولية للصليب الأحمر ، ثم آلية التحقيق وآلية اللجنة الدولية لتقصي الحقائق ، والتي سنتناولها على النحو التالي :

المطلب الأول

الدول الحامية

بمقتضى أحكام اتفاقيات جنيف تعتبر " دولة حامية " الدولة التي تتولى رعاية مصالح دولة متحاربة ومصالح رعايا هذه الدولة لدى دولة متحاربة أخرى بموافقة هاتين الدولتين ، وتنص الاتفاقيات الأربع على أن أحكامها تطبق بمساعدة الدولة الحامية وتحت إشرافها[1]. وتضطلع بمهامها بواسطة ممثليها الذين تختارهم من بين رعاياها أو من بين رعايا دولة محايدة شرط قبولهم من طرف الدولة التي سيقومون بوظائفهم لديها[2].وسوف نستعرض إجراءات تعيين ومهام هذه الدول الحامية في حالات تطبيق القانون الدولي الإنساني وفقاً للفروع الآتية :

الفرع الأول

إجراءات تعيين الدولة الحامية وبديلها

يجب على كل طرف في النزاع أن تقوم منذ البداية بتعيين الدولة الحامية وفي حالة لم تقوم الأطراف المتنازعة بتعيين الدولة الحامية تعرض اللجنة الدولية للصليب الأحمر مساعيها الحميدة على أطراف النزاع من أجل تعيين دولة حامية يوافق عليها أطراف النزاع، وذلك بأن تطلب من كل طرف من أطراف النزاع قائمة من ضمن خمس دول على الأقل تقبلها للعمل كدولة حامية نيابة عنها ، بعدها تقوم اللجنة الدولية للصليب الأحمر بالبحث في القائمتين عن اسم دولة ورد في القائمتين والحصول على موافقة أطراف النزاع عليها ويتم تعيينها دولة حامية في النزاع الدائر بينها[3].ورغم كل هذه التفصيلات السابقة التي تتيح تعيين الدولة الحامية فإنه

---

[1] المواد (8،8 ، 8 ، 9) المشتركة بين اتفاقيات جنيف الأربع .
[2] د.عامر الزمالي ، آليات تنفيذ القانون الدولي الإنساني ، مرجع سابق ، ص 260 .
[3] المادة (2،3/5) من البروتوكول الإضافي الأول .

في حالة عدم التوصل إلى تعيين دولة حامية يجوز لمنظمة إنسانية كاللجنة الدولية للصليب الأحمر أن تضطلع بدور البديل للدولة الحامية وذلك بعد موافقة أطراف النزاع[1].

الفرع الثاني

مهام الدول الحامية

تتولى الدول الحامية القيام بعملها بواسطة مندوبيها للاضطلاع بمهام واسعة النطاق بموجب اتفاقيات جنيف الأربع ، وخاصة الاتفاقيتين الثالثة والرابعة (حماية أسرى الحرب والمدنيين) والبروتوكول الإضافي الأول وهي :

1- **مهام عامة:** تتصل بالتفسير وتبادل التراجم الرسمية للاتفاقيات والمساعدة في تعيين الأعضاء المحايدين في اللجان الطبية المختلطة لمتابعة حالات أسرى الحرب.

2- **مهام المتابعة** : تتصل بمتابعة الحقوق المالية والمعنوية والمالية للفئات المحمية من ضحايا النزاعات المسلحة الدولية .

3- **مهام الوسيط** : تتعلق بأعمال القيام بتحويل المعلومات وطرود الإغاثة والمراسلات والمستندات القانونية وشهادات الوفاة ومطالبات وشكاوي الأسرى والمعتقلين المدنيين وتبادلها بينهم[2].والخلاصة أن هذه الآلية (آلية الدول الحامية) على الرغم من أهميتها للرقابة من طرف محايد على تطبيق القانون الدولي الإنساني أثناء النزاعات المسلحة ، فإنها لم تحظ بالقبول الكافي ولم تطبق إلا في حالات نادرة جداً ، الأمر الذي اضطرت إزاءه اللجنة الدولية للصليب الأحمر إلى القيام بمهام هذه الدول[3].

المطلب الثاني

اللجنة الدولية للصليب الأحمر

تعتبر اللجنة الدولية للصليب الأحمر منظمة دولية غير حكومية مسجلة حسب القانون السويسري ومذكورة في اتفاقيات جنيف الأربع والبروتوكول الإضافي الأول لتأدية مهام حماية ضحايا النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية وفقاً للمواد (3 ، 9) المشتركة وأحكام أخرى في

[1] المواد (10 ، 10 ، 10 ، 11) المشتركة بين اتفاقيات جنيف الأربع والمادة (4/5) من البروتوكول الأول .
[2] د. محمد حمد العسيلي ، القانون الدولي الإنساني وأحكام الشريعة الإسلامية ذات الصلة ، مرجع سابق ، ص 73 .
[3] د. شريف عتلم ، دور اللجنة الدولية للصليب الأحمر في إنماء وتطوير قواعد القانون الدولي الإنساني ، مرجع سابق ، ص 204.

هذه الاتفاقيات ، وذلك بالتعاون مع أطراف النزاع ، وللجنة الدولية أنظمة ذات طبيعة خاصة ومحايدة إزاء القضايا السياسية والمذهبية والفكرية ، وهي الجهاز المؤسس للحركة الدولية للصليب الأحمر والهلال الأحمر ، ومقرها مدينة جنيف بسويسرا[1].وسوف نستعرض قواعد عملها ووظائفها في الفروع الآتية :

الفرع الأول

القواعد الأساسية لعمل اللجنة الدولية للصليب الأحمر

تقوم اللجنة الدولية للصليب الأحمر بتأدية مهامها وفق القواعد الأساسية التالية:

1- **حق المبادرة** : تأخذ اللجنة الدولية بزمام المبادرة في مهامها الإنسانية وفقاً لدورها كمنظمة محايدة مستقلة للعمل في حالات النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية والاضطرابات الداخلية[2].

2- **مبدأ السرية** : تقوم اللجنة الدولية بالتزام مبدأ السرية ، وهو عدم الإعلان عن أي شيء من شأنه أن يضر الضحايا أو عائلاتهم من أجل مصلحة عملها وحتى لا تفقد ثقة أطراف النزاع ، فهي تلتزم بالسرية في تعاملها مع السلطات وعدم الإعلان عن تقرير مندوبيها ، وتقدم هذه اللجنة تقارير الانتهاكات المرتكبة فقط إلى حكومتي البلدين المعنيين لمراعاة ما جاء فيها لصالح الضحايا.

3- **ضمان احترام المبادئ الأساسية** : وتضع اللجنة الدولية في مقدمة مهامها المحافظة على المبادئ الأساسية لحركة الصليب الأحمر والهلال الأحمر ، وتتولى الاعتراف بالجمعيات الوطنية التي تصبح فيما بعد بصفة رسمية أعضاء في الاتحاد الدولي لجمعيات الصليب الأحمر والهلال الأحمر .

---

[1]د. محمد حمد العسيلي ، الجمعيات الوطنية للهلال الأحمر والصليب الأحمر وخدماتها المحمية في القانون الدولي الإنساني ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة قاريونس ، 1995 ، ص 96 وما بعدها .

[2]د. شريف عتلم ، دور اللجنة الدولية للصليب الأحمر في إنماء وتطوير قواعد القانون الدولي الإنساني ، مرجع سابق ، ص 156،157 .

4- القوة الدافعة للقانون الدولي الإنساني : تعمل اللجنة الدولية على تطوير ونشر ومتابعة القانون الدولي الإنساني[1].

الفرع الثاني

وظائف اللجنة الدولية للصليب الأحمر

تتولى اللجنة الدولية للصليب الأحمر وظائف محددة بموجب أحكام اتفاقيات جنيف الأربع والبروتوكولات المضافة إليها عامي1977 و2005 وهي:

1- **وظائف رقابية** : وهي من أهم الوظائف التي تقوم بها اللجنة الدولية وهي الخاصة بالاطلاع على سجلات تشغيل الأسرى والمعتقلين المدنيين والإشراف على توزيع طرود الإغاثة الجماعية ، ومتابعة اختيار ممثلي الأسرى والمعتقلين وزيارة أماكن وجودهم بما فيها مواقع الاحتجاز وتلقي الشكاوي والبلاغات والإخطارات الخاصة بأوضاعهم.

2- **وظائف عامة** : خاصة بحضور إجراءات التوفيق وتنظيم الوكالة المركزية لأسرى الحرب ، ومكتب الاستعلامات الوطنية والاعتراف بوضعها الخاص وعملها أثناء النزاع المسلح .

3- **وظائف الوسيط** : خاصة بإدارة الوكالات المركزية لأسرى الحرب والمفقودين وإجراءات ترتيبات إعادة الأسرى والمعتقلين والجرحى والمرضى إلى أوطانهم.

4- **وظائف البديل:** رغم تجنب اللجنة الدولية القيام بوظائف الدولة الحامية إلا أنها في كثير من المنازعات المسلحة تضطلع بهذه الوظائف خاصة التي تستهدف الأغراض الإنسانية[2].

الفرع الثالث

قواعد تنفيذ وظائف اللجنةالدولية للصليب الأحمر

تتولى اللجنة الدولية للصليب الأحمر وفقاً لنظامها الأساسي[3] والنظام الأساسي للحركة الدولية للصليب الأحمر والهلال الأحمر [1] الوظائف التالية :

[1] أ.ديفيدديلابرا ، اللجنة الدولية للصليب الأحمر والقانون الدولي الإنساني ، بحث منشور في كتاب ، محاضرات في القانون الدولي الإنساني ، إعداد د . شريف عتلم ، منشورات اللجنة الدولية للصليب الأحمر بالقاهرة ، 2005 ، ص 151 وما بعدها.

[2] د. محمد حمد العسيلي ، القانون الدولي الإنساني وأحكام الشريعة الإسلامية ذات الصلة ، مرجع سابق ، ص 75 .

[3] المادة 4 من النظام الأساسي للجنة الدولية للصليب الأحمر الصادر في 24 يونيه 1998 .

1. العمل دعم ونشر المبادئ الأساسية للحركة وهي الإنسانية وعدم التحيز والحياد والاستقلال والطواعية والوحدة والعالمية.
2. الاعتراف بكل جمعية وطنية يتم إنشاؤها أو يُعاد تنظيمها ، على أن تتوفر فيها شروط الاعتراف المنصوص عليها في النظام الأساسي للحركة وإخطار الجمعيات الوطنية الأخرى بهذا الاعتراف.
3. الاضطلاع بالمهام الموكلة إليها بموجب اتفاقيات جنيف ، والعمل على التطبيق الدقيق للقانون الدولي الإنساني المطبق في النزاعات المسلحة وتسلم الشكاوي بشأن أي انتهاك مزعوم بهذا القانون .
4. العمل على جميع الأوقات – باعتبارها مؤسسة محايدة تمارس نشاطها الإنساني ، خاصة في حالات النزاعات المسلحة الدولية أو غيرها أو الاضطرابات الداخلية – إلى ضمان الحماية والمساعدة للعسكريين والمدنيين من ضحايا مثل هذه الأحداث ونتائجها المباشرة.
5. ضمان سير عمل الوكالة المركزية للبحث عن المفقودين المنصوص عليها في اتفاقيات جنيف .
6. المساهمة تحسباً لوقوع نزاعات مسلحة ، في تدريب وإعداد العاملين والمستلزمات الطبية بالتعاون مع الجمعيات الوطنية والوحدات الطبية العسكرية والمدنية وسائر السلطات المختصة.
7. العمل على فهم ونشر القانون الدولي الإنساني الواجب التطبيق على النزاعات المسلحة وإعداد أي تطوير له .
8. القيام بالمهام التي كلفها بها المؤتمر الدولي للصليب الأحمر والهلال الأحمر.

والخلاصة أن مراقبة التطبيق الفعلي لأحكام القانون الدولي الإنساني يعد من أصعب المهام التي تواجه اللجنة الدولية للصليب الأحمر بصفة مستمرة ، لذلك فإن عمل اللجنة الدولية مهما كان نطاقه ودائرة اتساعه ، لا يعفي الأطراف المتحاربة من مسئولياتها ، ولا يقدم مبررات لتتنصل الأطراف المتعاقدة من التزاماتها تجاه القانون الدولي الإنساني ، ومن أبرزها ضرورة الحد من الانتهاكات ومساءلة مرتكبيها.

[1] المادة 2/5 من النظام الأساسي للحركة الدولية للصليب الأحمر والهلال الأحمر المعتمد في المؤتمر الخامس والعشرين للصليب الأحمر المنعقد بمدينة جنيف عام 1986م ، والمعدل عام 1995 و 2006 م .

المطلب الثالث

التحقيق

تنص الاتفاقيات الأربعة[1] على إجراءات للتحقيق ، ويجري التحقيق بناء على طلب أحد أطراف النزاع بشأن أي ادعاء بانتهاك الاتفاقيات ، فإذا لم يتفق المتحاربون على إجراءات التحقيق الواجب اتباعها يتعين عليهم اختيار حكم يقرر الإجراءات التي تتبع ، وهكذا يرتهن أي إجراء بموافقة أطراف النزاع عليه كشرط للبدء في تبين الانتهاك و العقوبات اللازمة ، فلابد أن يتم كل شيء بالاتفاق بين أطراف النزاع .

والواقع أن وضع النزاع المسلح ليس مواتياً لإجراء هذا النوع من التحقيق الذي يتم بناء على طلب الخصم ولا يمكن من البداية التعويل عليه ، ومن هنا لم تتحقق حتى الآن أية نتيجة ملموسة في هذا المجال[2].

المطلب الرابع

اللجنة الدولية لتقصي الحقائق[3]

هذه اللجنة ليست هيئة قضائية ، وإنما هي هيئة دائمة ومحايدة وغير سياسية ، تتكون من خمسة عشر عضواً على درجة كبيرة من الخلق الحميد والحيدة ، ويمثلون مختلف المناطق الجغرافية ، وهم يعملون بصفتهم الشخصية ، ويقع انتخاب هؤلاء الأعضاء إذا توافرت موافقة عشرين طرفاً في البروتوكول على قبول اختصاصها (وقد تحقق ذلك فعلاً في نوفمبر 1990 ، حيث اجتمعت الدول العشرين وانتخبت أعضاء اللجنة) ، وذلك لمدة خمس سنوات ، ثم بعد ذلك كل خمس سنوات يتم الانتخاب .ويكون قبول اختصاص اللجنة بأن يعلن الطرف المعني اعترافه واقعياً بدون اتفاق خاص قبل أي طرف أخر يقبل نفس الالتزام باختصاص اللجنة .ويتمثل اختصاص اللجنة في أمرين :

الأول : التحقيق في الوقائع المتعلقة بأي ادعاء بخصوص انتهاك جسيم للاتفاقيات والبروتوكول الإضافي الأول .

الثاني : العمل على إعادة احترام أحكام الاتفاقيات والبروتوكول الإضافي الأول من خلال مساعيها الحميدة.

---

[1] المواد (52 ، 53 ، 132 ، 149) المشتركة بين اتفاقيات جنيف .

[2] عامر الزمالي ، تطبيق القانون الدولي الإنساني ، مرجع سابق ، ص 127 .

[3] المادة (90) من البروتوكول الإضافي الأول .

وتعرض اللجنة نتائج تحقيقها مع التوصيات التي تراها مناسبة على أطراف النزاع ، ولا يجوز للجنة أن تنشر علناً نتائجها إلا إذا طلب منها ذلك جميع الأطراف[1].

والخلاصة أن هذه اللجنة رغم دخولها حيز النفاذ منذ عام 1990 إلا أنها لم تباشر التحقيق في أي واقعة حتى الآن بسبب اشتراط موافقة أطراف النزاع ، والتي عادة لا تعطي موافقتها استناداً على مبدأ السيادة .

[1]د. أحمد أبو الوفا ، النظرية العامة للقانون الدولي الإنساني ، مرجع سابق ، ص 135 ، 136 .

المبحث الثالث

الآليات العقابية لتطبيق القانون الدولي الإنساني

الحديث عن الآليات العقابية أو العلاجية لتطبيق القانونالدولي الإنساني يتناول جوانب عديدة، سواء على صعيد القضاء الوطني أو على صعيد القضاء الدولي نحو العقاب على انتهاكات القانون الدولي الإنساني.

المطلب الأول

دور القضاء الوطني في العقاب على انتهاكات القانون الدولي الإنساني

كرست اتفاقيات جنيف الأربع والبروتوكول الإضافي الأول جانباً كبيراً من أحكامها لقمع الانتهاكات الجسيمة لأحكام القانون الدولي الإنساني في زمن النزاعات المسلحة الدولية ، مؤكدة بذلك على أهمية العقاب كعنصر هام لأي قاعدة قانونية للإلزام بأحكامها ولردع كل من تسول له نفسه ارتكاب مثل هذه الجرائم[1].وقبل استعراض دور القضاء الوطني في قمع انتهاكات القانون الدولي الإنساني كما ورد في اتفاقيات جنيف هناك عدة ملاحظات هامة يجب الإشارة إليها في البداية :

أولاً : بإبرام اتفاقيات جنيف حدث أمر مهم في القانون الدولي الإنساني وهو إقرار مبدأ المسئولية الجنائية الفردية لكل شخص ارتكب أو أمر بارتكاب أحد الانتهاكات الجسيمة المنصوص عليها في هذه الاتفاقيات (المواد 49 ، 50 ، 129 ، 146 المشتركة بين الاتفاقيات).

ثانياً : ميزت اتفاقيات جنيف الأربع ، وكذلك البروتوكول الإضافي الأول بين نوعين من الانتهاكات :

النوع الأول : هو الانتهاكات الجسيمة ، وهي المرادف لجرائم الحرب والتي أوردتها على سبيل الحصر وألزمت الدول عن طريق قضائها الوطني بفرض عقوبات جنائية على مرتكبيها.

النوع الثاني : هو الانتهاكات التي لم توصف بأنها جسيمة ، وهي مخالفات لأحكام أخرى غير جرائم الحرب وفي هذه الحالة ألزمت الاتفاقيات الدول بوقف هذه الانتهاكات دون تحديد آليات

[1] د. شريف عتلم ، دور اللجنة الدولية للصليب الأحمر في إنماء وتطوير قواعد القانون الدولي الإنساني ، مرجع سابق ، ص 212 .

محددة لذلك ، ومن ثم يكون موضع العقاب عليها في تدابير إدارية (تأديبية وعقابية) تتخذها الدول الأطراف[1].

ثالثاً : مصطلح الانتهاكات الجسيمة ، وهو المرادف لجرائم الحرب لم يرد إلا بشأن النزاعات المسلحة الدولية ، وبالتالي فإن الجرائم التي قد ترتكب في زمن النزاعات المسلحة غير الدولية لم يرد بشأنها نص في اتفاقيات جنيف الأربع في إطار المادة الثالثة المشتركة أو ضمن أحكام البروتوكول الإضافي الثاني والخاص بالنزاعات المسلحة غير الدولية[2].

ويمكن إيجاز دور القضاء الجنائي الوطني في العقاب على الانتهاكات الجسيمية الواردة في اتفاقيات جنيف الأربع والبروتوكول الإضافي الأول في الفروع الآتية :

الفرع الأول

تعريف الانتهاكات الجسيمة

حددت اتفاقيات جنيف الأربع قائمة بالانتهاكات الجسيمة وردت على سبيل الحصر في المواد المشتركة (50 ، 51 ، 130 ، 147) ، واستكمل البروتوكول الإضافي الأول هذه القائمة بالمادة 4/11 و المادة 3/85 ، 4 بإضافة فئة أخرى من الانتهاكات ، بخلاف تلك المنصوص عليها في اتفاقيات جنيف بشأن الجرائم التي ترتكب ضد الأشخاص المحميين ، وهي فئة الجرائم المرتبطة بوسائل وأساليب القتال.

ويمكن من خلال استعراض النصوص سالفة الذكر حصر الانتهاكات الجسيمة فيما يلي[3]:

أ- الانتهاكات الجسيمة المشتركة بين اتفاقيات جنيف الأربع :

- القتل العمد .
- التعذيب .
- المعاملات اللاإنسانية .
- إخضاع الأشخاص للتجارب الخاصة بعلم الحياة .

---

[1] ماريا تريزا دوتلي ، التدابير الوطنية اللازمة للبدء في تنفيذ القانون الدولي الإنساني ، بحث منشور في كتاب دراسات في القانون الدولي الإنساني ، تقديم د . مفيد شهاب ، دار المستقبل العربي ، القاهرة ، 2000 ، ص 546 .

[2] د. شريف عتلم ، دور اللجنة الدولية للصليب الأحمر في إنماء وتطوير قواعد القانون الدولي الإنساني ، مرجع سابق ، ص 212،213

[3] المواد (50 ، 51 ، 130 ، 147) المشتركة بين اتفاقيات جنيف الأربع والمادتين 11 و 85 من البروتوكول الإضافي الأول .

- تعمد إحداث آلام شديدة أو الإضرار الخطير بالسلامة البدنية أو الصحية.
- تدمير الممتلكات أو الاستيلاء عليها على نطاق واسع لا تبرره الضرورات الحربية ، وبطريقة غير مشروعة وتعسفية.

ب- انتهاكات جسيمة مشتركة بين اتفاقيتي جنيف الثالثة والرابعة :

- إرغام أسير الحرب أو الشخص المحمي على الخدمة في القوات المسلحة بالدولة المعادية .
- حرمان أسير الحرب أو الشخص المحمي من حقه في أن يحاكم بصورة قانونية أو بدون تحيز وفقاً للتعليمات الواردة في اتفاقيتي جنيف الثالثة والرابعة .

جـ- انتهاكات جسيمة وردت باتفاقية جنيف الرابعة :

- النفي أو النقل غير المشروع .
- الحجز غير المشروع .
- أخذ الرهائن .

هـ- انتهاكات جسيمة مضافة بموجب البروتوكول الإضافي الأول :-

- جعل السكان المدنيين هدفاً للهجوم .
- شن هجوم عشوائي على السكان المدنيين أو الأعيان المدنية .
- شن هجوم على الأشغال الهندسية أو المنشآت التي تحوي قوى خطرة .
- اتخاذ المواقع المجردة من وسائل السلاح أو المناطق المنزوعة السلاح هدفاً للهجوم .
- اتخاذ شخص ما هدفاً للهجوم ، مع العلم بأنه عاجز عن القتال .
- الاستخدام الغادر للشارات الحامية .
- نقل دولة الاحتلال بعض سكانها المدنيين إلى الأراضي التي تحتلها ، أو ترحيل أو نقل كل أو بعض سكان الأراضي المحتلة داخل نطاق تلك الأراضي أو خارجها.
- كل تأخير لا مبرر له في إعادة أسرى الحرب أو المدنيين إلى أوطانهم .
- ممارسة التفرقة العنصرية وغيرها من الأساليب المنافية للإنسانية .
- شن الهجمات على الآثار التاريخية وأماكن العبادة والأعمال الفنية .
- حرمان شخص محمي من حقه في محاكمة عادلة طبقاً للأصول المرعية .

تلك هي القائمة الحصرية بالانتهاكات الجسيمة التي وردت باتفاقيات جنيف الأربع ، و البروتوكول الإضافي الأول ، والتي ينصرف إليها حكم المادة (85 / 5) من البروتوكول الإضافي الأول الذي ينص على : (تعد الانتهاكات الجسيمة للاتفاقيات ولهذا البروتوكول بمثابة جرائم حرب ، وذلك مع عدم الإخلال بتطبيق هذه المواثيق).

وهكذا صنفت هذه الفقرة جميع الانتهاكات الجسيمة تحت مسمى (جرائم الحرب).

الفرع الثاني

كيفية العقاب على الانتهاكات الجسيمة (جرائم الحرب)

إن اتفاقيات جنيف الأربع ، والبروتوكول الإضافي الأول ، وجهت أحكامها الخاصة بالعقاب على جرائم الحرب إلى المشرع الوطني وإلى القضاء الوطني في جميع الدول الأطراف في اتفاقيات جنيف[1].

حيث نصت المادة المشتركة (49 ، 50 ، 129 ، 146) من الاتفاقيات الأربع ، وهي ذات الأحكام المطبقة على البروتوكول الإضافي الأول بموجب المادة 1/85 على ما يلي:(تتعهد الأطراف السامية المتعاقدة بأن تتخذ أي إجراء تشريعي يلزم بفرض عقوبات جزائية فعالة على الأشخاص الذين يقترفون أو يأمرون باقتراف إحدى المخالفات الجسيمة لهذه الاتفاقية المبينة في المادة التالية .

يلتزم كل طرف متعاقد بملاحقة المتهمين باقتراف مثل هذه المخالفات الجسيمة أو بالأمر باقترافها ، وبتقديمهم إلى المحاكمة أياً كانت جنسيتهم ، وله أيضاً إذا فضل ذلك وطبقاً لأحكام تشريعه أن يسلمهم إلى طرف متعاقد معني أخر لمحاكمتهم مادامت تتوفر لدى الطرف المذكور أدلة اتهام كافية ضد هؤلاء الأشخاص .

على كل طرف متعاقد اتخاذ التدابير لوقف جميع الأفعال التي تتعارض مع أحكام هذه الاتفاقية بخلاف المخالفات الجسيمة المبينة في المادة التالية.

[1]د. محمد حمد العسيلي ، القانون الدولي الإنساني وأحكام الشريعة ذات الصلة ، مرجع سابق ، ص 79 .

وينتفع المتهمون في جميع الأحوال بضمانات للمحاكمة والدفاع الحر لا تقل ملاءمة عن الضمانات المنصوص عليها بالمادة 105 وما بعدها من اتفاقية جنيف الثالثة لعام 1949 بشأن معاملة أسرى الحرب).

وبمطالعة هذا النص نخلص إلى أهم الملاحظات التالية :-

أ- الالتزام باتخاذ الاجراءات التشريعية اللازمة لفرض عقوبات جنائية فعالة :

في إطار منطق قانوني سليم جاءت الفقرة الأولى من المادة المشتركة السابقة لتلبي مقتضيات مبدأ الشرعية الجنائية ، إذ انه بموجب النص صراحة على تحديد قائمة بجرائم الحرب في إطار هذه الاتفاقيات بما يلبي مبدأ شرعية التجريم ، فإن الاتفاقيات لم تورد عقوبات لهذه الجرائم ، وإنما ألزمت بموجب هذه الفقرة الأولى كل مشرع وطني على صعيد دولته أن يلبي العنصر الخاص بشرعية العقوبة بإدراج عقوبات جنائية لهذه الأفعال ، وبغير النص على عقوبات لهذه الجرائم تظل الاتفاقيات عاجزة عن التطبيق ، ولذلك كان تنفيذ هذا الالتزام من الأولويات المرتبطة بموضوع تطبيق القانون الدولي الإنساني على الصعيد الوطني(1).

ب- مبدأ المحاكمة أو التسليم ، ومبدأ الاختصاص الجنائي العالمي :

تعد الفقرة الثانية من هذه المادة المشتركة جوهر المنظومة العقابية التي صاغتها اتفاقيات جنيف والبروتوكول الأول ، فهي تتضمن مبدأين رئيسيين الأول : هو مبدأ المحاكمة أو التسليم ، والثاني : هو مبدأ الاختصاص الجنائي العالمي .

فالمبدأ الاول هو إلزام الدول الأطراف المتعاقدة بملاحقة المتهمين بارتكاب جرائم وتقديمهم للمحاكمة ووقف أي انتهاك لأحكام القانون الدولي الإنساني ، وألزمت ابتداءاً كل دولة طرف بالقيام بذلك الالتزام الواجب ، وتطبيقاً لمبدأ المحاكمة أو التسليم ، فإن لم ترغب الدولة الطرف المتعاقدة في محاكمة مجرمي الحرب على أراضيها فإنها ملزمة بتسليمه لأي دولة طرف أخرى ترغب في محاكمته(2).

---

(1)د. محمد لطفي عبد الفتاح ، آليات الملاحقة الجنائية في نطاق القانون الدولي الإنساني ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق، جامعة المنصورة ، 2013 ، ص 176 وما بعدها.

(2)د. إحسان هندي ، أساليب تفعيل قواعد القانون الدولي الإنساني في صلب التشريعات الداخلية ، بحث منشور في كتاب القانون الدولي الإنساني الواقع والطموح ، الصادر عن كلية الحقوق ، جامعة دمشق واللجنة الدولية للصليب الأحمر ، دمشق ، 2001 ، ص 64 .

والمبدأ الثاني هو أن المحاكمة يجب أن تتم بغض النظر عن جنسية المتهم أو مكان ارتكاب الواقعة ، وهو ما يسمى بمبدأ الاختصاص الجنائي العالمي ، وهذا المبدأ يقع على عاتق جميع الدول الأطراف في اتفاقيات جنيف من أجل أن تكون هناك مسئولية تضامنية بينها لأعمال عنصر الجزاء اللازم لقمع الانتهاكات الجسيمة .وتظهر أهمية هذا المبدأ في تطور القانون الجنائي الوطني نحو حماية المجتمع الدولي من الجرائم الجسيمة التي لا يقتصر خطرها على الدولة التي وقعت فيها فحسب ، بل يتعداها إلى غيرها من الدول ، وتحقيق التعاون فيما بين الدول في مكافحة الإجرام ، ومنع فرار الجناة من العقاب بانتقالهم من بلد لأخر عقب ارتكابهم الجريمة ، وذلك بأن تتولى الدولة التي تقبض على المتهم محاكمته وتوقيع العقاب عليه نيابة عن المجتمع الدولي ، وبما يعد خروجاً عن مبدأ الإقليمية ومبدأ الشخصية اللذين يعجزان عن ملاحقة الجناة وتوقيع الجزاء عليهم[1].

والخلاصة أن هذا المبدأ لم يكتب له النجاح في مجال ملاحقة مجرمي الحرب ، فأغلب الدول لم تجري التعديلات في التشريعات الداخلية بما يلزم لإنفاذه ، كما أن الاعتبارات السياسية نالت من فاعلية المبدأ ، فتارة نجد دولاً عدلت عن تطبيقه ، وتارة أخرى نجد دولاً عديدة تعزف عن إدراجه ضمن منظوماتها التشريعية .

3- ضرورة توفير الضمانات القضائية الأساسية

وفي الفقرة الأخيرة لهذه المادة المشتركة ورد النص صراحة عن ضرورة توفير الضمانات القضائية الأساسية للمتهمين بارتكاب جرائم الحرب ، وهنا تعكس هذه الفقرة حرص الاتفاقيات على إلزام الدول عند محاكمة مجرمي الحرب بتوفير كافة الضمانات القضائية لهم ،حتى لا يكون هناك إعدامات أو عقوبات دون محاكمة عادلة ، وحتى يكون إنزال العقاب بهؤلاء المجرمين متفقاً وجميع المواثيق والصكوك ذات الصلة بالمحاكمات العادلة[2].ومن الضمانات القضائية الأساسية المنصوص عليها في اتفاقيات جنيف والبروتوكولين الإضافيين حق المتهم في أن يحاكم بواسطة محكمة مستقلة وغير متحيزة ، وحقه في إعلانه بالجرائم المنسوبة إليه ، وحقه في الاستعانة بمحام ومترجم مؤهلين ، ومبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص ، وافتراض

---

[1] د. سالم محمد سليمان الأوجلي ، أحكام المسئولية الجنائية عن الجرائم الدولية في التشريعات الوطنية ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، 1997 ، ص 402 وما بعدها .

[2] ماريا تريزا دوتلي ، التدابير الوطنية لتنفيذالقانون الدولي الإنساني ، مرجع سابق ، ص 546 .

البراءة وحق المتهم في يأن يحاكم حضورياً ، وحقه في عدم الإدلاء بشهادة على نفسه ، أو الاعتراف بأنه مذنب ، ومبدأ عدم معاقبة الشخص على الفعل الواحد مرتين ، وحق المتهم في النطق بالحكم عليه علناً ، وحق المتهم في تنبيهه إلى حقوقه في الطعن القضائي[1]. ويعد الالتزام بقمع الانتهاكات والمخالفات الجسيمة (الالتزام بالملاحقة القضائية لمجرمي الحرب) التزاماً نافذاً ، حتى ولو اتفق أي من الأطراف المتعاقدة على غير ذلك[2].وهذه هي الآليات العقابية التي صاغتها اتفاقيات جنيف الأربع ، والبروتوكول الإضافي الأول ، والتي تنصرف أساساً إلى مفهوم القضاء الوطني، وهذا هو العنصر الأول في الموضوع ، كما لا نستطيع أن نغفل دور القضاء الجنائي الدولي في المعاقبة على جرائم الحرب، أي قمع الانتهاكات الجسيمة في القانون الدولي الإنساني ، وهو ما سنتعرض إليه في المطلب الثاني .

المطلب الثاني

دور القضاء الجنائي الدولي في العقاب على انتهاكات القانون الدولي الإنساني

نبحث في هذا المطلب من الدراسة قمع انتهاكات القانون الدولي الإنساني على الصعيد الدولي وليس الوطني ، وذلك عن طريق اللجوء إلى القضاء الجنائي الدولي ، كما سنبين المسئولية الدولية للدولة عن الانتهاكات الجسيمة (جرائم الحرب) وذلك في الفروع الآتية:-

الفرع الأول

اللجوء إلى القضاء الجنائي الدولي

شهد المجتمع الدولي تطوراً متلاحقاً لإقرار وإنشاء جهاز قضائي جنائي ذي صفة دولية، تعهد إليه الجماعة الدولية بمحاكمة المتهمين بارتكاب الجرائم الأشد خطورة ، ففي أعقاب الحرب العالمية الأولى تطلعت شعوب العالم إلى إنشاء محكمة جنائية دولية لمحاكمة مجرمي الحرب ، مما أدى إلى إبرام معاهدة فرساي للسلام عام 1919 ، والتي أنهت الحرب العالمية الأولى ، ونصت في مادتها رقم 227 على محاكمة القيصر الألماني غليوم الثاني أمام محكمة دولية خاصة لارتكابه انتهاكات صارخة ضد الأخلاق الدولية وقدسية المعاهدات ، ونصت المادتين 228 و 229 من ذات المعاهدة بمحاكمة ضباط الجيش الألماني المتهمين بعدم احترام قوانين

---

[1] د. شريف عتلم ، تطبيق القانون الدولي الإنساني على الأصعدة الوطنية ، بحث منشور في كتاب القانون الدولي الإنساني ، تقديم د. أحمد فتحي سرور ، دار المستقبل العربي ، القاهرة ، صدر هذا الكتاب عن اللجنة الدولية للصليب الأحمر ، 2003 ، ص 320 ، 321 .
[2] المواد (51 ، 52 ، 131 ، 148) المشتركة بين اتفاقيات جنيف الأربع.

وأعراف الحرب أمام المحاكم العسكرية الوطنية لأي من الدول المتحالفة أو إحدى المحاكم العسكرية لأي من دول الحلفاء ، ولكن العقبات القانونية والسياسية حالت دون دخول هذه الاتفاقية حيز النفاذ[1].وفي أعقاب الحرب العالمية الثانية ، وهزيمة ألمانيا واليابان عقدت اتفاقية لندن في 1945/8/8، والتي قررت إنشاء محكمة عسكرية دولية عليا في نورمبرج لمحاكمة مجرمي الحرب الذين لا تخضع جرائمهم لقضاء إقليمي وطني محدد كما تشكلت محكمة طوكيو لمحاكمة مجرمي الحرب بالشرق الأقصى[2].وفي نهاية القرن العشرين وإزاء تفاقم أعمال التطهير العرقي والإبادة الجماعية في يوغسلافيا السابقة ، ورواندا تم إنشاء محاكم جنائية دولية خاصة بقرارات من مجلس الأمن لمحاكمة الأشخاص المسئولين عن الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي الإنساني في هذين البلدين[3].والعدالة الجنائية التي أقامها مجلس الأمن شأنها شأن محكمتي نورمبرج وطوكيو وهي جميعاً محاكم جنائية خاصة نشأت بنظام مؤقت للعقاب على جرائم محددة.ولقد توالت جهود الأمم المتحدة من أجل إنشاء جهاز قضائي دولي دائم يمارس اختصاصاً عاماً على الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي الإنساني ليكون له دور فعال وقوي في ملاحقة مجرمي الحرب ، وهو ما تحقق بالفعل بإبرام النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية في روما عام 1998[4].وستقتصر دراستنا للنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على العناصر التي تنسجم والحديث عن الآليات العقابية لقمع انتهاكات القانون الدولي الإنساني ، وهي كالآتي :

أولاً : طبيعة المحكمة الجنائية الدولية وعلاقتها بالقضاء الوطني :

المحكمة الجنائية الدولية هي مؤسسة دولية دائمة قائمة على معاهدة دولية ملزمة فقط للدول الموقعة عليها ، وأنشئت بغرض التحقيق ومحاكمة الأشخاص الذين يرتكبون أشد الجرائم خطورة موضع اهتمام المجتمع الدولي ، ولا تعد هذه المحكمة بديلاً عن القضاء الجنائي الوطني ولكنها مكملة له[5].وتعد هذه المحكمة بمثابة تعبير عن الإرادة الجماعية للدول الأعضاء ،

[1]د. محمد شريف بسيوني ، المحكمة الجنائية الدولية ، نادي القضاة ، 2001 ، ص 11 .
[2]د. حسين عبيد ، القضاء الجنائي الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1977 ، ص 84 وما بعدها .
[3]د. عبد الفتاح محمد سراج ، مبدأ التكامل في القضاء الجنائي الدولي ، (دراسة تحليلية تأصيلية) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2011 ، ص 11 .
[4]د. شريف عتلم ، دور اللجنة الدولية للصليب الأحمر في إنماء وتطوير قواعد القانون الدولي الإنساني ، مرجع سابق ، ص 220 .
[5]المادة (1 ، 17) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

وامتداداً للاختصاص الجنائي الوطني لكل دولة ، ولا تمس السيادة الوطنية للدول ، ولا تتخطى نظم القضاء الوطني طالما كان هذا القضاء قادراً وراغباً في مباشرة التزاماته القانونية الدولية[1].

ونرى أن النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية بذلك يدعم المنظومة العقابية التي صاغتها اتفاقيات جنيف الأربع ، منذ ألزمت الدول الأطراف فيها بملاحقة مجرمي الحرب ومحاكمتهم ، فالنظام الأساسي بذلك يذكر الدول بالتزاماتها التعاقدية المترتبة على التصديق على اتفاقيات جنيف ، فإن هي لم ترغب في ذلك أو لم تكن قادرة فإن الاختصاص ينعقد للمحكمة الجنائية الدولية ، الأمر الذي يصبح معه القول أن الدول الأطراف في اتفاقيات جنيف لو كانت قد طبقت الأحكام التي وردت فيها لما كانت هناك حاجة لإنشاء المحكمة الجنائية الدولية للعقاب على جرائم الحرب ، ولكن لم يتحقق قبل إنشاء المحكمة الجنائية الدولية ، ولذلك كان من أهم أهدافها ألا تمر جرائم الحرب بغير عقاب لسد فراغ كبير في مجال العدالة الجنائية ، عانى ومازال يعاني منه المجتمع الدولي حتى اليوم[2].

ثانياً : مفهوم جرائم الحرب وفقاً للنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية :

أوردت اتفاقيات جنيف الأربع ، والبروتوكول الإضافي الأول الخاص بالنزاعات المسلحة الدولية التزاماً على كافة الدول الأطراف فيها بسن تشريعات جنائية على الأفعال التي تشكل جرائم حرب، وعلى كل دولة ملزمة بمواءمة تشريعاتها الوطنية بحيث تتمكن من العقاب على جرائم الحرب ، ومفهوم جرائم الحرب وفقاً لاتفاقيات جنيف والبروتوكول الأول يؤثم مجموعة من جرائم الحرب على أساس المسئولية الجنائية الفردية لمرتكبيها في زمن النزاع المسلح الدولي وبالتالي فإن الالتزام باعتماد أحكام عقابية ينصرف فقط إلى هذه الفئة من الجرائم ، وبذلك يخرج من نطاق جرائم الحرب كل الانتهاكات الأخرى لأحكام اتفاقيات جنيف وبروتوكولها الأول التي لا توصف بأنها انتهاكات جسيمة بالإضافة إلى كل الجرائم التي ترتكب في زمن نزاع مسلح غير دولي.

[1] د. حمدي رجب عطية ، المحكمة الجنائية الدولية وعلاقتها بالقضاء الوطني ، مطابع جامعة المنوفية ، 2009 ، ص 23 وما بعدها.

[2] د. شريف عتلم ، دور اللجنة الدولية للصليب الأحمر في إنماء وتطوير قواعد القانون الدولي الإنساني ، مرجع سابق ، ص 222 ، 223 .

وبالنظر إلى الأحكام الخاصة بالنزاعات المسلحة غير الدولية نجد أن المادة الثالثة المشتركة بين اتفاقيات جنيف الأربع والبروتوكول الإضافي الثاني لم تشمل على أية أحكام خاصة بتحديد جرائم حرب قد ترتكب في زمن النزاع المسلح غير الدولي ، وهذا النزاع في النصوص القانونية جعل اللجوء إلى القواعد العرفية للقانونالدولي الإنساني سنداً لتقرير المسئولية الجنائية عن الجرائم التي ترتكب في زمن النزاع المسلح غير الدولي ، وهذا المبدأ أقرته عديد من المحاكم الدولية والوطنية ، كما ورد ضمن التشريعات الوطنية لعديد من الدول[1].وبموجب اعتماد النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ودخوله حيز النفاذ خرج إلى حيز الوجود جهاز قضائي دولي يختص بالعقاب على الجرائم الجسيمة التي تمس المجتمع الدولي وهي الإبادة والجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب .وإذا كانت الدول التي صدقت على هذا النظام الأساسي لها مصلحة في مواءمة تشريعاتها الوطنية مع نظام روما حتى تحتفظ بأولوية الاختصاص لقضائها الوطني إعمالاً لمبدأ التكاملية[2] ، فإن هذه الدولة تكون دائماً حريصة على الأخذ بمفهوم جرائم الحرب كما ورد بالمادة (8) من نظام روما .ولكن ما هو موقف الدول التي لم تصدق على نظام روما ، هل عند مواءمة تشريعاتها العقابية مع أحكام القانون الدولي الإنساني تتقيد بمفهوم جرائم الحرب كما ورد باتفاقيات جنيف الأربع والبروتوكول الأول أم تأخذ بالتعريف الوارد بنظام روما على الرغم من أنها ليست طرفاً فيه ؟ ، وللإجابة على هذا التساؤل يجب أن أشير بداية إلى أن ما تم التوصل إليه كمفهوم لجرائم الحرب في المادة (8) من النظام الأساسي هو ما استقرت عليه الاتفاقيات الدولية ذات الصلة والقواعد العرفية بشأن الأفعال التي تشكل جرائم حرب.وما ورد بالمادة سالفة الذكر يعتبر في حقيقة الأمر تعريفاً تفصيلياً للأفعال التي أوردتها اتفاقيات جنيف الأربع والبروتوكول الإضافي الأول وما استقر بموجب الاتفاقيات الدولية الأخرى وأعراف القتال[3].إذاً لا خلاف بشأن الجرائم التي ترتكب في زمن النزاع المسلح الدولي بينهما ومن ثم يكون من الأوفق أن يؤخذ بالتعريف الوارد بالمادة (8) من النظام الأساسي لأن ذلك يحقق الاعتبارات التالية :

---

[1] المرجع السابق ، ص 223 .
[2] راجع المادتين (1 ، 17) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية .
[3] د. شريف عتلم ، تجريم انتهاكات القانون الدولي الإنساني ، منهج وموضوع التعديل التشريعي ، دراسة مقارنة ، بحث منشور في كتاب المحكمة الجنائية الدولية ، منشورات اللجنة الدولية للصليب الأحمر ، القاهرة ، 2005 ، ص 370 .

1. التعريف الوارد بالمادة (8) من نظام روما يمثل في حد ذاته إطاراً عرفياً ملزماً قانوناً لكافة الدول ، حتى التي لم تصدق عليه ، بحسبان أنه يعكس تعريف جرائم الحرب وفقاً لما استقرت عليه الممارسات الدولية .

2. عند إجراء تعديل تشريعي الآن يجب أن ينظر إلى مفهوم جرائم الحرب وفقاً للمادة (8) بحسبان أن الدول التي لم تصدق على نظام روما قد تنضم في يوم من الأيام إلى هذا النظام، ومن ثم يكون لديها البنية التشريعية الملائمة للانضمام دون الحاجة إلى إجراء تعديلات تشريعية .وهذا فيما يتعلق بالجزء الخاص بالجرائم التي ترتكب في زمن النزاع المسلح الدولي ، أما ما استحدثته هذه المادة من النص على مجموعة من جرائم الحرب التي ترتكب في النزاع المسلح غير الدولي ، فإنني أتفق مع الرأي القائل بأن هذا النوع من النزاعات المسلحة أصبح على قدر من الخطورة يفوق في بعض الأحيان ما ترتبه النزاعات المسلحة الدولية وأن هناك اتجاهاً كبيراً من الفقه تسانده أحكام المحاكم الدولية والوطنية والتشريعات الوطنية يرى ضرورة انطباق ذات الحماية القانونية المقررة للنزاعات الدولية على النزاعات المسلحة غير الدولية[1].

والخلاصة إذاً في هذا الشأن أنه يكون من الأفضل عند مواءمة التشريعات الوطنية مع أحكام القانون الدولي الإنساني في الدول التي لم تصدق على نظام روما أن يأخذ المشرع بما أوردته المادة (8) من نظام روما ، بحسبان أنه يعكس إرادة الدول أطراف المجتمع الدولي التي شاركت في صياغتها ، وبحيث يكون التشريع الوطني متفقاً مع أخر المتغيرات على الساحة الدولية في هذا الشأن .تلك هي الأحكام التي رأينا إلقاء الضوء عليها من بين الأحكام التي أوردها النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية والتي تهدف مباشرة إلى دعم المنظومة العقابية عن جرائم الحرب وفقاً لذات المنهج الذي صاغته اتفاقيات جنيف وبروتوكوليها الإضافيان وما تم استحداثه من مفهوم أوسع لجرائم الحرب بموجب النظام الأساسي.

[1] المرجع السابق ، ص 371 .

الفرع الثاني

المسؤولية الدولية للدولة عن الانتهاكات الحسيمة (جرائم الحرب)

لا يقتصر القانون الدولي الإنساني على المسؤولية الجنائية الفردية في حالة خرق أحكامه ، بل يتضمن المسؤولية الدولية المدنية ، وأقر مبدأ التعويض عن الأضرار الناجمة عن مخالفة قوانين الحرب وتقاليدها ، كما نصت على ذلك اتفاقية لاهاي الرابعة (المادة 3) لعام 1907 والخاصة بقوانين وأعراف الحرب البرية[1].كما تناولت اتفاقيات جنيف الأربع مبدأ مسؤولية الدولة المدنية المترتبة على انتهاك القانون الدولي الإنساني ، فنصت على (لا يجوز لأي طرف متعاقد أن يعفي نفسه أو يعفي طرفاً متعاقداً من المسؤوليات التي يتحملها أو يتحملها طرف أخر بسبب الانتهاكات الجسيمة التي نصت عليها الاتفاقية)[2].وأكدت المادة (91) من البروتوكول الإضافي الأول على مبدأ التعويض بنصها : (يسأل طرف النزاع الذي ينتهك أحكام الاتفاقيات وهذا البروتوكول عن دفع تعويض إذا اقتضت الحال ذلك ، ويكون مسؤولاً عن كل الأفعال التي ترتكبها الأشخاص الذين يشكلون جزءاً من قواته المسلحة).كما حرص النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على مبدأ المسؤولية المدنية عندما نص في مادته (4/25) على : (لا يؤثر أي حكم في هذا النظام الأساسي يتعلق بالمسؤولية الجنائية الفردية في مسؤولية الدول بموجب القانون الدولي).ولا جرم أن ذلك يعد تطبيقاً للقاعدة التي تقرر (مسؤولية الدولة عن أفعال قواتها المسلحة)، وتستند هذه المسؤولية إلى المبدأ القاضي بأن الدولة التي ترتكب أفعالاً تشكل انتهاكاً للقانون الدولي الإنساني بواسطة ممثليها أو أحد أجهزتها تلتزم بتعويض كل الأضرار المترتبة عليها ، وغير خاف على أحد أن الغرض من تقرير تلك المسؤولية هو حماية ضحايا أي نزاع مسلح[3].ومسؤولية الدولة هنا تترتب على عدم الوفاء بالتزاماتها الدولية ومن مبادئ المسؤولية الدولية أن الأشخاص الذين يقومون بوظائفهم كممثلين لدولتهم يقعون تحت مسؤوليتها ومن ضمنهم أفراد القوات المسلحة – شأنهم شأن سائر أجهزة الدولة – وهي تتحمل وزر أعمالهم ، فضلاً عن مسؤولية الأشخاص الجنائية الفردية.

---

[1] د. عامر الزمالي ، آليات تنفيذ القانون الدولي الإنساني ، مرجع سابق ، ص 265 .

[2] المواد (51 ، 52 ، 131 ، 148) المشتركة بين اتفاقيات جنيف .

[3] د. أحمد أبو الوفا ، النظرية العامة للقانون الدولي الإنساني ، مرجع سابق ، ص 160 .

ويعد الالتزام بتعويض الضرر مبدأ معترف به في القانون الدولي ويتساوى أمام قانون المنازعات المسلحة المنتصرون والمنهزمون ، حيث أن الانتهاكات يمكن أن تصدر من الجانبين على السواء[1].

[1]د. عامر الزمالي ، آليات تنفيذ القانون الدولي الإنساني ، مرجع سابق ، ص 266.

الخاتمة

من خلال بحث هذا الموضوع توصلنا إلى أهم النتائج والتوصيات التي يمكن أن تساهم في تطبيق واحترام القانون الدولي الإنساني وذلك على النحو التالي :–

أولاً : النتائج :

1. أولت اتفاقيات جنيف الأربع والبروتوكول الإضافي الأول أهمية خاصة للآليات الوقائية لتطبيق القانون الدولي الإنساني ، حيث طالبت الأطراف المتعاقدة باتخاذ الإجراءات الوقائية الضرورية للحيلولة دون وقوع انتهاكات جسيمة لأحكامها ، لأن تجربة الحروب أثبتت أن تدارك الأمور قبل فوات الأوان أحق أن يتبع .
2. بالنظر إلى الآليات الرقابية الدولية لتطبيق القانون الدولي الإنساني مثل الدول الحامية والتحقيق واللجنة الدولية لتقصي الحقائق فإنها لم يكتب لها النجاح ، لأن الدول عندما نصت على إنشائها قيدتها دائماً بشرط يستلزم بموجبه موافقة الدول على أعمال هذه الآليات ، الأمر الذي نال كثيراً من هذه الآليات الرقابية ، ولذلك فإن اللجنة الدولية للصليب الأحمر تلعب دوراً أساسياً وهاماً في التطبيق الأمين للقانون الدولي الإنساني، بموجب ما تنص عليه اتفاقيات جنيف وبروتوكولاتها التي توكل إلى اللجنة مهاماً محددة من جانب ، وتعترف لها بحق عام في المبادرة من جانب أخر.
3. نلاحظ أن اتفاقيات جنيف الأربع ، والبروتوكول الإضافي الأول وجهت أحكامها الخاصة بالعقاب على جرائم الحرب إلى المشرع الوطني وإلى القضاء الوطني في جميع الدول الأطراف في اتفاقيات جنيف ، وإن كانت لم تتضمن أية إشارة إلى القضاء الجنائي الدولي ، فإن اللجوء إلى القضاء الجنائي الدولي يكون ممكناً للعقاب على جرائم الحرب عن طريق المحكمة الجنائية الدولية.
4. أن المحكمة الجنائية الدولية لا تعد بديلاً عن القضاء الجنائي الوطني ، ولكنها مكملة له ، فهي لا تقوم بأكثر مما تقوم به كل دولة من دول المجتمع الدولي في إطار القانون الدولي القائم ، وتعتبر ذات اختصاص تكميلي للمحاكم الوطنية ، فأولوية الاختصاصتكون للقضاء الجنائي الوطني طالما كان هذا القضاء قادراً وراغباً في مباشرة التزاماته القانونية الدولية ،

ومن ثم يمكن القول أن المحكمة الجنائية الدولية جاءت لدعم المنظومة العقابية عن جرائم الحرب التي جاءت بها اتفاقيات جنيف وبروتوكوليها الإضافيان ، وذلك حتى لا يفلت مجرمي الحرب من العقاب.

5. أن النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية في المادة 8 منه استحدث مفهوم أوسع لجرائم الحرب مما هو وارد في اتفاقيات جنيف والبروتوكول الإضافي الأول .
6. أن مبدأ المسؤولية الجنائية الدولية للأفراد لا يؤثر على مسؤولية الدول وفقاً للقانون الدولي .
7. أن القواعد القانونية في مجال القانون الدولي الإنساني أصبحت شبه مكتملة ، كما أن أغلبها قد حظي بتصديق غالبية دول العالم.

ثانياً : التوصيات :

1. تعزيز الجهود الوطنية والدولية الرامية إلى نشر أحكام ومبادئ القانون الدولي الإنساني والتعريف به على نطاق واسع ، وذلك من خلال إدراجه في برامج التعليم المدنية والعسكرية، وحث أجهزة الإعلام على المشاركة الفعالة في خطط التوعية ، وإصدار النشرات المتخصصة والمبسطة التي تساعد على الوقوف على مضمون ذلك القانون ومراميه.
2. ينبغي على قادة الحرب التأكد من معرفة مرؤوسيهم للالتزامات الواردة في القانون الدولي الإنساني ، فضلاً عن مسؤوليتهم فيث ملاحقة مرتكبي الانتهاكات .
3. ضرورة تنظيم الدورات التدريبية اللازمة لإعداد الأشخاص المؤهلين في مجال القانون الدولي الإنساني ، وتطوير قدرات وكفاءة الكوادر الوطنية.
4. ضرورة تعيين مستشارين قانونيين لدى القوات المسلحة ، وذلك من أجل عرض جميع الخطط العسكرية عليهم لإبداء الرأي فيها إذا كانت تلك الخطط قانونية وغير مخالفة للقانون الدولي الإنساني ، ويجب عرض كل ما يتعلق بهذه الخطط من ناحيةالمواقع المراد قصفها ونوع السلاح ، وكذلك الذخيرة.
5. حث الدول الأطراف في اتفاقيات جنيف على تقديم المساندة اللازمة لأنشطة اللجنة الدولية للصليب الأحمر فيما تقدمه من خدمات إنسانية ومساعدات فنية واستشارية بهدف تفعيل قواعد القانون الدولي الإنساني ، وتذليل ما يعترض ذلك من عقبات.

6. على الدول الأطراف في اتفاقيات جنيف اتخاذ التدابير التشريعية اللازمة من خلال دمج المخالفات أو الانتهاكات الجسيمة (جرائم الحرب) في التشريعات الوطنية ، ووضع العقوبات اللازمة لها لردع مرتكبيها ، مع إقرار الاختصاص الجنائي العالمي لمحاكمها الوطنية ، أي بصرف النظر عن مكان ارتكاب الفعل أو جنسية الفاعل أو الضحية على نحو يمكنها من محاكمة مجرمي الحرب ، وهذه التدابير تأتي استجابة لما تنص عليه وتدعو إليه اتفاقيات جنيف من أجل إقامة حاجز فعال يحول دون إفلات مجرمي الحرب من العقاب وذلك بموائمة التشريعات الوطنية مع أحكامها.
7. ينبغي على الدولة التي تقبض على الأشخاص مرتكبي جرائم الحرب إما أن تحاكمهم أو تسلمهم إلى أية دولة أخرى ترغب في محاكمتهم تطبيقاً لمبدأ المحاكمة أو التسليم حتى لا يفلت المجرم من العقاب .
8. ضرورة توفير الضمانات القضائية الأساسية للمتهمين بارتكاب جرائم الحرب ، واحترام حرياتهم الأساسية ، ومراعاة الاعتبارات الإنسانية لهم .
9. ضرورة مراجعة اتفاقيات جنيف والبروتوكولين الإضافيين بعد مضي هذه الفترة من الزمن على توقيعها ، لتطوير القانون الدولي الإنساني ، وإيجاد آليات جديدة ووسائل فعالة لضمان تطبيق أحكامه حتى لا يبقى قواعد سلوك مثالية يتوقف تطبيقه على رغبات وإرادات الدول ، ويستقر لدى الشعوب شعور عام بإلزامية تلك القواعد وضرورة احترامها من كافة الدول بغير استثناء يخل بالعدالة الدولية.
10. حث الدول على التصديق على النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية وبعدها تتخذ الترتيبات التشريعية التي تتفق وصياغة النظام الأساسي للمحكمة ، بما يمكنها من مباشرة اختصاصها بتجانس مع الأنظمة القضائية الوطنية وتقارب مع المصالح الدولية ، وذلك من أجل دعم المنظومة العقابية عن جرائم الحرب والحد من تفاقم الإجرام الدولي.

قائمة المراجع

أولاً : المراجع العامة :

1. د. أحمد أبو الوفا ، النظرية العامة للقانون الدولي الإنساني في القانون الدولي وفي الشريعة الإسلامية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2013.
2. د. حسنين عبيد، القضاء الجنائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977.
3. د. حمدي رجب عطية ، المحكمة الجنائية الدولية وعلاقتها بالقضاء الوطني ، مطابع جامعة المنوفية ، 2009 .
4. د. شريف عتلم ، دور اللجنة الدولية للصليب الأحمر في إنماء وتطوير قواعد القانون الدولي الإنساني ، منشورات اللجنة الدولية للصليب الأحمر ، القاهرة ، 2010.
5. د. عبد الفتاح محمد سراج ، مبدأ التكامل في القضاء الجنائي الدولي ، دراسة تحليلية تأصيلية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2001 .
6. د. غسان مدحت الخيري ، ترابط العلاقات بين القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان ، دار الراية للنشر والتوزيع ، 2013 .
7. د. محمد الطراونة ، القانون الدولي الإنساني وتطبيقاته على الصعيد الوطني في الأردن ، منشورات اللجنة الدولية للصليب الأحمر بالقاهرة ، 2005.
8. د. محمد حمد العسيلي ، القانون الدولي الإنساني وأحكام الشريعة الإسلامية ذات الصلة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2015 .
9. د. محمد صلاح أبو رجب ، المسؤولية الجنائية الدولية للقادة ، دار تجليد كتب أحمد بكر ، 2011 .
10. د. محمود شريف بسيوني ، المحكمة الجنائية الدولية ، نادي القضاة ، 2001.

ثانياً : الرسائل العلمية :

1. د. سالم محمد سليمان الأوجلي ، أحكام المسئولية الجنائية عن الجرائم الدولية في التشريعات الوطنية ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، 1997 .

2. د. محفوظ سيد عبد الحميد ، دور محكمة مجرمي الحرب في يوغسلافيا السابقة في تطوير أحكام القانون الدولي الإنساني ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة المنصورة ، 2009.
3. د. محمد حمد العسيلي ، الجمعيات الوطنية للهلال الأحمر والصليب الأحمر وخدماتها في القانون الدولي الإنساني ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة قاريونس ، 1995 .
4. د. محمد لطفي عبد الفتاح ، آليات الملاحقة الجنائية في نطاق القانون الدولي الإنساني ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة المنصورة ، 2013.

ثالثاً : البحوث والمقالات :

1. د. إحسان هندي ، أساليب تفعيل قواعد القانون الدولي الإنساني في صلب التشريعات الداخلية ، بحث منشور في كتاب القانون الدولي الإنساني الواقع والطموح ، الصادر عن كلية الحقوق ، جامعة دمشق ، واللجنة الدولية للصليب الأحمر بدمشق ، 2001.
2. العميد ، حسين عيسى مال الله ، مسئولية القادة والرؤساء والدفع بإطاعة الأوامر العليا، بحث منشور في كتاب القانون الدولي الإنساني ، منشورات اللجنة الدولية للصليب الأحمر ، القاهرة ، 2003 .
3. ديفيد ديلابرا ، اللجنة الدولية للصليب الأحمر والقانون الدولي الإنساني ، بحث منشور في كتاب محاضرات في القانون الدولي الإنساني ، إعداد د. شريف عتلم ، منشورات اللجنة الدولية للصليب الأحمر ، القاهرة ، 2005.
4. د. شريف عتلم ، تطبيق القانون الدولي الإنساني على الأصعدة الوطنية ، بحث منشور في كتاب القانون الدولي الإنساني ، تقديم : د. أحمد فتحي سرور ، دار المستقبل العربي ، القاهرة ، أصدر هذا الكتاب عن اللجنة الدولية للصليب الأحمر بالقاهرة ، 2003 .
5. د. شريف عتلم ، تجريم انتهاكات القانون الدولي الإنساني ، منهج وموضوع التعديل التشريعي ، دراسة مقارنة ، بحث منشور في كتاب المحكمة الجنائية الدولية ، منشورات اللجنة الدولية للصليب الأحمر بالقاهرة ، 2005 .
6. د. عامر الزمالي ، آليات تنفيذ القانون الدولي الإنساني ، بحث منشور في كتاب القانون الدولي الإنساني ، تقديم : د. أحمد فتحي سرور ، دار المستقبل العربي ، القاهرة ، 2003 .

7. د. عامر الزمالي ، تطبيق القانون الدولي الإنساني ، بحث منشور في كتاب محاضرات في القانون الدولي الإنساني ، إعداد : د. شريف عتلم ، منشورات اللجنة الدولية للصليب الأحمر بالقاهرة، 2005.

8. ماريا تريزا دوتلي ، التدابير الوطنية اللازمة للبدء في تنفيذ القانون الدولي الإنساني ، بحث منشور في كتاب دراسات في القانون الدولي الإنساني ، تقديم : د. مفيد شهاب ، دار المستقبل العربي ، القاهرة ، 2000 .

بحث بعنوان /

المواجهة الموضوعية لجريمة تهريب المهاجرين غير الشرعيين في المواثيق والاتفاقيات الدولية والقانون الوضعي

(دراسة مقارنة)

مقدم من الأستاذ/

حمزة عبد ربه حماد سليمان

محاضر بكلية الحقوق جامعة طبرق

2019

ملخص البحث

حق التنقل من حقوق الانسان الذي تم تكريسه في جميع التشريعات الوضعية ضمن دساتيرها وقوانينها الداخلية لاسيما التشريع الليبي، كما تم تكريسه في أغلب المواثيق الدولية ، لما يحققه من منافع عدة، ولكن ليست على أطلاقها ، فلابد أن يقيد ذلك الحق من الناحية القانونية والامنية والانسانية ، فلا يملك الشخص حق الدخول إلى إي بلد إلا وفقًا لقوانين بلده وقوانين البلد المستقبل وذلك بقيامة بجميع الاجراءات القانونية اللازمة لتنقله لتكون عملية التنقل شرعية ، وفي غياب تلك الضوابط يصبح انتقاله يشكل جريمة الهجرة الغير شرعية أيا كانت الوسائل المستعملة .

فأولى المشرع الليبي كغيره من المشرعين أهتمامًا واضحًا بموضوع جريمة الهجرة الغير شرعية، من خلال إصدار القانون رقم 19 لسنة 2010 مسيحي بشأن مكافحة الهجرة الغير شرعية الذي يهدف إلى التصدي لهذه الجريمة ويهدف البحث للتعرض إلى مختلف القواعد الموضوعية التي تجرم ظاهرة الهجرة الغير الشرعية على الصعيد الوطني والدولي .

المقدمة

يعد الانتقال السكاني عبر المكان الواحد من الظواهر الأساسية اللازمة للوجود البشري منذ القدم، وهي ظاهره طبيعية تلازم الكائن الحي، بحثًا عن الأفضل، حتى مع توفر عوامل الاستقرار، وتزداد أهميته مع ظهور ملامح التباين في الخيرات والثروات، فالأنسان يبحث دائمًا عن الكلأ والماء وكل ما من شأنه ان يساعده في توفير حاجاته الأساسية، وتحسين ظروف حياته وحياة أبنائه وأفراد أسرته وعائلته، ولم تكن الطرق الطويلة والمساحات المكانية الواسعة التي تفصله عن موطنه الأصلي قادرة على منعه من التنقل والترحال حتى يجد ما يبحث عنه، وقد ساعده في ذلك أن المجتمعات الإنسانية بقيت لفترة طويلة من الزمن قادرة على استيعاب الوافدين إليها ولم تكن لديها تنظيمات الدولة المنتشرة اليوم في كل بقاع العالم، والتي جعلت للتنقل والترحال شروطًا إدارية تنظيميه باتت أكثر تعقيداً من الشروط الاقتصادية والاجتماعية للراغبين في الانتقال لذا فإن الهجرة غير المشروعة هي النتيجة الطبيعية لحالة المنع وغلق الابواب أمام الهجرات المشروعة إلى الدول المتقدمة.

وأكدت الاتفاقية الدولية لمكافحة الجريمة المنظمة الصادرة عن منظمة الأمم المتحدة عام 2000م، والبروتوكول المكمل لها الخاص بمكافحة تهريب المهاجرين على ضرورة قيام كل دولة من الدول الأطراف في الاتفاقية على وضع قواعد قانونية تضمن عقاب كل من يرتكب فعلاً من الأفعال التي جرمتها الاتفاقية والبروتوكول المكمل لها مع ضرورة مراعاة المواءمة بين حجم العقاب والخطورة الإجرامية للجاني.

كما أكد كل منهما – الاتفاقية والبروتوكول–على ضرورة استخدام الصلاحيات التي يُتيحها القانون الداخلي لهذه الدول لمواجهة جريمة تهريب المهاجرين حتى لو لم ينص على هذه الصلاحيات ضمن الاتفاقية والبروتوكول المكمل لها.

أهمية الدراسة :

ترجع أهمية الدراسة إلى أنها تحاول إلقاء الضوء علىظاهرة الهجرة غير المشروعة، لما لها من آثار خطيرة تهدد الدول والمجتمعات بصفة عامة وحياة الافراد بصفة خاصة، لأنها تؤثر على المجريات السياسية والاقتصادية والاجتماعية لكل دولة كما انها تؤثر على تدهور الهوية الوطنية لأي مجتمع .

كما انها تحاول ان تكشف عن الجهود القانونية في جانبها الموضوعي التي يقوم بها كل من المجتمع الدولي سواء على المستوى الدولي والإقليمي، والدولة الليبية لمواجهة هذه الظاهرة الإجرامية ، وذلك لاستنباط أفضل الوسائل الموضوعية لمواجهة هذه الظاهرة الاجرامية .

اهداف الدراسة :

تهدف الدراسة بصفة عامة إلى استعراضاهم القواعد الموضوعية التي يمكن بواسطتها مكافحة جرائم الهجرة غير المشروعة ومن أجل تحقيق هذاالهدف والذي يمثل الإطار العام لهذه الدراسة فانه يجب تحديد واستعراض أهم القواعد الموضوعية التي أقرتها المواثيق والاتفاقيات الدولية والدولة الليبية لمكافحة هذه النوع من الجرائم .

منهج الدراسة :

أستخدمنا في هذه الدراسة المنهج المقارن حيث قام بالمقارنة بين القواعد والاحكام الموضوعية في كل من القانون الليبي وبين المواثيق والاتفاقيات الدولية وصولاً لأمثل الاحكام والقواعد الجنائية اللازمة لمواجهة هذه الظاهرة الإجرامية.

نحاول في هذه الدراسة استعراض الأحكام الموضوعية التي أقرها بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين، وكذلك الأحكام الموضوعية التي أقرها قانون العقوبات الليبي والقانون رقم

19 لسنة 2010 مسيحي بشأن مكافحة الهجرة غير الشرعية عند مواجهة هذه النوعية من الجرائم، للوصول لأمثل القواعد التي بها يمكن مواجهة ظاهرة تهريب المهاجرين، وسيكون ذلك من خلال ثلاثة مطالب على النحو التالي :

المطلب الأول: النظرية العامة لجريمة تهريب المهاجرين .

المطلب الثاني: الشروع في جريمة تهريب المهاجرين .

المطلب الثالث: المساهمة الجنائية في جريمة تهريب المهاجرين .

المطلب الأول
النظرية العامة لجريمة تهريب المهاجرين

تمهيد وتقسيم:

لكل جريمة من الجرائم نظرية عامة تحكمها تحددها تحديداً دقيقاً عن غيرها من الجرائم الأخرى، هذه النظرية تقوم على أساسين هما: تحديد ماهية الجريمة، والبنيان القانوني لها، ولذلك فإن استعراض النظرية العامة لجريمة تهريب المهاجرين يكون من خلال الفرعيين التاليين :

الفرع الأول : ماهية تهريب المهاجرين .

الفرع الثاني : البنيان القانوني لجريمة تهريب المهاجرين .

الفرع الأول
ماهية تهريب المهاجرين

إن تحديد ماهية جريمة تهريب المهاجرين يستلزم منا أن نستعرض التعريفات المختلفة التي وضعت لهذه الجريمة ، ثم أهم الخصائص المميزة لها ، وذلك من خلال البندين التاليين:

أولاً : تعريف جريمة تهريب المهاجرين .

ثانياً : خصائص جريمة تهريب المهاجرين .

أولاً : تعريف جريمة تهريب المهاجرين :

وردت تعاريف متعددة في الفقه الجنائي لجريمة تهريب المهاجرين، فقد عرفها البعض بأنها : النقل غير المشروع للمهاجرين عبر الحدود الدولية، وعرفها البعض الأخر بأنها : كل عمل يتم بموجبه مساعدة مهاجر في عبور الحدود الدولية خلافاً لما تقره الدولة المستقبلة ، صراحة أو ضمناً، في حين عرفها آخرون بأنها : تدبير الدخول غير المشروع لشخص ما إلى دولة ليست موطناً له أو لا يعد من المقيمين الدائمين فيها من أجل الحصول بطريقة مباشرة أو غير مباشرة على منفعة مالية أو منفعة أخرى. وأن التعريف الأدق لهذه الجريمة كما ذهب إليه بعض الفقهاء هو: تمكين شخص من الخروج على نحو غير مشروع من الدولة التي يمتلك نية الخروج منها لأسباب سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية ، أو تمكين شخص من الدخول على نحو غير مشروع إلى إقليم دولة لا يرتبط معها ذلك الشخص برابطة الجنسية أو تمكينه من البقاء فيه على نحو غير مشروع، نظراً لخطورة هذه الظاهرة فقد بدأت بعض الدول بمعالجتها تشريعياً من خلال إدخالها في إطار سياسة التجريم والعقاب بإضفاء الصفة الإجرامية على الأفعال المكونة لها وتحديد العقوبة لمرتكبها،فمن التشريعات الجنائية التي عالجت هذه الظاهرة بالنص عليها في قانون العقوبات القانون التركي والقانون الجزائري، ومن التشريعات الجنائية التي عالجت هذه الظاهرة بقانون خاص المشروع الإيطالي بصدور القانون الإيطالي لسنة (2002)، وكذلك المشرع الكويتي بإعداد مشروع قانون مكافحة الاتجار في البشر وتهريب المهاجرين، أما التشريعات التي عالجت هذه الظاهرة في قانون إقامة الأجانب فهي كل من ألمانيا وفرنسا[1].

