

جَامِعَةُ السَّيِّدِ مُحَمَّدٍ بْنِ عَلِيٍّ السَّنُوسِيِّ الْإِسْلَامِيَّةِ

Mohammad Bin Ali Assanosy University



مَجَلَّةُ الشَّرِيعَةِ وَالْقَانُونِ

مجلة الشريعة والقانون

Journal of Sharia and Law

مجلة علمية فصلية محكمة تصدر عن كلية الشريعة والقانون

السنة الأولى * العدد الأول أبريل 1440 هـ / 2019 م
السنة الأولى * العدد الثاني - أغسطس 1441 هـ / 2019 ميلادي

محتويات العدد

1	عن المجلة.....	3
2	هيئة التحرير.....	6
3	كلمات افتتاحية.....	8
4	الجنين ووسائل حمايته في الشريعة الإسلامية.....د. فاطمة مجاجي	9
5	المجتمع المدني في ليبيا بين القانون والدولة وفُرص التحول الديمقراطي	
	(الواقع والمأمول) ... د. سلوى فوزي الدغيلي	24
6	تنفيذ الأحكام الأجنبية " دراسة في القانون الليبي ".....د. سأللة فرج الازوي	48
7	دور التحول في حالة عدم مشروعية الدليل.....د. انتصار أحميدة امحمد امسيوط	63
8	وقف تنفيذ القرار الإداري..... أ. الراقى عبد الشفيق رشيد - أ. رافع يحيى فضيل	102
9	المقالاتالمستشار جمعة أبو زيد	128

عن المجلة

نبذة :

مجلة الشريعة والقانون هي مجلة علمية فصلية محكمة ، تصدر عن كلية الشريعة والقانون بجامعة السيد محمد بن علي السنوسي الإسلامية بالبيضاء ، وتعتبر هذه المجلة براح علمي أصيل في تخصص العلوم الشرعية والقانونية وما يتصل بها ويقوم بخدمتها ويدور في فلكها ، وتصدر المجلة بشكل راتب بواقع ثلاثة أعداد في كل سنة ، (أبريل وأغسطس وديسمبر) وسيكون عدد شهر ديسمبر عدد خاص يعلن عنه في مدة كافية وسيتناول موضوع واحد من عدة محاور تتعقبه ندوة حول البحوث المنشورة فيه ، كما أن المجلة تصدر إلكترونياً بالموقع المحدد لها من قبل الجامعة.

الرؤية :

الريادة والتميز في نشر البحوث العلمية الأصيلة في التخصص .

الرسالة :

التواصل مع الباحثين وتبادل العلمي وربط الجهات البحثية وخلق براح علمي أصيل يخدم التخصص وينشر المعرفة .

الأهداف :

- 1- نشر البحوث العلمية بموضوعية ومنهجية ، وفقاً لمعايير الجودة العالمية .
- 2- تقديم الخدمة الكافية للباحث مما يحفزهم على الخوض في حقل البحث العلمي .
- 3- المساهمة في نشر البحوث والارتباط مع الجهات ذات العلاقة بالتخصص .

القيم :

المصداقية . الجودة . الإلتقان

قواعد النشر: Rules Of Publishing

1. تخضع البحوث المقدمة إلى المجلة للتقويم والتحكيم حسب الأصول المتبعة.
2. تُقبل البحوث باللغة العربية والإنجليزية.
3. يجب إتباع المنهجية في البحث العلمي.
4. يجب كتابة مصادر ومراجع كل صفحة في حاشيتها.
5. يجب ضبط النصوص الشرعية بالشكل الكامل.
6. على الباحث مراعاة أسلوب البحث بحيث يكون موافقاً للقواعد اللغوية.
7. ألا يتجاوز البحث المقدم أربعين صفحة من الحجم العادي (A4) ، إلا إذا رأت هيئة التحرير خلافًا لذلك.
8. يلتزم الباحث بإجراء تعديلات المحكمين على بحثه أو إبداء رأيه بشأن هذه التعديلات وفق التقارير المرسلة إليه، وموافاة المجلة بنسخة معدلة خلال مدة لا تتجاوز (15) يومًا.
9. يرفق بالبحث سيرة ذاتية مختصرة للباحث، تتضمن اسمه، ودرجته العلمية، وتخصصه، ووظيفته، والجهة التي يعمل بها، وعنوانه الكامل متضمناً العنوان البريدي وأرقام الهواتف والبريد الإلكتروني.
10. يرفق بالبحث ملخص باللغتين العربية والإنجليزية.
11. يُخَطَّر أصحاب البحوث الواردة بوصولها إلى المجلة خلال أسبوع من تسلمها.
12. يجب أن يكون البحث مطبوعاً على الحاسوب، وتُرَوَّد هيئة التحرير بثلاث نسخ منه، أحدها على قرص مضغوط (CD) ويفضل إرساله عن طريق البريد الإلكتروني وذلك وفقاً لما يأتي:-
 - أ. بواسطة برنامج (Microsoft Word).
 - ب. أن يستخدم في كتابة المتن خط (Simplified Arabic) عادي حجم (14).
 - ج. أن يستخدم في كتابة الهوامش خط عادي حجم (10).
 - د. أن يستخدم في كتابة العناوين الرئيسة خط حجم (18).
 - هـ. أن يستخدم في كتابة العناوين الفرعية خط حجم (16).
 - و. تكون هوامش الصفحة يمين ويسار 4.2 وأعلى وأسفل موحد 4 سم

الحقوق :

تُعبّر المواد المقدمة للنشر عن آراء مؤلفيها، ويتحمل أصحابها مسؤولية صحة المعلومات والاستنتاجات ودقتها. وجميع حقوق النشر محفوظة لـ (جامعة السيد محمد بن علي السنوسي الإسلامية / البيضاء – ليبيا)، وعند قبول البحث للنشر يتم تحويل ملكية النشر من المؤلف إلى المجلة.

دعوة للنشر:

ترحب المجلة بجميع الباحثين في مجال اهتمامها العلمي والبحثي، وتدعوهم للإسهام المتميز في إنتاج المعرفة بكافة صورها ومناحيها واتجاهاتها، وتنمية البحث بما يتناسب مع تطور العصر وتقدمه .

التواصل :

الاتصالات والمراسلات Mailing & Contacts

جميع المراسلات توجّه على العنوان التالي :-

رئيس تحرير مجلة الشريعة والقانون
البريد الشخصي

(mbugerma@gmail.com)

جامعة السيد محمد بن علي السنوسي- كلية الشريعة والقانون - مجلة الشريعة والقانون

موقع المجلة على شبكة الانترنت

(shlj@ius.edu.ly)

الهاتف: 0917777004

مجلة الشريعة والقانون

رئيس التحرير

أ. محمد سالم عبد العالي

هيئة التحرير

د. أحمد سعيد آدم

أ. خالد محمد المنفي

الهيئة الاستشارية لهذا العدد

أ.د. محسن افكيرين

أ.د. مصطفى الدراجي

أ.د. مصطفى عبد الحميد دلاف

أ.د. علي محمود بوخيرالله

د. محمد سليمان آدم

رقم الإيداع (0206 / 2019 دار الكتب الوطنية)

كلمة العدد

يسر أسرة تحرير مجلة الشريعة والقانون والقائمون عليها وهي بصدد إصدار العدد الثاني أن تتقدم إليكم بخالص اعتزازها وتقديرها لمتابعيها وقرائها وترحابها بكل البحوث العلمية في شتى مجالات الشريعة والقانون والتي ستسهم دون شك في إثراء مساحة المجلة وعموم الفائدة عن طريق تلقي ونقل المعرفة والتجربة وخلق جسور من التواصل والتقارب بين مختلف أطياف المجتمع تأكيداً لدورها العلمي والمهني وإسهاماً منها في تبادل المعارف والأفكار والرؤى وإفساح الطريق لكل الإبداعات والدراسات بكافة العلوم الإنسانية والتطبيقية إيماناً منها بالاضطلاع بمسؤوليتها ووظيفتها في استقبال وتصدير المعرفة وفي الوقت الذي تحييكم وتنمّن دوركم الحيوي والهام في إثراء مكتبتنا الوطنية فإنها تؤكد استمرارها على نهجها ذاته وفقاً للشروط والمعايير العلمية شكلاً ومضموناً وفق الله الجميع لما فيه خير الوطن ودمتم بأمان الله وحفظه ورعايته

رئيس التحرير

أ- محمد سالم عبدالعالى

السنة الأولى العدد الثاني أغسطس 2019

الجنين ووسائل حمايته في الشريعة الإسلامية.

الاسم: فاطمة مجاجي

جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف . الجزائر .

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين ، حمدا يليق بجلال وجهه وعظيم سلطانه، والصلاة والسلام على سيّد ولد آدم محمّد صلى الله عليه وسلم، وعلى آله وأصحابه أجمعين والتابعين له بإحسان إلى يوم الدين وبعد.

لقد اهتم الإسلام بالجنين اهتماما بالغا حيث أنشأ له الأسرة السويّة السليمة التي تقوم على أساس العلاقة الشرعيّة حتى يطمئن كل واحد منهما للآخر، وفي ذلك تطهير للأرحام وحفظ للأنساب التي أوجب الحافظ بحفظها، لذا جعل الإسلام للجنين أحكاما خاصة ومنها حقوقه التي تراعى قبل وجوده ألا وهي حسن اختيار أمّه وأبيه، فهما أساس حياته ونبض وجوه، إضافة إلى حقه في الصحة السليمة وذلك بعدم إيذائه ماديا أو معنويا وبالتالي المحافظة على وجوده، ولم تكتمل حقوقه عند هذا الحد، حيث أن الإسلام قد حافظ على من يحمل هذا الجنين وذلك بالتخفيف عليه إذا أدى واجبا وكان هذا الواجب له أثر على الجنين، أو اقتترف حدا من حدود الله كالزنا.

فالإسلام قد ييسر للحامل الفطر في رمضان كما أجل عقوبة الحد عنها حتى تضع حملها، وكان له من ذلك غاية عظيمة ورسالة نبيلة وهي المحافظة على الجنين باعتباره نفسا، وهذا من أسمى وأرقى الحقوق التي تكفل له بها الإسلام.

إشكالية البحث:

يرمي هذا البحث إلى الإجابة على الأسئلة التالية:

أ/ ماذا نقصد بالجنين، وما هي أهم الحقوق التي كفلها له الإسلام؟.

ب/ ما هي وسائل حماية الجنين في الإسلام؟.

وَأَسْأَلُ اللَّهَ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَنْ يُوَفِّقَنَا وَيَسُدَّ خَطَانَا، وَأَنْ يَجْعَلَ هَذَا الْعَمَلُ خَالِصًا لَوَجْهِهِ الْكَرِيمِ.

المطلب الأول: تعريف الجنين لغة واصطلاحاً.

01/ لغة: هو من الاسم جَنَ أي استتر، والجنين الولد في البطن⁽¹⁾.

02/ اصطلاحاً: الاجتئان هو الطور الذي يكون فيه الإنسان جنيناً ويمتد منذ العلوق إلى الولادة⁽²⁾.

المطلب الثاني حقوق الجنين:

01/ اختيار المرأة: عنيت الشريعة الإسلامية بالجنين وأكدت ذلك من خلال حث الرجل المقبل على الزواج بأن يختار المرأة الصالحة التي تعرف حق الله وعباده، ومن ذلك حق جنينها بتوفير الصحة والأمان له.

فالأم هي الفرد الأكثر أهمية للجنين، لتحملها أعباء الحمل والولادة،

أ/ قال تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَالصَّالِحَاتُ قَنَاطٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ وَالَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَأَهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاصْرَبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً كَبِيراً ٣٤﴾، [النساء: 34].

وجه الدلالة: فالعناية بالجنين تبدأ من نقطة مهمة ألا وهي المرأة الصالحة.

¹ / القاموس المحيط، للفيلسوف أبي الفوارس، دار الفكر، بيروت . لبنان . دط، (1428هـ، 1429هـ .

2008م)، 1069.

² / المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا، دار القلم دمشق . ط1، (1418هـ . 1998م)، 2/

ب/ قال سبحانه: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَةَ حَتَّىٰ تُؤْمِنَ وَلَا مَؤْمِنَةً خَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا وَلَعَبْدٌ مُّؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ أُولَٰئِكَ يَدْعُونَ إِلَى النَّارِ وَاللَّهُ يَدْعُو إِلَى الْجَنَّةِ وَالْمَغْفِرَةِ بِإِذْنِهِ وَيُبَيِّنُ آيَاتِهِ لِلنَّاسِ لَعَلَّهُمْ يَتَذَكَّرُونَ ٢٢١﴾، [البقرة: 221].

وجه الدلالة: في الآية دليل عظيم على أن الأم الصالحة لها شأن كبير على جنينها، ومن ذلك ضمان العقيدة الإسلامية الصحيحة للجنين قبل ميلاده، لأن عقيدة الأم إذا فسدت فسيأثر حتماً على الجنين مستقبلاً.

ج/ عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنها أنه صلى الله عليه وسلم قال: {لَا تَزَوِّجُوا النِّسَاءَ لِحُسْنِهِنَّ، فَعَسَىٰ حُسْنُهُنَّ أَنْ يُرْدِيَهُنَّ، وَلَا تَزَوِّجُوهُنَّ لِأَمْوَالِهِنَّ، فَعَسَىٰ أَمْوَالُهُنَّ أَنْ تُطْفِئَهُنَّ، وَلَكِنْ تَزَوِّجُوهُنَّ عَلَى الدِّينِ، وَلَأَمَّةٌ خَرَمَاءُ سَوْدَاءَ ذَاتِ دِينٍ أَفْضَلُ} (1).

وجه الدلالة: يستدل من الحديث النبوي الشريف أن حسن إختيار الأم ذات الدين والأخلاق الحسنة، والتي تقوم بواجباتها من العناية والتربية والتعليم من حقوق الطفل في حياته.

2/ الأب: وعلى الزوجة أن تختار زوجها ممن تتوفر فيه الشروط المناسبة لها وأهمها الدين والخلق حتى يمكنه أن يقوم بواجبه، واجب الرعاية والقوامة والتربية (2).

الدليل: عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال {إِذَا خَطَبَ إِلَيْكُمْ مَنْ تَرْضَوْنَ دِينَهُ وَخُلُقَهُ فَرَّجُوهُ، إِلَّا تَفْعَلُوا تَكُنْ فِتْنَةٌ فِي الْأَرْضِ وَفَسَادٌ عَرِضٌ} (1).

¹/ رواه ابن ماجه في سننه، أبواب النكاح، باب تزويج الأبكار، رقم، (1859).

²/ التربية الإسلامية ومراحل النمو، عباس محجوب، الجامعة الإسلامية . المدينة المنورة . ط13، العدد 52، (1401هـ)، 114.

وجه الدلالة: يستدل من الحديث النبوي أنه صلى الله عليه وسلم، قد وضع ضابط أساسي لإختيار أب المستقبل وهو الدين، حتى يتسنى منه حسن التربية السليمة والوقاية والعناية والقوامة للعائلة عامة والطفل خاصة.

03/ العزل: ومن اهتمام الإسلام بالجنين أنه قد أوجب الإعتزال أثناء فترة الحيض لعدم تعرضه للأمراض، مصداقا قوله تعالى: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذَى فَأَعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهُرْنَ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ التَّوَّابِينَ وَيُحِبُّ الْمُتَطَهِّرِينَ ٢٢٢﴾، [البقرة: 222].

وجه الدلالة: نستكشف من الآية الكريمة أن الإسلام قد أوجب بتوفير الرعاية الصحية الكاملة للجنين، والابتعاد عن كل ما يؤذيه ومن ذلك وجوب الاعتزال أثناء فترة الحيض.

04/ أنكار البناء والجماع:

البناء: عن عمر بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: **«إِذَا تَزَوَّجَ أَحَدُكُمْ امْرَأَةً أَوْ اشْتَرَى خَادِمًا، فَلْيَقُلِ اللَّهُمَّ إِنِّي أَسْأَلُكَ خَيْرَهَا وَخَيْرَ مَا جَبَلْتَهَا عَلَيْهِ، وَأَعُوذُ بِكَ مِنْ شَرِّهَا وَمِنْ شَرِّ مَا جَبَلْتَهَا عَلَيْهِ»**(2).

الجماع: عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال **«لَوْ أَنَّ أَحَدَكُمْ إِذَا أَتَى أَهْلَهُ قَالَ بِاسْمِ اللَّهِ، اللَّهُمَّ جَنِّبْنَا الشَّيْطَانَ وَجَنِّبِ الشَّيْطَانَ مَا رَزَقْنَا، فَقُضِيَ**

بَيْنَهُمَا وَلَدٌ لَمْ يَضُرَّهُ الشَّيْطَانُ»(3).

وجه الدلالة: يستدل من الحديثين الشريفين أن أنكار البناء والجماع هي من حقوق الجنين على والديه حتى ينشأ سليما سوياً صالحاً محفوظاً من مس الشيطان وشره.

¹/ رواه الترمذي في سننه، أبواب النكاح، باب ما جاء إذا جاءكم من ترضون دينه فوزوجه، رقم (1084)، 02/ 380، 381.

²/ رواه أبو داود في سننه، كتاب النكاح، باب في جامع النكاح، رقم، (2153)، 03/ 54.

³/ رواه الترمذي في سننه، أبواب النكاح، باب ما يقول إذا دخل على أهله، رقم، (1092)، 02/ 386.

05/ الحق في الحياة: ومن حقوق الجنين في الإسلام وهو في بطن أمه، حقه في الحياة ومن ذلك الحفاظ على عليه وهو في بطن أمه وتحريم إجهاضه والإعتداء على حياته بأي شكل من الأشكال، وهذا الحق مكفول لهن ولا اعتبار في ذلك بين إذا كان هذا الاعتداء صادر من أمه أو من غيرها .

وقد ورد في النصوص الشرعية ما يدعم هذا الحق منها:
قال تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةً إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُهُمْ وَإِيَّاكُمْ إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطَاً كَبِيرًا ٣١﴾، [الإسراء: 31].

06/ الحق في النفقة: فقد ألزمت الشريعة الإسلامية الزوج بوجوب النفقة على زوجته الحامل وقت تطليقها وهذا حق من حقوق الجنين قد كفله له الإسلام، ويدخل في ذلك الغذاء والسكن والأمان حتى ينشأ في رحم أمه من كل شر، وقد قال جلّ شأنه: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولِي حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأَتَمِرُوا بِبَنَاتِكُمْ بِمَعْرُوفٍ وَإِنْ تَعَاسَرْتُمْ فَسْتَزِيعُ لَهُ أُخْرَى ٦﴾، [الطلاق: 06].

07/ الحق في الوصية: الوصية هي حق يفيد تملك عين أو دين أو منفعة بلا عوض تمليكاً مضافاً إلى ما بعد موت الموصي، وتصح للجنين إذا تحققت

شروطها، وكذا التحقق من وجود الحمل وقت الوصية أو وقت موت الموصي⁽¹⁾.

07/ حقه في الجنازة عليه:

^{1/} أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، عبد الوهاب خلاف، دار القلم، ط2، (1410 هـ . 1990م)، 255، 258.

عن المغيرة ابن شعبة أنّ النبي صلى الله عليه وسلم قال: {الراكب يسير خلف الجنّاة، والمّشي يمشي خلفها وأمامها وعن يمينها وعن يسارها قريباً منها والسقط يُصلّى عليه ويُدعى لوالديه بالمغفرة والرحمة} (1).

08/ حقه في الميراث: نجد أن الإسلام قد اهتم بالجنين وبحقه وهو في بطن أمّه ومن ذلك حقه في الميراث.

والحمل الذي يرث بالإجماع هو الذي يتحقّق فيه شرطان: الشرط الأول: وجوده في الرحم حين موت المورث، ولو نطفة. الشرط الثاني: انفصاله حيّاً حياة مستقرّة، لحديث أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: {إذا استهل المولود ورث} (2).
المطلب الثالث: وسائل حماية الجنين:

إنّ من مقاصد الشريعة الإسلامية تأمين حياة الجنين ومن ذلك حمايته وتحريم الإعتداء عليه حتى وإن كان غير شرعي، و تتجلى مظاهر العناية به منذ مراحل بداية تخلقه الأولى، وتزداد الجناية تفاشاً بحسب تطور مراحلها حتى تبلغ مرحلة ما بعد نفخ الروح، لذا رتبت عقوبات مختلفة على كل من يعتدي عليه، وهذا ما نجده في القوانين الوضعية التي تحمي الجنين من جريمة الإجهاض. وتتجلى مظاهر الحماية فيما يلي.

لقد حرص الإسلام على توفير الرعاية الكاملة للجنين

1/ إباحة الفطر في رمضان: لقد رخص الإسلام للمرأة الحامل الإفطار في رمضان إذا خافت على نفسها أو على ولدها، رحمة بالجنين وحفاظاً على حياته

¹/ رواه أبو داود في سننه، كتاب الجنائز، باب المشي أمام الجنّاة، رقم، (3272)، 04 / 45.

²/ رواه أبو داود في سننه، كتاب الفرائض باب في المولود يستهل ثم يموت، رقم، (2912)، 03 / 420.

حتى لا يتعرض للهلاك، وحفاظا على حياتها لأنها أصل وجوده وهذا باتفاق الفقهاء⁽¹⁾.

قال تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ وَخُلِقَ الْإِنْسَانُ ضَعِيفًا ۝٢٨﴾، [النساء: 28].

وجه الدلالة: من منطلق الآية الكريمة أنّ الله عزّ وجلّ خفّف على هذه الأمة الإسلامية في العبادات من أجل إكمال واجب آخر ألا وهو الفطر في رمضان حماية لما هو نفس، وهذا من أسمى النعم الربانية في التيسير ورفع الحرج.

ما رواه أنس بن مالك أنّ النبي ﷺ قال: **لَإِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ وَصَّعَ عَنِ الْمُسَافِرِ شَطْرَ الصَّلَاةِ، وَعَنِ الْمُسَافِرِ وَالْحَامِلِ وَالْمُرْضِعِ الصَّوْمَ، أَوْ الصَّيَّامِ**⁽²⁾.

وجه الدلالة: يستدل من الحديث أنّ الله عزّ وجلّ قد رخص للمرأة الحامل أن تفتّر حفاظا على مصلحة الجنين، ولو كانت هي في أتم القدرة على الصوم، وهذا من أسمى مظاهر العناية والرعاية والاهتمام بالجنين.

ومن مظاهر العناية بالجنين ابتعاد الأم عن كلّ ما يضرّ بها وبجنينها، لذا نجد أنّ الله عزّ وجلّ قد أمرنا بأكل الطيبات والابتعاد عن الخبائث التي تضرّ بالصحة، فقال جلّ شأنه: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُلُوا مِن طَيِّبَاتِ مَا رَزَقْنَاكُمْ وَاشْكُرُوا لِلَّهِ

^{1/} ينظر: فتح القدير، لابن الهمام، 355/02، والذخيرة، للقرافي، تحقيق: محمد بوخبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، (1994م)، 515/02، وبداية المجتهد، لابن رشد، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط6، (1402هـ . 1982م)، 62/02، 63، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق: محمد حامد الفقي، ط1، (1374هـ . 1955م)، 290/03، والمغني، لابن قدامة، مكتبة القاهرة، (دط . دت)، 149/03.

^{2/} رواه الترمذي، أبواب الصوم، باب ما جاء في الرخصة في الإفطار للحبلى والمرضع، رقم (714)، 85/03، وابن ماجه في سننه، كتاب الصيام، باب ما جاء في الإفطار للحامل والمرضع، رقم (1667)، 533/01.

إِنْ كُنْتُمْ إِيَّاهُ تَعْبُدُونَ ١٧٢ إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ وَمَا
أَهْلَ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ
رَحِيمٌ ١٧٣

﴿البقرة: 172، 173﴾.

2/ تأجيل العقوبة: ومن مظاهر اهتمام الإسلام بالجنين أنه قام بحمايته حتى
في حالة إذنب أمه في أي جريمة تستدعي استفتاء الحد أو القصاص، لأنّ الألم
من العقوبة على الأم سينتقل حتماً إلى الجنين الذي لا ذنب له، لذا أقر الإسلام
العقوبة عليها حتى يولد الجنين صيانة له من الهلاك، وهذا باتفاق الفقهاء⁽¹⁾.

قال تعالى: ﴿مَنْ أَهْتَدَىٰ فَأِنَّمَا يَهْتَدِي لِنَفْسِهِ وَمَنْ ضَلَّٰ فَأِنَّمَا يَضِلُّ عَلَيْهَا وَلَا
تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا ١٥
﴿الإسراء: 15﴾

وجه الدلالة: تدل الآية الكريمة على أنّ الإنسان لا يؤاخذ بذنب غيره، ما يعني أنّ
الجنين لا يتحمل وزر والدته، وفي تطبيق العقوبة على الحامل فيه إعتداء على
جنينها وقتل نفس معصومة بغير حق، وفي هذا هدر لحقوق العناية والرعاية.
3/ حديث الغامدية: {جَاءَتِ الْغَامِديَّةُ، فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ... فَوَاللَّهِ إِنِّي
لَخُبُلَى... قال: فلا نرجمك حتى تضعي ما في بطنك...} (2).

^{1/} ينظر: المبسوط، للسرخسي، دار المعرفة . بيروت . لبنان . (دط. دت)، 09 / 73، وتحفة
الفقهاء، للسمرقندي، دار الكتب العلمية، بيروت . لبنان . ط1، (1405هـ . 1984م)، 03 /
143، والكافي، لابن عبد البر، تحقيق: محمد أحمد ولد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض
الحديثة . الرياض . البطحاء، ط1، (1398هـ . 1978م)، 02 / 1073، والمهذب في فقه الإمام
الشافعي، للشيرازي، دار الكتب العلمية . بيروت . لبنان، (1416هـ . 1995م)، 03 / 192،
والمغني، لابن قدامة، 08 / 343.

^{2/} رواه النسائي في السنن الكبرى، كتاب الرجم، نوع آخر من الاعتراف، رقم، (7148)، 06 /
426.

وجه الدلالة: لأنّ ما في بطن الغامدية نفس محترمة، فإنّ المخلوق من ماء الزّنا له من الحرمة والعهد ما لغيره، ولم يوجد منه جنائية، ولو رجمت كان فيه إتلاف للولد⁽¹⁾.

قال ابن رشد: «وأجمعوا على أن الحامل إذا قتلت عمدا أنه لا يقاد منها حتى تضع حملها»⁽²⁾.

وقال الشافعي . رحمه الله . « إذا كانت المرأة لا يقتص منها ولا تد حتى تضع حملها»⁽³⁾.

ومن عناية الشريعة الإسلامية بحياة الجنين أنّه إذا ماتت الأم وفي بطنها حمل معلوم الحياة وجب شق بطنها وإنقاذ حياة جنينها، لأنّ المحافظة على حياة الجنين من المقاصد الضرورية الخمسة التي أوجب فقهاء الشريعة الإسلامية على حفظها وهي الدين والنفس والعقل والنسل والمال⁽⁴⁾.

3/ النفقة للحمل: ومن حقوق الجنين أن الإسلام قد أوجب النفقة عليها وعلى جنينها حال فترة الحمل، وهناك الكثير من النصوص الشرعيّة والفقهية التي تدل على النفقة على المرأة الحامل إنّما هي للجنين حماية له منها.

قال تعالى: ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلًا فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأَنْمَرُوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ وَإِنْ تَعَاَسَرْتُمَ فَسَتَرْضِعُ لَهُ أُخْرَى ٦ ﴾، [الطلاق: 06].

¹ / المبسوط، للسرخسي، ، 73 / 09.

² / بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ابن رشد، 187 / 04.

³ / الأم، للشافعي، دار المعرفة . بيروت . لبنان . (دط . دت)، 60 / 06.

⁴ / الدليل الإلكتروني للقانون العربي، حقوق الجنين والطفل بين الشريعة والقانون، 5.

وجه الدلالة: يستدل من الآية الكريمة أنّ الله عزّ وجلّ رخصّ الحامل بالأمر بالإنتفاق، فلو وجب الإنتفاق على غير الحامل لبطل التخصيص⁽¹⁾.

قال الشيخ الدردير في حديثه عن المرأة التي تخرج من بيت زوجها «فإن قدر بأن خرجت وهو حاضر قادر على منعها لم تسقط لأنّه كخروجها بإذنه إن لم تكن حاملا...فإن كانت حاملا لم تسقط، لأنّ النفقة حينئذ للحمل...ثمّ قال وللبنان نفقة الحمل، ولها الكسوة في أوله أي إذا طلقت في أول الحمل فلها الكسوة في آخره»⁽²⁾.

جاء في كتاب المغني «...ونفقة الحامل وسكنائها إنّما هو للحمل أو من أجله...»⁽³⁾.

المرأة الحامل سواء كانت مطلقة أو متوفي عنها زوجها...تجب عليها النفقة لأجل الجنين فتجب بوجوده وتزول بزواله، مايعني أنّ العلاقة المباشرة بين الجنين وأمه علاقة حماية ومصلحة للجنين، لأنّه يتغذى بغذائها فإي أذى أو ضرر تتعرض له الحامل سيصل مباشرة إلى الجنين.

¹/ بدائع الصنائع، للكاساني، دار الكتب العلمية . بيروت . لبنان . ، ط2، (1406هـ . 1986م)، 209 /03.

²/ الشرح الكبير للشيخ الدردير وحاشية الدسوقي، دار إحياء الكتب العلمية، (دط . دت)، 02 / 515، 514.

³/ المغني، لابن قدامة، 08 / 234.

خاتمة: نحمد الله عزّ وجل على انتهائنا من هذا البحث الذي توصلت فيه إلى النتائج التالية.

- أن الإسلام قد تكفل بجميع حقوق الجنين من قبل وجوده إلى أن يخرج للوجود.
- أن من أسمى حقوق الجنين حماية أمّه وذلك بالتخفيف عليها سواء في الحدود أو العبادات.
- أن الجنين إذا سقط له حقه مثل البالغ في الجنازة والوصية.

قائمة المصادر والمراجع:

- 01/ أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، عبد الوهاب خلاف، دار القلم، ط2، (1410هـ . 1990م).
- 02/ الأم، للشافعي، دار المعرفة . بيروت . لبنان . (دط . دت).
- 03/ الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، للمرداوي، تحقيق: محمد حامد الفقي، ط1، (1374هـ . 1955م).
- 04/ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، للكاساني، دار الكتب العلمية . بيروت . لبنان . ، ط2، (1406هـ . 1986م).
- 05/ بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لا بن رشد، دار المعرفة . بيروت . لبنان . ط6، (1402هـ . 1982م).
- 06/ تحفة الفقهاء، للسمرقندي، دار الكتب العلمية، بيروت . لبنان . ط1، (1405هـ . 1984م).
- 07/ التربية الإسلامية ومراحل النمو، عباس محجوب، الجامعة الإسلامية . المدينة المنورة . ط13، العدد 52، (1401هـ).
- 08/ الدليل الإلكتروني للقانون العربي، حقوق الجنين والطفل بين الشريعة والقانون.
- 09/ الذخيرة، للقرافي، تحقيق: محمد بوخبزة، دار الغرب الإسلامي . بيروت، ط1، (1994م).
- 10/ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، للدسوقي المالكي، دار إحياء الكتب العلمية، (دط . دت).

- 11/ سنن أبي داود، تحقيق: محمد عوامة، مؤسسة الريان . بيروت . ط1، (1419هـ . 1998م).
- 12/ سنن ابن ماجه، لابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية . فيصل عيسى البابي الحلبي . (دط . دت).
- 13/ سنن الترمذي، للترمذي، أبو عيسى، تحقيق وتعليق: أحمد محمد شاكر، ومحمد فؤاد عبد الباقي، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي . مصر . ط1، (1382 هـ . 1962م).
- 14/ السنن الكبرى، للنسائي، دار المعرفة . بيروت . لبنان . (دط . دت).
- 15/ فتح القدير، للكمال ابن الهمام، المطبعة الكبرى الأميرية . بولاق . مصر . ط1، (1315هـ).
- 16/ القاموس المحيط، للقيروزي، دار الفكر، بيروت . لبنان . دط، (1428هـ، 1429هـ . 2008م).
- 17/ الكافي في فقه أهل المدينة، لابن عبد البر القرطبي، تحقيق: محمد محمد أحمد ولد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة . الرياض . البطحاء، ط1، (1398هـ . 1978م).
- 18/ المبسوط، للسرخسي، دار المعرفة . بيروت . لبنان . (دط . دت).
- 19/ المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا، دار القلم دمشق . ط1، (1418هـ . 1998م).
- 20/ المغني، لابن قدامة، مكتبة القاهرة، (دط . دت).
- 21/ الملخص الفقهي، صالح بن فوزان بن عبد الله الفوزان، دار العاصمة . المملكة العربية السعودية . ط1، (1423هـ).

22/ المذهب في فقه الإمام الشافعي، للشيرازي، دار الكتب العلمية . بيروت .
لبنان، (1416هـ . 1995م).

المجتمع المدني في ليبيا بين القانون والدولة وفرص التحول
الديمقراطي
(الواقع والمأمول)

د. سلوى فوزي الدغيلي

عميد كلية القانون

جامعة بنغازي

مقدمة

يعد المجتمع المدني من المفاهيم التي شهدت انتشارا كبيرا في السنوات الأخيرة علي المستوي الأكاديمي والسياسي دوليا و محليا ، حيث بدأ يظهر هذا المفهوم في سياق البحث عن صيغة للانتقال السلمي إلي الديمقراطية وإيجاد بُنى يمكنها الدفاع عن الفرد و الجماعات الصغيرة ضد سطوة الدولة هذا بالإضافة إلي ما لعبته منظمات المجتمع المدني من دور هام ومؤثر في التغيرات السياسية التي شهدتها العديد من الدول ومن بينها ليبيا في السنوات الأخيرة.

والتعرف علي المجتمع المدني يلزم معه التعرف علي دور الدولة التي ينشأ بها وتطورها وقانونها إذ يرتبط كلاهما بدرجة التحديث السياسي والاجتماعي ، فظهور الدولة و نشأتها بالمعني الحديث وتضخم أجهزتها الإدارية و تعدد مسؤولياتها كل هذا ترك تأثيره علي المجتمع المدني.¹

وبالرغم من تعدد أدوار منظمات المجتمع المدني في العديد من المجالات منها الاجتماعي والثقافي إلا انه تنتشر في العديد من الأدبيات فكرة “لا ديمقراطية بدون مجتمع مدني ” وذلك لان عملية التحول الديمقراطي في أي مجتمع تعتمد علي ترسيخ الثقافة السياسية فيه . إضافة إلي كثرة الحديث عن الدور الذي يلعبه المجتمع المدني في عملية التحول الديمقراطي من منطلق بناء دولة ديمقراطية.

أهمية الدراسة

تأتي من أهمية المرحلة التاريخية للتغيير السياسي في ليبيا، وضرورة التعرف على دور منظمات المجتمع المدني في التحول الديمقراطي الليبي في الفترة من 2011 وحتى 2018 بالتركيز على دور هذه المؤسسات خلال ثورة 17 فبراير وأيضاً الكشف عن المعوقات التي تحد من دور مؤسسات المجتمع المدني وطبيعة العلاقة بين مؤسساته والدولة. هذا مع إعطاء لمحة عن دور المجتمع المدني في الفترة التي سبقت هذا التغيير باعتبارها الإرث الذي يحمله المجتمع المدني من حيث تعريفه والدور المتاح له.