وقد عرفتها المادة الثالثة من بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين بأنها " تدبير الدخول غير المشروع لشخص ما إلى دولة طرف ليس ذلك الشخص من رعاياها أو من المقيمين الدائمين فيها، وذلك من أجل الحصول بصورة مباشرة أو غير مباشرة على منفعة مالية أو منفعة مادية أخرى"، وعلى ذلك فإن جريمة تهريب المهاجرين تشتمل على ثلاثة عناصر وهي[2]:

- تدبير الدخول غير المشروع لشخص ما .
- أن يكون هذا الدخول لدولة ليس المهاجر أحد رعاياها أو المقيمين الدائمين فيها .
- أن يكون هذا التدبير من أجل الحصول على منفعة مالية مباشرة أو منفعة مادية أخرى.

ونحن نرى أن تعريف المادة الثالثة من بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين قد جاء شاملاً لجميع الصور التي يمكن أن تدخل ضمن حالات جرائم تهريب المهاجرين .

أما المشرع الليبي فقد عرف جريمة الهجرة غير الشرعية في القانون رقم (19) لسنة 2010م في مادته الأولى بقولها " في تطبيق أحكام هذا القانون يعد مهاجراً غير شرعي كل من دخل أراضي الجماهيرية العربية الليبية الشعبية الاشتراكية العظمى ، أو أقام بها دون إذن أو تصريح من الجهات المختصة بقصد الاستقرار فيها أو العبور إلى دولة أخرى "[3].

ثانياً : خصائص جريمة تهريب المهاجرين:

تتميز جريمة تهريب المهاجرين بعدة خصائص وسمات تميزها عن غيرها من الجرائم ، نحاول أن نستعرض أهم هذه الخصائص في النقاط التالية :

1. إنها من الجرائم الواقعة على الأشخاص:

تعد جريمة تهريب المهاجرين من الجرائم الواقعة على الأشخاص، وذلك لأن موضوع هذه الجريمة هو الإنسان فمن يقع عليه الاعتداء بأحد الأفعال المكونة للركن المادي لهذه الجريمة هو الإنسان، وهذا يعني أن من يتم إدخاله أو إخراجه أو تدبير البقاء له في إقليم الدولة على نحو غير مشروع هو الإنسان، وقد يبدو من الوهلة الأولى أن هذه الجريمة هي من الجرائم الواقعة على الأموال، وذلك لأن هدف الجاني الأساسي هو الحصول على المال، فهذا التصور خاطئ لأن العبرة بتحديد نوع الجريمة هو بتحديد الحق المعتدى عليه، وليس بتحديد الباعث على ارتكاب الجريمة ، فالحق المعتدي عليه في الجريمة المذكورة يتمثل بحق الإنسان في الكرامة والحرية وحماية حياته وسلامة بدنه وما يمتلكه من الأموال، وهذا ما أقرته المادة الخامسة من بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين حيث نصت على أنه: " لا يجوز أن يصبح المهاجرون عرضة للملاحقة الجنائية بمقتضى هذا البروتوكول لأنهم كانوا هدفاً للسلوك المبين في المادة السادسة من هذا البروتوكول" ، ورغم أن الدول في بداية الأمر كانت قد وضعت القواعد القانونية لتجريم هذه الظاهرة لحماية مصالحها الداخلية وحماية سيادتها على إقليمها، ولكن بعدما استشرت العصابات الإجرامية المنظمة التي تستغل احتياج الناس وخاصة الشباب إلى المال أصبح الهدف الرئيسي من مواجهة هذه الظاهرة الإجرامية هو حماية هؤلاء الشباب من استغلال تلك العصابات الإجرامية، وهذا ما اكدت عليه المادة السادسة من بروتوكول مكافحة جريمة تهريب المهاجرين.

2. إنها من الجرائم العمدية :

تقسم الجرائم من حيث ركنها المعنوي إلى: جرائم عمدية، وجرائم غير عمدية فالركن المعنوي عموماً يتمثل بالخطأ أما أن يكون عمدياً ويطلق عليه (القصد الجنائي) أو يكون غير عمدي وعلى هذا الأساس إذا اتخذ الركن المعنوي صورته الأولى تكون الجريمة عمدية، أما إذا اتخذ صورته الثانية فتكون الجريمة غير عمدية[4]. فجريمة تهريب المهاجرين يصعب تصور ارتكابها من قبل الجناة عن طريق الخطأ أو الإهمال خاصة أن أفعال الإدخال أو الإخراج أو تدبير البقاء على نحو غير مشروع في إقليم الدولة يكون بعلم وإرادة هؤلاء الجناة.

3. إنها من الجرائم المستمرة :

تعرف الجريمة المستمرة بأنها : تلك الجريمة التي يكون السلوك الإجرامي المكون لركنها المادي قابلاً لأن يوصف بأنه حالة جنائية مستمرة فترة من الزمن، أو هي الجريمة التي يكون النشاط الإرادي المكون لها فعلاً أو امتناعاً عن فعل مستمراً فترة زمنية قد تطول أوتقصر[5]. هذا وأن معيار التفرقة بين الجرائم المستمرة والجرائم الوقتية يتحدد بالزمن المستغرق في تحقق عناصر الجريمة، فإذا استغرق تحقق هذه العناصر برهة يسيره فإن الجريمة وقتية ، أما إذا استغرق ذلك وقتاً طويلاً تكون الجريمة مستمرة[6]. بناء على ما تقدم يمكن القول إن جريمة تهريب المهاجرين هي من الجرائم المستمرة، وذلك لأن الأفعال المكونة

لركنها المادي تستغرق بعضاً من الوقت لتحققها، فبالنسبة لفعل الإدخال أو الإخراج من خلال وسائط النقل البرية أو البحرية أو الجوية من أو إلى إقليم الدولة على نحو غير مشروع فإنه يستغرق فترة زمنية طويلة نسبياً، أما بالنسبة إلى فعل تدبير البقاء على نحو غير مشروع لكل شخص في إقليم الدولة فإنه أيضاً يستغرق فترة زمنية طويلة نسبياً بسبب التدخل المتجدد من قبل الفاعل كإقراض المال أو توفير العمل أو توفير المأوى ... إلخ ، وهذا يدل على أن جريمة تهريب المهاجرين هي من الجرائم المستمرة.

4. إنها من الجرائم المنظمة :

تعرف الجريمة المنظمة بأنها : تلك الجرائم التي ترتكب من مؤسسة إجرامية ذات هيكل متدرج ، يقوم بارتكاب جرائم جسيمة لمدة غير محددة ويكون لكل عنصر مهمة محددة في هذا التنظيم الإجرامي والذي يهدف بدوره إلى تحقيق الأرباح باستخدام العنف والتخويف والرشوة من خلال التأثير على الأوساط السياسية والاقتصادية والقضائية(7). وبذلك فإن جريمة تهريب المهاجرين تدخل ضمن الجرائم المنظمة وذلك لقيام العصابات الإجرامية بتهريب المهاجرين كمهنة تهدف إلى الحصول على الأرباح المادية(8).

الفرع الثاني

البنيان القانوني لجريمة تهريب المهاجرين

إن البنيان القانوني لأي جريمة يتكون من عدة عناصر أساسية وإضافية، ويقصد بالعناصر الأساسية تلك التي اضطلع الفقه على تسميتها بأركان الجريمة العامة، باعتبار أن الهيكل القانوني لأي جريمة لا يقوم إلا بتوفرها، وإذا تخلف عنصر منها لم يكن للجريمة وجود قانوني، وإلى جانب الأركان العامة للجريمة قد تضاف عناصر إضافية اختلف الفقه بشأنها،(9)والعناصر الإضافية للجريمة هي تلك التي تضاف إلى الجريمة، ولا تؤثر في وجودها القانوني، فالجريمة تتوافر قانوناً وتنتج آثارها حتى لو تخلفت تلك العناصر الإضافية كلها أو بعضها . ويقتصر دور هذه العناصر على تعديل الآثار الجنائية المترتبة على الجريمة، أي يقتصر دورها على تعديل العقوبة بتشديدها أو تخفيفها، أو استبعاد تطبيقها ، ولهذا فهي عناصر عارضة أو ثانوية(10).

ولذلك فإننا سوف نحاول أن نستعرض العناصر الأساسية والأركان العامة للجريمة ثمالعناصر الإضافية – الظروف المشددة – وذلك من خلال البندين التاليين:

أولاً : أركان جريمة تهريب المهاجرين .

ثانياً : الظروف الخاصة بجريمة تهريب المهاجرين .

أولاً : أركان جريمة تهريب المهاجرين :

تتكون أي جريمة من أركان مختلفة ، لذلك فإن دراسة الجريمة لا يكون إلا من خلال تفريد الأركان المكونة لها ، وأركان الجريمة هي العناصر التي يقوم عليها كيانها ، وإذا تخلف عنصر منها لم يكن للجريمة وجود قانوني ، غير أن ذلك لا يعني أننا نضع حداً فاصلاً بين العناصر المكونة للجريمة ، فالجريمة تشكل بعناصرها وحدة متكاملة غير قابلة للتجزئة . غير أن هذه الوحدة الطبيعية للجريمة لا تحول دون دراسة العناصر والأركان المكونة لها استقلالاً من وجهة النظر القانونية ، وأن تقسيم الجريمة إلى أركان ليس إلا محض تقسيم شكلي لإمكان الوصول إلى المفهوم الموحد والشامل للجريمة(11)،ويرى العلم الحديث(12) أن للجريمة بصفة عامة ثلاثة أركان هي :

- الركن الشرعي: ويقصد به وجود نص قانوني جنائي يصف الفعل بأنه جريمة ويقدر لها عقاباً .
- الركن المادي: ويقصد به الفعل المادي الذي يعبر به المجرم عن فكره الإجرامي.

- الركن المعنوي: ويراد به حالة المجرم الذهنية وقت ارتكابه الركن المادي للجريمة، هل كانت إرادته متجهة إلى تحقيق الجريمة أي أنه كان متعمداً ارتكاب الجريمة، أم أن فعله الإجرامي وقع نتيجة إهماله وعدم احتياطه، أي إن الجريمة وقعت بغير تعمد منه .

وقد انتقد البعض فكرة الركن الشرعي للجريمة على أساس أن نص القانون الجنائي هو خالق الجريمة، فلا يمكن أن يكون ركناً فيها إذ كيف يمكن أن يكون الخالق ركناً في المخلوق[13].

ولذلك فإنناسوفنقتصر عند تحليلنا للأركان العامة لجريمة تهريب المهاجرين على الركن المادي والركن المعنوي للجريمة ، وذلك على النحو التالي :

1- الركن المادي لجريمة تهريب المهاجرين :

يقصد بالركن المادي للجريمة هو العمل الخارجي الذي تظهر به الجريمة إلى العالم الخارجي، سواء أكان ذلك بفعل أو بقول بحسب ما يتطلبه المشرع في كل جريمة على حدة ، ويتمثل هذا العمل في السلوك الذي يصدر عن الجاني والنتيجة المترتبة على هذا السلوك ، وعلاقة السببية بينهما، وهذا الركن هو أول الركنين اللذين ترتكز عليهما نظرية الجريمة، وإذا تخلف كله أو بعضه كان مانعاً من وجود الجريمة، وتختلف صورة الركن المادي حسب كل جريمة ، فالنص القانوني الخاص بكل جريمة هو الذي يحدد صورة الركن المادي فيها، فهو الذي يرسم السلوك المحظور والنتيجة المترتبة عليه محل الحظر، فمثلاً عندما يعرف القتل بأنه "إزهاق روح إنسان حي" فهذا تحديد الركن المادي في جريمة القتل، وعندما تعرف المادة (444) من قانون العقوبات السرقة بأنه " كل من اختلس منقولاً مملوكاً لغيره ". فهذا الاختلاس هو تحديد للركن المادي في جريمة السرقة[14].

ويتكون الركن المادي لأية جريمة من سلوك إجرامي يقع من المجرم، ونتيجة تترتب على ارتكاب هذا السلوك ، ورابطة تربط بين هذا السلوك وهذه النتيجة، تفيد في أن السلوك المحظور هو السبب الذي أدى إلى وقوع النتيجة، هذه الرابطة تسمى بعلاقة السببية.[15]

ونحاول أن نستعرض كل عنصر من عناصر الركن المادي لجريمة تهريب المهاجرين وذلك على النحو التالي:

أ- السلوك الإجرامي:

يعرف السلوك الإجرامي بأنه هو السلوك المادي الإرادي الخارجي الصادر عن إنسان والذي حظره القانون لتقديره أنه يسبب نتائج تمثل عدواناً أو تهديداً بالاعتداء على مصلحة يهم القانون الجنائي حمايتها ، وقد عرفه بعض علماء القانون الجنائي بأنه حركة الجاني الاختيارية التي تحدث تأثيراً في العالم الخارجي أو في نفسية المجني عليه[16]، فلا يكون سلوكاً إجرامياً السلوك المتجرد من الصفة الإرادية ولو أفضى من الناحية المادية ، إلى مساس بالحقوق التي يحميها القانون، مثال ذلك من أصيب بإغماء مفاجئ فوقع على أخر وأصابه بجراح[17].

ولكن لابد أن يأتي عملاً خارجياً مادياً يفصح في نظر القانون عن تهديد لمصلحة مهمة سواء أكان ذلك بالفعل أو بالقول ، فمبدأ "لا جريمة بغير نشاط مادي" يقف على قدم المساواة مع مبدأ "لا جريمة بغير نص"[18].

وقد قضى بأن الإنسان لا يسأل نفسه بصفته فاعلاً أو شريكاً إلا عما يكون لنشاطه دخل في وقوعه من الأعمال التي نص القانون على تجريمها، سواء أكان ذلك بالقيام بالفعل أم الامتناع الذي يجرمه القانون .

وتنص المادة السادسة من بروتوكول مكافحة جريمة تهريب المهاجرين عن طريق البر والبحر والجو المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المتمثلة عبر الوطنية الصادر في عام 2010 على:

1. يتعين على كل دولة طرف أن تعتمد ما قد يلزم من تدابير تشريعية وتدابير أخرى لتجريم الأفعال التالية في حال ارتكابها عمداً ومن أجل الحصول ، بصورة مباشرة أو غير مباشرة، على منفعة مالية أو منفعة مادية أخرى .

أ. تهريب المهاجرين.
ب. القيام بغرض تسهيل تهريب المهاجرين بما يلي :
- إعداد وثيقة سفر أو هوية انتحاليه .
- تدبير الحصول على وثيقة من هذا القبيل أو توفيرها أو حيازتها .
ج. تمكين شخص ليس مواطناً أو مقيماً دائماً في الدولة المعنية من البقاء فيها دون تقيد بالشروط اللازمة للبقاء المشروع في تلك الدولة ، وذلك باستخدام الوسائل المذكورة في الفقرة الفرعية (ب) من هذه الفقرة أو أية وسيلة أخرى غير مشروعة.

وبالنظر للمادة السادسة من بروتوكول مكافحة جريمة تهريب المهاجرين نجد أنها حددت السلوك الإجرامي لجريمة تهريب المهاجرين في ثلاث صور ، نحاول أن نستعرضها ونقوم بإلقاء الضوء عليها وذلك على النحو التالي :

الصورة الأولى : تهريب المهاجرين :

عرفت المادة الثالثة من البروتوكول تهريب المهاجرين بأنه :

تدبير الدخول غير المشروع لأحد الأشخاص إلى دولة طرف ليس ذلك الشخص من مواطنيها أو من المقيمين فيها ، وذلك من أجل الحصول بصورة مباشرة أو غير مباشرة على منفعة مالية أو منفعة مادية أخرى .

وقد استخدم المشرع الدولي لفظ (تدبير) وهذه الكلمة تعني في الفقه النظر في عواقب الأمور والتفكير فيها والاعتناء بها(19)، وهذا اللفظ يمكن ن يشمل لجميع الصور والأفعال التي يمكن أن تقوم بها جريمة تهريب المهاجرين، بحيث كان من الممكن الاكتفاء به دون النص على صور أخرى للسلوك الإجرامي .

ونحن نرى أن استخدام هذا اللفظ يعد استخداماً غير دقيق لأن السلوك الإجرامي لأي جريمة يجب أن يتم تحديده تحديداً دقيقاً حتى يمكن أن تتحقق به العدالة واحترام حقوق الإنسان.

وقد اشترط المشرع الدولي لقيام جريمة تهريب المهاجرين أن تكون الدولة طرفاً في معاهدة الأمم المتحدة ، وضرورة تحقيق منفعة مالية أو مادية للشخص القائم بهذا التدبير، وبالتالي فإن جريمة تهريب المهاجرين لا يسأل عنها الأشخاص الذين يقومون بعملية التهريب من أجل دافع معنوي كالأخوة والبنوة مثلاً. كما أن هذا البروتوكول لا يطبق إذا كانت عملية ا لتهريب في دولة ليست طرفاً في المعاهدة .

الصورة الثانية : تسهيل تهريب المهاجرين :

حدد المشرع الدولي الأسلوب الذي يقوم به السلوك الإجرامي لهذه الصورة في أسلوبين وهما :

أ. إعداد وثيقة سفر أو هوية .
ب. تدبير الحصول على وثيقة سفر من هذا القبيل أو توفيرها أو حيازتها.

ونحن نرى أن المشرع الدولي قد توسع في الأفعال المجرمة التي تقوم بها جريمة تهريب المهاجرين، حيث جرم عملية الإعداد والتدبير والتوفير بل مجرد حيازة وثيقة سفر أو هوية مزورة فإن الشخص يعد مرتكباً لجريمة تهريب المهاجرين حتى لو لم يقم باستخدامها أو البدء في استخدامها.

وبالنظر للمادة السادسة نجد ثلاث حالات تقوم بها جريمة تهريب المهاجرين بواسطة وثيقة سفر أو هوية مزورة وهذه الحالات هي:

الحالة الأولى: أن يقوم الشخص بعمل تزوير أو تحوير مادي في وثيقة السفر أو الهوية.

الحالة الثانية: أن يقوم الشخص بالحصول على وثيقة سفر أو هوية صحيحة وذلك بالتلفيق والإفساد أو الإكراه ، بأي طريقة غير مشروعة.

الحالة الثالثة: أن يتم استخدام الوثيقة من شخص غير الشخص صاحب الوثيقة .

ونرى أنه كان من الممكن الاستغناء عن هذه الصورة والاكتفاء بالصورة الأولى من صور السلوك الإجرامي – تهريب المهاجرين – لأن عملية تسهيل تهريب المهاجرين تدخل ضمن التدابير التي يتم بها عملية تهريب المهاجرين.

وهذا ما أقره مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة ، حيث حدد السلوك الإجرامي لجريمة تهريب المهاجرين في حالتين هما[20]:

أ- تدبير الدخول غير المشروع لشخص ما إلى دولة طرف ليس ذلك الشخص من رعاياها.

ب- تمكين شخص من البقاء في بلد ما هو ليس مواطناً أو مقيماً فيها بصورة شرعية .

ولم يتطرق إلى عملية تسهيل تهريب المهاجرين وذلك باعتبارها إحدى حالات الصورة الأولى من السلوك الإجرامي لجريمة تهريب المهاجرين .

الصورة الثالثة : تمكين شخص من البقاء في دولة ما دون وجه حق :

أقرت المادة السادسة من البروتوكول بهذه الصورة حيث نصت على أن أي شخص يقوم بتمكين شخص آخر من البقاء في دولة ما هو ليس مواطناً أو مقيماً فيها بصورة شرعية دون التقيد بالشروط اللازمة للبقاء المشروع في ذلك البلد من أجل الحصول بصورة مباشرة أو غير مباشرة على منفعة مالية أو مادية أخرى.

ويلاحظ أن المشرع الدولي اشترط لقيام المسئولية الجنائية عن جريمة تهريب المهاجرين في هذه الحالة شرطان هما:

1. تمكين شخص من البقاء غير المشروع في دولة ما .
2. أن يكون هذا البقاء من أجل الحصول على منفعة مالية أو مادية أخرى.

أما المشرع الليبي فقد بين السلوك الإجرامي لجريمة تهريب المهاجرين في نص المادة الثانية من القانون رقم (19) لسنة 2010م بشأن مكافحة الهجرة غير الشرعية بقولها " يعتبر من أعمال الهجرة غير المشروعة ما يلي :

أ. إدخال المهاجرين غير الشرعيين إلى البلاد أو إخراجهم منها بأية وسيلة .

ب. نقل وتسهيل نقل المهاجرين غير الشرعيين داخل البلاد مع العلم بعدم شرعية وجودهم.

ج. إيواء المهاجرين غير الشرعيين أو إخراجهم أو إخفاؤهم بأية طريقة عن تتبع الجهات المختصة أو إخفاء معلومات عنهم لتمكينهم من الإقامة في البلاد أو الخروج منها.

د. إعداد وثائق للسفر أو هوية مزورة للمهاجرين ، أو توفيرها ، أو حيازتها لهم.

ه. تنظيم أو مساعدة أو توجيه أشخاص أخرين للقيام بأي فعل من الأفعال المنصوص عليها في الفقرات السابقة"[21].

وبعدهذاالعرضللسلوكالإجراميالمكونلجريمةتهريبالمهاجرينفإنناننتقلللعنصرالثانيمنعناصرالركنالماديوهوالنتيجةالإجرامية.

ب- النتيجة الإجرائية :

تحتل النتيجة في قانون العقوبات أهمية محدودة بالقياس إلى السلوك الإجرامي ذلك أن كثيراً من الجرائم، بل أهمها وأخطرها، يعاقب عليه بصرف النظر عن حدوث النتيجة (نظرية الشروع) ، فسوف نرى أن الشروع في الجريمة – وهو حالة تخلف النتيجة- معاقب عليه بصفة عامة أو أصلية في الجنايات وهي أخطر الجرائم كما أن المشرع يعاقب أيضاً على الشروع في عدد من الجنح ، بل إن المشرع يكتفي أحياناً بعقاب السلوك الإجرامي وحده حيث لا يتصور أن تكون له نتيجة منفصلة عنه وهو ما يقال له الجرائم الشكلية[22].

وبالنظر إلى جريمة تهريب المهاجرين نجد أنها من الجرائم الشكلية ، حيث إن المشرع الدولي لم يستلزم لقيام الجريمة تحقق النتيجة الإجرامية من عملية التهريب -الوصول إلى بلد المقصد- وإنما اكتفى بقيام الجريمة بارتكاب إحدى صور السلوك الإجرامي المنصوص عليها في المادة السادسة من البروتوكول، وبذلك فإن الركن المادي لجريمة تهريب المهاجرين يكون قد انتهى بارتكاب إحدى صورالسلوك الإجرامي دون اشتراط لحدوث نتيجة إجرامية.

وأيضاً المشرع الليبي لم يستلزم لقيام هذه الجريمة تحقيق النتيجة الإجرامية من عملية التهريب وإنما اكتفى بقيام الجريمة بارتكاب إحدى صور السلوك المادي لجريمة الهجرة غير الشرعية المنصوص عليها في المادة الثانية من القانون رقم (19) لسنة 2010 مسيحي بشأن مكافحة الهجرة غير الشرعية.

2- الركن المعنوي لجريمة تهريب المهاجرين :

لا يكفي لوقوع الجريمة أن يرتكب الشخص الفعل المكون للركن المادي للجريمة كما هو موصوف به في نموذجها القانوني ، وإنما يلزم أن يكون شخص قد ارتكب خطأ[23] ، ولهذا ساد في القانون الجنائي مبدأ أن "لا جريمة بدون خطأ" ومهما يكن من أمر تأسيس المسئولية في بعض الأحيان بدون خطأ ، فإن ذلك لا يشكل إلا استثناءً على المبدأ المذكور في حدود لا تنال من فاعليته بالنسبة للقاعدة العامة في المسئولية الجنائية.

والخطأ الجنائي الذي لا تقوم الجريمة إلا به كقاعدة عامة ، هو تعبير عن العنصر النفسي للجريمة، فلا يكفي أن تسند الجريمة مادياً إلى شخص معين، هو مرتكب النشاط الإجرامي فيها، عن طريق رابطة السببية التي تربط السلوك والنتيجة، وإنما يلزم إمكان اسنادها إليه معنوياً ، بمعنى أن تتوافر بينه وبين تلك الجريمة رابطة نفسيه تصلح بعد ذلك كأساس الحكم بتوافر ذلك العنصر النفسي[24].

وقد نصت المادة السادسة من بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين على أنه"يتعين على كل دولة أن تعتمد ما قد يلزم من تدابير تشريعية وتدابير أخرى لتجريم الأفعال التالية في حال ارتكابها عمداً من أجل الحصول بصورة مباشرة أو غير مباشرة على منفعة مالية أو منفعة مادية أخرى ".

وباستقراء هذا النص نجد أنه قد أقر بأن جريمة تهريب المهاجرين من الجرائم العمدية والتي لا يعاقب عليها إذا ارتكبها شخص ما بحسن نية دون توافر أي قصد جنائي لارتكابها . كما أن المادة السادسة لم تكتفي باشتراط أن تتوافر لدى الجاني في جريمة تهريب المهاجرين – العلم والإرادة فقط- لارتكاب الأفعال المنصوص عليها في هذه المادة ، بل اشترطت بجانب العلم والإرادة أن تتحقق منفعة مالية أو مادية سواء بصورة مباشرة أو غير مباشرة أي ضرورة توافر قصد جنائي خاص.

وأيضاً باستقراء الفقرة (ب) من المادة الثانية من القانون رقم (19) لسنة 2010 بشأن مكافحة الهجرة غير الشرعية في القانون الليبي التي تنص على " ب- نقل أو تسهيل نقل المهاجرين غير الشرعيين داخل البلاد مع العلم بعدم شرعية وجودهم بها " بأن جريمة تهريب المهاجرين جريمة عمدية تتطلب قيام العلم والإرادة لدى مرتكب هذه الجريمة.

لذلك فإننا سوف نقتصر عند تناولنا للركن المعنوي لجريمة تهريب المهاجرين على القصد الجنائي فقط دون الخطأ غير العمدي ، وكما سوف نستعرض اشتراط ضرورة حصول الجاني على منفعة مالية أو مادية ، وذلك من خلال استعراض الأحكام القانونية لمفهوم القصد الجنائي العام والخاص على النحو التالي :

أ- مفهوم القصد الجنائي العام :

هو أول وأهم صور الركن المعنوي في الجريمة، لأنه طالما أن الجريمة تمرد على القانون ، فإن أبرز صورة لهذا التمرد هو التي يتعمد فيها الإنسان مخالفة القانون ولا تضع التشريعات عادة تعريفاً للقصد الجنائي، ولا لأي من الأفكار المرتبطة به من بعيد أو قريب[25].

لذلك فإن علماء القانون الجنائي اتجهوا نحو تعريفه بأنه " هو اتجاه إرادة الجاني نحو ارتكاب الجريمة – سلوكاً ونتيجة – مع العلم بتوافر أركانها القانونية " أي أن القصد الجنائي علم وإرادة[26].ومن هنا يمكن القول إن القصد الجنائي يقوم على عنصرين أساسيين هما (العلم والإرادة).

1- العلم : يجب على الجاني أن يكون عالماً بأركان الجريمة ، كما يجب عليه أن يكون عالماً ببعض الوقائع المادية التي من أهمها[27].

– **العلم بخطورة السلوك الإجرامي:** إن المشرع يجرم الفعل عندما يشكل هذا الفعل خطراً على الحق الذي يحميه القانون، وإذا كان القصد الجنائي هو إرادة الجاني ارتكاب الفعل المجرم فإن هذه الإرادة تفترض العلم بالفعل. ولتطبيق ذلك على الجريمة موضوع البحث فإنه يجب توافر علم الجاني بخطورة السلوك الإجرامي الذي من شأنه أن يؤدي إلى تمكين الغير من الدخول أو الخروج أو البقاء في إقليم الدولة بصورة غير مشروعة، بناء على ذلك إذا كان المتهم بهذه الجريمة يعتقد بأن فعل الإدخال أو الإخراج أو تدبير الإقامة الذي يرتكبه مشروع غير مخالف لأحكام القانون عندها ينتفي لديه القصد الجنائي(28)، على سبيل المثال اعتقاد ضابط الجوازات بأن الأشخاص الذين يقوم بإدخالهم يحملون تصريحات دخول صحيحة في حين أنهم لا يمتلكون هذه التصريحات . كذلك يجب على الفاعل أن يعلم بأن من شأن السلوك الذي يرتكبه أن يلحق الأذى بالمجني عليه أو يعرض حياته للخطر أو يهدر كرامته الإنسانية أو يعرض الدول التي يتم اجتيازه حدودها على نحو غير مشروع إلى الخطر كانتشار البطالة أو الأمراض فيها.

– **العلم بموضوع الحق المعتدي عليه:** لا يمكن تصور وجود الحق من دون وجود محل ينصب عليه ، فالمحل في أغلب الأحيان هو كيان مادي يجب أن يقع عليه فعل الجاني، حيث يفترض القصد الجنائي بتوافر هذا المحل مستكملاً للشروط التي تجعله صالحاً لكي يكون محلاً للحق(29) ، ففي جريمة تهريب المهاجرين يجب أن يعلم الجاني بأن فعله يقع على إنسان على قيد الحياة ، أي إن الشخص الذي يقوم الجاني بإدخاله أو إخراجه أو تدبير بقائه على نحو غير مشروع في إقليم الدولة هو إنسان حي فإذا كان الفاعل معتقداً بأن سلوكه مقتصر على إدخاله أو إخراج الأشياء من إقليم الدولة أو إليها في حين أن سلوكه يؤدي إلى إدخاله أو إخراج أشخاص من إقليم الدولة أو إليها دون علم منه فهنا ينتفي قصده الجنائي ولا يمكن مساءلته عن هذه الجريمة.

– **العلم بصفة الشخص المهرب** : يتصف الشخص المهرب بأنه غير وطني (أجنبي) لذلك يجب أن يكون الجاني على علم بهذه الصفة ، لذلك فإن القصد الجنائي في جريمة تهريب المهاجرين يعد منتفياً إذا ثبت انتفاء علم الجاني بصفة الشخص المهرب كونه أجنبياً . هذا وأن عبء إثبات انتفاء العلم يقع على عاتق المتهم.

2- **الإرادة** : هي عبارة عن نشاط نفسي أو ذهني لشخص يقوم بتوجيهه لارتكاب الجريمة، وذلك إما بالقيام بفعل يمنعه القانون أو الامتناع عن القيام بفعل يأمر به القانون، مما يؤدي إلى المساس بحق ، أو مصلحة يحميها القانون الجنائي . ففي جريمة تهريب المهاجرين يجب أن تتجه إرادة الجاني إلى ارتكاب فعل الإدخال أو الإخراج أو تدبير الإقامة على نحو غير مشروع من أو إلى إقليم الدولة ، على هذا الأساس يعد القصد الجنائي منتفياً إذا ثبت ارتكاب الجريمة تحت تأثير المسكر القصري أو تحت تأثير الإكراه ، كذلك ينتفي القصد الجنائي إذا كان فعل الإدخال أو الإخراج أو تدبير الإقامة قد وقع عن طريق الخطأ، ومثال ذلك إذا سمح ضابط الجوازات بدخول شخص يحمل جواز سفر لكنه غير ساري المفعول سهواً، فهنا ينتفي القصد الجنائي لديهوبالتالي لا يمكن مساءلته عن جريمة تهريب المهاجرين. هذا بخصوص القصد الجنائي العام(30).

ب- القصد الجنائي الخاص :

يكتفي المشرع بحسب الأصل في تكوين القصد الجنائي باتجاه الإرادة نحو تحقيق الغرض من السلوك الإجرامي، وهو تحقيق النتيجة الإجرامية المحظورة دون بحث فيما هو أبعد من ذلك من غرض بعيد يهدف إليه الجاني وهو ما نسميه بالغاية فإذا اكتفى المشرع باتجاه الإرادة نحو هذا الغرض سمي القصد الجنائي قصداً عاماً(31).

ولكن يحدث أحياناً قليلة لا يكتفي المشرع بأن تتجه إرادة الجاني نحو هذا الغرض القريب ، بل يشترط لكي يتكون القصد الجنائي أن يمتد نطاق الإرادة حتى يشمل الغرض البعيد

(الغاية) من ارتكاب السلوك الإجرامي ، فيحدد المشرع غاية معينة يعلن أنها هي التي تهمه فقط دون سائر الغايات ، فهنا لابد لتكوين القصد الجنائي من أن تكون هذه الغاية التي تهم المشرع هي التي اتجهت إليها فعلاً إرادة الجاني . فإذا ثبت أن الجاني كانت له غاية أخرى غير التي حددها المشرع فإن القصد الجنائي لا يتكون [32].

في هذه الحالات التي يشترط فيها المشرع هذا الامتداد للإرادة لتكوين القصد الجنائي يسمى هذا القصد بالقصد الجنائي الخاص.

3- محل جريمة تهريب المهاجرين :

إن تحقق جريمة تهريب المهاجرين يستلزم وجود اتفاق بين الجاني والشخص المراد تهريبه ، وهذا يعني انعدام تصور قيام هذه الجريمة ما لم تنصب الأفعال المكونة لها على إنسان حي ، فيجب أن يكون الشخص الذي يتم إدخاله إلى إقليم الدولة أو إخراجه منها أو تدبير بقائه فيها على نحو غير مشروع إنساناً.

ثانياً : الظروف الخاصة بجريمة تهريب المهاجرين :

يتحقق الوجود القانوني للجريمة إذا توافرت أركانها، بما تشتمل عليه من عناصر مادية ومعنوية ، فالجريمة – كما سبق أن أشرت – تقوم على ركنين أساسيين هما: الركن المادي، والركن المعنوي، وكل ركن يشتمل على عناصر معينة. والأصل أن يكفي توافر هذه الأركان فقط ليتحقق الهيكل القانوني للجريمة .

بيد أن القانون قد يستلزم أحياناً عناصر إضافية ينص عليها في النموذج القانوني لجريمة معينة، وفي هذه الحالة لا تتوافر الجريمة إلا مع توافر هذه العناصر الإضافية، وإلا امتنع تطبيق النص المتضمن لذلك النموذج على الجاني، وإخضاعه لنص الجريمة العادية التي لا تشتمل على العنصر الإضافي، ومن ثم فإن المشرع يحدد النموذج القانوني للجريمة ويقيمه على ركنين أساسيين: هما الركن المادي والركن المعنوي ، ثم يضع نصوصاً أخرى تعالج الجريمة ذاتها مقترنة بظروف أخرى يترتب عليها التأثير في الجزاء الجنائي تشديداً أو تخفيفاً . وهذا التأثير قد ينطوي على تغيير في وصف الجريمة، وقد يقتصر على مجرد التغيير في العقوبة دون المساس بهذا الوصف[33].

وينبغي على ذلك أن الظرف يعتبر عنصراً إضافياً في النموذج القانوني للجريمة لا يدخل في التكوين القانوني للجريمة في صورتها البسيطة، وفي هذه الحالة يخول القاضي ، إذا تأكد من توافر هذا العنصر الإضافي، سلطة تطبيق العقوبة المقررة في النموذج القانوني تشديداً أو تخفيفاً .

غير أن هناك نوعاً من الظروف ينحصر تأثيرها في تخفيف العقوبة عن الحد الأدنى المقرر لها – لا تقوم على عناصر معينة أوجب القانون توافرها – ترك أمر استخلاصها للقاضي من وقائع وملابسات كل قضية على حدة ، لتحديد مدى خطورة المجرم وتفريد العقوبة الملائمة، وبالتالي فإن هذه الظروف لا تعتبر من عناصر النموذج القانوني للجريمة لأنها غير محددة سلفاً من قبل المشرع . والسمة المميزة لها هي خضوعها للسلطة التقديرية للقاضي والتي وضع لها المشرع ضوابط بالمادة (29) من قانون العقوبات الليبي تتعلق بالنزول عن الحد الأدنى المقرر قانوناً للجريمة، ومن أجل ذلك يطلق الفقه على تلك الظروف اسم "الظروف القضائية المخففة"[34] ، ونصت المادة (29) من قانون العقوبات الليبي لبيان الظروف القضائية المخففة بقولها "يجوز للقاضي إذا استدعت ظروف الجريمة رأفته أن يستبدل العقوبة أو يخففها على الوجه التالي :

- السجن المؤبد بدلاً من الإعدام .
- السجن بدلا من السجن المؤبد.
- الحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر بدلاً من السجن."

وأيضاً تنص المادة السادسة من بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين في الفقرة (3) منها على: "يتعين على كل دول طرف أن تعتمد ما قد يلزم من تدابير تشريعية وتدابير أخرى لاعتبار أي ظروف:

أ. تعرض للخطر، أو يرجح أن تعرض للخطر، حياة أو سلامة المهاجرين المعنيين.

ب. تستتبع معاملة أولئك المهاجرين معاملة لا إنسانية أو مهينة ، بما في ذلك لغرض استغلالهم ، ظروفاً مشددة للعقوبة في الجرائم المقررة وفقاً للفقرة (أ) و (ب) "1" و (ج) من هذه المادة ، وهنا بالمفاهيم الأساسية لنظامها القانوني ، في الجرائم المقررة وفقاً للفقرة "2" (ب) و (ج) من هذه المادة".

ومن استقراء الفقرة السابقة يتضح أنه يوجد نوعان من الظروف المشددة وفقاً للأفعال الإجرامية المرتكبة ، حيث فرقت المادة بين الظروف المشددة لأفعال تهريب المهاجرين وإعداد وثيقة سفر أو هوية انتحاليه والظروف المشددة لتدبير الحصول على وثيقة سفر أو تمكين شخص من البقاء غير المشروع في دولة طرف.

وسوف نقوم بإلقاء الضوء على الظروف المشددة لكل من هذه الأفعال السابقة:

أ- الظروف المشددة المتعلقة بأفعال تهريب المهاجرين وإعداد وثيقة سفر أو هوية انتحاليه.

أقر المشرع الدولي ظروفاً مشددة لهذه الأفعال بحيث إذا توافرت هذه الظروف فإنه يجب أن يتم تشديد العقوبة ، ويمكن أن تجمل هذه الظروف المشددة في الآتي :

أ. تعرض حياة المهاجرين للخطر.

ب. ترجيح احتمالية تعرض المهاجرين للخطر.

ج. معاملة المهاجرين معاملة لا إنسانية أو مهينة .

د. استغلال هؤلاء المهاجرين.

ويجب أن نلاحظ أن المشرع الدولي عندما أقر هذه الظروف المشددة لم يقرها على سبيل الحصر، بل أنه أراد التأكيد على أهمية تشديد العقوبة إذا توافرت هذه الظروف، حيث إنه يجوز للدولة تشديد العقوبة لأي ظروف قد يراها النظام القانوني لهذه الدولة يستلزم أن يتم التشديد فيها لحماية أمنها ومواطنيها، وهذا ما أكدت عليه الفقرة (4) من المادة السادسة من الاتفاقية حيث نصت على أنه:(ليس في هذا البروتوكول ما يمنع أي دولة طرف من اتخاذ تدابير ضد أي شخص يعد سلوكه جرماً بمقتضى قانونها الداخلي).

ويُحمد للمشرع الدولي أنه قد جعل من مجرد ترجيح إمكانية تعرض المهاجرين للخطر ظرفاً مشدداً حتى لو لم يتم تعرضهم لهذا الخطر، حيث إن الجناة لم يكونوا مهتمين بأرواح هؤلاء المهاجرين رغم ترجيح وجود خطر على أرواحهم وقاموا بعملية التهريب أي إنهم أقدموا على عملية التهريب وهم على يقين من احتمالية تعرض هؤلاء المهاجرين للخطر بنسبة كبيرة ورغم ذلك أقدموا على عملية التهريب.

ويُحمد له أيضاً تشديد العقوبة إذا توافرت المعاملة اللاإنسانية لهؤلاء المهاجرين.

ب - الظروف المشددة المتعلقة بأفعال تدبير الحصول على وثيقة أو تمكين شخص من البقاء غير المشروع في دولة أخرى.

لم ينص المشرع الدولي على ظروف محددة تتعلق بهذه الأفعال وإنما تركها للنظام القانوني للدولة ، حيث يتم تشديد العقوبة وفقاً للقواعد الأساسية للتشديد في النظام القانوني لهذه الدولة .

المطلب الثاني
الشروع في جريمة تهريب المهاجرين(الجريمة الناقصة)

إن أركان الجريمة التامة، تتكون من ركن مادي يتمثل في سلوك إجرامي ونتيجة غير مشروعة، وعلاقة سببية بينهما، وركن معنوي يتمثل إما في القصد الجنائي أو الخطأ غير العمدي .

ولكن الجرائم لا تقع بهذه الصورة الكاملة ، فقد يحدث أن يتخلف أحد العناصر المادية للجريمة العمدية، وكان الأصل ألا تتكون الجريمة في هذه الحالة، ولكن المشرع خروجاً على هذا الأصل تدخل بالعقاب إذا كان النقص في هذه العناصر قد اقتصر على عنصر النتيجة الإجرامية(35)،لذلك كانت جريمة الشروع صورة خاصة من صور الجريمة العمدية(36)،وترجع الحكمة في العقاب على الشروع، إن المشرع يهدف بتجريم بعض الأنشطة إلى حماية مصلحة معينة، فإنه بالنسبة للمصالح المهمة لا ينتظر حتى تقع النتيجة الإجرامية بالفعل لتضر المصلحة التي ينشد حمايتها ، وإنما يتدخل بالعقاب قبل وقوع هذه النتيجة، وبمجرد ظهور سلوك يهدد هذه المصلحة بالخطر الجدي .

ويلجأ المشرع في سبيل ذلك إلى استخدام أسلوبين فنيين من الناحية القانونية ويتمثل الأسلوب الأول في أن يجعل المشرع من مرحلة أو أخرى من مراحل الجريمة جريمة تامة مستقلة بذاتها(37).

وهذا الأسلوب يرد على جرائم معينة يحددها المشرع بالنص ، فمحل دراستها القسم الخاص من قانون العقوبات والقوانين التكميلية وقوانين العقوبات الخاصة ، مثل ذلك جريمة البيع بأكثر من التسعيرة، قد يمهد لها البائع بأن يمتنع عن وضع السعر المحدد على البضاعة حتى لا يعرف المشتري هذا السعر فيسهل عليه البيع له بأكثر من هذا السعر ، فهنا يجعل المشرع عن هذا الامتناع عن وضع السعر المحدد جريمة مستقلة بذاتها يعاقب عليها حتى ولو لم يحدث بيع بأكثر من التسعيرة . وهذا ما يتضح فيما بعد حيث إن معظم جرائم الهجرة غير المشروعة اكتفى فيها المشرع بالعقاب على مجرد ارتكاب السلوك الإجرامي ، ولم يشترط لقيام المسئولية الجنائية تحقق نتيجة هذا السلوك مثل جريمة دخول البلاد دون تصريح أو الدخول من غير المنافذ المشروعة .

فليس في هذا الأسلوب ما يمثل قاعدة عامة ذات أهمية في القسم العام من قانون العقوبات لأنه يجرم الفعل بوصفه جريمة خاصة .

أما الأسلوب الثاني الذي يستخدمه المشرع . ففيه يعاقب على بلوغ الجاني مرحلة معينة من مراحل الجريمة التي لم تقع نتيجتها تكون قد برزت فيها صورة التهديد للمصلحة المحمية بشكل واضح ، ويتم ذلك عن طريق نظرية الشروع في الجريمة(38) ، وهذا ما نجده أيضاً في جريمة تهريب المهاجرين حيث اعتبر المشرع الدولي بعض المراحل التي تسبق ارتكاب جريمة تهريب المهاجرين شروعاً فيها .

وهذا ما أكدت عليه المادة السادسة من بروتوكول مكافحة جرائم تهريب المهاجرين في البند (أ) من الفقرة (2) حيث نصت على الآتي :

"(1) يتعين على كل دولة طرف أن تعتمد أيضاً ما قد يلزم من تدابير تشريعية وتدابير أخرى لتجريم (أ) الشروع في ارتكاب جرم من الجرائم المقررة وفقاً للفقرة (1) من هذه المادة، وذلك رهناً بالمفاهيم الأساسية لنظامها القانوني"

ويتضح من نص المادة السابقة أن المشرع الدولي ترك للدولة العضو في الاتفاقية تجريم الشروع في جرائم تهريب المهاجرين وفقاً للأحكام القانونية العامة لها ولم يوليها أي نصوص قانونية خاصة للشروع في جريمة تهريب المهاجرين .

ونحن نرى أنه يصعب تحديد الشروع في جريمة تهريب المهاجرين وذلك لأنها من الجرائم الشكلية التي يعاقب عليها بمجرد اتيان السلوك الإجرامي دون الانتظار لوقوع نتيجة وهي وصول "المهاجر" المهرب إلى بلد المقصد.

كما أن المشرع الدولي قد وسع من نطاق التجريم لجميع الصور التي تتعلق بجريمة تهريب المهاجرين ، حتى إنه في بعض الحالات والتي يمكن أن تعتبر شروعاً وفقاً لقواعد الشروع العادية التي نص عليها المشرع في المادة (59) من قانون العقوبات الليبي نجد أن المشرع الدولي قد وضعها ضمن السلوك الإجرامي للجرائم التامة، فمثلاً إعداد وثيقة سفر مزورة فإنه وفقاً للقواعد العامة للشروع يمكن أن نعتبرها شروعاً لجريمة تهريب المهاجرين ، أما وفقاً للمشرع الدولي فإن مجرد إعداد وثيقة سفر مزورة تدخل ضمن حالات السلوك الإجرامي لجريمة تهريب المهاجرين .

ويُحمد للمشرع الدولي سلوك هذا الاتجاه حيث يترتب على التوسع في حالات السلوك الإجرامي – التي تدخل ضمن الركن المادي لجريمة تهريب المهاجرين- إقامة المسئولية الجنائية على جميع من يشترك في ارتكاب هذه الجريمة وبالتالي يتم مكافحتها والوقاية منها.

المطلب الثالث
المساهمة الجنائية في جريمة تهريب المهاجرين

تمهيد وتقسيم:

أقر بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين أن جريمة تهريب المهاجرين من الجرائم المنظمة عبر الوطنية ، والتي لا يتم ارتكابها إلا من خلال جماعات إجرامية منظمة ، أي أن هذه الجريمة لا يتصور ارتكابها إلا من خلال تضافر جهود عدد من الجناة لإتمام هذه الجريمة(39).

يقصد بالمساهمة الجنائية تداخل أكثر من جان في ارتكاب الجريمة ذاتها وتعدد الجناة الذين ارتكبوا الجريمة قد يكون ضرورياً لوقع الجريمة قانونياً ، بحيث لا يتصور ارتكابها من شخص واحد ، فتكون المساهمة في هذه الحالة "مساهمة ضرورية" ومن أمثلة ذلك جريمة المواقعة وجريمة الاتفاق الجنائي. وقد يكون تعدد الجناة "عرضياً" أي لا يشترطه القانون لوقوع الجريمة ، بحيث يتصور ارتكابها من شخص واحد أو يساهم معه آخر أو أكثر، فتكون المساهمة في هذه الحالة "عرضية أو احتمالية" . ومن أمثلة ذلك جريمة السرقة أو القتل أو التزوير أو غير ذلك من الجرائم التي تقع بحسب طبيعتها من شخص واحد أو أكثر(40).

ويتوقف تحديد نوع المساهمة على ضوء النموذج القانوني للجريمة ، بحيث إذا كان يتطلب التعدد . كانت المساهمة ضرورية، أما إذا كان لا يتطلبه ، فالمساهمة عرضية أو احتمالية(41).

وتثير الجريمة التي يرتكبها عدد من الجناة دون أن يكون هذا التعدد ضرورياً مشاكل متعددة متصلة بكيفية توزيع المسئولية بين الجناة المتعددين؟ فهل تكون مسئولية الجميع واحدة ؟ أم على العكس من ذلك يجب ألا تكون هذه المسئولية واحدة طالما تنوعت الأدوار التي قاموا بها في طبيعتها، وتفاوتت أهميتها في تحقق الجريمة(42) قد يكون دور المساهم هوالدور الرئيسي أو المباشر حيث تكون المساهمة واردة على الفعل أو الأفعال الأصلية التي يقوم عليها الركن المادي مباشرة، ويتحقق به كيان الجريمة، فتكون المساهمة في هذه الحالة "مساهمة أصلية"، ويسمى هذا المساهم "بالفاعل"، وقد يكون دور المساهم في إحداث الجريمة "ثانوياً"، حيث تكون المساهمة خارجة عن تنفيذ الفعل المكون للجريمة ، وتتصل به اتصالاً غير مباشر، وذلك إما عن طريق الاتفاق أو التحريض أو المساعدة ، وتوصف المساهمة في هذه الحالة بأنها "مساهمة تبعية" ، ويسمى هذا المساهم "بالشريك"(43).

التمييز بين الجريمة المنظمة والمساهمة الجنائية(44).

تتميز المساهمة الجنائية في الجريمة المنظمة باعتبار أن جريمة تهريب المهاجرين إحدى صورها عن الجرائم الأخرى التي يتعدد فيها الجناة، في أن الجريمة المنظمة تتطلب لقيامها وفقاً للرأي الغالي وجود عدد كبير نسبياً من الجناة ، وهو ثلاثة أشخاص فأكثر . بينما يكفي في الثانية (المساهمة الجنائية في الجرائم العادية) أن تتوافر أركان المساهمة في الجريمة بين مجرد شخصين. ومن ناحية ثانية، فإن الجريمة المنظمة كجريمة مستقلة ، يكتفي المشرع للعقاب عليها بمجرد الانتماء إلى هذه الجماعة بأية صفة، وإن شدد العقوبة بالنسبة لبعض الجناة فيها كرئيس أو مدير الجماعة الإجرامية – دون تطلب وقع أية جريمة أخرى مما تسعى تلك الجماعة إلى ارتكابها – أما المساهمة الجنائية ، الأصلية أو التبعية ، فيجب لقيامها قانوناً أن تقع الجريمة محل المساهمة – أو جريمة محتملة لها – سواء في صورة تامة أو الشروع المعاقب عليه.

ومن ناحية ثالثة ، فإن الجريمة المنظمة تفترض – كما قدمت – هيكلاً تنظيمياً ثابتاً يقوم على تقسيم المهام بين أعضاء الجماعة الإجرامية بدقة، وبالتالي فهي مستمرة فترة طويلة من الزمن، بينما تقوم صور المساهمة الجنائية، ما دامت قد توافرت أركانها (وحدة الجريمة ، وتعدد الجناة) ، وغالباً ما يكون هذا التعدد عرضياً بحيث تتجه إرادة المساهمين إلى التدخل في ارتكاب جريمة معينة ، سواء في الحال، أو حتى في المستقبل القريب، وبالتالي لا يتوافر فيها

الهيكل التنظيمي سالف الذكر، حتى وإن قام المساهمين في الجريمة بتوزيع الأدوار فيما بينهم ، ووضعوا خطة لتنفيذها، وإن اختلف وصف المساهم تبعاً للدور الذي قام به في الجريمة ، فإن كان هذا الدور رئيسياً اعتبر الجاني فاعلاً أصلياً أو فاعلاً مع غيره، وإن كان دوره ثانوياً واتخذ نشاطه الإجرامي صورة التحريض أو الاتفاق أو المساعدة على ارتكاب الجريمة فإنه يسأل كشريك .(45)

ومن ناحية رابعة ، فإن الجريمة المنظمة أشد خطورة على المجتمع من المساهمة الجنائية التقليدية – للاعتبارات التي سبقت الإشارة إليها - وهذا ما دفع بعض التشريعات التي تشدد العقوبة على بعض الجرائم في حالة ارتكابها من عصابة إجرامية منظمة ، إلى زيادة هذا التشديد بصورة أكبر تميزه عن العقوبة المشددة لبعض الجرائم في حالة تعدد الفاعلين أو الشركاء(46). ومن أمثلة هذه التشريعات قانون العقوبات الفرنسي الجديد.

ولذلك فإننا سوف نتناول أحكام وقواعد المساهمة الجنائية بجريمة تهريب المهاجرين ، من خلال استعراض الأحكام العامة للمساهمة الجنائية في قانون العقوبات الليبي وقواعد المساهمة الجنائية عند المشرع الدولي محاولاً استخلاص القواعد التي يمكن تطبيقها على جريمة تهريب المهاجرين وذلك من خلال ثلاث فروع :

الفرع الأول : أركان المساهمة الجنائية في جريمة تهريب المهاجرين .
الفرع الثاني : المساهمة الجنائية الأصلية في جريمة تهريب المهاجرين .
الفرع الثالث : المساهمة الجنائية التبعية في جريمة تهريب المهاجرين.

الفرع الأول
أركان المساهمة الجنائية في جريمة تهريب المهاجرين

إن المساهمة الجنائية تعني تضافر جهود عدة أشخاص في ارتكاب الجريمة لذلك فإنه لا قيام للمساهمة الجنائية إذا تعدد الجناة ، وتعددت جرائمهم ، لأنه في هذه الحالة يكون كل مجرم مسئولاً عن جريمته استقلالاً . وكذلك الشأن إذا كان الجاني واحداً وتعددت جرائمه. فهو مسئول عن كل جريمة على حدة . أما في المساهمة الجنائية فتأخذ صورة اجتماع عدد من الجناة على مشروع إجرامي واحد ، يساهمون فيه بدرجات متفاوتة، بحيث تتحقق جريمة واحدة من جموع أفعال المساهمين يستخلص من ذلك أنه يلزم توافر أمرين للقول بالمساهمة الجنائية : تعدد الجناة ، ووحدة الجريمة غير أن الجريمة لا تكون واحدة لمجرد تعدد الجناة الذين ساهموا في ارتكابها، وإنما يلزم أن تجمع الجناة رابطة معنوية، ومن ثم تتحقق وحدة الجريمة إذا اجتمعت بين عناصرها وحدة مادية ووحدة معنوية، أي جمعت بينهما وحدة تضم ركنها المادي من جهة وركنها المعنوي من جهة أخرى، فإذا انتفى أحد هذين الركنين، فلا تقوم للمساهمة الجنائية قائمة ولا تثور أحكامها(47).

ونظراً لأن جريمة تهريب المهاجرين من الجرائم المنظمة التي لا يتم ارتكابها إلا من خلال جماعات إجرامية منظمة ، فإنه لكي تقوم المسئولية الجنائية تجاه أفراد هذه الجماعات الإجرامية يجب أن يتحقق بينهم المساهمة الجنائية بركنيها المادي والمعنوي ، وذلك لإمكان مساءلتهم جنائياً عن ارتكابهم جريمة تهريب المهاجرين وذلك ما يتم إيضاحه على النحو التالي:

أولاً : الركن المادي للمساهمة الجنائية لجريمة تهريب المهاجرين:

تفترض المساهمة الجنائية تضافر جهود الجناة في ارتكاب الجريمة بارتكاب كل منهم فعلاً من الأفعال المادية المكونة للجريمة بحيث يؤدي نشاطهم الإجرامي إلى النتيجة الإجرامية، وأن يرتبط كل فعل من أفعال المساهمين بتلك النتيجة برابطة السببية، فكل من الأفعال التي ارتكبها الجناة المتعددون يجب أن تؤدي إلى نتيجة واحدة تتحقق بها الجريمة(48).

ونظراً لأن جريمة تهريب المهاجرين من الجرائم الشكلية التي لم يشترط المشرع فيها تحقق نتيجة إجرامية لكي تقام المسئولية الجنائية ضد مرتكبيها حيث يكتفي بمجرد قيام الشخص

بإحدى صور السلوك الإجرامي المكون للجريمة، فإن المساهمة الجنائية لدى الجناة تقام بمجرد ارتكاب الجناة للأفعال المكونة للسلوك الإجرامي وتوافر الركن المعنوي للمساهمة الجنائية نحو ارتكاب إحدى صور السلوك الإجرامي لجريمة تهريب المهاجرين .

ثانياً : الركن المعنوي للمساهمة الجنائية لجريمة تهريب المهاجرين :

إن وحدة الركن المعنوي تستلزم أن يجمع بين المساهمين رابطة ذهنية أو معنوية، يتحقق بها وحدة الركن المعنوي ، بحيث يمكن القول بتوافر المساهمة الجنائية وقد أطلق البعض على هذه الرابطة اسم رابطة المساهمة[49] ، وسماها البعض الآخر برابطة التضمن أو المشاركة[50]، وقد اجتمع الفقه على ضرورة توافر هذه الرابطة الذهنية لدى جميع المساهمين ولكن اختلف الفقهاء بشأن تحديد صورتها. وقد اتجه البعض إلى القول إن هذه الرابطة لا تكون قد توافرت إلا إذا كان بين المساهمين في الجريمة "اتفاق سابق" أو على الأقل كان بينهم "تفاهم سابق" على تنفيذ الجريمة ، طال الزمن السابق أم قصر أم عاصر هذا التنفيذ[51]، ولكن هذا الرأي رغم أنه يتفق وحقيقة ما يحدث في الغالب من الحالات، إلا أنه انتقد على أساس أنه ينفي توافر المساهمة الجنائية في حالات لا يكون بين المساهمين اتفاق سابق أو تفاهم، ولكن يثبت تضافر جهودهم في إيقاع الجريمة، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى من المتصور أن يكون الجاني مساهماً دون أن يكون هناك اتفاق أو تفاهم سابق كما في حالة المساعدة فهي لا تتطلب توافر اتفاق أو تفاهم سابق إذ يعتبرها القانون وسيلة للمساهمة الجنائية مستقلة عن الاتفاق، ومن ثم فإن الأخذ بهذا الرأي لا يستقيم ونصوص القانون، التي تعتبر الاتفاق وحده اشتراكاً في الجريمة على نحو مستقل عن الاشتراك بالمساعدة .

ويتجه الرأي الغالب إلى القول بتوافر تلك الرابطة الذهنية أو المعنوية إذا انصرفت إرادة كل من الجناة إلى ما يتطابق مع إرادة الغير، ولو لم ينعقد بينهم قرار سابق على تنفيذ الجريمة، ولا يستلزم ذلك أن يوجد اتفاق سابق أو حتى تفاهم فالمشرع نفسه لم يتطلب مثل هذا الاتفاق[52] .

الفرع الثاني
المساهمة الجنائية الأصلية في جريمة تهريب المهاجرين

أكد المشرع الدولي على أن جريمة تهريب المهاجرين من الجرائم المنظمة والتي تخضع لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية حيث نص في المادة الاولى من بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين على :

1- هذا البروتوكول يكمل اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية ويتبين تفسيره مقترناً بالاتفاقية .
2- تنطبق أحكام الاتفاقية على هذا البروتوكول مع ما تقتاضيه الحال من تغييرات. ما لم ينص فيه على خلاف ذلك.
3- تعتبر الجرائم المقررة وفقاً للمادة السادسة من هذا البروتوكول جرائم مقررة وفقاً للاتفاقية.

ومن استقراء النص السابق يتضح أن جريمة تهريب المهاجرين إحدى صور الجرائم المنظمة عبر الوطنية التي لا ترتكب إلا بواسطة جماعة إجرامية منظمة.

وقد عرفت المادة الثانية من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة الجماعة الإجرامية المنظمة بأنها جماعة محددة البنية مؤلفة من ثلاثة أشخاص أو أكثر موجودة لفترة من الزمن وتقوم معاً بفعل مدبر بهدف ارتكاب واحدة أو أكثر من الجرائم الخطيرة أو الجرائم

المقررة وفقاً لهذه الاتفاقية من أجل الحصول بشكل مباشر أو غير مباشر على منفعة مالية أو منفعة مادية أخرى.

ومن استقراء المادتين السابقتين يتضح أن جريمة تهريب المهاجرين من الجرائم التي لا ترتكب إلا بواسطة تضافر جهود مجموعة من الجناة، وهذا ما استدعاني لضرورة إلقاء الضوء على المساهمة الأصلية في جريمة تهريب المهاجرين.

ويُعرف قانون العقوبات الليبي المساهم الأصلي في الجريمة باسم "الفاعل" ووضع له تعريفاً في المادة (99) من قانون العقوبات الليبي حيث نصت: " يُعد فاعلاً للجريمة:

أولاً: من يرتكبها وحده أو مع غيره .

ثانياً : من يدخل في ارتكابها ، إذا كانت تتكون من جملة أعمال فيأتي عمداً عملاً من الأعمال المكونة لها" .

ويتضح من هذا النص أن المشرع الليبي يعتبر الشخص فاعلاً للجريمة في ثلاث حالات:

الأولى: الفاعل الوحيد .

الثانية: الفاعل مع غيره .

الثالثة: من يأتي عمداً عملاً من الأعمال المكونة لها. غير أن الفاعل لا يلزم قانوناً أن يقوم بنفسه بارتكاب الفعل الإجرامي، أو بجزء منه، أو بنشاط ذي صلة وثيقة به فقد يقوم بهذا الدور عن طريق حمل شخص غير أهل للمسئولية أو حسن النية ويسمى حينئذ "بالفاعل المعنوي" : تمييزاً له عن الفاعل المادي(53).

في ضوء ما تقدم يقتضي البحث في المساهمة الأصلية التمييز بين الفاعل المادي للجريمة، والفاعل المعنوي، وبعبارة أخرى بين نوعين من المساهمة الأصلية: المساهمة المادية، والمساهمة الأصلية المعنوية، وسوف نتناول هذين النوعين من المساهمة في البندين التاليين:

أولاً : المساهمة الأصلية المادية:

إن تعدد الفاعلين في أي جريمة من الجرائم وفقاً لقانون العقوبات الليبي يتخذ صورتين رئيسيتين هما :

الصورة الأولى: الفاعل مع غيره:

يعتبر الشخص فاعلاً للجريمة إذا ارتكبها مع غيره في حالتين: الأولى أن يكون الفعل الذي ارتكبه كل مساهم كافياً بذاته ، لاعتباره مرتكباً للجريمة بأكملها. مثال ذلك أن يساهم اثنان أو أكثر في ارتكاب الفعل المكون للجريمة، أو أطلق اثنان مقذوفات على شخص بهدف قتله. ففي هذه الحالات يساهم كل من الجناة في تنفيذ الفعل المكون للجريمة، بحيث يعتبر الفعل المادي الذي أتاه كل منهم كافياً في حد ذاته لكي يسأل عن الجريمة مسئولية تامة . وهذه الحالة من حالات تعدد المساهمين الأصليين هي أبسط حالات المساهمة في الجريمة ولا تثير أية مشكلة قانونية.

أما الحالة الثانية: التي يعد فيها الجاني مساهماً أصلياً فهي التي يكون فيها الفعل الذي ارتكبه كل مساهم غير كاف بذاته لاعتباره مرتكباً للجريمة بأكملها ، ولكن يتحقق الركن المادي للجريمة بمجموع الأفعال التي ارتكبها الجناة المتعددون، بحيث لو نظرنا إلى نشاط ذلك المتهم مجرداً عن نشاط من معه لما استكملت الجريمة عناصرها ولما ترتبت مسئوليته عنها باعتبارها جريمة تامة ، وهذه هي صورة الجريمة المركبة حيث يكون الركن المادي للجريمة – كما هو موصوف في نموذجها القانوني – يتكون من جملة أفعال لا يكفي كل منها على حدة لقيام الجريمة . ومن أمثلة ذلك جريمة النصب حين يقوم أحد المساهمين بالإدلاء بأقوال كاذبة، ويقوم الآخر بتدعيم هذه الأقوال بمظاهر خارجية.

الصورة الثانية : من يأتي عمداً عملاً من الأعمال المكونة للجريمة(54):

وهي ما تنص عليها الفقرة الثانية من المادة (99) عقوبات ليبي بقولها "يُعد فاعلاً للجريمة من يدخل في ارتكابها إذا كانت تتكون من جملة أعمال فيأتي عملاً من الأعمال المكونة

لها". ومن الطبيعي أنه ليس المقصود بهذه الحالة ارتكاب عمل من الأعمال المادية المكونة للجريمة إذا كانت تتكون من عدة أعمال، لأن هذه الصورة تدخل ضمن الحالة الخاصة بارتكاب الشخص الجريمة مع غيره ، ولكن المقصود من تلك الحالة هو ارتكاب الشخص لعمل من الأعمال المادية الخارجة عن الركن المادي بحسب ما حدده نص التجريم، ومن قبيل أن يوقف شخص عربة بها آخر بقصد قتله ويقوم زميله بقتل راكب العربة ، فمعطل العربة فاعل أصلي في القتل ، وليس شريكاً رغم أن السلوك الذي أتاه كان يخرج عن الفعل المكون للجريمة، إلا أن فعله مع ذلك بالغ الأهمية في تنفيذ جريمة القتل، مما يبرر وضعه في مرتبة الفعل المكون للجريمة وهو الاعتداء على الحياة في القتل، ويؤيد هذه النظرية مقارنة الفقرتين الأولى والثانية من المادة (99) عقوبات ليبي، فالأولى خاصة بكل من يرتكب الفعل المكون للجريمة كلها كما عرفه القانون، أما الثانية فخاصة بمن قصد الدخول في ارتكاب الجريمة وساهم بالفعل الذي ارتكبه في تنفيذ الركن المادي للجريمة من الناحية الفعلية. وليس أدل على ذلك مما أورده الشارع من لفظ "عمداً" فقصد الدخول العمدي لا يكون إلا بأفعال لا يقع بها الركن المادي للجريمة كما عرفه القانون، وإلا لما كان بحاجة إلى ذلك قصد الدخول لأن من يرتكب أفعالاً داخله في الركن المادي كما عرفه القانون لا يحتاج لوصفه بأنه قصد الدخول في الجريمة، لأنه ارتكب سلوكاً مطابقاً للنص التجريمي .

ونحن نرى أنه بتطبيق ما سبق من الحالتين على جريمة تهريب المهاجرين نجد أن جريمة تهريب المهاجرين يمكن أن تتحقق في جميع صور تعدد الفاعلين حيث تتحقق الحالة الأولى من الصورة الأولى إذا قام شخصان بتوصيل المهاجرين إلى خارج حدود البلاد أو إذا قام شخص بتوصيل المهاجرين إلى خارج البلاد وقام شخص آخر بتمكينهم من البقاء في هذا البلد وتتحقق جريمة تهريب المهاجرين في الصورة الثانية من خلال قيام شخص بتوفير وسيلة انتقال ويقوم الآخر بقيادتها وداخلها المهاجرون إلى بلد المقصد من الهجرة.

ثانياً: المساهمة الأصلية المعنوية (فكرة الفاعل المعنوي) :

الأصل أن الجاني لا يعد فاعلاً للجريمة إلا إذا كان قد ارتكب بنفسه الفعل التنفيذي للجريمة أو جزءاً منه، ومع ذلك قد يكون الشخص فاعلاً للجريمة دون أن يرتكب بنفسه الفعل المكون للجريمة، وإنما يسخر لتنفيذ هذا الفعل شخصاً غيره بحيث يكون هذا الغير بمثابة "أداة" يستعان بها في تحقيق النتيجة الإجرامية، إما لأن هذا الغير غير أهل لحمل المسئولية الجنائية كالجنون والصبي غير المميز، وإما لأنه " حسن النية" والنشاط الذي يصدر عن الفاعل المعنوي قد يتخذ صورة دفع المنفذ إلى ارتكاب الفعل ، مثال ذلك أن يدفع شخص مجنوناً إلى قتل المجني عليه، أو أن يدفع طفل غير المميز أو خادمه حسن النية إلى إخراج مال منقول من حيازة مالكه وإدخاله في حيازته بنية تملكه، وقد يلجأ الفاعل المعنوي في سبيل تحقيق إرادته الإجرامية إلى مساعدة المنفذ على ارتكاب الجريمة، كمن يعلم أن مجنوناً قد عزم على قتل شخص فيعوق فراره ليمكن المجنون من قتله(55). في هذه الأمثلة وقع الفعل الإجرامي من المجنون أو الصغير أو الخادم حسن النية، أما من دفعهم فلم يصدر عنه نشاط إجرامي، ولكن الواقع أن الجريمة وإن وقعت مادياً من المجنون أو الصغير أو الخادم إلا أنها معنوياً وقعت من شخص يقف وراءهم، سخرهم تسخيراً لتنفيذ إرادته الإجرامية على نحو كانوا فيه مجرد آلة في يده لتنفيذ الجريمة(56)، ويقتضي ذلك أن يكون الفاعل المعنوي عالماً بعدم مسئولية المنفذ المادي أو بحسن نيته، فإذا انتفى لديه هذا العلم تغير وضعه وأصبح مجرد شريك بالتحريض، إذ تنتفي فكرة الاستغلال وتصبح نظرته إلى المنفذ على أنه يقف معه على قدم المساواة(57).

ولم يتضمن قانون العقوبات نصاً خاصاً بفكرة الفاعل المعنوي ، وقد أدى هذا الصمت التشريعي إلى جدل كبير في الفقه حول مدى الأخذ بنظرية الفاعل المعنوي في ظل قانون العقوبات. فقد ذهب بعض الشراح إلى أن قانون العقوبات قد أخذ بنظرية الفاعل المعنوي بالنسبة لبعض الجرائم نص عليها على سبيل الحصر، مثال ذلك ما نصت عليه المادة (435)

عقوبات ليبي التي تعاقب كل موظف عمومي أمر بتعذيب متهم أو فعل ذلك بنفسه لحمله على الاعتراف .

الفرع الثالث
المساهمة الجنائية التبعية في جريمة تهريب المهاجرين

تنص المادة السادسة من بروتوكول تهريب المهاجرين في فقرتها الثانية على:
"(2) . يتعين على كل دولة طرف أن تعتد أيضاً ما قد يلزم من تدابير تشريعية وتدابير أخرى لتجريم .
(أ). المشاركة كطرف متواطئ في جرم من الجرائم المقررة وفقاً للفقرة (1 / أ) أو (ب/1)، أو (ح) من هذه المادة وكذلك رهناً بالمفاهيم الأساسية لنظامها القانوني ، المشاركة كطرف متواطئ في جرم من الجرائم المقررة وفقاً للفقرة (أ / ب)، (2)، من هذه المادة .
(ب). تنظيم وتوجيه أشخاص آخرين لارتكاب جرم من الجرائم المقررة وفقاً للفقرة (1) من هذه المادة.
باستقراء الفقرة السابقة نجد أن المشرع الدولي أقر بضرورة تجريم المشاركة في جرم من الجرائم المنصوص عليها في المادة السادسة، ولذلك فإننا سوف نقوم باستعراض أحكام المساهمة الجنائية لأفعال الشريك وفقاً لقانون العقوبات الليبي لاستخلاص أهم القواعد والأحكام التي يمكن تطبيقها على جريمة تهريب المهاجرين وذلك على النحو التالي:

صور الاشتراك :

يشترط لاعتبار الشخص شريكاً في الجريمة أن يأتي نشاطاً يتدخل به فيها على نحو معين. فإن لم يتحقق هذا النشاط امتنع اعتباره شريكاً، ولما كان النشاط الذي يقوم به الشريك غير مجرم لذاته ، فقد حرص المشرع على تحديد وسائل النشاط الإجرامي للاشتراك ، فنص صراحة بالمادة (100) من قانون العقوبات ليبي على أنه يعد شريكاً في الجريمة من حرض غيره أو اتفق معه أو ساعده على ارتكابها، وهذا التحديد وارد على سبيل الحصر على نحو لا يجوز القياس عليه ولا التوسع في تفسيره بما يخرجه عن نطاقه الدقيق. وبالتالي لا يجوز للقاضي العقاب على الاشتراك إلا إذا تم بإحدى هذه الوسائل، فكل نشاط يأتيه الشريك لا يندرج تحت إحدى هذه الوسائل لا يكتسب به الشخص صفة الشريك في الجريمة. وهذه الوسائل متكافئة متعادلة ويكفي توافر إحداها دون أن يشترط اجتماعها[58].

ووسائل الاشتراك التي حددتها المادة (100) من قانون العقوبات ليبي نوعان : معنوية، ومادية ، فالمعنوية تكون بالتحريض أو الاتفاق. وهذه لا يكون لها مظهر مادي خارجي ، أما المادية فتكون بالمساعدة بأفعال لها مظهر خارجي[59].

1- التحريض[60] :

لم يحدد المشرع الليبي المقصود بالتحريض ، لكن الفقه يكاد يتفق على أن التحريض هو "دفع الجاني إلى ارتكاب فعل مكون لجريمة تقع بناء على ذلك" ويستوي بعد ذلك أن يكون التحريض خالقاً لفكرة الجريمة في ذهن كان في الأصل خالياً منها أم كان التحريض مدعماً لهذه الفكرة التي كانت موجودة لدى الجاني قبل التحريض كي تتحول إلى تصميم على ارتكابها، فقد يوحي الجاني بفكرة الجريمة على المحرض فيزينها له هذا الأخير ويولد لديه التصميم على القيام بها بحيث لولا تدخله لما أقدم الجاني على الجريمة، فنشاط المحرض هو في حقيقته نشاط ذو طبيعة نفسية معنوية ذلك أنه يتجه بنشاطه إلى معنويات الفاعل أو إلى نفسيته .

ويبدو ذلك فيما لنشاط المحرض من قوة التأثير على نفسية الفاعل وتوجيهها نحو ارتكاب الجريمة . هذا بخلاف نشاط الفاعل فيغلب عليه الطبيعة المادية الملموسة للحواس والتي تحدث أثراً في العالم الخارجي.

والأصل في التحريض أنه وسيلة من وسائل الاشتراك التي حصرها القانون إلا أنه في أحوال خاصة نجد القانون قد عاقب على التحريض باعتباره جريمة قائمة بذاتها. ففي هذه الحالة تتم الجريمة بمجرد مباشرة المحرض لنشاطه ، ولو لم تقع الجريمة التي يريدها المحرض. مثل ذلك المادة (376) من قانون العقوبات الليبي التي تنص على عقاب كل من حرض على الانتحار، وكذلك المادة (239) عقوبات ليبي بشأن التحريض مباشرة على ارتكاب التحريض على التمرد وتحبيذه.

2- الاتفاق[61]:

عبر المشرع الليبي عن وسيلة الاتفاق في المادة (100 / 3)على أنه "يعد شريكاً في الجريمة: (ثالثاً) من اتفق مع غيره على ارتكاب الجريمة ، فوقعت بناء على هذا الاتفاق"، ولم يحدد المشرع الليبي المقصود بالاتفاق ، لكن الفقه يكاد يجمع على أن الاتفاق هو "انعقاد أو اتحاد إرادتين أو أكثر على ارتكاب الجريمة"، وقد عرفته المحكمة العليا الليبية بأنه "اتحاد نية أطرافه على ارتكاب الفعل المتفق عليه ، ويتم غالباً دون مظاهر خارجية أو أعمال محسوسة يمكن الاستدلال عليها"، فالاتفاق في جوهره تلاقي إرادتين أو أكثر ، وهو ما يفترض إما وجود فكرة الجريمة لدى طرفي الاتفاق ، وإما وجودها لدى أحدهما وإذا عرضها على الآخر صادفت قبولاً فورياً أو متراخياً، ولهذا ففي الاتفاق تتعادل الإرادات فليس هناك إرادة تعلو على الأخرى، وهذا على خلاف من التحريض، حيث تطغى إرادة المحرض وتعلو على إرادة الفاعل بحيث يكون له من قوة التأثير ما يكفي لدفع الفاعل إلى ارتكاب فعل يعد جريمة.

3- المساعدة[62]:

المساعدة هي تقديم العون إلى الفاعل تمكيناً له من ارتكاب الجريمة أو تسهيل ذلك له أو إزالة ما قد يعترضه من عقبات، وقد عرفت المادة (2/100) من قانون العقوبات الليبي الشريك بالمساعدة بأنه "من أعطى للفاعل أو الفاعلين سلاحاً أو آلات أو أي شيء آخر مما استعمل في ارتكاب الجريمة مع علمه بها، أو ساعدهم بأي طريقة أخرى في الأعمال المجهزة أو المسهلة أو المتممة لارتكابها"، ويستفاد من هذا النص أن المشرع لم يحصر طريقة المساعدة ، بل جعل من كل معاونة في ارتكاب الجريمة أياً ما كان شكلها أو طبيعتها، مساعدة في ارتكاب الجريمة يقوم بها الاشتراك في ارتكابها. وقد عرفت المحكمة العليا الليبية الاشتراك بالمساعدة بأنه "يتحقق بتدخل الشريك مع الفاعل تدخلاً مقصوداً يتجاوب صداه مع فعله ويتحقق فيه معنى تسهيل ارتكاب الجريمة الذي جعله الشارع مناطاً لعقاب الشريك. فالمساعدة إذاً تتحقق بجميع صور العون الذي يقدم إلى الفاعل، وقد يتمثل العون في تقديم المساعدة المادية لارتكاب الجريمة، بإعطاء سلاح أو آلات أو أي شيء آخر يستعمل في ارتكاب الجريمة، كما قد يتمثل العون في تقديم الوسائل المعنوية لتسهيل ارتكاب الجريمة. مثال ذلك تقديم المعلومات عن كيفية التمكن من المجني عليه في القتل، أو من الوصول إلى الأشياء المراد سرقتها ومكان وجودها. ومن جهة أخرى قد يتمثل العون في إزالة عقبة كانت تعترض طريق الفاعل في تنفيذ الجريمة، كترك باب المنزل مفتوحاً أمام اللصوص أو ترك سلم على سور المنزل، وقد يتمثل العون أخيراً في وضع عقبة في طريق المجني عليه تحول دون تعقبه الجاني أو على الأقل تضعف من محاولة تعقبه له.

صور المساعدة:

المساعدة من حيث طبيعة الأعمال التي يساعد بها الشريك ، قد تكون في الأعمال المجهزة للجريمة أو المسهلة أو المتممة لارتكابها، أما عن الأعمال المجهزة للجريمة، فهي أعمال سابقة على بدء الجاني في تنفيذ الجريمة، مثال ذلك إعطاء الفاعل أسلحة أو آلات لاستخدامها، كإعطاء المادة السامة التي يستخدمها القاتل في القتل، أو المفتاح المصطنع أو آلة الكسر أو الإتلاف أو من يعير مسكنه لآخرين لارتكاب الجريمة فيه، أو تقديم المعلومات عن كيفية دخول المسكن المراد سرقته أو عن محتوياته، فهذه الأفعال يعد مرتكبها شريكاً بالمساعدة متى وقعت الجريمة بناء على ذلك. وبالنسبة إلى الأعمال المسهلة للجريمة أو المتممة لها فتكون

معاصرة لتنفيذ الجريمة، والفرق بين النوعين يتعلق بالوقت الذي تحدث فيه المساعدة أثرها بالنسبة لنشاط الفاعل. فإذا حققت المساعدة أثرها في وقت مبكر، كانت مساعدة في الأعمال المسهلة لارتكاب الجريمة، فهي أعمال يقوم بها الشريك والفاعل لا يزال في المراحل التنفيذية الأولى، تمكيناً له من النجاح في تنفيذ الجريمة، مثل ذلك الخادم الذي يترك باب المنزل مفتوحاً ليمكن آخر من دخوله وسرقته، أو الذي يعطي مخدومه منوماً حتى لا يشعر بالجناة وقت ارتكاب السرقة، وترك الحارس مكان حراسته وقت ارتكاب الجريمة ليمكن اللصوص من تنفيذها، أو استبقاء المجني عليه في مسكنه لتسهيل قتله أما إذا حققت المساعدة أثرها بعد البدء في التنفيذ كانت المساعدة في الأعمال المتممة للجريمة، بمعنى أن الأعمال المتممة تتحقق والفاعل في آخر مرحلة من مراحل تنفيذها تمكيناً له من إنهاء التنفيذ وتحقيق النتيجة الإجرامية، مثال ذلك من يعير السارق سيارته لينقل المسروقات من مكان سرقتها إلى مكان آخر، ومن يضع سلماً للجاني ليهبط عليه ومعه المسروقات ، وقد ذهبت المحكمة العليا الليبية إلى أن من يشهد على صحة ورقة مزورة وهو يعلم بتزويرها يعد شريكاً بالمساعدة في الأعمال المتممة لجريمة التزوير وهي إعطاء الورقة المزورة شكل الورقة الصحيحة وإظهارها كأنها صادرة من المجني عليه فيها ، وأن في عمله إعانة على إحكام التزوير، وغني عن البيان أن مرتكب المساعدة المسهلة أو المتممة يصبح فاعلاً أصلياً وفقاً لما استقر عليه قضاء المحكمة العليا إذا كان ما ارتكبه من أعمال معاصراً لارتكاب الجريمة وبشرط أن يكون حضر تنفيذها على مسرحها. أما إذا ارتكب هذه الأعمال نفسها في وقت سابق على الجريمة، ولم يحضر تنفيذها فإنه يعد مجرد شريك بالمساعدة، فمن يكسر باباً بقصد تمكين زميله من السرقة يعتبر فاعلاً أصلياً إذا حضر تنفيذ الجريمة ، ويعتبر شريكاً إذا كان قد كسره في يوم سابق ولم يحضر تنفيذه الجريمة. هذا ولا يشترط المساعدة اتفاقاً بين الفاعل والشريك بالمساعدة كما أسلفت القول، وإلا لما كان هناك داع لتجريمها اكتفاء بتجريم الاتفاق، لهذا فإنه يكفي علم المساعد بأنه يتدخل بمساعدته هذه في الجريمة.

ومن الأمثلة التطبيقية لصور الاشتراك في جريمة تهريب المهاجرين قيام أحد الأشخاص بتهيئة الشباب نفسياً بإقناعهم بمزايا السفر والهجرة غير المشروعة بحيث يكونون لقمة سهلة في يد السمسار (الوسيط بين الشباب والمهربين)، وبالتالي تقوم المسئولية الجنائية تجاه هذا الشخص كشريك بالتحريض على ارتكاب جرائم الهجرة غير المشروعة، وتقوم المسئولية الجنائية عن طريق المساعدة في حالة قيام أحد الأشخاص بمساعدة الشخص الذي يقوم بإيواء هؤلاء المهاجرين في منزله لحين تجهيز وسيلة لنقلهم خارج حدود الدولة (الترانزيت) حيث يقوم بخدمتهم وتوفير الطعام لهم.

وتقوم المسئولية الجنائية كشريك في جريمة تهريب المهاجرين في حالة اتفاق بين السمسار مع شخص آخر يقوم بعملية جمع الشباب راغبي الهجرة غير المشروعة ومن الأمثلة السابقة يتضح أن المسئولية الجنائية للشريك في جرائم الهجرة غير المشروعة تقوم بجميع صور الاشتراك السابقة .

ونرى نحن أن جريمة تهريب المهاجرين يمكن أن تقع بجميع صور الاشتراك حيث يمكن أن تقوم بالتحريض أو بالمساعدة أو بالاتفاق.

الخاتمة

تعتبر خاتمة الدراسة هي المحصلة النهائية التي وصلنا إليها من خلال تناوله لكل عناصر الدراسة، حيث أنها تحتوي على النتائج والتوصيات التي هي ثمرة الجهد المبذول في الدراسة .

وقد أولينا هذا الموضوع بالدراسة لما يمثله من أهمية بالنسبة للغالبية العظمى من الدول، لأنه لاشك أن معظم الدول تعاني من ظاهرة الهجرة غير المشروعة التي تهدد سيادتها وأمنها القومي في محيطها الإقليمي.

وقد كشفت الدراسة عن مجموعة من النتائج والتوصيات نبرزها على النحو التالي :

أولاً: النتائج:

1. التطور الذي وصلت إليه جريمة تهريب المهاجرين – كإحدى صور الجرائم المنظمة – له تأثيره الواضح على قانون العقوبات ، وذلك بالنظر إلى الخطورة والطبيعة الخاصة لهذه العقوبات .
2. هذا التطور دفع أغلب الدول بإقرار عدم كفاية النصوص التقليدية في قانون العقوبات لمكافحة هذه الجريمة لذلك لجأت العديد من الدول إلى سن تشريعات خاصة لمواجهة هذا النوع من الجرائم وعلى رأس هذه الدول ليبيا وذلك بإصدار القانون رقم (19) لسنة 2010م بشأن مكافحة الهجرة غير الشرعية.
3. بتطبيق أحكام قانون مكافحة الهجرة غير الشرعية رقم (19) لسنة 2010م على السلوك الإجرامي لجريمة تهريب المهاجرين بصورتها المنصوص عليها في بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين الصادر عن منظمة الأمم المتحدة نجد الآتي:

أ. صور السلوك الإجرامي المكون للركن المادي في جريمة تهريب المهاجرين تتمثل بالإدخال أو الإخراج أو تدبير البقاء في إقليم الدولة على نحو غير مشروع

ب. أن الركن المعنوي لهذه الجريمة يتمثل بالقصد الجنائي لكونها من الجرائم العمديةحيث يشترط لقيامها تحقيق القصد الجنائي بنوعيه العام والخاص .

ج. تعد جريمة تهريب المهاجرين من الجرائم الواقعة على الأشخاص فمحل هذه الجريمة هو الإنسان ، بعبارة أخرى لا يمكن تصور وقونع هذه الجريمة على إنسان ميت أو وقوعها على غير الإنسان.

د. تعد جريمة تهريب المهاجرين من الجرائم المنظمة المستمرة وكذلك العمدية حيث لا يمكن تصور ارتكابها عن طريق الخطأ .

ه. تخضع جريمة تهريب المهاجرين من حيث الاختصاص المكاني إلى مبدأ عالمية القانون الجنائي (الاختصاص الشامل)، فالقانون الجنائي الدولي يطبق على كل شخص تم إلقاء القبض عليه بصرف النظر عن جنسيته وعن مكان ارتكاب الجريمة.

ثانياً : التوصيات :

1. إيجاد خطة استراتيجية لسياسة العمل في ليبيا، باشتراك كل القطاعات بما فيها القطاع الخاص لخلق فرص عمل دائمة للشباب للعمل في بلاده والتخلي عن التفكير في الهجرة بطرق غير شرعية .
2. تقوية الاتصال ، الحوار ، الشراكة والتفاهم ما بين كل القوى الفاعلة وطنياً ودولياً وبين الحكومات ومنظمات المجتمع المدني للتوصل إلى إيجاد حلول ناجحة لملف الهجرة غير الشرعية في إطار يحترم كرامة الإنسان وعدم الدوس على حقوقه المشروعة.

3. نقترح أن يكون العمل على التصدي للهجرة غير الشرعية من بوابتها الأولى ألا وهي الحدود الجنوبية والشرقية والغربية للدولة بدلاً من انتظار أن يستقبل المهاجرين غير الشرعيين المراكب البحرية والتصدي لهم في عرض البحر.
4. يجب تطبيق الاستراتيجيات الوقائية في دول المصدر والعبور.
5. يتطلب عمل خطة إعلامية متكاملة من خلال وسائل إعلام مختلفة ، تتناول مخاطر الهجرة غير الشرعية .
6. على الدولة تعزيز آليات مكافحة عصابات وشبكات تهريب المهاجرين بجهود أمنية مشتركة مع الدول المعنية.

قائمة الهوامش والمراجع

1. د. عبد الرازق طلال جاسم: جريمة تهريب المهاجرين والآثار المترتبة عليه، مقال في المجلة القانونية والسياسية بكلية القانون والعلوم السياسية، جامعة ديالي، العراق، العدد الأول، نقلاً عن محمد صباح سعيد: جريمة تهريب المهاجرين، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة صلاح الدين، العراق، 2009، ص22 وما بعدها.
2. هاني فتحي جورجي: دور النيابة المصرية في مكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية والاتجار في الأفراد، ورقة عمل مقدمة للدورة التدريبية الرابعة عشر لمنع الاتجار بالأفراد لضباط وزارة الداخلية ، القاهرة ، في الفترة من 26-27 مايو 2006 .
3. انظر القانون رقم (19) لسنة 2010 مسيحي الصادر عن المؤتمر الشعبي العام بتاريخ 28أي النار 2010 مسيحي في مدينة سرت.
4. د.عبد الرازق طلال جاسم: جريمة تهريب المهاجرين والآثار المترتبة عليه، مقال في المجلة القانونية والسياسية بكلية القانون والعلوم السياسية، جامعة ديالي، العراق، العدد الأول ، نقلاً عن د. محمد زكي أبو عامر: قانون العقوبات اللبناني، القسم العام ، بيروت ، الدار الجامعية للطباعة والنشر، 1981 ، ص 178 .
5. د. رؤوف عبيد : مبادي القسم العام من التشريع العقابي، دار الفكر العربي، 1979 ، ص 199 .
6. د. محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة والنظرية العامة للعقوبة والتدبير الاحترازي، القاهرة، دار النهضة العربية ، ط4 ، 1977 ، ص 337 .
7. د. هدى حامد قشقوش: الجريمة المنظمة، القواعد الموضوعية والإجرائية والتعاون الدولي ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، 2002 ، ص 8 .
8. د. هدى حامد قشقوش: الجريمة المنظمة، المرجع السابق، ص ص 20 ، 25.
9. د. محمد عيد الغريب: شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار الإيمان للطباعة ، 1999، ص 217 ، د. عبد الرؤوف مهدي:شرح القواعد العامة لقانون العقوبات ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، 2009 ، ص 367 .
10. د. عبد الرؤوف مهدي: شرح القواعد العامة لقانون العقوبات، المرجع السابق، ص 367 .
11. د. محمد عيد الغريب: شرح قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق، ص ص 317 ، 318 .
12. د. عبد الرؤوف مهدي : شرح القواعد العامة لقانون العقوبات ، المرجع السابق، ص 367 .
13. المرجع السابق نفسه، ص 368 .
14. د. محمد رمضان باره: شرح قانون العقوبات الليبي، القسم الخاص، الجزء الأول، جرائم الاعتداء على الأشخاص ، ص 35 .
15. د. محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق ، ص 272 وما بعدها، د. أحمد شوقي أبو خطوة : شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة ، 2003 ، ص 220، د. أحمد عوض بلال: قانون العقوبات المصري، القسم العام ، دار النهضة العربية، 2006، ص 255 .
16. د. رؤوف عبيد: مبادئ القسم العام من التشريع العقابي، المرجع السابق، ص 228.
17. د. محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات القسم العام،المرجع السابق ، ص 275 .
18. د. عبد الرؤوف مهدي: شرح القواعد العامة لقانون العقوبات، المرجع السابق، ص 392 .

[19] (تدبير) ، (يدبر) ، (دبر) ودبر الأمر النظر في عاقبته والتفكير فيه والاعتناء به وترتيبه وتنظيمه ، انظر في ذلك المعلم بطرس البستاني: كتاب قطر المحيط، بيروت ، مكتبة لبنان ، بدون سنة نشر ، باب الدال ، ص 600 .

[20] مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة (unodc) ، دليل التدريب الأساسي على التحقيق في تهريب المهاجرين والملاحقة القضائية الممول من الاتحاد الأوروبي المنشور بالوثيقة رقم ("v.og-86988"A) ص ص 6 ، 7 .

[21] انظر القانون رقم (19) لسنة 2010 مسيحي الصادر عن المؤتمر الشعبي العام بتاريخ 28 أي النار 2010 مسيحي.

22. د. عبد الرؤوف مهدي: شرح القواعد العامة لقانون العقوبات، المرجع السابق، ص 418 .

[23] د. مأمون سلامة: قانون العقوبات ، القسم العام ، بدون ناشر، الطبعة الرابعة، 1984 ، ص 260 .

[24] د. عبد الرؤوف مهدي: شرح القواعد العامة لقانون العقوبات ، المرجع السابق، ص 196 ، وأيضاً د. محمد عيد الغريب: شرح قانون العقوبات ، القسم العام، المرجع السابق ، ص 599 .

[25] د. عبد الرؤوف مهدي: شرح القواعد العامة لقانون العقوبات، المرجع السابق، ص 465

[26] د. محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة ، المرجع السابق، ص 583، وأيضاًد. محمد عيد الغريب: شرح قانون العقوبات، القسم العام ، المرجع السابق ، ص 617 .

[27] د. محمد نجيب حسني: النظرية العامة للقصد الجنائي، دراسة تأصيلية مقارنة للركن المعنوي في الجرائم العمدية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1978، ص9 .

[28] د. محمود نجيب حسني: النظرية العامة للقصد الجنائي، المرجع السابق، ص65 .

[29] د. محمود نجيب حسني:النظرية العامة للقصد الجنائي، المرجع السابق، ص63 .

[30] د. على عبد القادر القهوجي: شرح قانون العقوبات، القسم العام، دراسة مقارنة، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2002، ص408 .

[31] د. محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات، القسم العام ، المرجع السابق، ص 609.

[32] د. محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق ، ص 609 .

[33] د. أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون العقوبات، ج1 ، القسم العام، بدون ناشر 1981 ، ص 267 وما بعدها.

[34] د. أحمد فتحي سرور:الوسيط في قانون العقوبات، المرجع السابق ، ص 270 .

[35] انظر د. أحمد شوقي أبو خطوة: شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2003 ، ص240 .

36. د. محمد عيد الغريب: شرح قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق، ص 586 .

37. د. محمد عيد الغريب: المرجع السابق نفسه ، ص 587 .

[38] د. محمد عيد الغريب: ، المرجع السابق نفسه ، ص 588 .

[39] انظر الديباجة الخاصة ببروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين البند (1) من المادة (1) من مواد الأحكام العامة.

[40] د. مأمون سلامة: قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق، هامش(1) ، ص 416.

[41] د. مأمون سلامة : قانون العقوبات ، المرجع السابق نفسه ، ص 416 .

[42] د. محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق، ص 387 ، وأيضاً د. محمد عيد الغريب: شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، المرجع السابق، ص 754 .

[43] د. محمد عيد الغريب: شرح قانون العقوبات، القسم العام ، المرجع السابق ، ص 753 .

44. شريف سيد كامل: الجريمة المنظمة (ماهيتها وصورها وأثر تطورها على القانون الجنائي) ، دار النهضة العربية ،القاهرة ، 2011م ، ص 97 .
45. شريف سيد كامل: ، المرجع السابق نفسه ، ص 98 .
46. شريف السيد كامل :المرجع السابق نفسه ، ص 99 .
47. د. فوزية عبد الستار: المساهمة الأصلية في الجريمة ، دراسة مقارنة ، طبعة 1976، ص1 وما بعدها ، أيضاً د. محمود نجيب حسني : المساهمة الجنائية في التشريعات العربية ، ط2 ، 1992 ، ص 16 وما بعدها.
48. د. أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون العقوبات ، القسم العام ، المرجع السابق ، ص 588 .
49. د. أحمد فتحي سرور:المرجع السابق نفسه ، ص 589 .
50. د. على راشد : القانون الجنائي المدخل وأصول النظرية العام ، بدون ناشر، 1970، ص475 .
51. د. على راشد:المرجع السابق نفسه ، ص 475 .
52. د. محمود نجيب حسني: المساهمة الجنائية في التشريعات العربية، المرجع السابق، ص 391 وما بعدها ، د. أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون العقوبات ، القسم العام ، المرجع السابق ، ص 590 ، د. فوزية عبد الستار : المساهمة الأصلية في الجريمة ، دراسة مقارنة ، المرجع السابق ، ص 306 وما بعدها.
53. د. فوزية عبد الستار: المساهمة الأصلية في الجريمة، المرجع السابق ، ص ص 9، 10 .
54. د. محمد عيد الغريب: شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، المرجع السابق ، ص 771 ، د. السعيد مصطفى السعيد: الأحكام العامة في قانون العقوبات، المرجع السابق، ص 292، د. محمود نجيب حسني: المساهمة الجنائية في التشريعات العربية، المرجع السابق، ص408 وما بعدها، د. مأمون سلامة: قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق، ص 242 وما بعدها، د. فوزية عبد الستار: المساهمة الأصلية في الجريمة ، المرجع السابق ، ص 197 وما بعدها ، ص 225 .
55. د. محمود نجيب حسني: المساهمة الجنائية في التشريعات العربية، المرجع السابق ، ص 415 ، د. فوزية عبد الستار : المساهمة الأصلية في الجريمة، المرجع السابق ، ص 343 وما بعدها.
56. د. السعيد مصطفى السعيد: الأحكام العامة في قانون العقوبات ، المرجع السابق ، ص 300 .
57. د. فوزية عبد الستار: المساهمة الأصلية في الجريمة ، المرجع السابق ، ص 342.
58. د. محمد عيد الغريب: شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، المرجع السابق ، ص 807.
59. د. محمد عيد الغريب: المرجع السابق نفسه ، ص 808 .
60. د. محمود نجيب حسني: المساهمة الجنائية في التشريعات العربية ، المرجع السابق ، ص 435 ، وأيضاً د. محمد رمضان باره: شرح قانون العقوبات الليبي ، القسم العام ، الجزء الأول ، الأحكام العامة للجريمة ، 2018 ، ص 417 .
61. د. السعيد مصطفى السعيد: الأحكام العامة في قانون العقوبات، المرجع السابق، ص 315 ، د. أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام ، المرجع السابق ، ص 635 ، وأيضاً د. محمد رمضان باره: شرح قانون العقوبات الليبي ، القسم العام،المرجع السابق ، ص418 .
62. د. محمد عيد الغريب: شرح قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق ، ص ص 826 ، 827 ، وأيضاً: د. محمد رمضان باره: شرح قانون العقوبات الليبي، المرجع السابق ، ص 420 .

جامعة تور (فرنسا)

كلية القانون

العدالة الانتقالية وقواعد القانون الدولي الإنساني

(المغرب، الجزائر، مصر)

إعداد أ: سعدة سعيد حمد امتوبل

الملخص

إن العدالة الانتقالية ينظر إليها بالدرجة الأولى إلى أنها جهد يرمي إلى جبر انتهاكات حقوق الإنسان ومع ذلك فأن القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان يفرضان التزامات على الدول التي تعيش حالة التغيير الديمقراطي وهذه الالتزامات تدخل في صميم عمل العدالة الانتقالية وهي:إجراء تحقيقات عن الانتهاكات الخطيرة ومعاقبة مرتكبيها ومعرفه الحقيقة وتعويض الضحايا وضمان عدم تكرار ارتكاب الانتهاكات وترسخ العديد من معاهدات حقوق الانسان هذه الالتزامات. وتشير التطبيقات الفعلية الى أن أي برنامج لتحقيق العدالة الانتقالية عادة ما يهدف الى وقف الانتهاكات المستمرة لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، وترسيخ الحقوق في العدالة والحقيقة وجبر الضرر،وبذلك فهي توطد سيادة القانون وتزيد من الاندماج والمصالحة وضمان عدم تكرار الانتهاكات. ولكن كيف تتحقق أهداف العدالة الانتقالية إذا كان الحكومات هي التي ترتكب انتهاكات جسيمة للقانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان، بمعني هل تعد البيئة الحقوقية في تلك الدول مناسبة ومعقولة لتحقيق أهداف العدالة الانتقالية؟

الكلمات الرئيسية: العدالة الانتقالية، انتهاكات حقوق الإنسان، القانون الدولي الإنساني، قانون حقوق الإنسان، أهداف العدالة الانتقالية.

Abstract

Transitional justice is looked at mainly as an effort that aims toredress human rights violations, nonetheless, the international humanitarian law and the international human rights lawimpose commitments on countries undergoing democratic change. Those commitments which are at the core of transitional justice work are: conducting investigations of serious violations and punishing its perpetrators; learning the truth, victims' compensation; and ensuring the violations are not repeated. Many human rights treaties establish these obligations. Actual applications indicate that any program for achieving transitional justice is usually aimed at stopping ongoing violations of human rights, learning the truth,and reparations. But how can the goals of transitional justice be achieved if it is governments that commit grave violations of international humanitarian law and international human rights law? In the sense that is the human rights environment in those countries appropriate and reasonable to achieve the goals of transitional justice?

Keywords: Transitional justice, International humanitarian law,Human rights violations,Human rights law,Transitional justice work.

المقدمة

إن الدور المركزي الّذي يجب على العدالة الانتقالية الاضطلاع به في الحوارات حول سيادة القانون. في مجتمع اختبر انتهاكات واسعة النطاق لحقوق الانسان، يجب التعامل مع الماضي، والاعتراف بالضحايا، وتبيان الحقيقة، وإصلاح المؤسسات، فإذا لم يحصل ذلك، ما من أساس لسيادة القانون. فحيث تفشل المجتمعات في معالجة الماضي، يرتفع احتمال تجدد أعمال العنف والانتهاكات. في مقابل ذلك، نجد أيضًا أمثلة عن بلدان خرجت من النزاعات أو من الأنظمة القمعيّة وأنشأت أنظمة قويّة لسيادة القانون.

وفي هذا الإطار، ينبغي أن تكون التشريعات الوطنية متفقة مع المعايير الدولية، في جوانب تشمل تجريم كافة الممارسات والأعمال التي يتم من خلالها انتهاك حقوق الانسان باعتبارها جرائم دولية ومحلية، واستخدام تعاريف دقيقة تسمح بالملاحقة على تلك الجرائم. كما ينبغي أن تدون في تلك التشريعات أيضاً التزامات الدول بمكافحة جميع أشكال العنف التي تهدد أمن وسلم المجتمع كما تهدد حياة وسلامة أفراده. ومن هذا المنطلق تشكل المشاورات الوطنية عنصراً حاسماً في النهج القائم على حقوق الإنسان المتبع في العدالة الانتقالية، لاسيما حين تقوم على مبدأ أن الاستراتيجيات الناجحة تتطلب مشاركة عامة هادفة. والمشاورات بشأن تصميم آليات العدالة الانتقالية وتنفيذها وتقييمها أمر أساسي لضمان أن تكون تلك الآليات هامة للمعنيين بها وأن تتيح لهم الإمكانيات اللازمة. وبدون التشاور مع كافة مكونات المجتمع وشرائحه وفئاته، فإن مبادرات العدالة الانتقالية لن تعكس -في أغلب الظن- سوى شواغل فئات معينة، قد تغفل إلى حد بعيد متطلبات وآراء ومواقف الفئات والشرائح الأخرى.[1]

وبالمثل، فإن المشاورات ضرورية لوضع عمليات للعدالة الانتقالية تراعي الاحتياجات الخاصة للمرأة وأولوياتها وسياقاتها الاجتماعية والثقافية. وعلاوة على ذلك، يمكن أن تكون المشاورات الوطنية نفسها أداة هامة لتمكين الضحايا والاعتراف بهم وجبر ضررهم. وترسل المشاورات أيضاً مع الفئات المجبرة على الصمت أو المهمشة في الغالب، مثل النساء والأطفال والمسنين، والأقليات الإثنية أو العرقية أو الدينية، إشارة قوية عن المساواة في الحقوق في سياق ما بعد انتهاء النزاع، مما ينطوي بدوره على إمكانيات اجتماعية لإحداث التغيير.

[1]. مفوضية الأمم المتحدة*أدوات سيادة القانون في الدول الخارجة من نزاعات: المشاورات الوطنية بشأن العدالة الانتقالية*، مرجع سابق، ص 20.

وكما هو معلوم، فإن الدول تتحمل المسؤولية الأولى عن ممارسة الولاية القضائية على الجرائم الجسيمة بموجب القانون الدولي.[1] ووفقاً لذلك، ما انفكت استراتيجيات العدالة الانتقالية تركز على تعزيز القدرة الوطنية على المقاضاة على كافة جرائم انتهاكات حقوق الإنسان. كما ينص القانون الدولي على أشكال مختلفة من جبر الضرر الناجم عن الانتهاكات الجسيمة لقانون حقوق الإنسان والانتهاكات الخطيرة للقانون الإنساني، مثل الرد والتعويض والترضية وإعادة التأهيل وضمانات عدم التكرار.[2]

وسنستعرض في هذا، معالم ارتباط تجارب ومشروعات العدالة الانتقالية بالمعايير والقواعد القانونية الدولية، وأيضاً اتجاهات تطبيق قواعد القانون الدولي الإنساني في إطار القوانين والتشريعات الوطنية في كل من المغرب والجزائر ومصر.

1. المطلب الأول تطبيق قواعد القانون الدولي الانساني في المغرب:

منذ تسعينات القرن الماضي، والمغرب تعمل على وتيرة الإصلاحات التشريعية والقانونية في إطار تجربتها في العدالة الانتقالية، سواء عن طريق تعديلات دستورية وسن قوانين جديدة، أو من خلال ملاءمة التشريعات الوطنية مع الصكوك الدولية التي انضم إليها المغرب.[3]كما تم إنشاء هياكل حكومية ومؤسسات وطنية مستقلة، وذلك من أجل ضمان حماية حقوق الإنسان والنهوض بها.

وقد بلغ هذا التوجه ذروته في دستور 2011 الذي يعد وثيقة أساسية لضمان حماية شاملة ومتكاملة لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني وفق المعايير الدولية، وهو ما يؤكد على أن المغرب ما فتئ يعمل على ملاءمة نظامه الدستوري والقانوني مع المعايير الدولية لحقوق

---

[1]. *المجموعة المستوفاة من المبادئ المتعلقة بحماية حقوق الإنسان وتعزيزها من خلال اتخاذ إجراءات لمكافحة الإفلات من العقاب*، المبدأ 20.

[2].*المبادئ الأساسية والمبادئ التوجيهية بشأن الحق في الانتصاف والجبر لضحايا الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي لحقوق الإنسان والانتهاكات الخطيرة للقانون الإنساني الدولي*، المبدأ 18.

[3]. صادقت المغرب أو انضمت إلى معظم الصكوك الدولية في هذا المجال. كما وقعت على جل الاتفاقيات الأخرى ذات الصلة بحقوق الإنسان، كما هو الشأن بالنسبة لنظام روما الأساسي للمحكمة لجنائية الدولية، والاتفاقية الدولية لحماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري، ووقع كذلك على مجموعة من البروتوكولات الملحقة بها، كما هو الشأن بالنسبة للبروتوكولين الأول والثاني الملحقين باتفاقيات جنيف الأربعة والبروتوكول الثالث الملحق باتفاقية حقوق الطفل. وقد شرعت المملكة المغربية، منذسبتمبر من سنة 2011، في إجراءات الانضمام إلى البروتوكول الاختياري لاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، والبروتوكول الاختياري لاتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة، والبروتوكول الاختياري الأول الملحق بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية. كما أن المملكة بصدد استكمال إجراءات المصادقة على الاتفاقية الدولية لحماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري بعد موافقة البرلمان عليها.

الإنسان والديمقراطية، تتويجاً لمسار انخراطه في المنظومة الدولية لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني.[1]

- **الفرع الأول الإطار الدستوري لحماية حقوق الإنسان:**

تضمن الدستور الجديد لسنة 2011 أسس ومبادئ وضمانات الحماية الدستورية لحقوق الإنسان، حيث ورد في ديباجة الدستور تشبث المملكة المغربية بحقوق الإنسان، كما هي متعارف عليها عالميا، والتزامها بما تقتضيه المواثيق الدولية من مبادئ وحقوق وواجبات، وبحماية منظومتي حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني والنهوض بهما والإسهام في تطويرهما، مع مراعاة الطابع الكوني لتلك الحقوق وعدم قابليتها للتجزئة. فضلاً عن حظر ومكافحة كل أشكال التمييز بسبب الجنس أو اللون أو المعتقد أو الثقافة أو الانتماء الاجتماعي أو الجهوي أو اللغة أو الإعاقة أو أي وضع شخصي مهما كان. كما نص الدستور على سمو الاتفاقيات الدولية المصادق عليها من طرف المملكة على التشريعات الوطنية فور نشرها، وعلى ضرورة ملاءمة هذه التشريعات مع متطلبات تلك المصادقة.[2]

كما وسع الدستور من سلطة البرلمان فيما يتعلق بتبني مقتضيات القانون الدولي الوضعي حيث حدد المعاهدات التي تتطلب المصادقة عليها الموافقة بقانون وأبرزها معاهدات السلم أو الاتحاد، أو التي تهم رسم الحدود، ومعاهدات التجارة، أو تلك التي تترتب عنها تكاليف تلزم مالية الدولة، أو يستلزم تطبيقها اتخاذ تدابير تشريعية، أو تتعلق بحقوق وحريات

---

[1]. في خطوة مميزة، قامت المملكة المغربية بسحب تحفظاتها عن الفقرة الثانية من المادة 9، وعن المادة 16 من *الاتفاقية الدولية لمناهضة جميع أشكال التمييز ضد المرأة*، وهي التحفظات التي أصبحت متجاوزة بالنظر للإصلاحات التشريعية في مجالات قانون الجنسية ومدونة الأسرة.

[2]. وتضمنت فصول أخرى من الدستور مزيداً من حقوق وحريات الأفراد والجماعات، كما هو الشأن بالنسبة لمبادئ المساواة وتكافئ الفرص وعدم رجعية القانون والحكامة والمسؤولية، وبالنسبة لحرية الفكر والتعبير والرأي والاجتماع والتجمهر والتظاهر السلمي والإبداع والنشر والصحافة والمبادرة والمقاولة والتنافس الحر، وفيما يخص الحق في السلامة الشخصية والعائلية وحماية الممتلكات، والحق في الحصول على المعلومات، وفي الإضراب، وفي التصويت والترشح للانتخابات، وفي التربية والتكوين والصحة والسكن والشغل، وفي الملكية، وفي التنمية. كما تضمن الدستور كذلك منعاً للمعاملة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة أو الحاطة بالكرامة الإنسانية، أو إلقاء القبض على أي شخص أو اعتقاله أو متابعته أو إدانته، إلا في إطار القانون، وحظر التمييز والكراهية والعنصرية والعنف، فضلاً عن تجريمه للاعتقال التعسفي أو السري والاختفاء القسري والتعذيب وجريمة الإبادة الجماعية والجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب والانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان، وتضمن أيضاً مبادئ المحاكمة العادلة وحقوق المتقاضين وقواعد سير العدالة. هذا دون نسيان دسترة المساواة بين المرأة والرجل والسعي لتحقيق مبدأ المناصفة بينهما، من خلال التنصيص على إحداث هيئة للمناصفة ومكافحة أشكال التمييز، إضافة إلى التكريس الدستوري للحقوق الفئوية بالنسبة للأطفال والشباب والمعاقين والمهاجرين واللاجئين. أنظر: *دستور المملكة المغربية*، (2011). وأيضاً: يوسف البحيري، *مرتكزات حماية حقوق الإنسان في صناعة التشريع بالمغرب*.
Retrieved from http://www.maghress.com/alittihad/186938.

المواطنات والمواطنين، العامة أو الخاصة.[1] ومن بين الاتفاقيات المشار إليها تلك المتعلقة بحقوق المهاجرين.

- **الفرع الثاني البناء المؤسساتي:**

كانت المغرب قد أسست قبل قرابة عقدين من اليوم، المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان، كمؤسسة وطنية ذات ولاية عامة في مجال حقوق الإنسان، وبغية تعزيز الإطار المؤسساتي لحماية حقوق الإنسان والنهوض بها.

ومؤخراً تمت ترقية المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان المحدث سنة 1990، والذي تمت إعادة تنظيمه سنة 2001 طبقاً لمبادئ باريس، إلى مجلس وطني لحقوق الإنسان في 1 مارس 2011، باختصاصات موسعة في مجال حماية حقوق الإنسان والنهوض بها، وبتركيبة متعددة تتألف من جمعيات المجتمع المدني وممثلي البرلمان والجامعات وخبراء حقوق الإنسان وشخصيات مشهود لها بالكفاءة والنزاهة والعطاء في مجال حقوق الإنسان. وفي هذا الإطار أيضاً، تم استحداث المندوبية الوزارية المكلفة بحقوق الإنسان في 11 أبريل 2011، والتي أنيط بها إعداد وتنسيق السياسات الحكومية في مجال الدفاع عن حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني وحمايتهما والنهوض بهما، واقتراح كل تدبير يهدف إلى ضمان تطبيق الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني التي يكون المغرب طرفاً فيها، والقيام بكل عمل واتخاذ كل مبادرة من شأنهما تعزيز التقيد بحقوق الإنسان، في إطار تنفيذ السياسات الحكومية.[2]

---

[1]. *دستور المملكة المغربية*، (2011)، الفصل 55.

[2]. للمزيد بهذا الشأن، أنظر: محسن عوض وعبد الله خليل، (2005)*تطور المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان في الوطن العربي*. القاهرة:المجلس القومي لحقوق الانسان،ص 317 وما بعدها.

- **الفرع الثالث واقع حقوق الإنسان في المغرب:**

تشير عدداً من التقارير الدولية المعنية بواقع حقوق الإنسان،[1] الى أن السلطات المغربية لازالت تمارس تقييد حرية التعبير وحرية تكوين الجمعيات وحرية التجمع، حيث ضيَّقت على الآراء المخالفة، وحاكمت عدداً من الصحفيين،[2] وسجنت بعض النشطاء،[3] وفرضت قيوداً على جماعات حقوق الإنسان وغيرها،[4] كما فرَّقت بالقوة احتجاجات سلمية واحتجاجات أخرى.[5] واستمر التعذيب وغيره من ضروب المعاملة السيئة أثناء الاحتجاز بسبب الافتقار إلى ما يكفي من الضمانات والمحاسبة، فضلاً عن قبول المحاكم للاعترافات المنتزعة تحت وطأة التعذيب.[6]

وصدر قانون جديد يسد ثغرةً كانت تتيح لمرتكبي جرائم الاغتصاب أن يفلتوا من قبضة العدالة، إلا إن المرأة ظلت تفتقر إلى الحماية الكافية من العنف الجنسي. وتعاونت السلطات في طرد مهاجرين وطالبي لجوء بشكل غير قانوني من إسبانيا إلى المغرب. واستمر سريان عقوبة الإعدام، ولكن الحكومة واصلت وقف تنفيذ أحكام الإعدام، وهو نهج سارت عليه منذ أمد طويل. وفي أعقاب صدور دستور جديد في عام 2011، بدأت الحكومة في تطبيق عدد من الإصلاحات القانونية والقضائية. وأقر مشرعون قانوناً يقضي بإنهاء محاكمة المدنيين أمام محاكم عسكرية، كما أقر تعديل القانون الجنائي بما يكفل الحيلولة دون إفلات مرتكب جريمة

---

[1]. *تقرير منظمة العفو الدولية عن حالة حقوق الإنسان في العالم*، (2014-2015)، المغرب:
Retrieved fromhttps://www.amnesty.org/ar/countries/middle-east-and-north-africa/morocco/report-morocco/

[2]. المغرب: ينبغي الكف عن استخدام "الإرهاب" كذريعة لسجن الصحفيين:
Retrieved from www.amnesty.org/ar/articles/news/2014/05/morocco-stop-using-terrorism-pretext-imprison-journalists.

[3]. المغرب: يجب فوراً إطلاق سراح الناشطيْن المحتجزيْن لقيامهما بالإبلاغ عن تعرضهما للتعذيب:
Retrieved fromwww.amnesty.org/ar/articles/news/2014/08/morocco-activists-jailed-reporting-torture-must-be-released-immediately.

[4]. المغرب/ الصحراء الغربية: ارفعوا القيود المفروضة على الجمعيات:
Retrieved fromwww.amnesty.org/ar/documents/MDE29/010/2014/en.

[5]. منظمة العفو الدولية تُعرب عن أسفها لقرار السلطات المغربية بإلغاء معسكر الشباب:
Retrieved from www.amnesty.org/ar/documents/MDE29/006/2014/en.

[6]. المغرب: صحراويون يضربون عن الطعام احتجاجاً على التعذيب:
Retrieved fromwww.amnesty.org/ar/documents/MDE29/007/2014/ar.

الاغتصاب من قبضة العدالة عن طريق زواجه من الضحية. وانقضى عام 2014 دون مناقشة مشروع قانون المسطرة الجنائية ومشروع قانون المسطرة المدنية.[1]

ويعتبر اعتماد تجربة العدالة الانتقالية بإحداث هيئة الإنصاف والمصالحة سنة 2004 مكسباً حقوقياً متميزاً، على اعتبار أن هذه التجربة ساهمت، بشكل كبير، في تعزيز حماية حقوق الإنسان والنهوض بها، سواء من خلال جبر الأضرار الفردية والجماعية المترتبة عن ماضي الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان، أو من خلال الكشف عن الحقيقة أو من خلال تقديم مقترحات بخصوص مداخل الإصلاح وضمان عدم تكرار ما جرى. وتبذل حالياً الكثير من الجهود لتنفيذ توصيات هيئة الإنصاف والمصالحة ذات الصلة بتعزيز ثقافة حقوق الإنسان، تم إعداد الأرضية المواطنة للنهوض بثقافة حقوق الإنسان سنة 2007، بمساهمة كل الفاعلين المعنيين، والتي تعد مشروعاً حقوقياً وثقافياً وبيداغوجيا، له بعد مجتمعي يهدف إلى التأثير الإيجابي على العقليات والسلوكيات، وهو مشروع وطني من حيث الأبعاد، وتشاركي من حيث المقاربة. وقد اعتمدت الأرضية ثلاثة محاور مترابطة ومتفاعلة فيما بينها: التربية وتكوين المهنيين والتوعية، كمداخل أساسية لخلق دينامية مجتمعية تمكن من تملك قيم وثقافة حقوق الإنسان من طرف مختلف مكونات المجتمع.

2. المطلب الثاني تطبيق قواعد القانون الدولي في الجزائر:

صادقت الجزائر على اتفاقيات الأمم المتحدة الرئيسية السبع المعنية بحقوق الإنسان.[2]كما صادقت الجزائر كذلك على اتفاقيات منظمة العمل الدولية الثماني المعنية بحقوق الإنسان.[1]ولازالت الجزائر تتمسك بتحفظاتها على أحكام بعض الاتفاقيات التي صادقت عليها.[2]

[[1]]. في يناير 2014، وافق مجلس النواب على تعديل المادة 475 من القانون الجنائي المغربي التي كانت تتيح لمن يغتصب فتاة يقل عمرها عن 18 عاماً أن يفلت من قبضة العدالة إذا تزوج ضحيته. إلا إن مشروع القانون بشأن العنف ضد النساء والأطفال، والذي كان يهدف إلى التغلب على مسألة الافتقار إلى إطار قانوني وسياسي شامل لمعالجة تلك الانتهاكات، كان لا يزال قيد النظر لدى لجنة الخبراء، والتي أحيل إليها في ديسمبر 2013. وكانت المرأة تفتقر إلى الحماية الكافية من العنف الجنسي، واستمر تجريم العلاقات الجنسية بالتراضي خارج إطار الزواج. أنظر: *تقرير منظمة العفو الدولية عن حالة حقوق الإنسان في العالم*، (2014-2015)، المغرب:
Retrieved fromhttps://www.amnesty.org/ar/countries/middle-east-and-north-africa/morocco/report-morocco/

[[2]] *العهدان الدوليان الخاصان بالحقوق المدنية والسياسية والحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية*، (1989)، واتفاقية *القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري*، (1972)،*واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة*، (1996)، *واتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة*،(1989)،*واتفاقية حقوق الطفل*. (1993)، *واتفاقية حماية العمال المهاجرين وأفراد أسرهم*. (2005). كما صادقت على البروتوكول الاختياري

وبالنظر الى ما تضمنه تقرير منظمة العفو الدولية للعام 2014،[3] بشأن حالة حقوق الإنسان في الجزائر، فقد أشار التقرير الى أنه وعلى الرغم من أن الجزائر أصبحت عضواً في "مجلس حقوق الإنسان" التابع للأمم المتحدة، إلا أن الحكومة الجزائرية لازالت تصر على عدم موافقتها على قيام هيئات رئيسية وخبراء بارزون لحقوق الإنسان بزيارات للبلاد، بما فيها تلك المعنية بالتعذيب وبمكافحة الإرهاب والاختفاء القسري والحق في تكوين الجمعيات والانضمام إليها. ولم تمنح السلطات تأشيرات دخول لموظفي منظمة العفو الدولية لزيارة الجزائر.[4]

وفيما يتعلق بالحق في حرية التعبير، لازالت القوانين تفرض قيوداً على منتقدي الحكومة، ويتعرضون بمضايقات قضائية من جانب السلطات،[5]ولازالت السلطات الجزائرية تفرض

الأول الملحق *بالعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية*، (1989)؛ أنظر: *التقرير الوطني للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية*: بيجين +15.

[1] الاتفاقيتان المرقمتان (87) و(98) المعنيتان *بحرية التجمع والمفاوضة الجماعية*، (1962)، والاتفاقيتان المرقمتان (29) و(105) المعنيتان *بالقضاء على السخرة والعمل الإجباري*، (1962، 1969 على التوالي)،والاتفاقيتان المرقمتان (100) و(111) المعنيتان *بمنع التمييز في العمل وشغل الوظائف*، (1962، 1969على التوالي)، والاتفاقيتان المرقمتان (138) و(182) المعنيتان *بمنع استخدام الأطفال والقاصرين*، (1984، 2001 على التوالي). أنظر: *التقرير الوطني للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية*: بيجين +15.

[2] المادة (1) التي هي مشتركة بين العهدين، والمادة (3/1) في كلا العهدين الدوليين، والمادة (14) من *العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية*، والمادة (8) من *العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية*، والمادة (22) من *العهد الدولي الخاص بالحقوق السياسية والمدنية*، والفقرتين 3 – 4 من المادة (13) من *العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية*، والفقرة 4 من المادة (23) من *العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية بشأن حقوق ومسئوليات الزوجين أثناء الزواج وعند فسخه*، والمادة (2) من *اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة* التي تلزم الدول الأطراف في الاتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة، والمادة (9 ف/2)، والمادة (15 ف/4)، التي تتعلق *بحرية الأشخاص وحرية اختيار محل سكنهم وإقامتهم*، والمادة (16)، التي تتعلق *بالمساواة بين المرأة والرجل في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية، أثناء الزواج أو عند فسخه*، والمادة (29 ف/1)، التي تتعلق *بأسلوب حل النزاعات بين الدول الأطراف حول تطبيق أو تفسير الاتفاقية*، والمادة (14) من *اتفاقية حقوق الطفل*، والمواد (13 -16 – 17) التي تتعلق *بإمكانية حصول الطفل على المعلومات والمواد من كافة المصادر الدولية*، والمادة (92 ف/1) من *اتفاقية حماية العمال المهاجرين وأسرهم*؛ أنظر: *نص التحفظات والإعلانات المقدمة من الجزائر فيما يخص اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة*:
Retrieved from https://www1.umn.edu/humanrts/arabic/Algeria-CedawR.html.
وأنظر أيضاً: تشوار جيلالي، (2012)، تحفظات الجزائر على بعض بنود الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق المرأة الأسرية بين التراجع والتمسك، *مجلة العلوم القانونية والادارية والسياسية*: جامعة أبي بكر بلقايد، الجزائر، 1- 20.

[3] *تقرير منظمة العفو الدولية عن حالة حقوق الإنسان في العالم*، (2014-2015)، الجزائر:
Retrieved from https://www.amnesty.org/ar/countries/middle-east-and-north-africa/algeria/report-algeria/.

[4] الجزائر: *ينبغي السماح لهيئات حقوق الإنسان بزيارة البلاد: الجزائر لا ترد على طلبات هيئات الأمم المتحدة زيارة البلاد*، بيان مشترك:
Retrieved fromhttps://www.amnesty.org/ar/documents/MDE28/001/2014/en.

[5] في 12 مارس 2014، أغلقت قوات الأمن "قناة الأطلس" التلفزيونية، وهي محطة تلفزيون خاصة دأبت على نقل الاحتجاجات المناهضة للحكومة وأتاحت الفرصة لعدد من منتقدي الحكومة للظهور على الهواء، واتهمت السلطات "قناة الأطلس" ببث برامجها دون ترخيص رسمي. *الجزائر: السلطات تغلق قناة تلفزيونية*:
Retrieved from www.amnesty.org/ar/documents/MDE28/003/2014/en.

وأيضاً: *الجزائر: اعتقال شابين تعسفاً ومقاضاتهما*:

الحظر على جميع المظاهرات في الجزائر العاصمة،[1]كما لازالت تفرض قيوداً على حرية تكوين الجمعيات والانضمام إليها.[2]

والجدير بالذكر أنه وفي 25 يناير من العام 2015، نشرت وزارة الخارجية الأمريكية على موقعها الالكتروني الرسمي تقريراً عن وضعية حقوق الإنسان في العالم لسنة 2014، تحدث عن وجود حالات تعذيب في السجون، واعتقالات تعسفية لمشاركين في مظاهرات، واحتجاجات لعاطلين عن العمل، إلى جانب حالات تزوير لنتائج انتخابات الرئاسة الأخيرة، التي جرت في أبريل 2014، وذلك استنادا لتصريحات معارضين.[3]

أما بشأن المرأة، فقد اتخذت السلطات بعض الخطوات لتحسين حالة حقوق المرأة. ففي الأول من فبراير/شباط 2014 أدى تبني "المرسوم 14- 26" إلى النص لأول مرة على دفع تعويض مالي من جانب سلطات الدولة إلى النساء اللاتي اغتصبن من قبل أعضاء في الجماعات المسلحة إبان النزاع الداخلي في تسعينيات القرن الماضي. وفي نهاية السنة، لم يكن قد اتضح بعد عدد النساء اللاتي تلقين التعويض بموجب "المرسوم 14- 26". وفي يونيو/حزيران 2014، اقترحت الحكومة تشريعاً جديداً لتجريم الاعتداء الجسدي على الزوجة والاعتداءات غير اللائقة على النساء، عندما تتم أمام الملأ. ومن شأن التشريع الجديد أن يجعل من هجر الزوجة أو استخدام الإكراه أو الترهيب للحصول على المصادر المالية للزوجة جرماً يعاقب عليه القانون. كما تبنى البرلمان، في 26 نوفمبر/تشرين الثاني 2014، القانون المقترح، الذي تم بموجبه إنشاء صندوق تابع للدولة لمساعدة النساء المطلقات اللاتي يتولين حضانة أطفالهن ولم يدفع لهن أزواجهن النفقة المستحقة لهن. وفي نهاية العام، لم تكن التعديلات المقترحة الأخرى قد وضعت موضع التنفيذ بعد.[4]

Retrieved from https://www.amnesty.org/ar/documents/MDE28/006/2014/en.

[1] *الجزائر: قمع تجمع سلمي في فترة التحضير للانتخابات*:
Retrieved from https://www.amnesty.org/ar/documents/MDE28/002/2014/ar.

[2] *الجزائر: بواعث قلق لا يستهان بها في فترة التحضير للانتخابات*:
Retrieved from https://www.amnesty.org/AR/documents/MDE28/004/2014/AR.

[3] *الجزائر ترفض تقريرًا أمريكيًا ينتقد أوضاع حقوق الإنسان فيها*:
Retrieved from http://www.vetogate.com/1713398.

[4]. *تقرير منظمة العفو الدولية عن حالة حقوق الإنسان في العالم*،(2014-2015)، الجزائر:
Retrievedfromhttps://www.amnesty.org/ar/countries/middle-east-and-north-africa/algeria/report-algeria/.

وعلى الرغم مما تحقق من تقدم، فقد ظلت المرأة دون حماية كافية من العنف، بما في ذلك العنف الجنسي، بمقتضى القانون. وعلى سبيل المثال، ظل حكم يقضي بأن يحصل الرجال الذين يغتصبون فتيات دون سن 18 على الحصانة من المقاضاة الجنائية، إذا ما تزوجوهن، نافذاً. وواصلت منظمات حقوق المرأة حملتها الطويلة من أجل إقرار قانون شامل لمكافحة العنف ضد المرأة. كما ظلت النساء تواجه التمييز جراء ما يتضمنه "قانون الأسرة" من أحكام بشأن الزواج والطلاق وحضانة الأطفال والميراث.[1]

وفيما يتعلق بالإفلات من العقاب، لم تتخذ السلطات أي خطوات للتحقيق في آلاف حالات الاختفاء القسري وغيرها من انتهاكات حقوق الإنسان التي ارتكبت إبان النزاع الداخلي، في عقد التسعينيات من القرن الماضي، وفي السنوات التي تلت. وواصلت أسر من اختفوا قسراً المطالبة بتزويدها بمعلومات حول مصير أقربائها، بما في ذلك في ذكرى التصويت على "ميثاق السلم والمصالحة الوطنية"، الذي منح الحصانة لقوات الأمن وجرَّم من يوجه انتقادات علنية لتصرفاتها.

وقضت "اللجنة المعنية بحقوق الإنسان" التابعة للأمم المتحدة بشأن خمس من قضايا الاختفاء القسري، وحضت السلطات على مباشرة تحقيقات شاملة فيها، وتقديم الجناة إلى ساحة العدالة، وتوفير سبل انتصاف فعالة لأقرباء من اختفوا. بما في ذلك القضايا والحالات التي أشارت إليها توصيات لجنة حقوق الإنسان الصادرة في نوفمبر/تشرين الثاني 2013.[2]

وأشار التقرير أيضاً الى أن المهاجرين لازالوا يتعرضون للانتهاكات، بما فيها التمييز والترحيل التعسفي. ولم تكشف الحكومة عن عدد المهاجرين الذين طردتهم، ولكن أوردت تقارير أن عددهم تجاوز عدة مئات، تم ترحيل العديد منهم دون القيام بالإجراءات الواجبة ودون ضمانات. ويستمر تعرض المهاجرين ممن لا يحملون وثائق ثبوتية للعنف ولرهاب الأجانب والطرد. ففي يناير/كانون الثاني، اعتقلت امرأة من الكاميرون بسبب إقامتها غير القانونية في الجزائر عندما ذهبت إلى الشرطة، في مدينة وهران، للإبلاغ عن تعرضها للاغتصاب. في

---

[1]. *الجزائر: لابد من إصلاحات شاملة لوضع حد للعنف الجنسي والعنف على أساس نوع الجنس ضد النساء والفتيات*: Retrieved from https://www.amnesty.org/ar/documents/mde28/010/2014/ar.

[2]. وفيها ما هو بشأن وفاة منير حموش، الذي توفي في حجز "دائرة الاستعلام والأمن" في ديسمبر/كانون الأول 2006. ودعت اللجنة إلى إجراء تحقيق محايد في وفاته، بغية ضمان مقاضاة الأشخاص المسؤولين عن تعذيبه، ومن أجل تقديم الجبر الوافي لأقربائه. أنظر: *تقرير منظمة العفو الدولية عن حالة حقوق الإنسان في العالم*،(2014-2015)، الجزائر:
Retrieved from https://www.amnesty.org/ar/countries/middle-east-and-north-africa/algeria/report-algeria/.

حين يواصل آلاف الجزائريين الساعين إلى الهجرة، والمعروفين باسم "الحراقة"، وكذلك المواطنون الأجانب، وجلهم من مواطني دول أفريقية جنوب الصحراء، محاولة ركوب أهوال البحر للانتقال من الجزائر إلى أوروبا، رغم صدور قانون في 2009 يجرِّم مغادرة الجزائر بصورة "غير شرعية" عن طريق استخدام وثائق مزورة، أو عبر منافذ غير موانئ المغادرة الحدودية الرسمية.[1]

ما زالت معسكرات "تندوف" في منطقة مهيريز في الجزائر، والتي تأوى الصحراويين الذين فروا من الصحراء المغربية وقت أن ضمتها المغرب، تفتقر إلى المراقبة المنتظمة من جهات مستقلة معنية بحقوق الإنسان. ولم تتخذ "جبهة البوليساريو" أي خطوات، لإنهاء الحصانة التي يتمتع بها من اتُهموا بارتكاب انتهاكات لحقوق الإنسان في هذه المعسكرات خلال عقدي السبعينيات والثمانينيات من القرن العشرين،[2]وهذا ما تعرض إليه بالتفصيل تقرير منظمة (هيومن رايتش) الى ما يتعرض له اللاجئون الصحراويين في تندوف الجزائرية.[3]

وفيما يخص عقوبة الإعدام، فلازالت تصد أحكاماً قضائية بالإعدام؛ ولكن لم ينفذ أي حكم بالإعدام منذ 1993. وكانت الجزائر في نوفمبر/تشرين الثاني 2014، قد صوتت تأييداً لمسودة قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة الداعي إلى فرض حظر على عقوبة الإعدام على نطاق العالم بأسره.[4]

- **الفرع الأول البناء المؤسسي:**

يتوافر في الجزائر نمطان من مؤسسات حقوق الإنسان، وهما: المؤسسات الوطنية، والمنظمات غير الحكومية. وقد تم تأسيس "اللجنة الوطنية الاستشارية لترقية حقوق الإنسان وحمايتها" بموجب مرسوم رئاسي صدر في 25 مارس 2001، باعتبارها مؤسسة عمومية مستقلة تتمتع بالاستقلال المالي والإداري، تضطلع بمهام استشارية تتعلق بالرقابة والإنذار

---

[1]. *تقرير منظمة العفو الدولية عن حالة حقوق الإنسان في العالم*، (2014-2015)، الجزائر:
Retrieved from https://www.amnesty.org/ar/countries/middle-east-and-north-africa/algeria/report-algeria/.

[2].المرجع نفسه.

[3]. للمزيد بهذا الشأن راجع تقرير: *منظمة هيومن رايتش: خارج الرادار: حقوق الإنسان في مخيمات اللاجئين في تندوف*. (اكتوبر2014).

[4]. *تقرير منظمة العفو الدولية عن حالة حقوق الإنسان في العالم*، (2014-2015)، الجزائر:
Retrievedfromhttps://www.amnesty.org/ar/countries/middle-east-and-north-africa/algeria/report-algeria/.

المبكر والتقييم في مجال حقوق الإنسان، وتم تشكيلها على أساس تعددي، وتقوم بنشر ثقافة حقوق الإنسان ومراجعة التشريعات الوطنية من حيث توافقها مع مبادئ حقوق الإنسان، والمشاركة في إعداد التقارير التي تلتزم الدولة بتقديمها إلى أجهزة الأمم المتحدة بموجب التزاماتها المتفق عليها. وتقوم اللجنة بإعداد تقرير سنوي يتم رفعه إلى رئيس الجمهورية.

كذلك فقد شهدت الجزائر نشأة عدد من منظمات حقوق الإنسان تتنوع اختصاصاتها؛ فبعضها يعمل باختصاص عام مثل: "الرابطة الجزائرية لحقوق الإنسان" (1987)، و"الرابطة الجزائرية للدفاع عن حقوق الإنسان" (1985)؛ وبعضها يتخصص في النهوض بحقوق فئات معينة مثل: "جمعية نور لحماية وترقية حقوق الإنسان" (2000)؛ وبينها فرع لمنظمة "العفو الدولية/الجمعية الجزائرية" (1989).[1]

3. المطلب الثالث تطبيق قواعد القانون الدولي في مصر:

تنص المادة (151) من الدستور المصري على أن "رئيس الجمهورية يبرم المعاهدات ويبلغها إلى مجلس الشعب، وتكون لها قوة القانون بعد ابرامها والتصديق عليها ونشرها". وتقضى هذه المادة بأن تكون للمعاهدات قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقاً للأوضاع المقررة أن تملأ الفراغ التشريعي الوطني في مواجهة انتهاكات القانون الدولي الإنساني. وفي هذا الإطار صادقت مصر على كافة الاتفاقيات الدولية والاقليمية لحقوق الإنسان،[2]كما بدأت بعض الجهود من قبل الحكومة المصرية تولي اهتماماً بجوانب تطبيق القانون الدولي الإنساني ومنها قرار رئيس مجلس الوزراء رقم 149 لسنة 2000 بإنشاء اللجنة القومية للقانون الدولي الإنساني، والصادر برئاسة مجلس الوزراء بمصر في 23 يناير 2000. ويجب الإشارة هنا إلى الجهد الذي باشرته الجمعية المصرية للقانون الجنائي من خلال مؤتمرها

---

[1]. للمزيد بهذا الشأن، أنظر: محسن عوض وعبد الله خليل، (2005)، تطور *المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان في الوطن العربي*، القاهرة:المجلس القومي لحقوق الانسان، ص 337 وما بعدها. وأنظر أيضاً: شريفي الشريف، (2008)،*المنظمات غير الحكومية ودورها في ترقية وحماية حقوق الإنسان في الجزائر*، رسالة ماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد، الجزائر.

[2]. صادقت مصر على كل من: *الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية* (5 أبريل 1982)،*الاتفاقية الدولية بشأن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية* (8 أبريل 1982)،*اتفاقية مناهضة التعذيب*(1986)، اتفاقية القضاء على *كافة اشكال التمييز ضد المرأة*، وتم التصديق عليها في ديسمبر 1981،*اتفاقية حقوق الطفل* تم التصديق عليها 1990،*الاتفاقية الدولية الخاصة بالقضاء على التفرقة العنصرية بكافة صورها واشكالها*، وتم التصديق عليها عام 1967، *الاتفاقية الدولية لمكافحة ابادة الجنس البشرى*، وتم التصديق عليها عام 1951، *والاتفاقية الدولية لمكافحة الاتجار في الاشخاص واستغلال دعارة الغير* 1950،*وبروتوكول منع الاتجار بالأشخاص وبخاصة النساء والاطفال المكمل لاتفاقية الامم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية* (فبراير 2004)، *والاتفاقية الدولية لحماية حقوق جميع العمال المهاجرين وافراد اسرهم* 1990،*وبروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر والبحر والجو والمكمل لاتفاقية الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية* 2004؛ أنظر: مصر *والاتفاقيات الدولية*:
Retrieved from http://hypatia1.blogspot.com/2012/08/blog-post_22.html.

الحادي عشر الذي انعقد بالقاهرة في الفترة من 20-21 مايو 2003 تحت عنوان القانون الدولي الإنساني بين الاتفاقيات الدولية والتشريعات الجنائية المصرية، والذي انتهى في توصياته إلى ضرورة الاهتمام بدراسات القانون الدولي الإنساني وتطبيقاتها في المجال الجنائي في الجامعات المصرية.[1]

ورغم ذلك لازالت العديد من التشريعات المصرية بعيدة عن تطبيق معايير القانون الدولي الإنساني، لاسيما ما يتعلق باتفاقية مناهضة التعذيب. فعلى الرغم من انضمام مصر للاتفاقية الدولية لمناهضة التعذيب والتي أوردت في مادتها الأولى تعريفا للتعذيب يغطي كافة صور التعذيب المادي والمعنوي، الا أن هذا الالتزام والانضمام لم يقابله تطور تشريعي يتناسب مع التزامها بأحكام هذه الاتفاقية وتوقيع العقوبات الرادعة على انتهاك أحكامها، وبالتالي فانه ليس بكاف أن ينص الدستور في المادة (42) على حماية كل من يقبض عليه أو يحبس من الايذاء البدني أو المعنوي.[2]

وكذلك ليس كافيا أن تنضم مصر إلى الاتفاقية الدولية لمناهضة التعذيب أو العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية إذ لم يصاحب ذلك تطور تشريعي يضع الضوابط والضمانات والإجراءات الفعالة بضمان تطبيق النص الدستوري والالتزامات الدولية وأن يكون هناك تشريع يضع اجراءات فعالة تحمي الأفراد بنصوص واضحة وصريحة من التعرض لكافة اشكال التعذيب وغيره من ضروب المعاملة القاسية أو اللاإنسانية.

وكانت مصر قد خضعت لجلسة مراجعة لأوضاع حقوق الإنسان فيها أمام الأمم المتحدة في 2010، انتهت بتقديم 165 توصية، قبلت منها الحكومة 119 توصية، ورفضت 21 أخرى، وردت على الباقين. وحتى الآن سجلت 125 دولة رغبتها في توجيه أسئلة أو توصيات

---

[1]. راجع: أمين المهدى، (2003)،*الجوانب التشريعية لتنفيذ أحكام القانون الدولي الإنساني، العلاقة التبادلية بين القانون الدولي الإنساني والقانون المصري، القانون الدولي الإنساني دليل للتطبيق على الصعيد الوطني*، دار المستقبل العربي: القاهرة. ص 275 وما بعدها.