ثانيا الإشكالية

في ظل المتغيرات في الآونة الأخيرة التي شهدتها البلاد، ظهرت أنواع وأدوار لمنظمات المجتمع المدني في ليبيا ، ولقد ثار التساؤل حول دور ذلك

¹ محمد نور البصراي، ”النظم السياسية في الوطن العربي“، بني سويف، دار الكتاب الجامعي، 2015، ص، 89 ص 8

المجتمع الموازي في دعم التحول الديمقراطي ، وهل هناك مؤشرات لقياس ذلك الدور، وماهية الصعوبات التي تواجهه في القيام بدوره على أكمل وجه ؟

تساؤلات الدراسة

ما هو دور مؤسسات المجتمع المدني في التهيئة للتغيرات السياسية والتحول الديمقراطي التي شهدتها ليبيا قبل وخلال الفترة 2011- 2018 ؟

ما هو دور المؤسسات والهيئات والمنظمات الدولية الأجنبية العاملة في ليبيا وتأثيرها على مؤسسات المجتمع المدني ؟

للإجابة على هذه التساؤلات ولدراسة هذا الموضوع نقسم دراستنا في مبحثين:
المبحث الأول: نشأة وتطور المجتمع المدني في ليبيا والأسس التي يقوم عليها.
المبحث الثاني: العمل المدني بين ضوابط القانون والتحول الديمقراطي في ليبيا

المبحث الأول : نشأة وتطور المجتمع المدني في ليبيا

يعتبر المجتمع المدني في ليبيا إلى حد كبير جداً ناشئاً، وهو يمر الآن بمرحلة حساسة في تاريخ تطوره، تجعله يقف على مفترق طرق، إذ بالإضافة إلى إرث الدولة الشمولية الذي يحمله وصعوبة المرحلة التي تمر بها البلاد فإن دور المجتمع المدني ولكي يكون فاعلاً وداعماً للعملية الديمقراطية يقتضي ويتطلب العمل على إجراء إصلاحات قانونية ومؤسسية عميقة لمختلف الجوانب المتعلقة بالمنظومة المدنية كلها تتضمن ضرورة إعادة النظر في شروط تأسيس منظمات المجتمع المدني ومراجعة طريقة عمل مؤسسات المجتمع المدني وشروط عضويتها وطريقة تمويلها بحيث تمارس دوراً حقيقياً في تعزيز الحكم الراشد والرقابة الشعبية.

ولإلقاء الضوء على هذه المواضيع نقسم دراستنا في هذا المبحث إلى:

المطلب الأول: تعريف وضوابط المجتمع المدني

المطلب الثاني: ضوابط وأسس تعريف المجتمع المدني في ليبيا

المطلب الأول: تعريف وضوابط المجتمع المدني

يُعرف المجتمع المدني في الفكر العربي المعاصر على أنه "مجموعة المؤسسات والفعاليات والأنشطة التي تحتل مركزاً وسيطاً بين العائلة، باعتبارها الوحدة الأساسية التي ينهض عليها البنيان الاجتماعي من ناحية، والدولة ومؤسساتها ذات الصبغة الرسمية من ناحية أخرى.

التعريف لغوياً: تتألف عبارة المجتمع المدني من مصدرين "مجتمع"، وهو صيغة ترد في اللغة العربية أما اسم مكان أو اسم زمان ، وبالتالي فهو لا يؤدي معنى اللفظ الأجنبي الذي نترجمه بـ Society ، والمصدر الآخر "مدني" فهو يميل في اللغة العربية إلى المدينة إلى "الحاضرة".

التعريف اصطلاحاً: يشير حسنين توفيق إلى "المجتمع المدني" على أنه عبارة عن مجموعة من البنى السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والقانونية التي تنتظم في إطارها شبكة معقدة من العلاقات والممارسات بين القوى والتكوينات

الاجتماعية في المجتمع، من خلال مجموعة من المؤسسات التطوعية التي تنشأ وتعمل باستقلالية عن الدولة¹.

التعريف إجرائياً : مجموع التنظيمات، غير الحكومية، التي يقوم نشاطها على العمل التطوعي، الذي لا يستهدف الربح ولا تستند فيه العضوية على روابط القرابة.

وتعرف أمانى قنديل المجتمع المدني باعتباره "مجل التنظيمات الاجتماعية التطوعية غير الإرثية وغير الحكومية، التي ترعى الفرد وتعظم من قدراته على المشاركة في الحياة العامة، وتقع مؤسسات المجتمع المدني في مكان وسيط بين مؤسسات الدولة والمؤسسات الإرثية"².

وهكذا نرى أن المفهوم يستبعد المؤسسات الاجتماعية الأولية كالأسرة والقبيلة، كما يستبعد منه المؤسسات الحكومية ويبقى في نطاق المجتمع المدني المؤسسات والمنظمات غير الحكومية التي يقوم نشاطها على العمل التطوعي، ومن خلال هذه التعريفات يمكننا القول أن المجتمع المدني هو (مجموعة من التنظيمات التطوعية الحرة التي تملأ المجال العام بين الأسرة والدولة لتحقيق مصالح أفرادها ملتزمة في ذلك بقيم ومعايير الاحترام والتراضي والتسامح والإدارة السلمية للتنوع والخلاف).

ويمكن من خلال هذا التعريف تحديد أسس ومرتكزات وضوابط المجتمع المدني فهي:

- مستقلة عن الدولة :إذ أبرز الأسس التي يقوم عليها المجتمع المدني أن تتمتع مؤسساته و منظماته باستقلالية حقيقية عن سلطة الدولة سواء في النواحي المالية أو الإدارية أو التنظيمية .
- مجتمع غير ربحي: فمؤسسات المجتمع المدني لا تقوم على أساس تجاري غايته الربح كما هو الحال في القطاع الخاص ، لأن غايتها حماية المصالح المادية و المعنوية لأعضائها ، و حتى في حال بعض المؤسسات التي قد تحقق أرباحاً من خلال نشاطها و خدماتها فإنها لا توزعها على

¹صبري خليل ، المجتمع المدني بين الفلسفة السياسية الغربية والفكر الإسلامي . الراكوبه ، يونيو 2011، تاريخ الدخول 2016/12/1، متوفر على الرابط التالي

<http://www.alrakoba.net/articles-action-show->

²حسام هاب ، مفهوم المجتمع المدني النشأة والتطور ، شباب الشرق الأوسط، سبتمبر ، 2011، تاريخ الدخول 2016/12/1، متوفر على الرابط التالي:

<http://ar.mideastyouth.com>

- أعضائها بل تستخدمها في دعم نشاطاتها وتطوير مستواها ولكن تبقى المؤسسة غير قائمه على تحقيق ربح.
- القيم المدنية: ويقصد بذلك مجموعة من القيم التي تلتزم فيها مؤسسات المجتمع المدني و منظماته سواء في إدارة العلاقات فيما بينها أو فيما بينها وبين الدولة، كالتسامح و الاحترام المتبادل و القبول بالتعدد و الاختلاف في الفكر و اللجوء إلى الطرق السلمية في إدارة الصراعات ، و قد يطلق البعض على هذه المعايير الثقافة المدنية.
 - جماعية العمل: إذ أهم خصائص المجتمع المدني ما يُعرف بالحالة الجماعية وليس الفردية لان الفرد يستطيع أن يضغط من اجل تحقيق أهدافه بينما يتضاعف دور الفرد في الحالة الجماعية ويكون تمثيل المؤسسة له دور كبير في المطالبة بأهدافها.
 - عدم السعي للسلطة : لا تسعى مؤسسات المجتمع المدني للوصول إلى السلطة ولكنها قد تؤثر في سياسات النظام العام وهذا ما يميزها عن الأحزاب السياسية ، حيث أن أي مؤسسه تسعى إلى السلطة تخرج من نطاق المجتمع المدني.¹

المطلب الثاني: ضوابط وأسس تعريف المجتمع المدني في ليبيا

يمكن القول أن تعريف المجتمع المدني في ليبيا وتحديد إطاره قد واجهته العديد من الصعوبات ، فهو معنى غامض ولا يمكن تعريفه من خلال الضوابط التي سبق الإشارة لها في تعريف المجتمع المدني بشكل عام إذ وفي الحقيقة يمكن القول هنا أنه يوجد مشكلة كبيرة في التعاطي مع هذا المفهوم، اذ وكما يبدو للمتتبع لنشأته اقتصر هذا المفهوم على المنظمات والجمعيات فقط. وتبعاً لذلك فقد تم إسقاط أهم أضلع المجتمع المدني وهي النقابات والروابط والاتحادات من تفكير القائمين على تنظيم عمل هذا القطاع إذ ما زال العمل النقابي في ليبيا يدار من خلال قانون 23 لسنة 1998 بشأن النقابات والاتحادات والروابط المهنية.

فقد انعكست شمولية النظام السابق وألقت بظلالها على نشأة المجتمع المدني وتطوره فقد كان النظام السياسي آنذاك يسيطر على المجتمع المدني من خلال

¹المزيد من التفصيل أنظر عز الدين موسى ، التعريف بمؤسسات المجتمع المدني جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، أكتوبر 2013 ، تاريخ الدخول 2016/12/1 ، متوفر علي الرابط التالي:
<http://repository.nauss.edu.sa/handle/123456789/595>

المؤسسات الحكومية "الثورية" المتعددة التي تنتشر في مختلف قطاعات المجتمع الليبي. وحيث لم تسمح لاحقاً أيديولوجية النظام السابق بإطلاق العنان للمجتمع المدني للانطلاق، وظل مكبلاً بما أملتة نصوص "الكتاب الأخضر"، والتي تلزم كل الجمعيات والاتحادات والروابط المهنية بالانضواء في إطار المؤتمرات الشعبية الأساسية والتي هي بطبيعتها تكون السلطة التشريعية في هذا النظام. فوفق بنية وهيكلية "سلطة الشعب"¹ يقتصر دورها على الاهتمام بشؤونها ومشاكلها المهنية، ووفقاً لهذا التصور فإن أمانات النقابات والاتحادات والروابط المهنية على مستوى ليبيا ككل، وأمناء الاتحادات والروابط المهنية هم أعضاء في مؤتمر الشعب العام، حيث يعبرون عن مصالح فئاتهم المختلفة أمام المؤتمر، ولكن لا يحق لهم التصويت حول قضايا "السياسة العامة"، لذلك أضعفت مؤسسات المجتمع المدني في ليبيا، أو تم الإجهاز عليها، نظراً لسيادة المؤسسات الأمنية وغير الرسمية، وسيطرة وهيمنة حركة "اللجان الثورية" على كل القطاعات، وغياب دستور وطني، ومعاداة المؤسسة الواضحة، وأيضاً لم يتخلص المجتمع الليبي من الهياكل القبلية، رغم الخطاب التحديثي المعلن، وظل المجتمع المدني فاقداً لفعاليته التنظيمية، ولم يؤدي أدواره المجتمعية المألوفة، وأصبح في الغالب مستوعباً من الأجهزة البيروقراطية للدولة (اللجان والمؤتمرات الشعبية)، في حين تحول النصوص التشريعية القائمة دون انبثاق تنظيمات المجتمع المدني الحديثة.²

وقد انعكست هذه الثقافة بعد ذلك على المجتمع المدني من حيث التعريف والدور حتى بعد سقوط نظام القذافي ذاته، إذ مازال المجتمع يعاني من كوابح عدة، ما فتئت تعرقل انتقاليته نحو الديمقراطية الفعلية، ويظهر ذلك جلياً فيما يلي:

- الانصهار الواعي واللاواعي في ثقافة موروثية سلبية وقاصرة.

- ضعف أو هشاشة الرصيد الديمقراطي في أغلب المجالات نظراً لقصر المدة وما حدث في المرحلة الانتقالية في ليبيا من انقلاب على العملية الديمقراطية والتداول السلمي للسلطة خلال المرحلة الانتقالية التي أعقبت ثورة فبراير 2011.

- هيمنة ثقافة التسييس المفرط والمبالغ فيه على ممارسات أغلب القوى المدنية، وهو ما يجعلها الآن متراوحة بين الهم السياسي والرهان المدني، دون وعي جدي بالمخاطر التي يمكن أن تنجم عن هذه الهيمنة "القهرية" و"المفروضة".

¹ النظرية السياسية التي كان القذافي من خلالها يُدير الدولة الليبية.

² لمزيد من التفصيل أنظر د. أبوبكر خليفة أبوبكر، مقال بعنوان (المجتمع المدني في ليبيا.. الرهانات والتحديات)، منشور على موقع ليبيا المستقبل، بتاريخ 07 أغسطس 2016.

- ناهيك عن انتشار السلاح وما تعرضت له الشخصيات المدنية من التهديد والوعيد والإخفاء والقتل ، كل هذا قد أثر بشكل أو بآخر في الحراك المدني في ليبيا وعرقل خطواته حد التجديد.¹

كل ذلك، يعري عن مأزق حقيقي تعيشه الحركة المدنية منذ نشأتها ومع مسارات تطورها، إذ كثيراً ما أضحت قابضة في ردهات "السياسي"، مع ما يعرضها ذلك من انتقادات لاذعة ومستمرة خاصة بشأن استقلاليتها الفعلية والفعالة. إن جوهر المشكل على هذا الصعيدي كمن أساسا في التنظيمات السياسية وليس الفعل السياسي في حد ذاته. "فالمجتمع المدني-كما يؤكد عزمي بشار- الذي يكون بلا سياسة أو يكون خارج سياق المعركة من أجل الديمقراطية، هو عملية إجهاض". حيث إنه لا وجود لمجتمع مدني قوي من دون سياسة ديمقراطية قوية يُمتحن وباستمرار من قيمها السامية، كما أن التخلّف السياسي قد يكون منبعا - صريحا أو ضمنيا- لإعطاب التراجع التنظيمي والانحمار المؤسساتي داخل جسم المجتمع المدني على وجه الخصوص. في هذا السياق، تمثل الحداثة السياسية، باعتبارها عملية عقلانية، مشروعا طموحا لكل القوى "الحية"، من أحزاب سياسية ومجتمع مدني ودولة ونخبة مثقفة، وهو المشروع الذي يشكل في نهاية المطاف المدخل الحقيقي للتحوّل الشامل، وظهور المؤسسات "المحوكة"، ومنها المجتمع المدني ذاته، والذي قد ينخرط في الفعل السياسي دون إرادة "جامدة/جامحة" الشيء الذي يمكنه، وببراعة، من التوفيق بين المثالية السياسية، *Idéalisme politique* والممارسة العملية في قلب المجتمع الذي ينغرس "طوعا" في كيانه.

وبالتالي فإن تبلور المجتمع المدني كنظير للديمقراطية في المجال السياسي (كما يرى كوردون وايت Gordon White) يحتاج إلى أنواع أخرى من الدعم، فالديمقراطية كمفهوم تبحث اليوم، كما فعلت بالأمس، عن سند ميتافيزيقي لها، لتجده في إطار علاقتها العضوية بمفهوم آخر يعد مفهوما "مخيفا"-حسب تعبير الباحثة سوليداد لويزا S.loaeza- هو مفهوم المجتمع المدني. وحسب خالد الناصري يتبلور هذا السند الميتافيزيقي من خلال ترجمة مؤسساتية تفسر في وجود القوى المضادة، وهي الصحافة الحرة والمسئولة، والأحزاب السياسية، وجمعيات ومنتديات المجتمع المدني، وقوة الرأي العام اليقظ، والنقابات، إلى

¹ فقد تم إخفاء عدد من الشخصيات المدنية واعتقالها في عدد من المدن الليبية ونذكر منهم اختطاف معز بانون في طرابلس واعتقال عبدالسلام المسماري وسلوى بوقعيقص وفريجة التركاوي ومفتاح بوزيد في بنغازي وغيرهم. وما أدى إليه ذلك من فرار عدد من الشخصيات المدنية إلى الدول المجاورة لليبيا لتمارس عملها المدني من هناك وما ترتب على ذلك من إضعاف للحراك المدني حد القضاء عليه تقريباً.

غيرها من المؤسسات التي تهيكّل المجتمع وتضغط على السلطة. وفي تلك الحركية المؤسّساتية إبراز لجدلية السلطة والحرية التي تقوم عليها الممارسة الديمقراطية.

المبحث الثاني:

العمل المدني في ليبيا بين ضوابط القانون والدولة والتحول الديمقراطي

إن القيمة المؤسسية لمؤسسات المجتمع المدني تكمن في عملها كقنوات للمشاركة السياسية في عملية اتخاذ القرارات السياسية ورسم السياسة العامة للدولة مما يجعل منها ضرورة لا غنى عنها بالنسبة للعملية الديمقراطية، فمن غير المتصور تأسيس أنظمة ديمقراطية من دون قيام مؤسسات بدورها الفاعل، ولا يمكن لأركان العملية الديمقراطية أن تتكامل من دونها وبالمقابل لن يكون من الممكن لمؤسسات المجتمع المدني أن تنمو وتتطور وان تحصل على دورها الفعلي إلا في ظل نظام ديمقراطي وبهذا المضمون ترسو صيغة علاقة طردية بين الديمقراطية والمجتمع المدني. وكما سبق وأن أسلفنا في مقدمة هذه الورقة عن علاقة العمل المدني بفلسفة الدولة وقوانينها، إذ يدور معها وجوداً وعملاً وعدمياً، والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد هو عن ماهية القوانين الليبية المنظمة للعمل المدني وهل كانت كافية لتمكينه من القيام بدوره ومهامه على أكمل وجه أم أنها كانت حجر عثرة أعاقته كل تقدم وتطور في أدائه؟ للإجابة على هذه التساؤلات وغيرها نقسم دراستنا في هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: الإطار القانوني لعمل منظمات المجتمع المدني في ليبيا

المطلب الثاني: المجتمع المدني وفرص التحول الديمقراطي

المطلب الأول: الإطار القانوني لعمل منظمات المجتمع المدني في ليبيا

مر التنظيم التشريعي للمجتمع المدني في ليبيا بعدة مراحل، إذ يمكننا القول أن البداية كانت بالتشريع الصادر في 10 يناير 1950 باسم قانون الجمعيات، ثم وفي مرحلة لاحقة وفي سنة 1953 تم تنظيم الجمعيات بالقانون المدني وتحديداً بالمواد من 54- 68 وفي هذه الفترة لا يمكننا أن نتصور أن هناك حراكاً مدنياً قوياً بالمعنى الحقيقي للمعنى المدني بقدر ما كانت بعض الجمعيات التي تختص بالأعمال الخيرية بأنواعها المختلفة وقد كانت تقوم بإنشائها ومهامها عدد من النساء الفاعلات في تلك الفترة.

في الفترة ما بين 1969- 2011 يمكن القول أن فكرة المجتمع المدني قد لاقت جدلاً كبيراً في هذه الفترة ما بين الرفض والقبول الحذر من قبل السلطة السياسية في تلك الفترة. فنظام القذافي شأنه شأن أي نظام شمولي كان قد فرض قيوداً على الحريات وعلى ممارسة الشأن العام مدنياً وسياسياً، لذلك ومنذ بدايات عهده صدر القانون رقم 111 لسنة 1970 بشأن الجمعيات والذي ألغى المواد من 54 – 68 المشار إليها أعلاه والخاصة بتنظيم الجمعيات، هذا بالإضافة إلى صدور القانون 16 لسنة 1970 بشأن تعديل بعض الأحكام الخاصة في القانون رقم 111 لسنة 1970 المشار إليه أعلاه من حيث تنظيمها. بل ذهب أبعد من ذلك بإصدار القانون رقم 17 لسنة 1972 والخاص بتجريم الحزبية والذي جرم ونص على عقوبات تصل إلى حد الإعدام لكل من دعا إلى إقامة أي تجمع أو تنظيم أو تشكيل محظور بموجب هذا القانون سواء بالتأسيس أو التنظيم أو الإدارة أو التمويل أو أعد مكاناً لاجتماعاته، وكل من انظم إليه أو حرض على ذلك بأية وسيلة كانت ، وكذلك كل من تسلم أو حصل بطريق مباشر أو غير مباشر على أموال أو منافع من أي نوع من أي شخص أو من أية جهة بقصد إقامة التجمع. وقد صاحب تطبيق هذا القانون حملات اعتقال واسعة لكافة أطياف المجتمع ولاسيما بعد إعلان ما أسماه النظام "الثورة الثقافية" في العام 1973، والذي تزايدت وتيرته مع حملات القبض المتكررة، التي أصبحت السمة البارزة طيلة حقبة معمر القذافي، والتي طالت المثقفين والنقابيين والطلبة، وأيضاً المنتمين للتيارات السياسية المختلفة. وانتهج النظام سبيل الاغتيالات والملاحقات للسيطرة على كل من يعارضه في الخارج واستخدام الاعتقالات التعسفية لقمع المعارضة في الداخل.¹

وقد شهدت هذه الفترة اختفاء وغياب لكل مفاهيم النشاط المدني وما يتبع ذلك من منظمات أو مراكز تعني بالشأن المدني وإلى بداية الألفية وعندما بدأ النظام يفكر في مسألة توريث الحكم لأحد أبنائه عندها أتجه القذافي إلى اتخاذ جملة من الإصلاحات في إطار ما يُعرف ببرنامج ليبيا الغد شملت قطاعات وملفات عدة تمهيداً لغلق بعض الملفات التي كانت بمثابة أزمات قد تعرقل التمرير السلس والسلمي للسلطة لابنه سيف الإسلام وقد كان إعادة تنظيم المجتمع المدني والاعتراف به خطوة من الخطوات التي أُتخذت في هذا الاتجاه. هنا بدأت تظهر فكرة المجتمع المدني التابع للنظام فقد صدر القانون رقم 19 لسنة 2001 بشأن

¹يمكنك الاطلاع على القانون رقم 17 لسنة 1972 بشأن تجريم الحزبية على الرابط التالي
<http://itcad.gov.ly/wp-content/uploads/2015/12/law17-year1972.pdf>

إعادة تنظيم الجمعيات الأهلية ولائحته التنفيذية بقرار من أمانة مؤتمر الشعب العام رقم 73 لسنة 2002 وملحقاته.¹

وبناءً على هذا القانون تم إنشاء مؤسسة القذافي العالمية للأعمال الخيرية والتي كان يترأسها سيف القذافي، وجمعية واعتصموا الخيرية والتي كانت تترأسها عائشة القذافي ولا يخفي على أحد أن هاتان المؤسستان لم تكونا من قبيل مؤسسات المجتمع المدني بالمعنى الحقيقي للمجتمع المدني بقدر ما كانتا هيئات تابعة للنظام وبهدف تبييض وجهه ولتدخل في أوقات معينة لمسح أخطاؤه وجرائمه وبالفعل تمكنت مؤسسة القذافي للأعمال الخيرية من غلق عدد من الملفات لتسيير انتقال السلطة لابنه سيف وكما أشرنا لذلك سابقاً.

هذا بالإضافة إلى عدد من الانتقادات التي وجهت للقانون 19 المشار إليه أعلاه أيضاً من حيث أن هذا القانون لم يكن أبداً ولم يمثل خطوة نحو الاعتراف بالمجتمع المدني كمجتمع مواز للمجتمع الحكومي ورقبياً عليه بقدر ما كان الهدف خلق مؤسسات تابعة للمجتمع الحكومي وموجهة منه لأهداف معينة تهم النظام السياسي في تلك الفترة.

وخلاصة القول في هذا الصدد أنه وطوال 41 عاماً وتحديداً منذ 1970 وحتى فبراير 2011، نظم عمل المجتمع المدني في ليبيا بالقانون 11 لسنة 1970 بشأن الجمعيات الأهلية ولائحته التنفيذية. وقد استمر العمل به إلى العام 2001 حيث تم إصدار القانون رقم 19 ولائحته التنفيذية العام 2002 وقد استمر العمل به حتى بعد فبراير 2011. وبمنظرة سريعة لكلا القانونين نجد أن سمة التشابه بينهما هي سيطرة الدولة بمؤسساتها على عمل المنظمات على اختلافها "جمعيات، نقابات، اتحادات"، فضلاً عن التدخل السافر من قبل جهة الإدارة في نشاطها وآلية عملها. فعلى سبيل المثال وليس الحصر:

يجوز للجهات الإدارية صاحبة الاختصاص رفض إشهار أي جمعية إذ ارتأت عدم الحاجة إلى نشاطها أو إخلالها بالأداب والأخلاق، والموافقة على أي تبرعات أو هبات داخلية أو خارجية، أو دعوة هيئات الجمعية لاجتماع غير عادي إذا اقتضت الضرورة ذلك، وإطلاعها على اجتماع للجمعية العمومية أو المؤتمر العام للجمعية وبالمسائل الواردة بجدول أعماله قبل انعقاده بفترة زمنية محددة، ووجوب إحالة صورة من محضر الاجتماع والقرارات الصادرة عنه إلى الجهة الإدارية المختصة. كما تملك جهة الإدارة القدرة على إدماج أكثر من جمعية إذ

¹ يمكنك الاطلاع على القانون رقم 19 لسنة 2001 بشأن إعادة تنظيم الجمعيات الأهلية على الرابط التالي <http://security-legislation.ly/ar/node/33256>

قدرت أنها تسعى لتحقيق غرض مشترك المادة، كذلك إغلاق أو حل الجمعية وفروعها متعلقة بالمصلحة العامة.¹

في الفترة ما بعد 2011 وسقوط نظام القذافي شهد المجتمع المدني زخماً كبيراً ملحوظاً، إذ تشكلت العديد من المنظمات والمؤسسات والمراكز المدنية وبشكل تلقائي، إلا أن هذا لا يمنعنا من القول بأن المجتمع في هذه الفترة طغت عليه سمة العمل الخيري والإغاثي أكثر منها سمة العمل المدني الموازي والرقيب على السلطات الحكومية مع الاعتراف بوجود عدد من المنظمات التي عملت على صعيد رصد انتهاكات حقوق الإنسان وقضايا العدالة الانتقالية والمصالحة الوطنية وحقوق المرأة والتوعية بدور الشباب والثقافة المدنية والانتخابات والتوعية بأهميتها ودورها في البلاد وظهرت عدة شخصيات مدنية قادت الحراك المدني إلا أنه يمكن أن نلاحظ على الحراك المدني في هذه الفترة ما يلي:

- بروز شخصيات مدنية فاعلة على المستوى الحقوقي أكثر من جمعيات مدنية مختصة بهذا الشأن وإن كان قد تم التصدي لها بعد انتكاس ثورة فبراير في 2014 ورفض المؤتمر الوطني احترام الشرعية الجديدة المنتخبة وانتهاك مبدأ التداول السلمي للسلطة ورفض تسليم السلطة للبرلمان المنتخب. وتم اغتيال عدد من هذه الشخصيات وتغييبها وإرهاب الحراك المدني لقمعه ووأده في مهده.
- بداية تسييس المجتمع المدني ، واستقطاب عدد من الجمعيات والتي بدت واعدة في هذا المجال وإدخالها في مناخ التجاذبات السياسية وقد انحرفت بعض الجمعيات والمؤسسات بالفعل عن مسارها المدني نتيجة حادثة العهد والتجربة في هذا المجال.

وبعد إعلان تحرير البلاد في أكتوبر 2011، تولت وزارة الثقافة والمجتمع المدني في الحكومة الانتقالية عملية تسجيل الجمعيات. وقد تم لاحقاً تأسيس مركز دعم مؤسسات المجتمع المدني التابع للوزارة. وتم تسمية مجلس إدارته بتاريخ 2012/7 بموجب قرار مجلس الوزراء رقم 12 لسنة 2012. كما صدر قرار مجلس الوزراء رقم 2013/649 بتعديل أسم ومركز دعم مؤسسات المجتمع المدني إلى مفوضية المجتمع المدني، ويكون لها الشخصية الاعتبارية والذمة المالية المستقلة. كما نص على دعم مؤسسات المجتمع المدني فنياً وتقنياً ولوجستياً، فضلاً عن تنظيم عمل المنظمات الدولية التي ترغب بالعمل في ليبيا بالتنسيق مع الجهات المختصة وفق القوانين واللوائح المعتمدة.

¹ محمد زاهي المغيربي، الدولة والمجتمع المدني في ليبيا، منتدى ليبيا للتنمية البشرية، والسياسية.

مُجمل القول في هذا الخصوص أن السمة الغالبة على هذه الفترة والممتدة من 2011 وإلى الآن هي عدم صدور أي قانون جديد ينظم عمل المجتمع المدني في ليبيا ويظل قانون إعادة تنظيم الجمعيات الأهلية رقم 19 لسنة 2001 هو الساري حالياً مع ما أسلفنا حوله من ملاحظات، وما يطبق حالياً هو عبارة عن ضوابط تنظيمية فقط. فآلية التسجيل لهذه المنظمات مرّت بمراحل مختلفة باختلاف مؤسسات المرحلة الانتقالية. ففي البدء، كانت عملية التسجيل تتم بشكل تلقائي إلى أن تم إيلاء المكتب التنفيذي -أول سلطة تنفيذية بعد 17 فبراير- مهمة تسجيل المنظمات وشكلت بموجب ذلك لجنة بهذا الخصوص. وكان على المنظمات الراغبة في الإشهار التسجيل بإرفاق مستندات خاصة بمحضر التأسيس والنظام الأساسي، مصدر التمويل، المكان، والتعهد بعدم استخدام الجمعية فيما يخالف القانون وبأن يكون هدف الجمعية بعيداً عن العنف والعنصرية والتمييز.¹

ويبدو لنا أن ملامح المنظمات المدنية في ليبيا في حالة خمول، فالمنظمات المدنية لم تقم بدورها المأمول والمتوقع منها هذا من ناحية ومن ناحية أخرى الاعتراضات الخاصة بالجانب القانوني والتشريعات التي تصدر بحق المجتمع المدني وتقيد عمله، شبهات التي تثور حول التمويل الأجنبي لبعض المنظمات والهدف منه، وانسحاب بعض المنظمات الأجنبية من ليبيا، بالإضافة إلى عنصر افتقار الثقة بين المجتمع وبين المنظمات الأهلية لأسباب تتعلق بقضايا الفساد والربح من العمل الأهلي وانعدام الشفافية في عملها وما تحصل عليه من تمويل.

المطلب الثاني: المجتمع المدني وفرص التحول الديمقراطي

كلنا نتفق على أن التحول الديمقراطي هو عملية مستمرة من التفاعلات، والتي يترتب عليها تراجع نظم الحكم غير الديمقراطية بكل أشكالها، لتحل محلها النظم الديمقراطية والتي تعتمد على المشاركة في عملية صنع القرار السياسي، وتقوم على المؤسسات السياسية التي تتمتع بالشرعية، ويعتمد قياس درجة هذا التحول على تطبيق المؤشرات الأساسية اللازمة لتحقيق الديمقراطية.²

فالتحول الديمقراطي هو تحول يمس النظام في جميع جوانبه، النخبة، الهياكل والمؤسسات، وأيضاً النسق الاقتصادي والثقافي، فهو العملية التي يهدف النظام من ورائها إلى تفعيل مختلف الأشكال (السياسية، الاقتصادية، الاجتماعية، الثقافية) المرتبطة بالعملية السياسية.

¹ محمد عمران، تشريعات المجتمع المدني في ليبيا: تاريخ من التضييق، حاضر مرتبك، ومستقبل مجهول، منشورات مركز دعم التحول الديمقراطي وحقوق الإنسان، على الرابط <http://daamdh.org/archives/741>

² هابل ودعان الدعجة، "مفهوم التحول الديمقراطي"، موقع الرأي، تاريخ النشر 2016-11-21، تاريخ الدخول 2016/11/27، متاح على الرابط التالي:

<http://alrai.com/article/27564.html>

وأيضاً هو العملية التي من خلالها يجرى تطبيق قواعد وإجراءات المواطنة على المؤسسات السياسية بما يشمل حرية الانتخابات والمحاسبة السياسية ويمكن القول بأن التحول الليبرالي هو مقدمة للتحول الديمقراطي.

كان السؤال الجوهرى الذي طرح نفسه في هذا الصدد : هو هل سيكون المجتمع المدني الناشئ - الذي هو أحد مرتكزات هذا النموذج في بلادنا - قادراً في المستقبل القريب على رفع التحديات الكبرى التي تواجهه ليصبح شريكاً إيجابياً في إطار عملية شاملة للانتقال نحو الديمقراطية والتنمية المستدامة يتم التشاور حولها بين مختلف الفاعلين في الساحة الوطنية؟

أم على العكس من ذلك، سيظل قدر المجتمع المدني أن يبقى كيانا هامشياً و مهمشاً، ضعيفاً - بسبب أزمة هويته الذاتية و انعدام الرؤية الواضحة لدوره - و متشرذم بسبب الانقسامات الضيقة والصراعات الداخلية و معتمداً أكثر مما ينبغي على الحكومة أو على الممولين؟ و بالتالي، يبقى عاجزاً عن تحمل مسؤولياته بصورة مستقلة و فعالة تجاه المصالح الوطنية للمجتمع الليبي؟

فالمجتمع المدني وكما يؤكد لنا (غرامشي) هو وجود خاص خارج نطاق الدولة، بالرغم من كونه على علاقة جوهرية بالدولة، فهو يشكل مع الدولة ما يعرف (بالمنظومة السياسية في المجتمع بأحزاب و نقاباته و تياراته السياسية، فأن الدولة تحتكر السلطة السياسية عبر أجهزتها و مؤسساتها المختلفة، وبهذا المعنى تكون العلاقة بين المجتمع المدني والدولة هو كونه مسانداً لها، عندما يشكل مصدر الشرعية لسلطة الدولة عبر مشاركة مؤسساته وتنظيماته وفئاته المختلفة في صنع القرار، أو قد يكون معارضاً لها عندما تستند الدولة وتبدو وكأن المجتمع هو الذي وجد من أجلها لا العكس.

وبالتالي فلا شك في أن القيمة المؤسسية لمؤسسات المجتمع المدني تكمن في عملها كقنوات للمشاركة السياسية في عملية اتخاذ القرارات السياسية ورسم السياسة العامة للدولة مما يجعل منها ضرورة لا غنى عنها بالنسبة للعملية الديمقراطية، فمن غير المتصور تأسيس أنظمة ديمقراطية من دون قيام مؤسسات مدنية بدورها الفاعل، ولا يمكن لأركان العملية الديمقراطية أن تتكامل من دونها وبالمقابل لن يكون من الممكن لمؤسسات المجتمع المدني أن تنمو وتتطور وأن تحصل على دورها الفعلي إلا في ظل نظام ديمقراطي وبهذا المضمون ترسو صيغة علاقة طردية بين الديمقراطية والمجتمع المدني.

ومن هنا يمكن القول أن كل الظروف التي مرت بها قبل وبعد أحداث ثورة فبراير في 2011 قد ألقت بظلالها على المجتمع المدني من حيث نشأته ومسار تطوره، فبداية ما نتج عن النظام الشمولي في ليبيا من منع للحراك المدني الصحيح، ومروراً بما حدث بعد الانتكاسة على الديمقراطية وعرقلة المسار الديمقراطي في البلاد بعد 2014 والانقلاب على نتيجة الانتخابات ورفض تسليم السلطة، وما ترتب على ذلك من دخول البلاد في انقسام سياسي ونزاع مسلح مع انتشار السلاح وما صاحب ذلك من إخفاء واغتيال عدد من الشخصيات المدنية، وما يستتبعه من غياب كل ما يتعلق بتعزيز القيم الديمقراطية، وتغييب وترهيب وتجميد المجتمع المدني.

وفي ذات الوقت علينا الاعتراف من ناحية أخرى بأن ليبيا تمر حالياً -خاصة بعد 2011- بعملية بناء المجتمع المدني والتحول الديمقراطي في الوقت نفسه، والصلة بين العمليتين قوية، بل إنها أقرب إلى أن تجعلهما عملية واحدة من حيث الجوهر. ففي الوقت الذي تنمو فيه التكوينات السياسية والاجتماعية والاقتصادية الحديثة وتتلور، فإنها تخلق معها تنظيمات مجتمعا المدني التي تسعى بدورها إلى توسيع دعائم المشاركة في الحكم.

وبالتالي ورغم كل ما سلف يمكن القول إن إرساء أسس المجتمع المدني "الحقيقي" والفعال لا يمثل بالضرورة حلا سحريا لكل المعوقات والكوابح التي ترزح تحت نيرها البلاد، حيث يظل من اللازم أيضا السير، وبخطى حثيثة، نحو درب الديمقراطية، بما يجسده هذا الدرب من عزم أكيد على المواءمة الإيجابية مع مستجدات العصر الراهن، ومنها تحديات اللحاق بركب التقدم والتنمية.