[2]. لازال هناك تباين واسع بين مفهوم جريمة التعذيب في نصوص المواثيق الدولية والتشريع المصري، وعلى الرغم من تصديق الحكومة المصرية على الاتفاقية وضرورة تعديل التشريع الوطني بما لا يتناقض مع *الاتفاقية الدولية لمناهضة التعذيب*؛ الا أنه ما تقضي به المادة 126 من *قانون العقوبات* التي تجرم التعذيب فقط في حالة استهداف انتزاع اعترافات، وكذلك الحماية القانونية لضحايا التعذيب، فإن الضحايا في جرائم التعذيب عند لجوئهم للقضاء يصطدمون بعقبات تشريعية من أهمها قصور تحريك الدعوى الجنائية ضد الموظف العام على النيابة العامة، ولذا يجب استصدار تشريع يقر حق المدعي المدني في الادعاء المباشر أمام محكمة الجنايات في جرائم الاعتداء على الحرية الشخصية أو جرائم التعذيب، والغاء القانون 121 لسنة 1956 الخاص بتعديل المادة 63 من قانون الإجراءات الجنائية والذي يحصر الحق في رفع الدعوى العمومية على ضباط الشرطة والموظفين العموميين ومن في حكمهم على رجال النيابة العامة. وكذلك تعديل المادة 126 من قانون العقوبات بما يتناسب مع *الإتفاقية الدولية لمناهضة التعذيب*، والتي تعرف التعذيب بأنه "الم أو عذاب جسدي أو عقلي ولا يشترط أن يكون مستهدفا انتزاع الاعترافات فقط مثلما ينص القانون المصري". أنظر: أمين المهدى،*الجوانب التشريعية لتنفيذ أحكام القانون الدولي الإنساني*، مرجع سابق، ص 280 وما بعدها.

للدولة المصرية في مقابل 51 مداخلة فقط في الجلسة السابقة، كما خضعت لنفس الإجراء في جنيف سنة 2014، في الوقت الذي تقدم ملتقى منظمات حقوق الإنسان المصرية، المكون من (19) منظمة مصرية غير حكومية، بـ (100) توصية للحكومة المصرية ضمن جلسة المراجعة الدورية. وذكر بيان ملتقى المنظمات أن التوصيات متعلقة بـ (12) ملف حقوقي "يعاني انتهاكات جسيمة على صعيد التشريع والممارسة". وجاء عدد من التوصيات مرتبط بسُبل تحسين حالة حقوق الإنسان في مصر بشكل عام، وتوصيات أخرى متعلقة بحقوق معينة في تكوين الجمعيات والحق في التجمع السلمي والحق في المحاكمات العادلة وحقوق النساء والأطفال والأقليات واللاجئين.[1]

أما التقرير الرسمي الذي أعدته الحكومة المصرية، فقد استعرض ما تم تنفيذه من توصيات بين فبراير 2010 حتى يونيو 2014. وجاء في التقرير أن الدولة المصرية نفّذت 112 توصية مما جاء في الجلسة السابقة ووافقت عليها مصر، بالإضافة إلى 14 توصية أخرى جاري دراستها أو تنفيذها. وأشار التقرير إلى أن مطالب الشعب المصري في (ثورتي 25 يناير و30يونيو) قد تجاوزت سقف المطالب التي وضعتها توصيات المراجعة الشاملة، وتجاوزت قشور الإصلاحات التي كان يضطلع بها النظام السابق بين الحين والآخر، وامتدت بصورة مباشرة لجوهر مبادئ حقوق الإنسان في الحرية، والعدالة، والمساواة، والكرامة الإنسانية. كما وركز التقرير على رصد التشريعات المختلفة الصادرة خلال السنوات الأربعة الماضية، ووصف التقرير دستور 2014 أنه "يمثل انتصارًا لأهداف الثورة ومبادئها ونقلة

[1]. ركزت المنظمات الـ19 المكوّنة لملتقى منظمات حقوق الإنسان المصرية في تقريرها المقدم للأمم المتحدة على ما وصفته بـ "غياب الإرادة السياسية لتحسين حالة حقوق الإنسان" وهو ما اعتبرته المنظمات العائق الأساسي في وجه تحسين حالة الحقوق والحريات، وأضافت "انتهكت كل الحكومات المتعاقبة منذ عام 2010 العديد من الحقوق مثل الحق في التجمع السلمي وحرية تكوين الجمعيات وحرية الرأي والتعبير، فضلاً عن الاعتداءات الجنسية على المتظاهرات، بينما لم تحرز تقدمًا يذكر في تحسين أوضاع الفقراء والخدمات الصحية والتعليمية والسكن". أنظر:

تقرير عام عن حالة حقوق الإنسان في مصر خلال الأربع سنوات الماضية:
Retrieved from http://www.cihrs.org/?p=9580.

مائة توصية للحكومة المصرية من أجل تحسين حالة حقوق الإنسان:
Retrieved from http://eipr.org/pressrelease/2014/11/03/2259.

تقرير حول انتهاكات الحق في التجمع السلمي خلال الأربع سنوات الماضية:
Retrieved from http://afteegypt.org/j_press_releases/2014/11/03/8659-afteegypt.html.

تقرير حول انتهاكات الحق في تكوين الجمعيات خلال الأربع سنوات الماضية:
Retrieved from http://www.cihrs.org/?p=9536.

تقرير حول انتهاكات الحق في المحاكمات العادلة والمنصفة خلال الأربع سنوات الماضية:
Retrieved fromhttp://www.cihrs.org/?p=9669.

نوعية نحو تحسين وضع حقوق الإنسان في مصر، فجعل احترام هذه الحقوق والحريات وحمايتها من مقومات النظام السياسي للدولة".[1] ومع ذلك فقد تضمن التقرير ما وصفه البعض بأنه: "وضع حقوقي وإنساني غير قابل للتبرير".[2]

وأشار تقرير منظمة العفو الدولية، الى أن الحكومة المصرية المتكونة بعد صعود السيسي قامت بتقييد حرية التعبير وتكوين الجمعيات والتجمع تقييداً شديداً. كما تم توقيف واعتقال الآلاف في إطار عملية انقضاض شاملة على المعارضة تعرض خلالها بعض المعتقلين للاختفاء القسري. وظل "الإخوان المسلمون" جماعة محظورة، واعتقل قادتها وأودعوا السجن. واستمر تعذيب المعتقلين وغيره من ضروب المعاملة السيئة يُستخدم بصورة روتينية ويُرتكب في ظل مناخ الإفلات من العقاب. وحكم على المئات بالسجن أو الإعدام في أعقاب محاكمات جائرة بصورة فجة. واستخدمت قوات الأمن القوة المفرطة ضد المتظاهرين، وارتكبت أعمال قتل غير مشروعة في ظل مناخ الإفلات من العقاب. وتعرضت النساء للتمييز والعنف. وأعيد بعض اللاجئين قسراً. واستمر إخلاء الناس من مساكنهم قسرا. وتعرض العشرات للتوقيف والمحاكمة بسبب ميولهم أو هويتهم الجنسية. وأصدرت المحاكم مئات من أحكام الإعدام، وفي يونيو تم إعدام البعض لأول مرة منذ عام 2011.[3]

- **البناء المؤسسي:**

يوجد في مصر المجلس القومي لحقوق الإنسان.[4] ومؤخراً أنشأ المجلس وحدة البحث والتطوير التشريعي في إبريل 2009 استشعارا منه لأهمية تطوير وتحديث التشريعات المصرية المتصلة بحقوق الإنسان عبر اقتراح تشريعات جديدة، أو من خلال تعديل القوانين

[1]. الاستعراض الدوري لملف حقوق الانسان في مصر أمام الأمم المتحدة:
Retrieved fromhttp://icfr.info/old/ar/article.php?id=1229#sthash.Pfp57bvN.dpuf.

[2]. مصر واختبار حقوق الإنسان في جنيف:
Retrieved from
http://www.madamasr.com/ar/sections/politics/%D9%85%D8%B5%D8%B1-%D9%88%D8%A7%D8%AE%D8%AA%D8%A8%D8%A7%D8%B1-%D8%AD%D9%82%D9%88%D9%82-%D8%A7%D9%84%D8%A5%D9%86%D8%B3%D8%A7%D9%86-%D9%81%D9%8A-%D8%AC%D9%86%D9%8A%D9%81.

[3]. *تقرير منظمة العفو الدولية عن حالة حقوق الإنسان في العالم*، (2014-2015)، مصر:
Retrieved from https://www.amnesty.org/ar/countries/middle-east-and-north-africa/egypt/report-egypt/.

[4]. للمزيد بهذا الشأن، أنظر: محسن عوض وعبد الله خليل، (2005)*تطور المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان في الوطن العربي*، المجلس القومي لحقوق الانسان: القاهرة، ص 388 وما بعدها.

القائمة التي قد تشكل انتقاصا أو تتضمن إخلالا بالمعايير الدولية لحقوق الإنسان، ومن ثم يجب على القوانين المصرية ليس فقط أن تكون متسقة ومتلائمة مع الاتفاقيات الدولية الخاصة بحقوق الإنسان، بل ومنفتحة أيضا على أفضل التجارب والممارسات". وحدة البحث والتطوير التشريعي أعدت دراسات حول العديد من التشريعات الوطنية التي تحتاج إلى تعديلات لتتوافق مع المعايير الدولية ذات الصلة بحقوق الإنسان، بل ومع الدستور المصري الصادر في عام 2014.

كما أنشأت المنظمة المصرية لحقوق الانسان عام 1985 كفرع للمنظمة العربية لحقوق الانسان باسم "الفرع المصري للمنظمة العربية لحقوق الانسان" وفى عام 1987 قرر المؤسسون انشاء منظمة مستقلة عن المنظمة العربية باسم المنظمة المصرية لحقوق الانسان تحت التأسيس مع الاحتفاظ بعضوية المنظمة العربية لحقوق الانسان وتم التقدم بطلب لوزارة الشئون الاجتماعية وفقا لقانون الجمعيات رقم 32 لسنة 1964 – ورفضت الوزارة الطلب بدعوى وجود منظمة اخرى تعمل في نفس المجال وفى ذات المنطقة الجغرافي "الجمعية المصرية لحقوق الانسان" وتم اللجوء للقضاء الاداري للطعن على قرار وزيرة الشئون الاجتماعية وصدر الحكم مؤكدا لقرار الوزارة فتم الطعن على الحكم امام المحكمة الادارية العليا مع الطعن بعدم دستورية القانون 32 لسنة 1964 عام 1992 ولا يزال هذا الطعن منظور امام المحكمة الادارية العليا منذ ذلك التاريخ حتى الآن.[1] كما توجد العديد من المنظمات المحلية والإقليمية والدولية التي تعمل في مجال حقوق الإنسان في مصر.

الخاتمة:

من خلال العرض السابق لتطبيق قواعد القانون الدولي الإنسان والعداله الانتقاليه يتضح لنا أن الدول الثلاث قد وقعت على العديد من الاتفاقيات من اجل حمايه حقوق الانسان، وتطبيق قواعد القانون الانساني، كما نصت دساتيرها على ذلك إلا أن الواقع خلاف ذلكان شعوب هذه الدول تعانى من الاضطهاد، والظلم، بكافة أنواعه ولا يوجد فيها حريه في التعبير ويوجد فيها العديد من السجونالتي يعاني فيها السجناء كافة أنواع التعذيب والأفعال والانتهاكات لقواعد

[[1]]. تعزيز حقوق المرأة كجزء متمم وتكميلي لحقوق الانسان وزيادة الوعي حول الصعوبات التي تواجه المرأة في مصر للحصول على حقوقها:
Retrieved from http://www.cairo.gov.eg/information/Civil%20Society/more_monazmat.aspx?ID=504.

القانون الدولي الأنسان ان الدول الثلاث((المغرب، الجزائر مصر))، وتسعي وسعت الى تطبيق العدالة الانتقالية والتي من أهدفها تحقيق الديمقراطية؛ والتي لايمكن تطبيقها في مجتمع لايراعي تطبيق قواعد القانون الدولي الإنساني.

المراجع والمصادر:

- الاستعراض الدوري لملف حقوق الانسان في مصر أمام الأمم المتحدة:
Retrieved fromhttp://icfr.info/old/ar/article.php?id=1229#sthash.Pfp57bvN.dpuf.

- أمين المهدى، (2003)، الجوانب التشريعية لتنفيذ أحكام القانون الدولي الإنساني، العلاقة التبادلية بين القانون الدولي الإنساني والقانون المصري، القانون الدولي الإنساني دليل للتطبيق على الصعيد الوطني، دار المستقبل العربي: القاهرة.

- التحفظات والإعلانات المقدمة من الجزائر فيما يخص اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة:
Retrieved from
https://www1.umn.edu/humanrts/arabic/Algeria-CedawR.html.

- تشوار جيلالي، (2012)، تحفظات الجزائر على بعض بنود الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق المرأة الأسرية بين التراجع والتمسك، مجلة العلوم القانونية والادارية والسياسية: جامعة أبي بكر بلقايد، الجزائر.

- تعزيز حقوق المرأة كجزء متمم وتكميلي لحقوق الانسان وزيادة الوعي حول الصعوبات التي تواجه المرأة في مصر للحصول على حقوقها:
Retrieved from
http://www.cairo.gov.eg/information/Civil%20Society/more_monazmat.aspx?ID=504.

- التقرير الوطني للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية: بيجين +15.

- تقرير منظمة العفو الدولية عن حالة حقوق الإنسان في العالم، (2014-2015)، المغرب:
Retrieved from https://www.amnesty.org/ar/countries/middle-east-and-north-africa/morocco/report-morocco/

- تقرير منظمة العفو الدولية عن حالة حقوق الإنسان في العالم، (2014-2015)، الجزائر:
Retrieved from https://www.amnesty.org/ar/countries/middle-east-and-north-africa/algeria/report-algeria/.

- تقرير منظمة العفو الدولية عن حالة حقوق الإنسان في العالم، (2014-2015)، مصر:
Retrieved from https://www.amnesty.org/ar/countries/middle-east-and-north-africa/egypt/report-egypt/.

- الجزائر ترفض تقريرًا أمريكيًا ينتقد أوضاع حقوق الإنسان فيها:
Retrieved from http://www.vetogate.com/1713398.

- الجزائر: اعتقال شابين تعسفاً ومقاضاتهما:
Retrieved from https://www.amnesty.org/ar/documents/MDE28/006/2014/en.

- الجزائر: بواعث قلق لا يستهان بها في فترة التحضير للانتخابات:
Retrieved from https://www.amnesty.org/AR/documents/MDE28/004/2014/AR.

- الجزائر: قمع تجمع سلمي في فترة التحضير للانتخابات:
Retrieved from https://www.amnesty.org/ar/documents/MDE28/002/2014/ar.

- الجزائر: السلطات تغلق قناة تلفزيونية:
Retrieved from www.amnesty.org/ar/documents/MDE28/003/2014/en.

- الجزائر: لابد من إصلاحات شاملة لوضع حد للعنف الجنسي والعنف على أساس نوع الجنس ضد النساء والفتيات:
Retrieved fromhttps://www.amnesty.org/ar/documents/mde28/010/2014/ar.

- الجزائر: ينبغي السماح لهيئات حقوق الإنسان بزيارة البلاد: الجزائر لا ترد على طلبات هيئات الأمم المتحدة زيارة البلاد، بيان مشترك:
Retrieved fromhttps://www.amnesty.org/ar/documents/MDE28/001/2014/en.

- حالة حقوق الإنسان في مصر خلال الأربع سنوات الماضية:
Retrieved from http://www.cihrs.org/?p=9580.

- دستور المملكة المغربية، (2011).

- شريفي الشريف، (2008)، المنظمات غير الحكومية ودورها في ترقية وحماية حقوق الإنسان في الجزائر، رسالة ماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد، الجزائر.

- مائة توصية للحكومة المصرية من أجل تحسين حالة حقوق الإنسان:
Retrieved from http://eipr.org/pressrelease/2014/11/03/2259.

- المبادئ الأساسية والمبادئ التوجيهية بشأن الحق في الانتصاف والجبر لضحايا الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي لحقوق الإنسان والانتهاكات الخطيرة للقانون الإنساني الدولي، المبدأ 18.

- المجموعة المستوفاة من المبادئ المتعلقة بحماية حقوق الإنسان وتعزيزها من خلال اتخاذ إجراءات لمكافحة الإفلات من العقاب، المبدأ 20.

- محسن عوض وعبد الله خليل، (2005)، تطور المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان في الوطن العربي. القاهرة: المجلس القومي لحقوق الانسان.

- مصر، تقرير حول انتهاكات الحق في التجمع السلمي خلال الأربع سنوات الماضية:
Retrieved from http://afteegypt.org/j_press_releases/2014/11/03/8659-afteegypt.html.

- مصر، انتهاكات الحق في المحاكمات العادلة والمنصفة خلال الأربع سنوات الماضية:
Retrieved fromhttp://www.cihrs.org/?p=9669.

- مصر، انتهاكات الحق في تكوين الجمعيات خلال الأربع سنوات الماضي:
Retrieved from http://www.cihrs.org/?p=9536.

- مصر واختبار حقوق الإنسان في جنيف:
Retrieved from http://www.madamasr.com/ar/sections/politics/%D9%85%D8%B5%D8%B1-%D9%88%D8%A7%D8%AE%D8%AA%D8%A8%D8%A7%D8%B1-%D8%AD%D9%82%D9%88%D9%82-%D8%A7%D9%84%D8%A5%D9%86%D8%B3%D8%A7%D9%86-%D9%81%D9%8A-%D8%AC%D9%86%D9%8A%D9%81.

مصر والاتفاقيات الدولية:
Retrieved from http://hypatia1.blogspot.com/2012/08/blog-post_22.html.

- المغرب/ الصحراء الغربية: ارفعوا القيود المفروضة على الجمعيات:
Retrieved fromwww.amnesty.org/ar/documents/MDE29/010/2014/en.

- المغرب: صحراويون يضربون عن الطعام احتجاجاً على التعذيب:
Retrieved fromwww.amnesty.org/ar/documents/MDE29/007/2014/ar.

- المغرب: يجب فوراً إطلاق سراح الناشطيْن المحتجزيْن لقيامهما بالإبلاغ عن تعرضهما للتعذيب:
Retrieved from www.amnesty.org/ar/articles/news/2014/08/morocco-activists-jailed-reporting-torture-must-be-released-immediately.

- المغرب: ينبغي الكف عن استخدام "الإرهاب" كذريعة لسجن الصحفيين:
Retrieved from www.amnesty.org/ar/articles/news/2014/05/morocco-stop-using-terrorism-pretext-imprison-journalists.

- مفوضية الأمم المتحدة، أدوات سيادة القانون في الدول الخارجة من نزاعات:
المشاورات الوطنية بشأن العدالة الانتقالية.

- منظمة العفو الدولية تُعرب عن أسفها لقرار السلطات المغربية بإلغاء معسكر الشباب:
Retrieved from www.amnesty.org/ar/documents/MDE29/006/2014/en.

- منظمة هيومنرايتش، خارج الرادار: حقوق الإنسان في مخيمات اللاجئين في تندوف. (اكتوبر 2014).

- يوسف البحيري، مرتكزات حماية *حقوق الإنسان في صناعة التشريع بالمغرب*:
Retrieved from http://www.maghress.com/alittihad/186938.

جامعة السيد محمد بن علي السنوسي الإسلامية

قسم القانون

عنوان البحث

الملاحقة الجنائية لمرتكبي جريمة التعذيب

إعداد

أ: عادل مصطفى عبد الحميد دلاف

محاضر بكلية الشريعة والقانون ـ جامعة السيد محمد بن علي السنوسي الإسلامية

ملخص البحث:

تتناول هذه الدراسة الملاحقة الجنائية لمرتكبي جريمة التعذيب من حيث الأساس القانوني لتجريم الظاهرة ومناهضتها بصفة عامة سواء على الصعيد الدولي أو الإقليمي وبيان موقف التشريعات الداخلية سواءً دستورية أم عادية، وكذلك التطرق للسلوك الإجرامي للجريمة وما هي أهم أنماطه وصورة وإضافة للنتيجة الإجرامية المترتبة عليه، والقصد الجنائي الذي يتطلبه المشرع في هذه الجريمة، وأخيراً يتضمن البحث في العقوبات المقررة للجريمة، وأهم الضمانات القانونية لملاحقة وتعقب المجرمين على الصعيد الدولي والمحلي، وقد قسمته إلى ثلاث مباحث، وقسمت كل مبحث إلى مطلبين، وانتهت بخاتمة عرضت فيها أهم النتائج والتوصيات.

Research Summary:

This study deals with the criminal prosecution of the perpetrators of the crime of torture in terms of the legal basis for criminalizing and combating the phenomenon in general at the international or regional level and the position of domestic legislation, whether constitutional or ordinary, as well as to address the criminal behavior of the crime and what are the most important types Finally, it includes the examination of the penalties prescribed for the crime, and the most important legal guarantees for the prosecution and tracking of criminals at the international and local levels. Conclusion presented the most important findings and recommendations.

المقدمة:

من أهم الحقوق التي كفل لها القانون الحماية الجنائية حق الإنسان في سلامة الجسم، وهو ما أكدته الاتفاقيات الدولية والإقليمية، والتي دأبت دائماً على حماية الإنسان من كافة صور التعذيب وضروب المعاملة القاسية أو الا إنسانية، حيث تتعهد هذه الاتفاقيات رغم عدم اختلافها في جوهرها حول حرمة التعدي على المعتقلين أو الأسرى أو المحكوم عليهم لحملهم على الاعتراف بأفعال سواء ارتكبوها أو لم يرتكبوها أو للانتقام منهم أو التنكيل بهم، إضافة لضمان ملاحقة الجناة على الصعيد الدولي وملاحقتهم جنائياً.

ولعل الاتفاقية الأبرز في هذا الصدد اتفاقية الأمم المتحدة لمناهضة التعذيب، أما على المستوى الإقليمي فقد أصدرت منظمة الوحدة الأفريقي لحقوق الإنسان الذي يحظر أية أفعال من شأنها المساس بالإنسان وأهمها عدم تعرضه للتعذيب، كذلك الميثاق العربي لحقوق الإنسان، أما على الصعيد المحلي فنلاحظ أن قانون العقوبات الليبي نص تجريمه في المادة (235) منه، كما أصدر المشرع الليبي حديثاً القانون رقم (10) لسنة 2013م في شأن تجريم التعذيب والإخفاء القسري والتمييز، وأبرز ما جاء فيه انحسار حق الموظف العام كركن مفترض للجريمة، كما أنه شدد العقوبات تبعاً للنتيجة الإجرامية التي تعتبر الأثر المترتب على السلوك الإجرامي والمرتبطة به علاقة سببية، وكذلك نصت الاتفاقيات الدولية والإقليمية نحو تطبيق مبادئ قانونية حديثة في القانون الجنائي لضمان الملاحقة القضائية لمرتكبي الجرائم وعدم إفلاتهم من العقوبات المنصوص عليها للحد من ظاهرة تنامي جرائم التعذيب.

أهمية الدراسة:-

تستمد أهمية هذه الدراسة من الازدياد الواضح في اللجوء للتعذيب لحمل المجني عليه على الاعتراف بجريمة معينة أو الانتقام منه لأي سبب كان سواء سياسياً أو اجتماعياً أم عرقياً أم دينياً.

منهج الدراسة:

سنحاول في هذه الدراسة سرد أهم الاتفاقيات الدولية والإقليمية ونقارنها بالقانون الليبي من خلال تحليل النصوص القانونية وسرد الآراء الفقهية المتعلقة بالموضوع

مشكلة الدراسة:

جريمة التعذيب تتلتبس مع غيرها من الجرائم وبالتالي نحاول استخلاص أهم أركانها والتطرق لأبرز الجزاءات الجنائية المقررة لها، ومعرفة مدى توافق القانون الليبي مع الاتفاقيات الملزمة ليبيا في تطبيقها بالداخل.

خطة البحث:

تم تقسيم هذه الدراسة إلى ثلاثة مباحث على التفصيل الآتي:

المبحث الأول: الأساس القانوني لمناهضة للتعذيب.

المبحث الثاني: أركان جريمة التعذيب.

المبحث الثالث: عقوبة التعذيب وضمانات الملاحقة الجنائية.

المبحث الأول: الأساس القانوني لمناهضة التعذيب

يعتبر الحق في سلامة الجسم من التعذيب من أهم الحقوق الجديرة بالحماية القانونية، سواء أكانت على المستوى الدولي أو الإقليمي أو المحلي، باعتبار أن جسم الإنسان هو الكيان المادي الذي يمارس الإنسان من خلاله وظائفه واختصاصاته.

وقد يتم المساس بالصورة التقليدية التي تتمثل بالاعتداء على سلامته والتي تعرف في النظم الجنائية الحديثة بجرائم الإيذاء والضرب، أو بالصورة الحديثة التي تتمثل بتعذيب الأشخاص وغالباً ما يكون المجني عليهم من متهمين أو محكوم عليهم بعقوبات سالبة للحرية حيث تتم مباشرتها بصورة غير مشروعة [1]، وتأكيداً على أهمية الحماية القانونية للحق في سلامة الجسم سنتطرق للأساس القانوني لمناهضة التعذيب، سواءً على مستوى الجماعة الدولية أو الإقليمية أو التشريعات الوطنية على النحو الآتي:

المطلب الأول: الجهود الدولية والإقليمية لمناهضة التعذيب.

المطلب الثاني: الجهود الوطنية لمناهضة التعذيب.

المطلب الأول: الجهود الدولية والإقليمية لمناهضة التعذيب.

تعددت الآليات التي أصدرتها الجماعة الدولية والإقليمية لحماية حقوق الإنسان المدنية والسياسية، إذ تتولى مهمة الرقابة الدولية على كافة الحقوق المقررة له بسبب إنسانيته وبصفة عامة ومجردة سواءً أكان ذكر أم أنثى، إلا أن الحق في مناهضة التعذيب حظي باهتمام دولي وإقليمي أدى لانعكاسه على التشريعات الوطنية[2] .

الفرع الأول: الجهود الدولية لمناهضة التعذيب.

نصت المادة الخامسة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، الصادر بتاريخ 1948/12/10م على منع التعذيب والعقوبات التي تمس كرامة الإنسان بقولها "لا يجوز إخضاع أحد للتعذيب ولا للمعاملة أو العقوبة القاسية أو ألاإنسانية أو الحاطة بالكرامة " كما اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة اتفاقية لمناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو ألاإنسانية أو المهينة، بقرارها 46/39، في 10 ديسمبر 1984م[3] وقد ألزمت المادة الثامنة منها، كافة الدول الأطراف اتخاذ كافة الإجراءات التشريعية والإدارية والقضائية لمنع

---

[1]- د. عاصم أحمد محمد، النظرية العامة للحق في سلامة الجسم، دراسة جنائية مقارنة، رسالة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1988م، ص375.

[2]- د. خيري أحمد الكباش، الحماية الجنائية لحقوق الإنسان، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2001م، ص884.

[3]- انضمت ليبيا إلى هذه الاتفاقية بتاريخ – 1989/5/16م ، أنظر: مجموعة الاتفاقيات الدولية والإقليمية التي تعتبر ليبيا طرفاً فيها والمتعلقة بحقوق الإنسان، مدونة التشريعات، عدد خاص، السنة 9بتاريخ 2009/5/20، ص 12 وما بعدها.

أعمال التعذيب حيث نصت على أنه " 1. تتخذ كل دولة طرف إجراءات تشريعية أو إدارية أو قضائية فعالة أو أية إجراءات لمنع أعمال التعذيب في إقليم يخضع لاختصاصها القضائي.

2. لا يجوز التذرع بأية ظروف استثنائية أياً كانت سواء أكانت هذه الظروف حالة حرب أو تهديداً بالحرب أو عدم استقرار سياسي داخلي أو أية حالة من حالات الطوارئ العامة الأخرى كمبرر للتعذيب.

3. لا يجوز التذرع بالأوامر الصادرة عن موظفين أعلى رتبة أو عن سلطة عامة كمبرر للتعذيب".

ويجب على الدول الأطراف أن تضمن بأن تكون جميع أعمال التعذيب جرائم بموجب قانونها الجنائي، وتقرر لها عقوبات متناسبة مع طبيعتها الخطرة(1)، كما يؤيد جانب من الفقهاء أن وضع المعايير الدولية للتحقيق والإشراف فيما يتعلق بجرائم التعذيب ليس كافياً لضمان احترام حقوق الإنسان من عدوان الأفراد والسلطات العامة(2).

الفرع الثاني: الجهود الإقليمية لمناهضة التعذيب.

لقد بُذلت عدة جهود على المستوى الإقليمي لمناهضة أعمال التعذيب الماسة بحق الإنسان، كما أصدرت الدول الأعضاء في منظمة الوحدة الأفريقية (الاتحاد الإفريقي حالياً) الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب والذي دخل حيز النفاذ في 1980/10/21م(3)، حيث جاء في المادة الخامسة منه ما يلي:

"لكل فرد الحق في احترام كرامته والاعتراف بشخصيته القانونية وتحظر كافة أشكال استغلاله وامتهانه واستعباده خاصة الاسترقاق والتعذيب بكافة أنواعه والعقوبات والمعاملة الوحشية أو أللإنسانية أو المذلة"، كما نصت المادة الثامنة من الميثاق العربي لحقوق الإنسان " 1. يحظر تعذيب أي شخص بدنياً أو نفسياً أو معاملته معاملة قاسية أو مهينة أو حاطة بالكرامة أو غير إنسانية.

2. تحمي كل دولة طرف كل شخص خاضع لولايتها من هذه الممارسات، وتتخذ التدابير الفعالة لمنع ذلك وتعد ممارسة هذه التصرفات أو الإسهام فيها جريمة يعاقب عليها لا تسقط

(1)- فقد نصت المادة الرابعة من هذه الاتفاقية على أن "1. تضمن كل دولة طرف بأن تكون أعمال التعذيب جرائم بموجب قانونها الجنائي ، وينطبق الأمر ذاته على قيام أي شخص بأية محاولة للممارسة التعذيب وعلى قيامة بأي عمل آخر يشكل تواطؤ ومشاركة في التعذيب.
2. تجعل كل دولة طرف هذه الجرائم مستوجبة للعقاب بعقوبات مناسبة تأخذ في الاعتبار طبيعتها الخطيرة".

(2)- د. خيري أحمد الكباش، مرجع سابق، ص896.

(3) – انضمت ليبيا وأودعت وثيقتها - بتاريخ – 1987/3/26م ، مدونة التشريعات، عدد خاص، السنة 9، بتاريخ 2009/5/20 ، ص 190 وما بعدها.

بالتقادم، كما تضمن كل دولة طرف في نظامها القانوني إنصاف من يتعرض للتعذيب وتمتعه بحق الاعتبار والتعويض"[1].

يلاحظ مما تقدم أن كافة المواثيق الدولية والإقليمية قد حثت الدول على مناهضة التعذيب، وتجريمه وإقرار أشد العقوبات الجنائية لما به من مساس بحق من حقوق الإنسان الأساسية، والذي يتمثل بحقه في سلامة الجسم، كذلك تطرقت المواثيق الدولية والإقليمية لإلزام الدول بالتعاون القضائي في مكافحة التعذيب بكافة صورة وأشكاله[2].

المطلب الثاني: الجهود الوطنية لمناهضة التعذيب.

لا شك في أن النص دولياً وإقليمياً على وجوب مناهضة التعذيب البدني انعكس إيجاباً على المشرع الليبي، حيث أقر النصوص القانونية اللازمة للوقاية من التعذيب وحماية الإنسان، ونظراً لأهميته تم تناولها على المستويين الدستوري والعادي.

الفرع الأول: في التشريع الأساسي (الدستور).

يعتبر الإعلان الدستوري المؤقت الصادر يوم 3/ أغسطس/ 2011م [3]- قد صان حقوق الإنسان دستورياً ومن ضمن هذه الحقوق حق الإنسان في سلامة الجسم، حيث نص في المادة (7) منه على أن "تصون الدولة حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، وتلتزم بالانضمام للإعلانات والمواثيق الدولية والإقليمية التي تحمي هذه الحقوق والحريات، وتعمل على إصدار مواثيق جديدة تكرم الإنسان خليقة الله في الأرض"، ومن خلال هذا النص نستخلص أن المشرع الدستوري قد ألزم الدولة بالانضمام لكافة المواثيق والإعلانات الدولية التي تحمي حقوق الإنسان بصفة عامة وحريات الأفراد كذلك مما يعني إلزام السلطة التشريعية بإصدار قوانين تجرم وتعاقب أي مساس بحقوق الإنسان وحظر التعذيب في مواجهته.

والجدير بالذكر أن المشرع التونسي قد حالفة التوفيق حيث نص في الفصل (23) منه على أنه "تحمي الدولة كرامة الذات البشرية وحرمة الجسد وتمنع التعذيب

المعنوي والمادي، ولا تسقط جريمة التعذيب بالتقادم"[4]

ونلاحظ أن الدستور التونسي قد وفر حماية قانونية أكبر، حيث أن الجريمة لا تسقط بالتقادم، وحدد صور التعذيب سواء أكانت مادية أم معنوية، ويمكن القول بأن المشرع الدستوري في ليبيا تطرق لحق سلامة الجسم ضمن حقوق الإنسان الأساسية ولعل أهمها الحق في الحياة

---

[1]- وقعت ليبيا عليها بتاريخ 2005/2/14م، وصادقت بموجب القانون رقم -7- لسنة 2006م، وأودعت وثيقة التوثيق – في 2006/8/7م، مدونة التشريعات، عدد خاص، السنة 9، بتاريخ 2009/5/20 ، ص 206 وما بعدها.

[2]- المواد 8 . 16 .17 من اتفاقية الأمم المتحدة لمناهضة التعذيب، المواد 62 . 68 من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، المادة 34 من الميثاق العربي لحقوق الانسان

[3]- الجريدة الرسمية، العدد الأول، السنة الأولى، 2012/2/9م.

[4] -www.constituteproject.org

دستور الجمهورية التونسية، منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، 2014م، ص13.

الذي يرتبط ارتباطاً وثيقاُ بكرامة الإنسان لأن جسد الإنسان فيه الحياة والعقل الذي يقدر الأشياء حق قدرها فلا يقتصر على حق الحياة مع المهانة والمذلة، ويحرم امتهان كرامة الإنسان بأي صورة كانت[1].

الفرع الثاني: في التشريع العادي (القانون)[2].

أن وظيفة القانون الجنائي بصفة عامة هي حماية الجسم والمصالح والحقوق التي بلغت من الأهمية حداً يبرر عدم الاكتفاء بالحماية القانونية المقررة في الفروع الأخرى، ومن هنا قد تزدوج الحماية القانونية للمصلحة الواحدة، كالحق في حماية الجسم من التعذيب، الذي يعتبر من أهم الحقوق البشرية، ومن هنا تتضح خصوصية قانون العقوبات، حيث امتازت عقوباته بالقسوة، من ناحية أما من ناحية أخرى فإن قواعده تحدث التوازن بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة، حيث تتم معاقبة الاعتداء على حق الفرد في الجسم سواءً تم عن طريق أحد الأفراد أو أحد رجال السلطة العامة، مع ضمان حرية الفرد ضد أي إجراء جنائي تتخذه السلطة العامة[3].

ومن هذا المنطلق فقد نص المشرع الليبي في المادة (435) من قانون العقوبات على أنه "كل موظف عمومي يأمر بتعذيب المتهمين، أو يعذبهم بنفسه يعاقب بالسجن من ثلاث سنوات إلى عشر"[4].

ونظراً لعدم كفاية النص السابق فقد أصدر المشرع الليبي القانون رقم (10) لسنة 2013م في شأن تجريم التعذيب والإخفاء القسري والتمييز ، حيث نص في المادة الثانية منه على أن "يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن خمس سنوات كل من قام بنفسه أو أمر غيره بإلحاق معاناة بدنية أو عقلية بشخص معتقل تحت سيطرته لإجباره على الاعتراف بما أرتكبه أو بما لم يرتكبه أو بسبب التمييز أياً كان نوعه أو بسبب الانتقام أيا كان الدافع. ويعاقب بذات العقوبة كل من سكت عن التعذيب رغم قدرته على إيقافه

وتكون العقوبة السجن مدة لا تقل عن ثماني سنوات إذا نتج عنه إيذاء جسيم، كما تكون العقوبة السجن مدة لا تقل عن عشر سنوات إذا نتج عن الفعل إيذاء خطير، وفي حالة وفاة المجني عليه بسبب التعذيب تكون العقوبة السجن المؤبد"[5].

---

[1]- لمزيد من التفصيل حول الحق في الحياة أنظر: د. محمد الزحيلي، حقوق الإنسان في الإسلام، دار الكلام الطيب، بيروت، الطبعة الثالثة، 2003، ص147.

[2] – اصطلاح القانون هنا بعناه الخاص كوثيقة تصدر عن السلطة التشريعية يختلف عن "القانون" بمعناه العام كمجموعة قواعد السلوك الملزمة للأفراد داخل المجتمع.

[3]- د. أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997م، ص 10 وما بعدها.

[4]- د. خيري أحمد الكباش، مرجع سابق، ص 7 وما بعدها.

[5] - منشور بالموقع الرسمي لوزارة العدل الليبية .www.aladel.com.ly .

ونظراً للأحداث المتسارعة التي مرت بها ليبيا فإن المشرع لم يقتصر العقاب على الموظفين العموميين فقط، بل لم يحدد صفة الجاني[1].

[1]- أكثر تفصيلاً حول صفة الجاني، د. محمد كمال الدين إمام، المسؤولية الجنائية أساسها وتطورها، دراسة مقارنه، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الثانية، 1991م، ص9 وما بعدها.

المبحث الثاني: أركان جريمة التعذيب

يشكل التعذيب اعتداءً على جسم الإنسان بسلوك إجرامي يؤدي للمعاناة البدنية أو المعنوية أو العقلية، لإجباره على الاعتراف بجرائم معينة سواءً ارتكبت أم لم ترتكب، ويمكن أن يؤدي للإيذاء أو الوفاة، ومن المقرر أن جريمة التعذيب لا يمكن أن تقع إلا عمداً، أي أن الركن المعنوي يتمثل في القصد الجنائي، ولا يمكن أن ترتكب عن طريق الخطأ أو الإهمال، ويتفق الفقه الجنائي الحديث في أن للجريمة ركنين أساسيين هما المادي والمعنوي[1]، وغالبية التشريعات تشترط صفة الموظف العام في الجاني، أما المجني عليه غالباً ما يكون محكوماً عليه أو محبوساً إحتياطياً ، كما أن الفعل قد يطال المعتقل بشكل غير قانوني، ومن هنا جاءت خطورة التعذيب لأنه يحمل إهداراً للإنسانية[2]، فأشارت المادة الثانية من القانون رقم (10) لسنة 2013م. بشأن التعذيب والإخفاء القسري والتمييز إلى أنه "... من قام بنفسه أو أمر غيره بإلحاق معاناة بدنية أو عقلية بشخص معتقل تحت سيطرته لإجباره على الاعتراف بما أرتكبه أو بما لم يرتكبه بسبب التمييز أياً كان نوعه أو بسبب الانتقام أياً كان الدافع..."

المطلب الأول: الركن المادي.

المطلب الثاني: الركن المعنوي.

المطلب الأول: الركن المادي.

تقع جريمة التعذيب التامة إذا توافرت كافة عناصر الركن المادي، من سلوك إجرامي يصدر من الفاعل تتحقق النتيجة الإجرامية، إضافة لعلاقة سببية تربط السلوك بالنتيجة[3]، وبالتالي يجب تحديد مفهوم التعذيب وبيان صورة إضافة للنتيجة الإجرامية.

الفرع الأول: مفهوم التعذيب.

بينت المادة الأولى من الاتفاقية الدولية لمناهضة التعذيب مفهومه حيث نصت على أنه " 1. لأغراض هذه الاتفاقية يقصد بالتعذيب أي عمل ينتج عنه ألم أو عذاب شديد جسدياً كان أم عقلياً يلحق عمداً بشخص ما بقصد الحصول من هذا الشخص أو شخص ثالث على معلومات أو على اعتراف، أو معاقبته على عمل أرتكبه أو يشتبه إنه أرتكبه، هو أو شخص ثالث أو عندما يلحق مثل هذا الألم أو العذاب لأي سبب من الأسباب يقوم على التمييز أياً كان نوعه أو يحرض عليه أو يوافق عليه أو يسكت عنه موظف رسمي أو أي شخص آخر يتصرف بصفته رسمية.."

---

[1]- أ.د موسى مسعود أرحومه، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات الليبي، الجزء الأول، منشورات جامعة قاريونس، بنغازي، الطبعة الأولى، 2009، ص212.

[2]- د. محمد النجار، حقوق المسجونين في المواثيق الدولية والقانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2012م، ص204.

[3]- د.محمد سامي النبراوي، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات الليبي، منشورات جامعة بنغازي، الطبعة الثانية، 1987م، ص111.

كما أن قانون العقوبات لم يضع تعريفاً محدداً للتعذيب كما لم يعرفه القانون رقم (10) لسنة 2013م، بشأن التعذيب والإخفاء القسري والتمييز ويذهب البعض لتعريف التعذيب بأنه "الضغط المادي أو المعنوي على إرادة المجني عليه بكل نشاط عمدي يبذله الجاني إيجابياً كان أم سلبياً الذي يسبب إيلاماً أو معاناةً جسدية أو نفسية أو عقلية للمجني عليه، لحمله على الاعتراف بجريمة ما أو للإدلاء بأقوال أو معلومات بشأنها أو لكتمان أمر من الأمور أو لإعطاء رأي معين بشأنها"[1]. ويعرفه آخرون بأنه "اعتداء جسيم يقع على جسم المجني عليه من جانب رجل من رجال السلطة العامة"[2].

ولا يشترط القانون الليبي أن من يقوم بالتعذيب أو يأمر به أن يكون موظفاً عمومياً أو أحد رجال السلطة العامة، في حين أن القانون المصري يشترط توافر صفة الموظف العام في الجاني والمتهم في المجني عليه[3]، وهذا ما يطابق نص المادة (435) من قانون العقوبات الليبي، التي تعتبر نصاً خاصاً، ويمكننا القول بأنه لا يشترط أن يكون التعذيب على درجة معينة من الجسامة لقيام الجريمة، حيث أن الأمر متروك لقاضي الموضوع يستخلصه من ظروف الدعوى.

الفرع الثاني: صور التعذيب.

يمكن أن يتخذ التعذيب أي صورة سواءً بدنية أو نفسية إيجابية أم سلبية، لأن المشرع الليبي لم يحدد صور أو أنماط معينة له، فالتعذيب يمكن أن يكون بدنياً أي مادياً ينطوي على إيلام جسدي، كقلع الأظافر أو الإمساك بملابس المجني عليه وتمزيقها أو إنزاله بالماء الملوث أو سحق أصابعه، كما أن التعذيب البدني يتخذ صور مختلفة لا يمكن حصرها[4]، وقد يكون نفسياً والذي لا يقل خطورة عن التعذيب البدني ومن أمثلته تعذيب زوجة المتهم أو أبنه في حضوره بقصد إجباره على الاعتراف بجرائم أو الإدلاء بمعلومات معينة كذلك مشاهدة المحتجز أو سماعة لعملية التعذيب أو حرمانه من الإحساس بالمجتمع الخارجي كمنع الزيارة أو وضعه في العزل الانفرادي، أو مكان لا توجد به إنارة، حيث أنه لا يستطيع سماع أي صوت يعرفه على مكان أو زمان وجوده[5]، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية يتوافر التعذيب بالنسبة لضابط وبعض إذا قام الضابط أثناء التحقيق بإحضار المقص وقص به من ناحية شارب أحد المتهمين ثم مزق ملابسه، وأشترك معه عساكر جميعاً في تمزيق ملابس جميع من قبض عليهم"[6]، وقد يقع التعذيب بوسائل تقليدية أو حديثة كاستخدام جهاز كشف الكذب أو التنويم

---

[1]- د. وصفي هاشم عبد الكريم، جريمة التعذيب في قانون العقوبات العراقي، دراسة منشورة على الرابط الإلكتروني

www.iasj.net .

[2]- د. محمد النجار، مرجع سابق، ص213.

[3]- د. نفس المرجع السابق، ص 214.

[4]- ناريمان مفتاح سعد، ضمانات حقوق الإنسان في المؤسسات العقابية، دراسة تحليلية مقارنة، رسالة ماجستير، أكاديمية الدراسات العليا، بنغازي، 2018م، ص38.

[5]- أحمد سعيد العسيلي، ضمانات مكافحة جريمة التعذيب في القانون الفلسطيني، دراسة تحليلية مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة 2017م، ص23ومابعدها.

أنظر أيضاً: ناريمان مفتاح سعد، مرجع سابق، ص41

[6]- نقض مصري،8/ ديسمبر/ 1964، مجموعة أحكام النقض، ن15-159، ص205.

المغناطيسي أو مصل الحقيقة الذي يعد من العقاقير المخدرة بحيث يعطل التحكم الإرادي للفرد مما يمكن من التعرف على المعلومات المختزنة داخل نفس المجني عليه، بشكل يضعف مقاومته لإخفاء ما يريد إخفائه[1].

وقد يقع التعذيب بسلوك إيجابي وهو الصورة الغالبة، ولكن يمكن أن يقع بسلوك سلبي أي عن طريق الامتناع عن القيام بعمل معين، كما لو وقع التعذيب على المجني عليه أمام الرئيس أو أتصل علمه به فتجاهل ذلك، فهنا يعبر عن إرادته في التعذيب باعتبار أن عليه واجب قانوني بالحفاظ على سلامة جسم المجني عليه[2].

الفرع الثالث: النتيجة الإجرامية.

النتيجة الإجرامية هي المرحلة الأخيرة المترتبة على السلوك الإجرامي المعاقب عليه قانوناً فهي عدوان ينال المصلحة أو الحق محل الحماية الجنائية[3]، والنتيجة القانونية للتعذيب تعد ألألم الشديد فلا يتطلب القانون الليبي وقوع أي آثر على جسم المجني عليه فيعد متوافراً بمجرد أن العدوان على المصلحة محل الحماية الجنائية قد وقع[4]، أما النتيجة المادية في جرائم التعذيب تتمثل أن يترتب على التعذيب إيذاءً جسيماً مثل تعريض حياة المجني عليه للخطر، أو تعريضه للعجز عن القيام بأعماله العادية مدة لا تزيد عن 40 يوماً[5]، أو إيذاءً خطيراً كفقد أحد الأطراف أو أحدى الحواس[6]، وقد يترتب عنه وفاة المجني عليه، ولا يثور البحث في العلاقة السببية ما لم تترتب

---

[1]- حملوش كريمة، قجالي أحلام، جريمة التعذيب والمسؤولية الدولية المترتبة عنها، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، الجزائر، 2013م، ص22 وما بعدها..

[2]- أحمد سعيد العسيلي، مرجع سابق، ص30 وما بعدها.

[3]- د. محمد سامي النبراوي، مرجع سابق، ص117.

[4]- د. أحمد عبد العزيز الالفي، شرح قانون العقوبات الليبي، القسم العام، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر، الإسكندرية، الطبعة الثانية ، 1979، ص90.

[5]- تنص المادة (380) من قانون العقوبات الليبي على أنه "يعد الإيذاء الشخصي جسيماً ويعاقب عليه بالحبس مدة لا تزيد عن سنتين بغرامة لا تتجاوز مائة جنية إذا توافر الظرفين الآتيين:

1. إذا نجم عن الإيذاء مرض يعرض للخطر حياة المعتدى عليه أو يعرضه للعجز عن القيام بأعماله العادية مدة لا تزيد عن أربعين يوماً.
2. إذا وقع الفعل على الحامل ونجم عنه تعجيل الوضع.".

[6]- تنص المادة (381) من قانون العقوبات الليبي على أنه "يعد الإيذاء الشخصي جسيماً ويعاقب عليه بالسجن مدة لا تزيد عن خمس سنوات إذا نشأ عن الفعل:

1. مرض لا يرجى الشفاء منه أو يحتمل عدم الشفاء منه.
2. فقد حاسة من الحواس أو إضعافها إضعافاً مستديماً.
3. فقد أحد الأطراف أو الأعضاء أو إضعافه إضعافاً مستديماً أو فقد القدرة على التناسل، أو صعوبة مستديمة جسيمة في الكلام.
4. تشويه مستديم في الوجه.
5. إجهاض الحامل المعتدى عليها".

عن العمل نتيجة مادية ملموسة وتشترك عدة عوامل في إحداث الأذى أو وفاة المجني عليه[1].

المطلب الثاني: القصد الجنائي.

القاعدة العامة في الجرائم أن تكون عمدية، فالأصل لا يحتاج إلى نص يقرره أو يؤكده أما الخروج عنه فإنه يحتاج إلى نص، وإعمالاً للقاعدة التي تقتضي بأنه إذا سكت المشرع عن بيان صورة فإنه يتطلب القصد الجنائي[2].

كذلك فإن المادة الثانية من القانون رقم (10) بشأن التعذيب والإخفاء القسري والتمييز" لم تنص على ارتكاب الجريمة عن طريق الخطأ أو الإهمال.

الفرع الأول: تعريف القصد الجنائي.

لم تعرف غالبية التشريعات القصد الجنائي ومع ذلك فإن المشرع الليبي قد نص عليه في المادة (1/63) عقوبات بقوله "ترتكب الجناية أو الجنحة عن قصد عمدي إذا كان مرتكبها يتوقع ويريد أن يترتب عن فعله أو امتناعه حدوث الضرر أو وقوع الخطر الذي حدث والذي يعلق عليه القانون وجود الجريمة"، ويعرفه جانب من الفقه بأن "اتجاه الإرادة إلى ارتكاب الجريمة مع العلم بجميع عناصرها التي يعتد بها القانون"[3]

الفرع الثاني: عناصر القصد الجنائي:

يتضمن التعريف بيان عنصري القصد الجنائي، علم بالسلوك الإجرامي سواءً أكان فعلاً أو امتناعاً، وبكل واقعة تعطيه دلالته الإجرامية وعلم بالنتيجة التي تترتب عليه من نتيجة سواء إيذاء أم وفاة المجني عليه، واتجاه الإرادة الواعية إلى الجريمة في كل أركانها كما يحددها نص القانون[4]، فالعلم هو العنصر المميز لفكرة العمد وقد عبر عنه المشرع بالتوقع أن يترتب على الفعل أو الامتناع حدوث الضرر أو وقوع الخطر[5]، ويمكن القول بأن جريمة التعذيب تعتبر من جرائم الخطر عندما لا يتطلب المشرع ترتب نتيجة عادية، أي عند المساس بجسم المجني عليه دون ترك أي آثار مادية ملموسة، وقد تكون من جرائم الضرر عندما يتطلب المشرع ترتب نتيجة مادية كالإيذاء الجسيم أو الخطير أو الوفاة، أي حدوث تغيير في العالم الخارجي.

[1]- أ.د. موسى مسعود أرحومه، مرجع سابق، ص232.

[2]- د. محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، ص15.

[3]- أ. د. موسى أرحومه، مرجع سابق، ص263.

[4] – د. أحمد عبد العزيز اللافي، مرجع سابق، ص384 .

[5] – د.محمد سامي النبراوي، مرجع سابق، ص170 .

أما الإرادة فهي العامل الذي يحرك سلوك الجاني لكي ينصرف على نحو معين، فهي العنصر الأساسي لكافة الجرائم سواءً عمدية أم غير عمدية، فلا يسأل الجاني إلا عندما يكون معبراً عن إرادته[1].

الفرع الثالث: الباعث على التعذيب.

الباعث هو تصور الغاية أو عبارة عن الدافع لإشباع الحاجة فهو نشاط نفسي يتعلق بالغاية ولا شأن له بالغرض[2]، ولا يعتبر من عناصر القصد الجنائي فلا عبرة بالباعث من الناحية القانونية في وجود الجريمة أو إثباتها أو شروط العقاب عليها[3].

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة العليا بأن "القصد الجنائي في جريمة هتك العرض يتوفر بالأفعال الخادشة للعرض والتي وقعت من الجاني عمداً بغض النظر عن البواعث المختلفة..."[4] ، ويرى البعض أن اتفاقية مناهضة التعذيب اعتدت بالبواعث على ارتكاب الجريمة للحصول على معلومات أو اعترافات أو أرقام للمتهم أو المحتجز على الإقرار لأي سبب يقوم على التمييز[5].

أما المشرع الليبي لم يعتد بالباعث سواء أكان سياسياً أم اقتصاديا أم دينياً لقيام جريمة التعذيب فيجب أن يتوافر القصد الجنائي وقت ارتكاب السلوك الإجرامي، كما ينتفي إذا وقع عن جهل أو غلط كما لو أمر مدير السجن بجلد أحد المحبوسين معتقداً أنه يتخذ حكماً عليه في أحدى جرائم الحدود[6]، تقدير توافر القصد الجنائي من عدمه يعد اختصاصاً أصيلاً لمحكمة الموضوع وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة العليا بأنه "من المقرر أن مسألة توفر القصد الجنائي أو عدم توفره من المسائل الواقعية التي تختص محكمة الموضوع بتقديرها بحسب ما تراه من ظروف الدعوى باعتبارها من الأمور الخفية التي لا تدرك بالحس الظاهر وهو ما يكفي معه أن يبرز الحكم من العلامات والأمارات وما ينهض دليلاً عن قيامها دون التحدث عنها استقلالاً...."[7].

---

[1] – أ. د موسى مسعود أرحومة، مرجع سابق، ص278 .
[2] – د. محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص 186 .
[3] – محمد سامي النبرواي، مرجع سابق، ص180 .
[4] – المحكمة العليا – جلسة 1970/1/20،مجلة المحكمة العليا ، السنة 6 ، الأعداد 1 ، 2، 3، أبريل، 1970 ص139 .
[5] – حملوش كريمة، قالجلي أحلام، مرجع سابق، ص16 .
[6] – د. أدوار غالي الذهبي، جرائم الموظفين في التشريع الليبي المقارن ، المكتبة الوطنية للنشر، بنغازي، الطبعة الأول، 1977،ص172 .
[7] – محكمة عليا، طعن جنائي، سنة 35 قضائية، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 1990، ص 22 .

المبحث الثالث: عقوبة التعذيب وضمانات الملاحقة الجنائية:

يعتبر التعذيب اعتداءًا على الحق في سلامة الجسم، حيث يؤدي المساس به بدنياً ولم يتطلب القانون أن يحدث آثراً معيناً، كما يمكن أن ينجم عنه إيذاء أو يؤدي لوفاة المجني عليه لأي شخص، سواء أكان محبوساً احتياطياً أم محكوماً عليه أم متهماً أم معتقلاً، ولحماية هذا الحق أكدت اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة في المادة الرابعة منها ما يلي "1. تضمن كل دولة طرف بأن تكون جميع أعمال التعذيب جرائم بموجب قانونها الجنائي، وينطبق على قيام أي شخص بأية محاولة لممارسة التعذيب وعلى قيامة بأي عمل يشكل تواطؤاً ومشاركة في التعذيب.

2. تجعل كل دولة هذه الجرائم مستوجبة العقاب بعقوبات مناسبة تأخذ في الاعتبار طبيعتها الخطرة".

أما المشرع الليبي فقد أقر عدة عقوبات متنوعة لمواجهة كافة صور التعذيب أي تختلف العقوبات بحسب ما إذا كانت الجريمة من جرائم الخطر أو جرائم الضرر، بهدف تحقيق الحماية الجنائية التي تكفل الحد من هذه الظاهرة والقضاء عليها.

ولضمان تطبيق العقوبات وملاحقة مرتكبيها نصت الاتفاقية الدولية لمناهضة التعذيب على ضرورة التعاون في تسليم المجرمين ممن ارتكبوا هذه الجرائم كذلك عدم تقادمها بمرور الزمن إضافة لتطبيق مبدأ عالمية الجرائم.

المطلب الأول: عقوبة التعذيب:

واجه المشرع الليبي جريمة التعذيب بعقوبتي السجن المؤبد والسجن حيث نصت المادة الثانية من القانون رقم (10) لسنة 2013م بشأن تحريم التعذيب والإخفاء القسري والتمميز "على أن يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن خمس سنوات كل من قام بنفسه أو أمر غيره إلحاق معاناة بدنية أو عقلية بشخص معتقل تحت سيطرته لإجباره على الاعتراف بما ارتكبه أو بما لم يرتكبه أو بسبب التمييز أيا كان نوعه أو بسبب الانتقام أيا كان الدافع.

ويعاقب بذات العقوبة كل من سكت عن التعذيب رغم قدرته على إيقافه.

وتكون العقوبة السجن مدة لا تقل عن ثمانية سنوات إذا نتج عنه إيذاء جسيم كما تكون العقوبة السجن مدة لا تقل عن عشر سنوات إذا نتج عن الفعل إيذاء خطير وفي حالة وفاة المجني عليه بسبب التعذيب تكون العقوبة السجن المؤبد".

وما تجدر الإشارة إليه أن هذه العقوبات الواردة في المادة السابقة تعتبر عقوبات سالبة للحرية وهي ماسة بحرية المحكوم عليه التي من شأنها النيل من حريته بإيداعه أحدى المؤسسات

العقابية طلية المدة المحكوم عليه بها، فهي تحظى بالنصيب الأكبر في معظم القوانين الجنائية الحديثة لمواجهة الجرائم الخطرة وفي القانون الليبي مقرره للجنايات[1].

- عقوبة السجن المؤبد:

إذا توفي المجني عليه نتيجة للتعذيب فالعقوبة تكون السجن المؤبد فالغرض هنا أن قصد الجاني كان يتجه إلى التعذيب فقط ثم حدثت نتيجة وهي موت المجني عليه، ومع ذلك فإن المشرع قرر عقوبة السجن المؤبد التي تعتبر مقرره للقتل الخطأ، فالمشرع في جريمة التعذيب المفضي إلى الموت شدد العقوبة لخلق حماية جنائية أكبر[2].

- السجن مدة لا تقل عن عشر سنوات:

عقوبة السجن تأتي في المرتبة الثانية بعد عقوبة السجن المؤبد من حيث الجسامة ومن حيث طبيعتها، كما أن حدها الأقصى خمس عشر سنة [3]، فنلاحظ أن المشرع الليبي اعتد بالنتيجة الإجرامية فتكون العقوبة السجن مدة لا تقل عن عشر سنوات إذا نتج عن التعذيب إيذاء خطير وبالتالي فإنها تتراوح ما بين عشر سنوات كحد أدنى، وخمس عشرة سنة كحد أقصى في جريمة التعذيب.

- السجن مدة لا تقل عن ثمان سنوات:

إذا ترتب عن التعذيب إيذاء جسيم تكون العقوبة مدة لا تقل عن ثمان سنوات ولا تزيد عن خمس عشرة سنة، طبقاً للقواعد العامة 21.ع.ل.

- السجن مدة لا تقل عن خمس سنوات:

فالمشرع الليبي لم يتطلب وقوع نتيجة مادية للتعذيب وإنما عاقب على السلوك الإجرامي فقط، وتعتبر أخف من العقوبات السابقة أن تتضمن سلبه الحرية مدة لا تقل عن خمس سنوات.

ونستخلص مما سبق أن المشرع الليبي اعتبر جريمة التعذيب جناية وقدر لها عقوبات مختلفة تتناسب مع الاعتداء والنتيجة الإجرامية المترتبة عنها، فالقاضي عند تقريره العقوبة ملزم بتطبيقها وإلا كان حكمه معيباً يستوجب النقض، إذا لم يترتب عن الفعل وفاة المجني عليه أما إذا كانت العقوبة السجن المؤبد فالقاضي غير ملزم يتسبتب تقريره للعقوبة باعتبارها ذات حد واحد.

[1] – ا. د. موسى مسعود أرحومه، الأحكام العامة لقانون العقوبات الليبي – الجزء الثاني، النظرية العامة للجزاء الجنائي، منشورات جامعة البحر المتوسط الدولية، الطبعة الثانية، 2017، ص58 .

[2] - د. محمد حافظ النجار، مرجع سابق، ص221.

[3] – أ.د. موسى مسعود أرحومه، مرجع سابق، ص6 .

المطلب الثاني: ضمانات الملاحقة الجنائية وتطبيق العقوبة:

أشارت الاتفاقية الدولية لمناهضة التعذيب إلى ضرورة امتداد اختصاص القانون الداخلي في مواجهة هذه الجرائم عن طريق القيام بما يلزم من إجراءات لإقامة ولايتها القضائية على جرائم التعذيب[1]، كذلك أشارت إلى ضرورة التعاون الدولي لتسليم المجرمين ممن ارتكبوا هذه الجرائم[2]، كما أن جريمة التعذيب تعتبر في غالبية التشريعات الجنائية من الجرائم التي لا تسقط بالقادم أو مضي المدة.

الفرع الأول :عدم تقادم الدعوى الجنائية في جرائم التعذيب.

يراد بالتقادم "مرور مدة من الزمن بعد صيرورة الحكم النهائي باتاً دون تنفيذ العقوبة أو اتخاذ أي إجراء خلالها يكون قاطعاً للتقادم أو وموقفاً له"[3].

ويجب التمييز بين التقادم للجرائم من ناحية وتقادم العقوبة من ناحية أخرى، فالدعوى الجنائية والجرائم في القانون الليبي لا تسقط بمضي المدة، وذلك طبقاً لنص المادة الأولى من قانون رقم (11) لسنة 1997م بشأن تقرير بعض الأحكام الخاصة بالدعوى الجنائية وتعديل بعض الأحكام قانون العقوبات والإجراءات الجنائية التي تنص على أن "لا تسقط الجريمة ولا تنقضي الدعوى الجنائية بمضي المدة" وبالتالي فإن ارتكاب جريمة التعذيب في حال عدم رفع الدعوى الجنائية لا يمكن أن تسقط بالتقادم سواء أكانت من جرائم الخطر أم الضرر، وذلك طبقاً للنص السابق الذي يعتبر نصاً عاماً يسري في مواجهة كافة الجرائم مهما كانت خطورتها.

أما فيما يتعلق بالعقوبة فإنها تخضع لنظام التقادم في القانون الليبي منها أن المصلحة تقتضي عدم إثارة الذكريات المؤلمة الناتجة عن الجريمة، كما أن تنفيذها بعد مرور فترة زمنية ليست بالقصيرة لا يحقق أغراض العقوبة المتمثلة في الردع بنوعية وتحقيق العدالة، والاستقرار القانوني يتطلب غض الطرف عن تنفيذها[4]، فعقوبة جريمة التعذيب لا تسقط إلا بعد مرور عشرين سنة وذلك وفقاً لنص المادة (120) من قانون العقوبات التي تنص على أنه "تسقط العقوبة المحكوم بها في جناية بمضي عشرين سنة ميلادية..." ونستخلص من ذلك أنه في حال انقضاء مدة التقادم فإن العقوبة تسقط ولا يمكن تنفيذها على مرتكبي هذه الجرائم الخطرة التي تؤدي غالباً لإلحاق أضراراً مادية ومعنوية بالمجني عليه.

الفرع الثاني: عالمية القواعد العقابية.

يقصد بمبدأ العالمية تطبيق قواعد قانون العقوبات الليبي على مرتكبي جرائم التعذيب بغض النظر عن جنسية مرتكبيها أو مكان ارتكابها حيث أن تطبيقه يمثل نوعاً من التعاون الدولي في مكافحة الجرائم التي لا يقتصر ضررها على دولة معينة إنما يمتد لعدة دول أخرى، كما أن

(1) – المادة (5) من الاتفاقية، سبقت الإشارة إليها .
(2) – المادة (8) من الاتفاقية سبقت الإشارة إليها .
(3) – أ. د. موسى أرحومه، مرجع سابق، ص 211 .
(4) – نفس المرجع السابق، ص211/ د. محمد النبراوي، مرجع سابق، ص57 .

الأخذ بهذا المبدأ على إطلاقه يؤدي للمساس بسيادة الدول المرتكبة على إقليمها الجرائم، ومن هنا اقتصر تطبيقه على بعض الجرائم فقط، ولتطبيق مبدأ العالمية، أو الاختصاص الشامل يشترط ألا يكون الجاني مطلوباً تسليمه لدولة أخرى حيث مجرد القبض على مرتكب الجريمة في إقليم الدولة يجعلها بمثابة نائب على المجتمع الدولي مما يخولها التحقيق مع الجاني وملاحقته.

أما فيما يتعلق بقانون العقوبات الليبي لم يتبنى مبدأ العالمية صراحة حيث تبنى ثلاث مبادئ فقط مبدأ الإقليمية ومبدأ الشخصية ومبدأ العينية ويمكن تطبيق مبدأ عالمية قواعد قانون العقوبات باعتبار أن ليبيا طرفاً في اتفاقية الأمم المتحدة لمناهضة التعذيب حيث القاعدة الدولية القانونية الداخلية وفقاً للرأي القاضي بسمو القواعد الدولية على قواعد القانون الداخلي[1]، ويؤيد ذلك أن المادة (37) من اتفاقية ڤيينا لسنة 1969م الخاصة بقانون المعاهدات الدولية تنص على أن "لا يجوز لطرف في المعاهدة أن يتمسك بقانونه الداخلي كسبب لعدم تنفيذ هذه المعاهدة"، كما أنه لا يمكن أعمال هذا المبدأ إذا كان مرتكب جريمة التعذيب مطلوب تسليمه لدولة أخرى حيث نصت المادة (8) من اتفاقية مناهضة التعذيب "1. تعتبر الجرائم المشار إليها في المادة (4) جرائم قابلة لتسليم مرتكبيها في أية معاهدة لتسليم المجرمين تكون قائمة بين الدول الأطراف وتتعهد الدول الأطراف بإدراج هذه الجرائم كجرائم قابلة لتسليم مرتكبيها في كل معاهدة تسليم بينها.

2. إذا تسلمت دولة طرف طلباً للتسليم من دولة تربطها بها معاهدة لتسليم المجرمين، يجوز لهذه الدولة اعتبار هذه الاتفاقية أساساً قانونياً للتسليم فيما يختص بمثل هذه الجرائم ويخضع التسليم للشروط الأخرى المنصوص عليها في قانون الدولة التي يقدم إليها طلب التسليم".

[1] – د. محمد حافظ النجار، مرجع سابق، ص 153 وما بعدها.

الخاتمة:

تناولت الدراسة جانباً مهماً وموضوعاً علمياً من موضوعات القانون الجنائي، ألا وهو التعذيب الذي يطال المعتقلين والمحبوسين على ذمة التحقيق والمتهمين والمحكوم عليهم، ونظراً لشيوع هذه الظاهرة في الوقت الحاضر وعلى الأخص في ليبيا، فإن المشرع الليبي أصدر تشريعات حديثة لعلها تؤدي للحد منها، وكذلك الاتفاقيات الدولية والإقليمية دأبت على إبرام الاتفاقيات التي تضمن عدم المساس بحقوق الإنسان بصفة كاملة والحق في سلامة الجسم بصفة خاصة، وتوصلنا إلى جملة من النتائج أهمها.

1. أن هناك مجهودات دولية وإقليمية جبارة للحد من هذه الظاهرة، وتجريمها وضمان معاقبة مرتكبيها وعدم إفلاتهم من العقاب مهما كانت صفاتهم.
2. انضمام ليبيا إلى كافة الاتفاقيات الدولية ذات العلاقة بمناهضة التعذيب.
3. المشرع الليبي اصدر قانوناً خاصاً لمكافحة الظاهرة ومعاقبة مرتكبي جرائم التعذيب، ولم يشترط صفة الموظف العام كركن مفترض لقيام الجريمة.
4. المشرع الليبي لم يشترط وقوع سلوك التعذيب بشكل محدد كما اعتبرها من الجرائم المادية والشكلية في آن واحد.
5. من خلال العقوبات المقررة للجريمة صنف المشرع الليبي الجريمة ضمن أخطر أنواع الجرائم وهي الجنايات.
6. جريمة التعذيب لا تسقط بالتقادم أسوة ببقية الجرائم في القانون الليبي.

وباستقراء ما وصلت إليه هذه الدراسة خلصت إلى التوصيات الآتية:

1. ينبغي على المشرع الدستوري وضع نص خاص يحظر التعذيب أسوة بالدساتير المقارنة وأخرها الدستور التونسي لسنة 2014م.
2. أدعو المشرع الليبي إلى تشديد العقوبة إلى الإعدام إذا نجم عن التعذيب وفاة المجني عليه خلافاً لما هو منصوص عليه بالفقرة الأخيرة بالمادة الثانية بالقانون رقم (10) لسنة 2013م في شأن تجريم التعذيب والإخفاء القسري والتمييز.
3. نهيب بالمشرع الليبي أن يتبنى نظام التقادم فيما يتعلق بالعقوبة في جرائم التعذيب.

المراجع:

أولاً: الكتب:-

1. د. أحمد عبد العزيز الالفي، شرح قانون العقوبات الليبي، القسم العام، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر، الإسكندرية، الطبعة الثانية ، 1979.
2. د. أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997م.
3. د. أدوار غالي الذهبي، جرائم الموظفين في التشريع الليبي المقارن ، المكتبة الوطنية للنشر، بنغازي، الطبعة الأولى، 1977.
4. محمد عبد الله أبو بكر سلامة، حق الإنسان في عدم التعرض للتعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو الإنسانية أو المهينة، منشأة المعارف ، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2011.
5. د. محمد الزحيلي، حقوق الإنسان في الإسلام، دار الكلام الطيب، بيروت، الطبعة الثالثة، 2003.
6. محمد كمال الدين إمام، المسؤولية الجنائية أساسها وتطورها، دراسة مقارنة المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1991م.
7. د. محمد النجار، حقوق المسجونين في المواثيق الدولية والقانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2012م.
8. د.محمد سامي النبراوي، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات الليبي، منشورات جامعة بنغازي، الطبعة الثانية، 1987م.
9. د. محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، 1988م.
10. د. وصفي هاشم عبد الكريم، جريمة التعذيب في قانون العقوبات العراقي، دراسة منشورة على الرابط الإلكتروني
11. أ.د موسى مسعود أرحومه، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات الليبي، الجزء الأول، منشورات جامعة قاريونس، بنغازي، الطبعة الأولى، 2009.
12. أ . د. موسى مسعود أرحومه، الأحكام العامة لقانون العقوبات الليبي – الجزء الثاني، النظرية العامة للجزاء الجنائي، منشورات جامعة البحر المتوسط الدولية، الطبعة الثانية، 2017.

ثانياً: الرسائل العلمية:-

1. أحمد سعيد العسيلي، ضمانات مكافحة جريمة التعذيب في القانون الفلسطيني، دراسة تحليلية مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة 2017م.
2. حملوني كريمة، قجالي أحلام، جريمة التعذيب والمسؤولية الدولية المترتبة عنها، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، الجزائر، 2013م.
3. د. خيري أحمد الكباش، الحماية الجنائية لحقوق الإنسان، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2001م.