وإذا كانت بعض الدراسات ترى أن دور المجتمع المدني هو تنظيم وتفعيل مشاركة الناس في الدفاع والمطالبة بحقوقهم وأيضا تحقيق مصائهم ومواجهة السياسات التي تؤثر على حياتهم وتزيد من إفقارهم، ولها أيضا دور مهم وفعال في زيادة الوعي والثقافة لكي يكون لدى كل الفرد الدفاع عن تلك الحقوق بالطريقة التي لا تخالف القوانين، إلا أنه علينا التركيز في هذا الصدد على خمس وظائف مهمة للمجتمع المدني وهي: تجميع المصالح، حسم وحل الصراعات، إخراج القيادات الجديدة التي لها دور فعال في الدولة، نشر ثقافة ديمقراطية وأيضا زيادة الثروة وتحسن أوضاع الأفراد. إلا أن هذه النتيجة يجب ألا تأخذنا بعيداً وتغلق أعيننا عن بعض من منظمات المجتمع المدني والتي تؤدي إلى تدمير السلطة و

الحكم وخصوصا تلك المنظمات الممولة من الخارج وبشكل مشبوه، والتي تهدف دائما إلى تقويض محاولات إصلاح مؤسسات البلاد.¹

اذ ليس كل منظمات المجتمع المدني تمثل البنية التحتية للتحوّل الديمقراطي ولكن علينا التمييز بين منظمات المجتمع المدني الديمقراطية التي تسعى إلى الدفاع عن التحوّل الديمقراطي وحقوق الإنسان وممارسة نشاطه الحقيقي وبين تلك التي هدفها تقويض النظام في ليبيا، ونشير هنا إلى أنه من أكثر المعوقات التي تواجه مؤسسات المجتمع المدني هي إشكالية التمويل، حيث تعاني مؤسسات المجتمع المدني في ليبيا أزمة مزدوجة في قضية التمويل، فمن جهة هناك نقص في الموارد المالية المتاحة لهذه المؤسسات الأمر الذي يحد من قدرتها ويجعلها غير قادرة على القيام بالدور المناط بها وفي نفس الوقت هناك حساسية بالغة تجاه تمويل مؤسسات المجتمع المدني من قبل منظمات دولية حيث أثار هذا النوع من الدعم كثير من المشاكل وأثار عدد من الشبهات حول عدد من المنظمات المدنية الأمر الذي اعتبره الكثير تدخلا في الشؤون الداخلية ناهيك عن البعد الأمني والنفسي الذي يتدخل بقوة في هذا الجانب.

اذ لا يخفي علينا أنه ومنذ وقت في العالم العربي وفي ليبيا، سعى الغرب و هيئاته الممولة بشكل خاص إلى دعم إنشاء و تفعيل هيئات المجتمع المدني أساسا في منطقة الشرق الأوسط و دول شمال إفريقيا إلى حد ما، كرافعة لنشر قيم الديمقراطية و حقوق الإنسان، من خلال التركيز على أجنداث خاصة غالبا ما كانت مثيرة للجدل.

ومن وجهة نظر خاصة ربما يُشارك فيها الكثير أن عدد كبير من تلك المنظمات وغيرها تعمل في ليبيا الآن من أجل أهداف محددة تتمثل في زعزعة استقرار الدولة وتحقيق مصالح تتمثل في معرفة كل ما يدور في الداخل من شؤون سياسية واقتصادية ومعرفة كيفية التأثير علي ليبيا من حيث نقاط الضعف والقوة.

ننتهي إلى القول وترتيباً على ما سبق، فإن أهم ما يعنيه الحديث في موضوع علاقة المجتمع المدني بالتحوّل الديمقراطي، ينصرف إلى ضرورة تعزيز التماسك بين المجتمع السياسي والمجتمع المدني، وتقريب المجالات التي تحول دون قيام

¹ صالح ياسر، المجتمع المدني والديمقراطية، بدون تاريخ، ص 9 و 11، متاح على الرابط التالي <http://www.ao.academy.org/ar/2006/3/376.html> ، تاريخ الدخول 2016/11/22

مجتمع مدني عضوي ودولة عضوية قوية، ذلك من خلال تفعيل مسارات الديمقراطية وتأسيس دولة القانون والمؤسسات، بالشكل الذي يخدم المواطن، حتى يكون هذا المواطن خير سند ودعم للنظام السياسي والاجتماعي والاقتصادي والثقافي، بحيث لو تعرضت تلك المنظومة لأي تهديد خارجي وانهارت السلطة بأجهزتها، فإنه من المحتمل أن ينهار كيان الدولة برمته من دون وجود المجتمع المدني الذي يحتضن مؤسسات الدولة وكيانها.

وبالتالي ننتهي إلى الاعتقاد الراسخ بأن الديمقراطية وأدواتها لا يمكن أن تنشأ إلا في رحم دولة قوية، ولا يمكن أن تقوم لها قائمة إلا في ظل دولة ليبرالية تتوطد على التقيد الصارم باحترام القانون وسيادة المؤسسات الدستورية. وهنا، نستحضر الأصوات التي ارتفعت في بعض بلدان أوروبا الغربية، رافعة شعار " قليل من الدولة وكثير من المجتمع المدني"، لتنفجر بعد ذلك جملة من التحديات والإكراهات؛ من قبيل القضايا الأمنية، والبطالة، ومشاكل الهجرة والأمن الإنساني، وظهور حركات اليمين المتطرف، لتؤكد عن هشاشة هذا الشعار وتعري عن عدم جدواه، ولتعصف به في نهاية المطاف، واتضح أنه لا مفر من وجود دولة قوية، ولكن بشرط أن تستند في قراراتها وقوانينها إلى إرادة تمثيلية شعبية حقيقية. والشيء نفسه يمكن التأكيد عليه بالنسبة للمجتمع المدني الذي تستوجب ديناميته وتطوره التمكين المستمر للدولة له من إطار قانوني-سياسي "مرن" و"سلس".

الخاتمة

جاءت الدراسة لتسليط الضوء علي مؤسسات المجتمع المدني ودورها في عملية التحول الديمقراطي في ليبيا وبالدرجة الأولى في الفترة ما بين 2011 - 2018 ، والتعرف علي تجربته التحول الديمقراطي ومدى دور منظمات المجتمع المدني المختلفة من منظمات حقوقيه ودفاعيه ، ومؤسسات أجنبيه ، ونقابات مهنيه في عملية التحول الديمقراطي ، وانطلقت الدراسة من تساؤل حول قيام منظمات المجتمع المدني بتأدية دورها القائم علي دفع عملية التحول الديمقراطي في ليبيا ، ومدى استجابة المنظومة القانونية لها لتمكينها من الدور المناط بها.

ولمعالجة الإشكالية الرئيسية لهذا البحث حاولت الدراسة الإجابة علي مجموعه من الأسئلة الفرعية عنه تمثلت في حجم الدور الذي قامت به مؤسسات المجتمع المدني في التهيئة للتغيرات السياسية والتحول الديمقراطي في فبراير 2011، مدى فاعليه دور منظمات المجتمع المدني في متابعة مسار عملية التحول الديمقراطي ، وماهي المعوقات التي تحد من دور منظمات المجتمع المدني في التحول الديمقراطي ، مع التعرض لدور المنظمات الأجنبية وأزمة التمويل الأجنبي التي تم إثارتها تبعا لذلك ، وماهي الرؤيا المستقبلية للمجتمع المدني في ظل هذه التغيرات السياسية والاجتماعية الموجودة.

وقد انتهت الدراسة بمجموعة من التوصيات التي يتم الانطلاق منها كمقومات لتعزيز دور المنظمات المدنية الليبية خلال المرحلة المقبلة بناء على التحديات والمعوقات السابقة سواء من خلال المنظمات نفسها أو من خلال النظم الحاكمة ولنمكنا كأدوات لازمة لعملية التحول الديمقراطي:

- ضرورة تعديل التشريعات المنظمة للعمل المدني بأنواعها المختلفة.
- العمل على نقل تبعية مفوضية المجتمع المدني من مجلس الوزراء إلى السلطة التشريعية السلطة العليا في البلاد لتكون للمفوضية الحرية الكاملة دون سيطرة أو توجيه من أي جهة تنفيذية أخرى باستثناء رقابة البرلمان عليها.
- الاهتمام بالتشريع الخاص بالتمويل الخارجي والذي يمكن الدولة من مراقبة الدولة تدفق التمويل وتوجيهه إلى المصلحة العامة وما يترتب على ذلك منتحسين صورة المنظمات المدنية أمام الرأي العام وتصحيح ما لحق بها جراء قضية التمويل الأجنبي ، ويمكن أن يتم ذلك بتنظيم اللقاءات

- العامّة التي توضح أهداف المنظمات وحقيقة تمويلها ، مع اهتمام الدولة بتوظيف التمويل الداخلي تعويضاً عن التمويل الأجنبي بطرق سليمة.
- العمل على بناء قدرات منظمات المجتمع المدني من حيث التركيز على تهيئة الجانب التأسيسي، هذا إلى جانب إدراك قيمة العمل الجماعي والممارسة الديمقراطية ، مع التركيز على القدرات البشرية فهي العامل الحاسم في فاعلية العمل الأهلي المدني. وبالتالي العمل على إنشاء برامج نوعية لتقويته لاسيما تلك التي تتعلق غالباً بموضوعات الديمقراطية و الحكم الرشيد و برامج تعزيز القدرات المؤسساتية و التنظيمية و الوظيفية لمنظمات المجتمع المدني .
 - إطلاق شراكة بين منظمات المجتمع المدني و الحكومة و مؤسسات الأعمال بالإضافة إلى دعم الاستدامة المالية للمجتمع المدني عبر دعم مهنية منظماته المحلية.
 - حث الأفراد بضرورة المشاركة الفعالة في منظمات المجتمع المدني والمساهمة في بناء مجتمع وطني جيد ، وتشجيع الوضع الأكاديمي من ناحية عقد مزيد من الدراسات عن المجتمع المدني.

مراجع البحث

- 1- محمد نور البصراطي، النظم السياسية في الوطن العربي، بني سويف، دار الكتاب الجامعي، 2015.
- 2- صبري خليل، المجتمع المدني بين الفلسفة السياسية الغربية والفكر الإسلامي، الراكوبة، يونيو 2011، متوفر على الرابط التالي
<http://www.alrakoba.net/articles-action-show>
- 3- حسام هاب، مفهوم المجتمع المدني النشأة والتطور، شباب الشرق الاوسط، سبتمبر 2011، متوفر على الرابط التالي :
<http://ar.mideastyouth.com>
- 4- عز الدين موسى، التعريف بمؤسسات المجتمع المدني جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، أكتوبر 2013، متوفر على الرابط التالي:
<http://repository.nauss.edu.sa/handle/123456789/595>
- 5- د.أوبكر خليفة أبوبكر، مقال بعنوان (المجتمع المدني في ليبيا.. الرهانات والتحديات)، منشور على موقع ليبيا المستقبل، بتاريخ 07 أغسطس 2016.
- 6- محمد زاهي المغربي، الدولة والمجتمع المدني في ليبيا، منتدى ليبيا للتنمية البشرية، والسياسية.
- 7- عبير أمينية، المنظمات العاملة في حقوق الإنسان في غرب ليبيا: الواقع والتحديات، جزء من دراسة مقدمة للمعهد العربي لحقوق الإنسان عن تحديد احتياجات المجتمع المدني في ليبيا
- 8- هايل ودعان الدعجة، "مفهوم التحول الديمقراطي"، موقع الرأي، تاريخ النشر 21-11-2004، متاح على الرابط التالي :
<http://alrai.com/article/27564.html>
- 9- صالح ياسر، المجتمع المدني والديمقراطية، بدون تاريخ، ص 9 و11، متاح على الرابط التالي
<http://www.ao.academy.org/ar/2006/3/376.html>

- 10- بو جنية قوي، المجتمع المدني بليبيا وموريتانيا: صراع القبيلة والدولة، مركز الجزيرة للدراسات، الدوحة، 2014.
- 11- محمد عمران، تشريعات المجتمع المدني في ليبيا: تاريخ من التضييق، حاضر مرتبك، ومستقبل مجهول، منشورات مركز دعم التحول الديمقراطي وحقوق الإنسان، على الرابط <http://daamdth.org/archives/741>

ملخص البحث

يُعرف المجتمع المدني في الفكر العربي المعاصر على أنه "مجموعة المؤسسات والفعاليات والأنشطة التي تحتل مركزاً وسيطاً بين العائلة، باعتبارها الوحدة الأساسية التي ينهض عليها البنيان الاجتماعي من ناحية، والدولة ومؤسساتها ذات الصبغة الرسمية من ناحية أخرى.

ويعتبر المجتمع المدني في ليبيا إلى حد كبير جداً ناشئاً، وهو يمر الآن بمرحلة حساسة في تاريخ تطوره، تجعله يقف على مفترق طرق، إذ بالإضافة إلى إرث الدولة الشمولية الذي يحمله وصعوبة المرحلة التي تمر بها البلاد فإن دور المجتمع المدني ولكي يكون فاعلاً وداعماً للعملية الديمقراطية يقتضي ويتطلب العمل على إجراء إصلاحات قانونية ومؤسسية عميقة لمختلف الجوانب المتعلقة بالمنظومة المدنية كلها تتضمن ضرورة إعادة النظر في شروط تأسيس منظمات المجتمع المدني ومراجعة طريقة عمل مؤسسات المجتمع المدني وشروط عضويتها وطريقة تمويلها بحيث تمارس دوراً حقيقياً في تعزيز الحكم الرشيد والرقابة الشعبية.

وفي ظل المتغيرات التي شهدتها البلاد في الآونة الأخيرة، ظهرت أنواع وأدوار لمنظمات المجتمع المدني في ليبيا ، ولقد ثار التساؤل حول دور ذلك المجتمع الموازي في دعم التحول الديمقراطي ، وهل هناك مؤشرات لقياس ذلك الدور، وماهية الصعوبات التي تواجهه في القيام بدوره على أكمل وجه ؟

هذه التساؤلات وغيرها هي التي دفعتنا إلى البحث في هذا الموضوع كمحاولة متواضعة لتحديد دور المجتمع المدني في ليبيا والمشاكل التي يمر بها.

In contemporary Arab thought, civil society is defined as "the set of institutions, events and activities that are intermediary between the family, as the basic unit of social structure on the one hand, and the state and its institutions of an official nature on the other.

Civil society in Libya is very much emerging, and it is now at a critical juncture in its development history, which makes it stand at a crossroads. In addition to the legacy

of the inclusive state and the difficulty of the country, the role of civil society in order to be effective and supportive of the democratic process. It requires and requires deep legal and institutional reforms for the various aspects of the civil system, including the need to review the conditions for the establishment of civil society organizations and review the way civil society organizations work and conditions of membership and funding to play a real role in the promotion of civil society. In light of the recent changes in the country, the types and roles of civil society organizations have emerged in Libya. The role of that parallel society in supporting the democratic transformation has arisen. Are there any indicators to measure that role and what are the difficulties it faces in fulfilling its role?

These and other questions led us to discuss this issue as a modest attempt to determine the role of civil society in Libya and the problems it is going through.

تنفيذ الأحكام الأجنبية
"دراسة في القانون الليبي"

د. سالمة فرج الجازوي
رئيس قسم القانون الخاص
كلية القانون/ جامعة بنغازي

المقدمة

تتناول هذه الدراسة تنفيذ الأحكام الأجنبية في القانون الليبي، إذ تحتم ظروف هذه المرحلة أكثر من أي مرحلة سابقة تسليط الضوء على موضوع تنفيذ الأحكام الأجنبية، فهو موضوع مهم، حيث أصبح العالم قرية واحدة وتداخلت العلاقات والأعمال والمشاريع بشكل غير مسبوق وبشكل معقد ودقيق، لذا فإن الأخذ بتنفيذ الأحكام الأجنبية يؤدي إلى تحقيق العدل وحفظ الحقوق، وكذلك تنمية الاقتصاد وكسب الثقة.

ويقوم فقه القانون الدولي الخاص على افتراض انقسام المجتمع الدولي إلى عدة دول ذات حدود إقليمية تميزها عن غيرها، ولكل منها نظامها القانوني المستقل، مع وجود علاقات متبادلة اقتصادية واجتماعية بين أفراد كل منهما، كما أن التطور العلمي والحاجة إلى المعاملات الدولية وحريتها ساعد على اتساع دائرة العلاقات بأنواعها المختلفة وبالتالي ظهور روابط ومصالح متبادلة. هذه العلاقات وعلى الرغم مما تتسم به من إيجابيات إلا أنها لم تخلو من بعض المنازعات نتيجة لتضارب مصالح الأفراد.¹

والحكم القضائي لا يترتب عليه آثار بمجرد صدوره إذا ما أريد تنفيذه خارج محاكم دولة إصداره، إنما لا بد أن يقترن الحكم بإجراء يضعه موضع التنفيذ وذلك عن طريق تدخل السلطة القضائية في الدولة المراد من محاكمها تنفيذ هذا الحكم. وتتحدد إشكالية البحث حول التساؤلات التالية: ما هي الشروط الواجبة والإجراءات اللازمة لتنفيذ الأحكام الأجنبية داخل الأراضي الليبية؟ وما مدى السلطة التي تمنحها الدولة للقاضي في فحص هذا الحكم الأجنبي؟ وهل يشترط رفع دعوى جديدة لتقرير ما قضى به الحكم الأجنبي، أم أنه يجب على القاضي مراجعة هذا الحكم في موضوعه للتأكد من أنه صدر صحيحاً ومن ثم السماح بتنفيذه. أم يكفي بمراقبة بعض مقوماته الخارجية؟.

وسنحاول في هذا البحث الوصول إلى حل لهذه الإشكاليات والإجابة عن هذه التساؤلات، وذلك بدراسة هذا الموضوع دراسة تحليلية وفقاً للخطة الآتية.

المطلب الأول: ماهية الحكم الأجنبي

المطلب الثاني: شروط تنفيذ الحكم الأجنبي

المطلب الثالث: إجراءات تنفيذ الأحكام الأجنبية

¹ سامي الطيب إدريس محمد، موقف القضاء الوطني من الأحكام الأجنبية، مجلة الشريعة والقانون، العدد الواحد والثلاثون، المجلد الأول، 2016م، ص 3.

المطلب الأول

ماهية الحكم الأجنبي

سنقوم في هذا المطلب بتعريف الحكم الأجنبي، ثم التمييز بينه وبين الحكم الوطني وذلك في فرعين متتاليين.

الفرع الأول

تعريف الحكم الأجنبي

سنقوم بداية بمعرفة المقصود بالحكم القضائي وذلك قبل تعريف الحكم الأجنبي، حيث يقصد بالحكم القضائي "القرار الصادر من جهة ذات ولاية قضائية، للفصل في المنازعات وفقاً لإجراءات وضمانات معينة"¹ وهناك من يعرف الحكم بأنه القرار الذي يصدر عن سلطة قضائية في نزاع رفع إليها من المتقاضين.²

ومن جهة أخرى يوجد من يعرفه بأنه الحكم الصادر عن سلطة عامة تمارس صلاحيتها وفقاً للإجراءات القانونية السائد في دولة معينة.³

أما المحكمة العليا الليبية فقد عرفت الحكم بأنه "القرار الصادر من محكمة مشكلة تشكيلاً صحيحاً ومختصة في خصومة رفعت إليها وفق قواعد المرافعات، سواء كان صادر في موضوع الخصومة، أو مسألة متفرعة عنها".⁴

ما نلاحظه على هذه التعاريف أنها تتفق جميعها على أن الحكم القضائي هو قرار صادر من جهة يخولها القانون سلطة الفصل في المنازعات التي تحدث بين الأشخاص.

أما فيما يتعلق بالحكم الأجنبي فهو "القرار الصادر من سلطة قضائية أجنبية يفصل في نزاع من نزاعات القانون الخاص واجب التنفيذ فيما يقضي به".⁵

¹ أحمد عمر بوزقية، قانون المرافعات الليبي، الجزء الأول، بنغازي، منشورات جامعة بنغازي، ط2، 2008م، ص 280.

² مزيان محمد أمين، تنفيذ الأحكام الأجنبية، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الثالث والثمانون، 2010م، ص 1104.

³ هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، الإسكندرية، ب. ط، ب، ت ص 377.

⁴ مجلة المحكمة العليا، طعن مدني رقم 13/20، جلسة 1967/12/16م، السنة الخامسة، العدد الأول، سنة 1967م، ص 13.

⁵ حسن علي كاظم، وضع الأحكام الأجنبية موضع التنفيذ في العراق، مجلة رسالة الحقوق العلمية، المجلد الأول، 2009م، ص 98.

ويعرف البعض الأحكام الأجنبية بأنها الأحكام التي تصدر من دولة أخرى بغض النظر عن جنسية الأطراف، ويكون الحكم القضائي صدر في دولة أو بلد يختلف عن الدولة التي يطلب منها تنفيذ الحكم.

ومن التعريفات السابقة للحكم الأجنبي فأئنا نستبعد الأحكام الصادرة عن المحاكم الدولية كمحكمة العدل الدولية بلاهاي، فالأحكام الصادرة عن المحاكم الدولية هي أحكام دولية تخضع للقانون الدولي العام وبالتالي تخرج من نطاق القانون الدولي الخاص الذي هو مجال دراستنا.

الفرع الثاني

الحكم الوطني والحكم الأجنبي

بعد أن قمنا بتعريف الحكم القضائي، وعرفنا الحكم الأجنبي، سنقوم في هذا الفرع بالتمييز بين الحكم الوطني والحكم الأجنبي. ونود بداية أن نشير إلى أن هنالك اتجاهان رئيسان في فقه القانون الدولي الخاص بتعريف الحكم الأجنبي؛ ففي الوقت الذي أخذت دول اللاتينية بمعيار السيادة كأساس لتعريف الحكم الأجنبي الذي بموجبه يعد الحكم الأجنبي كل حكم يصدر عن جهة قضائية أجنبية باسم سيادة الدولة التي تتبع لها الجهة القضائية وذلك بغض النظر عن مكان وجود هذه السلطة، فإننا نجد الدول الانجلوسكسونية، تأخذ بمعيار مكان صدور الحكم وبالتالي فإن الحكم الأجنبي هو كل حكم يصدر عن جهة قضائية تقع خارج إقليم الدولة المراد تنفيذ الحكم القضائي فيها.¹

ويأخذ القانون الليبي بمعيار السيادة كأساس لتعريف الحكم الأجنبي فالمادة 405 من قانون المرافعات الليبي تنص على أن الأحكام الأجنبية هي "الأحكام ... الصادرة في بلد أجنبي"

فالحكم الأجنبي هو الحكم الصادر عن سيادة أجنبية، ويكون وطنياً إذا كان قد صدر عن السيادة الوطنية، ولو في خارج الإقليم الوطني، وإذا حصل تغيير في السيادة على الإقليم الصادر فيه الحكم، فالعبرة بوقت صدور الحكم.²

¹ حسن علي كاظم، مرجع سابق ذكره، ص12

² سامي الطيب إدريس محمد، مرجع سابق ذكره، ص 9.

وهناك من يعرف الحكم الأجنبي بأنه الحكم " الذي يصدر عن محكمة أجنبية أو تعبيراً عن سيادة دولة أجنبية، يستوي أن يصدر من قضاء الدولة أو من قضاء أجنبي وفي ذات إقليم الدولة أو خارجها، ... والمقصود بذلك هي الأحكام الصادرة باسم السيادة الأجنبية، مثلما تصدر الأحكام الوطنية باسم الشعب"¹

إذن الحكم الأجنبي هو كل حكم يصدر عن جهة قضائية أجنبية باسم سيادة الدولة التي تتبع لها الجهة القضائية بغض النظر عن مكان وجودها، فالحكم يكون وطنياً إذا صدر باسم السيادة الليبية بغض النظر عن مكان صدور الحكم. بمعنى أن الحكم الصادر في القنصلية الليبية بالخارج يعتبر حكماً وطنياً لأنه صدر باسم السيادة الليبية في حين يكون الحكم الصادر في إحدى السفارات الأجنبية في ليبيا حكماً أجنبياً على الرغم من صدور هذا الحكم في ليبيا.

المطلب الثاني

شروط تنفيذ الحكم الأجنبي

حتى يتم تنفيذ الحكم الأجنبي في ليبيا لا بد أن يقوم القاضي الوطني قبل إصداره لأمر التنفيذ بالتحقق من توافر مجموعة من الشروط التي ينبغي على الحكم الأجنبي استيفائها وذلك استناداً إلى نص المادة 407 من قانون المرافعات الليبي،² ودراستنا لموضوع تنفيذ الحكم الأجنبي تتطلب التطرق لهذه الشروط بشيء من التفصيل وذلك وفقاً لما يلي.

أولاً: شرط المعاملة بالمثل.³

يقصد بهذا الشرط أنه على القاضي أن يتعامل مع الحكم الصادر في دولة أجنبية تعامل قاضي تلك الدولة مع الحكم الوطني.

¹ عبدالفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لتنفيذ الأحكام الأجنبية، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، ب.ط، 2004م، ص 10.

² حيث تنص هذه المادة على أن " لا يجوز الأمر بالتنفيذ إلا بعد التحقق مما يأتي :

1-أن الحكم أو الأمر صادر من هيئة قضائية مختصة وفقاً لقانون البلد الذي صدر فيه وأنه حاز قوة الشيء المقضي وفقاً لذلك القانون.

2-أن الخصوم قد كلفوا بالحضور ومثلوا تمثيلاً صحيحاً.

3-أن الحكم أو الأمر لا يتعارض مع حكم أو أمر سبق صدوره من المحاكم الليبية.

4-أن الحكم أو الأمر لا يتضمن ما يخالف الآداب أو قواعد النظام العام في ليبيا".

³ هناك من يطلق على هذا الشرط تسمية شرط التبادل.

ومقتضى هذا الشرط أن المحاكم الوطنية لدولة ما، لا تقبل الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي إلا إذا كانت المحاكم الأجنبية التي أصدرت هذا الحكم تقبل تنفيذ الأحكام الصادرة من قبل محاكم هذه الدولة بنفس القدر وفي نفس الحدود.¹

إذن المقصود بمبدأ المعاملة بالمثل وضع يتحقق عندما تضمن دولة ما أو تعد دولة أخرى بمعاملة ممثليها أو مواطنيها أو تجارتها، أو غير ذلك معاملة مماثلة أو معادلة لتلك التي تضمنها لها الدولة الأخيرة أو تعدها به.

ولقد نصت المادة 405 من قانون المرافعات الليبي على هذا المبدأ بقولها أن "الأحكام والأوامر الصادرة في بلد أجنبي يجوز الأمر بتنفيذها بنفس الشروط المقررة في قانون ذلك البلد لتنفيذ الأحكام والأوامر الليبية فيه".

هذه هي القاعدة التي تحكم تنفيذ الأحكام التي تصدر خارج الدولة الليبية، بمعنى أنه إذا كانت الدولة التي صدر فيها الحكم لا تجيز تنفيذ تلك الأحكام في ليبيا، فإنه لا يجوز تنفيذ تلك الأحكام في ليبيا.²

فلو كان قانون البلد الأجنبي لا يجيز تنفيذ الحكم الصادر في الدولة المطلوب منها التنفيذ أو لا يعتد بحجية الحكم الصادر فيها ويوجب على صاحب الحق المحكوم به رفع دعوى جديدة في طلبه، أو كان ذلك القانون يجيز تنفيذه بعد أن تراجع المحاكم من ناحية الشكل أو من ناحية الموضوع، فإن الحكم الذي يصدر من محاكم تلك الدولة يعامل المعاملة نفسها في الدولة المطلوب منها الاعتراف بالحكم الأجنبي وتنفيذه.³

ونود الإشارة هنا إلى أن شرط المعاملة بالمثل يجب أن يطبق في أضيق معانيه، فيجب النظر إلى معاملة المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم المراد تنفيذه في دولة ما، لحكم هذه الدولة الصادر في نفس الظروف إذا ما أريد تنفيذه في تلك الدولة الأجنبية، فإذا كانت تلك الدولة الأجنبية لا تحترمه في ظل تلك الظروف وجب على محكمة الدولة المطلوب إليها إصدار الأمر بتنفيذه، ألا تحترم ذلك الحكم الأجنبي المراد تنفيذه ولا أهمية لكونها قد تحترم أحكاماً أخرى في ظروف أخرى.⁴

¹ عبد النور أحمد، إشكالية تنفيذ الأحكام الأجنبية "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أوبكر بلقايد، 2010م، ص12.

² سالم إرجيعة سالم، القانون الدولي الخاص الليبي، "تنازع القوانين من حيث المكان، تنازع الاختصاص القضائي الدولي"، بنغازي، منشورات جامعة بنغازي، ط2، 2012م، ص291.

³ عبدالفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق ذكره، ص99.

⁴ المرجع السابق، ص103.

ولعل من أهم ما وجه إلى هذا المبدأ من نقد قيامه على اعتبارات سياسية والتي يجب أن تكون بمنأى عن الروابط القانونية المتعلقة بحقوق الأفراد، فمسألة جواز تنفيذ الأحكام الأجنبية أو عدم جوازها، هي مسألة يجب أن تقدرها الدول وفق ما تراه محققاً للعدالة، وأن فكرة المجاملة الدولية التي تبرر قيام مثل هذا المبدأ، لم تعد صالحة كقاعدة من قواعد القانون الدولي الخاص.¹

ويجب التنويه إلى إنّ تحقق القاضي الوطني من توافر شرط المعاملة بالمثل لا يغني عن ضرورة توافر بعض الشروط الأخرى اللازمة من الناحية القانونية باعتبارها تمثل الحد الأدنى الذي لا يجوز التنازل عنه عند تنفيذ الأحكام الأجنبية.

ثانياً: أن يكون الحكم الأجنبي حائزاً على قوة الأمر المقضي.

لقد نصت المادة 407 فقرة 1 من قانون المرافعات الليبي على هذا انه يجب أن يكون الحكم نهائياً، إذ تشترط في الحكم الأجنبي المراد تنفيذه أن يكون قد حاز قوة الشيء المقضي وفقاً لذلك القانون.

إذن يجب أن يكون الحكم القضائي نهائياً وقطعياً ليحوز على قوة الأمر المقضي به في الدولة التي صدر فيها، أي أن الحكم يفصل في موضوع الدعوى، هذا ولا يعد الحكم مكتسباً الدرجة القطعية، إلا بعد انتهاء مدة الطعن فيه، أو صيرورته ملزماً بعد الطعن فيه بتصديقه من الجهة التي طعن فيه أمامها فإذا أكتسب الدرجة القطعية فإنه يتمتع بقوة الشيء المحكوم فيه ويكون قابلاً للتنفيذ، ولا شك أن هذا الشرط يضمن استقرار المعاملات واحترام الحقوق المكتسبة، إذ ما الحكمة من إصدار أمر بتنفيذ حكم يمكن إلغاؤه فيما بعد، وللتعرف على نهائية الحكم وقطعيته يجب الرجوع إلى قانون الدولة التي صدر فيها.²

¹ ولد شيخ شريعة، تنفيذ الأحكام الأجنبية في دول المغرب العربي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2015م، ص 205. قاسم عبد الحميد الضمور، تنفيذ الأحكام الأجنبية" وفقاً للقانون الأردني والاتفاقيات الدولية"، عمان، دار وائل للنشر، ط 1: 2003م، ص 25.

² فايز أحمد عبدالرحمن، التنفيذ الجبري " في المواد المدنية والتجارية في التشريع الليبي"، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، ط 1: 2006م، ص 216، سالم إرجيعة سالم، مرجع سابق ذكره، ص 294.

ثالثاً- صدور الحكم من محكمة مختصة.

لقد نصت على هذا الشرط المادة 407 فقرة 1 من قانون المرافعات الليبي بقولها يجب أن يكون " الحكم أو الأمر صادر من هيئة قضائية مختصة وفقاً لقانون البلد الذي صدر فيه"

بمعنى أن تكون المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم مختصة بالمنازعة التي صدر فيها الحكم أو الأمر طبقاً لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المقرر في قانونها دون قواعد الاختصاص النوعي أو المحلي.¹ وفي حالة صدور الحكم من محكمة غير مختصة فأن الحكم الأجنبي يكون معيب ولا يتم تنفيذه في ليبيا.

رابعاً:- أن يكون الحكم الأجنبي قد صدر وفقاً لإجراءات قانونيه سليمة .

أي أن تكون قد روعيت في إصدار الحكم الإجراءات المنصوص عليها قانوناً، فوفقاً للمادة 407 فقرة 2 يجب أن يكون الخصوم قد كلفوا بالحضور ومثلوا تمثيلاً صحيحاً.

فشرط صحة الإجراءات أو سلامة الإجراءات كما يسميه البعض، يعني توافر الضمانات والقواعد الأساسية في المرافعات، من سماع شهود وعلنية الجلسات، أيضاً مراعاة مواعيد طرق الطعن وغيرها من الإجراءات التي تضمن صحة الحكم، وفي حالة الإخلال بهذه الإجراءات، فإن الحكم يكون معيباً وفقاً للقانون الليبي، ولا يجوز منحه الأمر بالتنفيذ.²

خامساً: عدم تعارض الحكم الأجنبي مع حكم سبق صدوره في الدولة التي يراد تنفيذه فيها.

من الشروط التي يجب توافرها في الحكم الأجنبي هو عدم تعارضه مع الأحكام التي سبق وأن صدرت في الدولة التي يراد تنفيذه فيها، وذلك لان الحكم الأخير يعد عنواناً للحقيقة فيها؛ لذا يضحى بالحكم الأجنبي في حالة وجود هذا التعارض، ذلك أن وجود هذا الأمر بين الحكامين هو في حقيقته تعارض مع النظام العام، وإذا تم إبطال الحكم في الدولة التي صدر فيها، فإنه يصبح غير قانوني للتنفيذ في هذه الدولة.³

¹ سيد حسن البغال، إشكالات التنفيذ ومنازعاته، القاهرة، الناشر: المتحدون للطباعة والنشر والتوزيع، ب.ط، ب.ت، ص48.

² سالم أرجيعة سالم، مرجع سابق ذكره، ص 294.

³ قاسم عبدالحاميد الضمور، مرجع سابق ذكره ص 25.

ولقد نص قانون المرافعات الليبي على هذا الشرط في المادة 407 فقرة 3 بقولها يجب أن يكون " الحكم أو الأمر لا يتعارض مع حكم أو أمر سبق صدوره من المحاكم الليبية".

وهذا ما قضت به المحكمة العليا بقولها " ألا يكون الحكم أو الأمر متعارضاً مع حكم آخر سبق صدوره من المحاكم الليبية"¹

ففي حالة تعارض الحكم الأجنبي مع حكم وطني، فالحكم الصادر من المحاكم الوطنية هو الأولى بالحجية والنفاز من الحكم الأجنبي متى اتحد الخصوم والموضوع والسبب.²

سادساً: ألا يكون الحكم الأجنبي مخالفاً للنظام العام والآداب العامة في الدولة التي يراد تنفيذه فيها.

حيث نصت على هذا الشرط المادة 407 فقرة 4 بقولها " أن الحكم أو الأمر لا يتضمن ما يخالف الآداب أو قواعد النظام العام في ليبيا"

وتعد فكرة النظام العام من الأفكار الأساسية في علم القانون الذي يهدف إلى حماية المبادئ والأسس العامة السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية أو الخلقية التي يقوم عليها المجتمع، ولقد عرفت محكمة النقض المصرية النظام العام بأنه "القواعد التي يقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد، إذ ينبغي على جميع الأفراد مراعاة تلك المصلحة ولا يجوز لهم الاتفاق على ما يخالفها نظراً لأن المصلحة العامة تسمو على المصلحة الفردية"³.

ونشير هنا إلى أن فكرة النظام العام هي فكرة نسبية تختلف باختلاف المكان والزمان، ونحن نرى أنه عندما يراد تنفيذ الحكم الأجنبي في ليبيا يجب أن لا يكون قد خالف النظام العام في ليبيا.

¹ مجلة المحكمة العليا، طعن مدني رقم 54/41 ق جلسة 3 جمادى الثاني الموافق 18/6/2007م، السنة الرابعة والأربعون، العدد الثالث ص 105.

² فايز أحمد عبدالرحمن، مرجع سابق ذكره، ص 216

³ مشار إليه في مزيان محمد أمين، مرجع سابق ذكره، ص 1134

المطلب الثالث

إجراءات تنفيذ الأحكام الأجنبية

تتطلب غالبية الأحكام الأجنبية آلية معينة لإمكان تنفيذها داخل إقليم دولة التنفيذ باعتبارها أحكاماً أجنبية يجب خضوعها لرقابة القاضي الوطني قبل السماح بنفاذها، وقد اختلفت دول العالم من حيث نوع هذه الرقابة، فبعضها تبني نظام الدعوى الجديدة لإمكانية تنفيذ الحكم الأجنبي والذي تأخذ به الدول التي تتبع النظام الانجلوسكسوني، وبعضها اختار الطريقة الأكثر شيوعاً وهو نظام الأمر بالتنفيذ المعمول به في غالبية دول العالم ومنها ليبيا، إذن وفقاً لهذا النظام الحكم الأجنبي لا يتمتع بالقوة التنفيذية في إقليم الدولة، إلا بعد شموله من المحاكم الوطنية بالأمر بالتنفيذ، وهذا ما نصت عليه المادة 405 من قانون المرافعات السابق الإشارة إليها.

لذا سنقوم في هذا المطلب بالتطرق للمحكمة المختصة بإصدار الأمر بالتنفيذ، ومن ثم دراسة سلطات هذه المحكمة وذلك وفقاً لما يلي.

الفرع الأول

المحكمة المختصة بإصدار الأمر بالتنفيذ

تنص المادة 406 من قانون المرافعات الليبي على أن " يطلب الأمر بالتنفيذ بتكاليف الخصم بالحضور بالأوضاع المعتادة أمام المحكمة الابتدائية التي يراد التنفيذ في دائرتها".

إذن الحكم الأجنبي لا يرتب آثاره بمجرد صدوره إذا ما أريد تنفيذه خارج محاكم دولة إصداره، إنما لابد أن يمر الحكم الأجنبي بعدد من الإجراءات تضعه موضع التنفيذ.

وقد جعل المشرع المحكمة المختصة بنظر طلب التنفيذ المحكمة الابتدائية التي يراد التنفيذ في دائرتها. وذلك يرجع لأهمية الأمور التي تثار بخصوص الأمر بتنفيذ الأحكام الأجنبية. كما أن المشرع الليبي رأى مسابقة القواعد المتعلقة بالتنفيذ عندما قرر الاختصاص بنظر الأمر بالتنفيذ للمحكمة الابتدائية التي يتم التنفيذ في

دائرتها في حالة إصدار الأمر مخالفاً بذلك قواعد الاختصاص المحلي إذ أن طلب أمر تنفيذ الأحكام الأجنبية أمر يتعلق بالتنفيذ وليس بالتداعي أمام المحاكم.¹

إذن إجراءات تنفيذ الأحكام الأجنبية، تطبق عليها القواعد العامة في الدعوى التي ترفع بطريق التكليف بالحضور، والخصوم في هذه الدعوى هم في الأصل الخصوم في الدعوى الأصلية التي صدر فيها الحكم الأجنبي، وموضوع الدعوى الأصلية التي صدر فيها الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي هو إجازة ترتيب الحكم الأجنبي لأثاره داخل الدولة وليس الفصل من جديد في النزاع، وعلى المدعي عبء إثبات وجود الحكم، وكونه جائز التنفيذ في دولة الأصل، ويجوز للمدعي عليه أن يدفع ذلك بأن يثبت أن هذا الحكم لم يصدر من محكمة مختصة، أو أنه ينقصه أي شرط من الشروط اللازم توافرها فيه للأمر بالتنفيذ.²

الفرع الثاني

سلطة المحكمة المختصة عند نظر طلب أمر التنفيذ

عندما تنتظر المحكمة الابتدائية التي يراد التنفيذ في دائرتها طلب الأمر بتنفيذ الحكم الصادر من دولة أجنبية على الإقليم الوطني فإنها يجب أن تضع في اعتبارها مبدأ المعاملة بالمثل أي كيف تعامل هذه الدولة الأجنبية الصادر منها الحكم الأحكام الوطنية عندما يطلب الأمر بتنفيذها على إقليم هذه الدولة ولكن هذا المبدأ لا يغل يد المحكمة التي تنتظر طلب أمر التنفيذ أن تتأكد أولاً من توافر جميع الشروط التي سبق بيانها وتحقق من توافر هذه الشروط بمراجعة الحكم الأجنبي. وأثناء مراجعة المحكمة للحكم الأجنبي يجوز لكل خصم أن يبدي ما يشاء من الدفوع وأوجه الدفاع التي تؤيد وجهة نظره.³

لكن المحكمة التي تنتظر طلب أو أمر لا تملك الفصل في طلب جديد لم يقدم إلى المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم ولم تفصل فيه فسلطة المحكمة التي تنتظر طلب الأمر بتنفيذ الحكم أو الأمر الأجنبي تقديرية في إصدار أمر التنفيذ أو رفضه لكنها لا تملك الفصل في موضوع النزاع بحكم آخر.

فللمحكمة التي تنتظر طلب أمر التنفيذ سلطة تقديرية حيث يجوز لها أن تصدر أمرها بتنفيذ الحكم الأجنبي على الإقليم الوطني ولها أن ترفض إصدار الأمر رغم

¹ فايز أحمد عبدالرحمن، مرجع سابق ذكره، ص 216

² خضراء أحمد محمد حمد، التعاون القضائي العربي في المواد المدنية " في ضوء أحكام اتفاقية الرياض العربية"، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بنغازي، 2007م، ص 146.

³ فايز أحمد عبدالرحمن، مرجع سابق ذكره ص 218.

توافر شروطه. لكن عندما ترفض المحكمة إصدار أمر التنفيذ فإن المحكوم له لا يملك الالتجاء من جديد إلى محاكم الدولة الأجنبية التي أصدرت الحكم لأنه سيصدم بمبدأ حجية الأمر المقضي به. ولا يكون أمامه في هذه الحالة إلا رفع دعوى من جديد أمام القضاء الوطني إذا كان مختصاً بنظر النزاع، وهنا نشير إلى أنه وإذا كانت المحكمة المختصة بنظر طلب أمر التنفيذ تملك الأمر به أو رفضه فإنها تملك أيضاً الأمر بتنفيذ شق من الحكم دون الآخر كما إذا كان الحكم الأجنبي صادراً في عدة طلبات. كما يجوز الأمر بتنفيذ الحكم أو الأمر الأجنبي في مواجهة بعض المحكوم عليهم ورفض أمر التنفيذ في مواجهة الآخرين.¹

إذن يقتصر القاضي على الحكم بالأمر بالتنفيذ أو رفض الأمر بالتنفيذ، فلا يجوز له أن يعدل الحكم الأجنبي من حيث ما قضى به في الموضوع. ولكن يجوز له أن يأمر بتنفيذ شق من الحكم فقط ورفض الأمر بتنفيذ الشق الآخر إذا توافر فيه كل أو بعض شروط الأمر بالتنفيذ.

¹ المرجع السابق، ص 219.

الخاتمة

الخلاصة

لقد حاولنا في هذا البحث إبراز أهمية موضوع تنفيذ الأحكام الأجنبية، والذي يتطرق إلى كيفية تنفيذ الحكم الأجنبي في النطاق الوطني لإقليم ليبيا، حيث يعد ذلك اعترافاً بآثار الحكم الأجنبي. ولقد اصطدمت الدول التي تبنت مبدأ التنفيذ بمعادلة مفادها أن التنفيذ التلقائي للحكم الأجنبي ومساواته مع الأحكام الوطنية يمس مبدأ السيادة، في الوقت نفسه رفض التنفيذ بصفة مطلقة فيه مساس بأهداف القانون الدولي الخاص، الذي يحقق التعايش السلمي بين الأنظمة القانونية في العالم؛ لذا توصلت هذه الدول إلى ضرورة تنفيذ الحكم الأجنبي ولكن بشروط.

ثانياً: النتائج

أن أهم نتائج هذا البحث هي :-

- 1- عدم وجود قانون خاص بتنفيذ الأحكام الأجنبية في القانون الليبي على غرار العديد من التشريعات.
- 2- توجد شروط حددها المشرع الليبي يجب توافرها في الحكم الأجنبي، لكي يتم تنفيذه على الأراضي الليبية.
- 3- عدم صحة الأخذ بشرط المعاملة بالمثل ضمن شروط تنفيذ الأحكام الأجنبية، لاسيما وان هذا الشرط ذو طابع سياسي وليس قانوني، وينبغي أن تكون العلاقات الخاصة الدولية بعيدة عن الاعتبارات السياسية.
- 4- تختلف التشريعات في كيفية تنفيذ الحكم الأجنبي، فمنها يشترط رفع دعوى جديدة ومنهم من يطلب المراجعة ومنهم من يطلب المراقبة، والمشرع الليبي أخذ بنظام المراجعة " الأمر بالتنفيذ.
- 5- إن تنفيذ الأحكام الأجنبية تدعمه عدة اعتبارات كتشجيع العلاقات الاقتصادية والدولية، والاستفادة من القانون المقارن، ودعم العلاقات الدبلوماسية بين الدول كذلك تجنب التضارب بين الأحكام.
- 6- أن القضاء الليبي قد طبق الحكم الأجنبي في العديد من القرارات الصادرة عن المحاكم الليبية.

ثالثاً: التوصيات

- 1- نوصي بإصدار قانون خاص بتنفيذ الأحكام الأجنبية على غرار العديد من التشريعات المقارنة.

- 2- نوصي الجهات المعنية بعقد ندوات ومؤتمرات لخبراء القانون لمعالجة العديد من الإشكاليات التي يثيرها موضوع تنفيذ الأحكام الأجنبية في ليبيا. ودعماً لتطور واستمرار العلاقات الدولية بأنواعها المختلفة والاستفادة من خصائص القانون المقارن وتجنباً لتضارب الأحكام الدولية.
- 3- ضرورة الإسراع في جمع القوانين الأجنبية وجعلها في متناول القضاة الوطنيين لكي يتسنى لهم الاطلاع على مختلف التشريعات الأخرى من أجل إعطاء حل عادل للمنازعات ذات الطابع الأجنبي.
- 4- التأكيد على أهمية تنفيذ الأحكام الأجنبية في ليبيا، وعدم الإخلال بالقواعد القانونية المتعلقة بذلك.

تم بحمد الله والصلاة والسلام على رسول الله

قائمة المراجع

أولاً: الكتب

- أحمد عمر بوزقية، قانون المرافعات الليبي، الجزء الأول، بنغازي، منشورات جامعة بنغازي، ط2، 2008م.
- سالم إرجيعة سالم، القانون الدولي الخاص الليبي، "تنازع القوانين من حيث المكان، تنازع الاختصاص القضائي الدولي"، بنغازي، منشورات جامعة بنغازي، ط2، 2012م.
- سيد حسن البغال، إشكالات التنفيذ ومنازعاته، القاهرة، الناشرون المتحدون للطباعة والنشر والتوزيع، ب.ت، ب.ط.
- عبدالفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لتنفيذ الأحكام الأجنبية، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، ب.ط، 2004م.
- فايز أحمد عبدالرحمن، التنفيذ الجبري "في المواد المدنية والتجارية في التشريع الليبي"، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، ط1، 2006م.
- قاسم عبدالحميد الضمور، تنفيذ الأحكام الأجنبية" وفقاً للقانون الأردني والاتفاقيات الدولية"، عمان، دار وائل للنشر، ط1: 2003م.

- هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، الإسكندرية، ب. ط، ب، ت.

ثانياً: الرسائل العلمية

- خضراء أحمد محمد حمد، التعاون القضائي العربي في المواد المدنية " في ضوء أحكام اتفاقية الرياض العربية"، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بنغازي، 2007م.

- عبد النور أحمد، إشكالية تنفيذ الأحكام الأجنبية" دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أوبكر بلقايد، 2010م.

- ولد شيخ شريفة، تنفيذ الأحكام الأجنبية في دول المغرب العربي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2015م.

ثالثاً: البحوث

- حسن علي كاظم، وضع الأحكام الأجنبية موضع التنفيذ في العراق، مجلة رسالة الحقوق العلمية، المجلد الأول، 2009م.

- سامي الطيب إدريس محمد، موقف القضاء الوطني من الأحكام الأجنبية، مجلة الشريعة والقانون، العدد الواحد والثلاثون، المجلد الأول، 2016م.

- مزيان محمد أمين، تنفيذ الأحكام الأجنبية، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الثالث والثمانون، 2010م.

جامعة عمر المختار

فرع درنة

كلية القانون

دور التحول في حالة عدم مشروعية الدليل

الاسم / انتصار أمينة محمد امسيوط

الدرجة العلمية

دكتوراه في القانون الجنائي

مقدمة

للاثبات الجنائي أهمية خاصة في الإجراءات الجنائية نظراً لأن الجريمة واقعة تنتمي إلى الماضي وليس في وسع المحكمة أن تعاينها بنفسها وتتعرف على حقيقتها .

حيث العملية القضائية التي يجريها القاضي الجنائي ، إنما غايتها النهائية التوصل إلى الحقيقة الواقعية فكل نشاط ذهني يبذله القاضي خلال إجراء العملية القضائية ينبغي من ورائه التوصل إلى الحقيقة الواقعية أي الوقوف على حقيقة الوقائع كما حدثت في الواقع لا كما يصورها الخصوم ، ولا يمكن أن تظهر الحقيقة الواقعية إلا بعد البحث عنها وثبوتها بالأدلة.

فإذا وصل القاضي إلى (حالة ذهنية) استجمع فيها كافة عناصر ، وملامح الحقيقة الواقعية واستقرت هذه العناصر والملامح في وجدانه ، وارتاح ضميره للصورة الذهنية التي تكونت واستقرت لديه عن تلك الحقيقة ، فهنا يمكننا القول أن القاضي وصل إلى (حالة الاقتناع) ⁽¹⁾.

إلا أن السلطة القضائية لا يمكنها أن توقع العقوبة على المتهم إلا بعد أن تنتهي إلى إدانته هذا ما لا يمكن أن يتحقق إلا من خلال عدد من الإجراءات تفصل ما بين الجريمة والعقوبة ⁽²⁾.

كما أنه يجب لصحة الحكم بالإدانة أن يبنى على الجزم واليقين ، لذلك المشرع قد تشدد في تحديد شروط وأثار أدلة الإدانة ⁽³⁾ حيث عناصر الإثبات لا تختص بمرحلة دون غيرها من مراحل الإجراءات الجنائية وإنما هي تستجمع من الاستدلال والتحقيق الابتدائي والمحاكمة ⁽⁴⁾، ولكن تعد مرحلة المحاكمة هي الحاسمة في الدعوى الجنائية ، لأنها المرحلة التي يتم من خلالها مراقبة سير إجراءات الدعوى منذ لحظة نشأتها حتى وصولها إلى هذه المرحلة ، فعن طريقها يمكن تصحيح الأخطاء التي ارتكبت ، والانتهاكات التي تمت في المراحل السابقة ⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ د/ كمال عبد الواحد الجوهري ، تأسيس الاقتناع القضائي والمحاكمة الجنائية العادلة ، (د.ط) ، دار محمود للنشر والتوزيع، مصر ، 1999، ص 14 .

⁽²⁾ د/ أحمد علي المجدوب ، موقف القضاء من استخدام الوسائل النفسية في الكشف عن الجريمة في البلاد العربية ، (د.ط) ، دار النشر بالمركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب بالرياض، 1988 ، ص 81.

⁽³⁾ د/ أدوار غالي الذهبي، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري ، الطبعة الثانية ، الناشر مكتبة غريب ، مصر 1990 ، ص 617.

⁽⁴⁾ د/ أحمد عوض بلال ، الإجراءات الجنائية المقارنة والنظام الإجرائي في المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1992 ، ص 1003.

⁽⁵⁾ د/ أحمد الجهاني ، تقرير لليبيا، الإجراءات الجنائية في النظم القانونية العربية وحماية حقوق الإنسان، د/ محمود شريف بسيوني ، عبد العظيم وزير ، الطبعة الأولى ، دار العلم للملايين بيروت ، 1991 ، ص 605.

ومع أن الأصل إن الدليل الباطل ليس له وجود قانوني ولا يترتب عليه كقاعدة عامة أي أثر ، إلا أن تطبيق هذه القاعدة على إطلاقها يؤدي إلى اختلال التوازن بين مصلحة المجتمع ومصلحة المتهم؛ فالبطلان كجزء قد لا يخدم العدالة دائماً ولهذا فالملاحظ سواء على صعيد القانون المدني أو القانون الجنائي ، هو الرغبة التشريعية الصريحة أو الضمنية في الحد من أثاره ، وتقديراً لتلك الآثار ظهرت فكرة التحول للتقليل من حالات البطلان .

أهمية البحث: أهمية فكرة التحول تكمن في أنها نظام قانوني لا يمكن الاستغناء عنه، بل إنها تكتسب أهمية أكبر في ظل النظم القانونية الحالية. فالتنظيم الإجرائي في كل دولة هو أداة إحداث التوازن بين الحقوق والحريات الفردية وبين مصلحة الدولة في حماية أمنها وسلامتها واقتضاء حقها في العقاب.

حيث يقرر المشرع عادةً شروطاً معينة ، فإذا لم تتوافر هذه الشروط فإن المشرع يقرر لها جزاءً إجرائياً ممثلاً في إهداء الأثر القانوني للدليل الذي تم مخالفاً للقاعدة الإجرائية ، ويطلق الفقه الوضعي اصطلاح (البطلان) على إهدار الأثر القانوني للدليل، وإذا كانت التطورات قد أثرت بشكل كبير على موضوع التحول فإنها قد أدت أيضاً إلى زيادة عدد حالاته التي لا يمكن حصرها في نطاق معين . مما يشير إلى ازدياد أهميته باتجاه حل الكثير من المشكلات القانونية والاجتماعية التي تبرز باستمرار مع مرور الزمن ، خصوصاً أن عملية استيعاب ما كان قد دخل إلى القانون من العناصر الخارجية قد استُكملت ، كما استنفذت لحد بعيد إمكانية تطور النصوص والمواد تطوراً تاريخياً وتحليلياً . بالإضافة إلى التكنيك القانوني الذي يعتمد عليه الفقه القانوني والذي أثبت فشله في حل كثير من المشكلات ، وذلك لأنه لم يستطع أن يجابه الحقائق الاجتماعية المتغيرة والمعقدة .

منهج البحث : سنتبع في هذه الدراسة المنهج التحليلي للخروج برؤية واضحة خصوصاً أن القواعد الإجرائية لم تعد مجرد فن عملي يستقي أساساً من خبرة الممارسة التي تعول على مجموعة من النصوص تتباعد في التطبيق وإنما صارت علماً له نظرياته وأصوله وقواعده وأحكامه المتميزة وهو ما يستدعي الحاجة إلى بيان مكامن الخلل والقصور فيها وكيفية معالجتها.

خطة البحث: سنقسم موضوع الدراسة إلى مبحثين متنوعين بخاتمة وذلك على النحو الآتي :

المبحث الأول : مجال التحول في عدم مشروعية الدليل وسنقسمه إلى مطلبين : سنعالج عدم تطبيق قاعدة المشروعية على أدلة البراءة المطلب الأول ، وتدرس الصلة بين فكرة التحول وعدم مشروعية الدليل المطلب الثاني.

أما المبحث الثاني : معالجة التحول للقصور في العملية الإثباتية ، وسوف نقسمه إلى مطلبين:

نستعرض مشكلة المصلحة القانونية الأولى بالرعاية المطلب الأول ،
وسنخصص التحول في ضوء مبدأ تكافؤ الأشكال القانونية المطلب الثاني، وكمثمرة
لهذا العمل فسوف نختم هذه الدراسة بإيراد عدد من النتائج التي خلصت إليها
الدراسة.

المبحث الأول

مجال التحول في عدم مشروعية الدليل

الإثبات بتبسيط تام ليس أكثر من عملية برهنة أو تدليل على حقيقة واقعة ومع ذلك فإن فكرة الإثبات في حد ذاتها فكرة مركبة بما فيه الكفاية ، إذ هي قابلة لأن تحتل أكثر من وجه، إذ يمكن من جهة النظر إليها من خلال النتيجة التي أسفرت عنها أو اليقين القضائي الذي انتهت إليه. كما يمكن النظر إليها من جهة ثانية ، من ناحية طرق الإثبات أو الوسائل التي يتوسل بها أطراف الدعوى للتدليل على حقيقة واقعة كالاعتراف والشهادة والمعاينة ، وتقارير الخبراء والقرائن . وهو معنى يثير مسألة التعرف على الإجراءات اللازمة أو الجائزة أو المحظورة التي تحكم عملية البحث عن الأدلة وتقديمها للقضاء.⁽¹⁾

فالإثبات الجنائي هو استقرار الاقتناع القضائي بحدوث واقعة معينة أو تقى حدوثها بناء على ظهور الأدلة ، شريطة أن يكون مستمداً من وسائل مشروعة معترف بها طبقاً لأصول القواعد الإجرائية المعمول بها ، ومن هنا الأدلة تلعب دوراً بالغ الأهمية في الإثبات الجنائي.⁽²⁾

وهذا يقتضي منا معرفة مدى تأثير البطلان على تلك الأدلة ، ومدى التحول الممكن أن يلحق بها. لذا ستناول هذا المبحث في مطلبين: نبين عدم تطبيق قاعدة المشروعية على أدلة البراءة المطلب الأول ، ثم نوضح الصلة بين فكرة التحول وعدم مشروعية الدليل المطلب الثاني.

المطلب الأول

عدم تطبيق قاعدة المشروعية على أدلة البراءة

يعتبر مبدأ الأصل في الإنسان البراءة تخريجاً منطقياً لمبدأ الشرعية الإجرائية ، وقد أكد هذا المعنى مؤتمر الجمعية الدولية في 1959 حيث أكد فيه أن تطبيق مبدأ المشروعية ، وما يمكن أن يحمله هذا النص من تفسيرات وتأويلات ينطوي على الاعتراف بقاعدة أن المتهم تفترض براءته حتى تتقرر إدانته بحكم

⁽¹⁾د/ محمد زكي أبو عامر ، الإثبات في المواد الجنائية ، الطبعة الأولى ، الفنية للطباعة والنشر ، الإسكندرية ص15.

⁽²⁾د/ برهامي أبو بكر عزمي ، الشرعية الإجرائية للأدلة العلمية ، (دراسة تحليلية لأعمال الخبرة) ، الطبعة الأولى الناشر دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2008 ، ص 232.

بات.(1)

فإذا كانت الشرعية في قانون العقوبات قد أوجدت مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون ، فإن الشرعية في قانون الإجراءات قد أوجدت مبدأ لا عقوبة بغير دعوى، ولا عقوبة بغير حكم ولا حكم بغير دعوى.(2) فإذا كان جوهر الإجراءات الجنائية هو الشرعية الإجرائية ، فإن مؤدي ذلك هو تحقيق العدالة الجنائية باعتبارها الهدف النهائي للعملية القضائية ، وباعتبار أن العدالة الجنائية وسيادة القانون إن هي إلا الوجه الآخر للشرعية بفرعها.(3) لذا فإن العدالة الجنائية ينصرف مدلولها في مساءلة من يقترب جريمة ما، عما أتت يده ، وتبرئة من تثبت براءته ، وبعبارة أكثر تفصيلاً ، العدالة الجنائية تعني :

1- من الناحية الإجرائية: معاملة كل متهم المعاملة المناسبة لظروفه

وظروف الواقعة الجنائية، وجسامة التهمة المنسوبة إليه.

2- ومن الناحية الموضوعية: معاملة كل مجرم المعاملة المناسبة لما اقترف

من ذنب في ضوء الظروف المحيطة بشخصه وبالواقعة المرتكبة.(4)

فالشرعية الإجرائية امتداد طبيعي للشرعية الجنائية ، بل هي في الواقع

أكثر خطورة منها لذا كانت الشرعية الجنائية –هي دستور قانون العقوبات –

تعني أن لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون(*) . إلا أن هذا الضمان القانوني

الموضوعي لا بد له من ضمان قانوني إجرائي هو ما يعبر عنه بالشرعية

الإجرائية التي هي بمثابة الإطار الخارجي الذي لا يمكن الوصول إلى تطبيق

القاعدة الموضوعية صحيحاً إلا عن طريقه ، يجب أن يتخذ تحت إشراف

القضاء.(*) (5) فلا يجوز أن يستند القاضي في حكمه على دليل يفقد شرطاً أوجب

(1) للحصول على مزيد من المعلومات أنظر :

- Karel vasak : la convention Européenne des droits de l'homme, paris , 1964, PP. 48 – 49 .

(2) د/ حسين محمود إبراهيم ، الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي ، الطبعة الثانية ، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة ، 1981 ، ص33-34 .

(3) د/ برهامي أبو بكر عزمي ، الشرعية الإجرائية للأدلة العلمية ، مرجع سابق ، ص 24 – 25 .

(4) د/ محمود صالح العادلي ، استجواب الشهود في المسائل الجنائية ، دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقه الإسلامي ، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2004 ، ص 5.

(*) تفريعاً على ما تقدم فإن الشرعية الجنائية توجب عدم مخالفة الأشكال المطلوبة في النصوص التشريعية انظر في ذلك :

- Moswans – Marshgt : commission internationale de jurisrs, le principe de la légalité dans un société libre, rapport – us, les travaux de congrès de jurists tenn , New Delhi, Jan 1959. P. 267.

(*) وهكذا فقد كان ظهور مبدأ الشرعية محققاً للصالح العام وللصالح الفردية في ذات الوقت مما أدى إلى التزام الدولة له التي سادها نظام الدولة القانونية وليست الدولة البوليسية .

- Lzerges (C): le principe de légalité de délits et des peines, délits et libiesfondament aux, 1966, P.329.

(5) د/ عمر الفاروق الحسيني ، تعذيب المتهم لحملة على الاعتراف ، دراسة تحليلية على ضوء احكام القانونين المصري والفرنسي و آراء الفقه واحكام القضاء، (د.ب)، المطبعة العربية الحديثة ، القاهرة ، ص35.

القانون فيه ، فمثل هذا الدليل لا يمكن تقديره ، وإن تم فلا يعتد بالقيمة التي منحها القاضي له – حيث حرية الاقتناع لا تعني أن القاضي يستطيع أن يبني عقيدته على أي دليل يظفر به مهما كان مصدره ، بل هو ملزم بضرورة أن يكون الدليل الذي يستند إليه في حكمه مشروعاً في ذاته وغير مخالف للقانون . ويعد الدليل غير مشروع كلما كان غير مستوف شروط صحته ، أو كان وليد إجراءات باطلة⁽¹⁾ . فلا يكفي لسلامة الحكم أن يكون الدليل صادقاً متى كان وليد إجراء غير مشروع . لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن : "الدفع ببطلان الاعتراف لصدوره تحت تأثير الإكراه دفع جوهري يجب على محكمة الموضوع مناقشته والرد عليه ، يستوي في ذلك أن يكون المتهم هو الذي دفع بالبطلان أو أن يكون متهماً آخر في الدعوى قد تمسك به ما دام الحكم قد عول في قضائه بالإدانة على هذا الاعتراف – لما كان ذلك – وكان الثابت من الإطلاع على محضر جلسة المحاكمة أن الطاعنة الثانية دفعت بأن اعترافها الذي أدلت به في التحقيقات كان وليد الاعتداء عليها بالضرب ، وقد استند الحكم ضمن ما استند إليه في إدانة الطاعن الأول إلى اعتراف هذه الطاعنة دون أن يعرض إلى ما قررته من دفاع أو يرد عليه فإنه يكون معيباً بما يوجب نقضه"⁽²⁾ .

ويكون الدليل محل التقدير سليماً قانوناً ، إذا كان مستمداً من إجراءات مشروعة وتوفرت فيه الشروط القانونية الخاصة به ، تطبيقاً لمبدأ الشرعية الإجرائية لا يكون الدليل مشروعاً ومن ثم مقبولاً في عملية الإثبات التي يتم من خلالها وإخضاعه للتقدير ، إلا إذا أجرت عملية البحث عنه أو الحصول عليه ، وعملية تقديمه إلى القضاء ، أو إقامته أمامه بالطرق التي رسمها القانون ، والتي تكفل تحقيق توازن عادل ودقيق بين حق الدولة في العقاب ، وحق المتهم في توفير الضمانات الكافية لاحترام كرامته الإنسانية ، وعدم انتهاك حقوقه الأساسية . فإذا ما استوفي الدليل شرعيته ، واطمأن القاضي بأنه مستمد من إجراءات سليمة ، عندئذ يتوجب عليه وقبل أن يخضعه لعملية تقديره ، أن يتفحص توافر الشروط الخاصة بهذا الدليل التي استلزمها القانون⁽³⁾ .

ومن هنا يخضع الإثبات الجنائي لقواعد خاصة تميزه عن غيره في المواد القانونية الأخرى ، وإذا كان للإثبات في فروع القانون الأخرى كلها أهميته ، إلا أنه

(1) د/ موسى مسعود رحومة عبد الله ، حرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان ، ليبيا ، 1988 ، ص 86 .

(2) نقض 1974/4/19 ، مجموعة أحكام محكمة النقض ، طعن رقم 324 لسنة 44 ق ، س 25 ، رقم 87 ، ص 48 ، أيضاً نقض 1974/5/19 ، مجموعة أحكام محكمة النقض ، طعن رقم 449 لسنة 44 ق ، رقم 101 ، ص 474 ، نقض 1975/5/12 ، مجموعة أحكام محكمة النقض ، طعن رقم 690 لسنة 45 ق ، س 26 ، رقم 98 ، ص 423 ، نقض 1976/1/25 ، مجموعة أحكام محكمة النقض ، طعن رقم 342 لسنة 45 ق ، رقم 19 ، ص 90 ، نقض 1977/1/3 ، مجموعة أحكام محكمة النقض ، طعن رقم 923 لسنة 46 ق ، س 27 ، رقم 7 ، ص 35 .

(3) د/ موسى مسعود رحومة عبد الله ، حرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته ، مرجع سابق ، ص 86 .

في الإجراءات الجنائية يكتسب أهمية خاصة. فعلى ضوءه سوف يتحدد مصير المتهم بين الإدانة والبراءة ، بكل ما ينجم عن ذلك من آثار ترتبط بسمعة الفرد ومكانته الاجتماعية، وحريته وعمله وماله ، بل وأحياناً بحياته ذاتها.⁽¹⁾ ومع مخاطر تجاوز الحدود التي يرسمها القانون لتحصيل مثل تلك الأدلة وانتهاك الضمانات التي يقررها بالإضافة إلى القاضي الذي يتمتع في معظم الأنظمة المقارنة بسلطات واسعة في البحث عن الحقيقة ، ولا يتقيد -كمبدأ عام- بأدلة دون غيرها ، وله مطلق الحرية في تقييم الأدلة التي تُقدم إليه ، وفي هذا أيضاً ما يزيد من إضعاف مركز المتهم في مواجهة غير متكافئة مع الدولة.⁽²⁾ ومن هنا مبدأ الأصل في المتهم البراءة يعد ركناً أساسياً من أركان قاعدة مشروعية الدليل الجنائي فإذا كان لا يجوز لمحكمة الموضوع أن تستند في إدانة المتهم إلى دليل باطل ، فإن الأمر يختلف فيما يتعلق بدليل البراءة . فقد ذهبت المحكمة العليا ومحكمة النقض المصرية إلى قصر نطاق قاعدة المشروعية على الحالات التي يكون فيها الدليل سنداً للحكم بالإدانة ، أما دليل البراءة فلا يلزم أن يكون مشروعاً ، وقد بررت المحكمة العليا ذلك بأنه: "من المقرر أنه وإن كان يشترط في دليل الإدانة أن يكون مشروعاً ، إذ لا يجوز إدانة صحيحة على دليل باطل في القانون ، إلا أن المشروعية ليست بشرط واجب في دليل البراءة وذلك بأن من المبادئ الأساسية في الإجراءات الجنائية أن كل متهم يتمتع بقريضة البراءة إلى أن يحكم بإدانته بحكم نهائي."⁽³⁾

وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية أيضاً : " من المقرر أنه وإن كان يشترط في دليل الإدانة أن يكون مشروعاً إذ لا يجوز أن تبني إدانة صحيحة على دليل باطل في القانون ، إلا أن المشروعية ليست بشرط واجب في دليل البراءة ذلك بأن من المبادئ الأساسية في الإجراءات الجنائية أن كل متهم يتمتع بقريضة البراءة إلى أن يحكم بإدانته بحكم نهائي وأنه إلى أن يصدر هذا الحكم له الحرية

⁽¹⁾ للحصول على مزيد من المعلومات انظر :

- J. Patarin: le particularisme de lathéorie des preuvesendroitoipénal, in :Quelques aspects de l' a'utonomie de droit G.stefani, Paris , Sirey , 1956 , PP. 2 etss.

⁽²⁾ للحصول على مزيد من المعلومات أنظر :

- p. Bouzat: la loyauté dans larecherche des preuves in problemescontemporains de procédurepénale, Mélanges Hugueneu , Paris , Sirey , 1964 , P. 156.

- H. Bekaert : La manifestation de la vérité dans le procèspénal, Bruxelles, Etablissement Emile Bruylant, 1972, PP.10 etss.

- J. Prodel : Procédure pénale , cujas , paris , 1976 , P.347.

- D. A. Harris : The constitution and truth Seeking , A new Theory on Expert services for indigent Defenadnats, Journal of criminal law and criminology , 1992 , PP 469 etss.

⁽³⁾ جلسة 1987/4/1 ، مجلة المحكمة العليا ، طعن رقم 158 ، س24 ، رقم 76 ، المكتب الفني للمحكمة العليا ، ص 201 ، أيضاً جلسة 1999/5/18 ، مجلة المحكمة العليا ، طعن رقم 1318 ، س36 ، رقم 119 ، المكتب الفني للمحكمة العليا ، ص 402.

الكاملة في اختيار وسائل دفاعه بقدر ما يسعفه مركزه في الدعوى .⁽¹⁾ وقد أثار هذا القضاء خلافاً في الفقه فذهب رأي إلى أنه يتضمن مخالفة لمبدأ مشروعية الدليل في المواد الجنائية وليس للقضاء أن يقر قاعدة أن الغاية تبرر الوسيلة . فلا يمكن قبول دليل من زاوية ورفضه من زاوية أخرى في وقت واحد إذا جاء من طريق غير مشروع . وأخيراً يذهب هذا الرأي إلى أنه من المفروض أن تكون السبل القانونية المشروعة كفيلاً وحدها بإثبات براءة البريء في أي تشريع جنائي قويم ، بينما ذهب رأي آخر إلى تأييد القضاء باعتبار أن الحديث عن المشروعية بخصوص الأدلة المتخذة سنداً للإدانة ، ولا يسري نفس الحكم على الدليل المقدم كسند للبراءة ، فلا يشترط في دليل البراءة أن يكون ثمرة إجراء مشروع،⁽²⁾ وبالتالي فيجوز الاستناد إلى دليل غير مشروع لتقرير البراءة ، لأن دليل البراءة لا يعمل على إثبات أمر استثنائي ، بل على العكس فهو ينفي الاستثناء ويعود بالمسألة إلى الأصل ، ذلك أن الأصل في المتهم البراءة ، ولا حاجة للمحكمة أن تثبت براءة المتهم أو تتحرى من أدلة البراءة بقدر تحريها من أدلة الإدانة وكل ما تحتاج إليه هو أن تتشكك في الإدانة .⁽³⁾ ذلك لأن :

أ- إن الأصل في الإنسان البراءة ، ومن ثم فليس هناك حاجة إلى إثبات براءته وإنما الضروري هو إثبات الإدانة ، وكل ما تحتاج إليه المحكمة هو أن تشكك في إدانته.

ب- إن تطلب مشروعية الدليل وما يترتب على ذلك من بطلان دليل الإدانة الذي نجم من إجراء غير مشروع ، إنما شرع لحماية حرية المتهم ، فلا يجوز أن يتقلب هذا الضمان وبال عليه.

ج- إن التمسك بشرط المشروعية بالنسبة إلى دليل البراءة ومن ثم استبعاده إذا كان غير مشروع من شأنه أن يقضي إلى نتيجة في غاية الخطورة وهي إدانة بريء مما يؤدي إلى تحمل المجتمع لضررين هما : إفلات المجرم الحقيقي من العقاب ، وإدانة بريء .

وقد حاول فريق ثالث أن يتوسط بين الاتجاهين السابقين ، وذلك بمحاولة التفرقة بين حالات عدم المشروعية ، على أساس درجة جسامة المخالفة التي

⁽¹⁾ نقض 1967/1/13 ، مجموعة أحكام محكمة النقض ، طعن رقم 1172 لسنة 36 ق ، س 18 ، رقم 24 ، ص 128 ، أيضاً نقض 1980/10/15 ، مجموعة أحكام محكمة النقض ، طعن رقم 758 لسنة 50 ق ، س 31 ، 172 ، ص 890 ، نقض 1997/12/21 ، مجموعة أحكام محكمة النقض ، طعن رقم 2 لسنة 65 ق ، 982 ، س 48 ، رقم 222 ، ص 1464 .