4. د. عاصم أحمد محمد، النظرية العامة للحق في سلامة الجسم، دراسة جنائية مقارنة، رسالة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1988م.
5. ناريمان مفتاح سعد، ضمانات حقوق الإنسان في المؤسسات العقابية، دراسة تحليلية مقارنة، رسالة ماجستير، أكاديمية الدراسات العليا، بنغازي، 2018م.

ثالثاً: الدوريات ومجموعات الأحكام:-

- مجلة المحكمة العليا ، تصدر عن المكتب الفني بالمحكمة العليا ، ليبيا.
- الجريدة الرسمية، تصدر عن وزارة العدل، ليبيا.

رابعاً: المواقع الإلكترونية:-

- www.aladel.com.ly
- www.iasj.net
- www.constituteproject.org

جامعة السيد محمد بن علي السنوسي الإسلامية

قسم القانون

بحث بعنوان :

(الإشكاليات ا لتطبيقية في حماية الأحداث الجنائية)

إعـــــداد :

أ – محـمـد سـالـم عبد العالي محمود

محاضر بكلية الشريعة والقانون - جامعة السيد محمد بن علي السنوسي الإسلامية

ملخص البحث

موضوع الإشكاليات التطبيقية في حماية الأحداث الجنائية عموماً لها أهمية وشأن متميز، بسبب أنها تمس أموراً على قدر كبير من الأهمية، هي في معظمها خروج على قيم المجتمع، وما يؤمن به من أخلاق تضمن أمنه واستقراره، ولأجل هذه الخطورة خصّها الباحث بمزيد من العناية والتحليل، من حيث: أن تحذو ليبيا حذو غيرها من الدول بالتعاون مع أجهزة الأمم المتحدة المتخصصة في مسألة إصلاح وتطوير نظام عدالة الأحداث، وإعادة النظر في القوانين والتشريعات المتعلقة بذلك ،وإصدار قانون جديد خاص بالأحداث المخالفين للقانون أو المعرضين للخطر يأخذ في الاعتبار تلك القواعد التي أقرتها الأمم المتحدة في المعاهدة الدولية لحقوق الطفل وكافة المواثيق والصكوك الدولية الصادرة بهذا الشأن.

و من حيث وضع سياسة جنائية متطورة لنظام عدالة الأحداث من الناحيتين الموضوعية والإجرائية يمكن من خلالها مواجهة ظاهرة جنوحهم ووضع الحلول المناسبة لهم.

Research Summary

The topic of practical problems in protecting your international criminal events, and what about you? In terms of: for Libya to follow the example of other contracting countries with the United Nations agencies specialized in reforming and developing the juvenile justice system, and reviewing the laws And the relevant legislation, and the issuance of a new law on juveniles in conflict with the law or at risk that takes into account those rules approved by the United Nations in the International Convention on the Rights of the Child and all international covenants and instruments issued in this regard.

And in terms of developing an advanced criminal policy for the juvenile justice system, both substantively and procedurally, through which they can confront the phenomenon of their delinquency and develop appropriate solutions for them.

مقدمـة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، سيدنا محمد وعلى آلِـه وصحبه أجمعين.

وبعــد،،،

إنَّ أهم ما يجب النظر فيه مِن خلال التَّمعُّن في أنظمة المجتمع، هي تلك الأنظمة التي تظهر في حركته وسيره، سواء كانت الخارجية منها أوالداخلية، مثل: أنظمة العلاقات مع الأمم الأخرى، أو النظم الحكومية الإدارية، أو التشريعية القانونية والقضائية، وكلها تدور في فلك التشريعات، التي هي من أهم وأخطر ما يجب مراجعتها ونقدها، ومن ثَمَّ يتمُّ التقويم والتقييم لتِلك التَّشريعات، فالنظم والتشريعات محدِّدات للمجتمع؛ فهي التي توجه حركته، وتضبط آلية انتقاله وسيره؛ للوصول إلى الوطر المنشود، وعندئذ يتحقق الاستقرار عبر ميزان العدالة، الذي جاءت التشريعات القانونية والقضائية لإقامته. ومن هنا...من هذا المنطلق، تأتي الدراسة البحثية العلمية، باعتبارها وسيلة فاعلة من وسائل الدراسة والتقييم، ومِن ثَمَّ وضع برامج الإصلاح، وآليات حركة المجتمع ومسيرته. (1)

وبالنظر إلى تطور المجتمع وتزايد عدد السكان،وتطور وسائل الاتصال وتزايد عوامل التفكك الأسرى فان ذلك يتطلب اتخاذ مايلزم من إجراءات وقائية تحمى هذه الشريحة المهمة من أبناء المجتمع والمبادرة لمعالجة أمرها قبل أن تصبح مشكلة يصعب حلها.

أهمية الموضوع:

دراسة موضوع الإشكاليات التطبيقية في حماية الأحداث الجنائية تكتسي أهمية بالغة، وبحاجة ماسة لوجود دراسة تحليلية نقدية لنصوص القوانين، بقصد مناشدة المشرع والقاضي والفقيه، في الوقت الذي يصدر المشرع فيه القوانين الجنائية،أو يعد لها على أساس الشريعة الإسلامية، لكي يطبقها القاضي، ويُعْنَى بشرحها ودراستها الفقهية، بأن يضع الحلول الناجعة لما قد يظهر لنا من عيوب أو قصور بالصورة التي أوجدها المشرع الليبي؛ للاستفادة منها على الصعيد النظري والفلسفي، أو على الصعيد العملي التطبيقي. وعنوان الرسالة يفي بتذكيرنا، ويترجم هذه الرغبة.

نطاق الموضوع:

إن موضوع الإشكاليات التطبيقية في حماية الأحداث الجنائية عموماً لها أهمية وشأن متميز، بسبب أنها تمس أموراً على قدر كبير من الأهمية، هي في معظمها خروج على قيم المجتمع، وما يؤمن به من أخلاق تضمن أمنه واستقراره،ولأجل هذه الخطورة خصّها الباحث بمزيد من العناية والتحليل، من حيث: أن تحذو ليبيا حذو غيرها من الدول بالتعاون مع أجهزة الأمم المتحدة المتخصصة في مسألة إصلاح وتطوير نظام عدالة الأحداث،وإعادة النظر في القوانين والتشريعات المتعلقة بذلك ،وإصدار قانون جديد خاص بالأحداث المخالفين للقانون أو المعرضين للخطر يأخذ في الاعتبار تلك القواعد التي أقرتها الأمم المتحدة في المعاهدة الدولية لحقوق الطفل وكافة المواثيق والصكوك الدولية الصادرة بهذا الشأن.

(1)– رائف محمد عبد العزيز النعيم (تعدد العقوبات بتعدد الجرائم – المفهوم والنظرية والتطبيق) –المجلة الأسمرية – ليبيا– العدد 8 – السنة الرابعة – عام 2007 ف. ص 232.

و من حيث وضع سياسة جنائية متطورة لنظام عدالة الأحداث من الناحيتين الموضوعية والإجرائية يمكن من خلالها مواجهة ظاهرة جنوحهم ووضع الحلول المناسبة لهم . وإسهاماً في توضيح ما تقدم، كان اختيار الموضوع :-
(الإشكاليات التطبيقية في حماية الأحداث الجنائية)

منهج البحث:

يعتمد منهج البحث على الدراسة التحليلية والنقدية لنصوص القوانين، التحليل لكل وجهة بانفراد، ومقارنة بين الآراء المختلفة في مدراس الفقه الإسلامي، وكذلك الآراء المختلفة لفقهاء وشُرَّاح القانون الجنائي. بالإضافة إلى تحليل الآراء الفقهية، والأحكام القضائية، وكل ذلك مشفوع بالتحليل والمقارنة بين نصوص القوانين غالباً، مع الاستعانة بكتب معاصرة، قانونية وفقهية لها قيمتها.
" ولا سبيل إلى الأخذ بالشريعة الإسلامية والعمل بأحكامها، بوحي من الكتاب والسنة إلا بالرجوع إلى الفقه الإسلامي على اختلاف مذاهبه، والموازنة بين مختلف الآراء والأدلة، اعتماداً على مصادر الفقه الأصلية الأساسية؛ بغية الوصول إلى نتائج تطابق المذهب الحق، وتساير أهداف التشريع الجنائي الإسلامي. ولعل من أهم خصائص الدراسات الفقهية المقارنة، بيان فوائد الفقه الإسلامي وإبرازها، وبيان فضله والكشف عن مزاياه ". [1]

إشكالية الموضوع:
إن ظهور هذا النوع من الدراسة، وهو موضوع الإشكاليات التطبيقية في حماية الأحداث الجنائية . يغري الباحث بالخوض في غمارها، وذلك بقصد تحديد أهم معالمها فقانون العقوبات قبل أن يكون قانون القيم هو قانون الحماية ، حماية المجتمع من الخارجين عليه وحماية الفرد في حد ذاته من الجنوح إلى الشر والجريمة ولا يكون ذلك إلا قبل ارتكاب الجريمة حيث يجب أن نقضي على حالة الخطرة أو استعداده الإجرامي ، وهذا الاستعداد للإجرام له عوامل وأسبابه كما أن ارتكاب الجريمة فعلا المستعد لارتكابها له أيضا آلية خاصة.

ونحن نعتقد أنه مهما قيل في الاستعداد الوراثي أو النفسي للإجرام ، فإن العامل الاجتماعي للإجرام يتحمل المسئولية شبه الكاملة في إجرام الأحداث بخاصة ولا نستطيع القضاء عليه إلا بالقضاء على أسبابه، فالخلل الاجتماعي يدفع الفرد لاختيار واحد مع اتجاهين : فإما الهروب من المجتمع الذي لم يُعترف له بحقوقه أو لا يريد أن يعترف بها، والهروب يكون بالطبع إلى الكحول والمخدرات ، وإما أن يختار الحدث الاتجاه الأسوأ ويصب جام غضبه على المجتمع عن طريق أعمال عنف ضد الأشخاص وبخاصة إذا كانت المؤسسات التربوية لا تقوم بواجبها على أكمل وجه فتنعدم القيم وتضعف الكوابح الاجتماعية من العيب والعار والفضيحة وهي من أهم العوامل اللاجمة للجنوح.

هذه الإشكاليات في جُلّها تتمحور في الآتي:

هل نعاقب الحدث الجانح أو نعالجه ؟وإذا كان هذا السؤال لازال مطروحاً بالنسبة للبالغين فطرحه بالنسبة للإحداث أولى _ وهل الاختصاصات التي يقوم بها مأمور والضبط القضائي بالنسبة للبالغين يقوم بها أيضاً بالنسبة للإحداث الجانحين أو المعرضين للإنحراف أم يلزم

[1]– عبد السلام محمد الشريف – المبادئ الشرعية في أحكام العقوبات في الفقه الإسلامي – دار الغرب الإسلامي، بيروت – ب ط – سنة 1985. ف. ص 13.

تخصيص ضبطية قضائية للإحداث ؟ متى يبدأ حساب سن الحدث هل من وقت ارتكاب الحدث للجريمة أم وجوده في إحدى حالات التعرض للإنحراف أم من وقت رفع الدعوى عليه ؟وأيضاً تهدف كل الاتفاقيات والمواثيق الدولية إلى تحقيق اكبر قدر لحماية الأحداث الجانحين فإلي أي مدى نجح المشرع الليبي في تحقيق هذه الحماية ؟ .

الخطة:

لكي نصل إلى منهج سليم في معالجة ، موضوع الإشكاليات التطبيقية في حماية الأحداث الجنائية اقتضت طبيعة البحث في هذا الموضوع أن تأتي بخطة قامت على مبحث تمهيدي ومبحثين، وتلتها خاتمة فيها الخلاصة والمقترحات،وهناك قائمة بالمراجع،وهذه محددات الخطة كما يلي:

نبحث في **المبحث التمهيدي** علي مفهوم الصبي ،والتطور التشريعي للمسؤولية الجنائية للصغار ،ومفهوم الفقه الجنائي الإسلامي ، والـقانـون الجنائي الوضعي.

ونبحث في **المبحث الأول** الإشكاليات الموضوعية في حماية الأحداث الجنائية ،ويشمل مطلب أول المسؤولية الجنائية للأحداث الجانحين،ونعالج في مطلب ثانٍ التدابير المقررة للأحداث الجانحين .

أما **المبحث الثاني** نبحث فيه الإشكاليات الإجرائية في حماية الأحداث الجنائية، ويشمل مطلب أول مرحلة ما قبل المحاكمة ، ونعالج في مطلب ثانٍ مرحلة المحاكمة والتنفيذ .

المبحث التمهيدي
مفهوم الصبي ،والتطور التشريعي للمسؤولية الجنائية للصغار
بين الفقه الجنائي الإسلامي ، والــقانــون الجنائي الوضعي

المطلب الأول:- مفهوم الصبي :

الحدث في اللغة : الحدث مفرداً حداث والأحداث في اللغة هم حديثو السن ،ورجل حدث بفتحتين أي شاب ،فإن ذكرت السن قلت حديث السن وغلمان حدثان ،أي أحداث ،وفى لسان العرب أن حداثة السن كتابة عن الشباب وأول العمر ، فيقال شاب حدث :فتى السن ،ورجال أحداث السن وحدثانها وحدثاؤها ،ويقال :هؤلاء قوم حدثان جمع حدث وهو الفتى السن ،وكل فتى من الناس والدواب والإبل حدث والأنثى حدثه.[1]

وعلى ذلك تطلق عبارة حداثة السن على مرحلة الطفولة وهى مرحلة العمر الأولى ، وهى كناية عن الشباب وأول العمر ،ولهذا يقال أن الصبي يدعى طفلاً حين يسقط من بطن أمه إلي أن يحتلم .

إما الحدث في علم الاجتماع :بوجه عام هو الصغير منذ ولاته وحتى يتم له النضج الاجتماعي وتتكامل لديه عناصر الرشد.

وللحدث في علم النفس : مفهوم أوسع منه لدى غيرهم ، إذ يشمل مفهوم الحدث أو الطفل كل شخص ليس فقط منذ ميلاده ، بل وهو مازال جنيناً، أي منذ تكوين الجنين في رحم الأم ،وتنتهي هذه المرحلة بالبلوغ الجنسي الذي تختلف مظاهره في الذكر عنه في الأنثى .[2]

وعرفت قواعد الأمم المتحدة الدنيا النموذجية لإدارة شؤون الأحداث المعروفة باسم (قواعد بكين) : الحدث بأنه طفل أو شخص صغير السن يجوز بموجب النظم القانونية ذات العلاقة مساءلته عن جرم بطريقة تختلف عن طريقة مساءلة البالغ.[3]

---

[1] - د.حمدي رجب عطية –الإجراءات الجنائية بشأن الأحداث في التشريعين الليبي والمصري- الناشر دار النهضة العربية 1999-.ص7.

[2] د.محمود سليمان موسى –قانون الطفولة الجانحة والمعاملة الجنائية للأحداث دراسة مقارنة-منشاة المعارف بالإسكندرية.2006.ص117 وما بعدها.

[3] - قواعد الأمم المتحدة الدنيا النموذجية لإدارة شؤون الأحداث (قواعد بكين) 1985- ق2.

المطلب الثاني :- موقف الفقه الجنائي الإسلامي:

تطلق الطفولة على المرحلة العمرية الأولى التي يرتبط فيها الإنسان بأسرته وتشتد حاجته إليها ويصعب عليه الاستغناء عنها ،وللطفل حينئذ حقوق مرعية وعناية كبيرة وتبدأ الطفولة منذ لحظة الولادة وتمتد إلى البلوغ وهذه فترة قد يقسمها بعض الناس إلى مراحل : مثل رضيع – طفل – صبى – غلام فأطلق جزء المرحلة على جميع الفترات.[1]

حيث يعرف الحدث في الشريعة الإسلامية بأنه من لم يبلغ الحلم ويعرف البلوغ بالعلامات الطبيعية فإن لم تظهر العلامات الطبيعية فهو بلوغ الخامسة عشرة عند الشافعية أو الثامنة عشرة عند الحنفية والمالكية ، ويرى الإمام السيوطي في الأشباه والنظائر انه يجب الأخذ بالمعيارين معاً بحيث أنه أذا ظهرت العلامات الطبيعية للبلوغ في سن مبكرة فأنه ينتظر حتى يبلغ الشخص الخامسة عشرة .[2]

يلاحظ هنا أن المشرع الليبي تبنى رأي الإمام مالك فيما يتعلق بتحديد سن الرشد الجنائي بثماني عشرة سنة هجرية في مختلف التشريعات الخاصة بتقنين أحكام الشريعة الإسلامية التي أصدرها ، ومن ذلك القانون رقم 48 لسنة 1972 في شأن إقامة حدي السرقة والحرابة إذ تنص المادة الأولى في بندها الأول على أنه يشترط في السرقة المعاقب عليها حداً، أن يكون الجاني عاقلاً ، أتم ثماني عشرة سنة هجرية . وهذا آيضاً ما تضمنته المادة 4 من هذا القانون في بندها الرابع بشأن شروط قيام جريمة الحرابة المعاقب عليها حداً،ويتضح بذلك أن الحدث في مفهوم التشريعات الخاصة بتقنيين الأحكام الواردة في الشريعة الإسلامية هو من لم يتم الثامنة عشرة من عمره ، بصرف النظر عما إذا كانت قد ظهرت عليه علامات البلوغ الطبيعية أو لم تظهُر.[3]

المطلب الثالث:- موقف القانون الجنائي الوضعي :

قانون العقوبات هو قانون القيم، فهو الذي يحددها عن طريق حمايتها بنصوص التجريم والعقاب. وإثارة موضوع التجريم والعقاب يعني أننا نتخذ موقفا عدائيا من مجموعة من أفراد المجتمع لأنهم هم أنفسهم " اختاروا " أن يكونوا أعداء له بسبب إضرارهم بالقيم المحترمة أو هم بصدد الإضرار بها .

[1] -د.حسن محمد هند وآخرون –النظام القانوني لحقوق الطفل –دار الكتب القانونية مصر-2007- ص7.
[2] -د. حمدي رجب عطية – المرجع السابق –ص 9.
[3] - د .محمود سليمان موسى- المرجع السابق –ص 121 وما بعدها .

بحكم كثير من المعطيات العلمية التي بدأت تفرض نفسها على السياسة الجنائية الحديثة والتي تحاول التشريعات الوضعية أن تتبناها مند وقت ليس بالقصير ، أن الضرر وحده أو الاستعداد للأضرار يقيم الجماعة ليس هو المعيار الوحيد لكي نصنف هذا الفرد بأنه عدو للمجتمع لابد من تحييده أو القضاء عليه ، والتحييد وارد بلا شك ، ولكن المشكلة أن المدارس الفقهية تختلف وجهات نظرها ، ولابد أن تختلف حول أسباب هذا التحييد وأهدافه ، ولابد هنا للمشرع الوضعي أن يعتمد سياسة جنائية ، أو على الأصح سياسة في الدفاع الاجتماعي يبنى على أساسها فلسفته في التجريم والعقاب ، فإذا اختار المشرع النظرية التي تقول أن الإنسان حر في المطلق ولابد أن يعاقب لأنه أساء استعمال هذه الحرية ، فهو بذلك لم ينحز لا إلى الفرد "المجرم " لأنه تبين أنه ليس حرا في المطلق ، ولابد أن يعاقب، ولا إلى المجتمع الذي يدعي حمايته لأنه تبين كذلك أن الأفراد لا يرتدعون بالضرورة مهما كانت قسوة العقوبات .

وإذا اختار المشرع الاتجاه المتطرف الآخر ، يعني أن المجرم كان مجبرا أو مكرها على ارتكاب الجريمة فلا قانون ولا عقاب ولا مسئولية بل علاج وإصلاح إذا كان الجاني أهلا لذلك أي أن مرضه قابل للشفاء ، فهذا الاتجاه أيضا يفتقر إلى النظر السليم للأمور .[1]

ولكن السؤال المطروح هو هل عرف المشرع أو المجتمع أو الإرادة العامة كيف يوازي بين المصلحتين بحيث لا تطغى مصلحة على أخرى ؟

هذا هو السؤال المهم . وتمكن الأهمية من حيث إن الفرد لا يصلح إلا بصلاح المجتمع ولا يصلح هذا المجتمع إلا بصلاح الفرد فيه فأيهما أولى بالإصلاح أولا الفرد أو المجتمع.

الإجابة عن هذا السؤال أعيت رجال الإصلاح في كل زمان ومكان. مع ذلك الإجماع شبه منعقد على أن الفرد لا يصلح إلا بصلاح مجتمعه لأنه لا أحد يصدق أن بمقدورنا أن نربي الفرد على الفضيلة في مجتمع فاسد وإلا فسوف يصدق علينا قول شاعرنا القديم : ألقاه في اليم مكتوفا وقال له إياك إياك أن تبتل بالماء . ألم يقل جان جاك روسو يوما أن الإنسان يولد صالحا ثم يفسد عن طريق المجتمع .

---

[1] – د . محمد الرازقي – بحوث في القانون الجنائي الليبي و المقارن– موقف التشريع الجنائي الليبي من الصغار الجانحين

عرض وتحليل– كلية القانون جامعة طرابلس– ص76.

ولكن لماذا نذهب بعيدا ولنا في رسولنا الكريم الأسوة والقدوة فقد ورد في الحديث الشريف " كل مولود يولد على الفطرة وأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه " وهذا يعني بلغة العصر الحديث أنهما يجعلانه مجرما ، والفطرة هي الطبيعة وإذا عرفنا أن الدين الإسلامي هو دين الفطرة أي القانون الطبيعي عرفنا أن الحل يكمن في تطبيق هذا القانون ، وإذا كان هذا القانون هو المطبق لما كنا بحاجة إلى كتابة هذه الورقة فالحال أنه ليس كذلك في الموضوع الذي نحن بصدده على الأقل .[(1)]

هذه المقدمة نعتقد أنها ضرورية لمعالجة هذا الموضوع الذي يعنينا بالذات وهو جنوح الأحداث أو الأطفال أو الأولاد كما جاء في بعض التشريعات العربية أو ما شئنا من الأسماء : هل نعاقب الحدث الجانح أو نعالجه ؟ وإذا كان هذا السؤال لازال مطروحا بالنسبة للبالغين فطرحه بالنسبة للأحداث أولى .

كل التشريعات الوضعية جمعت بين النظامين، نظام المعاقبة ونظام المعالجة. والتشريع الليبي ليس بدعا بين هذه التشريعات فقد جمع هو أيضا بين النظامين: فقد جعل الحدث ضحية قبل سن الرابعة عشر ومجرما بعد الثامنة عشر ومجرما وضحية بين هذين الحدين [مادة 80 ق. ع . ل].[(2)] ومعنى قولنا أنه ضحية أن غرائزه في هذه المرحلة من العمر هي التي تقوده حيث شاءت ، وهذه الغرائز لابد من كبحها لديه لكي لا تتفاعل في الخارج ويحدث التطابق الذي يتحدث عنه علماء النفس ، بين ما يُعتلج في داخله وبين الواقع ، وهذا الكبح يكون عن طريق أشياء استبدالية تعويضية تتمثل في الإصلاح والتهذيب والتربية .

وهكذا فقد صنف المشرع الجنائي الليبي والتشريعات التي جرت مجراه، الأحداث في ثلاث مجموعات : ما دون السابعة و مادون سن الرابعة عشر ومادون الثامنة عشر ، وهذا التصنيف مبني على وجود قوة الشعور والإرادة وهي مناط التمييز والإدراك لدى الفرد .

ولابد أن نوضح هنا من الآن حتى لا يحصل خلط في المفاهيم أن التمييز يعني القدرة على فرز النافع من الضار والحسن من القبيح والخير من الشر، ويكون بذلك مسئولا اختياره طريق الشر والجريمة وهو قادر على اجتنابه.

وعلى هذا الأساس افترض المشرع أن الحدث قبل الرابعة عشرة ليست له هذه القدرة ، فحين يجنح نحو الجريمة فغرائزه الحيوانية هي التي تقوده إلى هذا المصير والحيوانات خارج اهتمام المشرعين فهو إذن مكره أو مجبر أو مضطر

---

[1] - د. محمد الرازقي – المرجع السابق ص 77

[2] - مجموعة التشريعات الجنائية –قانون العقوبات الليبي – وزارة العدل – 1953 .

لارتكاب هذا الفعل ، ومادام في الأمر إكراه فلا مسئولية لأن المسئولية الأخلاقية والقانونية مؤسسة على حرية الاختيار وانحراف الصغير في هذه المرحلة كما يرى كثير من علماء الإجرام ، هو بدون غد ، فليس هناك ما يدعو لاتخاذ أي إجراء حياله .(1)

أما إذا بلغ السابعة ولم يتجاوز الرابعة عشرة ، فللقاضي أن يتخذ في شأنه التدابير الوقائية الملائمة كما تقول نفس المادة 80 ق . ع . ل لأن المشرع يفترض أن ملكاته الإدراكية لم تكتمل بعد فمن غير المقبول مسائلته عن تصرفاته في الماضي ولكن ينبغي أن ننظر فقط للمستقبل ونحاول عن طريق هذه التدابير تربيته وإصلاحه وتهذيبه حتى يتأقلم مع قيم الجماعة لأن من شأن هذه التدابير والإجراءات أن تقيه من الوقوع في الجريمة فيما يستقبل من الأيام أو هكذا يفترض فيها .

إذا أتم الصغير الرابعة عشرة ولم يبلغ الثامنة عشرة فيعتبر في هذه المرحلة مسئولا مسئولية ناقصة. (2)

وتحديد المرحلة التي يكون فيها الصغير عديم المسئولية أو ناقصها هي في الأساس تحكمية ولا تعتمد على مقاييس علمية موضوعية مقبولة . فإذا رجعنا إلى القانون المقارن سوف نجد التباين واضحا حول هذه المسألة : فبينما نجد بعض الدول الأوروبية رفعت الحد الأعلى المانع من المسئولية إلى خمس عشرة سنة كالسويد والدانمارك . أو أربع عشرة سنة كألمانيا وإيطاليا ويوغسلافيا ورومانيا والبرازيل والصين ، أو ثلاث عشرة سنة كفرنسا ينزل بها التشريع البرتغالي والبولندي مثلا إلى عشر سنوات فقط . أما في التشريعات العربية فهي اثنتا عشرة سنة في الأردن والمغرب وثلاثة عشرة سنة في تونس والجزائر وفي سوريا ولبنان خمس عشرة سنة.

ونحن لا نرى كما يعتقد البعض، لأن القدرات الذهنية لدى الطفل.. تخضع لتأثير مختلف العوامل المحيطة به كالأسرة والتعليم والموقع الجغرافي والثقافي السائد في المحيط العام ، فقد وجدنا هذه الاختلافات في تحديد السن حتى في المجتمعات ذات الثقافة الواحدة والمستوى الحضاري الواحد أو المتقارب مما يعطينا الحق في القول بأن هذا التحديد لا يخضع في مجمله لمعطيات علمية مدروسة الأمر الذي يجعل المسألة برمتها قابلة لإعادة النظر .

---

1 - د.محمد الرازقي – المرجع السابق – ص79.

2 - راجع بالخصوص مجموعة التشريعات الجنائية –قانون العقوبات –المرجع السابق .

قد نلاحظ في الدول العربية تراجعا في جرائم الأحداث ولكن باطلاعنا على الإحصائيات الصادرة عن وزارة العدل والأمن العام من خلال التقرير السنوي عن الجريمة في ليبيا بأن هناك نوعا من الجرائم لازالت تحتفظ بمستواها العام كالإيذاء الخطير والسرقة بالإكراه و الجرائم الجنسية. وهذه الأنواع الثلاث من الجرائم لها أسبابها الاجتماعية التي لا تخفى ، فالجرائم ضد الأشخاص سببها كما نعلم أن للحدث قوة بدنية متسارعة النمو فهو يشعر بضرورة توظيفها فإن لم يجد الفرصة لتوظيفها في الخير من خلال العمل مثلا أو الدراسة فسوف يوظفها في الشر ، فالبطالة إذا وعزوف الشباب عن التحصيل العلمي الجاد كلها عوامل مؤدية إلى الجنوح . كما أن توقد الغريزة الجنسية لديهم في هذه المرحلة من مراحل الطفولة وهي مرحلة المراهقة سوف يسعى الحدث لاكتشافها فيقع بدون شك في الرذيلة إلا إذا كانت هناك مراقبة عائلية ضيقة وواعية . ثم إن للحدث رغبات يريد تحقيقها وشهوات يريد إشباعها وقد لا تسعه موارد عائلته المتواضعة في ذلك فلابد أن يلجأ إلى ارتكاب الجرائم ضد الأموال وبخاصة السرقات ، فهو يخرج من رحم المجتمع كما يخرج من رحم أمه ، فلابد أن يكون هذا الرحم سليما معافى وإلا أصبح الجنين أو الطفل مشوها وشاذا .

فينبغي على المشرع الجنائي أن يتبنى سياسة عامة لمكافحة الجريمة أو سياسة جنائية في الدفاع الاجتماعي ، بدون أن يلجأ إلى تصنيف الجانحين إلى بالغين وأحداث . فالسياسة الجنائية كل لا يتجزأ ونحن رأينا أن هذه التفرقة لم تحل المشكلة وليست هي بقادرة على حلها . فقانون العقوبات قبل أن يكون قانون القيم هو قانون الحماية ، حماية المجتمع من الخارجين عليه وحماية الفرد في حد ذاته من الجنوح إلى الشر والجريمة ولا يكون ذلك إلا قبل ارتكاب الجريمة حيث يجب أن نقضي على حالة الخطرة أو استعداده الإجرامي ، وهذا الاستعداد للإجرام له عوامل وأسبابه كما أن ارتكاب الجريمة فعلا المستعد لارتكابها له أيضا آلية خاصة لا مجال هنا لإطالة البحث فيها

ونحن نعتقد أنه مهما قيل في الاستعداد الوراثي أو النفسي للإجرام ، فإن العامل الاجتماعي للإجرام يتحمل المسئولية شبه الكاملة في إجرام الأحداث بخاصة ولا نستطيع القضاء عليه إلا بالقضاء على أسبابه وكل كلام غير ذلك هو لغو من القول . فالخلل الاجتماعي يدفع الفرد لاختيار واحد مع اتجاهين : فإما الهروب من المجتمع الذي لم يعترف له بحقوقه أو لا يريد أن يعترف بها، والهروب يكون بالطبع إلى الكحول والمخدرات ، وإما أن يختار الحدث الاتجاه الأسوأ ويصب جام غضبه على المجتمع عن طريق أعمال عنف ضد الأشخاص وبخاصة إذا كانت

المؤسسات التربوية لا تقوم بواجبها على أكمل وجه فتنعدم القيم وتضعف الكوابح الاجتماعية من العيب والعار والفضيحة وهي من أهم العوامل اللاجمة للجنوح .
وبهذا الصدد فنحن نرى أن الأسس التي اعتمدها الفقه الإسلامي في تحديد الأهلية الجنائية أو البلوغ هي أفضل ما يمكن أن نؤسس عليه موضوعيا تحديد هذه السن حيث يعرف هذا الفقه البلوغ ببلوغ سن معينة أو بعلامات تدل عليه ، فعلامته بلوغ الأنثى الحيض والاحتلام وأدنى مدة هي تسع سنين ، وعلامة بلوغ الذكر الاحتلام والاحبال وأدنى مدة هي اثنتا عشر سنة .

في هذه المرحلة لا يسأل الحدث مسؤولية جنائية عن الأفعال التي يأتيها ، ولكنه يؤدب إذا تجاوز السابعة بما يعني اتخاذ إجراءات وقائية احترازية كما نسميها نحن في هذه الأيام .

وتبدأ مرحلة الإدراك التام أو المسئولية الكاملة بالبلوغ كما أشرنا أو ببلوغه خمسة عشر سنة أو ثمانية عشر سنة لدى بعض الفقهاء وهذا يتفق في مجمله مع القوانين الوضعية فليس هناك ما يمنع من الإبقاء عليه .

نخلص إلى نتيجة مفادها أن سن الثامنة عشر تعتبر قرينة على بلوغ الحدث سن الرشد ومن ثم يكون مسئولا مسئولية كاملة عن أفعاله ، ولكن قد يبلغ هذه السن قبل ذلك وجعلت لذلك قرائن وعلامات تدل على نموه الجسدي والفسيولوجي ومن ثم على قدرته على الإنجاب .

ومعنى ذلك أن الحدث من الجنسين يستطيع عند بلوغه هذه المرحلة أن يكون مسئولا عن أسرته ، وإذا كان مسئولا عن غيره فمن باب أولى أن يكون مسئولا عن نفسه أمام خالقه أو أمام المجتمع لا فرق ، فهذا خير له وللمجتمع على حد سواء .

فمن وجه نظر تربوية فحينما نحمله مسئولية عن أفعاله صغيرا فهذا معناه أن نمنحه حريته ، فهو مسئول لأنه حر والحرية لا تعني شيئا آخر غير التخلص من عبودية الأسرة لينطلق في فضاء المجتمع الرحب فيساهم في خدمته ومن غيره في هذه السن أقدر منه على البذل والعطاء غير المحدود وهنا يكمن خير المجتمع .

ولهذا فنحن نقترح الاستعاضة بالنص الحالي للمادتين [80 – 81] من ق . ع . ل . بالصياغة الآتية : [" تتحد المسئولية الجنائية للصغير من الجنسين بالبلوغ أو ببلوغه ثمانية عشر عاما أيهما أقرب .

وللقاضي أن يتخذ في شأنه التدابير الوقائية الملائمة إذا أتم السابعة من عمره وقت ارتكاب الجريمة " .[1]

[1] - د. محمد الرازقى – المرجع السابق – ص 87.

المبحث الأول
الإشكاليات الموضوعية في حماية الأحداث الجنائية

لما كانت الصورة التقليدية للجزاء الجنائي وهي العقوبة قاصرة عن تحقيق هذا الهدف في كثير من الحالات ،فقد برز إلي الوجود فكرة التدابير الوقائية أو الاحترازية كوسيلة لاستئصال الخطورة الإجرامية الكامنة في نفس المجرم ،وقاية للمجتمع من خطر الجريمة وأضرارها، إلا أن هذه التدابير ليست قاصرة في التطبيق على من دخلوا في نزاع مع القانون، بل تطبق آيضاً حيال الأشخاص الذين تنبئ حالتهم الخطرة عن احتمال إقدامهم علي الإجرام كما في حالة الشواذ من الناحية العقلية ومدمني المخدرات والمسكرات، وتطبق آيضاً علي كل من يشكل مسلكهم خطراً علي المجتمع طبقاً لأحكام قانون العقوبات، وبعد مراحل عديدة من التطور صارت المسؤولية الجنائية في التشريعات العقابية المعاصرة قائمة علي أساس أدبي قوامة الخطأ،فلا مسؤولية بدون خطأ،ولا إسناد بدون إثم.
بل يلزم لقيامها توافر عنصرين هما: الإدراك أو التمييز وحرية الاختيار.
وفي هذا السياق تقر التشريعات السائدة اليوم جملة من التدابير الوقائية التي تهدف إلي رعاية الحدث وإصلاح حاله تقويماً وتهذيباً سواء كان في حالة نزاع مع القانون أم كان في حالة تشرد تنبئ عن قرب وقوعه في هاوية الجريمة والانحراف.(1)
ولما كان ذلك لازماً، لذا نعرض في مطلب أول المسؤولية الجنائية للأحداث الجانحين،ونعالج في مطلب ثاني التدابير المقررة للأحداث الجانحين.

المطلب الأول
المسؤولية الجنائية للأحداث الجانحين

تحرص كافة التشريعات منذ زمن بعيد علي تحديد مرحلة معينة من عمر الإنسان تنعدم فيها المسؤولية، سواء كانت مسؤولية جنائية أو مسئولية اجتماعية، بصورة مطلقة،وهي مرحلة الطفولة المبكرة،وفي هذه المرحلة لا يخضع الطفل لا للعقوبات الجنائية ولا للتدابير الوقائية.(2)
كما أجمعت كل التشريعات الجنائية الوضعية علي اعتبار الصغير غير المميز وكذلك المجانين غير أهل للمسؤولية الجنائية بسبب أنعدام قوة الشعور لديهم،وقد سبقتهم في ذلك الشريعة الإسلامية حيث تدرجت المسؤولية علي مراحل فتنعدم المسؤولية في فتره مادون السابعة من العمر ويسأل مسؤولية مدنية الصغير مابين سن سبع سنوات وظهور علامات البلوغ علية.
ولاتطبق عليه عقوبات الحدود، وإذا مابلغ الصغير طور البلوغ صار أهلاً للمسؤولية وتطبق عليه عقوبات الحدود والتعازير.

---
[1]- د.عبد الرحمن محمد علي ابوتوته.الأحداث الجانحون.دار المحيط العربي بيروت .ط1 .س 1998 .ص216.232.
[2] - د.محمود سليمان موسى – المرجع السابق - ص 218.

وقد اختلفت التشريعات الجنائية في تحديد سن المسؤولية فبعضها يحدد سناً منخفضاً وبعضها يرفعها والتفاوت في تحديد السن الأدنى للمسؤولية الجنائية كبير، ولكن بصفه عامة يمكن القول بأن سن الأهلية الجنائية تتراوح في اغلب التشريعات مابين الخامسة عشر والثامنة عشر .[1]

وإزاء هذا التفاوت في تحديد سن المسؤولية الجنائية اقتصرت **قواعد بكين** على التوصية((بأنه لايكون هذا السن مفرط في الانخفاض حتى لاتصبح فكرة المسؤولية الجنائية بلا معني**1/4.**[2]))

والواقع انه لايمكن الاتفاق علي حد أدنى معقول للسن يمكن تطبيقه دولياً.ذلك لان المسؤولية الجنائية ترتبط بالنضج العقلي والفكري وهو أمر يختلف من مجتمع لأخر،وإذا ما رجعنا إلي بعض التشريعات نلاحظ أن التشريع التونسي والفرنسي اعتبر الصغير الذي لم يكمل ثلاثة عشر سنه من عمره غير أهل لتحمل المسؤولية الجنائية.

أما التشريع الليبي فهو ينفى المسؤولية الجنائية للصغير دون سن السابعة(م.80.ق.ع.ل).وبالتالي سوف نبين المراحل التي تمر بها المسؤولية الجنائية في التشريع الليبي على النحو التالي:-

الفرع الأول:- مرحلة انعدام المسؤولية الجنائية:-

قرر المشرع الليبي في نص المادة (80.عقوبات) علي انه لايجوز مسألة الصغير الذي تقل سنه عن سبع -7- سنوات نظراً لعدم قدرته علي خرق القواعد القانونية.ذلك أن الطفل في هذه المرحلة غير قادر علي إدراك ماهية أفعاله ،وبذلك لايمكن مؤاخذته جنائياً وهذه قرينه غير قابله لإثبات العكس باعتبار أن الصغير في هذه المرحلة فاقد قوة الشعور والإرادة.وإذا ما أتم الصبي السابعة من عمره ولم يبلغ الرابعة عشر فإنه يجوز للقاضي أن يتخذ في حقه التدابير الوقائية الملائمة.

الفرع الثاني:- مرحلة المسؤولية الجنائية المخففة.

نص المشرع الليبي علي هذه المرحلة في نص المادة(81.ق.ع)،حيث قرر المشرع الليبي تخفيض العقوبات علي الأحداث بين سن الرابعة عشر أذا اثبت تمييزهم عند ارتكاب الفعل.

وفي هذه الحالة اعتبر المشرع الليبي إن صغر السن عذر قانوني يلزم القاضي بتخفيض العقوبة حيث انه أذا ثبت لدي القاضي إن الحدث الماثل أمامه لديه قوة الشعور والإرادة ،ففي مثل هذه الحالة ينبغي خفض العقوبة في حقه بمقدار ثلثيها مراعاة لصغر سنة.آما إذا ارتكب الصغير المسؤول جناية عقوبتها الإعدام أو

---

[1] - د .عبد الرحمن محمد على ابوتوته – المرجع السابق – ص 216 وما بعدها.

[2]- قواعد الأمم المتحدة الدنيا النموذجية لإدارة شؤون الأحداث(قواعد بكين) المرجع السابق.

السجن المؤبد يستبدل بهاتين العقوبتين السجن لمده لا تقل عن خمس سنوات [1]. ويمضى الصغير المحكوم عليه عقوبته في محل خاص بالأحداث المسؤولين يخضع فيه لنظام خاص لتثقيفه وتهذيبه بشكل يكفل تهيئته ليصبح عضواً صالحاً في المجتمع.

ومن ناحية أخرى نجد أن المشرع التونسي نحى منحي آخر يختلف عن المشرع الليبي حيث قسم مرحلة المسؤولية الجنائية إلي مرحلتين:-

المرحلة الأولى:- تبداء من سن التمييز إي من سن 13- 15 سنة ويرى المشرع أن للطفل خلال هذه الفترة يكون قادراً على التمييز لذلك جعلها قرينة بسيطة أي انها قابلة للدحض بكافة الوسائل وعند مسألته فهو معفي من العقوبة البدنية وتبقى فقط تدابير أصلاحية نافذة في شأنه.

المرحلة الثانية:- فهي التي تمتد من سن الخامسة عشر سنت إلى ما دون الثامنة عشر ،وفى هذه المرحلة تكون قرينة عدم قدرة الحدث على خرق القوانين قرينه بسيطة قابلة لإثبات العكس، ويكون الحدث معرض لتوقيع عقوبات جنائية في حقه ،وقد أجاز المشرع التونسي لقاضى الطفل تسليط العقاب الجزائي الملائم لشخصية الطفل مع التحفظ في تطبيق العقوبات البدنية.[2]

المطلب الثاني

التدابير المقررة للأحداث الجانحين

يقصد بالتدابير الوقائية مجموعة الإجراءات التي ينص عليها القانون ويطبقها القاضي لمواجهة الخطورة الإجرامية الكامنة في شخص الحدث الجانح،حيث أخضعت التشريعات العقابية الحدث الجانح لمجموعة من التدابير التي يمكن اتخاذها بشأنه بالإضافة إلي العقوبات ،علي نحو يمكن القاضي من اختيار الجزاء الملائم لكل حالة تعرض عليه.

وفي هذا الصدد نصت القاعدة (1/18) من قواعد بكين بقولها ((تتاح للسلطة المختصة مجموعة متنوعة وواسعة من تدابير التصرف توفر لها من المرونة

[1] - راجع بالخصوص – مجموعة التشريعات الجنائية – قانون العقوبات الليبي –المرجع السابق.
[2] - د .عبدالرحمن محمد على ابوتوته –المرجع السابق –ص 233.

مايسمح إلي أقصى قدر ممكن بتفادي اللجوء إلي الإيداع في مؤسسات الإصلاحية.)).[1]

من ناحية أخري نلاحظ أن التشريع الليبي لم يفسح المجال أمام القاضي في اختيار التدابير الملائم ذلك أن نص المادة (151.ق.ع) لم ينص سوى على نوعين من التدابير هما: الوضع تحت المراقبة ،والإيواء في مؤسسة إصلاحية قانونيه. إلا أن ذلك لا يعنى تمييزه في الأسبقية والأهمية بل أنه على العكس من ذلك حيث من الأفضل عدم لجؤ القاضي إليه إلا إذا تعذر تسليم الصغير لوالديه .[2]، وقد حصر المشرع الليبي شروطاً معينة لاتخاذ التدابير يمكن حصرها في الأتي :-

1- بلوغ الصغير الجانح وقت ارتكاب السلوك الإجرامي سن السابعة
2- ارتكاب الصغير الجانح لفعل يشكل جناية أو جنحة عمديه طبقاً لأحكام قانون العقوبات.
3- أن يكون التدبير من ضمن التدابير المنصوص عليها قانوناً .
4- عدم جواز تعدد التدابير المفروضة على الحدث الجانح.
5- وجوب أن يكون الصغير على درجة من الخطورة التي يمكن للقاضي استبانتها من خلال جسامة الفعل وظروف أسرة القاصر الاجتماعية.

ولقد ميز المشرع الليبي الأحداث اللذين لم يبلغوا سن الثامنة عشر بأحكام خاصة في العود والعفو القضائي،ففي العود لقد نصت (م.98.ق.ع)علي أنه ((لاتطبق أحكام العود علي الصغار الذين لم يبلغوا الثامنة عشرة).

فإذا حكم على الصغير في جناية أو جنحة ثم ارتكب بعد ذلك جريمة أخري قبل أن يبلغ الثامنة عشر فأنه لايصح اعتباره عائداً.أما إذا ارتكب الجريمة الثانية بعد أ، بلغ الثامنة عشر تسري عليه أحكام العود علي الرغم من أن الحكم الأول قد صدر قبل أن يبلغ هذا العمر، والعبرة أساساً في تطبيق أحكام العود هي في الوقت الذي يجري فيه تطبيقها بالنسبة للجريمة الأخيرة التي تجرى المحاكمة بشأنها لابوقت صدور الحكم في الجريمة السابقة المتخذة أساساً للعود.

أما إذا كان الحكم السابق صدوره علي الصغير متضمناً تدبيراً وقائياً وليس عقوبة فإنه لايعتبر سابقة في العود حيث لا يجوز منطقياً أن تشدد العقوبة عل الصغير لا تزال الوسائل التقويمية جائزة معه .أما فيما يتعلق بالعفو القضائي حيث يتضح من نص المادة(118.ق.ع) أن القانون قد أقر نظاماً خاصاً للعفو عن الصغار ،حيث أعطي للقاضي إذا رأى من

[1] - قواعد الأمم المتحدة الدنيا النموذجية لإدارة شؤون الأحداث(قواعد بكين) المرجع السابق.
[2] - د . عبد الرحمن محمد على ابوتوته – المرجع السابق – ص235

أخلاق الحدث أو ماضيه أو سنه أن الظروف التي ارتكب فيها الجريمة ما يبعث علي الاعتقاد بأنه لن يعود إلى ارتكاب جرائم أخرى أن يمنحه العفو القضائي.(1)

[1] - مجموعة التشريعات الجنائية – قانون العقوبات الليبي – المرجع السابق .

المبحث الثاني
الإشكاليات الإجرائية في حماية الأحداث الجنائية

نلاحظ أن المشرع الليبي لم يخص الجانحين بقانون خاص بل عالجها بالقواعد العامة،حيث توجد ثلاث اتجاهات في المعاملة الجنائية للأحداث بالنسبة لتشكيل المحاكم، منها :-
الاتجاه الإداري: موجود في السويد والنرويج وبعض الدول الأوربية ، حيث يتولى هذا الاتجاه رعاية الحدث كأمانة الشؤون الاجتماعية باعتبار أن سبب جنوح الحدث هو المعاملة الاجتماعية.
أما الاتجاه القانوني: فأن حجة هذا الاتجاه مؤدها أن وضع الأحداث تحت جهة الإدارة فأنها تتعسف في استعمال حقها وسلطتها، فهناك التدابير الاحترازية يكون بنص ويصدر من جهة المختصة وهي السلطة القضائية .
أما الاتجاه المختلط : وهو الذي اخذ به في كل من مصر وتونس حيث نجد في بعض المحاكم تشكل من قانونيين واجتماعيين ،وبعض القوانين تتطلب وجود أمراءه كالقانون الفرنسي، والأفضل أن يكون الاتجاه مختلط لان الأحداث الحجية التي تدفعهم هي العوامل الاجتماعية لارتكاب الجريمة،بحيث الاجتماعيين دائماً يكون رأيهم استشاري للقاضي وغير ملزم.[(1)]
ومن ناحية آخري هناك نظم مختلفة في تشكيل المحاكم، منها **النظام الفردي** أخذ به المشرع الليبي ونص على ذلك في المادة (316ق.أ.ج) وفي بعض الحالات عندما يكون الحدث أقدم علي ارتكاب جريمة مع بالغين هناك سلطة تقديريه للقاضي ومحاكم جنايات ونظام مجلس للأفراد.
ففي التنظيم القضائي الجديد لابد من تشكيل محاكمة ،فإذا هنا بالنسبة للأحداث في ليبيا نظام فردى وقد يكون نظام المجلسى .
أما في القانون التونسي هناك النظام الفردي والمجلسى ،الفردي عندما يقوم الحدث بأرتكاب جنحه أو مخالفة، المشرع الليبي لم يفرق في ذلك، أما النظام التونسي هناك قاضى الطفولة وهناك المحكمة ذات النظام المجلسى وهى مشكلة من ثلاثة-3- قضاة ،فإذا أرتكب الحدث جناية يكون النظام مجلسي ،وإذا ارتكب الحدث جنحه أو مخالفة يكون النظام فردي.[(2)]
عليه ، سوف نبين ما هي الإجراءات ما قبل المحاكمة ، وكذلك عند المحاكمة والتنفيذ على النحو التالي :-

المطلب الأول
مرحلة ما قبل المحاكمة

تشتمل مرحلة ما قبل المحاكمة مرحلة الاستدلالات ، وكذلك مرحلة التحقيق الابتدائي ، حيث نلاحظ أن المشرع الليبي لم يشمل مرحلة الاستدلالات

[1] - د. حمدي رجب عطية – المرجع السابق – ص 111 وما بعدها .
[2] - د . محمود سليمان موسى – المرجع السابق – ص 415 .

بأي خصوصية للحدث على الرغم من أنها من أخطر المراحل في التعامل مع الطفل الجانح بما تتضمنه من قبض، واقتياد وسلب للحرية.

الفرع الأول:- مرحلة جمع الاستدلالات .

يقصد بمرحلة جمع الاستدلالات مجموعة الإجراءات التمهيدية التي يقوم بها مأموري الضبط القضائي بقصد الكشف على الجرائم وضبط مرتكبيها وجمع المعلومات بشأنها.وقد أغفلت معظم التشريعات الخاصة بالإحداث في الدول العربية ومن بينها التشريع الليبي وضع نصوص خاصة بالضبطية القضائية في مسائل الأحداث سواء ذلك بالنسبة لصفة مأمور الضبط القضائي، اوما يخص واجباته في التحري وجمع المعلومات وهذه نقيصة في التشريعات .ذلك أن إتباع ذات الإجراءات المقررة للكبار ولا سيما ما يتعلق بالقبض على الأحداث من شأنه أن يعرض الحدث لأذى خطير خاصة وان رجال الضبط القضائي غالباً ما يميلون لاستعمال القسوة مع الطفل من شأنه أن يؤدى إلى تغيير المقصود منها بل قد تؤدى إلى خلق شعورهم بالكراهية ضد رجال الشرطة والسلطة العامة.[1]

ولذلك نجد القاعدة (1/12) بكين. ((توصى بضرورة تخصيص رجال الشرطة الذين يتعاملون مع الأحداث والعمل على إنشاء وحدات شرطة خاصة بالإحداث في المدن الكبيرة)).[2]

كما أن المشرع الليبي لم يستثنى الحدث الجانح بإجراءات خاصة في معرض بيانه للحالات التي يجوز فيها القبض على المتهم ، كما يلاحظ انه ليس لمأمور الضبط القضائي عند التصرف في آمر الحدث أي سلطة تقديرية تمكنهم من التصرف في مواجهة الحدث بإجراءات تقويمية أو إصلاحية دون عرض الأمر على السلطات القضائية المختصة بالتحقيق والمحاكمة . وفى ذلك نصت القاعدة (2/11) بكين تخول النيابة العامة والشرطة وكذلك الهيئات الأخرى التي تعالج قضايا الأحداث سلطة الفصل في هذه القضايا حسب تقديرها دون عقد جلسات محاكمة رسميه .[3]

الفرع الثانى :- مرحلة التحقيق الابتدائي .

في البداية يمكن القول بأن المشرع الليبي لا يتبنى مبدأ الفصل بين سلطتي الاتهام والتحقيق مثلما هو الحال في كثير من التشريعات الجنائية الأخرى . مثل القانون الفرنسي والايطالي وإنما جعل التحقيق بمعرفة قاضى رهناً بإدارة النيابة العامة. أن شاءت طلبت وإن شاءت اضطلعت بالتحقيق بنفسها. والنيابة العامة في ممارستها لهذا الاختصاص تملك كافة الوسائل القهرية لجمع الأدلة وملاحقة المتهمين دونما تفرق بين البالغين والأحداث ،وقد أدرك المشرع الليبي ذلك فسعى إلي تجنيب الحدث تأثير بعض الإجراءات

---

1 - د . عبدالرحمن محمد على ابوتوته – المرجع السابق – ص 247.

2 - قواعد الأمم المتحدة الدنيا النموذجية لإدارة شؤون الأحداث(قواعد بكين) المرجع السابق.

3 - قواعد الأمم المتحدة الدنيا النموذجية لإدارة شؤون الأحداث(قواعد بكين) المرجع السابق.

الاحتياطية التي تتخذ ضد المتهمين البالغين.[1] حيث نص في المادة (318.ق.أ.ج.ل) على انه لايجوز حبس الصغير الذي تقل سنه عن 14 سنة حبس احتياطياً حيث يكتفي بشأنه بالوسائل التقويمية.

أما إذا زادت عن 14سنة وقلت عن 18 سنة .فأن حبسه احتياطياً يكون في مدرسة إصلاحية أو محل معين أو معهد خيري معترف به، مالم ترى النيابة العامة الاكتفاء ، بأن تعهد بالتحفظ علية إلي شخص مؤتمن.[2] وهذا الاستثناء الذي أورده المشرع الليبي فيما يخص الحبس الاحتياطي إذ يتفق مع القاعدة (2/1/13/بكين) ((حيث نصت على انه 1- لايستخدم إجراء الاحتجاز رهن المحاكمة إلا كملا ذ أخير ولأقصر مدة ممكنة.2- يستعاض عن الاحتجاز رهن المحاكمة ،حيثما آمكن ذلك بإجراءات بديلة ،مثل المراقبة أو الرعاية المركزة أو الإلحاق بأسره أو إحدى مؤسسات دور التربية.[3]

ومع ذلك فهو غير كاف في إطار ما ينبغي أن يتمتع به الطفل الجانح من ضمانات ، بل ينبغي إعادة النظر في نظام التحقيق المتبع في شأن الأحداث على نحو يضمن تخصص المحقق من ناحية وتمتعه بالقدرة والكفاءة على التعامل مع الطفل الجانح من ناحية أخرى.

المطلب الثاني

مرحلة المحاكمة والتنفيذ

المحاكمة هي المرحلة الحاسمة في الدعوى الجنائية حيث يستهدف أجرائها تمحيص الأدلة التي جمعت من قبل في مرحلة التحقيق الابتدائي والاستدلال بغية الوصول للحقيقة الواقعية والقانونية تؤطئة للفصل في الواقعة بالبراءة أو الإدانة [4].ويلاحظ أن الدول التي خصصت محاكم لنظر قضايا الأحداث هي الأقرب مايكون لما توصى به الاتفاقيات والمواثيق الدولية في شأن قضايا الأحداث والتي أكدت في مجملها على ضرورة أن تنشأ محاكم خاصة بالأحداث لتوفير اكبر قدر من الضمانات لهم .من ذلك ما نصت عليه المادة(40. ف2.ب-3) من **اتفاقية حقوق الطفل [5].** من ضرورة توافر جملة من الضمانات للأحداث منها قيام سلطة أو هيئة قضائية مختصة ومستقلة ونزيهة بالفصل في دعاوى الأحداث .

علية سوف يتم تقسيم هذا المطلب على النحو التالي :-

1 - د . عبد الرحمن محمد على ابوتوته –المرجع السابق –ص 253.

2 - مجموعة التشريعات الجنائية – قانون الإجراءات الجنائية الليبي- وزارة العدل – سنة 1953.

3 - قواعد الأمم المتحدة الدنيا النموذجية لإدارة شؤون الأحداث(قواعد بكين) المرجع السابق.

4 - د . عبد الرحمن محمد على ابوتوته –المرجع السابق –ص 257.

5 - اتفاقية حقوق الطفل –صدرت بموجب قرار الجمعية العامة رقم 25/44 من 1989/11/20م.

الفرع الأول :- المحاكمة .

1- تشكيل محكمة الأحداث :

نلاحظ أن المشرع الليبي لم يخص الأحداث بمحاكم خاصة إلا أنه عقد الاختصاص في نظر قضاياهم لمحكمة خاصة تسمى محكمة الأحداث تشكل في دائرة كل محكمة جزئية من قاضٍ يندب لها(م.316.أ.ج.ل)وتضطلع هذه المحكمة باتخاذ التدابير الوقائية بشأن الأحداث كما تحاكم الصغير الذي أتم الرابعة عشر من عمره ولم يتم الثامنة عشرة سنة . أما في مواد الجنايات فتقدم القضية مباشرة إلى محكمة الأحداث بمعرفة النيابة العامة أو قاضى التحقيق .اما في مواد الجنح والمخالفات فتكون محكمة الأحداث هي المختصة بنظر الدعوى بالنسبة لجميع المتهمين،ولما كان الغرض من إنشاء محاكم خاصة بالأحداث هو العمل على تهذيبهم وتقويمهم وحمايتهم [1].

فقد راعت بعض التشريعات المعاصرة فيمن يعين بها أن يكون خبير بشؤون الأحداث في حين انفردت تشريعات أخرى بتحديد جهات خاصة تتولى قضاء الحكم في قضايا الأحداث كما هو الحال في التشريع التونسي ،حيث صدرت مجلة حماية الطفل ثلاث جهات تتولى قضاء الحكم .وهى قاضى الأسرة والذي استندت إليه مهمة النظر في وضعية الطفل المهدد.، وقاضى الطفل الذي يختص بالنظر في مواد المخالفات والجنح، ومحكمة الأطفال وتختص بالنظر في مواد الجنايات خمسة أعضاء [2].هذا واستجابة لما تقضى به قواعد بكين ((من انه يولى نظام الأحداث الاهتمام برفاه الحدث ويكفل أن يكون ردود الفعل تجاه المجرمين الأحداث متناسبة دائماً مع ظروف المجرم والجرم معاً))م.1/5.بكين[3]. ولذلك نأمل من المشرع الليبي أن يعيد النظر في الإجراءات المتبعة بشأن محاكمة الأحداث وذلك بإنشاء هيئات أو مجالس محلية مكونة من ذوى الخبرة في المسائل المتعلقة بجناح الأحداث وانحرافهم .

2- الإجراءات المتبعة أمام محكمة الأحداث:

يتبع أمام محكمة الأحداث في جميع الأحوال الإجراءات المقررة في مواد الجنح حتى ولو كانت الواقعة جناية مالم يوجد نص يخالف ذلك.

---

1 - مجموعة التشريعات الجنائية – قانون الإجراءات الجنائية الليبي- المرجع السابق

2 - د .محمود سليمان موسى –المرجع السابق –ص 415.

3 - قواعد الأمم المتحدة الدنيا النموذجية لإدارة شؤون الأحداث(قواعد بكين) المرجع السابق.

كما نصت المادة (319.أ.ج.ل) . على وجوب التحري عن أحوال الصغير قبل الحكم عليه وإذا أغفلت المحكمة ذلك كأن حكماً باطلاً [(1)].

من جانب أخرى لم يجز المشرع الليبي للمحكمة المختصة بالنظر في قضايا الأحداث أن تنظر في مسائل التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية المترتبة على الجريمة،وهذا مأوصت به القاعدة(1/20.بكين) والتي نصت على << ضرورة السرعة في نظر قضايا الأحداث دون اى تأخير غير ضروري>>[(2)]. وقد أوجبت المادة(321.أ.ج.ل) في مواد الجنايات أن يكون للمتهم محامى يدافع عنه[(3)] .

وهذا ماجاءت به القاعدة (1/15.بكين) من ضرورة الاستعانة بمحام يمثل الحدث طوال سير الإجراءات القضائية ، وتعقد المحكمة جلساتها في غرفة المشورة ولا يجوز أن يحضر المحاكمة سوى أقارب المتهم ومندوبي وزارة العدل والجمعيات الخيرية.

ونصت على ذلك القاعدة (2/15.بكين) <<على انه للولي والوالدين حق الاشتراك في الإجراءات وللسلطة المختصة أن تطلب حضورهم لصالح الحدث ولها كذلك أن تستبعدهم أذا رأت أن مصلحة الحدث تستدعى ذلك>>.

وللمحكمة أن تسمع الشهود في غير مواجهة المتهم ويجب أن يكون النطق بالحكم في جلسة علنية،حيث نلاحظ من ذلك إن المشرع الليبي لم يراعى حماية خصوصيات الحدث في هذه الناحية خاصة وأن النطق بالحكم في جلسة علنية من شأنه التشهير بالحدث وهذا له سلبياته تجاه الحدث ، ولذلك نأمل من المشرع الليبي أن يأخذ في اعتباره هذا الأمر وخاصة أن اتفاقية بكين نصت عليه في المادة (2/1/8.بكين) على انه << 1- يحترم حق الحدث في حماية خصوصياته في جميع المراحل تفادياً لأي ضرر قد يناله من جراء دعاية لا لزوم لها أو بسبب الأوصاف الجنائية .2- لايجوز من حيث المبداء نشر أية معلومات يمكن أن تؤدى إلى التعرف على هوية المجرم الحدث.>> [(4)].

الفرع الثاني :- الـــتــنـــفـــيــذ :

على صعيد التنفيذ يشرف قاضى محكمة الأحداث على تنفيذ الأحكام الصادرة على المتهمين الصغار في دائرة محكمته وكذلك الأوامر الصادرة

[1] - مجموعة التشريعات الجنائية –قانون الإجراءات الجنائية الليبي- المرجع السابق.
[2] - قواعد الأمم المتحدة الدنيا النموذجية لإدارة شؤون الأحداث(قواعد بكين) المرجع السابق.
[3] - مجموعة التشريعات الجنائية –قانون الإجراءات الجنائية الليبي- المرجع السابق .
[4] - قواعد الأمم المتحدة الدنيا النموذجية لإدارة شؤون الأحداث(قواعد بكين) المرجع السابق.

باتخاذ التدابير الوقائية بشأنهم (م.328.أ.ج.ل)[1]. مع مراعاة عدم تعرض الحدث للإكراه البدني أثناء التنفيذ مالم يبلغ من العمر خمسة عشر سنة وقت ارتكاب الجريمة. وورد ذلك أيضاً في المادة (37/ف أ) من اتفاقية حقوق الطفل على انه << لايعرض اى طفل للتعذيب أو لغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللا إنسانية المهينة>>[2] .ولذلك سنسلط الضوء على أساليب التنفيذ التي اقرها المشرع الليبي داخل مؤسسات الإصلاح والتأهيل سواء من حيث الأماكن المخصصة لهذا الغرض أو فيما يخص الأساليب والقواعد المتبعة في التنفيذ، وذلك على النحو التالي :-

1- أساليب التنفيذ داخل مؤسسات الإصلاح والتأهيل :

للتنفيذ داخل مؤسسات الإصلاح والتأهيل أهمية كبيره تبدوا في أن التنفيذ يعد نهاية المطاف فيما يتخذ حيال الحدث الجانح من إجراءات ، ولها الأثر الكبير على نفسية الحدث إذا لم تراعى الضمانات اللازمة للحدث في هذه المرحلة.

حيث نصت علية (م.19.بكين)<<على انه عدم اللجوء لإيداع الحدث في مؤسسة إصلاحية إلا كملاذ أخير ولأقصر مده ممكنه تقتضيها الضرورة.>> [3].

كما ينبغي أن تكون المؤسسات التي يودع بها الأحداث الجانحون مفتوحة وان تكون في نظامها اشد قرب للمرافق التربوية أو التعليمة أو الإصلاحية بعيد عن طابع السجن[4].

2- الإيواء في دور تربية وتوجيه الأحداث:

أن الشروط الخاصة بإيداع الأحداث في دور تربية وتوجيه الأحداث والإيواء كتدبير وقائي لايجوز إليه في القانون الليبي كتدبير وقائي إلا كملاذ أخير وفى أحوال محددة

هي:- أ.إذا ارتكب الصغير الذي تقل سنه عن أربع عشره سنه فعلاً ينص القانون على اعتباره جناية أو جنحه عمديه وكان الصغير خطراً،وجب على القاضي أن يأمر بإيوائه في أحدى دور تربية وتوجيه الأحداث.

ب. إذا ضبط الحدث في أحدى حالات التشرد المنصوص في المادة 1- من القانون الخاص بالأحداث المشردين يحكم عليه بناء على طلب النيابة العامة بتسليمه لوالديه أو لمن له حق الولاية على نفسه.

---

[1] - مجموعة التشريعات الجنائية –قانون الإجراءات الجنائية الليبي- المرجع السابق .
[2] - اتفاقية حقوق الطفل – المرجع السابق .
[3] - قواعد الأمم المتحدة الدنيا النموذجية لإدارة شؤون الأحداث(قواعد بكين) المرجع السابق .
[4] - د .حسن محمد هند-وآخرون – المرجع السابق –ص 290.

حيث أن هدف هذا الدور هو الإصلاح والتربية الروحية والاجتماعية ،وقد استجاب المشرع الليبي بذلك لما توصى به القاعدة (1/26.بكين)[1].

والتي بينت أن الهدف من تدريب وعلاج الأحداث الموضوعين في مؤسسات إصلاحية هو تزويدهم بالرعاية والحماية والتعليم والمهارات المهنية التي تساعدهم على القيام بأدوار اجتماعيه بنأه في المجتمع .وهذا ما نصت علي المادة (40.ف.1. من اتفاقية حقوق الطفل)[2].

---

1 - قواعد الأمم المتحدة الدنيا النموذجية لإدارة شؤون الأحداث(قواعد بكين) المرجع السابق .

2 - اتفاقية حقوق الطفل – المرجع السابق .

الخاتمة

أولاً :- النتائج

1- تناولت بشكلٍ مبسط ،أهم الإشكاليات التطبيقية في حماية الأحداث الجنائية ، من الناحيتين الموضوعية ،والإجرائية ، بما نادى به التنظيم الدولي لحقوق الطفل في المواثيق الدولية الصادرة عن الأمم المتحدة التي نصت على وجوب تمتع الطفل بكافة حقوقه وأن يتمتع بحماية خاصة .

2- كما تناولت حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية وموقف الفقه الجنائي الإسلامي حيال ذلك ، من قبل الولادة وبعد الولادة مثل حقه في الحضانة والعدل والرعاية والاهتمام بالوجدان ومسئولية المجتمع عن الطفولة.

3- كما أن مشكلة جنوح الأحداث ليست مرتبطة بمرحلة معينة من العمر هي مرحلة صغر السن فقط ،ذلك لأن آثارها تمتد إلى ما بعد هذه المرحلة.

4- كما نلاحظ أيضاً أن النص الجنائي الموضوعي والقاعدة الإجرائية التي تطبق على الحدث هي نفسها التي تطبق على البالغ ، وهذا الوضع مازال سائداً في بعض الدول ،كما هو الحال في قانون العقوبات الليبي الصادر من سنة 1953 إلي الآن، وهو نظام لا يواكب السياسة الجنائية الحديثة .

ثانياً :- التوصيات

1- أن هذا النظام لم يعد مقبولاً في الوقت الراهن خاصة بعد تقدم العلوم والنظريات الجنائية.

2- تكون مواجهة جنوح الأحداث من خلال نظام قانوني مستقل يتعلق بالأحداث الجانحين.

3- يجب أن يتسم هذا النظام بقواعده ومبادئه الخاصة التي تلائم طبيعة الحدث الجانح ،التي تهدف إلي إعادة بناء شخصية الحدث وتربيته وضمان تآلفه مع المجتمع الذي يعيش فيه.

4- الاتجاه نحو نظام يقوم على أسس تربوية وأخلاقية تراعي حالة الحدث وحاجته إلي الرعاية والتقويم .

5- حث المنظمات الخيرية الإنسانية على تقديم المساعدة للأطفال المعرضين للعنف في حالات النزاع المسلح .

والكمال لله سبحانه وتعالى وحده ، وما توفيقي إلا بالله العلى العظيم

قائمة المراجع

أولاً : الكتب :

1- د.حمدي رجب عطية – الإجراءات الجنائية بشأن الأحداث في التشريعيين الليبي والمصري- الناشر دار النهضة العربية 1999-.
2- د.حسن محمد هند وآخرون – النظام القانوني لحقوق الطفل – دار الكتب القانونية مصر-2007.
3- د.محمود سليمان موسى – قانون الطفولة الجانحة والمعاملة الجنائية للأحداث دراسة مقارنة- منشاة المعارف بالإسكندرية.2006 .
4- عبد السلام محمد الشريف – المبادئ الشرعية في أحكام العقوبات في الفقه الإسلامي – دار الغرب الإسلامي، بيروت – ب ط – سنة 1985.
5- د.عبد الرحمن محمد علي ابوتوته.الأحداث الجانحون.دار المحيط العربي بيروت .ط1 .س 1998 .

ثانياً : المجلات العلمية :

1- د. رائف محمد عبد العزيز النعيم (تعدد العقوبات بتعدد الجرائم – المفهوم والنظرية والتطبيق) –المجلة الأسمرية – ليبيا- العدد 8 – السنة الرابعة – عام 2007 ف.

ثالثاً :مجموعة التشريعات الجنائية :

1- مجموعة التشريعات الجنائية – قانون العقوبات الليبي – وزارة العدل – 1953 .
2- مجموعة التشريعات الجنائية – قانون الإجراءات الجنائية الليبي- وزارة العدل – سنة 1953 .

رابعاً : الاتفاقيات الدولية :

1- قواعد الأمم المتحدة الدنيا النموذجية لإدارة شؤون الأحداث(قواعد بكين) 1985 .
2- اتفاقية حقوق الطفل – صدرت بموجب قرار الجمعية العامة رقم 25/44 من 1989/11/20م .

تنظيم الدساتير للحق في البيئة السليمة (دراسة مقارنة)

إعـــــــــــــــداد

أ. محمـــــود حمــــــد بوعيـــــــــاد

محاضر بكلية القانون جامعة عمر المختار

رئيــــــــــــــس قـــــــــسم القـــــانون العام

ملخص البحث Résumé

دسترة حق الإنسان في بيئة سليمة، من خلال إدخاله في صلب الدستور تؤدي إلى رفع مكانته القانونية؛ وذلك تبعا لمبدأ سمو الدستور وعلوه على باقي القواعد القانونية في الدولة.

وهذا التكريس الدستوري " الدسترة " للحق في البيئة السليمة قد يتخذ الشكل الصريح كما فعلت دساتير بعض الدول، أو عن طريق التعديل الدستوري اللاحق عندما يغفل المشرع الدستوري عن النص على هذا الحق عند صياغة نصوص الدستور.