⁽²⁾ د/ عبد الرؤوف مهدي ، شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية ، الطبعة الأولى ، دار النهضة ، القاهرة ، 1999 ، ص 1265 .

⁽³⁾ د/ محمد أحمد عابدين ، الأدلة الفنية للبراءة والإدانة في المواد الجنائية ، الطبعة الأولى ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، 1994 ، ص 73 .

أسفرت عن الدليل غير المشروع ، إذا كان عدم المشروعية ناجماً عن انتهاك أحد نصوص قانون العقوبات ، أي بارتكاب جريمة ، فإن الدليل المشوب بعدم المشروعية في هذه الحالة يهدر ولا يعول عليه ، ولو كان دليلاً على البراءة . أما إذا كان عدم مشروعية الدليل الجنائي راجعة إلى مجرد مخالفة لقانون الإجراءات الجنائية ، فإنه يجوز للمحكمة أن تقبل هذا الدليل وأن تعول عليه في قضائها بالبراءة . ففي ضوء الحكمة من تشريع البطلان ينبغي أن ينظر القاضي إلى الدليل المطروح عليه وإلا ما كان لنظرية البطلان هدف .

- ونحن نرى - إن على القاضي أن يطبق القانون وفقاً لأسس موضوعية حيث هذا التطبيق يتقيد بما يوجبه قانون الإثبات من معايير معينة ، فالإثبات الجنائي يقيد سلطة القاضي بحدود معينة يجب مراعاتها ، ولهذه الحدود أهميتها في التطبيق الموضوعي للقانون ، ولكن هذا التأثير يقع في ظل نظام قانوني متكامل فافتراض البراءة في المتهم يتطلب عدم إلزامه بإثبات براءته ، ومن هنا كان التطبيق الموضوعي لقانون العقوبات أمراً نسبياً ، لأنه مقيد بالأصول الإجرائية التي تنبع من قرينة البراءة ، وعلة ذلك أن قانون الإجراءات الجنائية لا يستهدف مجرد تطبيق قانون العقوبات، وإنما ينبغي كذلك حماية الحرية الشخصية ، ولا بد من المقارنة بين الهدفين . ذلك لأنه إذا كان وجود أصل البراءة - الذي من أهم آثاره إلقاء عبء الإثبات على عاتق النيابة العامة ، وتفسير الشك لصالح المتهم - يشكل قدراً من الصعوبة في مهمة النيابة العامة الأمر الذي حدا بالمشروع الجنائي إلى اعتناق مبدأ حرية القاضي الجنائي في قبول الدليل ليسهل - إلى حد ما - على النيابة العامة أداء مهمتها في تحمل عبء الإثبات ، وذلك من قبل توازن المصالح وإذا كانت مصلحة الفرد واعتبارات حماية الحرية الشخصية تستوجب افتراض براءته؛ فإن مصلحة المجتمع في كشف الجريمة وضبطها وعقاب الجناة تستوجب قبول جميع طرق الإثبات المؤدية إلى ذلك وهذا ما يتطلبه البحث عن الحقيقة التي لا ينبغي التماسها بأية طريقة أو كيفية كائنة ما كانت بل ينبغي البحث أن يجري في ظروف معينة ، وبوسائل محددة على نحو يوفر إمكانية إظهار الحقيقة ، واحترام حقوق أطراف الدعوى الجنائية بما في ذلك حقوق المتهم ، وبطريقة لا تقبل التجزئة هذا من جهة ، ومن جهة أخرى ، فإن الحقيقة الواقعية التي يعلنها القضاء الجنائي تلعب دوراً حاسماً في نظرة المجتمع .⁽¹⁾

خصوصاً أن عملية التعدي على القانون قد تزايدت بصورة مضطردة وعملية حقوق المجتمع في التصدي للجريمة أصبحت عملية هشة ولا نتيجة لها وذلك لعدم التصدي للجريمة والمجرمين في نفس الوقت ، وهذا يتطلب عدم

(1) د/ محمد زكي أبو عامر ، الإثبات في المواد الجنائية ، مرجع سابق ، ص 9.

إضاعة حقوق المجتمع والدفاع عنه بالصورة القانونية الرادعة ، حتى يمكن تحقيق الاستقرار والأمن الاجتماعي .
لذا سنوضح في المطلب الثاني الصلة بين فكرة التحول وعدم مشروعية الدليل .

المطلب الثاني

الصلة بين فكرة التحول وعدم مشروعية الدليل

إن فكرة تحول الإجراء الباطل قد أخذ بها قانون الإجراءات الجنائية وإن لم يصرح بها ذلك لأنها فكرة يفرضها المنطق القانوني حيث يرى جانب من الفقه أنه على الرغم من أن قانون الإجراءات الجنائية لم يصرح بتبنيه هذه النظرية، لكنه قد أقرها ذلك لأن لها سنداً من المنطق القانوني ، فاستجماع عناصر معينة يتكون منها إجراء معين ينبنى عليه بالضرورة الاعتراف بوجود هذا الإجراء ، ولا يؤثر في ذلك وجود عناصر ثبت بطلانها . حيث تحول (*) الإجراء الباطل يُقصد به الاعتداد بالقيمة القانونية للعناصر التي تتواجد في الإجراء الباطل والتي تصلح في تكوين إجراء صحيح آخر ، وجوهر هذا التحول في القوانين الإجرائية بقاء العمل الباطل في حالة البطلان مع تحوله إلى عمل آخر صحيح يقر للنظام القانوني وجوده وترتيب آثار قانونية عليه ، وإن كان هذا العمل الجديد مختلفاً ، ومغايراً للأصلي ، ومرتبباً آثاراً تختلف عن الآثار الأولى.⁽¹⁾

(*) إن فكرة تحول العقد ليس من إبداعات الفقه المدني الحديث وإنما تصعد هذه النظرية إلى القانون الروماني والفقه الإسلامي حيث نظمت أحكامها وبلغت أعلى درجات التنظيم في كتب الفقه الإسلامي وهو ما لم تصل إليه الكثير من التشريعات المدنية الوضعية إلا حديثاً . أما مصطلح التحول ظهر في اللغة القانونية لأول مرة في فقه الشريعة الألمانية العامة ، وفي النظام القانوني الذي كان سائداً في الدول الألمانية قبل وضع مجموعة القانوني المدني الألماني عام 1896 في أوائل القرن التاسع عشر . د/ صاحب عبيد الفتاوي ، تحول العقد ، (دراسة مقارنة) . الطبعة الأولى ، مكتبة دار الثقافة والتوزيع ، الأردن ، 1997 ، ص 15 في الهامش . فمصطلح (Conversuon) (مدني) هو : " أن يزِيل الدائن ديناً قديماً يستبدل به ديناً آخر يقوم على شروط تختلف عن شروط الدين الأول . " د/ أحمد زكي بدوي ، معجم المصطلحات القانونية ، فرنسي – انجليزي – عربي ، الطبعة الأولى ، الناشر دار الكتاب المصري القاهرة ، دار الكتاب اللبناني ، 1989 ، ص 72 . كما استخدم المشرع الإيطالي في قانون الإجراءات الجنائية رقم 447 لسنة 1988 . في المادتين 580 ، 569 مصطلح Conversione بمعنى التحول . د/ خليفة محمد التليسي ، قاموس إيطالي عربي ، الدار العربية للكتاب ، 1984 ، ص 213 . كذلك الفقه استخدمه للدلالة على التحول مثل ذلك Conversion du contract: للدلالة على نظرية تحول العقد . د/ عبد الرازق احمد السمنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، (نظرية الالتزام بوجه عام) ، مصادر الالتزام ، المجلد الأول الطبعة الأولى ، الناشر دار النهضة العربية القاهرة ، (د.س.ن) ، ص 608 .
(1) د/ محمد علي الكيك ، تحول الإجراءات الجنائية ، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2007 ص 175 .

ذلك لأن على القاضي أن يستمد اقتناعه في الحكم من أدلة متحصلة من إجراءات مشروعة تحترم فيها الحريات ، وتؤمن فيها الضمانات التي رسمها القانون، ⁽¹⁾ فإن كانت الإجراءات باطلة كان الدليل المستمد منها باطلاً ، وبالتالي لا يجوز للقاضي التعويل عليه في الحكم . ⁽²⁾ ذلك أن الدليل لا يكون صحيحاً إلا إذا كان وليد إجراءات مشروعة ؛ أي مطابقة للقانون وغير متعارضة مع المبادئ الأخلاقية والعلمية . ⁽³⁾

وأساس ذلك أن ثمة قواعد فرضها القانون على القاضي أثناء تحريه عن الدليل ، أو على أطراف الدعوى حين يقدمون أدلتهم ، ورتب القانون على مخالفة تلك القواعد بطلان الدليل المستمد منها وبالتالي عدم قبوله كدليل ، ⁽⁴⁾ لأن ما بني على الباطل كان باطلاً ، ويقوم هذا القيد على أساس تحقيق التوازن بين مصالح المجتمع من ناحية ، والحقوق والحريات الفردية من ناحية أخرى ، كما يعد انتصاراً لموقف المتهم كطرف ضعيف في مواجهة الأطراف الأخرى . ⁽⁵⁾

حيث مشروعية (*) الإجراء تعني : مطابقة الإجراء لكافة المبادئ والقواعد القانونية ، وعدم مخالفتها مبادئ الأخلاق والآداب بالإضافة إلى ضرورة مراعاة سائر القواعد الأخرى المنصوص عليها بطريقة مباشرة ، ⁽⁶⁾ وتجمع التشريعات على ضرورة مشروعية الدليل المتخذ سنداً للحكم في المسائل الجنائية ، حيث تعد المشروعية شرطاً من شروط تطبيق مبدأ الاقتناع القضائي . ⁽⁷⁾ فمن المسلم به أن القواعد الإجرائية التفصيلية ليست كلها على ذات القدر من الأهمية وبالتالي فإن الدليل المتحصل بالمخالفة لبعضها قد لا تنتفي عنه صفة

(1) د/ أحمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص 469.

(2) د/ فاروق الكيلاني ، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، 2001 ، ص 347.

(3) د/ محمد محمود مصطفى ، الإثبات في المواد الجنائية في القانون المقارن ، الطبعة الأولى ، مطبعة جامعة القاهرة مصر ، 1977 ، ص 88.

(4) د/ محمود نجيب حسني ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1988 ، ص 429.

(5) د/ أحمد عوض بلال ، قاعدة استبعاد الأدلة المتحصلة بطريقة غير مشروعة في الإجراءات الجنائية المقارنة ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1994 ، ص 7.

(*) قد درج الفقه على التفرقة بين المشروعية والشرعية فذهب اتجاه إلى أن المشروعية يقصد بها اتفاق الإجراء مع القواعد القانونية والمبادئ العامة ، بينما يقصد بالشرعية اتفاق الإجراء مع القواعد القانونية دون المبادئ العامة ، وذهب اتجاه آخر إلى عكس ذلك حيث يرى هذا الاتجاه أن المشروعية في مجال الإجراءات الجنائية يقصد بها اتفاق الإجراء مع القواعد القانونية المكتوبة أو غير المكتوبة وأن الشرعية تعني اتفاق الإجراء مع القاعدة القانونية المكتوبة وحدها أي المنصوص عليها من قبل المشرع . ومن ثم فإنها أي المشروعية تعتبر أوسع مضموناً عن الشرعية التي تعتبر حلقة من حلقاتها أو عنصر من عناصرها ، والتي لا تجد إلا مصدراً واحداً هو القانون . أ/ آدم محمد أحمد عبد الحميد ، مشروعية الدليل في الإثبات الجنائي ، "دراسة مقارنة في ضوء الوسائل العلمية الحديثة " رسالة ماجستير ، كلية القانون جامعة قاريونس ، 1994 ، ص 81 .

(6) د/ منصور عمر المعايطة ، الأدلة الجنائية والتحقيق الجنائي لرجال القضاء ، الطبعة الأولى ، المركز الوطني للطب الشرعي ، الأردن ، 2004 ، ص 20.

(7) أشرف إبراهيم جمال إبراهيم قنديل ، حرية القاضي في تكوين اقتناعه ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، 2009 ، ص 285.

المشروعية رغم المخالفة . بينما قد تنزع عنه تلك الصفة في حالات أخرى ، وذلك تبعاً لفلسفة النظام الإجرائي محل البحث ، والمذهب الذي يعتنقه بشأن معيار البطلان ، ونقطة التوازن التي يرسمها بين اعتبارات الفعالية من ناحية أخرى فكلما كان تحصيل الدليل بالمخالفة لأي من هذه الاعتبارات الجوهرية ، كلما كان ذلك مؤشراً على عدم مشروعيته والعكس صحيح .⁽¹⁾

وينبغي التمييز بين الدليل الجنائي وإجراءات الحصول عليه ذلك لأن إجراءات الحصول على الدليل الجنائي هي الوسيلة التي يتم بها الحصول على الدليل وليست الدليل ذاته فهي المصدر الذي تستقي منه هذه الأدلة ، فلاستجواب والمعاينة والقبض وما على نحو ذلك لا تعد أدلة جنائية وإنما يمكن أن ينتج عنها دليل أو أكثر كاعتراف المتهم أو وجود بصمات وإجراءات الحصول على الأدلة تشترك مع الأدلة في أنها كالأدلة لم ترد في القانون على سبيل الحصر وإنما يجوز للقاضي القيام بجميع الإجراءات التي تسفر عن دليل أو يعتمد عليه في تكوين اقتناعه مع الالتزام بضابط المشروعية في هذا الشأن.⁽²⁾ ذلك أن إهدار المشروعية ومباشرة الإجراء بصورة مخالفة لها سيؤدي بالتأكيد إلى عدم مشروعية الدليل الناجم عنها . الأمر الذي يحتم ضرورة مراعاة كافة أحكامها باعتبارها شرطاً أولياً ولازماً لصحة الحصول على الدليل ، وعلى ذلك فإن استلزام المشروعية في إجراءات الحصول على الدليل تعد بمثابة مقدمة ضرورية للحصول على ذات الدليل المشروع مما يجعل من المشروعية شرطاً أساسياً وجوهرياً وذا طبيعة عامة في كل الأدلة الجنائية ، وتعتبر الرقابة على مشروعية الإجراءات جوهر الإشراف القضائي ذاته إذ إنها تكفل احترام هذه المشروعية ، فلا قيمة لقاعدة مشروعية الدليل الجنائي إذا لم تكن هناك رقابة فعالة على السلطة التي تباشر الإجراءات الجنائية ، ولا قيمة للرقابة القضائية إذا لم يكن هناك جزاء إجرائي بالإضافة إلى أن الجزاء الإجرائي هو أحد الوسائل الإلزامية لقاعدة مشروعية الدليل الجنائي ، فإنه يعد أداة للرقابة القضائية على الإجراءات الجنائية .

ويتمثل هذا الجزاء الإجرائي (البطلان)^(*) في صورة إلغاء الإجراء المخالف للقانون وما يترتب عليه من آثار قانونية .⁽³⁾

(1) د/ حسين محمد إبراهيم ، الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي ، مرجع سابق ، ص 26.

(2) د/ علي فضل أبو العينين ، ضمانات المتهم في مرحلة المحاكمة ، الطبعة الأولى ، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية ، 2000 ، ص 118.

(*) وتجدر الإشارة إلى أن فكرة البطلان في النظام اللاتيني قد تعرضت للنقد باعتبارها تؤدي إلى التضحية بمصلحة المجتمع وتغليب مصلحة الفرد عليه – للحصول على مزيد من المعلومات انظر

- G.D. Marino : les nullités de l'instruction préparatoire, thèse , Aix – Marseille, 1977, PP. 140 etss.

(3) د/ أحمد فتحي سرور ، الشريعة والإجراءات الجنائية ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1977 ، ص 230.

وهذا ما أوصى به المؤتمر الدولي الثاني عشر الذي عقدته الجمعية الدولية لقانون العقوبات في مدينة هامبورج بألمانيا الغربية 1979 حيث جاء فيه :

أ- عدم الأخذ بأدلة الإثبات التي يتم الحصول عليها بطرق تعد انتهاكاً لحقوق الإنسان ، مثل التعذيب واستخدام أساليب القسوة الإنسانية التي تحط من كرامة البشرية .

ب- لا تقبل أدلة الإثبات وإن كانت مؤكدة الصحة التي يكون قد تم الحصول عليها بطريقة غير مشروعة إلا بناءً على سند من نصوص تشريعية وقرار من القاضي أخذاً في الاعتبار المصالح المتقدم ذكرها.

ج- لا يجوز تأسيس الإدانة على مجرد اعترافات غير مدعومة بما يؤيد صحتها .⁽¹⁾

فالبحث في مدى مشروعية الدليل يمكن بوجه عام أن يتم بالاستعانة بمعياريين : أحدهما شكلي والآخر موضوعي فبمقتضى الأول : إذا كان الدليل قد تم البحث عنه وتحصيله بطريقة يحظرها نص في اتفاقية ملزمة للدولة ، أو نص دستوري ، أو نص تشريعي ، أو يقرر صراحة استبعاده كدليل إثبات أو يقرر بطلان الإجراء غير المستوفي لما يضعه من شروط . . . الخ . فحينئذ يكون الدليل ، وفقاً لهذا المعيار الشكلي أو اللفظي ، قد تم تحصيله بطريق غير مشروع أما حينما لا يسعف هذا المعيار في تكييف طريقة تحصيل الدليل بين المشروعية وانعدامها ، فحينئذ لا مفر من الالتجاء إلى معيار آخر موضوعي يتعلق بطبيعة القناة التي تم من خلالها أخذ الدليل ومدى توافقها مع الحقوق والحريات والمبادئ القانونية العامة ، ونسبة الفائدة التي يحققها تحصيل الدليل بكيفية معينة مقارنة بالأضرار الفردية والاجتماعية التي تنجم عن قبوله . . . الخ.⁽²⁾ وبعد ذلك نبحث في إمكانية التحول من عدمه فالخصومة الجنائية تقوم على ضمانات حرية المتهم لا على مجرد إثبات سلطة الدولة في العقاب ، لذا يتعين على القاضي ألا يثبت توافر هذه السلطة تجاه المتهم إلا من خلال إجراءات مشروعة تحترم فيها الحريات وتؤمن فيها الضمانات التي رسمها القانون ولا يحول دون ذلك أن تكون الأدلة قوية على إدانة المتهم طالما كانت هذه الأدلة مشبوهة ، ولا تتسم مصادرها بالنزاهة واحترام القانون .

(1) د/ كمال عبد الواحد الجوهري ، القصور التشريعي وسلطة القاضي الجنائي ، (دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة) الكتاب الأول ، الطبعة الأولى، دار محمود للنشر والتوزيع ، مصر ، 1994 ، ص 189.

(2) د/ حسين محمد إبراهيم ، الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي ، مرجع سابق ، ص 32.

ويجب التسليم بأنه لا يمكن الوصول أبداً إلى الدفاع عن كرامة الإنسان إذا أقيم الدليل جراء الاعتداء على حرّيته ، ومعيّار نزاهة مصادر الأدلة الجنائية – أي مشروعيتها – هو في احترام الضمانات التي أتى بها القانون لاحترام حرية

المتهم بوصفه بريئاً إلى أن تثبت إدانته بحكم بات.⁽¹⁾ فهناك طرق للإثبات نص عليها ونظمها قانون الإجراءات الجنائية وهي التي تعتبر مشروعة وهي التي يجوز استخلاص الحقيقة عن طريقها.⁽²⁾ حيث الشرعية الإجرائية تتدخل أولاً : وتقوم بوظيفة أساسية لتحقيق التناسق بين مصلحة المجتمع ومصلحة الفرد ، ثم يأتي ثانياً : دور المشروعية لتحقيق الغاية النهائية ، وهي كشف الحقيقة والمحافظة على حقوق الفرد وحرّياته، ثم ثالثاً: تبرز الوظيفة الرئيسية للتحويل في التخفيف من حدة الصراع والتقليل من فعالية عناصره ، وبذلك تكون هذه الوظيفة ذات طابع تكاملي .

بعبارة أخرى يساعد التحويل على عدم حدوث حالة من الصراع بين مصلحة المتهم ومصلحة المجتمع .

لذا الزعم بأن كل القواعد الإجرائية تكون قابلة للتحويل لا يمكن قبوله فأحداث التوازن بين مصلحة المتهم وبين مصلحة المجتمع يعتبر أساس لإقرار حالات التحويل المختلفة حيث منطبق تطور الظروف الاجتماعية يطرح ويقرر متطلبات لم تعالجها النصوص القانونية الموجودة ، الأمر الذي يعني وجود ثغرات أي نقص في القواعد القانونية القائمة فهي العقبة الأساسية التي تعترض تحقيق غاية الاستقرار القانوني .

لذلك يتم الدمج بين ثلاثة عناصر فصل بينهم الوضعيون القانونيون فصلاً تاماً ، وهي: القاعدة، والواقع والقيمة وهذا يقتضي لمعرفة إمكانية إجراء التحويل من عدمه ينبغي الدمج بين العناصر الثلاثة فلا تعد القاعدة القانونية مجرد محض قاعدة شكلية ، بل إن كل قاعدة تفترض عملية تداخل مستمر بين الوقائع والقيم الاجتماعية ، طبقاً لمنطق التطور التاريخي ، ومن ثم فإن القيم التي يتأسس عليها القانون نوعان :

الأولى: أساسية وتتمثل في الفرد ، بوصفه المصدر الأول لفكرة العدالة.

والثانية : القيم المكتسبة وهي التي تستمد من خلال الواقع أي الدمج بين القاعدة ، والواقع ، والقيم.⁽³⁾

(1) د/ أحمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص 750 – 751 .

(2) د/ رمسيس بهنام ، المحاكمة والطعن في الأحكام ، الطبعة الأولى ، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية ، 1993 ص 83.

(3) د/ فايز محمد حسين ، فلسفة القانون بين العلمانية والشكلية والغائية ، الطبعة الأولى ، الناشر دار النهضة العربية ، مصر ، 1997 ، ص 172 .

وبعبارة أكثر وضوح يتم التحول بمراعاة ثلاثة مجالات أساسية :
ففي المجال الأساسي الأول : يوجد مجال القاعدة القانونية ، تلك التي تعتبر المقياس .

أما المجال الأساسي الثاني : هو القيمة (*) أي التطور في ثقافة المجتمع في مجموعها ، وهناك نمو في موارثه التاريخية ، وهي حركة ناتجة عن الأفكار الجديدة ، وعن النظريات المستحدثة.

أما المجال الأساسي الثالث : هو الواقع الاجتماعي المتغير الذي يحيط بالمجالين السابقين ، ويؤثر فيهما ، بحيث ينسب إلى تأثيره ما يطرأ عليهما من تغير أو تعديل ، ويحدث هذا التأثير من داخل المجتمع ذاته ، كأثر ناتج عن نموه ، كما يحدث من خارجه بفعل تبادل المؤثرات بين الثقافات المختلفة ، أي بفعل الامتصاص والامتداد الثقافي .⁽¹⁾

وهذا يعني أن إمكانية تحول القواعد الإجرائية نسبية ، ويثور الخلاف دائماً حول تحديد المعيار الواجب إتباعه ذلك لأن اختلال المعيار يؤدي إلى نتيجة مؤداها عدم فاعلية التحول في تحقيق التوازن والسؤال الذي يطرح نفسه كيف يحقق التحول التوازن بين مصلحة المجتمع في إظهار الحقيقة ومصلحة الأفراد في حماية حقوقهم وحياتهم؟

هذا ما سنوضحه في المبحث الثاني .

(*) حاول الفكر الفقهي تفسير النظام القانوني ، ونستطيع أن نميز بين عدة اتجاهات متميزة ، يهتم الاتجاه الأول بالوظيفة أكثر من المضمون ، بمعنى عدم الاهتمام بمعرفة الطريقة التي تعمل بها القواعد القانونية ، إلا إذا كان مضمونها عادلاً بصفة عامة أي أن هذا الاتجاه يسعى إلى البحث عن الغاية من القانون ، ثم تحول الاهتمام إلى ممارسة الفرد لإرادته والاعتداد بذاته فمنحت الإرادة الإنسانية الحد الأقصى من الحرية أمام الاتجاه الثالث يتميز بالاهتمام بالحاجات الاقتصادية وبإهمال نظرية التعاقد عند ساقيني التي ارتكزت على فكرة الإرادة ، ويرجع هذا الإهمال إلى الاهتمام بحاجات البشر الواقعية أي الاهتمام بحاجات البشر بدلاً من إزادتهم . أما الاتجاه الرابع فيهتم بالمطالب الواقعية للإنسان بدلاً من الاهتمام بالإرادة المجردة للفرد وأخيراً يتميز الاتجاه الأخير في الفكر الفقهي ، بإدراك مشكلة قانون القيم ، لا كمسكلة في علم الفقه فحسب بل وأيضاً في كل العلوم الاجتماعية الأخرى ، كما أن لها علاقة خاصة بكل المسائل التي يقوم حولها الجدل في علم القانون . د/ محمد عبد الله أبو علي ، نظرية المصالح الاجتماعية عند روسكوبوندي ، المجلة الجنائية القومية ، المجلد 19 ، العدد الأول ، 1974 ، ص 46 - 47 .
(1) مالك بن نبي ، مشكلة الثقافة ، ترجمة عبد الصبور شاهين ، الطبعة الأولى ، دار الفكر ، سوريا ، 1959 ، ص 38.

المبحث الثاني

معالجة التحول للقصور في العملية الإثباتية

منذ بداية النصف الثاني من القرن العشرين تصاعد الاهتمام بالنظم الإجرائية باعتبارها من الضمانات الأساسية لانتظام النشاط القضائي ، وكفالة العدل والمساواة للمتقاضين ، وتيسير أداة خدمة العدالة . فالقاضي لا يباشر في تطبيق قواعد القانون الموضوعي إلا من خلال قواعد إجرائية تضمن انتظام هذا التطبيق واستقامته وتكفل سلامته ، وفاعلية النظم القانونية لا تقوم ولا تكتمل إلا بالحرص على وضع ضمانات تطبيقها . ومن هنا ظهرت أهمية القواعد الإجرائية التي تتضمن الضمانات والوسائل المقررة لتطبيق قواعد القانون الموضوعي . وهو ما يستدعي الحاجة إلى الاهتمام المتزايد بها .⁽¹⁾ خصوصاً أن الإجرام في تزايد دائم ، وهو ما يوجب عدم إهدار حق المجتمع في الدفاع عن نفسه ، وإن كان ينبغي رعاية حرية الفرد فلا يجب الزيادة في شكلية الإجراءات بما يؤدي إلى ضياع الحقيقة .⁽²⁾

ومن هنا دراسة موضوع التحول تتطلب بحثه ومدى تأثره بالتطورات فالتحول كما بينته كتب الفقه يمثل مرحلة معينة في تاريخ العلم القانوني ، فهل ما زال ينسجم مع متطلبات التطور القانوني ؟ ومع دور القانون الذي لا يقتصر على مجرد نقل الواقع الاجتماعي ؟ بالإضافة إلى إشكالية المصالح الاجتماعية التي تعرف في البيئة الاجتماعية بعبارات فضفاضة وكثيراً ما تكون غير محددة تحديداً دقيقاً أو واضحاً ، وهذه السمة تتعارض مع طبيعة المعالجة التشريعية التي تحتم إعادة صياغة هذه الأحكام في صيغ قانونية محددة ، بتحقيق معها الاستقرار والوضوح في التعامل ، ويقابل ذلك من جهة أخرى الحيلولة دون أن تصبح القاعدة القانونية جسماً غريباً في المجتمع .⁽³⁾

ولذا التحول يلعب دوراً هاماً في الإثبات في المسائل الجنائية ، حيث تتم معالجة القصور في عملية كشف الجريمة ومن ثم إثباتها من خلال الاهتمام بإمكانية تحول القواعد الإجرائية ومحاولة إيجاد توازن بين مصلحة المجتمع ومصلحة الفرد . فالإثبات الجنائي في خدمة مصلحتين إحداها مصلحة الجماعة والأخرى هي الحقوق الأساسية للفرد . كما يلاحظ أن الدعوى الجنائية ليست مجرد دعوى تعويض مادي عن ضرر فردي ، وإنما هي متعلقة أساساً بعقوبة عن

(1) د/ فتحي والي ، نظرية البطلان في قانون المرافعات ، الطبعة الثانية ، دار الطباعة الحديثة ، مصر ، 1997 ص 31 في الهامش .

(2) د/ حسن صادق المرصغاوي ، المرصغاوي في المحقق الجنائي ، الطبعة الثانية ، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية 1990 ، ص 15-16 .

(3) د/ عادل عازر ، مفهوم المصلحة القانونية ، المجلة الجنائية القومية ، العدد الثالث ، 1972 ، ص 399 .

جريمة وتوقيع جزاء على جانٍ ، وهي متعلقة من هذه الناحية بالحريات الفردية . وهذا يتطلب أن يكون الإثبات خاضعاً لشروط معينة⁽¹⁾ فإذا لم تتوافر هذه الشروط فإن المشرع يقرر لها جزاء إجرائياً متمثلاً في إهدار الأثر القانوني للعمل الذي تم مخالفاً للقاعدة الإجرائية ، ويطلق الفقه الوضعي اصطلاح (البطلان) على إهدار الأثر القانوني للعمل الإجرائي.

فالأصل أن القاعدة الإجرائية الباطلة ليست لها وجود قانوني ولا يترتب عليها كقاعدة عامة أي أثر ، إلا أن تطبيق هذه القاعدة على إطلاقها يؤدي إلى اختلال التوازن بين مصلحة المجتمع ومصلحة المتهم وتفادياً لتلك الآثار تطبق فكرة التحول للتقليل من حالات البطلان⁽²⁾.

لذا سنتناول هذا المبحث في مطلبين : سنوضح مشكلة المصلحة القانونية الأولى بالرعاية المطلب الأول ، ونعالج التحول في ضوء مبدأ تكافؤ الأشكال القانونية المطلب الثاني .

المطلب الأول

مشكلة المصلحة القانونية الأولى بالرعاية

إن النظام القضائي يخضع لقاعدة الشكالية الإجرائية ، وهذا التنظيم الشكلي للنشاط القضائي يحقق النظام فيه ، مما يشيع الطمأنينة والثقة فيه ، ويفرض ضمانات للقضاء وعدالته ، ويحول دون تحكم القضاء أو تسرعه ، ودون هوى الخصوم وتحايلهم ، ويمثل بذلك حصانة للفرد وحقوقه في المجتمع⁽³⁾. فقانون الإجراءات الجنائية يواجه أزمة التوازن بين المصلحة العامة للدولة والمصلحة الخاصة للأفراد . وذلك لأن القيم والمصالح متغيرة ومتجددة ، وهي ما يستنتج القول بضرورة تحول الحماية القانونية لمسايرة تحول المصالح الاجتماعية المتغيرة .

ففي عملية الإثبات تثار مشكلة التعارض بين المصلحتين :

الأولى : مصلحة المجتمع في أن يتحقق الأمن والاستقرار وأن لا يفلت مجرم من العقاب ، وهي المصلحة التي تدعو إلى حماية المجتمع من الجريمة ،

(1) د/ محمد محي الدين عوض ، الإثبات بين الأزواج والوحدة في الجنائي والمدني في السودان ، دراسة مقارنة الطبعة الأولى ، دار الاتحاد العربي للطباعة ، مصر ، 1974 ، ص 10.

(2) د/ أحمد فتحي سرور ، أصول السياسة الجنائية ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1972 ، ص 282.

(3) د/ أحمد إبراهيم حسين ، غاية القانون ، (دراسة في فلسفة القانون) ، الطبعة الأولى ، الناشر المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2000 ، ص 202.

وتقتضي مصلحة التحقيق اتخاذ بعض الإجراءات الجنائية الماسة بالحرية في مواجهة المتهم⁽¹⁾.

والثانية : مصلحة المتهم في أن تصان حرية وكرامته ، والتي يستمدّها من (أصل البراءة) ، ومن النصوص التشريعية التي تكفل صون حرية وكرامة الفرد ولم تجز المساس بها إلا في اضيق الحدود ، وضمن شروط محددة⁽²⁾.
فهذا التعارض بين المصلحتين يثير عدداً من التساؤلات:

ما هي المصلحة الأولى بالرعاية ؟ هل هي مصلحة المجتمع دون النظر إلى مصلحة الفرد؟ أم أن مصلحة الفرد هي الأولى بالرعاية ، بصرف النظر عن مصلحة المجتمع ، ومتى نرجح أي من المصلحتين عن الأخرى ؟ وهل حققت التشريعات حماية مصالح الأفراد ؟

يكمن أساس المشكلة في عدم التوازن بين الفرد والدولة في مجال استخدام الوسائل المتاحة فالدولة تمتلك إمكانيات تفوق بكثير ما يملكه الأفراد ، كما أنها تمتلك من القوة البشرية ما يمكنها من فرض إرادتها ، وبناءً على ذلك تقع كثير من التجاوزات من قبل الدولة تنطوي على إهدار لحقوق وحيات الأفراد ، وهو الأمر الذي أثار مشكلة التوازن بين سلطات الدولة صاحبة السلطة والقوة ، وبين حق المتهم في الدفاع عن نفسه ؛ متسلحاً بأصل البراءة⁽³⁾ ، وصار هذا الأمر محل جدل فقهي مستمر تضاربت حوله الآراء ، حيث انقسم رأي الفقه في ذلك إلى ثلاثة اتجاهات نستعرضها على النحو الآتي:

الاتجاه الأول : يرى أنصاره أن مصلحة المجتمع أولى بالرعاية من المصلحة الخاصة ، فما يصيب المجتمع من ارتكاب الجرائم يعد أفدح وأبلغ أثراً من الضرر الذي يصيب المشتبه به أو المتهم⁽⁴⁾. ومن ثم تغليب حق الدولة في استخلاص الأدلة في مواجهة المتهم ، إذا توافرت الدلائل الكافية على اتهامه بارتكاب الجريمة ، باعتبار أن المتهم بما تنهض ضده من أدلة تعزز إدانته بارتكاب الجريمة ؛ إنما هو معتد على أمن الجماعة ونظامها⁽⁵⁾. وهذا ما أخذت به المحكمة العليا الليبية حيث قضت بأن : " الإدانة أو البراءة ليس حقيين لصيقين

(1) د/ أحمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص 301.

(2) د/ برهامي أبو بكر عزمي ، الشرعية الإجرائية للأدلة العلمية ، مرجع سابق ، ص 201.

(3) د/ أحمد أبو القاسم أحمد ، الدليل المادي ودوره في الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2005 ، ص 61.

(4) د/ حسن صادق المرصفاوي ، المرصفاوي في المحقق الجنائي ، مرجع سابق ، ص 65.

(5) عبد الله سعيد بن عمير ، استخدام الشرطة للوسائل العلمية الحديثة في التحقيق ، رسالة دكتوراه ، كلية الدراسات العليا بأكاديمية الشرطة ، مصر ، 2005 ، ص 231.

بالمتهم وحده ، بل هما من ضمانات التقاضي ، ومن عناصر إحقاق العدالة يبدو حق المجتمع فيها أولى بالرعاية من حق المتهم".⁽¹⁾

الاتجاه الثاني: يرى أنصاره أنه يجب تغليب مصلحة المتهم والتي تحميها الشرعية الإجرائية.

الاتجاه الثالث: يرى أنصاره التوفيق بين حق المجتمع وحق المتهم في مباشرة الإجراءات الجنائية، فلا تغلب أي من المصلحتين على الأخرى، بل يجب التوفيق بينهما واحترامهما معاً دون تفريط في إحداها على حساب الأخرى.⁽²⁾

ونحن نرى في هذا الصدد ترجيح الرأي الثالث الذي يوازن بين مصلحة الفرد والمجتمع ، مع اشتراط مشروعية الوسيلة المستخدمة ، بحيث يتم الحديث عن توازن بين المصالح في إطار مشروعية الوسيلة ذاتها.

والتساؤل الذي يواجهنا هو كيف يُستطاع القيام بعملية التقييم هذه في ضوء تغير التشريع من وقت لآخر ؟ وكيف يُحافظ على إقامة توازن بين اعتبارين كلاهما جدير بالاهتمام حفظ النظام والأمن في المجتمع من ناحية ، وحماية الفرد من ناحية أخرى ؟ وهل هذا التقييم يتم بناء على ضوابط معينة ؟

إن القانون هو الذي يحدد القواعد الإجرائية الجنائية الواجبة الإلتباع ، والتي يجب أن يحترمها القاضي وأطراف الخصومة الجنائية . أي أن القانون هو الذي يحدد أسلم الوسائل المحققة للعدالة الجنائية مراعيًا التوازن بين البحث عن الحقيقة غاية كل عدالة في أي مجتمع إنساني وضمان حقوق الإنسان ضد أي تعسف عند البحث عن الحقيقة لتحقيق العدالة في أي مجتمع إنساني .⁽³⁾ إلا أنه يجب أن ندخل في الحساب الصعوبات في العملية التي يلاقيها التطبيق . ويجب أيضاً أن نضع لكل منها من الضمانات ما يكفل استبعاد كل غلط محتمل من وراء هذا التطبيق . فالإثبات الجنائي لا يستخدم لتقييم مصالح خاصة محدودة بحسب طبيعتها ، وإنما إظهار الحقيقة أكثر لزوماً فيه من أي فرع آخر من فروع القانون.⁽⁴⁾

فما يحدث في الإثبات بصفة عامة يقوم على عملية التدليل على وجود الوقائع التي يجب أن يطبق عليها القانون ، وهذا يتطلب تقديم أدلة من كل الخصوم ، وبعد تجميع هذه الأدلة يجب على القاضي أن يقدرها أيًا كانت طبيعة الواقعة أو القواعد المراد تطبيقها ، ويجب أن يوضح النظام القانوني للإثبات دور كل من

(1) مشار إليه د/ محمد الجازوي ، قانون الإجراءات الجنائية معلقاً عليه بأحكام المحكمة العليا ، الطبعة الأولى منشورات جامعة قارونس ، 1998 ، ص 240.

(2) د/ محمود محمود مصطفى ، الإثبات في المواد الجنائية في القانون المقارن ، مرجع سابق ، ص 60.

(3) د/ عبد الرحيم صدقي ، فلسفة القانون الجنائي ، (دراسة تأصيلية في الفكر الفرنسي) ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1988 ، ص 31.

(4) د/ عبد الله محمد عبد الرحمن ، علم الاجتماع القانوني ، النشأة التطورية والمداخل النظرية الحديثة والدراسات الميدانية ، الطبعة الأولى ، دار المعرفة الجامعية ، مصر ، 1998 ، ص 35.

الطرفين في الدعوى ، ودور القاضي في تطبيق قواعد الإثبات ، وطبيعتها ، وماهية الأدلة التي يستند إليها ، أو يستنبطها ، وقوتها التدليلية ، وكيفية تطبيقها وأعمالها فالذي يحدث في التحول هو أن يتولد من القاعدة الإجرائية الباطلة قاعدة إجرائية أخرى مختزلة تعتبر صحيحة ، فترتب عليها جميع أثارها .

فبهذا التحول ترتبت آثار مباشرة لأنها مستمدة من نفس القاعدة الإجرائية الأولى ، وثنائية لأن القاعدة الإجرائية المتولدة قد لا تحتوي على جميع عناصر القاعدة الإجرائية الأولى ، وإنما على عدد منها يتفاوت في الشأن والعدد .

إلا أن العناصر التي يجب أن توافقها القاعدة الإجرائية الباطلة هي العناصر الأساسية التي يتطلبها النظام القانوني باعتبارها شروط صحة القاعدة الإجرائية الثانية المتولدة عن القاعدة الإجرائية الباطلة أي تطابق عناصرها وتقتضي المطابقة (*) توافر عدة عناصر حيث العنصر الأساسي الذي تنصب عليه المطابقة ويدخل في تكوينها هو العمل الإجرائي الذي تضمنه النموذج القانوني (للفعل) (أو في عبارة أخرى على ضوء الفعل النموذجي) . أما العنصر الآخر من عناصر المطابقة أن يطابق الفعل الأوصاف التي استلزمها النموذج القانوني – الصفة كمقتضى من مقتضيات العمل الإجرائي ، لذا يجب أن يكون القانون قد خوله سلطة القيام بالعمل المعين – أما العنصر الأخير من عناصر المطابقة هو المحل القانوني للعمل الإجرائي (المصلحة) الذي يحميه القانون بجزاء جنائي هذا المحل يجب أن يتوافر في المطابقة ويجب أن يكون هناك توافق بين القاعدتين وبالنسبة لضابط التوافق بين القاعدتين (الباطلة والجديدة) أن تكونا مربوطتين برابطة مشتركة ما وتوصف الرابطة عادة بأنها رابطة الغرض لاستيفاء القاعدة الإجرائية الجديدة ، أي يكون الفیصل هو الغرض الذي رسمه القانون للقاعدة بين مجموعة القواعد الإجرائية المكونة للخصومة .⁽¹⁾

فإذا كان الغرض الإجرائي متوافر ويمكن تحقيقه جاز التحول ، أما إذا كان الغرض غير متوفر فحينئذ يكون التحول ممتنعاً .⁽²⁾ ويسعى المشرع في تحديد غرض العمل الإجرائي لأحداث التوازن بين الحقوق والحريات الفردية ،

(*) إذا قارناً بين المطابقة وبين مبدأ الشرعية تبين لنا أننا تقارن بين المضمون والشكل وتفسير ذلك إن وصف المشرع للجريمة بجميع مقوماتها في النماذج القانونية يبقى (قابلاً) خالياً حتى يصب فيه الفعل الواقعي الذي جاء مطابقاً له ومن هذا تخلص إلى أن المطابقة تقوم بدور (المضمون) بالنسبة لقاعدة الشرعية التي تعتبر من المطابقة بمثابة الشكل . د/ عبد الفتاح مصطفى الصيفي ، المطابقة في مجال التجريم ، (محاولة فقهية لوضع نظرية عامة للمطابقة) ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1991 ، ص 40.

(*) فكرة النموذج ليست من خصائص القاعدة الجنائية وحدها دون غيرها من القواعد القانونية (كما يرى الفقيه رانبييري) ، بل هي من خصائص كافة القواعد القانونية أيأ كانت، والمشرع عندما يحدد السلوك (أو الفعل) بدقة وعناية إنما يستجيب لمبدأ الشرعية حيث لا جريمة بدون نموذج يحدده . د/ عبد الفتاح مصطفى الصيفي ، المطابقة في مجال التجريم ، مرجع سابق ، ص 35.

(1) د/ حلمي بهجة بدوي ، آثار التصرفات الباطلة ، مجلة القانون والاقتصاد ، العدد الثالث ، 1933 ، ص 407.

(2) د/ صاحب عبيد الفتلاوي ، تحول العقد ، مرجع سابق ، ص 133.

وبين مصلحة الدولة في حماية أمنها واقتضاء حقها في العقاب ومن هنا ازدادت أهمية التحول لحل كثير من المشكلات القانونية . خصوصاً أن التكتيك القانوني الذي يعتمد عليه الفقه القانوني قد أثبت فشله في حل كثير من المشكلات ، وذلك أنه لم يستطع أن يجابه الحقائق الاجتماعية المتغيرة والمعقدة.⁽¹⁾

فكما يقول (Jaro) عن القانون الجنائي أنه : " مرآة الحياة الاجتماعية والأفكار ، التي يتأثر بها المجتمع فهو يتطور ويتغير بتأثر ذات الأسباب التي تتطور وتتغير بها الحياة الاجتماعية"⁽²⁾ .

فإن كان التشريع يحتمل التغير من وقت لآخر إلا أن هناك قواعد متفقاً عليها يجب احترامها دائماً مهما اختلف الوقت أو تغيرت الظروف ، وهي تقضي بتجريم الإجراءات التي تتنافى مع الإنسانية والاحترام الواجب للفرد .⁽³⁾ فقانون الإجراءات الجنائية يبين الضمانات وحدودها موازياً بين اعتبارين كليهما جديرين بالاحترام ، حفظ الحريات من ناحية والنظام والأمن في المجتمع من ناحية أخرى.⁽⁴⁾

كما أن وظيفته لا تقف عند حد كفالة الحماية للمصالح الجماعية والفردية بل يجب أن يجاوز الأمر ذلك إلى العمل على تطويرها في نطاق الأهداف المنوطة بها بغية الوصول إلى حماية المصالح الحقيقية لها ، ثم تطوير مفهوم تلك الحماية بما يتناسب وتطور الحياة في المجتمع .⁽⁵⁾

فالقانون يرتبط بالمصلحة الاجتماعية وليس بالمصلحة القانونية ، لذا يعتبر القانون الجنائي من أهم دعائم النظام القانوني ، لأنه يحمي القيم والمصالح الاجتماعية في الدولة من خلال الجزاء الجنائي ذلك لأن القانون ليس إلا وسيلة لتحقيق غاية ، الغاية من القانون المحافظة على المجتمع ، من هنا نرى أن القانون وسيلة لغاية واضحة ومحددة ويُرَاد تحقيقها ، هذه الغاية تتمثل في المحافظة على المجموع . فإذا فرض وكانت هناك قاعدة قانونية لا تحقق الغاية من وجودها وجب أن تتغير.⁽⁶⁾ لذا نرى إعادة صياغة المادة 309 أ . ج ل (أثر البطلان) على

(1) د/ سيد بس ، السياسة الجنائية المعاصرة ، (دراسة تحليلية لنظرية الدفاع الاجتماعي) ، الطبعة الأولى ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1973 ، ص 136.

(2) مشار إليه لدى د/ محمد عبد الشافي إسماعيل ، تطوير القانون الجنائي طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ، الطبعة الأولى ، الناشر دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000 ، ص 30.

(3) د/ حسن صادق المرصفاوي ، المرصفاوي في أصول الإجراءات الجنائية ، الطبعة الأولى ، منشأة المعارف الإسكندرية ، 1996 ، ص 357.

(4) د/ عبد الرحمن أبو توتة ، تقرير ليبيا ، الإجراءات الجنائية في النظم القانونية العربية وحماية حقوق الإنسان إعداد د/ محمود شريف بسيوني، د/ عبد العظيم الوزير ، الطبعة الأولى ، دار العلم للملايين بيروت ، لبنان 1991 ص 311.

(5) د/ حسين إبراهيم صالح عبيد ، فكرة المصلحة في قانون العقوبات ، المجلة الجنائية القومية ، العدد الأول 1978 ص 247.

(6) د/ إبراهيم أو الغار ، دراسات في علم الاجتماع القانوني ، الطبعة الأولى ، دار المعارف ، القاهرة ، 1978 ص 73.

النحو التالي : " إذا تقرر بطلان أي إجراء فإنه يؤدي إلى بطلان الإجراءات اللاحقة والمرتبة عليه . وتلزم إعادته متى أمكن ذلك على ألا يرفض الإجراء لمجرد أنه قد تم الحصول عليه بوسائل غير مشروعة ، متى أطمأنت المحكمة إلى سلامته من الناحية الموضوعية."(*) إلا أن هذا لا يكفي بل إن الشرط الأساسي في جنى الفائدة المرجوة هو حسن أعمال القائمين على تطبيق قواعد الإجراءات الجنائية تحقيقاً للعدالة ووضعها موضع التطبيق بروح مشبعة بالرغبة في الوصول إلى معرفة الحقيقة⁽¹⁾ فقد يؤدي بطلان الدليل المستمد من الوسيلة غير المشروعة إلى عدم توافر الأدلة ضد المتهم . ومن هذا المنطق يجب على مأمور الضبط القضائي الالتزام بمشروعية الدليل ، حتى لا يؤدي إلى بطلان الدليل المستمد من الإجراءات غير المشروعة ، وخاصة إذا كان الدليل الباطل هو الدليل الوحيد لإثبات الواقعة ضد المتهم ، وفي هذه الحالة يحكم ببراءة المتهم لعدم وجود أدلة إثبات إدانته .⁽²⁾ فالعمل الإجرائي يعد جزءاً من الخصومة ، وهذه تتحلل إلى جملة من الإجراءات المتتابعة والمتنوعة التي لا يستقل أي منها عن البقية.⁽³⁾ وتتميز هذه الأعمال المكونة للخصومة بميزتين :

1- وحدة الغاية: فجميع الأعمال القانونية التي تتكون منها الخصومة تنجّه جميعاً إلى غاية نهائية واحدة وهي إظهار الحقيقة بشأن نزاع معين .

2- تسلسل هذه الأعمال وإرتباطها فيما بينها ارتباطاً وثيقاً بحيث تجمعها وحدة زمنية منطقية تجعل كلاً من هذه الأعمال يعدو كنتيجة لسابقه ومقدمة لما يليه ، وهذه الوحدة التي تجمع الأعمال الإجرائية تؤدي إلى أمكان اعتبارها جميعاً عملاً قانونياً .⁽⁴⁾ لذا فأهمية كشف الحقيقة تتضاعف في الخصومة الجنائية بالنظر إلى تعلقها بسلطة العقاب وهو أمر يمس حرية المتهم . ولذا فإن إجراءات الكشف عن الحقيقة لا ينبغي أن تتوخى إثبات الإدانة ، بقدر ما يجب أن تتسم بالموضوعية .⁽⁵⁾

(*) استعنت في إعادة صياغة المادة 309 بالمادة (11) من قانون الإثبات السوداني 1983 ، ويقصد بالموضوعية أن لا يكون الإجراء قد تم عن طريق ارتكاب جريمة أو حيلة أو خداع .

(1) د/ حسن صادق المرصفاوي ، المرصفاوي في أصول الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص 9.

(2) د/ فتوح عبد الله الشاذلي ، الحماية الإجرائية من الغش التجاري في النظام السعودي ، (دراسة مقارنة للجوانب الإجرائية في نظام الغش التجاري)، الإدارة العامة للبحوث ، الرياض ، 1992 ، ص 150 – 151 .

(3) د/ الكوني علي أعبوده ، قانون علم القضاء ، (قانون المرافعات المدنية والتجارية) ، (2) ، النشاط القضائي الخصومة القضائية والعريضة، الطبعة الأولى ، الناشر المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية ، ليبيا ، 1998 ص 135.

(4) د/ فتحي والي ، نظرية البطلان في قانون المرافعات ، مرجع سابق ، ص 54.

(5) د/ أحمد فتحي سرور ، الشرعية والإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص 18 – 19 .

ومع ذلك فإن اتساع وشمول طرق الإثبات الجنائية تتعرض للحريات الأساسية للمتهم وهذه المشكلة خاصة بالقانون الجنائي وحده ولذلك كان من المحتم وضع ضمانات معينة لحماية هذه الحريات والحقوق.⁽¹⁾ لذا سنوضح التحول في ضوء مبدأ تكافؤ الأشكال القانوني في المطلب الثاني .

المطلب الثاني

التحول في ضوء مبدأ تكافؤ الأشكال القانونية

إن دراسة العمل الإجرائي تقابل صعوبات لم يقابلها فقه القانون الموضوعي وترجع هذه الصعوبات إلى أمرين:

أ- **تنوع الأعمال الإجرائية:** فهذه الأعمال أعمال متنوعة يقوم بها أشخاص مختلفون ، وهذا النوع يؤدي إلى صعوبة وضع قواعد عامة تحكمها .

ب- **عدم استقلال العمل الإجرائي:** فالأعمال الإجرائية تكون أجزاء من خصومة واحدة . وهذا ما يؤدي إلى تأثير العمل الإجرائي بالأعمال الأخرى في الخصومة مما يصعب النظر إلى العمل الإجرائي مستقلاً.⁽²⁾

وهذه الروابط والعلاقات تظهر في مجموعة من الإجراءات يقرر لها المشرع عادة شروطاً معينة لكمالها وتماها . فإذا لم تتوافر هذه الشروط فإن المشرع يقرر لها جزء إجرائياً وهذا الجزء ما هو إلا إهدار للأثر القانوني للعمل الذي تم مخالفاً للقاعدة الإجرائية ، ويطلق الفقه الوضعي اصطلاح (البطلان) على إهدار الأثر القانوني للعمل الإجرائي . إلا أنه إذا كان الإجراء باطل ، ومع ذلك توافرت فيه عناصر إجراء آخر صحيح فإنه يعتد به في صورته الصحيحة.⁽³⁾ حيث بطلان الإجراء لا يحول دون إنتاجه لأثر قانوني إذا أمكن تحويله إلى إجراء آخر توافرت عناصره الموضوعية وشروطه الشكلية – فهناك من الإجراءات ما يحتوي على عناصر عدة ، وبالتالي فبطلان مثل هذا الإجراء لا يمنع من الاعتداد

(1) د/ محمد محي الدين عوض ، الإثبات بين الازدواج والوحدة في الجنائي والمدني في السودان ، مرجع سابق ص 120.

(2) د/ فتحي والي ، الوسيط في قانون القضاء المدني ، (قانون المرافعات المدنية والتجارية معدلاً بالقانون 23 لسنة 1992 ، وأهم التشريعات المكمل له) ، الطبعة الأولى ، الناشر دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1995 ، ص 349 – 350 .

(3) د/ فوزية عبد الستار ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، الطبعة الأولى ، الناشر دار النهضة العربية ، القاهرة 1986 ، ص 91.

بما قد تضمنه من عناصر تصلح في ذاتها لأن تكون إجراء آخر له قيمته القانونية.⁽¹⁾

حيث الدليل الباطل يتحول إلى آخر صحيح إذا كان يتضمن عناصر وشروط صحة هذا الدليل الصحيح ، ويرتب آثار هذا الدليل الأخير عليه .⁽²⁾ فإذا توافرت عناصر الدليل الثاني في الدليل الأول الباطل أي انطبقت على الدليل الثاني التي تولدت عنه وقع التحول.⁽³⁾ فالقاضي لا يباشر نشاطه في تطبيق قواعد القانون الموضوعي إلا من خلال قواعد إجرائية تضمن انتظام هذا التطبيق . فالعمل الإجرائي يعد جزءاً من الخصومة ، وهذه تتحلل إلى جملة من الإجراءات المتتابعة والمتنوعة التي لا يستقل أي منها عن البقية ، أي تتضمن إجراءات متعددة يقوم بها أشخاص مختلفون هذه الإجراءات لا تلتقي كل العناصر إذ تختلف في أشخاصها ومحتواها وطبيعتها ولكنها تخضع في مجموعها لشروط صحة واحدة تترتب على مخالفتها جزاءات معينة .⁽⁴⁾

وستناول شروط التحول في ضوء مبدأ تكافؤ الأشكال القانونية الذي يسميه الفقه والقضاء الفرنسيان Principedesequivalents or principe des équipollents ذلك لأن هذا المبدأ ينطبق على الشكل في كل الأعمال الإجرائية . بل إنه مبدأ عام يسري على الشكل في القانون الحديث في سائر فروع القانون . فطبقاً لهذا المبدأ أنه إذا نقص بيان في ورقة من أوراق المرافعات ، فإنه يمكن تكملة النقص ليس فقط من بيان مماثل للبيان الناقص وإنما أيضاً من أي بيان آخر ولو لم يكن مماثلاً للبيان الناقص ما دام يؤدي الغاية التي أرادها المشرع من البيان الناقص ، ويشترط لإعمال هذا المبدأ شرطان:

1- أن يوجد مرادف للبيان الناقص (الدليل الباطل) : ولا يشترط أن يكون هذا المرادف مماثلاً للبيان الناقص وإنما يكفي أن يكون متكافئاً معه في تحقيق الغاية التي يريدها المشرع منه – أي الوظيفة الإجرائية التي رسمها القانون.⁽⁵⁾ حيث لا مكان للتحول إذا كان يشكّلان وحدة واحدة أو كانت عناصرهما تغطي بعضها البعض إلى حد أن يكون من الممكن أن تتقرر صحة الدليل الآخر عن طريق تفسير الدليل الأول فالدليل الباطل لا يمكن أن يتضمن في ذاته شيئاً صحيحاً . إلا أن الإشكالية تدور حول الطبيعة القانونية التي يتصف بها الدليل

(1) د/ سليمان عبد المنعم ، بطلان الإجراءات الجنائية ، (محاولة تأصيل أسباب البطلان في ظل قضاء النقض في مصر ولبنان وفرنسا) ، الطبعة الأولى ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، 2002 ، ص 1031.

(2) د/ مدحت محمد الحسني ، البطلان في المواد الجنائية ، الطبعة الأولى ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية 1993 ، ص 55.

(3) د/ حلمي بهجت بدوي ، آثار التصرفات الباطلة ، مجلة القانون والاقتصاد ، مرجع سابق ، ص 419 – 420 .

(4) د/ الكوني علي اعيوده ، قانون علم القضاء ، مرجع سابق ، ص 130.

(5) د/ فتحي والي ، نظرية البطلان في قانون المرافعات ، مرجع سابق ، ص 190.

الجديد وهل يقتضي أن يكون من نوع (Type) آخر يختلف عن النوع الأول؟ أم أن اختلاف المضمون يكفي في هذه الحالة لإعمال التحول سيما وأن كلاهما لا يجوز أن يقفا في مجالين مختلفين تماماً من مجالات الحياة ، وإن الاختلاف القانوني لن يكون عقبة عن طريق إجراء عملية التحول في حالة توافر شروطه؟

اتجه الفقه في ذلك اتجاهين:

الاتجاه الأول: الدليل الآخر يختلف من حيث النوع عن الدليل الباطل :

يذهب جانب من الفقه إلى أن الدليل الثاني المتولد من الدليل الباطل يجب أن يكون مختلف في طبيعته كشرط لابد منه ، أي ويقع في نطاق قانوني يختلف عن الدليل الأول طالما أن الدليل الثاني يوافق في عناصره عناصر الدليل الأول.

الاتجاه الثاني: الدليل الآخر يختلف من حيث المضمون عن الدليل الباطل:

يرى هذا الاتجاه أنه لا مانع من أن يتحول الدليل الباطل إلى دليل آخر من شاكلته ، حيث يمكن أن يختلف الدليل الجديد عن الدليل الباطل من حيث مضمونه فقط . بحيث العناصر التي يجب أن يوافقها الدليل الباطل تكون هي العناصر الأساسية التي يتطلبها النظام القانوني باعتبارها شروط صحة الدليل الثاني ، حيث أن القضاء لم يتطلب وجوب أن تكون هذه العناصر قد أغفلت في الدليل الباطل – أما بالنسبة لضابط التوافق هذا فإن الدليلين (الباطل والجديد) يجب أن يكونا مربوطين برابطة مشتركة ما وتوصف الرابطة عادة بأنها رابطة الغرض المقصود أصلاً ، ففيما يتعلق باستيفاء الدليل المقبول (الجديد) يكون الفصيل هو الغرض الذي رسمه القانون للدليل .

وأرجح الاتجاه الذي يذهب إلى أن توافر شروط الدليل الآخر ، لا يعني بأي حال احتوائها في الدليل الباطل ، لأن اعتماد هذا الرأي سيؤدي إلى زيادة حالات التحول ، وعكس ذلك فإن مدلول (الاحتواء) سيؤدي إلى تقييد عملية التحول وعدم الاستفادة منه إلا في نطاق ضيق .⁽¹⁾

2- يجب أن يكون البيان المرادف (الدليل الصحيح) تتوافر فيه الشروط

الشكلية والموضوعية التي يتطلبها القانون لإحداث أثر معين يختص به دليل آخر .⁽²⁾ ويعلل الفقهاء هذا الشرط بأنه إذ سمح بالتحول بدون شروط لأدى هذا إلى ضياع الضمانات .

(1) د/ صاحب عبيد الفتاوي ، تحول العقد ، مرجع سابق ، ص 78.

(2) د/ حاتم حسن بكار ، أصول الإجراءات الجنائية وفق أحدث التعديلات التشريعية والاجتهادات الفقهية والقضائية مع إطلالة على الفكر الاستدلالي إزاء أهم المسائل الإجرائية ، الطبعة الأولى ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، 2007 ، ص 1011.

فتحول الدليل الباطل إلى دليل صحيح هذا الحالة التي يدخل الدليل في إطارها في نوع من الإسهام الوظيفي المتبادل مع كل الأدلة الأخرى التي ضمنها النظام.

فما يحدث في التحول أن يتولد من الدليل الباطل دليل آخر مختزل يعتبر صحيح ويترتب عليه جميع آثاره. أي أن نجرى التحول بين الدليلين ، فيتحول الدليل إلى دليل آخر ما دام يؤدي الغاية الإجرائية بحيث يُفسر في ضوء الغرض منه ، باعتبار أن النص القانوني ليس له قيمة في حد ذاته ، بل إنه مجرد إشارة إلى حكم معين ومرتبطة بمصلحة معينة (العلة) ، فإذا انتقلت المصلحة أي (العلة) أصبح النص عديم القيمة.⁽¹⁾

ولكن هل بالإمكان أن نشق من الدليل الباطل عكوساً له ونستفيد منها بدليل صحيح جديد لزيادة حالات التحول؟

بحيث نجرى التحول بين الدليلين فيتحول دليل إلى دليل آخر ما دام يؤدي الغاية الإجرائية باستخدام فكرة العكس المستوى^(*) ففي عمليات العكس تستفيد منها حيث تكون الأدلة الصحيحة مجموعة من العكوس تبقى فيها غاية الدليل في العكس كالغاية في الأصل دون تغيير لذا لضابط العكس شرطان:

1- اتحاد الغاية في الدليلين الأصل وعكسها.

2- مطابقة النموذج القانوني في العكس للنموذج القانوني في الأصل.⁽²⁾

وبتطبيق ذلك مثلاً على الاعتراف كدليل هل يمكن أن نشق أنواع من الاعترافات والأخذ بها كأدلة مثل الاعتراف الناجم عن استعراق الكلب البوليسي هل بالإمكان تحوله إلى اعتراف والأخذ به كدليل؟

وللإجابة على ذلك نجد أن الشرط الأول متوافر حيث الغاية واحدة لأن الهدف بقصد إظهار الحقيقة والشرط الثاني مطابقة النموذج القانوني في العكس للنموذج القانوني في الأصل متوفر حيث تحصر الشروط ذات الطبيعة العامة في شرطين أساسيين يتعين ضرورة توافرها ابتداءً في كل دليل جنائي ، وهما شرط المشروعية والإرادية ، بحيث يمكن القول بأن أي عيب قد يلحق بالدليل في أية مرحلة من مراحل المختلفة يمكن إرجاعه بالتأكيد لإخلال جوهرى بأحدهما أو بكليهما معاً . وهذا ما أخذت به محكمة النقض المصرية حيث قضت بصدد

(1) د/ فوزي محمد عبد القادر ، العلة ركن من أركان القياس ، مجلة القانون والاقتصاد ، العدد الأول ، 1986 ص 186.

(*) من أقسام الاستدلال المباشر العكس في القضايا والعكس عملية اشتقاق عقلي بمعنى أن يشتق من القضايا الحاضرة في ذهن عكوساً لها ، ويستفيد منها أحكاماً جديدة وعملية في ذلك عملية عقلية عكسية بحتة ، وذلك بأن يجري التبدل بين حدى القضية فيصيح المحمول بدل الموضوع ، والموضوع بدل المحمول في القضايا الحملية ويضع التالي بدل المقدم ، والمقدم بدل التالي في القضايا الشرطية . د/ عبد الرحمن حسن حنيكة الميداني ضوابط المعرفة ، الطبعة الثانية ، دار العلم بيروت ، 1981 ، ص 179 .

(2) د/ عبد الرحمن حسن حنيكة الميداني ، ضوابط المعرفة ، مرجع سابق ، ص 181.

الاعتراف الصادر من المتهم عند استعراق الكلب البوليسي عليه بأن : "... قول الضابط بأن المتهم اعترفت بارتكاب الجريمة إثر استدعائها بعرضها على الكلب الشرطي ، لا يحمل معنى التهديد أو الإرهاب ما دام هذا الإجراء قد تم بأمر المحقق وبقصد إظهار الحقيقة".⁽¹⁾

⁽¹⁾ نقض 1955/4/26 ، مجموعة القواعد القانونية ، الجزء الأول ، رقم 48 ، ص 500.

الخاتمة

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

أولاً / النتائج : من خلال البحث خلصت إلى عدد من النتائج أهمها ما يلي :

- إن تطبيق قاعدة الدليل الباطل وأنه لا يترتب أي أثر قانوني على إطلاقها يضر بالعدالة الجنائية حيث يؤدي إلى اختلال التوازن بين مصلحة المجتمع ومصلحة المتهم وتقديراً لذلك ظهرت فكرة التحول للتقليل من حالات البطلان.
- أخذ قانون الإجراءات الجنائية بفكرة تحول الإجراء الباطل لأن لها سنداً من المنطق القانوني حيث يعتد بالقيمة القانونية للعناصر التي تتواجد في الإجراء الباطل والتي تصلح في تكوين إجراء صحيح آخر فجوهر هذا التحول هو بقاء العمل الباطل في حالة البطلان مع تحوله إلى عمل آخر صحيح يقر للنظام القانوني وجوده وترتيب آثار قانونية عليه وإن كان هذا العمل الجديد مختلفاً ، ومغايراً للأصلي ، ومرتباً آثار تختلف عن الآثار الأولى .
- الإثبات الجنائي هو استقرار الاقتناع القضائي بحدوث واقعة معينة او تقي حدوثها بناء على ظهور الأدلة شريطة أن تكون مستمدة من وسيلة مشروعة معترف بها طبقاً لأصول القواعد الإجرائية المعمول بها إلا أن المحكمة العليا قضت بعدم تطبيق قاعدة المشروعية كشرط واجب في دليل البراءة وقصرها على دليل الإدانة استناداً إلى أن كل متهم يتمتع بقرينة البراءة إلى أن يحكم بإدانته بحكم نهائي . إلا أن الأخذ بحكم المحكمة العليا على إطلاقه يضر بمصلحة المجتمع خصوصاً مع تزايد عملية التعدي على القانون بصورة مضطردة ، وهذا يتطلب عدم إضاعة حقوق المجتمع والدفاع عنه بالصورة القانونية الرادعة حتى يمكن تحقيق الاستقرار .
- إن التحول له دور هام في الإثبات الجنائي ، حيث تتم معالجة القصور في عملية كشف الجريمة ومن ثم إثباتها من خلال الاهتمام بإمكانية تحول القواعد الإجرائية ومحاولة إيجاد توازن بين مصلحة المجتمع ومصلحة الفرد مع اشتراط مشروعية الوسيلة المستخدمة ، بحيث يتم الحديث عن توازن المصالح في إطار مشروعية الوسيلة فما يحدث

في التحول هو أن يتولد من الدليل الباطل دليل آخر مختزل يعتبر صحيح ويترتب عليه جميع آثاره فهذا التحول ترتبت آثار مباشرة لأنها مستمدة من الدليل الأول ، وثانوية لان الدليل المتولد قد لا يحتوي على جميع العناصر وإنما على عدد منها يتفاوت في الشأن والعدد إلا أن العناصر التي يجب أن يوافقها الدليل الباطل هي العناصر الأساسية التي يتطلبها النظام القانوني باعتبارها شروط صحة الدليل الثاني وبالنسبة لضابط التوافق بين الدليلين (الباطل والجديد) يجب أن يكونا مربوطين برابطة مشتركة ما وتوصف الرابطة عادة بأنها رابطة الغرض لاستيفاء الدليل الجديد بحيث أن يكون الفيصل هو الغرض الذي رسمه القانون للقاعدة بين مجموعة القواعد الإجرائية المكونة للخصومة . فإذا كان الغرض الإجرائي متوافر ويمكن تحقيقه جاز التحول ، أما إذا كان الغرض غير متوفر فحينئذ يكون التحول ممتنعاً . فالقاعدة القانونية ليس لها قيمة في حد ذاتها ، بل إنها مجرد إشارة إلى حكم معين ومرتبطة بمصلحة معينة فإذا انتقلت المصلحة أصبحت القاعدة الإجرائية عديمة القيمة.

ثانياً / التوصيات: وفي ختام هذا البحث نوصي بالآتي :

1- تعديل نص المادة (309) من قانون الإجراءات الجنائية الليبي ليصبح كالآتي:

" إذا تقرر بطلان أي إجراء فإنه يؤدي إلى بطلان الإجراءات اللاحقة والمرتبة عليه وتلزم إعادته متى أمكن ذلك على ألا يرفض الإجراء لمجرد أنه قد تم الحصول عليه بوسائل غير مشروعة متى اطمأنت المحكمة إلى سلامته من الناحية الموضوعية".

2- تأهيل مأموري الضبط القضائي تأهيلاً عالياً ، وتوفير الإمكانيات اللازمة لأداء أعمالهم وفق أحدث التقنيات.

المراجع

أولاً / المراجع باللغة العربية:

الكتب :

- 1- إبراهيم أبو الغار :دراسات في علم الاجتماع القانوني ، الطبعة الأولى دار المعارف، القاهرة، 1978 .
- 2- د/ احمد إبراهيم حسن : غاية القانون ، (دراسة في فلسفة القانون) الطبعة الأولى ، الناشر المطبوعات، الجامعية الإسكندرية ، 2000.
- 3- د/ أحمد أبو القاسم احمد : الدليل المادي ودوره في الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة 2005.
- 4- د/ أحمد علي المجدوب : موقف القضاء من استخدام الوسائل النفسية في الكشف عن الجريمة في البلاد العربية ، (د.ط) ، دار النشر بالمركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب بالرياض ، 1988.
- 5- د/ أحمد عوض بلال: الإجراءات الجنائية المقارنة والنظام الإجرائي في المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة 1992.
- 6- _____ : قاعدة استبعاد الأدلة المتحصلة بطريقة غير مشروعة في الإجراءات الجنائية المقارنة ، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1994.
- 7- د/ أحمد فتحي سرور : أصول السياسة الجنائية ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1972.
- 8- _____ : الشرعية والإجراءات الجنائية ، الطبعة الأولى دار النهضة العربية، القاهرة، 1977.
- 9- _____ : الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية ، الجزء الأول ، المبادئ الأساسية للإجراءات الجنائية ، (د.ط) ، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي ، القاهرة ، 1979.
- 10- د/ إدوار غالي الدهبي: الإجراءات الجنائية في التشريع المصري ، الطبعة الثانية ، الناشر مكتبة غريب مصر ، 1990.
- 11- د/ الكوني علي اعبوده :قانون علم القضاء ، (قانون المرافعات المدنية والتجارية) ، (2)، النشاط القضائي، الخصومة القضائية والعريضة، الطبعة الأولى، الناشر المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية ليبييا ، 1998.

- 12- د/ برهامي أبو بكر عزمي: الشرعية الإجرائية للأدلة العلمية ، (دراسة تحليلية لأعمال الخبرة)، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
- 13- د/ حاتم حسن بكار: أصول الإجراءات الجنائية وفق أحدث التعديلات التشريعية والاجتهادات الفقهية والقضائية مع اطلالة على الفكرة الإسلامية إزاء أهم المسائل الإجرائية ، الطبعة الأولى ، منشأة المعارف بالإسكندرية 2007.
- 14- د/ حسن صادق المرصفاوي :المرصفاوي في المحقق الجنائي ، الطبعة الثانية ، الناشر منشأة المعارف الإسكندرية ، 1990.
- 15- د/ حسن صادق المرصفاوي :المرصفاوي في أصول الإجراءات الجنائية الطبعة الأولى ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1996.
- 16- د/ حسن محمود إبراهيم: الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي الطبعة الثانية ، الناشر دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1981.
- 17- د/ رمسيس بهنام: المحاكمة والظعن في الأحكام ، الطبعة الأولى ، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1993.
- 18- د/ سليمان عبد المنعم: بطلان الإجراءات الجنائية ، (محاولة تأصيل أسباب البطلان في ظل قضاء النقض في مصر ولبنان وفرنسا) ، الطبعة الأولى ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، 2002.
- 19- د/ سيد يس: السياسة الجنائية المعاصرة (دراسة تحليلية لنظرية الدفاع الاجتماعي) ، الطبعة الأولى ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1973 .
- 20- د/ صاحب عبيد الفتلاوي: تحول العقد، (دراسة مقارنة) ، الطبعة الأولى مكتبة دار الثقافة والتوزيع ، الأردن ، 1997.
- 21- د/ عبد الرازق احمد السمنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني (نظرية الالتزام بوجه عام)، مصادر الالتزام، المجلد الأول ، الطبعة الأولى الناشر دار النهضة العربية ، القاهرة، (د.س.ن).
- 22- د/ عبد الرحمن حسن حنكة الميداني: ضوابط المعرفة ، الطبعة الثانية ، دار العلم بيروت، 1981.
- 23- د/ عبد الرحيم صدقي: فلسفة القانون الجنائي ، (دراسة تأصيلية في الفكر الفرنسي) ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1988.
- 24- د/ عبد الفتاح مصطفى الصيفي : المطابقة في مجال التجريم (محاولة فقهية لوضع نظرية عامة للمطابقة) ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية القاهرة ، 1991.