والصورة الأخرى هى حالة عدم النص على حماية حق الإنسان في بيئة سليمة؛ وإنما يُستنبط ذلك من الارادة الضمنية للمشرع الدستوري من روح النص على الحقوق الاقتصادية والاجتماعية.

Résumé

La constitutionnalisation du droit de l'homme à l'environnement sain à partir d'en insère dans la constitution conduit à élever son statut juridique, selon le principe de la suprématie de la constitution, Et elle élève sur le reste des règles juridiques de l'état, Cet consécration constitutionnelle du droit de l'homme à l'environnement sain peut pendre une forme explicite que certaines constitutions par un amendent constitutionnel ultérieur. Lorsque le constituent omet la disposition de ce droit lors de la rédaction de la constitution.

L'autre cas c'est le manquement de la protection du droit à un environnement sain, il découle de la volonté implicite du constituent dans l'esprit des textes à des droits économiques et sociaux.

مقدمـــــــــة :

إن دسترة[1] حق الإنسان في بيئة سليمة يعني ارتقاء هذا الحق إلى مرتبة الحقوق الأساسية المكفولة بموجب نصوص الدستور؛ وبهذا يصبح للحق في البيئة أساس دستوري مستقل ومتميز، وبالبحث عن الأساس الدستوري للحق في البيئة السليمة نجده في تبن الوثائق الدستورية له، فالحق في البيئة السليمة من الحقوق الدستورية إقراراً و نصاً، فلا يحتاج لمحض اعتراف أو اجتهاد، وهو من الحقوق المعترف بها في الأنظمة الدستورية المعاصرة، وبما استقر في الضمير القانوني والدستوري [2].

ولعل دسترة الحق في البيئة السليمة، من خلال إدراجه في صلب الدستور تؤدي إلى رفع مكانته القانونية؛ تبعا لمبدأ سمو الدستور وعلوه في الهرم التسلسلي للنصوص القانونية، كما أن القيمة الدستورية تلقي على الدولة جملة من الالتزامات والواجبات الرامية لضمان هذا الحق[3].

إشكالية البحث :

يطرح حق الإنسان في بيئة سليمة إشكالا حول مدى تكريسه في الأنظمة الدستورية المقارنة، هل هو نوع من التطور أم ضرورة معيشية فرضها الواقع ؟ وما هى حدود الحماية الدستورية التي يحظى بها الحق في البيئة السليمة ؟ كيف تم تكريس هذا الحق على مستوى دساتير الدول ؟ وما هو الواقع الدستوري للحق في البيئة السليمة في ليبيا ؟.

أهمية البحث :

إن أهمية هذا الموضوع نابعة من حداثته فقد طُرح الحق في البيئة في قلب النقاشات الفقهيه المتعلقة بالقانون البيئي وحقوق الإنسان على المستوى الدولي

(1) الدسترة – constitutionnalisation أو الترسيخ أو التكريس ويعني التكريس الدستوري لحق من الحقوق أن يكون مضموما إلى سائر الحقوق الأخرى المنصوص عليها في الدستور، التي تضمنها الوثيقة الدستورية التي كتبت فيها تلك الحقوق وفقاً للمعيار الشكلي الذي يقصر القواعد الدستورية على تلك التي وردت في الدستور دون غيره.

(2) أسامة أحمد عبد المنعم، الحماية الدستورية للحق في بيئة آمنة، بحث غير منشور، ص 16.

(3) ليلى اليعقوبي، الحق في بيئة سليمة، مجلة جيل حقوق الإنسان، مركز جيل البحث العلمي، العدد 2، يونيو 2013.

خلال العقد الأخير، وقد انتقلت هذه النقاشات مؤخراً لتُطرح على مستوى القانون الوطني وبالأخص القانون الأساسي.

كما أن أهمية هذا الموضوع تبرز في تحديد أهم حقوق الإنسان غير الواضحة أو الغامضة، ألا وهى حق الإنسان في بيئة سليمة، وتوضيح مدى حمايته في الأنظمة الدستورية المقارنة.

كما أن طرح هذا الموضوع يعتبر مساهمة متواضعة جداً للفت أنظار الباحثين في مجال القانون وخاصة المهتمين بشـأن البيئي من البحاث الليبيين.

منهجية البحث :

يعتمد هذا البحث على المنهج المقارن، بين الأنظمة الدستورية المختلفة للوصول للوصول لنقاط القوة والضعف في كل نظام حول هذا الموضوع، كما يعتمد هذا البحث على المنهج التحليلي، وذلك من أجل فهم صحيح للأنظمة الدستورية محل الدراسة.

خطة البحث :

جاء هذا البحث في مقدمة ومبحثان، وتم تقسيمهما على النحو الآتي :

المبحث الأول : الحماية الدستورية المباشرة للحق في البيئة السليمة

المطلب الأول : أسلوب النص الصريح على الحق في البيئة السليمة

المطلب الثاني : أسلوب التعديل الدستوري

المبحث الثاني : الحماية الدستورية غير المباشرة للحق في البيئة

المطلب الأول : الحماية الدستورية " الضمنية " للحق في البيئة

المطلب الثاني : الوضع في ليبيا

المبحث الأول

الحماية الدستورية المباشرة للحق في البيئة السليمة

تبنت بعض الدول أسلوب النص المباشر أو الصريح عل حق الإنسان في بيئة سليمة من خلال النص عليه صراحة في صلب دساتيرها، وتبنى البعض الآخر أسلوب التعديل الدستوري للنص على هذا الحق.

المطلب الأول

أسلوب النص الصريح على الحق في البيئة السليمة

حرص المشرع الدستوري في كثير من المواثيق الدستورية على تأكيد حق الإنسان في بيئة سليمة بالنص عليه صراحة، بل أن بعض الدساتير أقرت بأن حماية البيئة ليست حقا فحسب؛ بل هى واجب أيضاً يقع على عاتق الدولة نحو حماية البيئة وتحسينها.

فمن الدساتير التي أوردت النصوص المتعلقة بحق الإنسان في بيئة سليمة بشكل تفصيلي ومحدد " الدستور البرازيلي " وذلك نتيجة للوعي البيئي الذي كان مدفوعا من قبل المجتمع المدني وكذلك أثارة قضية البيئة من قبل المسؤولين لتظهر بذلك في دستور عام 1988 م[1] ، في العديد من العناوين والفصول خاصة تلك التي تتعلق بالنظام الاجتماعي في الفصل السادس من خلال نص المادة 225 والتي نصت على أن " للجميع الحق في بيئة متوازنة، الأمر الذي يمثل نفعاً عاماً يستخدمه الناس وله أهمية لحياة صحية، وعلى الحكومة والمجتمع واجب الدفاع عن البيئة والمحافظة عليها للأجيال الحاضرة والمستقبلية ". ولضمان فاعلية هذا الحق، من مسؤولية الحكومة القيام بما يأتي :

1- المحافظة على العمليات البيئية الرئيسية، وتوفير الإدارة البيئية للأصناف والأنظمة البيئية.

2- المحافظة على تنوع وسلامة الموارد الوراثية في البلاد، والإشراف على المؤسسات المخصصة للأبحاث، والإستفادة من الموارد الوراثية.

3- التعريف في جميع وحدات البلاد بالمناطق الجغرافية ومكوناتها التي ينبغي حمايتها بشكل خاص؛ بحيث لايتم إجراء أي تغير إلا بالقانون.

---

(1) حفيظة شاكير، قانون البيئة، مقدمة عامة، latrach، تونس ، باللغة الفرنسية، 2014، ص40.

4- طلب دراسة مسبقة للتأثير البيئي، بموجب أحكام القانون، تنشر للجمهور عندما يُعتزم إجراء أعمل أو أنشطة يمكن أن تسبب في تدهور البيئة.

5- دعم التعليم البيئي عل جميع مستويات التدريس والتوعية العامة؛ بالحاجة إلى المحافظة على البيئة[1].

كما أن النظام الأساسي للحكم في المملكة العربية السعودية الصادر عام 1992 م [2] أشار بشكل صريح إلى الحق في البيئة، وذلك في المادة 32 من الباب الخامس المتعلق بالحقوق والواجبات والتي نصت على أن " تعمل الدولة على المحافظة على البيئة وحمايتها وتطويرها ومنع التلوث".

كذلك أشار دستور المملكة المغربية الصادر عام 2011 م [3] بشكل صريح إلى حق الإنسان في بيئة سليمة، وذلك من خلال الإشارة في المادة 19 إلى أنه " يتمتع الرجل و المرأة على قدم المساواة، بالحقوق والحريات المدنية والسياسية والاقتصادية والثقافية والبيئية ......"

والجدير بالذكر أن الدستور المغربي يعد أول دستور في العالم يتجاوز التقسيم التقليدي لأجيال حقوق الإنسان بإضافة جيل رابع يتعلق بحق الإنسان في بيئة سليمة[4].

ومن الدساتير التي جمعت بين النص على حق الإنسان في بيئة سليمة صراحةً، وواجب الافراد والدولة في حماية هذا الحق الدستور البرتغالي 1976 م والذي كرس صراحة الحق في البيئة بمجموعة هامة من الالتزامات الملقاة على الدولة والمجتمع وذلك في نص المادة 66 والتي جاءت تحت عنوان " البيئة ونوعية الحياة "[5]

---

(1) المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات : تحديث مشروع الدساتير المقارنة : دستور البرازيل الصادر عام 1988 م شاملاً تعديلاته حتى عام 2014 م .
https://www.constituteproject.org/constitution/Brazil_2014.pdf?lang=ar.

(2) الموقع الرسمي الإلكتروني لمجلس الشوري السعودي في المملكة العربية السعودية.

(3) سلسلة الوثائق القانونية المغربية، دستور المملكة المغربية الصادر عام 2011 م.

(4) أنظر في هذا الصدد : عبد الكبير يحيا، التأطير الدستوري للبيئة في القانون المغربي المقارن، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 3، يوليو 2010 م.

(5) نسرين شايب، دسترة الحق في البيئة، رسالة ماجستير، غير منشورة، كلية الحقوق جامعة سطيف 2، الجزائر، 2017 م ، ص 59.

المطلب الثاني

أسلوب التعديل الدستوري

قد يغفل المشرع الدستوري في كثير من الوثائق الدستورية عن النص صراحة على حق الإنسان في بيئة سليمة؛ لكنه قد يتدارك ذلك من خلال النص عليه لاحقاً، وذلك بموجب إجراء تعديل للدستور.

ونشير هنا إلى أن المشرع الدستوري المصري لم يعترف في الدستور الصادر عام 1971 م بحق الإنسان في بيئة سليمة؛ إلا أن التعديل الدستوري الذي أجري عام 2007 م بتكريس التزام الدولة بحماية البيئة تحت مظلة الواجب الوطني، دون أن يعترف بالحق الإنساني في العيش في بيئة ملائمة وصحية، فكانت تلك المادة[1] تنص قبل التعديل على أن " حماية الكاسب الاشتراكية ودعمها والحفاظ عليها واجب وطني " وأصبحت بعد هذا التعديل تنص على أن " حماية البيئة واجب وطني، وينظم القانون التدابير اللازمة للحفاظ على البيئة الصالحة ".

إذ أنه وبعد هذا التعديل الذي أُجري على الدستور المصري، أصبحت البيئة لها أطار دستوري يُوجب حمايتها كالالتزام وطني[2].

أما الدستور المصري الصادر عام 2012 م[3]، فقد أشار صراحة إلى حق الإنسان في بيئة سليمة، وذلك في الفصل الثالث المعنون الحقوق الاقتصادية والاجتماعية في المادة 63 منه والتي نصت على أن " لكل شخص الحق في بيئة صحية سليمة، وتلتزم الدولة بصون البيئة وحمايتها من التلوث، واستخدام الموارد الطبيعية بما يكفل عدم الإضرار بالبيئة، والحفاظ على حقوق الأجيال فيها " ويعتبر هذا النص تطوراً ملحوظاً يحسب للمشرع الدستوري المصري حين كفل مبدأ التنمية المستدامة وأشار إلى حق الأجيال المقبلة في بيئة سليمة.

والجدير بالذكر أن الدستور المصري الصادر عام 2014 م جاء بخطوة غامضة نوعاً ما؛ فقد قام باستبدال النص الصريح بحق الإنسان في بيئة سليمة المنصوص عليها في دستور عام 2012 م بنص المادة 79 التي نصت على أن " لكل مواطن الحق في غذاء صحي وكافٍ، وماء نظيف، وتلتزم الدولة بتأمين الموارد الغذائية للمواطنين كافة............" الأمر الذي يثير التعجب حول ما إذا كانت رؤية

---

(1) المادة 59 من دستور مصر عام 1971 م الملغي.

(2) أميرة عبدالله بدر، الأساس الدستوري لالتزام جهة الإدارة بالتدخل الوقائي لحماية البيئة، بحث غير منشور، جامعة المنصورة، مصر، ص 9-10.

(3) دستور مصر 2012 م http/egelections-2011.appspot.com/Dostour/Dostour 2012 PDF

المشرع الدستوري المصري تقصر على حق الإنسان في بيئة سليمة في إطار حقه في الغذاء فقط !!!، وننوه إلى أنه يجب ألا تقتصر الدساتير على النص على حق الإنسان في بيئة سليمة، وواجب الدولة في كفالة تلك الحماية، بل إنه من الأولى أيضاً الإشارة إلى واجب المواطنين على السواء في حماية هذا الحق؛ فهو حق وواجب على كل من يتواجد على أراضي الدولة بصفة مؤقتة، أو حتى بمرور عابر على أراضيها، أو في أجوائها أو بحارها[1]

(1) علي السيد باز، ضحايا جرائم البيئة " دراسة مقارنة في التشريعات العربية والأجنبية مع دراسة تحليلية للمصادر التشريعية لحماية البيئة بالكويت "، لجنة التأليف والتعريب والنشر، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2005 م، ص 17.

المبحث الثاني

الحماية الدستورية غير المباشرة للحق في البيئة

الصورة الأخرى من النظم الدستورية هى تلك النُظم التي لا تنص صراحة على حماية حق الإنسان في بيئة سليمة، ولذا لابد من البحث عن إرادة المشرع الدستوري الضمنية من خلال القراءة المتأنية للنصوص الدستورية ذات العلاقة بالأهداف الاجتماعية والاقتصادية للدولة من خلال عملية التفسير بكافة مناهجه[1]، وبتالي؛ فإنه يمكن التوصل إلى حق الإنسان في بيئة سليمة عن طريق استنباطها من روح النص على الحقوق الاجتماعية والاقتصادية أو المقومات الأساسية للمجتمع التي ينص عليها الدستور، ويطلق عليها "روح النص" ويؤدي روح النص إلى تحديد معناه في ضوء الغاية أو الحكمة منه؛ فالتفسير ليس فناً لغوياً محضاً؛ بل أنه عملية البحث عن مطالب الحياة العملية والحقائق الاجتماعية والنظام القانوني الذي تكونه تلك المطالب[2].

المطلب الأول

الحماية الدستورية " الضمنية" للحق في البيئة

من الدساتير التي تضمنت حماية ضمنية للحق في البيئة الدستور الفرنسي الصادر عام 1946م حيث اقتصر على الإشارة الضمنية إلى حق الإنسان في بيئة سليمة ضمن مُقدمتهِ، حيث وردت الإشارة في البند العاشر منها على أن الأمة تؤمن للفرد و الأسرة الظروف المناسبة، لتنميتهم، وتضمن لهم الأمن المعيشي، والراحة، و أوقات الفراغ، ومن ثم عدل المشرع الفرنسي عن ذلك، ونص بشكل صريح على حق الإنسان في بيئة سليمة، وذلك عن طريق إصدار ميثاق البيئة عام 2004 م وإدماجه في الدستور الفرنسي، بحيث أصبح الدستور الفرنسي يأخذ شكل الكتله الدستورية التي تشمل : نصوص دستور عام 1958 م، وإعلان حقوق الإنسان الصادر عام 1789 م، ومقدمة دستور عام 1946 م، وميثاق البيئة الصادر عام 2004 م[3].

---

(1) عيد أحمد الحسبان، النظام الدستوري للحق في البيئة في النظم الدستورية، دراسة دستورية تحليلية مقارنة، مجلة علوم الشريعة والقانون، المجلد 38، العدد 1، الأردن، 2011 م ، ص 293.

(2) دوواد عبد الرازق الباز، الأساس الدستوري لحماية البيئة من التلوث في دولة الكويت، دراسة تحليلية في إطار المفهوم القانوني للبيئة والتلوث، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2003 م، ص 75-76.

(1) ماجد راغب الحلو، قانون حماية البيئة في ضوء الشريعة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2016 م، ص 248.

وفي هذا المقام نشير إلى أن دستور المملكة الأردنية الصادر عام 1952 م يعد من ضمن الدساتير التي لا تنص صراحة على حماية حق الإنسان في بيئة سليمة، ولغايات الوصول إلى الأساس الدستوري الذي يمكن الركون إليه للقول بوجود الحماية الدستورية الضمنية للحق في البيئة، فإنه لا بد من الركون إلى التفسير كمكنة فعالة للوصول إلى إرادة المشرع الضمنية، وبالرجوع لنصوص الدستور خاصة المادة 1/13 نلاحظ أن المشرع الدستوري قد الزم الدولة بمكافحة الآفات والأمراض الوبائية للإنسان والحيوان والتي قد تعرض سلامة جميع السكان أو بعضهم للخطر، وكذلك المادة 2/23 والت أوجبت توفير الشروط والقواعد الصحية للمعامل[1]. والجدير بالذكر أن اللجنة المكلفة بمراجعة نصوص الدستور الأردني عام 2011 م قد اقترحت إضافة مادة إلى الدستور تقضي بأن " تكفل الدولة حماية البيئة " إلا أنه ومع الأسف تم إسقاطها في النسخة الأخيرة للتعديلات الدستورية؛ مما يشكل بكل المقاييس انتكاسة كبيرة للاعتراف بحق الإنسان في بيئة سليمة في المملكة الأردنية الهاشيمية[2].

المطلب الثاني

الوضع في ليبيا

لا يمكن الحديث عن أن تكريس قانوني على مستوى الدستور يضمن حماية حق الإنسان في بيئة سليمة في ليبيا، حيث لم ترد الإشارة الضمنية لحماية الحق في البيئة في دستور المملكة الليبية الصادر عام 1951 م ، ولا في التعديل الدستوري عام 1963 م، وهذا يعد بديهي باعتبار أن تلك التواريخ سابقة لعام 1972 م تاريخ إعلان ستوكهولم " نشأة القانون الدولي للبيئة " ومنذ عام 1969 م إلى عام 2011 م " نظام القذافي" لم تتبنى ليبيا إصدار وثيقة دستورية " دستوراً بالمعني الشكلي " لذلك لا يمكن الحديث عن دسترة لحق الإنسان في البيئة في ليبيا صراحةٍ أو ضمناً في تلك الفترة.

وفي عام 2014 م جاء في مسودة مقترحات لجنة صياغة الدستور النص على حماية مباشرة للبيئة حيث جاء في تلك المسودة :

(2) عيد أحمد الحسبان، مرجع سبق ذكره، ص 294.

(3) عبد الناصر زياد هياجنه، القانون البيئي، النظرية العامة للقانون البيئي مع شرح التشريعات البيئية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2014 م، ص 109.

تتخذ سلطات الدولة التدابير اللازمة لتحقيق التالي :

1- الإصحاح البيئي وتعويض الأضرار الناتجة عن التلوث من قبل المسؤولين عنه.

2- حماية الموارد الطبيعية واستغلال الثروات وفق موجبات التوازن البيئي.

3-صون الغابات وحماية الحياة البرية والتنوع البيولوجي.

4- حظر الأفعال الضارة بالبيئة، وتكون الدعاوى بشأنها دعاوى حق عام، دون رسوم قضائية[1].

ثم عدل هذا النص في مسودة مشروع الدستور عام 2018 م ليصبح نصها كالآتي :

" حماية البيئة، وسلامتها التزام على الكافة وفق ما ينظمه القانون. وتتخذ الدولة التدابير اللازمة لتنميتها وصون عناصرها، ومكوناتها من التلوث؛ وفق موجبات التوازن، والسلامة، وتحافظ على التنوع الطبيعي، والحيوي، وتكفل تعويض الأضرار الناتجة من قبل المسؤولين عنها، كما تضمن حق العيش في بيئة سليمة. وينشأ وينظم القانون صندوق الإصحاح البيئي.

وتعتبر الدعاوى القضائية بشأن سلامة البيئة دعاوى حق عام دون رسوم قضائية، ولا تسقط الجرائم الجسيمة المتعلقة بها بالتقادم[2].

ومن هذا المنبر؛ نؤكد على ضرورة اعتماد هذا النص الوارد في مسودة الدستور، وذلك لإن ايجاد دسترة بيئية فعلية من قبل الدولة عن طريق صياغة حق في بيئة سليمة للمجتمع، والاستفادة من الدروس والنتائج التي توصلت اليها الدول المكرسة لهذا الحق دستوريا، من حيث اعتمادها لجيل جديد من التشريعات والإجراءات والآليات، وكذلك تحسينها لأدائها البيئي و تفعيل الوعي والتعليم البيئي، فلأمر يقتضي التعامل بنوع من الجدية مع ضرورة تكريس الحق الدستوري في بيئة متوازنة، ونظيفة، والمحافظة على حقوق الأجيال القادمة فيها.

---

(1) مقترح لجنة صياغة الدستور الليبي – موقع اللجنة www.cdalibya.org

(1) نص المادة 18 من مشروع مسودة الدستور الليبي عام 2018 م موقع لجنة صياغة الدستور الليبي : www.cdalibya.org

الخـــــــاتـــــــمة

إن تكريس الحق في البيئة باعتباره حقاً أساسياً دستورياً هو رد فعل ايجابي للدولة على مستوى القانون الدستوري في مواجهة المجتمع، فالتكريس هو مظهر من مظاهر فكرة ملموسة متعلقة بالكرامة الإنسانية، ومن ثم إن الاعتراف بحق الانسان في بيئة سليمة وتجاوز الحماية " الضمنية " يجعل منه حقاً متميزاً في خضم تنافس الحقوق الأخرى.

التوصيات :

1- ضرورة إقرار النص الوارد في مسودة الدستور الليبيي باعتبارها نقلة نوعية لتلتحق بها ليبيا إلى مصاف الدول المكرسة لحق لإنسان في البيئة السليمة.

2- نُوصي السلطة التشريعية " البرلمان " بضرورة تسليط الضوء على حق الإنسان الليبي في البيئة المتوازنة والنظيفة، وتفعيل أدواته الرقابية بما يضمن الحماية الفاعلة لهذا الحق.

3- نوصي بتفعيل دور المحكمة العليا الليبية " الدائرة الدستورية " في مسائل البيئة؛ لارتباطها الوثيق بحقوق دستورية أخرى، والإشارة اليها في متون أحكامها.

4- تشجيع الدور العملي للجمعيات البيئية في مجال حماية وصون البيئة.

قائمة المراجع

أولاً : الكتـــــب

1- حفيظة شاكير، قانون البيئة، مقدمة عامة، latrach، تونس ، باللغة الفرنسية، 2014.

2- عبد الناصر زياد هياجنه، القانون البيئي، النظرية العامة للقانون البيئي مع شرح التشريعات البيئية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2014 م.

3- ماجد راغب الحلو، قانون حماية البيئة في ضوء الشريعة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2016 م.

ثانيا : الرسائل الأكاديمية

1- نسرين شا يب، دسترة الحق في البيئة، رسالة ما جستير، غير منشورة، كلية الحقوق جامعة سطيف 2، الجزائر، 2017 م .

ثالثا : المواقع الإلكترونية

1- موقع لجنة صياغة الدستور الليبي : www.cdalibya.org .

2- دستور مصر 2012 م -http/egelections .2011.appspot.com/Dostour/Dostour 2012 PDF

3- المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات : تحديث مشروع الدساتير المقارنة : دستور البرازيل الصادر عام 1988 م شاملاً تعديلاته حتى عام 2014 م . .https://www.constituteproject.org/constitution/Brazil_2014.pdf?lang=ar

4- سلسلة الوثائق القانونية المغربية، دستور المملكة المغربية الصادر عام 2011 م.

جامعة السيد محمد بن علي السنوسي الاسلامية

كـــــلـيــة الـشــريـعــة والـــقـــانــــون

قـــســـم الـــقـــانـــون

بحث بعنوان :

(الحبس الاحتياطي في القانون الليبي بين مشكلات ضوابطه والتعويض عن أضراره)

إعـــــداد :

أ – عبد الحميد عبد العزيز حمد بولبيض

محاضر بكلية الشريعة والقانون ـ جامعة السيد محمد بن علي السنوسي الإسلامية

ملخص البحث

يعد إجراء الحبس الاحتياطي من أخطر الإجراءات الجنائية التي تتخذ قِبل المتهم ويترتب عليه تقييد حريته لفترة قد تطول أو تقصر قبل أن يصدر حكم قضائي بإدانته يكون واجب النفاذ. وتلجأ جهة التحقيق لهذا الإجراء لعدة مبررات أهمها حماية مصلحة التحقيق والمحافظة على أمن المجتمع واستقراره.

ولما كان إجراء الحبس الاحتياطي استثنائيا وأملته الضرورة فإنه ينبغي أن يحاط بسياج من الضمانات للحد من تطبيقه بحيث لا تأمر به إلا السلطة التي خصها القانون باتخاذ مثل هذا الإجراء، وأيضا لا يتم الأمر به إلا بصدد جرائم معينة وفي مواجهة متهمين يجوز بحبسهم احتياطيا. كما ينبغي أن يقيد هذا الإجراء بمدة معينة لا يتجاوزها وذلك لكي يكون الأمر الصادر به صحيحا محققا لأهدافه محافظا على الحرية الشخصية ومانعا من انتهاكها أو التهديد بالمساس بها في أي وقت.

وقد تناولنا موضوع الحبس الاحتياطي في القانون الليبي من خلال تقسيمه إلى ثلاثة مباحث، خصصنا المبحث الأول لدراسة ماهية الحبس الاحتياطي والتمييز بينه وبين الإجراءات الأخرى الشبيهة به، وعرضنا في الثاني الشروط الموضوعية والشكلية لصحة إجراء الحبس الاحتياطي، وتناولنا في المبحث الثالث والأخير ضوابط الحبس الاحتياطي والتعويض عن أضراره.

Summary

Imprisonment is one of the most dangerous criminal procedures that are taken by the accused and which entails restricting his freedom for a period that may be longer or shorter before a judicial judgment is issued convicting him, which shall be enforceable. The investigation authority shall resort to this procedure for several reasons, the most important of which is protecting the interest of the investigation and preserving the security and stability of society.

And since the procedure of pre-trial detention is exceptional and dictated by the necessity, it should be surrounded by a fence of guarantees to limit its application so that only the authority designated by the law to take such action is ordered, and also it is only ordered in connection with certain crimes and in the face of accused persons who may be held in preventive detention. In addition, this procedure should be restricted to a specific period that he does not exceed, in order for the order issued to be true to achieve its objectives, preserving personal freedom and preventing it from violating it or threatening to violate it at any time.

We dealt with the issue of preventive detention in the Libyan law by dividing it into three sections, we devoted the first topic to studying the nature of preventive detention and distinguishing it from other similar procedures, and in the second we presented the objective and formal conditions for the correctness of the procedure of remand detention, and we discussed in the third and final topic the controls of preventive detention and compensation For his damages.

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الخلق أجمعين سيدنا وإمامنا ونبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، أما بعد....

يعد الحبس الاحتياطي إجراءاً شاذاً وخطيراً[1] وذلك لأنه يؤدي إلى سلب حرية المتهم الذي لم تثبت إدانته بعد بحكم بات في حين أن الأصل في سلب الحرية أنه جزاء جنائي لا يوقع إلا بموجب حكم قضائي واجب النفاذ. وفي كل دولة من دول العالم يتم اعتقال الأشخاص في مرحلة التحقيق الابتدائي والنهائي بشبهة أنهم ارتكبوا جريمة ما ذلك أن المصلحة العامة التي تقتضيها ضرورة هذا التحقيق وصيانة أمن المجتمع قد تتطلب المساس بحرية هؤلاء الأفراد عن طريق حبسهم احتياطيا لعدة أسابيع أو أشهر بل وحتى سنوات قبل أن تصدر المحكمة حكمها وما يترتب على ذلك من أذى بليغ للمشتبه فيهم ناتج عن انفصالهم عن أسرهم وذويهم، ناهيك عن المساس بسمعتهم وشرفهم ومركزهم الاجتماعي والوظيفي.

أهمية البحث :

يمثل موضوع الحبس الاحتياطي أهمية بالغة بالنسبة للمشتغلين بالحقوق والحريات العامة والتي زاد التطاول عليها يماً بعد آخر، هذه الحرية التي كفلت كافة الدساتير[2] والقوانين على حمايتها وعدم جواز المساس بها دون مسوغ قانوني. أما اليوم وقد نمى الوعي لدى الشعوب التي نهضت واستشعرت حقوقها ضد استبداد وعسف الحكام، ونظراً لأهمية هذه المرحلة التاريخية للتغيير السياسي والقانوني في ليبيا فلابد من أن تنشأ الدولة القانونية التي تحدد الحقوق والواجبات للجميع ومن أهم هذه الحقوق الحفاظ على كرامة الأفراد وحرياتهم الشخصية من التقييد والمصادرة ولو لوقت قصير من دون مبرر أو سند قانوني .

كما تظهر أهمية هذا الموضوع في أن إجراء الحبس الاحتياطي يتعارض مع مبدأ "قرينة البراءة" والتي يفترض معها أن كل متهم بريء حتى تثبت إدانته بحكم قضائي، ذلك أنه يمثل نقطة نزاع بين مصلحتين شرعيتين متعارضتين[3] مصلحة عامة تهدف للكشف عن شخص مرتكب الجريمة وحق الدولة في توقيع العقاب عليه، ومصلحة خاصة غرضها حماية الحقوق والحريات للأفراد.

تساؤلات البحث :

([1]) الدكتور: رءوف عبيد، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، الطبعة العاشرة، مطبعة الاستقلال الكبرى، القاهرة، 1974، ص446.

([2]) المادة (7) من الإعلان الدستوري الليبي الصادر سنة 2011، المادة (4) من الدستور المصري، المادة (66) من الدستور الفرنسي، المادة (17) من الدستور الإسباني، المادة (7-8) الدستور الكندي، المادة (9) من الدستور المغربي، المادة (12) من دستور جمهورية جنوب أفريقيا.

([3]) د.محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987، رقم 727، ص700.

جاءت هذه الدراسة لتسلط الضوء على موضوع الحبس الاحتياطي وسوف نحاول من خلالها أن نجيب على مجموعة من التساؤلات أهمها :

ـ ما مدى لجوء جهات التحقيق المختلفة إلى اتخاذ إجراء الحبس الاحتياطي ضد المتهمين، وما هي مبرراته ؟ وهل هناك إجراءات جنائية أخري قد تأمر بها سلطة التحقيق قِبل المتهم وتتشابه مع الحبس الاحتياطي في كونها تسلب حرية الفرد وتقيد حركته أم لا ؟

ـ ما هي الشروط التي وضعها المشرع الإجرائي الليبي والتي يجب توافرها قبل أن تأمر سلطة التحقيق بهذا الإجراء وبما لاتتجاوز به مصلحة التحقيق ؟

ـ هل لإجراء الحبس الاحتياطي مدة محددة قانوناً بحيث يتوجب ـ بعد إنتهائها ـ الإفراج عن المتهم المحبوس فوراً أم أنه غير محدد المدة ؟ وهل يقع على عاتق الدولة مسئولية دفع التعويض المادي والمعنوي لجبر الضرر عن مدة الحبس الاحتياطي المجاوز للمدة القانونية، أو الذي يعقب الإفراج بعد ثبوت البراءة، أم أنها تكتفي بالإفراج عن المتهم فقط ؟

خطة البحث :

في ضوء ما سبق طرحة من تساؤلات سوف نقوم بتقسيم موضوع دراستنا إلى ثلاثة مباحث رئيسية علي النحو التالي :

ـ المبحث الأول: ماهية الحبس الاحتياطي.

ـ المبحث الثاني: شروط الحبس الاحتياطي.

ـ المبحث الثالث: ضوابط الحبس الاحتياطي والتعويض عن أضراره.

المبحث الأول
ماهية الحبس الاحتياطي

تمهيد وتقسيم:

يمثل الحبس الاحتياطي أقصى أوامر التحقيق وأشدها وطأة على حرية الأفراد، وهو بهذا المعنى ضرورة ينبغي أن تقدر بقدرها. ولكن ما هو المدلول الدقيق للحبس الاحتياطي، وما هي مبرراته، وهل هناك إجراءات أخرى شبيهة به وتمثل معه قيداً على الحرية الشخصية للأفراد أو لا. هذا ما سوف نوضحه في مطلبين اثنين نخصص الأول لتعريف الحبس الاحتياطي وبيان مبرراته، ونتناول في المطلب الثاني التمييز بينه وبين الإجراءات الأخرى الشبيهة به.

المطلب الأول
تعريف الحبس الاحتياطي ومبرراته

تقسيم:

لتحديد المدلول الدقيق للحبس الاحتياطي ينبغي أن نوضح تعريفاته المختلفة أولا، ثم نقف على مبررات اتخاذ هذا الإجراء وذلك في فرعين اثنين كالتالي:

الفرع الأول: تعريف الحبس الاحتياطي:

أولا: تعريف الحبس الاحتياطي في اللغة: الحبس اسم مشتق من emprisonner، عن اللاتينية pren(n)sio مع ابتداء مصاغ من جديد انطلاقا من pris.

وفي معنى عام هو اعتقال فرد في مؤسسة إصلاحية[1].

وجاء في لسان العرب حَبَسَه يَحْبِسُه حَبْسًا: أمسكه عن وجهه. والحبس ضد التخليه، وتحبّس على كذا أي حبس نفسه على ذلك.

وقيل احِتِباسُك إياه اختصاصك نفسك به، تقول: احتبست الشيء إذًا اختصصته لنفسك خاصة.

وفي الحديث: ذلك حبيس في سبيل الله، أي موقوف على الغزاة يركبونه في الجهاد[2].

كما قيل أيضا : الحبس خشبة أو حجارة توضع في مجرى الماء لتحبسه كي يشرب الناس ويسقوا مواشيهم[3].

([1]) جيرار كورنو، معجم المصطلحات القانونية، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 1998، ص660.

([2]) لسان العرب لابن منظور، الجزء الثاني، باب الحاء، دار الحديث للنشر والتوزيع، القاهرة، 2003، ص 294-295.

([3]) جبران مسعود، معجم الرائد، دار العلم للملايين، بيروت 1965، ص547.

ثانيا: الحبس في الاصطلاح: يمكن القول بأن أغلب التشريعات الإجرائية في الدول المختلفة – بما فيها التشريع الليبي – لم تتضمن تعريفا محدّدا للحبس الاحتياطي، وإن اختلفت فيما بينها من حيث الضمانات التي يتمتع بها المتهم الخاضع لهذا الإجراء، وهذا يظهر بوضوح في نص المادة (115) من قانون الإجراءات الجنائية الليبي، وكذلك المادة (134) من قانون الإجراءات الجنائية المصري، والمادة (137) من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي.

وعلى الرغم من عدم ورود تعريف صريح وواضح وجامع للحبس الاحتياطي في غالبية التشريعات الإجرائية الجنائية – إن لم يكن جميعها – إلا أنه مطبق ويجري العمل به في جميع الدول، وإن كان بعض تشريعات هذه الدول قد اكتفى بوصفه بالطابع الاستثنائي[1].

ثالثا: تعريف الحبس في الفقه: لقد اختلفت التعريفات الفقهية للحبس الاحتياطي تبعا لاختلاف وجهات النظر حوله، حيث عرفه البعض[2] بأنه أحد إجراءات التحقيق الابتدائي القانونية اقتضتها مصلحة التحقيق التي تفوق في قيمتها مصلحة المتهم الخاصة.

كما عرفه آخرون[3] بأنه إجراء أجازه المشرع للمحقق في التحقيق الابتدائي والنهائي ويقتضي سلب حرية المتهم بصفة مؤقتة ولمدة معينة من الزمن وإبعاده عن المجتمع الخارجي لضرورات تقتضيها مصلحة التحقيق.

وقد عرف الأستاذ الدكتور عوض محمد عوض الحبس الاحتياطي بأنه أحد الإجراءات الآمنة التي يلجأ إليها المحقق للمحافظة على سلامة المتهم نفسه أو سلامة غيره، حتى لا يبطش به المجني عليه أو أهله أو لا يبطش هو بأحدهم[4].

ويرى البعض[5] – وبحق – أن التعريفات الفقهية للحبس الاحتياطي لم تكن جامعة وقد أغفلت ذكر جوانب مهمة كالسلطة المخولة بإصدار أمر الحبس الاحتياطي، ناهيك عن أنها جعلت مدة الحبس خاضعة لمقتضيات مصلحة التحقيق ولكن الصحيح أن هذه المدة خاضعة من حيث تحديدها وضبط الحد الأقصى لها للقانون.

إذن يمكن القول بأن الحبس الاحتياطي – وفق التعريفات السابقة — يعد إجراءً من الإجراءات التي تمس بحرية الفرد الشخصية ويتضمن حرمانه من

([1]) د.أحمد محمد أبو مصطفى، الحبس الاحتياطي وفقا لأحدث التعديلات، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق- جامعة الاسكندرية، عدد خاص 2010، ص790.

([2]) د.أمين مصطفى محمد، قانون الإجراءات الجنائية، الجزء الثاني، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2012، ص81. د.حسين حموده المهدوي، الاختصاص الجنائي للرقابة الإدارية، مطابع الثورة، بنغازي، 1981، ص139.

([3]) د.عبد الرءوف مهدي، شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية القاهرة، 2000، ص 369. د.مأمون محمد سلامة، قانون الإجراءات الجناية معلقا عليه بالفقه وأحكام النقض، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، بدون ناشر، 2009، ص504.

([4]) د.عوض محمد عوض، قانون الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2008، رقم 299، ص363.

([5]) حسن سالم عبد الرحمن الحضيري، الضوابط القانونية للحبس الاحتياطي في التشريع الليبي، رسالة ماجستير، جامعة الاسكندرية، 2014، ص12.

التمتع بهذه الحرية لفترة من الزمن قد تطول أو تقصر لضرورة مصلحة التحقيق، ويمكن ذلك بناء على أمر صادر من السلطة المختصة وفقًا لأحكام القانون.

الفرع الثاني: مبررات الحبس الاحتياطي:

تباينت التشريعات الإجرائية الجنائية في الدول المختلفة ــ ومن ورائها الفقه ــ حول تحديد مبررات الحبس الاحتياطي والحكمة من اتخاذ هذا الإجراء، ولكن يمكن القول بأن إجراء الحبس الاحتياطي يستند على جملة مبررات أهمها:

1- حماية مصلحة التحقيق: حيث يضمن الحبس الاحتياطي سلامة التحقيق الابتدائي من خلال وضع المتهم تحت تصرف المحقق حتى يتمكن من استجوابه ومواجهته بالأدلة في أي وقت يشاء. وعليه فيجب أن يتحدد هذا الإجراء بحدود المصلحة التي شرع لها دون إفراط أو تفريط من جانب سلطة التحقيق إلا إذا كان فيه مصلحة التحقيق وسرعة الوصول للحقيقة[1].

2- المحافظة على أدلة الجريمة: إذ قد يترتب على إطلاق سراح المتهم أن يعمد إلى إخفاء أدلة الجريمة المنسوبة إليه أو العبث بها أو طمس معالمها. كما أنه قد يؤثر على شهود الإثبات، أو يهدد المجني عليه مما يعيق سير إجراءات التحقيق وما يترتب على ذلك من عدم معرفة الحقيقة وتحقيق العدالة[2].

3- يضمن تنفيذ العقوبة المحكوم بها: ذلك أن خشية المتهم من صدور حكم بالإدانة ضده قد يجعله يفكر بالهرب إذا ما أطلق سراحه، خاصة إذا كان يتوقع بأن العقوبة التي ستفرض عليه سوف تكون قاسية.

4- يعد من ضمن إجراءات الأمن: حيث يهدف إلى حماية مصالح المجتمع، بل وحماية للمتهم نفسه من الاعتداء عليه. كما أن فيه إرضاءً ولو جزئيا لشعور المجني عليه مما يخفف حدة غضبه[3].

5- إذا لم يكن للمتهم محل إقامة ثابت ومعروف في ليبيا وكانت الجريمة جنحة معاقبا عليها بالحبس فهنا يجوز دائما حبس المتهم احتياطيا طالما كانت جريمته جنحة ـ ومن باب أولى إذا كانت جناية ـ أيًّا ما كانت العقوبة المحكوم بها ولو بالحبس لمدة أقل من سنة طالما ليس له محل إقامة ثابت ومعروف في ليبيا[4].

المطلب الثاني

تمييز الحبس الاحتياطي من بعض الإجراءات الشبيهة به

تقسيم:

([1]) د.مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، منشورات المكتبة الجامعية، الزاوية، 2000، ص57.

([2]) د.أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، الطبعة السابعة، دار الطباعة الحديثة، القاهرة، ص596. وأيضا الدكتور: عبدالفتاح الصيفي، تأصيل الإجراءات الجنائية، دار الهدى للمطبوعات، الاسكندرية، 2004، رقم 292، ص387.

([3]) د.حسن صادق الرصفاوي، الرصفاوي في أصول الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1998، ص420. وأيضا الدكتور: أحمد محمد أبو مصطفى، الحبس الاحتياطي وفقا لأحدث التعديلات، مرجع سابق، ص797.

([4]) المادة (115) من قانون الإجراءات الجنائية الليبي.

يمكن القول بأن هناك بعض الإجراءات القانونية التي تتشابه مع الحبس الاحتياطي من حيث كونها تتضمن سلب حرية الفرد وتمنعه من الحركة لفترة معينة قد تطول أو تقصر، وهذه الإجراءات بعضها قد يقوم به مأمور الضبط القضائي وبعضها الآخر تتخذه سلطة التحقيق، ومن هذه الإجراءات التحفظ على الأشخاص والقبض عليهم، وسوف نتناول التمييز بين الحبس الاحتياطي وبين هذين الإجرائين في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: الحبس الاحتياطي والتحفظ على الأشخاص:

أولا: مفهوم التحفظ: يمكن القول بأن المشرع الإجرائي الليبي لا يعرف نظام التحفظ على الأشخاص إلا في نطاق ضيق نص عليه بشكل ضمني في المادة (22) والتي بموجبها يستطيع رجل الضبط في حالة التلبس أن يمنع الحاضرين من مغادرة مكان الواقعة أو الابتعاد عنه حتى ينتهي من تحرير محضره[1].

وفي مصر نجد أن المشرع الإجرائي المصري قد خول رجل الضبط القضائي مباشرة هذا الإجراء بموجب المادة (2/35)[2] حيث نصت على أنه " في غير الأحوال البينة في المادة السابقة (حالات التلبس) إذا وجدت دلائل كافية على اتهام شخص بارتكاب جناية أو جنحة سرقة أو نصب أو......جاز لمأمور الضبط القضائي أن يتخذ الإجراءات التحفظية المناسبة...".

والواقع فإن المشرع المصري طبقا لنص المادة (2/35) السابق الإشارة إليه لم يحدد المقصود بالإجراءات التحفظية المناسبة، ومن هنا فإنه لا يمكن القول بأن هذه الإجراءات استيقافا ولا قبضا[3]، وإنما هي أقرب إلى الاستدلال منها إلى التحقيق، فهي وإن كانت تمس بحرية الأفراد في الحركة والتنقل إلا أنها لا تصل لمرتبة القبض عليهم[4].

وعليه فإنه يمكن أن يفهم من لفظ (التحفظ) الوارد في قانون الإجراءات الجنائية المصري أنه مجرد وضع شخص المتهم تحت نظر رجل الضبط القضائي إلى الوقت الذي تستغرقه عرض الأوراق على النيابة العامة بسبب وجود دلائل قوية على الاتهام لضمان عدم فرار المشتبه فيه أو العبث بأدلة الجريمة[5].

([1]) نصت المادة (22) من قانون الإجراءات الجنائية الليبي على ما يلي: "المأمور الضبط القضائي عند انتقاله في حالة التلبس بالجرائم أن يمنع الحاضرين من مبارحة محل الواقعة أو الابتعاد عنه حتى يتم تحرير المحضر، وله أن يستحضر في الحال من يمكن الحصول منه على على إيضاحات في شأن الواقعة".

([2]) قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم (150) لسنة 1950 .

([3]) د.محمد عودة ذياب الجبور، الاختصاص القضائي لمأمور الضبط، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1981، ص196-197.

([4]) د.معوض عبد التواب، الحبس الاحتياطي علما وعملا، الطبعة السادسة، مكتبة عالم الفكر والقانون للنشر، 2002، ص38. د.محمد علي سالم الحلبي، اختصاص رجال الضبط القضائي في التحري والاستدلال والتحقيق، الطبعة الأولى، جامعة الكويت، 1982، ص384.

([5]) د.محمد زكي أبو عامر، الإجراءات الجنائية، الطبعة التاسعة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2009،رقم42، ص117. د.إدريس عبدالجواد عبد الله بريك، الحبس الاحتياطي وحماية الحرية الفردية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2008، ص57.

أما المشرع الفرنسي فقد أجاز لمأموري الضبط القضائي التحفظ على الأشخاص وأطلق على هذا الإجراء تسمية (التحفظ الشرطي). كما أجاز لرجال الضبط مباشرة هذا الإجراء على المشتبه فيهم أو الشهود أو أي شخص لم يشهد الواقعة ولكن من الممكن أن تكون لديه معلومات تفيد التحقيق وامتنع عن الإدلاء بها[1].

الخلاصة:

نجد أن إجراء التحفظ على الأشخاص هو تقييد لحريتهم لفترة محدودة من الزمن بهدف تقديمه إلى السلطة المختصة بالتحقيق لإجراء اللازم بشأنه. ويمكن القول بأن هذا الإجراء لا يرتب الآثار القانونية التي يرتبها القبض في أحوال التلبس من جواز سماع أقوال المقبوض عليه أو تفتيشه. كما أن مثل هذا الإجراء لا يعطي لمأمور الضبط سلطة إكراه الشخص الخاضع لها قهرًا أو جبرًا على الالتزام بها.

ثانياً: أوجه الشبه والاختلاف بين إجراء التحفظ والحبس الاحتياطي:

1- إجراء التحفظ على الأشخاص يباشر بمعرفة رجال الضبط القضائي في حين أن الحبس الاحتياطي لا يباشر إلا بمعرفة سلطة التحقيق، أو محكمة الموضوع.

2- يتفق إجراء التحفظ على الأشخاص مع الحبس الاحتياطي في أن الغرض الأساسي لكل منهما هو ضمان عدم فرار المشتبه فيه، وأيضا المحافظة على مصلحة التحقيق من خلال منع المتهم من الوصول إلى أدلة الجريمة والعبث بها.

3- يشترك إجراء التحفظ على الأشخاص مع الحبس الاحتياطي في أن كلا منهما جائز في الجنايات، أما في الجنح فالتحفظ جائز في بعضها ومحظور فيما سواها. أما الحبس الاحتياطي فيجب أن يصدر الأمر به في جنحة معاقب عليها بالحبس مدة تزيد على ثلاثة أشهر (115 إجراءات ليبي) أو بالحبس مدة لا تقل عن سنة (134 إجراءات مصري).

4- إجراء التحفظ على الأشخاص يعد من ضمن إجراءات الاستدلال، أما الحبس الاحتياطي فهو من إجراءات التحقيق.

5- لم يحدد المشرع المصري مدة التحفظ على الأشخاص وذلك على خلاف ما قرره في مدة الحبس الاحتياطي في المادة (143) من قانون الإجراءات الجنائية.

وفي ذات السياق يرى بعض الفقه[2] ـ ونؤيده في ذلك ـ بضرورة تعديل قانون الإجراءات الجنائية الليبي بحيث يحظر على مأموري الضبط القضائي القبض في غير أحوال التلبس والاستعاضة عنه بنظام التحفظ على الأشخاص المعمول به في كثير من التشريعات ومنها التشريع المصري، وذلك لما فيه من

---

(1) د.إبراهيم حامد طنطاوي، سلطات مأمور الضبط القضائي، رسالة دكتوراه، الطبعة الثانية، 1997، ص386 وما بعدها.

(2) د.عبد الباسط جمعة المهدوي، حقوق المشتبه فيه في مرحلة جمع الاستدلالات في القانون الليبي، رسالة دكتوراه، جامعة الاسكندرية، 2011، ص151. أ. حسن سالم عبد الرحمن الحضيري، مرجع سابق، ص28.

حماية لحرية الأفراد الشخصية. إضافة إلى تلافي العيوب المترتبة على السلطة الواسعة التي يتمتع بها رجال الضبط في القبض على الأشخاص في غير حالات التلبس والتي أثبتتها التجارب العملية في كثير من الحالات.

الفرع الثاني: الحبس والقبض على الأشخاص:

أولا: مفهوم القبض: يعد القبض من أخطر الإجراءات التي تتضمن مساسا بالحرية الفردية للأشخاص، وقد حول قانون الإجراءات الجنائية الليبي رجال الضبط القضائي سلطة القبض على الأفراد في أحوال التلبس وغير أحوال التلبس متى ما توافرت ضوابطه وشروطه التي بينها في المادة (24) منه.

ويعرف بعض الفقهاء[1] القبض بالقول بأنه سلب حرية شخص لمدة قصيرة باحتجازه في المكان الذي يعده القانون لذلك.

وقد عرفته المحكمة العليا الليبية بالقول بأنه "الحجز على حرية المتهم في التجول وتقييد حركته فترة من الزمن يحددها القانون"[2].

ووفقا لما جاء في المادة (119) من قانون الإجراءات الجنائية الليبي يتضح لنا بأن القبض والحبس الاحتياطي يشتركان في أن الأوامر الصادرة بهما لا تسقط إلى بمضي ستة أشهر من تاريخ صدورها. كما يتفق الإجراءان في أن كلا منهما لا يجوز اتخاذه إلا في حالة توافر دلائل كافية ضد المتهم، وبموجب جريمة تزيد عقوبتها على ثلاثة أشهر[3]،ويتفقان كذلك في تقييدهما لحرية المتهم فترة من الزمن بحيث يكاد كل منهما أن يكون مرادفًا للآخر[4].

وبالرغم من التشابه الكبير بين هذين الإجراءين إلا أن هناك بعض الفروقات بينهما أهمها:

1- يعد كلا من القبض والحبس الاحتياطي من إجراءات التحقيق والأصل أن يمارس كلاً منهما بواسطة سلطة التحقيق المختصة به، إلا أنه استثناء من هذا الأصل منح المشرع الليبي سلطة القبض لمأموري الضبط القضائي ولو في غير حالات التلبس، وهذا يفهم بشكل واضح وصريح من نص المادة (24) إجرءات.

2- يمكن القول بأن مدة الحبس الاحتياطي في القانون الليبي غير محدد المدة، حيث تبدأ مدته من ستة أيام وتصل إلى أكثر من عام. أما القبض فإن مدته أقل من الحبس الاحتياطي حيث تصل أقصى مدة له إلى اثنين وسبعين ساعة[5].

3- ليس هناك تلازم بين حالات القبض وحالات الحبس الاحتياطي فقد يصح القبض في بعض الحالات التي يمتنع فيها الحبس الاحتياطي، ومن هذه الحالات امتناع المتهم بغير عذر مقبول عن الحضور رغم تكليفه بذلك.

---

(1) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، رقم 601، ص 556.

(2) محكمة عليا ليبية 1982/6/29 مجلة المحكمة العليا س19، ح4، ص162.

(3) انظر المادة (24-115) من قانون الإجراءات الجنائية الليبي.

(4) د. قدري عبد الفتاح الشهاوي، جرائم السلطة الشرطية، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1977، ص48.

(5) د. مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، مرجع سابق، ص654-655.

وأيضا إذا لم يكن له محل ثابت ومعروف في ليبيا، أو إذا كانت الجريمة في حالة تلبس[1].

وعليه فإن علة استقلال القبض بحالاته هي أن المشرع الليبي لم يقصد به التوطئه للحبس الاحتياطي وإنما كان يقصد به تمكين سلطة التحقيق من استكمال تحقيقها باستجواب المتهم[2].

([1]) انظر المادة (111) من قانون الإجراءات الجنائية الليبي .
([2]) د.عوض محمد عوض، قانون الإجراءات الجنائبة في التشريع الليبي، مرجع سابق، رقم 296، ص361.

المبحث الثاني
شروط الحبس الاحتياطي

تمهيد وتقسيم:

لما كان الحبس الاحتياطي إجراءًا استثنائيا أملته ضرورة مصلحة التحقيق، فقد حرصت كافة التشريعات المختلفة على إحاطة هذا الإجراء بقيود تحد من نطاقه إلى الدرجة التي لا يتجاوز بها تحقيق المصلحة العامة، وقد تمثلت هذه القيود في شكل شروط موضوعية وأخرى شكلية لصحة الأمر الصادر بالحبس الاحتياطي، وسوف نتناول هذه الشروط في المطلبين التاليين:

المطلب الأول
الشروط الموضوعية لصحة الأمر بالحبس الاحتياطي

تقسيم:

لكي يصدر الأمر بالحبس الاحتياطي صحيحاً لابد من توافر عدة شروط موضوعية به، وبعض هذه الشروط خاص بالمتهم الذي يجوز حبسه احتياطيا ومبررات هذا الحبس، وبعضها الآخر خاص بالجرائم التي يجوز فيها الأمر بالحبس الاحتياطي، والبعض الآخر يتمثل في ضرورة توافر دلائل قوية ضد المتهم قبل إصدار الأمر بحبسه احتياطيا. وهذا ما سنوضحه بشكل أكثر تفصيلا في الفروع التالية:

الفرع الأول: المتهم الذي يحبس احتياطيا:

أولا: تعريف المتهم: هو من رُمي بالتهمة وظنه بها، أو هو من وقعت عليه التهمة[1]. ويرى بعض الفقه[2] بأن المتهم هو من أقامت ضده سلطة التحقيق دعوى جنائية أمام القضاء لتوافر دلائل وقرائن قوية بحقه تكفي لتوجيه الاتهام إليه.

وبالنظر في نصوص قانون الإجراءات الجنائية الليبي ـ وكذلك قانون الإجراءات المصري ـ نلاحظ أنها خلت من نص واضح يعرف المتهم. كما أنها لم تميز صراحة بين المتهم والمشتبه فيه، سواء في مرحلة الاستدلال أم مرحلة التحقيق الابتدائي[3]، وهذا مستفاد من نص المادة (19) إجراءات جنائية ليبي حيث قضت بما يلي "لمأموري الضبط القضائي أثناء جمع الاستدلالات أن يسمعوا أقوال من يكون لديهم معلومات عن الوقائع الجنائية ومرتكبيها وأن يسألوا المتهم

([1]) جبران مسعود، معجم الرائد- باب الألف، مرجع سابق، ص30.

([2]) د.أحمد بسيوني أبو الروس، المتهم، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، 2003، ص15.

([3]) نجد أن المشرع الفرنسي قد اتخذ مسلكا مغايرا لنظيره المصري والليبي حيث ميز بين المتهم والمشتبه فيه في المادة الثالثة من قانون الإجراءات الجزائية التي نصت على ما يلي "كل شخص مشتبه فيه أو ملاحق جنائيا تفترض براءته طالما أن إدانته لم تثبت بعد".

عن ذلك..." وهو ذات المعنى والوصف الوارد في المادة (29) إجراءات جنائية مصري.

فهذا الوصف الوارد في كلا القانونين يوضح وبشكل قاطع بأن لفظ المتهم يطلق على الشخص في كافة المراحل، سواء في مرحلة ما قبل الدعوى الجنائية أم مرحلة التحقيق الابتدائي أم النهائي. وقد أكدت محكمة النقض المصرية هذا المعنى بقولها بأن الشخص يعد متهما - من وجهة نظرها - كل من وجه إليه الاتهام من أية جهة بارتكابه لجريمة معينة، ولا مانع من أن يعد الشخص متهما أثناء قيام سلطة الضبط القضائي بمهمة جمع الاستدلالات الموكلة لهم ما دامت قد حامت حول الشخص شبهة أنه ارتكب الجريمة الجاري جمع الاستدلالات بشأنها أو كان ظالعا فيها[1].

ويتفق الباحث مع الرأي الفقهي الذي يرى بأن الفرق بين المشتبه فيه والمتهم يكمن في الجانب القانوني وفي طبيعة الإجراء الذي يتم اتخاذه قبل الشخص والذي يتوقف على درجة الشبهات والقرائن والأدلة القائمة ضده. وبناءً على ذلك فلا تعد مرحلة جمع الاستدلالات مرحلة اتهام وإنما هي مرحلة اشتباه فقط، وتظل هذه الصفة عالقة بالشخص إلى أن يتم تحريك الدعوى الجنائية ضده لتزول عنه بعد ذلك صفة المشتبه فيه ويكتسب صفة جديدة وهي صفة المتهم[2].

ثانيا: الشروط الواجب توافرها في المتهم: لابد من توافر بعض الشروط في شخص المتهم حتى يتقرر الأمر بحبسه احتياطيا، ومن أهم هذه الشروط:

أن يكون المتهم كامل الأهلية: حيث أن قانون الإجراءات الجنائية الليبي لم يجز الحبس الاحتياطي للحدث الذي لم يبلغ من العمر أربع عشرة سنة[3]، وإذا كانت سنة تزيد على ذلك وتقل عن ثماني عشر سنة وكانت ظروف الأحوال تقتضي حبسه احتياطيا وجب وضعه في مكان معين خاص بالأحداث أو أن يتم التعهد بالتحفظ عليه لدى شخص مؤتمن، وهذا مستفاد صراحة من نص المادة (318) من قانون الإجراءات الليبي[4] حيث نصت على ما يلي "إذا كانت ظروف الأحوال تقتضي حبس الصغير الذي يزيد سنه على أربع عشرة سنة احتياطيا وجب وضعه في مدرسة إصلاحية أو محل معين من الحكومة أو في معهد خيري معترف به، ما لم ترى النيابة أو المحكمة الاكتفاء بأن تعهد بالتحفظ عليه إلى شخص مؤتمن".

يتضح من النص السابق أن المشرع الإجرائي الليبي أجاز الحبس الاحتياطي للحدث الذي تزيد سنه عن أربع عشرة سنة وأخضعه للقواعد العامة التي تسري

([1]) د.محمد علي التائب، أساسيات استجواب المتهم بمعرفة سلطة التحقيق، دار قباء الحديثة، القاهرة، 2008، ص44.

([2]) د.عبد الباسط جمعة المهدي، حقوق المشتبه فيه ...... ،مرجع سابق، ص49.

([3]) طبقا لنص المادة (119) من قانون الطفل الصادر في مصر سنة 1996م لا يجوز حبس الطفل احتياطيا إذا كانت سنه أقل من خمسة عشر سنة، أما من بلغ هذه السن فيجوز اتخاذ إجراء الحبس قبله ولو لم يبلغ سن الثامنة عشر، شأنه في ذلك شأن المتهمين البالغين. أما المشرع الفرنسي فقد نص في المادة (11) من قانون الأحداث على عدم جواز الحبس الاحتياطي مطلقا للحدث الذي لم يتم السادسة عشر سنة من عمره، أما من تجاوز هذه السن ولم يبلغ الثامنة عشر فيجوز حبسه احتياطيا ولكن لمدد محدودة بعضها لا يتجاوز الشهر. للمزيد انظر: حسن سالم الحضيري،الضوابط القانونية للحبس الاحتياطي....، مرجع سابق، ص56 وما بعدها.

([4]) موسوعة القوانين الجنائية والقوانين المكلمة لها.

على المتهمين البالغين من حيث المدة وإجراءات التمديد، وإن كان قد ميزهم بضرورة وضعهم في جناح خاص بهم داخل المؤسسة العقابية تجنبا لاختلاطهم بغيرهم من السجناء البالغين. ولكن يمكن القول بأن الواقع العملي يثبت حصول هذا الاختلاط فعليا بشكل أو بآخر[1]، وعليه فإذا لم يتم إنشاء أماكن احتجاز خاصة معدة لهم لهذا الغرض فلا يمكن تجنب الأضرار السلبية المصاحبة لهذا الاختلاط.

رأينا في الموضوع:

نرى عدم جواز اتخاذ إجراء الحبس الاحتياطي وبشكل مطلق قِبل المتهم الحدث الذي لا تزال سنه تقل عن ثماني عشرة سنة، وذلك للأسباب التالية:

أ- غالبية التشريعات الحديثة تتجه لإيجاد بدائل عن الإجراءات والعقوبات السالبة للحرية ذلك لعجزها عن تحقيق الردع الكافي، وأيضا لما يترتب عليها من مساوئ وآثار سلبية على المتهم لاسيما إذا كان لا يزال صغير السن.

ب- هناك من يرى - وبحق - بأن موجبات الحبس الاحتياطي تنتفي بالنسبة للمتهم الحدث حيث أن احتمال هروبه قليل جدا لأنه في الغالب يعيش في كنف من يتولى رعايته، كما أن التخوف من قيامه بالعبث بأدلة الجريمة أمر مستبعد. وإضافة إلى ذلك فإن حظر حبس الحدث احتياطيا يتوافق مع حظر توقيع العقوبات العادية عليه[2].

ج- من هو تحت سن الثماني عشر سنة لا يزال في مراحل حياته الأولى وهو في أمس الحاجة إلى المعاملة الاستثنائية والرعاية الخاصة التي تتلاءم وطبيعة أعمارهم وتضمن تقويمهم لا أن تسلب حرياتهم لمجرد الاشتباه أو الاتهام ويتم وضعهم في مؤسسات عقابية مع أعتى وأشرس المجرمين.

وعلى الرغم من أن المشرع الليبي قد سلك مسلكًا محمودًا في هذا الشأن حيث تميز عن نظيره المصري فيما يخص تخفيض سن الحدث الذي يجوز حبسه احتياطيا ولكن يعاب عليه عدم إقراره لقانون خاص بهم ينظم شؤونهم ويضمن سلامة الإجراءات التي تتخذ في مواجهتهم كما فعل المشرع الفرنسي والمشرع المصري.

أن لا يكون المتهم متمتعا بحصانة: حيث تحرص كافة التشريعات المختلفة على تقرير حصانة لطوائف معينة من موظفيها بحيث تمنع اتخاذ بعض الإجراءات الجنائية قِبلهم ومن بين هذه الإجراءات إجراء القبض والحبس الاحتياطي، وسواءًا أكانت هذه الحصانة مقررة بموجب معاهدات دولية[3] أم تستوجب اتباع إجراءات

([1]) حسن سالم الحضيري، الضوابط القانونية للحبس الاحتياطي، مرجع سابق، ص56.

([2]) د.فوزية عبد الستار، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، رقم 326، ص362. وأيضا الدكتور: محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، رقم 774، ص703.

([3]) حيث يتمتع أعضاء البعثات الدبلوماسية بحصانة خاصة تحميهم من اتخاذ إجراء القبض عليهم أو حبسهم وذلك بموجب المادة (29) من اتفاقية فيينا الخاصة بالعلاقات والحصانات الدبلوماسية المبرمة سنة 1961. للمزيد انظر الدكتور: أحمد أبو الوفا، قانون العلاقات الدبلوماسية والقنصلية علما وعملا، دار النهضة العربية، القاهرة، 1966، ص197 وما بعدها.

معينة قبل إصدار أمر الحبس كما هو الحال بالنسبة لأعضاء المجالس النيابية[1] وأعضاء السلطة القضائية[2].

ويمكن القول بأن علّة منح هذه الحصانة لهؤلاء الأشخاص تتمثل في تمكينهم من مباشرة مهام وظائفهم بحرية واستقلال ومن دون هاجس المساس بهم وافتئات السلطات التنفيذية عليهم فيما لو كانوا يتبعون إحدى السلطتين التشريعية أو القضائية.

ويقول البعض[3] بأن هذه الحصانة وإن كان ظاهرها يمثل إخلالا بمبدأ المساواة بين الأفراد أمام القانون إلا أن باطنها هو الحرص على المصلحة العامة واستقرار الوطن والأمة بحماية هؤلاء الأفراد من أي اعتداء يقع عليهم حتى يؤدون مهام وظائفهم البرلمانية أو القضائية بكل حيادية وطمأنينة وثقة.

الفرع الثاني: الجرائم التي يجوز فيها الأمر بالحبس الاحتياطي:

نصت المادة (115) من قانون الإجراءات الجنائية الليبي[4] على ما يلي: "إذا تبين بعد استجواب المتهم أو في حالة هربه أن الدلائل كافية وكانت الواقعة جناية أو جنحة معاقبا عليها بالحبس لمدة تزيد على ثلاثة أشهر جاز لقاضي التحقيق أن يصدر أمرا بحبس المتهم احتياطيا. ويجوز دائما حبس المتهم احتياطيا إذا لم يكن له محل إقامة ثابت ومعروف في ليبيا وكانت الجريمة جنحة معاقبا عليها بالحبس".

يتضح من نص المادة السابق أن المشرع الإجرائي الليبي قد أجاز الحبس الاحتياطي في الجنايات عموما، وقد حظره في كافة المخالفات ولو كان معاقبا عليها بالحبس الوجوبي، أما الجنح فهو جائز في البعض منها دون البعض الآخر، حيث أجازه في حالتين:-

الأولى: أن تكون الجنحة معاقبا عليها بالحبس لمدة تزيد على ثلاثة أشهر.

الثانية: إذا كانت الجنحة معاقبا عليها بالحبس ولو لمدة تقل عن ثلاثة أشهر ولكن بشرط مفاده أن لا يكون للمتهم محل إقامة ثابت ومعروف في ليبيا.

ويقول بعض الفقهاء[5] بأن العلة التي جعلت المشرع يتجاوز عن شرطي المدة في هذه الحالة هو الخشية من إفلات المتهم من العدالة الجنائية في حالة صدور الحكم بإدانته. ولما كانت جريمة القتل الخطأ عقوبتها الدية فقط وأيضا عدم

([1]) بعض النصوص الواردة في اللائحة الداخلية المنظمة لأعمال المؤتمر الوطني العام في ليبيا والصادرة سنة 2013 قررت حصانة لعضو المؤتمر الوطني حيث تحميه من اتخاذ كافة الإجراءات الجنائية الماسة بشخصه إلا بعد أخذ الإذن في ذلك من المؤتمر نفسه، حيث نصت المادة (58) منه على ما يلي "في غير حالة التلبس بارتكاب الجنايات أو الجنح لا يجوز ملاحقة عضو المؤتمر الوطني العام جنائيا ولا اتخاذ إجراءات جنائية ضده إلا بإذن المؤتمر....." .

([2]) قررت المادة الأولى من القانون رقم 6 لسنة 2006 بشأن نظام القضاء في ليبيا حصانة لأعضاء الهيئات القضائية، وطبقا لهذه المادة فإنه في غير حالة التلبس لا يجوز القبض على عضو الهيئة القضائية أو حبسه إلا بعد الحصول على إذن من اللجنة المختصة وبناءً على طلب من النائب العام.

([3]) حسن سالم الحضيري،الضوابط القانونية للحبس الاحتياطي..... مرجع سابق، ص61 وما بعدها.

([4]) موسوعة القوانين الجنائية والقوانين المكملة لها.

([5]) د. فائزة يونس الباشا، شرح قانون الإجراءات الجنائية الليبي، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص392. وأيضا الدكتور: عوض محمد عوض، قانون الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، مرجع سابق، رقم 300، ص 364.

وجود نص في قانون القصاص والدية يقرر لها الحبس الاحتياطي فإنه يمكن القول بأن هذه الجريمة لا تدخل في المعايير العامة لجواز الحبس الاحتياطي، وبالتالي يكون الحبس بشأنها لا سند له من القانون[1].

الفرع الثالث: توافر الدلائل الكافية ضد المتهم واستجوابه:

أولا: توافر الدلائل الكافية ضد المتهم: وهذا الشرط تتطلبه صراحة المادة (115) إجراءات ليبي السابق ذكرها، وهو ذات التعبير الوارد في المادة (134) من قانون الإجراءات الجنائية المصري.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الإجرائي الليبي – وأيضا المصري – لم يبينا المقصود "بالدلائل الكافية" التي بتوافرها يمكن إصدار أمر بحبس المتهم احتياطيا[2]، في حين تصدت المحكمة العليا الليبية لموضوع الدلائل الكافية وقضت بأن "المقصود بالدلائل العلامات الخارجية أو الشبهات المقبولة دون ضرورة التعمق في تمحيصها وتقليب وجوه الرأي فيها...[3]".

ويقول بعض الفقه[4] في الدلائل الكافية بأنها الدلائل التي تفيد بوقوع الجريمة ونسبتها إلى المتهم، ويجب أن يستخلص منها ملائمة الأمر بالحبس الاحتياطي. أوهي التي تفيد احتمال الإدانة وتقرير كفايتها أمر متروك لسلطة التحقيق تحت رقابة محكمة الموضوع فإذا تبين لهذه الأخيرة أن أمر الحبس غير مبرر لانتفاء الدلائل أوعدم كفايتها فعليها أن تحكم ببطلان الحبس وبطلان كافة الإجراءات المترتبة عليه والأدلة المستمدة منه وأن تأمر بالإفراج عن المتهم فوراً[5].

ثانيا: استجواب المتهم:

إن ضرورة استجواب المتهم مستفاد أيضًا من نص المادة (115) السابق ذكرها وبشكل لا لبس فيه، حيث اشترطت لصدور أمر الحبس الاحتياطي أن يكون مسبوقا باستجواب المتهم ولا يستثنى من ذلك إلا حالة واحدة فقط وهي ما إذا كان المتهم هاربًا، ففي هذه الحالة يجوز الأمر بالقبض عليه وحبسه احتياطيا دون الحاجة لاستجوابه.

ويعرف بعض الفقه[6] الاستجواب بالقول بأنه إجراء يستهدف جمع أدلة الاتهام في جريمة معينة ونسبتها إلى المتهم الذي هو وحده دون غيره يعرف حقيقتها وأسباب وقوعها وكيفية ارتكابها والظروف المحيطة بها.

([1]) د.الهادي علي يوسف بو حمرة، الموجز في قانون الإجراءات الجنائية الليبي، الطبعة الثانية، مكتبة طرابلس العالمية، طرابلس-ليبيا، 2018، ص195.

([2]) مصطلح الدلائل الكافية استخدمه المشرع الليبي في المادة (24) إجراءات كمعيار لإجراء القبض على الأشخاص بمعرفة مأمور الضبط القضائي وبغير صدور أمر بذلك من سلطة التحقيق المختصة.