- 25- د/ عبد الرءوف مهدي : شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1997 .
- 26- د/ عبد الله محمد عبد الرحمن : علم الاجتماع القانوني ، النشأة التطورية والمداخل النظرية الحديثة والدراسات الميدانية ، الطبعة الأولى ، دار المعرفة الجامعية ، مصر ، 1998 .
- 27- عمر الفاروق الحسيني : تعذيب المتهم لحملة على الاعتراف ، دراسة تحليلية على ضوء أحكام القانونين المصري والفرنسي وآراء الفقه وأحكام القضاء، (د.ب.) ، المطبعة العربية الحديثة ، القاهرة ، 1986.
- 28- د/ علي فضل أبو عينين : ضمانات المتهم في مرحلة المحاكمة ، الطبعة الأولى ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2000.
- 29- د/ فاروق الكيلاني : شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، 2001.
- 30- د/ فايز محمد حسين : فلسفة القانون بين العلمانية والشككية والغائية الطبعة الأولى ، الناشر دار النهضة العربية ، مصر ، 1997 .
- 31- د/ فتحي والي : الوسيط في قانون القضاء المدني ، (قانون المرافعات المدنية والتجارية معدلاً بالقانون 23 لسنة 1992 ، وأهم التشريعات المكمل له) ، الطبعة الأولى ، الناشر دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1995 .
- 32- _____ : نظرية البطالان في قانون المرافعات ، الطبعة الثانية دار الطباعة الحديثة ، مصر ، 1997 .
- 33- د/ فتوح عبد الله الشاذلي : الحماية الإجرائية من الغش التجاري في النظام السعودي ، (دراسة مقارنة للجوانب الإجرائية في نظام الغش التجاري) الطبعة الأولى ، الإدارة العامة للبحوث ، الرياض ، 1992.
- 34- د/ فوزية عبد الستار : شرح قانون الإجراءات الجنائية ، الطبعة الأولى الناشر دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1986 .
- 35- د/ كمال عبد الواحد الجوهري : القصور التشريعي وسلطة القاضي الجنائي (دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة) ، الكتاب الأول ، الطبعة الأولى ، دار محمود للنشر والتوزيع مصر، 1994.
- 36- _____ : تأسيس الاقتناع القضائي والمحاكمة الجنائية العادلة (د.ب.) ، دار محمود للنشر والتوزيع ، مصر ، 1999 .
- 37- مالك بن نبي : مشكلة الثقافة ، ترجمة عبد الصبور شاهين ، الطبعة الأولى ، دار الفكر ، سوريا ، 1959.

- 38- د/ مدحت محمد الحسني: البطلان في المواد الجنائية ، الطبعة الأولى دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 1993.
- 39- د/ محمد احمد عابدين: الأدلة الفنية للبراءة والإدانة في المواد الجنائية الطبعة الأولى ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، 1994.
- 40- د/ محمد الجازوي: قانون الإجراءات الجنائية معلقاً عليه بأحكام المحكمة العليا، الطبعة الأولى ، منشورات جامعة قاريونس، 1998 .
- 41- د/ محمد زكي أبو عامر: الإثبات في المواد الجنائية ، الطبعة الأولى الفنية للطباعة والنشر ، الإسكندرية ، 1981 .
- 42- د/ محمود صالح العادلي: استجواب الشهود في المسائل الجنائية ، دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقه الإسلامي ، الطبعة الثانية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2004.
- 43- د/ محمد عبد الشافي إسماعيل: تطوير القانون الجنائي طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ، الطبعة الأولى ، الناشر دار النهضة العربية ، القاهرة 2000.
- 44- د/ محمد علي الكيك: تحول الإجراءات الجنائية ، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، 2007 .
- 45- د/ محمد محي الدين عوض: الإثبات بين الازدواج والوحدة في الجنائي والمدني في السودان ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، دار الاتحاد العربي للطباعة ، مصر ، 1974.
- 46- د/ موسى مسعود رحومة عبد الله: حرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان ، ليبيا ، 1988.
- 47- د/ محمود محمود مصطفى: الإثبات في المواد الجنائية في القانون المقارن ، الطبعة الأولى ، مطبعة جامعة القاهرة ، مصر ، 1977.
- 48- د/ محمود نجيب حسني: شرح قانون الإجراءات الجنائية ، الطبعة الثانية دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1988.
- 49- د/ منصور عمر المعاينة: الأدلة الجنائية والتحقيق الجنائي لرجال القضاء ، الطبعة الأولى ، المركز الوطني للطب الشرعي ، الأردن 2004.
- الرسائل العلمية :
- 1- آدم محمد أحمد عبد الحميد: مشروعية الدليل في الإثبات الجنائي "دراسة مقارنة في ضوء الوسائل العلمية الحديثة" ، رسالة ماجستير ، كلية القانون جامعة قاريونس، 1994.

- 2- اشرف إبراهيم جمال إبراهيم قنديل : حرية القاضي الجنائي في تكوين اقتناعه ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، 2009.
- 3- عبد الله سعيد بن عمير : استخدام الشرطة للوسائل العلمية الحديثة في التحقيق ، رسالة دكتوراه ، كلية الدراسات العليا بأكاديمية الشرطة ، مصر 2005.

البحوث والمقالات :

- 1- د/ أحمد الجهاني : تقرير ليبيا ، الإجراءات الجنائية في النظم القانونية العربية وحماية حقوق الإنسان د/ محمود شريف بسيوني ، عبد العظيم وزير ، الطبعة الأولى ، دار العلم للملايين ، بيروت ، 1991.
- 2- د/ حسين إبراهيم صالح عبيد : فكرة المصلحة في قانون العقوبات المجلة الجنائية القومية ، العدد الأول ، 1978 .
- 3- د/ حلمي بهجت بدوي : آثار التصرفات الباطلة ، مجلة القانون والاقتصاد العدد الثالث ، 1933.
- 4- د/ عادل عازر : مفهوم المصلحة القانونية ، المجلة الجنائية القومية العدد الثالث ، المجلد 15، 1972.
- 5- د/ عبد الرحمن أبو توتة : تقرير ليبيا ، الإجراءات الجنائية في النظم القانونية العربية وحماية حقوق الإنسان اعداد د/ محمود شريف بسيوني د/ عبد العظيم وزير ، الطبعة الأولى ، دار العلم للملايين بيروت ، لبنان 1991.
- 6- د/ فوزي محمد عبد القادر : العلة ركن من اركان القياس ، مجلة القانون والاقتصاد ، العدد الأول ، 1986.
- 7- د/ محمد عبد الله أبو علي : نظرية المصالح الاجتماعية عند روسكوباوند المجلة الجنائية القومية، المجلد 17 ، العدد الأول ، 1974.

أحكام المحاكم :

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

المعاجم :

- 1- د/ أحمد زكي بدوي :معجم المصطلحات القانونية ، فرنسي – انجليزي – عربي ، الطبعة الأولى ، الناشر دار الكتاب المصري القاهرة ، دار الكتاب اللبناني ، 1989.
 - 2- د/ خليفة محمد التليسي :قاموس إيطالي عربي ، الطبعة الأولى ، الدار العربية للكتاب ، 1984.
- ثانياً / المراجع باللغة الفرنسية :

-G.D. Marino : les nullités de l'instruction préparatoire, thèse , Aix – Marseille, 1977.

-H. Bekaert : La manifestation de la vérité dans le procès pénal, Bruxelles, Etablissement Emile Bruylant, 1972.

-J. Patarin: le particularisme de la théorie des preuves en droit pénal, in :Quelques aspects de l'autonomie de droit criminel, sous la direction de G.stefani, Paris , Sirey , 1956 .

-J. Prodel : Procédure pénale , cujas , paris , 1976 , P.347.

-Karel vasak : la convention Europe'enne des droits de l'homme, paris , 1964.

-Lzerges (C): le principe de légalité de délits et des peines, délits et libiesfondament aux, 1966.

-Moswans – Marshgt : commission international de jurists, le principe de la légalité dans une société libre, rapport – us, les travaux de congrès de jurists tenn , New Delhi, Jan 1959.

-p. Bouzat: la loyauté dans la recherche des preuves in problèmes contemporains de procédure pénale, Mélanges Hugueney , Paris , Sirey , 1964.

ثالثاً / المراجع باللغة الإنجليزية :

-D. A. Harris : The constitution and truth Seeking , A new Theory on expert services for indigent Defenadnats, Journal of criminal law and criminology , 1992 .

الملخص

إن تطبيق قاعدة الدليل الباطل، وأنه لا يترتب عليه أي أثر قانوني على إطلاقها يضر بالعدالة الجنائية حيث يؤدي إلى اختلال التوازن بين مصلحة المجتمع ومصلحة المتهم وتفادياً لذلك ظهرت فكرة التحول للتقليل من حالات البطلان . لذا فكرة التحول التي أُسْتُتِدِّ عليها في قانون الإجراءات الجنائية أساسها أن الدليل الباطل لا يعني أنه قد انتهى أثره القانون وخلافاً لمنطق البطلان فإن ما يترتب من أثر إنما يترتب على الدليل الجديد أثره القانوني وخلافاً لمنطق البطلان فإن ما يترتب من أثر إنما يترتب على الدليل الجديد الذي وجدت أركانه مجتمعة في الدليل الباطل.

حيث الدليل الجنائي يكون قابل للتحويل إذا كان الدليلين القديم والجديد مربوطين برابطة مشتركة ما وتوصف الرابطة عادة بأنها رابطة الغرض وهي الغرض الذي رسمه القانون للوصول إلى الحقيقة . إلا أن عدم تطبيق قاعدة المشروعية كشرط واجب في دليل البراءة وقصرها على دليل الإدانة استناداً إلى كل متهم يتمتع بقرينه البراءة إلى أن يحكم بإدانته بحكم النهائي والأخذ بها على إطلاقها يضر بمصلحة المجتمع خصوصاً مع تزايد عملية التعدي على القانون بصورة مضطردة.

ومن هنا كانت أهمية فكرة التحول في الإثبات الجنائي ، حيث تتم معالجة القصور في عملية كشف الجريمة ومن ثم إثباتها من خلال الاهتمام بإمكانية تحول القواعد الإجرائية، ومحاولة إيجاد توازن بين مصلحة المجتمع ومصلحة الفرد مع اشتراط مشروعية الوسيلة المستخدمة .

فما يحدث في التحول هو أن يتولد من الدليل الباطل دليل آخر مختزل يعتبر صحيح ، ويترتب عليه جميع آثاره وإن كان لا يحتوي على جميع العناصر إلا أن العناصر التي يجب أن يوافقها الدليل الباطل هي العناصر الأساسية التي يتطلبها النظام القانوني باعتبارها شروط صحة الدليل الثاني .

Summary

The application of the rule of false evidence, to apply the false evidence role which it does not have any legal effect on the launch to harm the criminal justice, where it leads to imbalance between the interest of society and the interest of the criminal and to avoid the idea of conversion to reduce the cases of invalidity.

Therefore, the idea of conversion, which was based on the rule of Criminal Procedure, is based on the fact that the false evidence does not mean that the law has ended, and contrary to the logic of nullity, the effect of the new evidence has a legal effect and contrary to the logic of invalidity, His pillars were found in the false evidence.

The forensic evidence is reversible if the old and new evidence are linked to a common association and the Association is usually described as the purpose association which is the purpose established by law to reach at the truth. However, the failure to apply the rule of legality as a condition of duty in the evidence of innocence and restrict it to evidence of conviction on the basis of each defendant who enjoys his innocence until he is convicted by the final verdict and take it to launch harms the interest of society, especially with the increasing process of lawlessness in a steady manner.

Hence, the importance of the idea of a shift in criminal proof is that the shortcomings in the process of detecting the crime are dealt with, and then proved through attention to the possibility of turning procedural rules and trying to strike a balance between the interests of society and the interest of the individual.

What happens in the transformation is that the false evidence is generated from another false evidence that is considered correct, and that all its effects result from it, although it does not contain all the elements, but the elements that must be approved by the false evidence are the basic elements required by the legal system as the conditions of validity of the second guide.

وقف تنفيذ القرار الإداري

إعداد

أ.الراقي عبد الشفيق رشيد

أ. رافع يحيى فضيل

أعضاء هيئة تدريس بكلية القانون جامعة عمر المختار

ملخص البحث

يرتبط وقف تنفيذ القرار الإداري بدعوى الإلغاء، ارتباطاً وثيقاً لدرجة أن المشرع قد اشترط لقبوله أن يتضمن طلب الوقف بصحيفة دعوى الإلغاء ذاتها، وليس في صحيفة مستقلة، كما اشترط المشرع أيضاً توافر حالة الاستعجال لقبول الطلب والمتمثلة في أن نتائج تنفيذ القرار الإداري قد يتعذر تداركها لاحقاً، ثم جاء القضاء الإداري ليفرض شرطاً آخر، لم ينص عليه المشرع وهو شرط الجدية والذي يعني أن الأسباب التي يستند عليها طلب الوقف يجب أن تكون أسباب قوية بحيث يرجح معها إلغاء القرار، كما أن للحكم الصادر بوقف التنفيذ طبيعة خاصة تتمثل في كونه حكماً وقتياً، فهو لا يفيد الدائرة التي أصدرته عند الحكم في الدعوى الأصلية (دعوى الإلغاء)، فهو حكم معلق على نتيجة الفصل في الموضوع، والذي في حال صدوره يزول كل أثر للحكم بوقف التنفيذ ويصبح غير ذي جدوى.

وبالرغم من ذلك فهو حكم قطعي له كافة مقومات الأحكام وخصائصها، ويطعن فيه استقلالاً بنفس الأحوال التي يطعن فيها بدعوى الإلغاء، كما أنه له حجة على الكافة، إذ من غير المعقول أن يكون القرار موقفاً لدى البعض وناظراً لدى البعض الآخر.

مقدمة

يتسم قانون المرافعات المدنية والتجارية بنظام القضاء المستعجل، وهو قضاء وقتي لا يمس بالموضوع ولا يؤثر على أصل الحق، إلا إذا اكتفي به الخصوم ويؤخذ به في الموضوعات المستعجلة التي يؤدي فوات الوقت فيها إلى إضرار تلحق بالمدعي لا يمكن معالجة آثارها، وكذلك بالمسائل ذات الصلة بتنفيذ الأحكام والسندات التنفيذية. ولما كان القضاء الإداري لا يعرف القضاء المستعجل، كما هو الحال بقضاء المنازعات المدنية والتجارية، فقد تم الأخذ بنظام وقف تنفيذ القرارات الإدارية، متى ما توافرت الشروط التي حددها القانون رقم (88) لسنة 1971م بشأن دوائر القضاء الإداري.

■ أهمية البحث :-

إذا كان الأصل هو نفاذ القرارات الإدارية، كونها من أهم مظاهر وامتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها الجهات الإدارية، ومن خلالها تعبر عن سلطتها وصلاحياتها وصولاً إلى الصالح العام، فالقرارات الإدارية تتمتع بقرينة المشروعية، بمعنى أن صحتها وسلامتها مفترضة وعلى من يدعي خلاف ذلك أن يثبت العكس، ويكون للجهات الإدارية الحق في تحريك القوة المادية لإجبار الأفراد على تنفيذ قراراتها، وأن مجرد رفع دعوى قضائية أمام دوائر القضاء الإداري للمطالبة بإلغاء القرار الإداري فإن ذلك لا يؤثر في نفاذها وآثارها، طالما أنه لم يصدر حكماً بإلغائها .

غير أنه في الوقت ذاته قد تشكل القرارات الإدارية خطر على الأفراد، إذا ما تعسفت الإدارة في استعمالها، لذا كان لزاماً على المشرع وضع ضوابط يكفل به ضمان حقوق الأفراد في حال تعسف الإدارة وإساءة استعمال السلطات الممنوحة لها، لذلك جعل من حقهم اللجوء إلى القضاء الإداري لرفع دعاوى للمطالبة بإلغاء القرارات الإدارية، ليس هذا فحسب وإنما منحهم المشرع الحق في المطالبة بوقف تنفيذها، مما يعد خروجاً على الأصل العام ذلك أن القرار الإداري هو قرار واجب التنفيذ متى استكمل شرائط نفاذه من الناحية القانونية، وما دام لم يسحب من قبل الإدارة، أو لم يقض بإلغائه بواسطة القضاء الإداري.

لذا فإن وقف تنفيذ القرارات الإدارية يعد استثناءً على قاعدة نفاذ القرارات الإدارية، إذا ما توافرت شروط شكلية وموضوعية نص عليها المشرع بالمادة السابعة من القانون رقم (88) لسنة 1971م بشأن القضاء الإداري، وبالرغم من أن الحكم الصادر بوقف التنفيذ حكم مؤقت، بمعنى أنه لا يقيد الدائرة التي أصدرته عند نظرها لموضوع دعوى الإلغاء، فهي تملك سلطة إلغاء القرار من عدمه إلا أن له حجية الأحكام القضائية ومقوماتها.

■ إشكالية البحث :-

يثير البحث العديد من الإشكاليات من أهمها :-

- هل يمكن طلب وقف تنفيذ القرار الإداري بعد رفع دعوى الإلغاء؟
- وبمعنى آخر هل يتعين أن يتم طلب الإلغاء وطلب وقف التنفيذ في وقت واحد، وفي صحيفة واحدة؟
- وهل يشترط حدوث ضرر لطلب وقف التنفيذ، أما يكفي احتمالية حدوثه فقط، ومن يختص بتقدير ذلك؟
- وما هي الحكمة من وراء إقرار القضاء الإداري لشرط الجدية، بالرغم من عدم النص عليه قانوناً؟
- إذا قضت الدائرة الإدارية بوقف التنفيذ، فهل تكون ملزمة بإلغاء القرار المطعون فيه؟
- وهل يجوز الطعن فيه بشكل مستقل بكافة طرق الطعن المقررة ضد الحكم الذي يصدر في موضوع دعوى الإلغاء؟
- وإلى أي مدى تكون حجية الحكم بشأنه؟

■ سبب اختيار الموضوع

يرجع سبب اختيارنا لهذا الموضوع، لأنه يعد ضماناً حقيقية للأفراد، في حال ما تعسفت الإدارة في استعمال سلطتها، تأسيساً على قرينة المشروعية التي تتمتع بها القرارات الإدارية، فهو يحقق نوعاً من التوازن بين سلطة الإدارة وحقوق الأفراد، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن ما قد تستغرقها الدائرة الإدارية من وقت للفصل في الموضوع قد يصل لأكثر من سنة، والإدارة خلال هذه المدة ستقوم بتنفيذ قرارها، مما قد يترتب عليه وقوع نتائج يكون من المتعذر معالجتها لاحقاً.

■ منهج البحث :-

المنهج هو الطريق إلى تنظيم الأفكار، على أساس علمي ومنطقي، بحيث تتربط وتتدرج فيما بينها للوصول إلى الغاية منها، وهي الكشف والبيان عن حقيقة معينة¹.

ويبدو أن المنهج الذي يتناسب مع موضوع البحث، هو المنهج التحليلي.

■ الصعوبات التي واجهتني :-

في الحقيقة تعد ندرة المراجع المتخصصة، من أهم الصعوبات التي واجهناها، وذلك بالرغم من أهمية موضوع البحث من الناحية العملية والعلمية.

■ خطة البحث :-

إن دراسة البحث المائل ستكون من خلال الخطة الآتية :

المبحث الأول / شروط الحكم بوقف التنفيذ

المطلب الأول / الشروط الشكلية

الفرع الأول / تضمين طلب وقف التنفيذ لصحيفة دعوى الإلغاء

الفرع الثاني / إعلان الخصوم بميعاد النظر في وقف التنفيذ

المطلب الثاني / الشروط الموضوعية

الفرع الأول / شرط الاستعجال

الفرع الثاني / شرط الجدية

المبحث الثاني / طبيعة وحجية الحكم الصادر بوقف التنفيذ

المطلب الأول / طبيعة الحكم الصادر بوقف التنفيذ

الفرع الأول / وقتية الحكم بوقف التنفيذ

الفرع الثاني / الحكم بوقف التنفيذ حكم معلقاً على نتيجة الحكم بالإلغاء

المطلب الثاني / حجية الحكم الصادر بوقف التنفيذ

الفرع الأول / الحكم بوقف التنفيذ له حجية الشيء المقضي به

الفرع الثاني / الحكم بوقف التنفيذ حجة على الكافة

¹د.نصر الدين مصباح القاضي ، النظرية العامة للتأديب في الوظيفة العامة، دار الفكر العربي ، القاهرة الطبعة الثانية، 2002م، ص 11

المبحث الأول شروط الحكم بوقف التنفيذ

لكي يمكن طلب وقف تنفيذ القرار الإداري، يجب أن تتوافر فيه شروط معينة، منها شروط شكلية تتمثل في لزوم اقترانه بدعوى الإلغاء في ذات الصحيفة، بالإضافة إلى شروط موضوعية تتمثل في شرطين أساسيين: وهما وجود حالة الاستعجال والجدية، فإذا ما تخلف أحد هذه الشروط سواء الشكلية منها أو الموضوعية، فإن دائرة القضاء الإداري ترفض طلب وقف تنفيذ القرار الإداري، ولكن دون أن يؤثر ذلك على سير دعوى الإلغاء التي تبقى منظورة أمام القضاء الإداري.

وسيتم دراسة هذا المبحث من خلال مطلبين نخصص الأول لبيان الشروط الشكلية الواجب توافرها لطلب وقف تنفيذ القرار الإداري، أما المطلب الثاني فسيكون لتوضيح الحكمة التي يتوخاها المشرع من تضمين طلب وقف تنفيذ القرار الإداري بصحيفة دعوى الإلغاء ذاتها. وذلك على النحو الآتي :

المطلب الأول : الشروط الشكلية¹

لقد نصت المادة السابعة من قانون القضاء الإداري رقم (88) لسنة 1971م على أنه (لا يترتب على رفع الدعوى أمام دائرة القضاء الإداري وقف تنفيذ القرار المطعون فيه، على أنه يجوز للمحكمة أن تأمر بوقف تنفيذه إذا طلب ذلك في صحيفة الدعوى، ورأت المحكمة أن نتائجه قد يتعذر تداركها، ويحدد رئيس الدائرة جلسة النظر لطلب يعلن بها الخصوم قبل موعدها بثلاثة أيام على الأقل، ويجوز له تقصير هذا الميعاد، كما يجوز له أن يأمر بأن يكون الإعلان ببرقية في حالة الضرورة القصوى) .

وفي الحقيقة أنه من خلال استقراء هذا النص يتضح بأنه قد حدد شروط شكلية وأخرى موضوعية، فالشروط الشكلية الواجب إتباعها تكمن في تسجيل طلب وقف تنفيذ القرار الإداري بصحيفة دعوى الإلغاء ذاتها، وكذلك فيما يتعلق بمواعيد

¹ يقصد بالشكليات المظاهر الخارجية التي يفرض على الأفراد إتباعها في تصرفاتهم لإمكان ترتيب آثار قانونية معينة أو هي مجموعة من الإجراءات التي يفرض القانون وجوب إتباعها للحصول على حق أو لمعاقبة شخص ارتكب ما يخالف القانون راجع في ذلك د. حسن كيره المدخل إلى القانون، منشأة المعارف بالإسكندرية، سنة 1993م ص (180) وكذلك / د. عبد القادر شهاب، أساسيات القانون الحق في القانون الليبي، منشورات جامعة قارونس، بنغازي، الطبعة الخامسة، ص 47

المحدد لنظر طلب وقف التنفيذ، حيث جاء النص أن رئيس الدائرة هو من يحدد جلسة النظر في الطلب يعلن بها الخصوم قبل موعدها بثلاثة أيام على الأقل، ويجوز له تقصير هذا الميعاد، كما يجوز أن يكون الإعلان بطريقة البرقية شريطة أن تتوافر حالة الضرورة القصوى .

لذا فإن دراسة هذا المطلب ستكون من خلال فرعين سيتم تخصيص الأول منهما، لدراسة شرط تضمين الطلب لصحيفة دعوى الإلغاء ذاتها، أما الفرع الثاني يكون لبيان المواعيد المحددة لنظر طلب وقف التنفيذ. وذلك على النحو الآتي :-

الفرع الأول/ تضمين طلب وقف التنفيذ بصحيفة دعوى الإلغاء ذاتها
بمعنى أن يقوم الطاعن بتسجيل طلب وقف تنفيذ القرار الإداري في ذات الصحيفة التي يطالب فيها بإلغاء القرار، فإذا ما جاء طلب وقف التنفيذ في صحيفة مستقلة فإن دائرة القضاء الإداري ستقوم برفض هذا الطلب لأنه خالف الشرط الذي نص على وجوبه القانون صراحة بالمادة السابعة سالفه الذكر بقوله (....إذا طلب ذلك في صحيفة الدعوى)

وتطبيقاً لما تقدم قالت المحكمة العليا في حكمها الصادر بتاريخ 23. 2. 2003م (... متى كان ذلك وكان الثابت أن صحيفة الدعوى المقدمة من الطاعنين قد تضمنت إلغاء القرار المطعون فيه، ولم تتضمن طلب وقف تنفيذه وقد جاء هذا الطلب مستقلاً عن صحيفة الدعوى، وبذلك يكون الشرط الشكلي غير متوافر بما يؤدي إلى عدم قبول الطلب، وإذا كان الحكم المطعون فيه قد قضى بعدم قبول طلب وقف التنفيذ لوروده بورقة مستقلة عن صحيفة الدعوى خلافاً لما نصت عليه المادة السابعة من القانون رقم (88) لسنة 1971م فإنه يكون طبق قد صحيح القانون مما يتعين حقاً رفض الطعن...)¹

ويتضح مما تقدم بأن القضاء الإداري قد اعتبر هذا الشرط الشكلي شرطاً جوهرياً يترتب على إغفاله الحكم برفض وقف التنفيذ كما يشترط لكي يقبل طلب وقف تنفيذ القرار الإداري أن تكون دعوى الإلغاء مستوفاة للشروط الشكلية والمدة المطلوبة لتقديمها أمام دوائر القضاء الإداري، ولذا يشترط في القرار المطعون فيه أن يكون صادراً عن جهة إدارية عامة تتمتع بالشخصية الاعتبارية العامة ويجب أن يكون القرار المطعون فيه تصرفاً قانونياً بحيث تتجه فيه إرادة الإدارة إلى

¹ . د . عمر محمد السيوي ، الوجيز في القضاء الإداري، دار الفضيل، بنغازي، لسنة 2013 ص

إحداث آثار قانونية معنية بمعنى أنه إذا كان تصرف الإدارة مجرد عمل مادي فإن دعوى الإلغاء لا تكون مقبولة إذ أن التصرفات المادية لا ترقى لمستوى القرار الإداري ومن ثم لا يطعن عليها بدعوى الإلغاء وإنما يطعن عليه بدعوى القضاء الكامل كما أنه يشترط أن يكون القرار الإداري المطعون فيه تصرفاً قانونياً أحادي الجانب بمعنى أن القرار الإداري المطعون فيه لا بد أن يكون صادراً عن جهة إدارية عامة وإبرادتها المنفردة وفضلاً عن ذلك لا بد وأن يكون القرار المطعون فيه قد أنشئ أو عدل أو إلغاء حقوقاً أو وضع التزامات بمعنى أن يكون مؤثراً في مركز الطاعن وأخيراً لا بد وأن يكون القرار المطعون فيه نهائياً أي أنه لا يحتاج لتصديق أو اعتماد جهة أعلى أو أنه قد تم اعتماده والتصديق عليه .

وجدير بالذكر أن نتطرق لمسألة كانت محل للنقد وهي تمسك القضاء الإداري بحرفية النص بشأن ضرورة اقتران الطلبين معاً في صحيفة دعوى الإلغاء من جانب العديد من قضاء القانون العام وفي هذا الشأن يقول الأستاذ الدكتور/ سليمان الطماوي¹ متسائل هل دار بخلد واضعي القانون حرمان الأفراد من طلب وقف التنفيذ إلا بعد رفع دعوى الإلغاء؟ ذلك ما لم تقدم المحكمة الدليل عليه، بل إن هذا المعنى الغريب لا يمكن أن يخطر ببال المشرع لافتقار الحكمة التي يقوم عليها، إذ لا نكاد ندرك المصلحة العامة التي تحول دون طلب وقف تنفيذ قرار إداري ظاهر البطلان لم تقم دواعي وقف تنفيذه إلا بعد رفع دعوى الإلغاء، كما أن القضاء الإداري يسمح بتعديل الطلبات زيادة ونقصاً وما طلب وقف التنفيذ الذي تقوم دواعيه بعد رفع دعوى الإلغاء، إلا من هذا القبيل فالطاعن يطلب بإعدام القرار وحقه يقوم من الناحية النظرية المجردة في أن يُجاب إلى طلبه وقت رفع الدعوى، إذا ما ثبت عدم مشروعية القرار والقاعدة المسلم بها ألا يضار المتقاضي بتأخير التقاضي فذلك ما لا ذنب له فيه، كما أن طلب إلغاء القرار باعتباره معدماً لجميع آثار القرار فيما لو حكم به يشمل ضمناً وقف تنفيذ آثار القرار، إلى صدور الحكم وأن مصلحة الطاعن في هذا الطلب لا تظهر إلا إذا قامت دواعي وقف التنفيذ فحينئذ يتعين عليه أن يطلب هذا الأثر صراحة، وإلا اعتبر متحملاً لآثار بطلان التقاضي ومن ثم فإن التمسك بحرفية النص القاضي بضرورة تضمين طلب وقف التنفيذ في صحيفة دعوى الإلغاء، قد يؤدي إلى حرمان الأفراد دون وجه حق من حماية القضاء الإداري، بل ويحمل الدولة أعباء مالية، هي في غنى عنها لأن حق الأفراد سيتحول إلى تعويض فيما لو نفذ القرار في حين أن الخزنة قد نقلت من هذا العبء، فيما لو نبهها القضاء إلى الموقف السليم عن طريق وقف تنفيذ القرار.

ويقول د. عبدالغني بسيوني عبد الله² أنه طالما أن القضاء الإداري التزم في قضائه إزاء هذه المسألة بحرفية النص القانوني واشترط اقتران طلب وقف تنفيذ القرار بطلب الحكم بإلغائه في نفس عريضة دعوى الإلغاء، وبالرغم من وجهة النقد الذي قيل في ذلك إلا أنه لا مناص من البحث عن حل المشكلة في اتجاه آخر، والحل الذي يقترحه يتمثل في تعديل تشريعي بحيث يسمح لأصحاب الشأن بالتقدم بطلب وقف تنفيذ القرارات الإدارية المطعون فيها بالإلغاء، إما في ذات صحيفة دعوى الإلغاء أو بطلب إضافي لاحق لرفع الدعوى طالما أن تقدير مدى أحقية

¹ د. سليمان الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الأول، قضاء الإلغاء، راجعه ونقحه، د. عبد الناصر عبد الله أبو سميحة، ود. حسين إبراهيم خليل، دار الفكر العربي بالقاهرة، الطبعة الأولى، 2015 ص 1037 وما بعدها

² د. عبد الغني بسيوني عبد الله، وقف تنفيذ القرار الإداري في أحكام القضاء الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الثانية، 2007 ص 146

الطلب -فضلاً عن تقدير مشروعية القرار المطعون فيه نفسه -هو في نهاية المطاف من اختصاص المحكمة المعروض عليها النزاع.

ويقول في ذلك / د . محمد عبد الله الحراري¹ أن اقتران الطلبين الإلغاء ووقف التنفيذ في صحيفة واحدة هي صحيفة دعوى الإلغاء، هو شرط تعسفي من جانب المشرع لأنه يتنافي أحياناً مع الحكمة من وقف التنفيذ وذلك عندما تكون دواعي وقف التنفيذ قد طرأت فجأة بعد رفع دعوى الإلغاء، كما هو الحال في المثال التالي :

أصدرت جهة الإدارة قراراً بنزع ملكية عقار لأحد المواطنين لإقامة مستشفى عام، تعاقدت على بناءه مع إحدى الشركات المتخصصة، ونص العقد على أن يبدأ تنفيذ بناء المستشفى بعد ثلاث سنوات من التوقيع على العقد، أبلغ المواطن بقرار نزع ملكية عقاره فقام في ميعاد الستين يوماً المقرر لرفع دعوى إلغاء ضد القرار مبدئياً أسباباً جدية لا تدع مجالاً للشك حول عدم مشروعيته، ولكنه أي المواطن؟ لم يقرن دعواه بطلب وقف تنفيذ القرار لأنه على يقين بأن جهة الإدارة لن تقوم بتنفيذ قرارها قبل ثلاث سنوات، وأنه قبل نهاية هذه المدة سيتحصل على حكم بالإلغاء، ولكن المواطن فوجئ بعد مضي سنتين من رفع دعواه بالإلغاء قرار نزع ملكية عقاره، وقبل أن تصدر المحكمة حكمها فيها بأن جهة الإدارة عدلت من موقفها، واتفقت مع الشركة بالبداية فوراً في تنفيذ المشروع بل أنها قامت بتسليم العقار إليها لتباشر أعمال البناء، ووفقاً للشروط المشار إليها (ضرورة اقتران طلب الإلغاء وطلب وقف التنفيذ في صحيفة واحدة)، فإن المواطن في المثال السابق سيجد نفسه محروماً من حماية القضاء الإداري، لأنه لن يتمكن من تقديم طلب وقف التنفيذ، وإن فعل فإن طلبه سيقابل بعدم القبول رغم أن عملية تنفيذ قرار نزع ملكية عقاره سيرتب بكل تأكيد نتائج يتعذر بل ويستحيل تداركها عندما يحكم له القضاء في موضوع الدعوى بإلغاء القرار المطعون فيه، وقد يرد على ذلك أن حقه سيتحول إلى تعويض مالي لعدم تمكن جهة الإدارة من إعادة الشيء على ما كان عليه إعمالاً لحكم الإلغاء.

¹د. محمد عبد الله الحراري، الرقابة على أعمال الإدارة في القانون الليبي، المكتبة الجامعية، الطبعة السادسة، لسنة 2019، ص 488 وما بعدها.

ومن الجدير بالذكر أن التعويض العيني المتمثل في إزالة كافة آثار القرار من تاريخ صدوره، هو الأصل كما أنه يحقق مصلحتين مصلحة الطاعن باسترداد لعقاره، ومصلحة المجتمع المتمثلة في إرساء مبدأ المشروعية واحترام القانون .

وبهذا المعنى تقول المحكمة العليا (...إن التعويض المالي مهما بلغ مقداره فهو وارد على خلاف الأصل، والأصل هو تنفيذ الالتزام عينيًا، وإذا كان في التعويض شفاء لأنفس المضرورين فإن إلحاح العدالة والمصلحة العامة لا يزال قائمة وصوتها لا يزال مستصرخاً، مادامت المخالفة ذاتها قائمة، فكل ما في الدنيا من مال لا يغني عن قضاء الإلغاء، وهو بمثابة التعويض العيني...) ¹.

الفرع الثاني : إعلان الخصوم بميعاد النظر في وقف التنفيذ

لقد نصت المادة السابعة من قانون القضاء الإداري رقم (88) لسنة 1971م على أن (... يحدد رئيس الدائرة جلسة لنظر الطلب يعلن بها الخصوم قبل موعدها بثلاثة أيام على الأقل، ويجوز تقصير هذا الميعاد، كما يجوز له أن يأمر بأن يكون الإعلان ببرقية في حالة الضرورة القصوى).

وغني عن البيان أن للإعلان أهمية خاصة لاتصاله بسير مرفق القضاء، والأصل أن تتم بواسطة المحضرين، إلا إذا جاء المشرع وسيلة أخرى للإعلان، وهنا نجد أن نص المادة السابعة المذكور قد أجاز أن يتم الإعلان بطريقة برقية أي عن طريق البريد المسجل بعلم الوصول، بشرط أن تتوافر حالة الضرورة القصوى، والتي تخص المحكمة بتقدير وجودها.