([3]) طعون غير منشورة للمحكمة العليا الليبية تحت رقم:51/697 ق- جلسة 2005/10/1، وأيضا رقم: 43/632 ق- جلسة 2002/6/4. مشار إليها لدى حسن سالم الحضيري، الضوابط القانونية للحبس الاحتياطي ....، مرجع سابق، ص69.

([4]) د.محمود نجيب حسني ، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، رقم 776، ص 704.

([5]) د.رءوف عبيد، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، مرجع سابق، ص449. وأيضا د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص599. وأيضا د. مأمون محمد سلامة، قانون الإجراءات الجنائية معلقا عليه...، مرجع سابق، ص510.

([6]) د.محمد علي التائب، أساسيات استجواب المتهم بمعرفة سلطة التحقيق، مرجع سابق، ص34.

وفي السياق ذاته هناك من يرى بأن الهدف من الاستجواب هو مواجهة المتهم بالأدلة القائمة ضده وإتاحة الفرصة له لتفنيد هذه الأدلة والرد عليها، فإن تمكن من دحض هذه الأدلة وأقنع المحقق ببراءته وجب على هذا الأخير أن يكف يده عنه ويخلي سبيله، وإن عجز عن تفنيد هذه الأدلة فظلت بعد الاستجواب كما كانت قبله جاز لسلطة التحقيق أن تأمر بحبسه احتياطيا(1). وإن كان لا يشترط أن يتم حبس المتهم مباشرة بعد الانتهاء من استجوابه وإنما يجوز ذلك في أي وقت(2).

المطلب الثاني

الشروط الشكلية لصحة الأمر بالحبس الاحتياطي

تقسيم:

بالإضافة إلى الشروط الموضوعية اللازمة لصحة إصدار أمر الحبس الاحتياطي ثمة شروط أخرى شكلية ينبغي مراعاتها والالتزام بها، سوف نتناولها في الفروع الأربعة التالية:

الفرع الأول: جهة إصدار أمر الحبس الاحتياطي:

باعتبار أن هذا الإجراء يعد من أعمال التحقيق فإنه يجب أن يصدر الأمر به من السلطة التي خصها القانون بالتحقيق أو بالحكم، والجهة المخولة بالتحقيق وإصدار أمر الحبس الاحتياطي وفقا للتشريع الإجرائي الليبي وسواء أكانت جهة تحقيق أصلية أم تكميلية هي النيابة وقاضي التحقيق وغرفة الاتهام(3). وبناءً على ذلك فلا يجوز أن يصدر هذا الأمر من سلطة أخرى أدنى من ذلك كمأمور الضبط القضائي، وإن كان القانون أجاز ندبه للقيام بمثل هذا الإجراء(4).

الفرع الثاني: صدور أمر الحبس الاحتياطي مكتوبا واشتماله على بيانات محددة:

أولا: صدور الأمر مكتوبًا: نصت المادة (71) من التعليمات العامة للنيابات الصادرة عن النائب العام في ليبيا على أن "الأمر الصادر من النيابة العامة بالحبس أو بطلب مدّه يجب أن يكون في صلب المحضر ويوقع عليه عضو النيابة الذي أصدره بعد وضع تاريخه وكذلك إذن القاضي عند مد الحبس ويحرر نموذج أمر الحبس ويوقع عليه منهما".

وبناءً على ما سبق فإن أمر الحبس الاحتياطي باعتباره من ضمن إجراءات التحقيق فإنه ينبغي أن يكون ثابتًا بالكتابة للتأكد من مدى اختصاص مصدر هذا الإجراء من عدمه. بالإضافة إلى أن الكتابة تعد ضمانة هامة تحول دون تعسف

(1) د.عوض محمد عوض، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية، منشاة المعارف، الاسكندرية، 2002، رقم444، ص 434 .

(2) د.عبد الرءوف مهدي، شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية، مرجع سابق، رقم 236، 376.

(3) انظر المواد (115- 117- 151) إجراءات ليبي.

(4) أجاز قانون الإجراءات الليبي في المادة الثانية مكرر ندب بعض رجال البوليس في الأماكن النائية للقيام بالتحقيق ورفع الدعوى العمومية ومباشرتها في الجنح والمخالفات، أما في الجنايات فعليهم أن يحيلوها إلى النيابة العامة للتصرف فيها .

السلطة التي تملك حق إصدار هذا الإجراء أو الانحراف فيه، كما أنها تعد كدليل لصحة وإثبات ما ورد فيها وحجة يتعامل الآمرون والمؤتمرون بمقتضاها.

ثانيا: بيانات أمر الحبس: لما كان الحبس الاحتياطي إجراء تحقيق ماس بحق أساسي للإنسان فإنه لا يجوز للجهة المناط بها تنفيذ هذا الأمر قبول أوامر أو تعليمات شفهية بالحبس وإنما ينبغي أن يكون هذا الأمر مكتوبا ومتضمنا لعدة بيانات أوردتها المادة (108) إجراءات ليبي(1) بقولها "يجب أن يشتمل كل أمر على اسم المتهم ولقبه وصناعته ومحل إقامته والتهمة المنسوبة إليه وتاريخ الأمر وإمضاء القاضي والختم الرسمي". ونصت الفقرة الرابعة من ذات المادة على ما يلي "ويشتمل أمر الحبس تكليف مأمور السجن بقبول المتهم ووضعه في السجن مع بيان مادة القانون المنطبقة على الواقعة" .

وتظهر العلة في إدراج هذه البيانات في تحديد شخص المتهم الصادر بحقه أمر الحبس تحديدا نافيا للجهالة . كما يحدد أيضا اسم وصفة من قام بإصدار هذا الأمر من خلال الإمضاء والختم الرسمي وذلك لإضفاء الرسمية على الأمر ومنع تزويره، وكذلك للتأكد من مدى اختصاص مصدر هذا الأمر والمدة التي يحق له أن يأمر بها وفقًا للقانون.

وأيضا فإن التركيز على ذكر بيان التهمة المسندة إلى المتهم ومادة القانون التي تنطبق عليها يحدد ما إذا كان من الجائز صدور أمر الحبس ضد مرتكبها أم لا، حيث يلزم أمر السجن - في حال مخالفة ذلك - برفض حبس المتهم خشية الكيدية ومظنة الخطأ(2).

الفرع الثالث: تسبيب أمر الحبس الاحتياطي:

مما لا شك فيه أن تسبيب أمر الحبس الاحتياطي له أهمية كبرى حيث أن يحافظ على حرية المتهم من الافتئات عليها من قبل السلطة المختصة بالتحقيق.

ولم يرد في التشريع الإجرائي الليبي أي نص صريح يقضي بإلزام سلطة التحقيق بتسبيب الأمر الصادر بالحبس الاحتياطي وذلك على خلاف الوضع في التشريع الإجرائي المصري الذي نص صراحة في الفقرة الثانية من المادة (136) على وجوب بيان الأسباب التي بني عليها أمر الحبس الاحتياطي(3). ويقول بعض الفقه(4) بأن ما نصت عليه المادة (14) من قانون تعزيز الحرية في ليبيا والتي أوجبت أن يكون الحبس الاحتياطي لا قصر مدة لازمة للتحقيق وحفظ الدليل يمكن أن يكون أساسا قانونيا لاشتراط تسبيب أمر الحبس الاحتياطي.

ومن وجهة نظرنا يجب تدخل المشرع الإجرائي الليبي ومواجهه هذه المسألة وحسمها بما يزيل الغموض والإبهام بشكل قاطع من خلال النص صراحة على إلزام سلطة التحقيق بضرورة تسبيب كل أمر صادر منها يقضي بحبس المتهم احتياطيا وذلك لما فيه من ضمانة هامة للمتهم وحماية لحريته من خطورة

---

(1) ذات البيانات وردت في المادة (127) إجراءات جنائية مصري.

(2) د.فائزة يونس الباشا، شرح قانون الإجراءات الجنائية الليبي، مرجع سابق، ص393.

(3) نصت الفقرة الثانية من المادة (136) إجراءات مصري على ما يلي "ويجب أن يشتمل أمر الحبس على بيان الجريمة المسندة إلى المتهم والعقوبة المقررة والأسباب التي بني عليها الأمر".

(4) د.الهادي علي بوحمرة، الموجز في قانون الإجراءات الجنائية الليبي، مرجع سابق، ص190.

التعسف والتسرع في اللجوء للحبس الاحتياطي، خاصة وأن الواقع العملي في بلادنا يؤكد بأن ثمة إسراف كبير في اللجوء إلى هذا الإجراء في كثير من الحالات التي يكفي فيها اللجوء إلى بدائل أخرى.

الفرع الرابع: تنفيذ أمر الحبس الاحتياطي في مدة معينة[1]:

طبقا لقانون الإجراءات الجنائية الليبي فإنه لا يجوز تنفيذ الأمر الصادر بحبس المتهم احتياطيا إذا مضت على صدوره مدة تزيد عن ستة أشهر، وهذا ما نصت عليه المادة (119) بقولها "لا يجوز تنفيذ أوامر الضبط والإحضار وأوامر الحبس بعض مضي ستة أشهر من تاريخ صدورها ما لم يعتمدها قاضي التحقيق لمدة أخرى" . وقد تم تأكيد هذا المعنى مرة أخرى في الفقرة الثانية من المادة (175) من القانون نفسه[2].

يتضح من النص السابق أنه لا يجوز تنفيذ أمر الحبس الاحتياطي إذا مضت على صدوره المدة المذكورة وإلا أصبح عقوبة توقع بدون حكم ووسيلة ضغط تستخدمها سلطة التحقيق متى شاءت[3]. ويرى البعض[4] بأن العلة التي وراء إقرار المشرع لهذه القاعدة تكمن في أن ظروف التحقيق قد تتغير بمرور تلك المدة ويتضح لسلطة التحقيق أنه ليس هناك ثمة مبرر لحبس المتهم فتعدل عن الأمر بهذا الإجراء.

([1]) يتم تنفيذ أمر الحبس الاحتياطي بإيداع المتهم في سجن وفق نظام خاص غير النظام المعمول به على المسجونين المحكوم عليهم، حيث اشترط االقانون ضرورة حبسهم في الأماكن المخصصة لذلك وفي غرف مؤثثة بمقابل. ومنع تشغيلهم والسماح لهم باستحضاار طعامهم من الخارج، وأيضا أو حق المحبوس في التقدم بشكوى وحقه في الاتصال بمن يرى وكذلك حقه في الاستعانة بمعام، وغيرها من الضمانات التي نص عليها قانون السجون في المواد (20-21) وكذلك قانون الإجراءات الجنائية في المواد (31-43-118-120-121). للمزيد انظر: إدريس عبد الجواد ابريك، الحبس الاحتياطي وحماية الحرية الفردية، مرجع سابق، ص 116 وما يليها.

([2]) هو ذات المعنى الوارد في الفقرة الأولى من المادة (139) من قانون الاجراءات الجنائية المصري، وكذلك في الفقرة الثانية من المادة (201) من القانون نفسه .

([3]) د.أمين مصطفى محمد، قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص112.

([4]) د.حسن صادق المرصفاوي، المرصفاوي في أصول الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، رقم 190، ص428.

المبحث الثالث
ضوابط الحبس الاحتياطي والتعويض عن أضراره

تمهيد وتقسيم:

من بين الضوابط القانونية التي تكفل مباشرة إجراء الحبس الاحتياطي تحديد الجهة التي أجاز لها المشرع القيام بهذا الإجراء، وقد تباينت التشريعات المختلفة في تحديد هذه الجهة، كما تباينت في مدة الحبس الاحتياطي التي يحق لكل جهة الأمر بها وكذلك في السلطة المختصة بالنظر في أمر تمديده[1].

ولما كان الحبس الاحتياطي بطبيعته قيداً على الحرية الشخصية وإجراءً مؤقتاً بررته الضرورة فإذا ما زالت تلك الضرورة وجب انقضاؤه والإفراج عن المتهم المحبوس احتياطيا.

وفي ضوء مما سبق سوف نقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين اثنين: نبين في الأول السلطات المختصة بإصدار أمر الحبس الاحتياطي من حيث المدة والتمديد. ونتناول في المطلب الثاني انتهاء مدة الحبس الاحتياطي ونتائجه من حيث الإفراج عن المتهم والتعويض عنه.

المطلب الأول
السلطة المختصة بإصدار أمر الحبس الاحتياطي

تقسيم:

لما كان إجراء الحبس الاحتياطي من ضمن إجراءات التحقيق فالأصل أن السلطة المختصة بالتحقيق هي فقط التي تملك إصداره، غير أن هناك بعض التشريعات ومنها التشريع الإجرائي الليبي قد أجاز لبعض الجهات الأخرى في بعض الأحوال الأمر بهذا الإجراء ولو لم تكن مختصة بالتحقيق كمأمور الضبط القضائي.

وسوف نتناول في هذا المطلب السلطات التي منحها المشرع حق الأمر بالحبس الاحتياطي، وكذلك الجهات المختصة بتمديد هذا الحبس فيما لو انتهت مدته ورأت سلطة التحقيق ضرورة استمراره، وذلك في أربعة فروع على النحو التالي:

الفرع الأول: سلطة مأمور الضبط القضائي في الحبس الاحتياطي:

([1]) وفقا للتشريع الليبي فإن الجهة التي تملك الأمر بالحبس الاحتياطي هي السلطة المختصة بالتحقيق(النيابة العامة-غرفة الاتهام-قاضي التحقيق) والجهة التي تملك تمديد هذا الحبس هي إما القاضي الجزئي وإما المحكمة الابتدائية .

كما سبق القول فقد خول قانون الإجراءات الجنائية الليبي مأموري الضبط القضائي سلطة إصدار الأمر بحبس المتهم احتياطيا[1] وذلك بموجب نص المادة (2) مكرر[2] حيث قصت بما يلي "مع عدم الإخلال بحكم المادتين 1-2 يجوز ندب بعض رجال البوليس للقيام بالتحقيق ورفع الدعوى العمومية ومباشرتها في الجنح والمخالفات. كما يجوز في الجهات النائية أن يشمل الندب تخويل رجال البوليس المنتدبين سلطة التحقيق في الجنايات على أن يحيلوها إلى النيابة العامة للتصرف فيها".

يتضح من نص المادة الثانية مكرر السابق ذكرها أنها أوردت حكما خاصا بجواز ندب بعض رجال البوليس أو الشرطة للقيام بالتحقيق ورفع الدعوى العمومية ومباشرتها. ولايشترط أن يكون رجل البوليس الذي تم انتدابه حاملا لصفة مأمور ضبط قضائي، كما أنه غير مقيد بجرائم معينة ولا على متهمين أو على إجراءات محددة بذاتها[3]. ويقول بعض الفقه[4] ـ وبحق ـ بأن هذا النوع من الندب يسمى بالندب العام وهو مفرط في الشذوذ حيث يتم بموجبه تفويض مأمور الضبط القضائي للقيام بكافة إجراءات وصلاحيات التحقيق التي يتمتع بها عضو النيابة العامة بما فيها إجراء الحبس الاحتياطي.

إن مباشرة إجراء الحبس الاحتياطي بمعرفة رجال الضبط القضائي قد لا تتوافر فيه الضمانات التي تتوافر عند مباشرته من قبل السلطة القضائية، وسواء أكانت هذه الضمانات مقررة بالنسبة للأمر ذاته الصادر بالحبس أم بالنسبة للمتهمين الذين يتخذ من هذا الإجراء قِبلهم.

ويضاف إلى ذلك فإنه يتعين أن يوحي ملف التحقيق بالثقة وهذه الثقة لا تتوافر لدى قضاء الحكم إذا ما ثبت لديها أن من قام بجميع أو غالبية الإجراءات في الدعوى جهة أخرى غير سلطة التحقيق[5].

1- يترتب على هذا الندب سلطة التحقيق عن اختصاصها الأصيل للغير وهو أمر لا يجوز القيام به، ويعد إهدار للقانون الذي خول سلطة التحقيق لجهات معينة بالذات[6].

2- يمنح الندب المنصوص عليه في المادة الثانية مكرر رجل الضبط القضائي سلطة تقييم الأدلة والتصرف في التحقيق وهذا الإجراء من اختصاص سلطة التحقيق ولا يجوز لها التنازل عنه ومحظور الندب فيه[7].

([1]) والحال كذلك مع المشرع الكويتي حيث أجاز في المادة (2/45) للمحقق ندب أحد رجال الشرطة لتحقيق قضية معينة، وفي هذا الندب يكون لرجل الشرطة المندوب سلطة المحقق بالنسبة إلى تلك القضية ويحق له بناء على ذلك إصدار أمرا بالحبس المتهم احتياطيا. وفي مصر كان هذا الأمر مطبق في وقت سابق فيما يتعلق بالمناطق الصحراوية حيث كانت تخضع شبه جزيرة سيناء لنظام خاص يعد استثناءً من قواعد القانون العام.

([2]) هذه المادة مضافة بالقانون الصادر في 1955/12/13م المنشور بعدد الجريدة الرسمية رقم 14 لسنة 1955م، ومعدلة بالقانون رقم22 لسنة 1963م والمنشور بعدد الجريدة الرسمية رقم 12 لسنة 1963م.

([3]) د.أشرف رفعت، شرح قانون الإجراءات الجنائية الليبي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص301.

([4]) د.عوض محمد عوض، قانون الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، مرجع سابق، ص278. د. مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، مرجع سابق، ص657.

([5]) د.إبراهيم حامد طنطاوي، سلطات مأمور الضبط القضائي، مرجع سابق، ص531 وما يليها.

([6]) د.حسن صادق المرصفاوي، المرصفاوي في أصول .....، مرجع سابق، ص 323.

([7]) د.محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، رقم 649، ص 607.

رأينا في الموضوع:

نرى أن الندب العام الذي أجازته المادة الثانية مكرر هو نظام مرحلي أقره القانون لمواجهة حالة الضرورة وهي ما كانت تعانيه البلاد من نقص في عدد رجالات النيابة العامة ولكن الواقع العملي في الوقت الحاضر لبلادنا لا يسمح بأعمال هذا النص وذلك لانعدام المبررات ولزوال حالة الضرورة التي شرعت لأجلها حيث يتوافر الآن العدد الكافي من رجالات النيابة العامة حتى في المناطق والأماكن النائية خلافا لما هو عليه الحال سنة 1953 عند صدور قانون الإجراءات الجنائية المتضمن لهذه المادة .

ومن جانب آخر فإن منح مأموري الضبط القضائي سلطة القيام بكافة الإجراءات المخولة لسلطة التحقيق بما فيها الحبس الاحتياطي هو أمر خطير جداً وينطوى على مساس بالحرية الفردية وفيه افتئات على حقوق المواطن التي ينبغي أن تكون جديرة بالحماية ولا يجوز المساس بها إلا في أضيق الحدود.

الفرع الثاني: سلطة النيابة العامة في الحبس الاحتياطي:

وفقا للتشريع الإجرائي الليبي فإن النيابة العامة هي سلطة تحقيق أصلية ولها الحق في إصدار أمر الحبس الاحتياطي، حيث نصت المادة (175) منه على أن "الأمر بالحبس الصادر من النيابة لا يكون نافذ المفعول إلا لمدة الستة أيام التالية للقبض على المتهم أو تسليمه للنيابة العامة إذا كان مقبوضا عليه من قبل".

يتضح من هذا النص إنه إذا كانت النيابة العامة هي التي تتولى التحقيق جاز لها الأمر بحبس المتهم احتياطياً ومدة الحبس الاحتياطي التي تملكها هي ستة أيام فقط[1]. وإذا رأت النيابة العامة أن هناك ضرورة لاستمرار حبس المتهم لمدة تتجاوز صلاحياتها فليس لها إلا أن تطلب تمديد هذا الحبس من القاضي الجزئي ثم من المحكمة الابتدائية التابعة لها وذلك حسب الأحوال . حيث نصت المادة (176) إجراءات ليبي على ما يلي: "إذا رأت النيابة العامة مد الحبس الاحتياطي وجب قبل انقضاء مدة الستة أيام أن تعرض الأوراق على القاضي الجزئي المختص ليصدر أمرا بما يراه وللقاضي مد الحبس الاحتياطي لمدة أو مدد متعاقبة بحيث لا يزيد مجموع مدد الحبس على ثلاثين يوما".

كما نصت المادة (177) من ذات القانون على الآتي "إذا لم ينته التحقيق بعد انقضاء مدة الحبس الاحتياطي المذكورة في المادة السابقة وجب على النيابة العامة عرض الأوراق على إحدى دوائر المحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية لتصدر أمرا بالإفراج عن المتهم أو بمد الحبس مدة أو مدداً متعاقبة لا تزيد كلا منها على ثلاثين يوما ولا تجاوز في مجموعها تسعين يوما".

([1]) وفقا لنص المادة (201) من قانون الإجراءات الجنائية المصري فإن النيابة العامة لها صلاحية إصدار الأمر بحبس المتهم احتياطيا لمدة لا تزيد على أربعة أيام .

وفي ذات السياق نشير إلى أنه إذا قدمت النيابة المتهم محبوسا إلى المحكمة الجزئية وكانت الواقعة جنحة، أو أحالته الجناية إلى غرفة الاتهام بعد انتهاء فترة تمديد حبسه الاحتياطي فإن هذا الحبس يكون باطلا خلال تلك الفترة.

وتجدر الإشارة أخيرا إلى أن المشرع الإجرائي الليبي قد وسع من سلطة النيابة العامة بشأن أمر الحبس الاحتياطي وبمدة خلافا للأصل العام المنصوص عليه في المادة (175) إجراءات وذلك بخصوص نوعية معينة من الجرائم نصت عليها المادة (187) مكرر[1]، حيث تباشر النيابة العامة التحقيق في هذه الجرائم ويكون لها كافة السلطات المخولة للنيابة العامة ولقاضي التحقيق ولغرفة الاتهام.

الفرع الثالث: سلطة قاضي التحقيق في الحبس الاحتياطي :

لما كانت النيابة العامة هي صاحبة الاختصاص الأصيل بالتحقيق في الجنايات والجنح إلا أن التشريع الإجرائي الليبي قد أجاز ندب أحد القضاة لمباشرة التحقيق الابتدائي وما يترتب على ذلك من جواز إصدار أمر الحبس الإحتياطي، وإن كان بعض الفقه[2] يرى بأنه نظاما صوريا ومعطل من الناحية العملية رغم ما يملكه قاضي التحقيق من خبرة تفوق جهات التحقيق الأخرى.

وطبقا لنص المادة (122) إجراءات ليبي[3] فإنه يجوز لقاضي التحقيق أن يأمر بالحبس الاحتياطي في التحقيقات التي تجري بمعرفته على أن ينتهي حتما بمضي خمس عشر يوما. وإذا لم ينته التحقيق واقتضت مصلحته استمرار حبس المتهم فإنه يجوز للقاضي تمديد الحبس بمعرفته وبعد سماع أقوال نيابة العامة والمتهم لمدة أو مددا أخرى لا يزيد مجموعها على ثلاثين يومًا.

وإذا رأي قاضي التحقيق استمرار حبس المتهم احتياطيا زيادة على ما هو مقرر بالمادة السابقة وجب عليه - بعد سماع أقوال النيابة والمتهم - عرض الأوراق على إحدى دوائر المحكمة الابتدائية المشكلة من ثلاثة قضاة لتصدر أمرها بمد الحبس مددا متعاقبا لا تزيد كلا منها على خمسة وأربعين يوما إلى أن ينتهي التحقيق[4]، وذلك وفقا لما نصت عليه المادة (123) إجراءات ليبي.

الفرع الرابع: سلطة غرفة الاتهام في الحبس الاحتياطي:

وفقا لنص المادة (148) إجراءات ليبي فإن غرفة الاتهام تعد سلطة تحقيق من الدرجة الثانية حيث أنها تجري تحقيقات تكميلية في الدعوى بعد إحالتها إليها من قاضي التحقيق أو النيابة العامة وما يخولها من ذلك حق إصدار أمر بحبس المتهم احتياطيا.

([1]) الجرائم الوارد ذكرها في المادة (187) مكرر هي الجنايات والجنح المضرة بكيان الدولة والمضرة بأمن الدولة الداخلي. وكذلك الجنايات والجنح ضد الدول الأجنبية والمنصوص عليها في المواد (165-225) من قانون العقوبات الليبي.

([2]) د. فائزة يونس الباشا، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص346. حسن سالم الحضيري، الضوابط القانونية للحبس الاحتياطي...، مرجع سباق، ص115.

([3]) معدلة بالقانون رقم 3 لسنة 1371 و.ر والمنشور بمدونة التشريعات رقم 2 لسنة 2003م.

([4]) تجدر الإشارة إلى أن المشرع الإجرائي الليبي لم ينص على حد أقصى للمدة التي يبقى فيها المتهم بجناية أو جنحة محبوسا احتياطيا وبما يضمن حماية حريته الشخصية كما فعل المشرع المصري في المادة (143) إجراءات جنائية.

ويكون لغرفة الاتهام عند النظر في الأوامر الصادرة بالإحالة إليها صلاحيات قاضي التحقيق سواء فيما يتعلق بالتحقيق والأمر بالحبس الاحتياطي ومدته وتمديده (المادة151 إ.ج.ل). وعليه يمكن القول بأن غرفة الاتهام لها نفس سلطة الأمر بالحبس الاحتياطي التي يمتلكها قاضي التحقيق السالف ذكرها.

المطلب الثاني
انقضاء مدة الحبس الاحتياطي والتعويض عنه

تقسيم:

لما كان الحبس الاحتياطي إجراءً إستثنائياً اقتضته الضرورة فإن زوال مبرراته ومقتضياته يوجب انقضاء هذا الحبس والإفراج عن المتهم؛ ومتى ما انقضى الحبس في مواجهة المتهم ـ سواء بإصدار سلطة التحقيق قرارها بالأوجه لإقامة الدعوى الجنائية أم بإصدار المحكمة حكمها ببرائته ـ فإنه يمكن القول بأن الإفراج هنا غير كاف لجبر الضرر الذي لحق بالمتهم جراء حبسه، وسواء أكان هذا الضرر ماديا أم معنويا.

وفي ضوء ما سبق سوف نقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين اثنين: نتناول في الفرع الأول الإفراج عن المتهم، ونوضح في الثاني مدى جواز حق المتهم المحكوم ببراءته في المطالبة بالتعويض جراء الحبس الاحتياطي.

الفرع الأول: الإفراج عن المتهم:

يمكن القول بأن الفقه والقانون قد ميز بين نوعين من الإفراج: الأول الإفراج الوجوبي وهو غير خاضع للسلطة التقديرية للمحقق، والثاني هو الإفراج الجوازي وهو يخضع لتقدير سلطة التحقيق بحسب ما يقتضيه حسن سيرة العدالة الجنائية[1].

أولا: الإفراج الوجوبي: وهو التزام سلطة التحقيق بإخلاء سبيل المحبوس احتياطيا ومن دون أن يكون لها تقدير ملاءمة الاستمرار فيه وذلك إذا ما توافرت إحدى الحالات التالية:

1- إذا انتهت مدة الحبس الاحتياطي المأمور بها دون تمديدها قبل انقضاء اليوم الأخير منها (المادة 122-177). وهو مبدأ عام يسرى في كل حالة لا يمد فيها الحبس الاحتياطي قبل انتهاء مدته أو يرفض تمديده.

2- إذا كانت الواقعة مما لا يجوز فيه الحبس الاحتياطي (المادة 115) إجراءات ليبي.

3- في حالة صدور قرار من سلطة بألا وجه لإقامة الدعوى الجنائية (المادة 134-153-182) إجراءات.

4- إذا قضت المحكمة ببراءة المتهم مما هو منسوب إليه، أوإذا أمرت في الحكم بوقف تنفيذ العقوبة، أو إذا بلغ الحبس الاحتياطي مدة مساوية لأقصى ما

([1]) د. فائزة يونس الباشا، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص399.

يمكن الحكم به على المتهم لو أنه أدين في الجريمة من أجلها (المادة 426 أ.ج.ل).

ثانيا: الإفراج الجوازي: وهي عبارة عن رخصة لسلطة التحقيق ويخضع لسلطتها التقديرية المطلقة، وصفته التقديرية تقابل الصفة التقديرية للحبس الاحتياطي[1]، وجهة التحقيق لها أن تأمر بالإفراج من تلقاء نفسها أو بناء على طلب المتهم وهو جائر في جميع الجرائم وإزاء جميع المتهمين، ولا يخضع طلب الإفراج لشكل معين كما يصح أن يقدمه المتهم بنفسه أو بواسطة محامية، ولا يجب أن يشتمل على أسباب معينة[2].

وقد نظم قانون الإجراءات الجنائية الليبي الإجراءات والشروط المتطلبة في الإفراج عن المتهم بصورة دائمة أو مؤقتة في المواد (124 إلى 132) منه، وكان قد استلزم ضرورة توافر شروط معينة تكون سابقة على الإفراج الجوازي فإذا رفض المتهم الالتزام بواحد منها استمر حبسه، وتتمثل هذه الشروط في الآتي:

1- تعهد المتهم بالحضور كلما طلب منه ذلك وبأن لا يفر من تنفيذ الحكم الذي من الممكن أن يصدر ضده (المادة 124) إجراءات ليبي. هذا ولم ينص القانون على شكل معين لتقديم هذا التعهد، وبالتالي فإنه يجوز تقديمه كتابة أو شفهًا.

2- أن يعين المتهم لنفسه محل إقامة في الجهة الكائن بها مركز المحكمة المختصة وذلك في حالة إذا لم يكن مقيما فيها (م125) إجراءات. وهذا الشرط يسهل إجراءات إعلان المتهم بالأوراق وكذلك طلب حضوره عند اللزوم، وأيضا لسرعة ضبطه وتنفيذ الحكم الصادر بإدانته.

3- إذا كان قاضي التحقيق هو من يتولى التحقيق فإنه قبل أن يصدر أمره بالإفراج يجب عليه أن يسمع أقوال النيابة العامة (م124) إجراءات. وعلة هذا الشرط تكمن في أن النيابة العامة قد تقدم من المبررات المقنعة لقاضي التحقيق فتعدله عن قراره بالإفراج عن المتهم، مع العلم بأن للنيابة العامة ـ في حالة عدم اقتناع قاضي التحقيق بمبرراتها وأفرجت عن المتهم ـ الحق في استئناف أوامر قاضي التحقيق الصادرة بالإفراج عن المتهم[3] (م139) إجراءات.

وتجدر الإشارة أخيرا إلى أنه يجوز لسلطة التحقيق تعليق الإفراج الجوازي على إيداع كفالة من المتهم أو من غيره كضمانة للإفراج عنه، أو على سلوك معين يحدده له المحقق، وتقدر هذه الكفالة سلطة التحقيق أو الجهة المختصة بمد الحبس[4].

الفرع الثاني: التعويض عن الحبس الاحتياطي:

لا شك في أن الحرية هي أغلى وأثمن ما يملك الإنسان وقد تسلب هذه الحرية من المتهم فترة من الزمن بصدور إجراء الحبس الاحتياطي فيحرمه من

([1]) د.محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق،ـ رقم 790، ص713.

([2]) د.عوض محمد عوض، قانون الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، مرجع سابق، رقم 308، ص371.

([3]) نلاحظ هنا بأن المشرع الإجرائي الليبي قد قلل من الضمانات المقررة للمتهم عندما حرمه من حق الطعن على قرارات الحبس الاحتياطي وأجاز للنيابة العامة الحق في استئناف قرارات الإفراج الصادرة من قاضي التحقيق.

([4]) د.الهادي على بوحمرة، الموجز في قانون الإجراءات الليبي، مرجع سابق، ص199.

حريته ويسيء لسمعته ويبعده عن أسرته ومحيطه الاجتماعي ويعطل أعماله وأرزاقه طوال فترة حبسه، وإلى غير ذلك من الأضرار الناتجة عن هذا الإجراء.

وقد ينتهي التحقيق الذي أجري مع المتهم إلى إصدار أمرا بألا وجه لإقامة الدعوى الجنائية أو بصدور حكم من المحكمة ببراءته، أو لربما تأتي هذه البراءة متأخرة بعض الشيء بعد صدور حكم بالإدانة وتنفيذ جزء من العقوبة المحكوم بها ويتم اكتشاف براءته عن طريق الطعن بالتماس إعادة النظر، فهل يكفي في هذه الحالة أن يتم الإفراج فقط عن المتهم الذي لحقت به أضرار مادية ومعنوية ؟

وعليه فقد ثار الجدل حول مدى تحمل مسؤولية الدولة عن الحبس الاحتياطي غير المشروع وإمكانية تعويض المحبوس عن الأضرار التي أصابته جراء هذا الحبس، ذلك أن الإفراج عنه لا يكفي لجبر الضرر المادي والمعنوي الذي لحق به نتيجة لحبسه. كما أنه لا يختلف اثنان على أن هذا الشخص الذي تم تبرئته من حقه أن يطالب بالتعويض جراء ما أصابه به إجراء الحبس الاحتياطي.

وقد حرصت العديد من الدساتير[1] والاتفاقيات الدولية[2] على تأكيد حق من كان ضحية حبس احتياطي غير قانوني في المطالبة بالتعويض المادي والأدبي جراء هذا الحبس، وإن كانت قد تباينت في الشروط التي يجب توافرها في الشخص المطالب بالتعويض، وكذلك تباينت في كيفية تقدير هذا التعويض وفي الجهة التي تفصل فيه.

وإذا ما نظرنا إلى المشرع الفرنسي نجد أن المادة (149-150) من قانون الإجراءات الجزائية تنص على مبدأ عام يقضي بحق كل متهم ظهرت براءته في أن يطالب بتعويض عادل جراء الحبس الاحتياطي الذي تعرض له[3].

وأما عن المشرع الإجرائي المصري فقد نص في عجز المادة (312) مكرر– المضافة بالتعديل الجديد الصادر سنة 2006 – على أن " تعمل " الدولة على أن تكفل الحق في مبدأ التعويض المادي عن الحبس الاحتياطي وفقا للقواعد والإجراءات التي يصدر بها قانون خاص. ويعلق بعض الفقه[4] هنا بالقول بأن المشرع المصري بهذا التعديل الجديد وإن كان قد استجاب لمناداة الفقه إلا أنه لم يكن قاطعا في هذا الجانب، ولم يسلك سوى نصف الطريق فقط متأملين أن يستكمله بإصدار قانون يكفل بشكل واضح التعويض المادي عن الحبس الاحتياطي.

وبالنسبة للمشرع الإجرائي الليبي فلم ينص بشكل واضح وصريح على حق المتهم الذي ثبت براءته في المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي أصابته جراء الحبس الاحتياطي. مع العلم أن المشرع الليبي قد رسم طريقا آخر في هذا الشأن يتمثل في نظامي المخاصمة والتماس إعادة النظر، إلا أنهما وفقا لرأي بعض

([1]) انظر المادة 124 من الدستور الإيطالي، المادة 54 الدستور المصري، المادة 149 من الدستور الجزائري .

([2]) انظر المادة (9) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، وأيضا المادة (5) من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان.

([3]) د. عبد الرؤوف مهدي، شرح القواعد العامة، مرجع سابق، رقم 257، ص402، د. أحمد فتحي سرور، الوسيط...، مرجع سابق، ص623. د. أمين مصطفى محمد، الحبس الاحتياطي بين التطور التشريعي والواقع القضائي، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، مرجع سابق، ص 836 وما يليها.

([4]) د. أمين مصطفى محمد، قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص127.

الفقه[1]غير كافيين للحصول على التعويض حيث أن مخاصمة رجال القضاء ليست بالسهلة وغير واضحة الدلالة مما تجعل من الصعوبة بمكان التوصل لمساءلة القاضي وإلزامه بالتعويض. كما أن نظام التماس إعادة النظر غير كاف بالمرة لجبر الأضرار المادية والمعنوية بسبب اقتصاره على التعويض المعنوي فقط والمتمثل في نشر الحكم بالبراءة.

وفي ضوء ما سبق فإن الخطأ باعتباره سمه إنسانية ومن المتوقع أن يقع فيه أي شخص يؤدي عملا أو يمارس مهنة فإن الباحث يرى بأن مسألة تعويض المتهم عن الحبس الاحتياطي أمر وجوبي وذلك لجبر الضرر المادي والمعنوي الذي لحق به جراء الخطأ الذي وقع بمناسبة الأمر بمثل هذا الإجراء. وهذا التعويض أيضاً يعد ضمانة مهمه لحماية الحريات بحيث تجعل السلطات المختصة بالحبس الاحتياطي أكثر حذراً وحرصاً عندما تفكر في اتخاذ مثل هذا الإجراء لانها سوف تعلم بأن هناك مسئولية وآثار قد تترتب في حالة ثبت عدم مشروعية هذا الإجراء أو أنه كان نتاجاً لسوء استعمال السلطة.

وإضافة لذلك فإن فترة الاحتجاز الباطلة التي تعرض لها المتهم سوف ينتج عنها فقدان ثقة الناس في جهاز العدالة برمته، الأمر الذي يتطلب تدخل المشرع الليبي ليضع نصا قانونيا تحفظ بموجبه حقوق الأفراد في الحصول على تعويض عادل يخفف عليهم من وطأة وآثار هذا الإجراء ويصون به سمعة وهيبة ونزاهة المنظومة القضائية وجهاز العدالة .

(1) حسن سالم الحضيري، الضوابط القانونية للحبس الاحتياطي ..... ، مرجع سابق، ص242-243.

الخاتمة

بإتمام هذا البحث – بحمد الله ومنته - الذي سلطت الضوء فيه على موضوع الحبس الاحتياطي في القانون الليبي فقد حاولنا من خلاله إبراز أهمية هذه الدراسة والإلمام بكل جوانبها والإجابة على تساؤلاتها ومحاولة معالجة إشكالياتها الرئيسية.

ونظرا لأهمية المرحلة الانتقالية التي تمر بها ليبيا في وقتنا الحالي، ومن أجل إقامة نظام قانوني يوازن ما بين مصلحة الدولة وحقها في كشف الحقيقة وعقاب مرتكب الجريمة وبين حماية الحقوق والحريات الشخصية للأفراد فقد توصلنا من خلال هذه الدراسة إلى جملة من التوصيات أهمها:

1- نوصي المشرع الليبي بضرورة الاستعانة بنظام التحفظ على الأشخاص في حالة توافر دلائل كافية ضدهم على اتهامهم بارتكاب جرائم معينة والنص عليه بشكل صريح وذلك بدلا من سلطة القبض التلقائي المسموح بها لرجال الضبط القضائي في مثل هذه الظروف والتي نصت عليها المادة (24) من قانون الإجراءات الجنائية وجعل هذه السلطة قاصرة على أحوال التلبس بالجنايات والجنح فقط.

2- العمل على ضرورة التمييز بين المتهم والمشتبه فيه وذلك من خلال ضوابط محددة يكون فيها لكل منهما مركزه القانوني وضماناته وحقوقه، بحيث تعد مرحلة جمع الاستدلالات مرحلة اشتباه فقط إلى أن يتم تحريك الدعوى الجنائية ضد الشخص فتزول عنه بعد ذلك هذه الصفة وتحل محلها صفة المتهم.

3- الإسراع بإصدار قانون خاص بالأحداث ينظم شؤونهم ويحمي حرياتهم ويوفر لهم الضمانات الكافية ضد الإجراءات الجنائية التي تتخذ قِبلهم وذلك على غرار بعض القوانين في التشريعات المقارنة وبما يتماشى مع المعاهدات والمواثيق الدولية. وأيضا الاهتمام بزيادة عدد المدارس الإصلاحية والمنشآت التعليمية والمراكز الحكومية التي تعنى بشؤون الأحداث.

4- نوصي المشرع الليبي بإعادة النظر في نص المادة الثانية مكرر من قانون الإجراءات الجنائية لما يترتب عليها من تخويل رجال الضبط القضائي مباشرة جميع صلاحيات السلطة المختصة بالتحقيق وهو ما يعد تجاوزًا للقانون وإهداراً للضمانات وانتهاكاً لحرمة المواطن ومساساً بحريته. وإضافة لذلك فإن المبررات وحالة الضرورة التي شرعت لأجلها هذه المادة سنة 1953م قد زالت ولم يعد لها محل في وقتنا الحاضر.

5- نهيب بالمشرع الإجرائي الليبي أن يحذو حذو المشرع الفرنسي ويعمل على إيجاد بدائل عن الحبس الاحتياطي لتلافي مساؤه وسلبياته والاستعاضة عنه بوسائل أخرى على غرار نظام المراقبة القضائية.

وإلى ذلك الحين نقترح أن يتدخل المشرع ويقوم بتعديل نص المادة (115) من قانون الإجراءات بحيث لا تجيز لسلطة التحقيق المختصة اتخاذ إجراء الحبس الاحتياطي إلا إذا كانت الواقعة المتهم فيها الشخص معاقبا عليها بالحبس لمدة ((لا تقل عن سنة)) بدلا من أن تكون ((تزيد على ثلاثة أشهر)) كما فعل المشرع الإجرائي المصري في المادة (134).

ونحث كذلك على ضرورة النص وبشكل صريح على حد أقصى لمدة الحبس الاحتياطي التي من الممكن أن تأمر بها جهة التحقيق ويبقى فيها المتهم محبوسا وذلك لكي لا يبقى مهددا بحبس احتياطي مفتوح المدة، وأيضا على بيان مبررات هذا الحبس وتسبيب الأمر الصادر به لتوفير الحد الأدنى من الضمانات لحماية الحريات الشخصية للأفراد.

6- يقترح الباحث على المشرع الليبي بأن يعدل عن موقفه وينص صراحة على حق المتهم في الطعن على قرارات سلطة التحقيق الصادرة بحبسه أو بمده من خلال طعن قائم بذاته أمام القضاء، أو أمام أية جهة أخرى غير التي أصدرته، وذلك لزيادة الضمانات التي يجب أن يتمتع بها المتهمون الخاضعون لهذا الإجراء.

7- يوصي الباحث المشرع الليبي بضرورة التدخل بشكل عاجل وإصدار قانون خاص ينظم استحقاق التعويض المادي والمعنوي للمتهم الذي صدر أمر بحبسه احتياطيا وأفرج عنه بعد ثبوت براءته، وذلك للتخفيف من آثار هذا الإجراء الذي أساء لسمعته وأيضا لكي تكون جهات التحقيق المختلفة أكثر حذرا وحرصا ولا تسرف في اللجوء إلى مثل هذا الإجراء.

تم بحمد الله وتوفيقه

قائمة المراجع:

أولا: الكتب:

1. د.أحمد أبو الوفا، قانون العلاقات الدبلوماسية والقنصلية علما وعملا، دار النهضةالعربية، القاهرة، 1996.

2. د.أحمد بسيوني أبو الروس، المتهم، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، 2003.

3. د.أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، الطبعة السابعة، دار الطباعة الحديثة، القاهرة، 1993.

4. د.إدريس عبد الجواد عبد الله بريك، الحبس الاحتياطي وحماية الحرية الفردية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2008.

5. د.أشرف رفعت، شرح قانون الإجراءات الجناية الليبي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.

6. د.الهادي علي يوسف بوحمرة، الموجز في قانون الإجراءات الجنائية الليبي، الطبعة الثانية، مكتبة طرابلس العالمية، طرابلس- ليبيا،2018 .

7. د.أمين مصطفى محمد، قانون الإجراءات الجنائية، الجزءالثاني، دارالمطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2012.

8. د.حسن صادق الرصفاوي، الرصفاوي في أصول الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1998.

9. حسين حمودة المهدوي، الاختصاص الجنائي للرقابة الإدارية، مطابع الثورة، بنغازي، 1981.

10. د.رؤوف عبيد، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، الطبعة العاشرة، مطبعة الاستقلال الكبرى، القاهرة، 1974.

11. د.عبد الرؤوف مهدي، شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية القاهرة، 2000.

12. د.عبد الفتاح الصيفي، تأصيل الإجراءات الجنائية، دار الهدى للمطبوعات،السكندرية، 2004.

13. د.عوض محمد عوض :

ـــ المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2002.

ـــ قانون الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2008.

14. د.فائزة يونس الباشا، شرح قانون الإجراءات الجنائية الليبي، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.

15. د.فوزية عبد الستار، شرح قانون الإجراءات الجنائية، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977.
16. د.قدري عبد الفتاح الشهاوي، جرائم السلطة الشرطية، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1977.
17. د.مأمون محمد سلامة :
ـــ الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، الجزء الثاني، الطبع، منشورات المكتبة الجامعة، الزاوية، ليبيا 2000.
ـــ قانون الإجراءات الجنائية معلقا عليه بالفقه وأحكام النقض، الطبعة الثالثة، الجزء الأول، بدون ناشر، 2009.
18. د.محمد زكي أبو عامر، الإجراءات الجنائية، الطبعة التاسعة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2009.
19. د.محمد علي التائب، أساسيات استجواب المتهم بمعرفة سلطة التحقيق، مجلس الثقافة العام، سرت - ليبيا، 2008.
20. د.محمد علي سالم الحلبي، اختصاص رجال الضبط القضائي في التحري والاستدلال والتحقيق، الطبعة الأولى ، جامعة الكويت، 1982،
21. د.معوض عبد التواب، الحبس الاحتياطي علما وعملا، الطبعة السادسة، مكتبة عالم الفكر والقانون للنشر، طنطا ، 2002.
22. د.محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987.

ثانيا: الرسائل:

1- د.إبراهيم حامد طنطاوي، سلطات مأمور الضبط القضائي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1997.
2- حسن سالم عبد الرحمن الحضيري، الضوابط القانونية للحبس الاحتياطي في القانون الليبي، رسالة ماجستير، جامعة الاسكندرية، 2014.
3- د.عبد الباسط جمعة المهدوي، حقوق المشتبه فيه في مرحلة جمع الاستدلالات في القانون الليبي، رسالة دكتوراه، جامعة الاسكندرية، 2011.
4- د.محمد عودة ذياب الجبور، الاختصاص القضائي لمأمور الضبط، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1981.

ثالثا: البحوث والمقالات:

1- د.أحمد محمد أبو مصطفى، الحبس الاحتياطي وفقا لأحدث التعديلات، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق- جامعة الاسكندرية، 2010.
2- د.أمين مصطفى محمد، الحبس الاحتياطي بين التطور التشريعي والواقع القضائي، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق- جامعة الاسكندرية، 2010.

رابعا: المعاجم:

1- لسان العرب لابن منظور، الجزء الثاني، باب الحاء، دار الحديث للنشر والتوزيع، القاهرة، 2003.
2- معجم الرائد، دار العلم للملايين، بيروت، 1965.
3- معجم المصطحات القانونية، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 1998.

جامعة السيد محمد بن علي السنوسي الإسلامية

قسم القانون

عنوان البحث

الانحراف في استعمال السلطة

إعداد

الأستاذة : وداد حسين محمد الخرم

محاضر بكلية الشريعة والقانون - جامعة السيد محمد بن علي السنوسي الإسلامية

بسم الله الرحمن الرحيم

۞إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا وَإِذَا حَكَمۡتُم بَيۡنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحۡكُمُواْ بِٱلۡعَدۡلِۚ إِنَّ ٱللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِۦٓۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ سَمِيعَۢا بَصِيرٗا ٥٨

سورة النساء الآية (58)

مقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الحكم في قضائه العادل في جزائه والصلاة والسلام على نبي الحق وإمامه سيدنا محمد - ﷺ - خير من حكم فعدل وقضى فأقسط وعلى آله وصحبه وتابعيه إلى يوم الدين، وبعد...

تحتل الإدارة في الزمن المعاصر مكانة بين سلطات الدولة وأجهزتها المختلفة، فقد بلغ نشاطها درجة كبيرة من التزايد إذ أمتد إلى مجالات كثيرة لم تباشرها من قبل، وقد أدى التطور المتزايد في مهام الإدارة إلى أن دورها لم يعد يقتصر على حفظ النظام في المجتمع، بل تجاوز ذلك ليمتد إلى مختلف النواحي السياسية والاقتصادية والاجتماعية.

ومن خلال الدور الذي تقوم به الإدارة في الدولة المعاصرة، والتي تربطها بالأفراد علاقات في مختلف نواحي الحياة، فان الإدارة أثناء ممارسة مهامها تقوم باستعمال وسائل قانونية يمثل القرار الإداري ركيزتها الأساسية الذي يلزم لمشروعيته استيفاء أركانه القانونية، بل يكون صادراً عن سلطة مختصة، ومطابقاً للقوانين والأنظمة ومستنداً إلى سبب يبرره وأن يستهدف تحقيق الغاية التي من أجلها منحت الإدارة سلطة إصدار القرار الإداري.

وإذا كان الأصل أن سلطة الإدارة في إصدار القرارات مقيدة بالقانون، إلا أن المشرع نظراً لمقتضيات المصلحة العامة، وضرورة حسن سير العملية الإدارية قد منح الإدارة سلطة تقديرية ملائمة للقرار الإداري، فالاعتراف بالسلطة التقديرية للإدارة، لا يعنى الاعتراف لها بسلطة تنفيذية، بل يتعين استعمال تلك السلطة في حدود المشروعية، وذلك وفقاً لاعتبارات العدل والمصلحة العامة، فقد تستعمل الإدارة هذه الصلاحية لتنحرف بها عن المصلحة العامة، وذلك لتحقيق مصالح شخصية، وغير مشروعة، حيث يشكل هذا الانحراف انحرافاً بغاية القرار الإداري عن المصلحة العامة، ومن ثم كان قرار الإدارة معيباً بعدم المشروعية لانحرافها في استعمال السلطة، ومستوجباً الإلغاء.

موضوع الدراسة:

يعد عيب الانحراف في استعماله السلطة من العيوب الأساسية التي تصيب الغاية من القرار الإداري ، كما يعد من أكثر عيوب القرار الإداري شيوعاً، وأكثرها خطورة على المصلحة العامة، وهي الحقوق والحريات العامة للأفراد.

أهمية الدراسة:

كما تبرز أهمية هذا البحث في اعتباره أكثر عيوب القرار الإداري انتشاراً في الحياة لارتباطه بالسلطة التقديرية للإدارة، حيث أدى ظهور هذا العيب إلى زيادة كبيرة في عدد دعاوي الإلغاء، ولهذا نتطلع بأن يكون هذا البحث إضافة وعوناً للباحثين والمعنيين بهذا الأمر.

أهداف الدراسة:

لكل عمل هدف، وهذه الدراسة نسعى فيها إلى تحقيق عدد من الأهداف المختلفة في إثراء المعرفة بدراسة خاصة من عيب الانحراف في استعمال السلطة وبيان أهميته وخصائصه وطبيعته القانونية وأيضاً بيان أهم حالات عيب الانحراف في استعمال السلطة مع بيان كيفية إثبات عيب الانحراف في استعمال السلطة.

خطة الدراسة:

- المبحث الأول: مفهوم عيب الانحراف في استعمال السلطة.
- المطلب الأول: المقصود بعيب الانحراف في استعمال السلطة.
- المطلب الثاني: أهمية عيب الانحراف في استعمال السلطة.
- المبحث الثاني: خصائص عيب الانحراف في استعمال السلطة.
- المطلب الأول: الصفة الاحتياطية لعيب الانحراف في استعمال السلطة.

- المطلب الثاني: الصفة القصدية لعيب الانحراف في استعمال السلطة.
- المبحث الثالث: حالات عيب الانحراف في استعمال السلطة.
- المطلب الأول: الانحراف بالسلطة عن المصلحة العامة.
- المطلب الثاني: إثبات عيب الانحراف في استعمال السلطة.
- الخاتمة.
- قائمة المراجع.
- فهرس الموضوعات.

المبحث الأول: مفهوم عيب الانحراف في استعمال السلطة.

المطلب الأول: المقصود بعيب الانحراف في استعمال السلطة.

المطلب الثاني: أهمية عيب الانحراف في استعمال السلطة.

المبحث الأول

مفهوم عيب الانحراف في استعمال السلطة

من خلال هذا المبحث ولإيضاح عيب الانحراف في استعمال السلطة، فإن الأمر يتطلب عرض المقصود بهذا العيب مع بيان أهميته وذلك من خلال مطلبين فيما يأتي:

المطلب الأول: المقصود بعيب الانحراف في استعمال السلطة:-

يقصد بعيب الانحراف بالسلطة خروج جهة الإدارة عند مباشرتها لأوجه نشاطها عن هدف الصالح العام أو عن الأهداف التي ينص عليها المشرع عند تحديده لاختصاصاتها، بمعنى أن هذا العيب يتعلق بركن الغاية في القرار الإداري، فكلما كانت الإدارة تهدف من إصدارها لقرارها تحقيق هدف لا يتعلق بالمصلحة العامة التي حددها المشرع لها كان القرار معيباً بعيب الانحراف بالسلطة وتعين إلغاؤه لعدم مشروعيته، وهذا ما أوضحته محكمتنا العليا في العديد من قراراتها، حيث تقول في قرارها الصادر بتاريخ (26 / 6 / 57):" أن عيب الانحراف الذي يطلق عليه أحياناً إساءة استعمال السلطة هو أن يستعمل رجل الإدارة سلطته التقديرية لتحقيق غرض غير معترف له به ..." إذ يجب أن يقتصر رجل الإدارة على تحقيق الأغراض التي يجوز استخدام القرار لتحقيقها بحيث لو استعمل القرار لتحقيق غيرها حتى لو تعلقت تلك الأهداف بالصالح العام، اعتبر القرار باطلاً للانحراف وجاز إلغاؤه ... وحيث أنه ينبني على ما تقدم أن عيب الانحراف مرتبط بأهداف القرارات الإدارية حسناً كان الهدف الذي تسعى إليه الإدارة أو سيئاً، والمعوّل عليه في رقابة عيب الانحراف أن يضع رجل الإدارة نصب عينه غرضاً يتعلق بالصالح العام أعد هذا القرار لتحقيقه بالذات[1].

المطلب الثاني: أهمية عيب الانحراف في استعمال السلطة:-

تكمن الأهمية القانونية لعيب الانحراف في استعمال السلطة وخطورته من حيث ارتباطه بغاية القرار الإداري في مجال السلطة التقديرية[2] ، أي في الأحوال التي

---

(1) – أشار المشرع إلى هذا العيب كمرجع من مراجع الطعن بالإلغاء، وذلك في المادة (21) من قانون المحكمة العليا لسنة 1953م ، والمادة الثانية من قانون رقم (88)لسنة 1971م بشأن القضاء الإداري .

(2) – أنظر: عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري، القاهرة، سنة 2001. .

يترك فيها المشرع للإدارة جانباً من الحرية في التدخل أو السلطة وفي اختيار الوقت المناسب للتدخل ، ومن هنا ظهرت أهمية الاستناد إلى سبب الانحراف بالسلطة باعتباره قيداً على تلك السلطة،وضماناً لحماية الأفراد من تعسفها.

كذلك فإن اعتبار الانحراف في استعمال السلطة سبب من أسباب الطعن بإلغاء القرار الإداري، يمثل مرحلة هامة من مراحل تطور رقابة المشروعية، إذ أنه رغم صحة العمل الإداري في ظاهره، فإن القضاء يذهب إلى التصدي لأمور مستترة وخفية، وهذه مرحلة متقدمة سمحت للقاضي البحث عن أشياء يتعذر كشف مخبوئها ويصعب منها، وهو ما جعل إثبات هذا العيب أمراً صعباً[1]، مما يدل على مدى التوسع في رقابة القضاء لمشروعية أعمال الإدارة، وعلى مدى أهمية هذا العيب في فرض رقابة على مخالفة روح القانون وغاياته عندما تختفي الإدارة بمظهر العمل الإداري الصحيح[2]، وبذلك تبرز الأهمية القانونية لعيب الانحراف في استعمال السلطة في أنه يعتبر مظهراً لاتساع نطاق الرقابة القضائية على فحص المشروعية الخارجية أو الظاهرية لأعمال الإدارة، بل امتدت إلى الكشف عن النوايا والبواعث التي تدفع الإدارة إلى مباشرة سلطاتها وممارسة اختصاصاتها[3].

بالإضافة إلى الأهمية القانونية لعيب الانحراف في استعمال السلطة أهمية من الناحية العملية، فقد ترتب على ظهور هذا العيب كسبب من أسباب الإلغاء زيادة عدد دعاوي الإلغاء حيث أن هذه الدعاوي تستهدف حماية الشرعية عن طريق إلغاء القرارات الإدارية المجافية لها، ففي خصومة توجه نحو قرار إداري غير مشروع دفاعاً عن مبدأ المشروعية ولا يقصد بها شخص معين.

كذلك أيضاً فإن للانحراف في استعمال السلطة أهمية العملية نظراً لأن الرقابة على عيب الانحراف رقابة دقيقة، ومهمة القاضي الإداري فيها شاقة، حيث تشمل فحص المشروعية الخارجية والبحث عن الغاية أو الهدف الحقيقي الذي استهدفته الإدارة حينما أصدرت قرارها بعيداً عن المصلحة العامة، أو مخالفة الهدف الذي حدده القانون لها، وهو لذلك بحث على درجة كبيرة من الصعوبة العملية، ومن ثم فإن خفاء عيب الانحراف وصعوبة الكشف عنه قد أدى إلى كثرة إقدام الإدارة على

(1) – أنظر: د. محمد عبد الله الحراري، الرقابة على الإدارة في القانون الليبي، رقابة دائرة القضاء الإداري، دار الكتاب الوطنية، بنغازي ليبيا- ط4، ص 236 .

(2) – أنظر: د. سليمان محمد الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة "الانحراف بالسلطة"، مطبعة عين شمس، ط3، 1978م، ص 86 .

(3) – أنظر: المستشار. حمدي ياسين عكاشة، القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، منشأت المعارف الإسكندرية، 1978، ص 658 .

ارتكاب هذا العيب والذي تكون به الإدارة في مأمن من إلغاء القضاء لقرارها، مما ساهم في اتساع نطاق عيب الانحراف في استعمال السلطة وزيادة وقوعه في الحياة العملية[1].

[1] – د. خليفة سالم الجهمي، أحكام ومبادئ القضاء الإداري الليبي، دار الكتب الوطنية، بنغازي ليبيا، ط1، 2009، ص 333 .

مبحث الثاني: خصائص عيب الانحراف في استعمال السلطة.

المطلب الأول: الصفة الاحتياطية لعيب الانحراف في استعمال السلطة.

المطلب الثاني: الصفة القصدية لعيب الانحراف في استعمال السلطة.

المبحث الثاني

خصائص عيب الانحراف في استعمال السلطة

يتسم عيب الانحراف في استعمال السلطة بخصائص معينة لها انعكاس على نطاق الرقابة التي يمارسها القضاء الإداري وعليه سوف نتحدث عن هذه الخصائص من خلال مطلبين فيما يأتي:-

المطلب الأول: الصفة الاحتياطية لعيب الانحراف في استعمال السلطة:-

يعتبر عيب الانحراف بالسلطة كما تحدثنا سابقاً من أكثر العيوب التي تشوب القرارات الإدارية دقة وصعوبة، ولهذا فقد أضفى القضاء الإداري الليبي والمقارن على هذا العيب الصفة الاحتياطية كأحد أوجه إلغاء القرارات الإدارية لصعوبة إثباته، بحيث أنه لو طعن في القرار بواحد أو أكثر من العيوب الأخرى مع عيب الانحراف بالسلطة، فإن القاضي الإداري يبدأ بفحص تلك العيوب أولاً، ولا يلجأ إلى البحث في عيب الانحراف إلا في آخر المطاف إذا لم يسفر بحثه في العيوب الأخرى عن نتيجة تؤدي إلى إلغاء القرار، وهو ما أدى إلى التقليل من تأثيريه والحد من حالات تطبيقه، وقد أشارت المحكمة العليا إلى الصفة الاحتياطية لعيب الانحراف بالسلطة في حكمها الصادر بتاريخ 28 / 2 / 1970م في الطعن الإداري رقم (8 / 11 ق) الذي جاء فيه "أن القرار الإداري المطعون فيه يكون مخالفاً للقانون وخاطئاً في تطبيقه وتأويله مما يتعين معه إلغاؤه، وفي هذا كل الغناء عن مواجهة وجه الطعن بالانحراف في استعمال السلطة، ذلك أنه من المقرر في الفقه والقضاء الإداري أنه إذا عيب القرار الإداري بأي عيب آخر مع الانحراف، فإن القضاء الإداري يبدأ بفحص العيب الآخر، فإذا انتهى إلى توافره قضى بإلغاء القرار دون ما حاجة إلى التعرض لعيب الانحراف، وليس للطعن أن يتضرر من عدم التعرض لعيب الانحراف ما دام قد وصل إلى مبتغاه"[1].

وهو ما أكدته أيضاً المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 15 / 12 / 1994م في الطعنين (1120و37/1320 ق) بقولها "أن القرار المطعون فيه جاء مشوباً بالخطأ في تطبيق قواعد التنسيق، ويتعين لذلك إلغاؤه

[1] – مجلة المحكمة العليا، س6، ع3، ص64 وما بعدها .

دون حاجة لبحث الوجه الثاني من الطعن، والمبني على إساءة استعمال السلطة"[1].

المطلب الثاني: الصفة القصدية لعيب الانحراف في استعمال السلطة:-

عيب الانحراف بالسلطة هو عيب يعيب ركن الغاية في القرار الإداري وبالتالي فهو يتعلق بالنواحي النفسية والقصدية للجهة الإدارية مصدرة القرار وبالدوافع المستترة التي دعتها إلى إصداره، فالقرار المعيب بالانحراف بالسلطة هو قرار سليم بالنسبة لجميع أركانه الأخرى فيما عدا ركن الغاية، ومن هنا أتت خطورة عيب الانحراف لأن الإدارة في حماية مظهر المشروعية تحاول تحقيق أغراض غير مشروعة.

وهذا ما أشارة إليه دائرة القضاء الإداري بمحكمة طرابلس في الدعوى رقم (14) لسنة 73 بجلسة 4/ 12/ 72 حيث قالت: "إن إساءة استعمال السلطة عيب مستقل يلحق بالقرارات الإدارية ويتميز بطبيعته عن غيره من العيوب التي تشوبها وبمقتضاه أن القرار المعيب به قد صدر من شخص بإصداره وأستوفى الإجراءات الشكلية المقررة وطابق القانون من حيث محله (وله سبب مشروع) ولكن الإدارة في حماية من مظهر المشروعية تحاول أن تحقق بقرارها أغراضاً غير مشروعة، وهو عيب قصدي يتعين على من يتحدى به أن يقوم بإثباته"[2].

ولهذا السبب فإن مهمة دوائر القضاء الإداري في مجال بحثها بهذا العيب هي مهمة شاقة وحساسة لأن رقابة هذه الدوائر لا تمثل في مطابقة القرار الإداري المطعون فيه للقواعد القانونية من حيث الاختصاص والشكل والمحل والسبب، وإنما تتعدى ذلك إلى بحث وتقصي البواعث الخفية والدوافع النفسية التي حملت الإدارة في إصدارها للقرار الإداري.

ومثال ذلك: أن تلجأ الإدارة إلى الاستيلاء المؤقت على العقاراتـ بدلاً من سيرها في طريق إجراءات نزع الملكية للمنفعة العامة تفادياً لطول إجراءات نزع الملكية،

[1] – أنظر: د. خليفة سالم الجهمي، مرجع سابق، ص336، وأنظر أيضاً: د. محمد رفعت عبد الوهاب، أصول القضاء الإداري (قضاء الإلغاء ، قضاء التعوض)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص210 .

[2] – أنظر: قرار المحكمة العليا في الطعن الإداري رقم (3/6ق)، قضاء المحكمة العليا القضاء الإداري والدستوري، الجزء الأول، ص79.

أو أن تقرر الإدارة ندب موظف وهي تستهدف في الحقيقة معاقبته وتلجأ إلى قرار الندب لتجريده من ضمانات التأديب[1].

---

[1] – د. مازن ليو راضي، الوجيز في القضاء الإداري الليبي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003، ص224.

المبحث الثالث: حالات عيب الانحراف في استعمال السلطة.

المطلب الأول: الانحراف بالسلطة عن المصلحة العامة.

المطلب الثاني: إثبات عيب الانحراف في استعمال السلطة.

المبحث الثالث: حالات بسبب الانحراف في استعمال السلطة

من خلال هذا المبحث سوف يتم على حالات عيب الانحراف في استعمال السلطة من خلال مطلبين فيما يأتي:-

المطلب الأول: الانحراف بالسلطة عن المصلحة العامة:-

السلطة المخولة للإدارة في إصدار القرارات الإدارية ليست غاية أو هدف في حد ذاتها، بل هي وسيلة لتحقيق أغراض المصلحة العامة التي يتطلبها النشاط الإداري في مجالاته المختلفة، وهذه الأغراض حتى لو تخلى المشرع عن تحديدها، فإن ذلك لا يعني ترخص الإدارة في اختيار ما تشاء من الأغراض والغايات كهدف لقراراتها الإدارية، وإنما يلقي على عاتقها تحري أغراض وجه المصلحة العامة الأجدر بالرعاية لتحقيق أهدافها من وراء إصدار قراراتها، وذلك في ضوء الفكرة العامة التي يفترض أن تحكم جميع أفراد المجتمع، أما إذا تدخل المشرع وحدد بنفسه تلك الأغراض والغايات التي يجب أن تستهدفها الإدارة من قراراتها، فإنه يتعين على الإدارة الالتزام بهذه الأغراض والغايات بالذات دون أن تتعداها إلى غيرها، حتى ولو كان ذلك من شأنه استهداف مصلحة عامة أخرى وقد تكون أبدى وأولى، فهو ما يعرف بقاعدة تحقيق الأهداف، ومن هذا القبيل أيضاً استخدام الإدارة إجراءات معينة في غير ما شرعت من أجله للوصول إلى الهدف الذي تسعى إليه[1].

وقد أجملت المحكمة العليا المعاني المتقدمة في حكمها الصادر بتاريخ 1957/6/26م في الطعن الإداري رقم (3/6ق) الذي جاء فيه "أن عيب الانحراف بالسلطة مرتبط بأهداف القرارات الإدارية، حسناً الهدف الذي تسعى إليه الإدارة أم سيئاً، والمعول عليه في رقابة الانحراف أن يضع رجل الإدارة نصب عينه غرضاً يتعلق بالصالح العام أعد هذا القرار لتحقيقه بالذات، ويتفرع على ذلك أن حالات عيب الانحراف يمكن ردها إلى صورتين:-

1. الأغراض التي تجانب المصلحة العامة سواء بقصد الانتقام أو تحقيق نفع شخصي أو غرض سياسي.

---

(1) – عبد الله محمد الحراري، أصول القانون الإداري الليبي، جامعة الفاتح، منشورات الجامعة المفتوحة، ط2، 1995، ص 174 وما بعدها.

2. مجافاة قاعدة تخصيص الأهداف بالخروج بالقرار عن الهدف الذي يرمي إليه القانون إلى هدف آخر مشروع، كحالة الانحراف في سبيل المصلحة المالية للإدارة، **ومثل** حالة استعمال الإدارة سلطة الاستيلاء المؤقت علي العقارات بينما هي تقصد في الحقيقة الاستيلاء الدائم الذي ليس له وسيلة قانونية غير نزع الملكية"[1].

المطلب الثاني: إثبات عيب الانحراف في استعمال السلطة:-

الأصل في الانحراف بالسلطة أن يقع عبء إثباته على عاتق من يدعيه فإن عجز عن ذلك خسر دعواه ولا يجوز للمحكمة أن تتصدى لهذا العيب من تلقاء نفسها.

ولاسيما وأن القرارات الإدارية تتمتع بقرينة المشروعية وعلى من يدعي مخالفتها للمشروعية إثبات ذلك، وفي ذلك أوضحت المحكمة العليا: "الأصل في القرارات الإدارية صحة مشروعيتها إلى أن يثبت عكس ذلك لأن عيب الانحراف يتميز بإنه عيب خفي يستره مظهر من المشروعية الشكلية وأن مهمة أثباته تقع على عاتق طالب الإلغاء"[2].

وبالنظر إلى صعوبة موقف المدعي وعجزه في أحيان كثيرة عن إثبات هذا الانحراف ما دام يتعلق بالنواحي الفنية لمصدر القرار، فقد درج القضاء على أنه إذا كان نص القرار أو ما تضمنه أوراق ومستندات تؤدي إلى إثبات الإساءة أو الانحراف بالسلطة، فإنه يجوز للقاضي أن يحكم من تلقاء نفسه بإلغاء القرار دون أن يحمل طالب الإلغاء إقامة الدليل عل وقوع الانحراف.

كذلك استقر مجلس الدول الفرنسي والمصري على قبول الدليل المستمد من القرائن لإثبات عيب الانحراف[3].

وقد سايرت المحكمة العليا في ليبيا هذا الاتجاه لكنها اشترطت أن تكون هذه القرائن مقنعة ولا تدع مجالاً للشك في وقوع الانحراف وفي هذا تقول في حكمها بتاريخ 1990/3/4: "أن قضاء هذه المحكمة قد استقر على أن عيب الانحراف

---

(1) – القضاء الدستوري والإداري للمحكمة العليا،ج1، ص90، وهو ما أوردته في حكمها الصادر بتاريخ 1994/1/22م في الطعن الإداري رقم (39/44 ق) بقولها: "أن عيب الانحراف بالسلطة يكون عندما تقصد جهة الإدارة بإصدارها قرارها مجرد الانتقام الشخصي، أو تحقيق غرض لا يتعلق بالصالح العام أو تحقيق مصلحة مغايرة لتلك التي تبتغيها" مجلة المحكمة العليا، س29، ع3-4، ص 34.

(2) – حكم المحكمة العليا بتاريخ 1966/6/25، طعن إداري 12/23 ق. م.م..ع، السنة الثالثة، العدد الأول، ص7 .

(3) – حكم المحكمة العليا بتاريخ 1990/3/4 طعن إداري (36/27 ق.م. م.ع) العددان الأول والثاني، السنة السادسة والعشرون، ص40.

وأنظر أيضاً: د. منصور إبراهيم الغنوم، القضاء الإداري دراسة مقارنة، جامعة عمان الأهلية، دار وائل للنشر، ط1، 2013م، ص175 وما بعدها .

بالسلطة هو من العيوب القصدية التي يقع عبء إثباتها على من يدعيها، بحيث يقام الدليل على أن جهة الإدارة قصدت بإصدار قراراها مجرد الانتقام الشخصي، أو تحقيق غرض لا يتعلق بالصالح العام، أو تحقيق مصلحة مغايرة لتلك التي يتبناها القانون، لذلك يتعين إثبات هذا العيب أدلة إيجابية وقرائن مقبولة لا تدع مجالاً للشك في وقوعها".

ويمكن للقضاء أن يستدل على وجود الانحراف من الظروف المحيطة بالقرار وتوقيت وطريقة إصداره وتنفيذه، وقد أجاز المشرع الليبي للقضاء الإداري أن يأمر باستدعاء الخصوم لسؤالهم عن الوقائع المحيطة باتخاذ القرار للوقوف على أهداف الإدارة وبواعثها إذ نصت المادة (16) من قانون رقم 88 لسنة 1971م بشأن القضاء الإداري: "للمستشار المقرر أن يأمر باستدعاء الخصوم لسؤالهم عن الوقائع التي يرى لزوم أخذ أقوالهم فيها، وله إجراء تحقيق في الوقائع أو أن يأمر بإدخال خصم آخر في الدعوى أو تكليف الخصوم بتقديم مذكرات أو مستندات تكميلية أو غير ذلك من إجراءات التحقيق في الأجل الذي يعنيه لذلك"[1].

(1) – أنظر: د. مازن ليلو راضي، مرجع سابق، ص 225 وما بعدها .

الخاتمة:

بعد الانتهاء بتوفيق من عند الله من إعداد هذا البحث بعنوان الانحراف في استعمال السلطة تبين لنا أن عيب الانحراف في استعمال السلطة الذي يصيب الغاية من القرار الإداري، ولا زال يحتفظ بمكانته كوجه من أوجه الطعن بإلغاء القرار الإداري، باعتباره أخطر عيوب القرار على حقوق الأفراد وحرياتهم، وعلى الإدارة في حد ذاتها، لما ينتج عنه من زعزعة للثقة الواجب توافرها بين الإفراد والإدارة، ولا يتحقق هذا العيب إلا إذا ثبت أن الإدارة قد انحرفت بسلطتها عن الهدف الذي من أجله منحت السلطة، وهذا الأمر ليس من السهل إثباته، لأن عيب الانحراف في استعمال السلطة أشد العيوب خفاء ورقة لاتصالها غالباً بنوايا ومقاصد مصدر القرار، وتستره خلف مظاهر المشروعية الأخرى، وقد كان لرقابة القضاء الدور الفعال المؤثر على القرارات الإدارية المعيبة بعيب الانحراف في استعمال السلطة من خلال إلغاء تلك القرارات وترتيب مسؤولية الإدارة عن الأضرار الناتجة عنها.

وقد حاولت من خلال هذه الدراسة أن نتناول مفهوم هذا العيب بالإضافة إلى بيان أهميته وخصائصه مع بيان حالاته وكيفية إثبات هذا العيب ومن خلال دراستي لهذا الموضوع سوف أقوم بإبراز أهم النتائج والتوصيات التي تم استخلاصها والتي تستهدف الدراسة الوصول إليها، وذلك على النحو الآتي:-

أولاً: التوصيات:-

1. يعد الانحراف في استعمال السلطة من أكثر المصطلحات دلالة على العيب الذي يصيب الغاية من القرار الإداري.
2. أكد قضاء محكمتنا العليا على أهمية عيب الانحراف في استعمال السلطة التي تمثل اتساعاً للرقابة على مشروعية أعمال الإدارة واحتفاظه بمكانته كوجه من أوجه الطعن بإلغاء القرارات الإدارية ، وذلك من خلال الاستناد لهذا العيب في العديد من أحكامه، لإلغاء القرارات الإدارية التي يشوبها الانحراف.
3. تعتبر السلطة التقديرية للإدارة المجال الحقيقي لظهور عيب الانحراف في استعمال السلطة وذلك في الأحوال التي يترك المشرع للإدارة جانباً من الحرية في إصدار القرار الإداري أو عدم إصداره، وفي تقدير خطورة بعض الوقائع وما يناسبها من الوسائل، ولا يتصور أن يثار هذا العيب إذا

كانت سلطة الإدارة مقيدة لأن الإدارة تكون ملزمة بتنفيذها عندما يفرضه عليها القانون.

ثانياُ: التوصيات:-

1. ندعو السلطات الإدارية إلى الالتزام بتحقيق المصلحة العامة، دون اعتداء على حقوق الأفراد وحرياتهم، بما يتوافق مع القوانين والأنظمة المقررة، وذلك لتجنب شبهة الانحراف في استعمال السلطة.
2. نوصي السلطات الإدارية أن تضع نفسها في أفضل الظروف عند ممارسة صلاحياتها القانونية.
3. ندعو الأفراد الذين تهدر مصالحهم جراء أخطاء الإدارة وانحرافها في استعمال سلطتها، باللجوء إلى القضاء للطعن في إلغاء قرارات الإدارة المعيبة، والمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بهم، لأن التقصير والتغاضي عن مسألة الإدارة عن أخطائها فيه تشجيع للإدارة بارتكاب المزيد من الانحراف في استعمال السلطة.

وختاماً أقول الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات فأرجوا من الله -سبحانه وتعالى – أن أكون قد وفقت في هذا الموضوع.

وأخر دعوانا الحمد لله رب العالمين.

قائمة المراجع:-

أولاً الكتب:

1. المستشار. حمدي ياسين عكاشة، القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، منشأت المعارف الإسكندرية، 1978.
2. د. خليفة سالم الجهمي، أحكام ومبادئ القضاء الإداري الليبي، دار الكتب الوطنية، بنغازي ليبيا، ط1، 2009.
3. د. سليمان محمد الطحاوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة "الانحراف بالسلطة"، مطبعة عين شمس، ط3، 1978م.
4. د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الانحراف بالسلطة عيب لإلغاء القرار الإداري، القاهرة، سنة 2001.
5. د. مازن ليو راضي، الوجيز في القضاء الإداري الليبي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003.
6. د. محمد عبد الله الحراري، الرقابة على الإدارة في القانون الليبي، رقابة دائرة القضاء الإداري، دار الكتاب الوطنية، بنغازي ليبيا- ط4.
7. د. منصور إبراهيم القتوم، القضاء الإداري دراسة مقارنة، جامعة عمان الأهلية، دار وائل للنشر، ط1، 2013م.
8. عبد الله محمد الحراري، أصول القانون الإداري الليبي، جامعة الفاتح، منشورات الجامعة المفتوحة، ط2.

ثانياً: أحكام القضاء والقوانين:-

1. مجلة المحكمة العليا المكتب الفني، طرابلس.
2. القانون رقم (88) لسنة 1971 بشأن القضاء الإداري.
3. قانون مجلس الدولة رقم (47) لسنة 1972.

ثالثاً: المحاضرات:-

1. د. عبد الوهاب زايد الكاديكي ، مبادئ القانون الإداري الليبي ، محاضرات ألقيت على طلبة ليسانس القانون، السنة الثانية ، كلية الحقوق، جامعة بنغازي، 2006-2009 ، غير منشورة.
2. د. عبد الله زايد الكاديكي، محاضرات ألقيت على طلبة أكاديمية الدراسات العليا، فرع بنغازي، 2007، غير منشورة.

المحتويات

مقدمة... 253

موضوع الدراسة: 254

أهمية الدراسة:... 254

أهداف الدراسة: 254

خطة الدراسة: 254

المبحث الأول... 257

مفهوم عيب الانحراف في استعمال السلطة 257

المطلب الأول: المقصود بعيب الانحراف في استعمال السلطة:- 257

المطلب الثاني: أهمية عيب الانحراف في استعمال السلطة:- 257

المبحث الثاني.. 261

خصائص عيب الانحراف في استعمال السلطة 261

المطلب الثاني: الصفة القصدية لعيب الانحراف في استعمال السلطة:-....... 262

المبحث الثالث: حالات بسبب الانحراف في استعمال السلطة 265

المطلب الأول: الانحراف بالسلطة عن المصلحة العامة:-.................... 265

المطلب الثاني: إثبات عيب الانحراف في استعمال السلطة:- 266

الخاتمة:.. 268

أولاً: التوصيات:- 268

ثانياُ: التوصيات:- 269

قائمة المراجع:-... 270

طبيعة اختصاص المجلس الأعلى للقضاء الليبي بالفصل في المنازعات الوظيفية لأعضاء الهيئات القضائية

أ. يوسف عبد الله يوسف موسى

جامعة عمر المختار

كلية القانون

قسم القانون العام

الدرجة العلمية:محاضر

ملخص البحث

تناولت الدراسة البحث في الطبيعة القانونية لاختصاص المجلس الأعلى للقضاء بالفصل في طلبات أعضاء الهيئات القضائية المتصلة بشئونهم الوظيفية، ومدى دستورية تحصين المشرع للقرارات الصادرة عن المجلس في هذا الشأن.

بدايةً نؤيد تعديل المشرع لتشكيل المجلس الأعلى للقضاء والذي أسند من خلاله رئاسة المجلس لمن يملك الصفة القضائية، آلا وهو رئيس المحكمة العليا، وكذلك حرص المشرع على تمثيل كل محاكم الاستئناف في تشكيل المجلس، وإعادته لتمثيل إدارة القضايا، والمحاماة العامة، وإدارة القانون داخل تشكيل المجلس.

وقد انتهيت في هذه الإدارة استناداً إلى إعادة تشكيل المجلس، والذي أصبح تشكيلاً قضائياً بحتاً، بأن اختصاص المجلس في هذا المجال هو اختصاص قضائي، يفصل فيما يعرض عليه من طلبات أعضاء الهيئات القضائية، بأحكام قضائية وليس قرارات إدارية، وبذلك فإن هذا الاختصاص يمثل استثناءً على اختصاص الدوائر الإدارية بمحاكم الاستئناف المدنية صاحبة الاختصاص الأصيل بالفصل في طلبات إلغاء القرارات الإدارية.

Research Summary

After this study, I ended up supporting the amendment of the Libyan legislator to form the Supreme Judicial Council, through which the presidency of the Council was entrusted to those who have judicial status, namely, the President of the Supreme Court., And manage the law within the formation of the council.

I concluded in this study based on the restructuring of the Council, which has become a purely judicial composition, that the jurisdiction of the Council in this area is a jurisdiction, is separated in the requests submitted by members of judicial bodies by judicial decisions and not administrative decisions, and thus this competence is an exception to the jurisdiction Administrative departments of the Civil Appeals Courts with original jurisdiction to decide on requests for cancellation of administrative decisions.

مقدمة

بالنظر إلى طبيعة عمل أعضاء الهيئات القضائية، لا سيّما رجال السلطة القضائية، ومكانتهم، وموقفهم الحساس بشأن ما قد يتعرضون له من منازعات

متصلة بشئونهم الوظيفية، رأى المشرع الليبي بأهمية حسم طلباتهم ومنازعاتهم الوظيفية داخل الجهاز القضائي.

ولهذا أسند المشرع الليبي الاختصاص بالفصل في المنازعات الإدارية الوظيفية، والدعاوى التأديبية المتعلقة بأعضاء الهيئات القضائية للمجلس الأعلى للقضاء.([1])

والجدير بالذكر أن هذه المنازعات كانت تدخل في اختصاص مشترك بين دوائر القضاء الإداري بمحاكم الاستئناف المدنية، والمجلس الأعلى للهيئات القضائية وفق تسميته السابقة طبقاً لنص المادة (134) من قانون نظام القضاء الملغى رقم 51 لسنة 1976. ([2])

وبذلك أصبح المجلس الأعلى للقضاء هو الجهة الوحيدة المختصة بالفصل في طلبات أعضاء الهيئات القضائية (قضاة – أعضاء النيابة العامة – أعضاء إدارة القضايا - المحامون العامون – أعضاء إدارة القانون) المتعلقة بالقرارات الصادرة في أي شأن من شؤونهم الوظيفية، والقرارات التأديبية، والمنازعات الخاصة بالمرتبات والمعاشات والمكافآت المستحقة لهم.

وفي سياق هذا الاختصاص، نجد المشرع الليبي قد حصن قرارات المجلس الأعلى للقضاء المتعلقة بالفصل في منازعات أعضاء الهيئات القضائية، بحيث لا يجوز الطعن فيها بأي طريق كان، وأمام أية جهة كانت، وذلك قبل عدوله عن هذا التحصين.

وفي هذا السياق نحاول التعرف على الطبيعة القانونية لاختصاص المجلس الأعلى للقضاء بالفصل في المنازعات الوظيفية لأعضاء الهيئات القضائية، ومدى أهمية إسناد هذا الاختصاص للمجلس من الناحية العملية.

أهمية البحث:

تبرز الأهمية النظرية، والعملية للبحث من خلال الوقوف على فلسفة إسناد المنازعات الوظيفية لأعضاء الهيئات القضائية للمجلس الأعلى للقضاء، وكذلك تحديد طبيعة اختصاص المجلس الأعلى للقضاء بالفصل في طلبات أعضاء الهيئات القضائية، من خلال تحديد مدى الفائدة

1-ينصرف تعبير الهيئات القضائية طبقاً لنص المادة الأولى من القانون رقم 6 لسنة 2006 بشأن نظام القضاء إلى "إدارة التفتيش على الهيئات القضائية – المحاكم – النيابة العامة – إدارة القضايا – إدارة المحاماة الشعبية – إدارة القانون." وبذلك فإن تعبير أعضاء الهيئات القضائية ينصرف قضاة المحاكم وأعضاء النيابة العامة (السلطة القضائية) وأعضاء جميع هذه الإدارات (أي أعضاء الهيئات القضائية)

2-عُدلت تسمية المجلس إلى " المجلس الأعلى للقضاء " عوضاً عن " المجلس الأعلى للهيئات القضائية " بنص المادة الأولى من القانون رقم 4 لسنة 2011 نشر في الجريدة الرسمية، س 1 في 2012/3/6، ع 1، ص 1 – بتعديل القانون رقم 6 لسنة 2006 بشأن نظام القضاء.

العملية من إخراج منازعاتهم الوظيفية من اختصاص دوائر القضاء الإداري بمحاكم الاستئناف المدنية وإسنادها للمجلس الأعلى للقضاء، إذا ما سلمنا بأنه اختصاص قضائي، وفقاً للجدل الفقهي الحاصل حول طبيعة هذا الاختصاص، بل وحتى تعارض أحكام المحكمة العليا حول طبيعة هذا الاختصاص.

إشكالية البحث:

تدور إشكالية البحث الأساسية حول تحديد الطبيعة القانونية لاختصاص المجلس الأعلى للقضاء بالفصل في طلبات أعضاء الهيئات القضائية المتعلقة بشئونهم الوظيفية.

حيث حصل جدلاً فقهياً -كما سنرى- حول الطبيعة القانونية لهذا الاختصاص، بل وتعارضت أحكام المحكمة العليا بشأن طبيعة اختصاص المجلس بالفصل في طلبات أعضاء الهيئات القضائية.

فهل هو اختصاص قضائي، بحيث يمثل استثناءً على اختصاص دوائر القضاء الإداري بمحاكم الاستئناف المدنية؟ أم أنه مجرد اختصاص إداري، تختص دوائر القضاء الإداري بالفصل فيما يصدر عن المجلس من قرارات بشأن المنازعات المختص بالفصل فيها؟

وبعبارة أخرى ما هي طبيعة القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى للقضاء عند الفصل فيما يعرض عليه بشأن المنازعات المتعلقة بأعضائه؟ هل هي أحكاماً قضائية؟ أم قرارات إدارية تقبل الطعن عليها أمام دوائر القضاء الإداري بمحاكم الاستئناف المدنية؟

كما أثار هذا الاختصاص مدى دستورية تحصين المشرع للقرارات الصادرة عن المجلس الأعلى للقضاء فيما يفصل فيه؟ وإن كان قد رجع المشرع عن هذا التحصين بناءً على الحكم بعدم دستوريته.

منهج البحث:

انطلاقاً من محل البحث، والاشكالية القائم عليها سنكتفي في هذه الدراسة بالمنهجين؛ **الوصفي**، والذي من خلاله نتعرض للتنظيم القانوني لاختصاص المجلس الأعلى للقضاء، **والمنهج التحليلي**، للاستعانة به في التعمق لبحث إشكالية الدراسة من خلال تحليل آراء الفقه وأحكام القضاء.

خطة البحث:

بناءً على ما تقدم سنتناول الموضوع بالبحث عبر ثلاثة مباحث: في **المبحث الأول**، نقف على التنظيم القانوني للمجلس الأعلى للقضاء؛ وذلك من حيث تشكيله، وتحديد اختصاصاته. **أما المبحث الثاني**، فسنخصصه لدراسة طبيعة القرارات الصادر عن المجلس الأعلى للقضاء بالفصل في طلبات أعضائه. فيما سنقف في **المبحث الثالث**، على مدى دستورية تحصين المشرع للقرارات الصادرة عن المجلس الأعلى للقضاء بالفصل في طلبات أعضائه، وذلك من حيث الوقوف على مرحلتي التحصين، والرجوع عنها. على النحو الآتي:

المبحث الأول: التنظيم القانوني للمجلس الأعلى للقضاء.
المبحث الثاني: طبيعة اختصاص المجلس الأعلى بالفصل في المنازعات الوظيفيةلأعضاء الهيئات القضائية.
المبحث الثالث: مدى دستورية تحصين قرارات المجلس الأعلى للقضاء.

المبحث الأول

التنظيم القانوني للمجلس الأعلى للقضاء

سنتناول التنظيم القانوني للمجلس الأعلى للقضاء؛ من حيث بيان تشكيله، واختصاصاته طبقاً لقانون إنشائه رقم 6 لسنة 2006 بشأن نظام القضاء، وذلك من خلال المطلبين التاليين:

المطلب الأول

تشكيل المجلس الأعلى للقضاء

سنتناولتشكيل المجلس الأعلى للقضاء بالوقوف على رئاسة، وعضوية المجلس، ثم نقف على الشروط الواجب توافرها فيمن يشغل منصب رئاسة أو عضوية المجلس، عبر البندين التاليين:

أولاً- رئاسة وعضوية المجلس الأعلى للقضاء:

حددت المادة الثالثة من القانون رقم 6 لسنة 2006 بشأن نظام القضاء، تشكيل المجلس الأعلى للقضاء، بنصها على أن "يقوم على شئون الهيئات القضائية مجلس أعلى يسمى المجلس الأعلى للقضاء يتولى الاختصاصات المقررة للمجلس الأعلى للهيئات القضائية المنصوص عليها في قانون نظام القضاء وفي أي قانون آخر، ويشكل عن النحو التالي:

1) رئيس المحكمة العليا رئيساً للمجلس.
2) رئيس إدارة التفتيش على الهيئات القضائية نائباً للرئيس.
3) مستشار عن كل محكمة استئناف تنتخبه الجمعية العمومية بالاقتراع السري.
4) النائب العام.
5) عضو عن كل من إدارة القضايا وإدارة المحاماة العامة وإدارة القانون، لا تقل درجته عن الدرجة المعادلة لدرجة مستشار بمحكمة الاستئناف ينتخبه من هم في درجته من أعضاء الإدارة بالاقتراع السري..."([1])

1-المادة الثالثة من القانون رقم 6 لسنة 2006 بشأن نظام القضاء، معدلة بالقانون رقم 6 لسنة 2015. نُشر التعديل بالجريدة الرسمية في 2015/4/14، عدد 1، صفحة 24

هذا وتجدر الإشارة إلى نص المادة الثالثة من القانون رقم 2006/6 بشأن نظام القضاء، المتعلقة بتشكيل المجلس الأعلى للقضاء، قد تعرضت للتعديل أكثر من مرة.

وبتتبع هذه التعديلات التي طرأت على تشكيل المجلس الأعلى للقضاء، نلاحظ الآتي:

1) أسند المشرع الليبي رئاسة المجلس الأعلى للقضاء لرئيس المحكمة العليا، بعدما كانت عند صدور القانون لوزير العدل " أمين اللجنة الشعبية العامة للعدل آنذاك"

وحسناً فعل المشرع بإسناد رئاسة المجلس لرجل قضاء، وليس لرجل ذو صفة إدارية كم كان عليه الحال. فبإلغاء رئاسة وزير العدل للمجلس الأعلى للقضاء، أصبح المجلس –رئاسةً وأعضاءً– ذو صفة قضائية بحتة.

2) حرص المشرع على تمثيل كل محاكم الاستئناف في المجلس الأعلى للقضاء، من خلال عضوية مستشار عن كل محكمة استئناف.

حيث كان قانون نظام القضاء –عند صدوره– يمثّل محاكم الاستئناف في عضوية المجلس الأعلى للقضاء، في أقدم رئيس محكمة استئناف فقط.

وبذلك تكون كل محاكم الاستئناف ممثلة في المجلس الأعلى للقضاء، بما يترتب على ذلك من نتائج إيجابية؛ أهمها إنجاز الأعمال المتعلقة بكل محكمة استئناف –بما يتعبها من محاكم ابتدائية وجزئية– في وقت وجيز، بسبب تمثيل كل محكمة داخل المجلس الأعلى للقضاء.

3) أعاد التعديل الأخير لنص المادة الثالثة من القانون رقم 2006/6، بنص القانون رقم 6 لسنة 2015 تمثيل إدارة القضايا، وإدارة المحاماة العامة، وإدارة القانون داخل المجلس الأعلى للقضاء، بعدما تم إلغاء تمثيلها في المجلس طبقاً لنص القانون 4 لسنة 2011 بشأن تعديل قانون نظام القضاء.

حسناً فعل المشرع الليبي بإعادة تمثيل هذه الإدارات، ذلك أن منظومة القضاء يجب أن تكون ممثلة داخل المجلس الأعلى للقضاء. ففضلاً عن تحقيق التمثيل لجميع الجهات القضائية داخل المجلس الأعلى للقضاء، فإن من شأن هذا التمثيل لكل مكونات الهيئات القضائية، سيكفل للمجلس القيامبمهامه على أكمل وجه بالنظر للتمثيل القضائي لجميع الجهات القضائية.([1])

1–كان المجلس الأعلى للقضاء يشكل طبقاً لنص المادة (3) من قانون نظام القضاء 2006/6 عند صدوره وفق الآتي: "يشكل المجلس الأعلى للهيئات القضائية على النحو التالي: 1– أمين اللجنة الشعبية العامة للعدل. (وزير العدل وفق تسميته الحالية) رئيساً. 2– رئيس المحكمة العليا نائباً للرئيس. 3– النائب العام عضواً. 4– الكاتب العام عضواً. 5– رئيس إدارة التفتيش على إدارة الهيئات القضائية عضواً. 6– أقدم رؤساء محاكم الاستئناف عضواً. 7– رئيس إدارة القضايا عضواً. 8– رئيس إدارة المحاماة الشعبية عضواً. 9– رئيس إدارة القانون عضواً. وإذا لم يحضر رئيس المجلس ونائبه تكون الرئاسة لمن يليهما حسب الترتيب السابق."

ثانياً- شروط رئاسة وعضوية المجلس الأعلى للقضاء:

اشترطت المادة الثالثة من القانون رقم 2006/6 بشأن نظام القضاء–بعد تعديلها– شروطاً يجب توافرها فيمن يشغل منصب رئاسة أو عضوية المجلس الأعلى للقضاء، جاء نصها على النحو الآتي: "ويشترط فيمن يتم اختياره لرئاسة أو عضوية المجلس ما يأتي:

أ- ألا يكون قد عمل أميناً لمؤتمر شعبي أو عضواً في أمانته أو عضواً في لجنة شعبية على اختلاف مستوياتها.

ب- ألا يكون قد عمل في المحكمة أو النيابة المختصة بالدعاوى الناشئة عن ثورة 17 فبراير أو محكمة أو نيابة أمن الدولة أو المحكمة أو النيابة التخصصية التي أحيلت إليها الدعاوى بناءً على تقدير النائب العام، أو محكمة الشعب أو الادعاء الشعبي أو المحكمة الثورية الدائمة، أو نيابة أمن الثورة، أو رئيساً لإحدى لجان التطهير، او متعاوناً مع إحدى الجهات الأمنية في النظام السابق.

ج- ألا يكون قد صدر ضده حكم تأديبي.

د- ألا يكون قد تحصل على تقدير نهائي بدرجة تقل عن فوق المتوسط..."([1])

ومن جانبي بشأن هذه الشروط، فلا بأس من أن يضع المشرع شروطاً يجب توافرها فيمن يترأس أو يشغل عضوية المجلس الأعلى للقضاء، كالشروط

ثم عُدل هذا التشكيل مرتين، التعديل الأول بنص القانون 4 لسنة 2011 بحيث أصبح نص المادة الثالثة كالآتي:"يقومعلىشؤونالقضاءمجلسأعلىيسمى" المجلسالأعلىللقضاء " يتولى الاختصاصاتالمقررةللمجلسالأعلىللهيئاتالقضائيةالمنصوص عليهافيقانون نظامالقضاءالمشارإليهوفيأيقانونآخرويشكلعلىالنحوالآتي 1:- رئيسالمحكمةالعليارئيساً. 2-النائبالعامنائباًللرئيس 3- . رؤساءمحاكمالاستئنافأعضاء."- ثم عُدل هذا التشكيل للمجلس الأعلى للقضاء بتعديل ثان لنص المادة الثالثة بمقتضى القانون رقم 14 لسنة 2013 بحيث أصبح تشكيله وفق نص التعديل من الآتي: " يقوم على شئون الهيئات القضائية مجلس==أعلى يسمى المجلس الأعلى للقضاء يتولى الاختصاصات المقررة للمجلس الأعلى للهيئات القضائية المنصوص عليها في قانون نظام القضاء وفي أي قانون آخر، ويشكل عن النحو التالي: 1- مستشار من المحكمة العليا تنتخبه الجمعية العمومية للمحكمة العليا عن طريق الاقتراع السري. 2- رئيس إدارة التفتيش على الهيئات القضائية. 3- مستشار عن كل محكمة استئناف تنتخبه الجمعية العمومية لها بالاقتراع السري. 4- النائب العام. 5 – عضو عن كل من إدارة القضايا وإدارة المحاماة الشعبية وإدارة القانون، لا تقل درجته عن الدرجة المعادلة لدرجة مستشار بمحكمة الاستئناف ينتخبه من هم في درجته من أعضاء الإدارة بالاقتراع السري."

1-المادة الثالثة من القانون رقم 6 لسنة 2006 بشأن نظام القضاء.أضيفت هذه الشروط بنص القانون 6 لسنة 2015 معدلة للقانون رقم 6 لسنة 2006 بشأن نظام القضاء.

المتعلقة بالكفاءة أو الانضباط أو الدرجة القضائية، وذلك بالنظر لأهمية وحساسية قيادة مرفق القضاء.

غير أنه علينا أن نأخذ في الاعتبار بشأن هذه الشروط أننا بصدد رجال قضاء مفترض فيهم الثقة والأمانة. حيث أرى في الشروط المنصوص عليها في الفقرتين (أ – ب) وكأنها تحكم بعدم صلاحية من شغلوا تلك المناصب التي حظرت عليهم شغل عضوية المجلس الأعلى للقضاء.

ومن هنا كنت آمل من المشرع أن يكتفي بالشروط المتعلقة بمدى كفاءة المرشح لرئاسة أو عضوية المجلس، من حيث تقييمه السنوي، وحسن سيرته، ودرجته القضائية، لاسيما وأن أعضاء المجلس يتم اختيارهم بالاقتراع من قبل جمعيتهم العمومية.

أما رئيس المجلس، والذي هو رئيس المحكمة العليا. ونائب الرئيس، والذي هو رئيس إدارة التفتيش القضائي، فإذا كانا -بالفعل- يشغلا هذين المنصبين، فعلى أي أساس يحظرا من شغل منصب رئيس، ونائب رئيس المجلس الأعلى للقضاء.؟!

المطلب الثاني

اختصاص المجلس الأعلى للقضاء بالفصل في طلبات أعضاء الهيئات القضائية

أسند المشرع الليبي للمجلس الأعلى للقضاء الاختصاص بالفصل في طلبات أعضاء الهيئات القضائية، المتعلقة بمنازعاتهم الوظيفية والتأديبية. فقد نصت على ذلك المادة السادسة من القانون رقم 6 لسنة 2006 بشأن نظام القضاء، بأن "يختص المجلس (أي المجلس الأعلى للقضاء) دون غيره بالفصل في الطلبات التي يقدمها أعضاء الهيئات القضائية المتعلقة بالمسائل الآتية:

1) إلغاء القرارات الإدارية النهائية المتعلقة بأي شأن من الشئون الوظيفية لأعضاء الهيئات القضائية فيما يدخل أصلاً في اختصاص القضاء الإداري وبطلبات التعويض المترتبة عليها.
2) المنازعات الخاصة بالمرتبات والمعاشات والمكافآت المستحقة لأعضاء الهيئات القضائية أو لورثتهم. وتكون قرارات المجلس في هذه الشئون نهائية." ([1])

كما نصت المادة (84) من ذات القانون على أن "... يحال كل من أخل بواجبات وظيفته من أعضاء الهيئات القضائية إلى المجلس (المجلس الأعلى

1-المادة 6 من قانون نظام القضاء 2006/6، مستبدلة بالقانون رقم 4 لسنة 2011

للقضاء) بصفته مجلساً للتأديب، ولا يكون من بين أعضائه من أقام الدعوى التأديبية." ([1])

بناءً على النصين السابقين فإن المجلس الأعلى للقضاء، هو الجهة المختصة بالفصل في طلبات إلغاء القرارات الإدارية المتعلقة بالشئون الوظيفية لأعضاء الهيئات القضائية، وكذلك يختص المجلس بنظر طلبات التعويض عن هذه القرارات، سواء قدمت طلبات التعويض بصفة تبعية لطلب الإلغاء أو قدمت بصفة أصلية. كما يختص المجلس الأعلى للقضاء بالفصل في طلبات أعضاء الهيئات القضائية، المتصلة بمنازعات تسوية أوضاعهم المالية؛ من مرتبات أو معاشات أو مكافآت مستحقة لهم أو لورثتهم. ويختص المجلس أيضاً بنظر الدعاوى التأديبية المتعلقة بأعضاء الهيئات القضائية، بوصفه مجلساً تأديبياً.

وبالنظر لأن هذه المنازعات المسندة للمجلس الأعلى للقضاء بالفصل فيها، تمثل اختصاصاً أصيلاً لدوائر القضاء الإداري بوصفها الجهة القضائية المختصة بالفصل في طلبات إلغاء القرارات الإدارية الوظيفية والتأديبية، فإن هذه الاختصاصات تثير التساؤل حول طبيعة المجلس، واختصاصاته في هذا الشأن.

أي ما هي طبيعة اختصاص المجلس الأعلى للقضاء، هل هو اختصاص قضائي؟ أم مجرد اختصاص إداري ذو صفة قضائية؟ على غرار الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي.

الإجابة على هذا التساؤل ستكون من خلال المبحث المقبل، والذي سيكون محله لدراسة طبيعة اختصاص المجلس الأعلى للقضاء بالفصل في طلبات أعضاء الهيئات القضائية.

1-المادة 84 من قانون نظام القضاء 6 /2006

- انظر/ د. عمر محمد السيوي، الوجيز في القضاء الإداري، دار الفضيل للنشر والتوزيع، بنغازي،2013، ص 138

المبحث الثاني

طبيعة اختصاص المجلس الأعلى للقضاء بالفصل في المنازعات الوظيفية لأعضاء الهيئات القضائية

بينا في المطلب الثاني من المبحث الأول اختصاصات المجلس الأعلى للقضاء بالفصل في المنازعات الإدارية الوظيفية، والتأديبية المتعلقة بأعضاء الهيئات القضائية.

فقد تجسد هذا الاختصاص بالفصل في طلبات إلغاء القرارات الإدارية المقدمة من أعضاء الهيئات القضائية، المتعلقة بأي شأن من شؤونهم الوظيفية. وكذلك الفصل في المنازعات المتعلقة بحقوقهم المالية، والفصل في دعاوى تأديبهم.

والجدير بالذكر أن هذه المنازعات التي اختص بها المجلس الأعلى للقضاء وحده ودون غير، كانت تدخل في اختصاص مشترك بين دوائر القضاء الإداري بمحاكم الاستئناف المدنية والمجلس الأعلى للهيئات القضائية (وفق تسميته السابقة) وذلك طبقاً لنص المادة (134) من قانون نظام القضاء الملغى 1976/51.

وتجدر الإشارة إلى أن هذا النوع من المنازعات التي اختص بها المجلس الأعلى للقضاء، هي منازعات إدارية تدخل –كأصل عام- في اختصاص دوائر القضاء الإداري، طبقاً لنص المادة الثانية من القانون رقم 88 لسنة 1971 بشأن القضاء الإداري، بالإضافة إلى أن تشكيل المجلس الأعلى للقضاء –كما بينا– أصبح تشكيلاً قضائياً بحتاً. فضلاً عن الاختصاص المشترك السابقبين المجلس الأعلى للقضاء ودوائر القضاء الإداري.([1])

1–تنص المادة الثانية من القانون رقم 88 لسنة 1971 على أن" تختص دوائر القضاء الإداري دون غيرها بالفصل في المسائل الآتية:

1. المنازعات الخاصة بالمرتبات والمعاشات التقاعدية والمكافآت المستحقة للموظفين أو العامين أو المستحقين عنهم.
2. الطلبات التي يقدمها ذوو الشأن بالطعن في القرارات الإدارية النهائية الصادرة بالتعيين في الوظائف العامة أو بالترقية أو بمنح العلاوات.
3. الطلبات التي يقدمها الموظفون العامون بإلغاء القرارات النهائية للسلطات التأديبية.
4. الطلبات التي يقدمها الموظفون العامون بإلغاء القرارات النهائية الصادرة بإحالتهم إلى التقاعد أو الاستيداع أو فصلهم بغير الطريق التأديبي.
5. الطلبات التي يقدمها الأفراد أو الهيئات بإلغاء القرارات الإدارية النهائية.
6. دعاوى الجنسية...."

ومن هنا ثار الجدل حول طبيعة هذا الاختصاص المعقود للمجلس الأعلى.([1]) هل هو اختصاص قضائي للمجلس الأعلى للقضاء؟ بحيث أن ما يصدر عنه بالفصل في هذه المنازعات يمثل حكماً قضائياً وليس قراراً إدارياً، وبالتالي يمثل هذا الاختصاص استثناءً على الاختصاص الأصيل لدوائر القضاء الإداري بنظر هذا النوع من المنازعات، لا سيما طلبات إلغاء القرارات الإدارية. أم أنه مجرد اختصاص إداري للمجلس الأعلى؟ بحيث أن ما يصدر عنه بالفصل في هذه المنازعات ليس إلا قراراً إدارياً يجوز الطعن عليه أم دوائر القضاء الإداري، وبذلك لا يمثل هذا الاختصاص استثناءً على اختصاص دوائر القضاء الإداري.([2])

أي أن دور المجلس هنا من قبيل دور الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي، طبقاً لنص المادة الخامسة من القانون رقم 88 لسنة 1971 بشأن القضاء الإداري، التي نصت اختصاص دوائر القضاء الإداري بالفصل في الطعون الموجهة ضد القرارات الإدارية الصادرة عن الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي.([3])

تأسيساً على ما تقدم، رأينا بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين: نتناول في المطلب الأول، موقف المحكمة العليا بشأن طبيعة اختصاص المجلس الأعلى للقضاء، عندما كان يدخل في تشكيله عنصراً إدارياً. ثم نتناول في المطلب الثاني، موقف المحكمة العليا من طبيعة اختصاص المجلس بعد إعادة تشكيله، والذي أصبح قضائياً بحتاً.

1-انظر في ذلك/ د. أحمد الهمالي، تأديب رجال السلطة القضائية في النظام القانون الليبي، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، كلية الحقوق، قسم القانون العام، غير منشورة، 2014، ص 88 وما بعدها.

2-انظر في ذلك/ د. عمر محمد السيوي، مرجع سابق، ص 138 وما بعدها.

– د. محمدالحراري، الرقابة على أعمال الإدارة في القانوني الليبي، منشورات المكتبة الجامعية، الزاوية، ط 5، 2010، ص 105

3-تنص المادة الخامسة من القانون رقم 88 لسنة 1971 بشأن القضاء الإداري، على أن " فيما عدا القرارات الصادرة عن هيئات التوفيق والتحكيم في منازعات العمل تفصل دائرة القضاء الإداري في الطعون التي ترفع عن القرارات النهائية الصادرة عن جهات إدارية ذات اختصاص قضائي، متى كان مرجع الطعن عدم الاختصاص أو وجود عيب في الشكل أو مخالفة القوانين أو اللوائح أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها أو إساءة استعمال السلطة."

من أمثلة هذه اللجان والجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي، لجان فض المنازعات الضمانية المنصوص عليها في قانون الضمان الاجتماعي رقم 13 لسنة 1980، نُشر بالجريدة الرسمية

– انظر بشأن الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي/ د. أحمد الزيات، الطبيعة القانونية للجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، قسم القانون العام، غير منشورة، 2010.

المطلب الأول

موقف المحكمة العليا من طبيعة اختصاص المجلس الأعلى للقضاء في ظل رئاسته الإدارية

أمام ظاهر النص الذي قد يفسر على أن اختصاص المجلس الأعلى للقضاء بالفصل في طلبات أعضاء الهيئات القضائي هو اختصاص قضائي، يفصل فيه المجلس بأحكام قضائية،وبالتالي فإن هذا الاختصاص يمثل استثناءً على اختصاص دوائر القضاء الإداري، وذلك هو ظاهر النص.

وبالبحث في قضاء المحكمة العليا، توقفنا أمام حكم للدائرة الدستورية بالمحكمة العليا، والذي تعرضت فيه لطبيعة اختصاص المجلس الأعلى للقضاء بالفصل في طلبات أعضاء الهيئات القضائية، وبالتالي طبيعة ما يصدر عنه من قرارات للفصل في المنازعات المعروضة عليه، وهي بصدد الطعن الدستوري المقدم أمامها بشأن عدم دستورية بعضاً من نصوص القانون رقم 6 لسنة 2006 بشأن نظام القضاء، والذي سنأتي على ذكره تفصيلاً في المبحث المقبل.

حيث تعرضت المحكمة العليا وهي بصدد الفصل في الطعن الدستوري رقم 55/5 قضائية، إلى طبيعة القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى للقضاء، حيث جاء في حكمها بأن، " ... بما يكون معه قرار المجلس في هذا الشأن، وأن وصفه المشرع بأنه حكم هو قرار إداري تسري بشأنه الأحكام المنظمة للقرارات الإدارية، من حيث إصدارها أو سحبها أو إلغائها أو الطعن فيها أمام المحكمة القضائية المختصة(.[1])

وبذلك فإن المحكمة العليا حسمت الخلاف حول طبيعة اختصاص المجلس الأعلى للقضاء بالفصل في طلبات أعضاء الهيئات القضائية، بفصلها في طبيعة القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى للقضاء بشأن المنازعات الإدارية – المنصوص عليها- والدعاوى التأديبية المتعلقة بأعضاء الهيئات القضائية.

حيث قضت بأنها قرارات إدارية يطعن عليها بالإلغاء أمام دوائر القضاء الإداري بمحاكم الاستئناف المدنية، شأنها شأن أي قرار إداري، بحيث يحق لأعضاء الهيئات القضائية الطعن بالإلغاء على تلك القرارات أمام القضاء الإداري طبقاً لنص المادة الثانية من القانون رقم 88 لسنة 1971 بشأن القضاء الإداري.

ومن جانبي، طالما أن ما يصدر عن المجلس الأعلى للقضاء بشأن المنازعات الإدارية والدعاوى التأديبية المتعلقة بأعضاء الهيئات القضائية مجرد قرارات إدارية وليست أحكاماً قضائية، فإنني لا أتفق مع جانب من الفقه الليبي، الذي يصنف هذا الاختصاص المعقود للمجلس الأعلى للقضاء، على أنه استثناءً من اختصاص دوائر القضاء الإداري. فالمجلس في ممارسته لهذين الاختصاصين

1-طعن دستوري رقم 55/5 ق دستورية، جلسة 2009/11/11، مجلة إدارة القضايا، س 8، ع 16، ص 225

(الفصل في المنازعات الوظيفية، والدعاوى التأديبية) هو مجرد هيئة إدارية ذات اختصاص قضائي أو سلطة إدارية تأديبية.([1])

فما نحن أمامه مجرد قيد أو تنظيم لحق التقاضي، شأنه شأن شرط التظلم الوجوبي أو القرار الإداري السابق (بشأن منازعات التسوية.)

فعلى سبيل المثال، بشأن القرارات الإدارية المتعلقة بالشئون الوظيفية لأعضاء الهيئات القضائية، فعندما يتوجه أحد القضاة بالطعن على أياً من تلك القرارات أمام المجلس الأعلى للقضاء، فإن المجلس هنا لا يمارس وظيفة قضائية (أي قاضي إلغاء) بل يمارس وظيفة إدارية، طالما أنه يفصل في هذا الطعن، بقرار طبيعته إدارية – كما ذهبت الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا – وليست قضائية، وطالما أن عضو الهيئة القضائية صاحب الشأن مقيد باللجوء إلى المجلس الأعلى للقضاء، فنكون بصدد تظلم وجوبي –من الناحية الموضوعية- وإن لم ينص على ذلك صراحةً.

بناءً على ما تقدم فإن طبيعة اختصاص المجلس الأعلى للقضاء بالفصل في طلبات أعضاء الهيئات القضائية، هو اختصاص ذو طبيعة إدارية، وبالتالي يفصل المجلس الأعلى فيما يعرض عليه من منازعات بقرارات إدارية تقبل الطعن عليها أمام دوائر القضاء الإداري بمحاكم الاستئناف المدنية إلغاءً وتعويضاً.

وبذلك فإن قضاء المحكمة العليا بشأن تحديد طبيعة اختصاص المجلس الأعلى للقضاء صدر متأثراً بموقف المحكمة من طبيعة اللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائي، طبقاً للمعيار الشكلي الذي يتبناه القضاء الليبي.

- مدى التقارب بين دور المجلس الأعلى للقضاء واللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائي:

أسند المشرع الليبي لدوائر القضاء الإداري الفصل في الطعون الموجهة ضد القرارات الصادرة عن اللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائي، وذلك طبقاً لنص المادة الخامسة من القانون رقم 88 لسنة 1971 بشأن القضاء الإداري.([2])

هذا ويُعرف الفقه اللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائي بأنها، تلك اللجان التي تشكل من عناصر إدارية أو تجمع في تشكيلها بين عناصر إدارية، وعناصر فنية، وأخرى قضائية، ولا تُتبع أمامها الإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية، ولا تسري بشأنها القوانين المنظمة للهيئات القضائية.([3])

واستناداً للمعيار الشكلي في تحديد طبيعة هذه اللجان، وبما أنه يدخل في تشكيلها عناصر إدارية، جاءت تسميتها باللجان الإدارية، ومن هنا اعتبرها

1–انظر/ –د. خليفه سالم الجهمي، أحكام ومبادئ القضاء الإداري الليبي، دار الفضيل ،2009. ص 83

2–انظر في مقدمة المبحث الثاني، بشأن نص المادة 5 من القانون رقم 88 لسنة 1971

3–د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999، ص 244

المشرع ذات طبيعة إدارية وليست قضائية. وبالتالي فإن ما يصدر عنها بالفصل في المنازعات المختصة بها هي مجرد قرارات إدارية، تختص دوائر القضاء الإداري بالفصل في الطعون المرفوعة على هذه القرارات.

ذلك هو الاتجاه المستقر عليه قضاء المحكمة العليا، والتي تنبت فيه المعيار الشكلي لتحديد طبيعة اختصاص هذه اللجان.

حيث قضت في أول أحكامها بهذا الشأن، بأن "... المشرع جعل معيار التفرقة بين القرار الإداري والقرار القضائي هو الجهة التي أصدرت القرار، فإن كان بحكم تشكيلها هيئة إدارية اعتبر القرار إدارياً دون النظر إلى طبيعة العمل الصادر منها هل هو عمل إداري أم عمل قضائي."([1])

تأسيساً على ما تقدم، فإن المجلس الأعلى للقضاء -قبل تعديل تشكيله- كان يدخل في تشكيله عنصراً إدارياً، متمثلة في رئاسته، التي كانت معقودة لوزير العدل، ما دعا قضاء المحكمة العليا القول بالطبيعة الإدارية لاختصاص المجلس الأعلى للقضاء بالفصل في طلبات أعضاء الهيئات القضائية.

غير أن هذا القضاء لم يعد يستقيم بعد إعادة تشكيل المجلس الأعلى للقضاء -كما بينا- والذي أصبح بموجبه ذو تشكيل قضائي بحت.

ومن هنا يتجدد التساؤل حول طبيعة اختصاص المجلس الأعلى للقضاء بعد تعديل تشكيله. فالمعيار الشكلي الذي أدى إلى تبني الطبيعة الإدارية للمجلس عندما كان يترأسه وزير العدل، لم يعد يتسق مع التشكيل الجديد للمجلس، ذو الصفة القضائية البحتة كما بينا.([2])

وبذلك سننتقل لمطلب ثان نبحث فيه عن موقف المحكمة العليا بشأن طبيعة اختصاص المجلس الأعلى للقضاء بعد إعادة تشكيله، والذي أصبح بموجبه المجلس الأعلى للقضاء ذو تشكيل قضائي.

1-حكم المحكمة العليا في الطعن الإداري رقم 16/7 ق، في 1970/5/8، مجلة أحكامها س 9، ص 7

ومن أحكامها الحديثة – نسبياً – في هذا الشأن، حكمها في الطعن رقم 45/128 ق، في 2000/9/17، غير منشور.

والذي قضت فيه بشأن لجان المنازعات الضمانية، المنصوص عليها في المادة 44 من القانون رقم 13 لسنة 1980 بشأن الضمان الاجتماعي، بقولها: " لجان المنازعات الضمانية هي لجان إدارية ذات اختصاص قضائي، تفصل في المنازعات الناشئة بين المضمونين وجهات العمل ... ويطعن في قراراتها أمام دوائر القضاء الإداري بمحاكم الاستئناف، شأنها في ذلك شأن القرارات الصادرة عن غيرها من اللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائي..."

– انظر في ذات المعنى حكمها في الطعن 36/115 ق جلسة 1990/2/16، مجلة المحكمة، س 27، ع 1، ص 84

2-انظر المطلب الأول من المبحث الأول، بشأن تشكيل، وإعادة تشكيل المجلس الأعلى للقضاء.

المطلب الثاني

موقف المحكمة العليا من طبيعة المجلس الأعلى للقضاء بعد إعادة تشكيله

بالرجوع إلى تاريخ صدور حكم الدائرة الدستورية -سالف الذكر- في الطعن رقم 55/5ق، والصادر في 2009/11/11، أي قبل تعديل تشكيل المجلس الأعلى للقضاء، والذي كان يترأسه وزير العدل (أمين اللجنة الشعبية العامة للعدل آنذاك) وبذلك كان المجلس الأعلى للقضاء يدخل في تشكيله عنصراً إدارياً، هو وزير العدل الذي كان يشغل منصب رئيس المجلس الأعلى للقضاء.

وبذلك جاء حكم الدائرة الدستورية متسقاً مع المعيار الشكلي الذي يتبناه القضاء الليبي في تحديد طبيعة الجهات ذات الاختصاص القضائي.([1])

ومن جانبي، إذا كان المعيار الشكلي هو مناط تحديد طبيعة الجهات واللجان ذات الاختصاص القضائي، فعلى أي أساس تم تحديد طبيعة اختصاص المجلس الأعلى للقضاء؟

ذلك أنه -كما بينا– أصبح تشكيل المجلس الأعلى رئاسةً وأعضاءً تشكيل قضائي بحت. بل هو تشكيل قضائي في أعلى مستوياته. فرئيس المجلس هو رئيس المحكمة العليا، ونائب رئيس المجلس هو رئيس إدارة التفتيش القضائي، وأعضاء المجلس هم النائب العام، ومستشاري محاكم الاستئناف، ومن يعادل درجتهم من أعضاء إدارة القضايا، والمحاماة العامة، وإدارة القانون.([2])

فلم يعد هناك مجالاً للقول بالاستناد إلى المعيار الشكلي لتبرير الطبيعة الإدارية لاختصاص المجلس الأعلى للقضاء بالفصل في طلبات أعضاء الهيئات القضائية.

أما المعيار الموضوعي، فيؤكد الطبيعة القضائية لاختصاص المجلس الأعلى للقضاء، بالنظر إلى أنه يفصل في منازعات إدارية، بل ويتبع إجراءات ومواعيد محددة، جاء النص عليها بقانون نظام القضاء رقم 6 لسنة 2006.

وبذلك فإن المعيارين الشكلي، والموضوعي يؤديان إلى الطبيعة القضائية لاختصاص المجلس الأعلى للقضاء بالفصل في طلبات أعضاء الهيئات القضائية، على خلاف ما ذهبت إليه المحكمة العليا.

وبالفعل قد تحصلنا على حكم -غير منشور- للدائرة الإدارية بالمحكمة العليا، صادر في 2017/8/9 أي بعد تعديل تشكيل المجلس الأعلى للقضاء، والذي قضت فيه بأن اختصاص المجلس الأعلى للقضاء بالفصل في طلبات أعضاء الهيئات القضائية، هو اختصاصاً قضائياً، وبالتالي فإن ما يصدر عن

1-انظر في هذا المعنى حكم المحكمة العليا، طعن الإداري رقم 16/7 ق، في 1970/5/8، مجلة أحكامها س 9،ع 3، ص7

2-انظر بشأن تشكيل المجلس الأعلى للقضاء، المطلب الأول من المبحث الأول.

المجلس في هذا الشأن، أحكاماً قضائية. أي أن المجلس ينعقد بوصفه محكمة قضاء إداري.

حيث جاء في حكمها بأنه، "... لما كان ذلك، وكان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن مقطع النزاع في الدعوى ينحصر في طلب المطعون ضده إلغاء القرار رقم 125 لسنة 2013م الصادر عن المجلس الأعلى للقضاء بإحالته على التقاعد الاختياري، وكان القانون رقم 6 لسنة 2006 بشأن نظام القضاء وتعديلاته... ونص في مادته السادسة فقرة أولى بند 1 على أنه "يختص المجلس دون غيره بالفصل في الطلبات التي يقدمها أعضاء الهيئات القضائية المتعلقة بالمسائل الآتية: 1- إلغاء القرارات الإدارية النهائية المتعلقة بأي شأن من الشئون الوظيفية لأعضاء الهيئات القضائية مما يدخل أصلاً في اختصاص القضاء الإداري..."

وكان القرار موضوع الدعوى الماثلة صادراً عن المجلس الأعلى للقضاء يقضي بإحالة المطعون ضده إلى التقاعد الاختياري فإنه يعد قراراً إدارياً نهائياً بشأن من الشئون الوظيفية لأعضاء الهيئات القضائية مما يختص بنظره المجلس الأعلى للقضاء دون غيره بوصفه محكمة قضاء إداري طبقاً لنص المادتين الخامسة والسادسة من القانون المذكور. المر الذي يمتنع معه على أي جهة أخرى الفصل في هذه الطلبات..."([1])

تأسيساً على ما تقدم، فإن اختصاص المجلس الأعلى للقضاء بالفصل في طلبات أعضاء الهيئات القضائية هو اختصاص قضائي، يفصل فيها بأحكام قضائية، وبذلك أصبح هذا الاختصاص هو استثناء على اختصاص دوائر القضاء الإداري بمحاكم الاستئناف المدنية صاحبة الاختصاص -المانع- بالفصل في طلبات إلغاء القرارات الإدارية.

والجدير بالذكر، أن المشرع عندما أصدر القانون رقم 6 لسنة 2006 بشأن القضاء الإداري، حصن قرارات المجلس – الإدارية والتأديبية – من الطعن عليها أمام أية جهة كانت، وإن كان المشرع ما لبث حتى رجع عن هذا التحصين تطبيقاً للمبدأ الدستوري القاضي بكفالة حق التقاضي.

ومن هنا رأينا أن نختتم هذه الدراسة بمبحث ثالث، نتناول فيه مرحلتي التحصين، والرجوع عنها.

1-حكم المحكمة العليا في الطعن الإداري رقم 63/67 ق، جلسة 2017/8/9، غير منشور.

المبحث الثالث

مدى دستورية تحصين قرارات المجلس الأعلى للقضاء بالفصل في طلبات أعضاء الهيئات القضائية

عندما أصدر المشرع الليبي القانون رقم 6 لسنة 2006 بشأن نظام القضاء، كان قد حصن قرارات المجلس الأعلى للقضاء الصادرة بالفصل في طلبات الأعضاء الهيئات القضائية.

وبالنظر إلى أن هذا التحصين يتعارض مع مبدأ حق التقاضي المكفول دستورياً، فلم يلبث هذا التحصين حتى عدل عنه المشرع الليبي، عندما قضت المحكمة العليا "الدائرة الدستورية" بعدم دستورية هذا التحصين. وبذلك سنتناول هاتين المرحلتين عبر المطلبين التاليين:

المطلب الأول

مرحلة تحصين المشرع لقرارات المجلس الأعلى للقضاء

عندما أسند المشرع الليبي الاختصاص بالفصل في طلبات أعضاء الهيئات القضائية للمجلس الأعلى للقضاء، فإنه لم يكتفِ بإسناد الفصل في هذه المنازعات إلى المجلس الأعلى للقضاء وحده دون غيره، بل حصن قرارات المجلس الأعلى للقضاء في هذا الشأن، من الطعن عليها أمام دوائر القضاء الإداري، حيث ختم المشرع نص المادة السادسة من قانون نظام القضاء 2006/6 –قبل تعديلها– والمتعلقة باختصاص المجلس بالفصل في المنازعات المتعلقة بأعضاء الهيئات القضائية، ختمها بعبارة " وتكون قرارات المجلس في هذه الشئون نهائية ولا يجوز الطعن فيها بأي طريق أمام أية جهة."

كما ختم نص المادة (93) من ذات القانون –قبل تعديلها– والمتعلقة بنظر المجلس للدعوى التأديبية والحكم فيها، بعبارة " ويكون الحكم نهائياً ولا يجوز الطعن عليه بأي طريق. "

وبذلك فإن المشرع علاوة على نزع الاختصاص المشترك بين المجلس الأعلى للقضاء ودوائر القضاء الإداري فيما يتعلق بالفصل في المنازعات الإدارية –الوظيفية– لأعضاء الهيئات القضائية، حصن قرارات المجلس الصادرة بالفصل في هذه المنازعات من الطعن عليها بأي طريق وأمام أية جهة كانت.

غير أنه –وكما أسلفنا- القضاء الدستوري الليبي مستقر على عدم دستورية تحصين أي تصرف قانوني من الطعن عليه قضائياً، تأكيداً وإعمالاً لمبدأ كفالة حق التقاضي المكفول دستورياً.

حيث جاء في الإعلان الدستوري الليبي 2011 بالنص على هذا المعنى، بنصه في المادة (31) على أنه، "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص. والمتهم بريء

حتى تثبت إدانته في محاكمة عادلة، تكفل له فيها الضمانات الضرورية للدفاع عن نفسه، ولكل مواطن الحق في اللجوء للقضاء وفقاً للقانون.([1])

وفي ذات السياق، وبشكل صريح ومباشر نصت المادة (33) من الإعلان الدستور الليبي، في فقرتها الثانية على حظر النص على تحصين أي قرار إداري من رقابة القضاء، والتي جاء نصها بأن " يحظر النص في القوانين على تحصين أي قرار إداري من رقابة القضاء."([2])

ولهذا انتهت دائرة القضاء الدستوري بعدم دستورية هذا التحصين، أمام أول طعن بعدم دستورية هذا التحصين، ليعدل المشرع الليبي عن هذا التحصين تنفيذاً لحكم عدم الدستورية، والذي سنأتي على ذكره تفصيلاً في المطلب المقبل.

المطلب الثاني

عدول المشرع عن تحصين قرارات المجلس الأعلى للقضاء

إن تحصين المشرع لقرارات المجلس الأعلى للقضاء الصادرة بالفصل في طلبات أعضاء الهيئات القضائية، جاء خلافاً لاتجاه القضاء الدستوري الليبي المستقر بعدم مشروعية سد الطريق القضائي أمام الأشخاص إلا في حدود ضيقة، كدواعي الأمن القومي والصالح العام في أعلى مستوياته.

ومن هنا ما لبث هذا التحصين حتى قضت المحكمة العليا منعقدة بهيئة قضاء دستوري، بعدم دستورية تحصين المشرع لقرارات تأديب أعضاء الهيئات القضائية الصادرة عن المجلس الأعلى للقضاء بوصفه مجلساً تأديبياً، وذلك بمناسبة الطعن على أول قرار يصدره المجلس بعد هذا التحصين، والصادر في 2007/1/1، والذي قضى بنقل قاض بمحكمة شمال بنغازي الابتدائية إلى وظيفة غير قضائية.

ولأهمية هذا الحكم نورده بشيء من التفصيل، لأنه يمثل نافذة على دور المحكمة العليا كمحكمة دستورية، كالتالي: " ... الوقائع: أحيل الطاعن بصفته قاضياً بمحكمة شمال بنغازي الابتدائية على المجلس الأعلى للهيئات القضائية، بوصفه مجلساً للتأديب وصدر بحقه بتاريخ 2007/1/1 قراراً عن المجلس المذكور، يقضي بنقله إلى وظيفة غير قضائية، ولما كان القرار المذكور وفقاً لنص المادة 93 من قانون نظام القضاء لا يجوز الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن، فإنه ينتهي إلى طلب الحكم بعدم دستورية نص المادة 93 المشار إليه. ...

1-المادة 31 من الإعلان الدستوري 2011 المعدل، الجريدة الرسمية الصادرة في 2012/2/9، س 1، ع 2، ص 1

2-المادة 3 من الإعلان الدستوري 2011 المعدل.

وحيث ينعي الطاعن على النص محل الطعن مخالفته للدستور والإعلانات والوثائق الدستورية المعمول بها ولأحكام الشريعة الإسلامية، ذلك أن الإعلان الدستوري الصادر سنة 1969م قرر حماية واسعة للحقوق والحريات، وتلاه صدور إعلان قيام سلطة الشعب عن شهر مارس 1977م والذي أكد على أن القرآن الكريم شريعة المجتمع ...، ثم صدرت الوثيقة الخضراء الكبرى سنة 1988م (بشأن حقوق الإنسان) التي كرست حق كل فرد في اللجوء إلى القضاء لإنصافه من أي مساس بحقوقه وحرياته، وصدر قانون تعزيز الحرية رقم 20 لسنة 1991م مؤكداً على المبادئ ذات الصلة بحقوق الأفراد وحرياتهم، التي بينها المشرع بإصداره للقانون رقم 1991/5 بشأن تطبيق مبادئ الوثيقة الخضراء، وبالتالي فإن كلمة دستور تنصرف على جملة الإعلانات الدستورية المشار إليها، وإلى العرف وقواعد الشريعة الإسلامية.

ولما كان نص المادة 93 من قانون نظام القضاء –محل الطعن– فيما تضمنته من عدم جواز الطعن في الحكم الصادر عن مجلس القضاء في الدعوى التأديبية، هو نص مخالف للدستور لحرمانه الطاعن من حق التقاضي، وإهداره كافة الحقوق المنصوص عليها في الوثائق الدستورية التي كفلت حق المساواة أمام القانون، وحق اللجوء إلى القضاء وتقييده للسلطة القضائية في مباشرة ولايتها، وكان المشرع الدستوري وإن أجاز للمشرع العادي تنظيم ممارسة حق التقاضي بقانون، فإنه لا يقصد تفويضه في نقص هذا الحق والانتقاص منه، فإن فعل يكون قد خرج عن أحكام الدستور، ويتضح من قضاء المحكمة العليا – كما ذكر الطاعن وأورد بعض المبادئ – أنه استقر على أن النصوص المانعة من التقاضي تعد انتهاكاً صارخاً لحقوق الأفراد.

وحيث أن نص المادة 93 المطعون على دستوريته جاء ترديداً لما ورد بالتشريعات المانعة من التقاضي، والتي عرضت على المحكمة وقضت بعدم دستوريتها، فإنه يتعين الحكم بعدم دستورية هذا النص لأنه أضفى حصانة على قرارات مجلس التأديب، وهي قرارات إدارية من الطعن عليها بأي وجه.

وحيث أن جميع هذه المناعي تدور حول مدى دستورية نص المادة 93 من القانون رقم 6 لسنة 2006 بشان نظام القضاء، فيما تتضمنه من عدم جواز الطعن بأي طريق في الحكم الصادر في الدعوى التأديبية عن المجلس الأعلى للهيئات القضائية بوصفه مجلساً تأديبياً، وكان قضاء هذه المحكمة قد جرى على أنه وإن كان الأصل في القرارات الإدارية المشروعية والصحة، ويجب أن تستند رقابة القضاء عليها بالإلغاء إلى نص صريح من القانون، فلا تلغى إلا بتصريح من المشرع إلا أن هذه الرقابة لا يجوز تقييدها أو الحد منها إذا تعلق الأمر بحق من الحقوق الأساسية المكفولة في الدستور، فإذا صدر قانون متضمناً نصاً مانعاً من اللجوء إلى القضاء صاحب الولاية العامة، يصح أن يكون محل نظر القضاء الدستوري، وللقضاء أن يناقش كل قانون يتضمن هذا القيد لكي يقدر ما إذا كانت هناك ضرورة معينة أو ظرفاً استثنائياً أو مصالح عليا أو اعتبارات تتعلق بالأمن العام تسمح بإسباغ هذه الحصانة على مثل هذه القرارات القابلة بطبيعتها للإلغاء، والتي تمس حقاً أصيلاً مقرراً في الدستور، وهمة القضاء الدستوري في هذا المقام

أن يزن كل قانون بظروفه واعتباراته ، فإذا وجد القضاء وهو يمارس الرقابة الدستورية جدية الأسباب التي تبرر التقيد في الطعن أو حصانة القرارات الإدارية، كان القانون الذي تستند إليه بمنجاة من أي طعن، وإذا لم تكن هناك جدية تبرر هذا التقييد كان القانون محلاً للطعن.

ولما كان ذلك وكان القانون رقم 6 لسنة 2006 بشأن نظام القضاء، نص في المادة (93) منه على أن "تنظر الدعوى التأديبية ويحكم فيها في جلسات سرية. ويجب أن يكون الحكم في الدعوى التأديبية مشتملاً على الأسباب التي بني عليها وأن تتلى أسبابه عند النطق به، ويكون نهائياً ولا يجوز الطعن عليه بأي طريق."، وكانت الوثيقة الخضراء الكبرى لحقوق الإنسان، قد نصت في عجز البند (26) من المبادئ التي أوردتها: " ولكل فرد الحق في اللجوء إلى القضاء لإنصافه من أي مساس بحقوقه وحرياته الواردة فيها." كما ورد القانون رقم 20 لسنة 1991 بشأن تعزيز الحرية هذا المبدأ في المادة الثلاثين منه، والتي جاء فيها " لكل شخص الحق في الالتجاء إلى القضاء وفقاً للقانون، وتؤمن له المحكمة كافة الضمانات اللازمة..."

وورد في المادة الخامسة والثلاثين من ذات القانون بأن: " أحكام هذا القانون أساسية ولا يجوز أن يصدر ما يخالفها، ويعدل كل ما يتعارض معها من تشريعات."، ومفاد ذلك أن القضاة وهم من فئات المجتمع يكون من حقهم كباقي الأفراد اللجوء إلى المحاكم لدرء أي مساس بحقوقهم، ولا يسوغ القول بغير ذلك، لما ينطوي عليه ذلك من إخلال بمبدأ المساواة ومساس بوظيفة القاضي الذي يجب أن يقضي بين الناس بالحق والعدل، وهو يعلم انه محروم من هذا الحق إذا حدث مساس بحقوقه.

وحيث أنه لا يستشف من المادة (93) محل الطعن بعدم جواز الطعن في قرارات المجلس الأعلى للهيئات القضائية باعتباره مجلساً للتأديب، أن هناك ضرورة أو ظرفاً استثنائياً أو مصلحة عليا أو اعتباراً للأمن أو للنظام العام يستند إليه هذا المنع، بما يكون معه قرار المجلس في هذا الشأن، وأن وصفه المشرع بأنه حكم هو قرار إداري تسري بشأنه الأحكام المنظمة للقرارات الإدارية، من حيث إصدارها أو سحبها أو إلغائها أو الطعن فيها أمام المحكمة القضائية المختصة، ويكون ما ينعي به الطاعن في هذا الشأن في محله ويتعين بالتالي الحكم بعدم دستورية عجز المادة (93) من القانون رقم 6 لسنة 2006 بشأن نظام القضاء، فيما تضمنه من عدم جواز الطعن فيما يصدره المجلس الأعلى للهيئات القضائية بوصفه مجلساً للتأديب من أحكام في الدعاوى التأديبية، دون إخلال باختصاص المجلس بنظر الدعوى التأديبية، وفقاً للنصوص المنظمة لذلك بقانون نظام القضاء رقم 6 لسنة 2006 ..." ([1])

1-طعن دستوري رقم 55/5 ق دستورية، جلسة 2009/11/11، مجلة إدارة القضايا، س 8، ع 16، ص 225

ونلاحظ من هذا الحكم أن القضاء الدستوري الليبي مستقر على عدم دستورية أي نص مانع من التقاضي، طالما أن هذا المنع غير مؤسس على اعتبارات المصلحة العليا أو الأمن والنظام العام، وبما أن الخصومة في الدعوى الدستورية هي خصومة عينية، بما يعني أن الحكم الصادر فيها يتمتع بحجية مطلقة تجاه الكافة، ولا تقتصر حجيته على الخصوم في الدعوى.

وهذا ما رددته المحكمة العليا في حكمها الصادر بالطعن الدستوري 56/4 في 2010/10/10 بقولها: " إن الخصومة في الدعوى الدستورية توجه ضد النصوص التشريعية المطعون فيها لعيب دستوري، ومن ثم فهي خصومة عينية، وتكون الحكام الصادرة من المحكمة العليا بدوائر مجتمعة بعدم دستورية أي نص تشريعي ملزمة لجميع المحاكم وجهات الإدارة ولها حجية مطلقة، فلا يقتصر أثرها على الخصوم في الدعوى التي صدرت بشأنها بل ينصرف هذا الأثر إلى الكافة."([1])

وبذلك صدر القانون رقم 4 لسنة 2011 معدلاً عجز المادتين السادسة، والثالثة والتسعون من قانون نظام القضاء 2006/6 اللتان حصنتا قرارات المجلس الأعلى للقضاء الصادرة بالفصل في المنازعات الإدارية المتعلقة بأعضاء الهيئات القضائية والدعاوى التأديبية، بالعدول عن هذا التحصين، وفق تعديل هاتين المادتين، السابق ذكرهما.([2])

1-طعن دستوري رقم 56/4 ق دستورية، جلسة 2010/10/10، مجلة إدارة القضايا، س 9، ع 12، ص 204

2-انظر المطلب الأول من المبحث الأول.

خاتمة

تناولت في هذا البحث الاختصاص المعقود للمجلس الأعلى للقضاء الليبي بالفصل في المنازعات الإدارية – الوظيفية – والتأديبية، المتعلقة بأعضاء الهيئات القضائية، بمقتضى القانون رقم 6 لسنة 2006 بشأن نظام القضاء.وقد انتهيت في هذه الدراسة إلى:

- حرص المشرع الليبي في تشكيل المجلس الأعلى للقضاء بأن تكون رئاسة، وعضوية المجلس من رجال القضاء، بعدما كانت الرئاسة لوزير العدل. وبذلك أصبح تشكيل المجلس ممن يملكون الصفة القضائية، حفاظاً على هيبة، واستقلال القضاء.
- حرص المشرع الليبي على حسم المنازعات الإدارية الوظيفية، والتأديبية المتعلقة بأعضاء الهيئات القضائية داخل البيت القضائي، حفاظاً على مكانة، وحساسية موقف أعضاء الهيئات القضائية فيما يتصل بهم من منازعات متعلقة بعملهم.
- بإعادة تشكيل المجلس الأعلى للقضاء لم يعد هناك مجالاً للقول بالصفة الإدارية لاختصاص المجلس بالفصل في منازعات أعضاء الهيئات القضائية. فمن الناحية الشكلية، أصبح المجلس ذو تشكيل قضائي. أما من الناحية الموضوعية فإن المجلس يخضع لحزمة من الإجراءات والمواعيد نص عليها قانون إنشائه، بما يكفل الضمانات القضائية عند الفصل في تلك المنازعات.
- أكد القضاء الدستوري الليبي على ضمان أو كفالة حق التقاضي المكفول دستورياً كقاعدة عامة، معتبراً كل نص يقطع الطريق أمام الأشخاص من اللجوء للقضاء، مآله إلى عدم الدستورية، وهذا ما حصل بشأن تحصين المشرع لقرارات المجلس الصادرة بالفصل في طلبات أعضاء الهيئات القضائية.
- منعاً لأي لبس حول طبيعة اختصاص المجلس الأعلى للقضاء بالفصل في المنازعات الوظيفية لأعضاء الهيئات القضائية، نوصي المشرع الليبي بالنص صراحةً على أن اختصاص المجلس في هذا الشأن هو اختصاص قضائي.

قائمة المراجع

أولًا: الكتب:

1) د. خليفة سالم الجهمي، أحكام ومبادئ القضاء الإداري الليبي، دار الفضيل للنشر والتوزيع، 2009.د. ماجد راغب الحلو،
2) د. ________________، القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية، 1999.
3) د. عمر السيوي، الوجيز في القضاء الإداري، دار الفضيل للنشر والتوزيع، 2013.
4) د. محمد عبد الله الحراري، الرقابة على أعمال الإدارة في القانون الليبي، منشورات المكتبة الجامعية، الزاوية، ط 5، 2010.

ثانيًا: الأبحاث والمقالات:

1) د. أحمد الزيات، الطبيعة القانونية للجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، قسم القانون العام، 2010.
2) د. أحمد الهمالي، تأديب رجال السلطة القضائية في النظام القانون الليبي، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، كلية الحقوق، قسم القانون العام،غير منشورة،2014.

ثالثًا: التشريعات ومجموعات الأحكام:

1) القانون رقم 88 لسنة 1971 بشأن القضاء الإداري الليبي.
2) القانون الملغى رقم 51 لسنة 1976 بشأن نظام القضاء الليبي.
3) القانون رقم 6 لسنة 2006 بشأن نظام القضاء الليبي.
4) مجلة أحكام المحكمة العليا الليبية، تصدر عن المكتب الفني للمحكمة العليا.