وطالما أن القانون قد اشترط اقتران طلب وقف التنفيذ بصحيفة دعوى الإلغاء، فسوف تسري عليه نفس مدة رفع دعوى الإلغاء، وهي ما نصت عليها المادة الثامنة من القانون المذكور بقولها (ميعاد رفع الدعوى أمام دائرة القضاء الإداري فيما يتعلق بطلبات الإلغاء ستون يوماً من تاريخ نشر القرار المطعون فيه أو إبلاغ صاحب الشأن به ...) أو العلم به علماً يقينياً، كما استقر على ذلك القضاء الإداري، وغني عن الذكر أنه فيما لم ينص عليه بالمادة السابعة من قواعد تتعلق

¹د. مصطفى عبد الحميد دلاف، حقوق الموظف العام وواجباته في القانون الليبي، دار جين للطباعة والنشر بالبيضاء، الطبعة الأولى، لسنة 2018، ص 403.

بالإعلان يتم الرجوع فيها إلى قانون المرافعات سواء فيما يتعلق بوقت الإعلان أو كفيته باعتباره يمثل القواعد العامة بالخصوص.

ويعد الإعلان وسيلة لعلم الشخص بما يتخذ بشأنه من إجراءات وهذا العلم يوجبه مبدأ المواجهة، فلا يجوز اتخاذ إجراء بشأن شخص دون تمكينه من العلم به وإعطائه فرصة المرافعة، فهو يهدف إلى إيصال أمر واقعة ثابتة إلى علم شخص معين على يد موظف رسمي أو بأي طريق آخر يحدده القانون، فالهدف إذاً هو ضمان علم المعلن إليه بالأمر المراد إعلانه به، وإذا ما تم الإعلان في الشكل الذي يحدده القانون، فإن هذا العلم يفترض ولا يجوز إدعاء العكس فلا يشترط العلم الفعلي، كما أن العلم الفعلي أو اليقيني لا يغني كقاعدة عامة عن الإعلان، ولهذا السبب تهتم قوانين المرافعات بهذا الموضوع وتحدد بدقة من يقوم بالإعلان؟ ومتى يجوز القيام به؟ وكيف يجب القيام به؟ وكل ذلك بنصوص مفصلة وترتب البطالان على عدم إتباع الطريق الذي رسمته¹.

المطلب الثاني : الشروط الموضوعية لقبول طلب وقف التنفيذ

من خلال هذا المطلب سنقوم بدراسة الشروط الموضوعية المتمثلة في شرط الاستعجال والذي يقصد به وجود ضرراً يخشى وقوعه إذا ما تم تنفيذ القرار الإداري المطعون فيه بالإلغاء لذا يسمى أيضاً شرط الضرر، وبالإضافة إلى شرط الجدية بمعنى أن يشترط قيام أسباب جدية تبرر طلب وقف تنفيذ القرار الإداري المطعون فيه، وترجح إلغائه على الأغلب. وذلك في فرعين على النحو الآتي :

الفرع الأول : شرط الاستعجال

يتمثل شرط الاستعجال أحد الشرطين الموضوعيين لقبول طلب وقف تنفيذ القرار الإداري المطعون فيه بالإلغاء أمام دوائر القضاء الإداري، وينصرف مفهوم هذا الشرط لوجود ضرر ينجم عن تنفيذ القرار المطعون فيه يكون من المتعذر تداركها أو معالجتها، إذا ما حكمت المحكمة بإلغاء القرار الإداري.

ويقع على الطاعن عبء إقامة الدليل على توافر هذا الركن أي على أن هنالك أضراراً ستصيبه بمجرد قيام جهة الإدارة بتنفيذ قرارها المطعون فيه، وأنه قد يتعذر عليها معالجتها وتداركها فيما لو حكمت المحكمة بإلغاء القرار، وتستقل

¹ د. أحمد عمر بوزقية - قانون المرافعات - الجزء الأول - منشورات جامعة قار يونس بنگازي الطبعة الثانية ص 215

دوائر القضاء الإداري بتقدير الأدلة المقدمة من الطاعن لتقرير مدى توافر هذا الشرط من عدمه، وذلك تحت رقابة القضاء الإداري بالمحكمة العليا¹.

ولقد حكمت المحكمة العليا بتاريخ 25.7.2004م بهذا الشأن بقولها (إن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن الأصل في القرار الإداري نفاذه ولذلك يتعين على القضاء ألا يوقف بتنفيذه، إلا إذا توافر ركنان أولهما ركن الاستعجال بمعنى أن يترتب على تنفيذ القرار نتائج يتعذر تداركها فيما لو قضي بإلغائه، وثانيهما ركن الجدية بمعنى أن يقوم ادعاء الطاعن حسب الظاهر على أسباب جدية، وأن يدل على توافر هذين الركنين بأدلة لها أصلها الثابت في الأوراق، ولا يكفي مجرد القول على وجود هذا الركن أو ذاك، حتى تتمكن المحكمة العليا من بسط رقابتها من حيث تطبيق القانون من عدمه ...)².

وقد أكدت المحكمة العليا على ضرورة التقيد بهذا الشرط في العديد من أحكامها، من بينها حكمها المتعلق بفصل طالب من مركز المتفوقين حيث تقول (....ولما كان الواقع في الدعوى منصّباً على طلب وقف تنفيذ قرار قضي بحرمان الطاعن من الدراسة، وكان الحكم المطعون فيه قد اكتفى بالقول بأن ركن الجدية الذي يأخذ به القضاء الإداري غير متوافر، الأمر الذي يغني المحكمة من البحث في توافر ركن الاستعجال من عدمه، وخلص من ذلك إلى رفض طلب وقف تنفيذ القرار المطعون فيه، وحيث إن هذا الذي ساقه الحكم جاء عاماً مبهماً ولا يبين منه استظهار المحكمة لمدى توفر ركن الاستعجال بطلب وقف التنفيذ على النحو السابق بيانه، فإنه يكون قد جاء قاصراً بما يوجب نقضه مع الإعادة³.

ومن التطبيقات الشهيرة في ركن الاستعجال الطعن الإداري في قرار نزع عقار للمنفعة العامة⁴ والذي جاء فيه (.... ذلك أنه ولئن كان الأصل في القرار نفاذه، إلا إنه يجوز للمحكمة أن تأمر بوقف تنفيذ القرار المطعون، إذا كان يترتب على تنفيذه أضراراً يتعذر تداركها، فيما لو قضي بإلغائه وأن تكون مناعي الطاعن على القرار جدية بحسب الظاهر من الأوراق، ولما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه،

¹د. عمر محمد السيوي، مرجع سبق ذكره، ص 331

²طعن إداري رقم 92/ 48، مجموعة أحكام المحكمة العليا، القضاء الإداري، ص 235

³د. عمر محمد السيوي، مرجع سبق ذكره، ص 332

⁴د. محمد عبد الله الحراري، مرجع سبق ذكره، ص 491

(حكم صادر من دائرة القضاء الإداري بمحكمة استئناف بنغازي بتاريخ 4. 11. 1997م) بوقف تنفيذ قرار نزع ملكية عقار للمنفعة العامة صادر عن اللجنة الشعبية العامة للإسكان) قد قضى بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه، تأسيساً على أن القرار المذكور لم يراع الشكليات اللازمة لنزع الملكية حيث كان النزاع لإقامة وحدات سكنية، ثم بيعت الأرض لشركة بنغازي للاستثمارات، كما أن الحرس البلدي يتوعد المطعون ضدهم مالكي العقار بتسليم الأرض للشركة المذكورة، مما يخشى معه تقسيم الأرض أو إتلافها بمنشآت وترتيب حقوق عينية عليها، وحيث إن هذا الذي ساقه الحكم لتبرير وقف تنفيذ القرار المطعون فيه، له أصله في الأوراق ويكفي لحمل قضائه في هذا الشق من الدعوى وهو بطبيعته لا يقيد المحكمة عند تصديها للفصل في الموضوع مما يتعين معه رفض الطعن...

الفرع الثاني / شرط الجدية

يقصد به رجحان احتمال الحكم بإلغاء القرار الإداري، بناءً على الأسباب الجدية التي أسس عليها الطاعن دعوى الإلغاء، بحيث إذا ما رأت المحكمة من فحصها الظاهري للدعوى إن الأسباب التي استند إليها المدعي لإلغاء القرار المطعون فيه، جدية ومشروعة فإنها تقضي بوقف تنفيذ القرار إذا ما توافرت الشروط الأخرى¹.

فيتعين إذاً أن يستند طالب وقف تنفيذ القرار الإداري على أسباب جدية تبرره، والقاضي الإداري هو الذي يختص بتقرير مدى توافر الإدعاءات التي يرجح معها إلغاء القرار وفقاً لسلطته التقديرية، ويتبين له ذلك من خلال المستندات ذات الصلة بالموضوع على أن يأخذ في الاعتبار بأنه حكم وقتي لا يمس بأصل الحق.

وفي الحقيقة أن المادة السابعة من قانون القضاء الإداري رقم (88) لسنة 1971 لم تشر إلى ضرورة وجود أسباب جدية، وإنما نصت على ضرورة تضمين طلب وقف التنفيذ بصحيفة الدعوى، وأن ترى المحكمة أن نتائج التنفيذ قد يتعذر تداركها.

¹ د. عبد الغني بسيوني عبد الله، مرجع سبق ذكره، ص 175

غير أن السؤال الذي يطرح نفسه الآن ما هي الحكمة من وراء تبني القضاء الإداري لهذا الشرط بالرغم من عدم النص عليها ؟

تجيب المحكمة العليا على هذا التساؤل في حكم لها صدر بتاريخ 2. 3. 1974م بقولها: (...الأصل في القرار الإداري هو نفاذه حتى يقضى بإلغائه، ومن ثم لا يسوغ الخروج على هذا الأصل ووقف تنفيذ القرار الإداري، إلا حيث تدعو ضرورة لتفادي نتائج يتعذر تداركها أو حيث يكون منطوياً على تجن واضح من الإدارة يستلزم الحماية المؤقتة، حتى يقضى بإلغاء القرار، ذلك لأن سلطة وقف التنفيذ مشتقة من سلطة الإلغاء، وهي فرع منها مردها إلى رقابة المشروعية...)¹.

وبالرغم من أن وقف التنفيذ هو من قبيل الأمور المستعجلة التي لا علاقة لها بموضوع دعوى الإلغاء التي أثير بمناسبةها، إلا أنه بمثابة طلب متفرع عن طلب الإلغاء، ومن ثم وجب أن يكون طلب الإلغاء ذاته مبنياً على أسباب جدية يستقل قاضي الموضوع بتقديرها وتحت رقابة المحكمة².

وجدير بالذكر أن شرط الجدية هو إجراء مقرر للمصلحة العامة أي لمصلحة الإدارة، إذ ليس من المعقول أن تكون قراراتها المطعون فيها بالإلغاء معرضة لوقف التنفيذ فور رفع الدعوى لمجرد أنها ترتب أضراراً لا يمكن تداركها، فيما لو ألغيت بحكم قضائي فجل القرارات ترتب بطبيعتها أضرار كقرارات الهدم، والإزالة، وقرارات نزع الملكية للمنفعة العامة، وقرارات سحب التراخيص، وقرارات فصل الطلاب، هذه جميعها قرارات اعترف المشرع بها لجهة الإدارة شريطة التقيد ببعض الضوابط والشروط من حيث مظهرها الخارجي، أو من حيث مضمونها والغاية منها، ومن ثم يكون من المنطقي عدم جواز وقف تنفيذها إلا إذا تجاوزت الإدارة في إصدارها تلك الضوابط والشروط، وشابها بالتالي عيب من عيوب القرار الإداري، وهي عيوب يلتزم الطاعن بإثباتها وإقامة الدليل عليها، كما يجوز للقضاء أن يساعده في ذلك عندما يكون العيب متعلقاً بالنظام العام، كما هو الحال في عيب الاختصاص، أو عيب الشكل في القرار الإداري³.

¹د. محمد عبد الله الحراري، مرجع سبق ذكره، ص 495

²د. سليمان الطماوي، قضاء الإلغاء، مرجع سبق ذكره، ص 1048

³د. محمد عبد الله الحراري، مرجع سبق ذكره ص 496

فقد أكدت المحكمة العليا على شرط الجدية في حكمها الصادر بتاريخ 20. 1 1991م بقولها (... وحيث إنه بحسب الظاهر من الأوراق ودون المساس بأصل الحق، أن ركن الجدية متوافر في هذه الدعوى، ذلك أن الجهة الإدارية حين أصدرت قرارها بإخلاء العقار لم تستند إلى أي من الحالتين الواردتين على سبيل الحصر في المادة الثانية من قرار مجلس قيادة الثورة بشأن إيجار الأماكن الصادر بتاريخ 8. 11. 1969م والذي خول فيه المشرع جهة الإدارة المؤجرة بسلطة إخلاء العقار بالطريق المباشر في حالتين وردت على سبيل الحصر هما : إذا احتاجت أي جهة حكومية إلى شغله أو إسكان أحد موظفيها -أو كان من المساكن الملحقة بالمرافق والمنشآت الحكومية المخصصة لسكن موظفي وعمال هذه المرافق وزوال الغرض الذي أعطى العقار من أجله مما يكون معه القرار حسب الظاهر قائماً على غير سبب مخالف للقانون، وبالتالي يكون ركن الجدية قد توافر في الدعوى، كما أن ركن الاستعجال متوافر أيضاً في طلب الطاعن وقف تنفيذ القرار¹.

ويتوافر شرط الجدية عندما تُعطى وقائع القضية احتمالاً بوجود الحق محل الحماية الموضوعية من الناحية العملية، لأن المدعي لا يحتج عليه بإثبات الواقعة القانونية سبب الحق بل يكفي أن يُبين من الوقائع ما من شأنه أن يُعطى احتمالاً لوجود هذا الحق².

وبذلك لابد من توافر لطلب وقف التنفيذ شرطي الاستعجال والجدية وإذا ما تخلف هذان الشرطان أو تخلف أحدهما رفض طلب وقف التنفيذ ولكن دون أن يؤثر ذلك على دعوى الإلغاء ذاتها التي تبقى مع ذلك سليمة وقائمة³

¹ د. عمر محمد السيوي، مرجع سبق ذكره، ص 336

² هدى صالح موسى البرعصي، القضاء المستعجل في القانون الليبي والمقارن، دار الفضيل، بنغازي، 2010 ص

59

³ د. محمد فؤاد عبد الباسط، القرار الإداري، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية، سنة 2005 ص 334

المبحث الثاني طبيعة وحجية الحكم الصادر بوقف التنفيذ

بالرغم من أن الحكم الصادر بوقف تنفيذ القرار الإداري المطعون فيه بالإلغاء، يفصل فقط فالشق المستعجل، فهو حكم وقتي لا يمس أصل الحق إذ أنه معلقاً على نتيجة الفصل في الموضوع، إلا أنه يتمتع بكافة خصائص الأحكام القضائية وله حجية على الكافة.

لذا ستكون دراستنا لهذا الموضوع من خلال مطلبين الأول يخص لطبيعة الحكم الصادر بوقف التنفيذ، أما الثاني يكون لحجية الحكم الصادر بشأنه.

المطلب الأول/ طبيعة الحكم الصادر بوقف التنفيذ

لما كان طلب وقف التنفيذ يقدم بالتبعية لدعوى الإلغاء، فإنه من المنطقي أن تكون الجهة القضائية المختصة بنظر دعوى الإلغاء (وهي دوائر القضاء الإداري بمحاكم الاستئناف) هي ذاتها الجهة المختصة بنظر طلب وقف التنفيذ، ذلك أن ولايتها بنظر طلب الوقف متفرعة ومنبثقة عن اختصاصها بنظر الدعوى الموضوعية.

ولقد قالت المحكمة العليا في هذا الصدد بحكمها الصادر بتاريخ 1974/5/9 (...إن الاختصاص يعتبر مسألة أولية يتعين على المحكمة، وهي تفصل في الشق المستعجل من المنازعة أن تتحقق من اختصاص جهة القضاء التي تنتمي إليها بالفصل في أصل النزاع، ومتى فصلت في الشق المستعجل من الخصومة بالقبول أو الرفض، فإن ذلك ينطوي بالضرورة على القضاء باختصاصها بالفصل في أصل النزاع...)¹.

ويفهم من ذلك أن المحكمة طالما نظرت في طلب وقف التنفيذ فإن ذلك يعد بمثابة إقرارها بالاختصاص في نظر الدعوى الأصلية، (دعوى الإلغاء) فلا يكون لها بعد ذلك الحكم بعدم اختصاصها في نظر الدعوى، كما أن الحكم الصادر في طلب الوقف هو حكم وقتي لا يمس أصل الحق، بمعنى أنه لا يقيد المحكمة عند نظرها في موضوع إلغاء القرار، والذي ويكون معلقاً على نتيجة الفصل في الموضوع، فيلغى كل أثر له إذا رفضت الدعوى كما يصبح غير ذي موضوع إذا حكم بإلغاء القرار.

¹ طعن إداري رقم 12 / 20 ق بجلسة 1974/5/9 السنة العاشرة العدد الرابع ص 76

لذا سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين على النحو الآتي :-

الفرع الأول / وقتية الحكم بوقف التنفيذ

إن طبيعة الأحكام المستعجلة تكمن في كونها تسبق الفصل في موضوع الدعوى فهي إذاً أحكام مؤقتة، ومن ثم فإنها لا تقيد قاضي الموضوع عند نظره في الدعوى الأصلية.

وترجع العلة في ذلك أن المحكمة وهي تفصل في طلب وقف التنفيذ، فإنها تبت في أمر مستعجل فتبحث في مدى توافر الشروط الشكلية والموضوعية للحكم بوقف تنفيذ القرار، وإلى أي حد يتوافر الاستعجال وجدية الأسباب التي ترجح احتمال عدم مشروعية القرار حتى تقضي بوقف تنفيذه، ولكن عن تصديها لموضوع الدعوى، وهو طلب إلغاء القرار الإداري فإنها تتعمق في البحث وتفحص الدعوى من جميع جوانبها وتتحرى عن مدى مشروعية القرار الإداري، حتى تصدر حكمها الموضوعي الذي يختلف بطبيعة الحال عن الحكم المؤقت¹.

ويجدر بنا القول أن الحكم بوقف تنفيذ القرار، هو حكماً في مسألة موضوعية عارضة، ومن ثم فإن له كيانه المستقل، وبذلك فإنه يجوز الطعن فيه استقلالاً. وبهذا الصدد تقول المحكمة العليا في حكمها الصادر بتاريخ 1976/2/26 ((... إن الأصل في القرارات الإدارية أن تكون واجبة النفاذ فور صدورها، ومجرد رفع دعوى بطلب إلغاء قرار معين بحجة عدم مشروعيته، لا يمكن أن ينال من نفاذ القرار، وإلا لانتهينا إلى نتيجة لا يمكن التسليم بها وهي شل نشاط الإدارة تماماً، لأن معظم نشاطها يصدر في صورة قرارات إدارية ولهذا تمتعت القرارات الإدارية بقرينة السلامة، حتى يثبت العكس وذلك ضماناً لحسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد لمصلحة المجموع، والحكم بوقف تنفيذها يعتبر فصلاً في طلب موضوعي عارض له كيانه المستقل...))².

كما أن المحكمة العليا قد بينت طبيعة وحجية الحكم الصادر بوقف تنفيذ القرار الإداري في حكمها الصادر بتاريخ 1974/5/9 إذ تقول (... إن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن القضاء بوقف تنفيذ القرار الإداري، أو رفض طلب وقف التنفيذ لا يعد أن يكون فصلاً في موضوع مستقل هو الشق المستعجل من الخصومة المتعلق بتنفيذ القرار المطعون فيه، وبه تتأثر مراكز الخصوم

¹ د. عبد الغني بسيوني عبد الله مرجع سبق ذكره ص 225
² طعن إداري 22 / 12 ق بجلسة 1976/2/26 سنة وعدد المجلة 12/4 ص 49

من حيث تنفيذ القرار وينحسم النزاع في هذا الشق بحكم له مقومات الأحكام، وهو أن كان حكماً مؤقتاً بمعنى أنه لا يقيد المحكمة عند نظر طلب الإلغاء، إلا أنه حكم قطعي له مقومات الأحكام وخصائصها، ويجوز قوة الشيء المحكوم فيه في الخصوص الذي صدر فيه، طالما لم تتغير الظروف وتأسيساً على ذلك يعتبر قرار المحكمة برفض وقف تنفيذ القرار الصادر لإخلاء حكماً وهو إذ قضى برفض طلب وقف التنفيذ فإن قضاءه هذا ينطوي بالضرورة، وبحكم اللزوم على قضائه باختصاص أصل النزاع بوصفه منازعة إدارية يختص بها القضاء الإداري (...)¹.

ولقد أكدت المحكمة العليا على موقفها السابق في حكماً له بتاريخ 2005/5/22م إذا تقول (...أن الحكم الصادر في طلب وقف تنفيذ القرار الإداري المطلوب إلغاؤه سواء بوقف التنفيذ أو رفضه، وإن كان لا يمس أصل طلب الإلغاء، إلا أنه مع ذلك يظل حكماً قطعياً له مقومات الأحكام وخصائصها...)².

فإذا صدر الحكم في الموضوع مؤيداً للحكم المستعجل الصادر بالقبول أو الرفض، فليس ثمة إشكال، أما إذا كان الحكم بشأن دعوى الإلغاء مغايراً للحكم المستعجل، فالأمر لا يخرج عن إحدى صورتين، إما أن يكون الحكم المستعجل بالقبول ويأتي الحكم في دعوى الإلغاء بالرفض، عندئذ ينتهي أثر الحكم المستعجل وتعود للقرار الإداري قوته التنفيذية ويعتبر الحكم المستعجل كأن لم يكن، وإما أن تكون الصورة عكسية، كأن يكون الحكم المستعجل بالرفض بينما الحكم الموضوعي بالقبول، عندئذ تكون العبرة بالحكم الموضوعي الذي ستعدل المراكز القانونية على أساسه³.

وفي الحقيقة أن فرضية عدم التطابق بين الحكمين الحكم المستعجل، والحكم في الموضوع، بأن تقضي المحكمة برفض طلب وقف التنفيذ، ولكنها عند نظرها في الموضوع، تحكم بإلغاء القرار المطعون فيه، أو العكس تحكم بوقف تنفيذ القرار، تأتي في الموضوع وتحكم برفض دعوى الإلغاء، محل نظر عند بعض الفقه⁴ فإذا كان للقضاء الإداري الحق في تكوين عقيدته عند نظره لموضوع دعوى الإلغاء، كما سبق بيانه إلا أن اختلاف الحكمين قد يؤدي إلى نتائج غاية في الخطورة من الناحية العملية سواء بالنسبة لجهة الإدارة مصدره القرار المطعون فيه بالنسبة للطاعن المتضرر من هذا القرار، خاصة إذا أخذنا في الاعتبار الفاصل الزمني

¹ طعن إداري رقم 12/ 20 ق جلسة 1974/5/9 السنة العاشرة ، العدد الرابع ص 76

² طعن إداري رقم ق 98/49 سنة وعدد المجلة 3، 4 بتاريخ 2005/5/22م ص 40

³ د. عبد الحكيم فوده، الخصومة الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، 1996 ص 411

⁴ د. محمد عبد الله الحراري، مرجع سبق ذكره، ص 503

الذي قد يمتد إلى سنة أو أكثر بين الحكامين، وفي حال عدم تطابق الحكامين فإن تغييرات قد تحدث خاصة فيما يتعلق بقرار نزع العقار للمنفعة العامة وتكون إزالتها شبه مستحيلة لذا فإن الأمر سيتحول إلى تعويض وفقاً لقواعد المسؤولية المدنية وبذلك فإن التدقيق والتروى أثناء نظر طلب وقف التنفيذ من شأنه تفادي هذه النتائج خطيرة.

ولكن يجدر بنا القول أن كان الحكم الصادر في الشق المستعجل، وإن كان لا يقيد الدائرة الإدارية التي أصدرته عند نظرها في الدعوى الموضوعية، فقد يكون نفس الحكم أو قد يخالفه، إلا أنه يقيد بها فيما يتعلق بمسألة اختصاصها بنظر دعوى الإلغاء، بحيث لا يجوز لها بعد أن قبلت النظر فيطلب وقف التنفيذ أن تعود عند نظر طلب الإلغاء لتقضي بعدم اختصاصها.

وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في العديد من أحكامها حيث تقول في حكمها الصادر بتاريخ 2005/1/2م على أنه (... متى قضت المحكمة في الشق المستعجل من الطعن الإداري المتعلق بطلب وقف تنفيذ القرار محل الطعن بالإلغاء في خصوصية اختصاص المحكمة وقبول الدعوى وغير ذلك من المسائل الفرعية، فلا يجوز لها أن تعود عند نظر طلب الإلغاء فتفصل من جديد في مسألة من تلك المسائل لأن حكمها الأول قضائي نهائي...)¹.

الفرع الثاني / أثر الحكم في الموضوع على الحكم في الشق المستعجل

مما لا ريب فيه أن صدور الحكم في الدعوى الأصلية المتعلقة بطلب إلغاء القرار الإداري له أثر مباشر على الحكم الذي صدر من قبل في طلب وقف تنفيذ القرار المطلوب إلغاؤه سواء كان هذا الحكم بإلغاء القرار الإداري أو برفض الدعوى ويترتب على الطبيعة المؤقتة للحكم بوقف التنفيذ زوال كافة آثاره القانونية إذا تم رفض الدعوى الأصلية كما أنه لن يكون ذي جدوى إذا صدر الحكم بإلغاء القرار لأن إلغاء يؤدي إلى اعتباره كأن لم يكن ومن ثم تزل كافة آثاره من وقت صدوره.

وبذلك قضت المحكمة العليا في حكمها الصادر بتاريخ 2005/1/30 بقولها (... إن الحكم الصادر في طلب وقف تنفيذ القرار الإداري وإن كان حكماً مؤقتاً له مقومات الأحكام ويجوز قوة الشيء المحكوم فيه في الخصوص الذي صدر فيه

¹ لطن إداري رقم 48/116، مجموعة أحكام المحكمة العليا، القضاء الإداري 2005، ص 35

ويجوز الطعن فيه استقلاً أمام المحكمة العليا إلا أنه يظل معلقاً على نتيجة الحكم الصادر في الدعوى فيزول كل أثر له فيما قضى به في طلب وقف التنفيذ قبولاً أو رفضاً بصدر حكم في موضوع الدعوى ويصبح بالتالي غير ذي موضوع (...)¹.

المطلب الثاني / الحكم بوقف التنفيذ له مقومات الأحكام القضائية

سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين نخصص الفرع الأول لدراسة الحكم بوقف التنفيذ له قوة الشيء المقضي به، أما الفرع الثاني سيكون لدراسته بكونه حجة على الكافة، وذلك على النحو الآتي :-

الفرع الأول / الحكم بوقف التنفيذ له قوة الشيء المقضي به

من المسلم فقهاً وقضاءً إن الحكم الصادر بشأن وقف تنفيذ القرار الإداري المطعون فيه بدعوى الإلغاء من الأحكام القطعية²، فهو يحسم النزاع في الشق المستعجل لذا فهو يتمتع بحجية الشيء المقضي به فيما صدر فيه وبذلك فإنه يجوز الطعن فيه بشكل مستقلاً بكافة طرق الطعن المقررة قانوناً للطعن في الحكم الصادر بدعوى الإلغاء، ولقد بنيت المادة (19) من قانون القضاء الإداري رقم (88) لسنة 1971م الأحوال التي يجوز الطعن فيها أمام المحكمة العليا في الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف وهي منعقدة بهيئة قضاء إداري على النحو الآتي :-

- 1 . إذا كان الحكم المطعون فيه مبيناً على مخالفة القانون أو خطأ في تطبيقه أو تأويله.
2. إذا وقع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم.
- 2 . إذا صدر الحكم خلافاً لحكم سابق حاز قوة الشيء المحكوم فيه سوء دفع بهذا الدفع أو لم يدفع.

ويكون لذوي الشأن وللنيابة العامة الطعن بالنقص في تلك الأحكام خلال ستين يوماً من تاريخ إعلان الحكم وتطبيق في شأنه الطعن بالإجراءات المقررة للطعن بالنقض

¹ طعن إداري رقم 48/78 مجموعة أحكام المحكمة العليا، القضاء الإداري، 2005، ص 86
² الحكم القطعي هو الذي يحسم النزاع في موضوع الدعوى أو في شق منه أو في مسألة متفرعة عنه، راجع في ذلك د. إبراهيم أبو النجا، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية، الطبعة الأولى، 1998 ص 468، وكذلك د. أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية دار المعارف، الطبعة الحادية عشر 1975

المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية ولا يترتب على الطعن وقف تنفيذ الحكم إلا إذا أمرت المحكمة بغير ذلك.

وغني عن البيان أن حجية الحكم الصادر بوقف التنفيذ على موضوع ما فصل فيه من وقف التنفيذ أو رفضه بل تشمل تلك الحجية المسائل الفرعية السابقة على الفصل في موضوع دعوى الإلغاء كالدفع بعدم الاختصاص أو عدم قبول الدعوى لرفعها بعد الميعاد أو لأن القرار المطعون فيه ليس نهائياً¹.

ولقد أكدت المحكمة العليا على أن الحكم بوقف التنفيذ حكم يتمتع بكافة مقومات الأحكام وخصائصها ويحوز قوة الشيء المحكوم فيه ففي حكمها الصادر بتاريخ 1974/5/9 تقول (... بأن القضاء بوقف تنفيذ القرار الإداري أو رفض طلب وقف التنفيذ لا يعد أن يكون فصلاً في موضوع مستقل هو الشق المستعجل في الخصومة المتعلق بتنفيذ القرار المطعون فيه وبه تتأثر مراكز الخصوم من حيث تنفيذ القرار وينحسم النزاع في هذا الشق بحكم له مقومات الأحكام وخصائصها ويحوز قوة الشيء المحكوم فيه في الخصوص الذي صدر فيه ...)².

الفرع الثاني / الحكم بوقف التنفيذ حجة على الكافة

نظراً لتمتع الحكم الصادر بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه بحجة الشيء المحكوم فيه، فإنه يعتبر حجة على الكافة، بما فيها الجهة مصدرة القرار الإداري المحكوم بوقف تنفيذه، ومن ثم تلتزم بأعمال مقتضى الحكم والكف عن تنفيذ القرار أو عن الاستمرار في تنفيذه، إذا سبق لها أن بدأت في التنفيذ وإن لم تفعل ذلك عرضت نفسها للمساءلة القانونية³.

فالحكم الصادر بوقف تنفيذ القرار الإداري المطعون فيه بدعوى الإلغاء يحوز نفس حجية الحكم الصادر في الدعوى الأصلية، وطالما أن دعوى الإلغاء تهدف إلى حماية مبدأ المشروعية، كان للحكم الصادر بشأنها حجة على الكافة، ذلك أنها تؤدي إلى إعدام القرار الإداري، ومن غير المنطقي أن يكون قائمة بالنسبة لبعض الناس ومعدوماً بالنسبة لبعضهم الآخر، وهذا الحجية للحكم الصادر بإلغاء القرار،

¹ د. مازن ليلو راضي، القضاء الإداري، دراسة لأسس ومبادئ القضاء الإداري في العراق، ص 2014

² هدى صالح موسى البرعصي، مرجع سبق ذكره، ص 336

³ د. عمر محمد السيوي، مرجع سبق ذكره، ص 342

أما الحكم الصادر برفض الإلغاء أو وقف التنفيذ فإنه لا يكتسي سواء الحجية النسبية.

لذا فإن العلة من تتمتع الحكم بالإلغاء بكونه حجة على الكافة، تتوافر أيضاً في الحكم بوقف تنفيذ القرار الإداري، فمن غير المعقول أن يتم إيقاف القرار الإداري بالنسبة لبعض دون غيرهم، ولهذا يكون له حجة على الكافة.

وتأسيساً على ذلك فإذا ما امتنعت الإدارة عن تنفيذ حكم وقف التنفيذ، فإن ذلك يعد بمثابة قرار سلبي يجوز الطعن فيه بدعوى الإلغاء، طبقاً لما نصت عليه المادة الثانية من قانون القضاء الإداري رقم 88 لسنة 1971م بقولها (...ويعتبر في حكم القرارات الإدارية رفض السلطات الإدارية أو امتناعها عن اتخاذ قرار أو إجراء كان من الواجب عليها اتخاذه وفقاً للقوانين أو اللوائح).

كما أن المشرع قد فرض جزاء يوقع على الإدارة في حال امتناعها عن تنفيذ الأحكام القضائية بصفة عامة ومن بينهم الحكم بوقف التنفيذ إذ أنه حكم له مقومات الأحكام القضائية وخصائصها كما سبق وأن أسلفنا، وهذا الجزاء قد يكون وفقاً لقواعد المسؤولية المدنية وطبقاً لما نصت عليه المادة (166) مدني من أن كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم مرتكبه بالتعويض.

هذا فضلاً عن الجزاء الجنائي الذي أقره المشرع بالمادة رقم (234) من قانون العقوبات التي نصت على أن (يعاقب بالحبس والعزل لكل موظف عمومي استغل وظيفته لإيقاف تنفيذ الأوامر الصادر من الحكومة أو تنفيذ القوانين ... ويعاقب بالعقوبة ذاتها لكل موظف عمومي امتنع عن تنفيذ حكم أو أمر ما ذكر بعد عشرة أيام من إنذاره على يد محضر إذا كان تنفيذ الحكم أو الأمر داخلاً في اختصاصه) وبهذا تكون الدعوى الجنائية وسيلة لإجبار الأفراد على تنفيذ القرارات الإدارية واحترامها.

الخاتمة

من خلال البحث في موضوع وقف تنفيذ القرار الإداري تبين أن العلاقة بين طلب وقف التنفيذ وطلب الإلغاء، هي علاقة الأصل بالفرع، إذ أنه طلب وقف التنفيذ تابع لطلب الإلغاء وتمهيداً له، لذا نص المشرع على ضرورة تضمينه بصحيفة دعوى الإلغاء ذاتها، واعتبر القضاء ذلك شرطاً جوهرياً يترتب على إغفاله رفض طلب وقف التنفيذ.

كما اشترط المشرع أن تتوافر حالة الاستعجال لقبول الطلب الوقف والتي تعني أن نتائج تنفيذ القرار الإداري قد يكون من المتعذر معالجتها لاحقاً، بالإضافة إلى أن القضاء الإداري قد ابتدع شرطاً ثالثاً لقبول الطلب وهو رجحان الحكم بالإلغاء وهو ما يعرف بشرط الجدية، أي أن تكون هنالك أسباب قوية يرجح معها أن المحكمة ستقضي بإلغاء القرار، لا بد لقبول طلب وقف التنفيذ من توافر هذه الشروط مجتمعة وإلا كان على الدائرة الإدارية بمحكمة الاستئناف رفض الطلب، كما أن طبيعة الأحكام المستعجلة تكمن في كونها تسبق الفصل في موضوع الدعوى فهي إذاً أحكام مؤقتة، ومن ثم فإنها لا تقيد قاضي الموضوع عند نظره في الدعوى الأصلية فقد يحكم في الشق المستعجل بالرفض ثم يأتي ويحكم في الموضوع بإلغاء القرار

أن للحكم الصادر بوقف التنفيذ حجة على الكافة تشمل تلك الحجية المسائل الفرعية السابقة على الفصل في موضوع دعوى الإلغاء كالدفع بعدم الاختصاص أو عدم قبول الدعوى لرفعها بعد الميعاد أو لأن القرار المطعون فيه ليس نهائياً. وبذلك فإن طلب وقف التنفيذ يعد مكملاً للحماية التي منحها المشرع للأفراد من خلال دعوى الإلغاء في حال تعسف السلطة التنفيذية.

Suspension of implementation of the administrative decision

The suspension of the execution of the administrative decision is so closely linked to the extent that the legislator has conditioned his acceptance to include the request for the stay in the newspaper of the cancellation claim itself, and not in a separate newspaper. Then came the administrative judiciary to

impose another condition, which is not provided by the legislator, a seriousness, which means that the grounds on which the request for suspension must be strong reasons to be likely to cancel the decision, and the ruling issued by the suspension of the special nature of being a temporary provision, It does not restrict the revolving Issued by the judgment in the original case (case of cancellation), it is a suspended sentence on the outcome of a subject, which, if passed, eliminated all traces of the suspended sentence becomes irrelevant.

In spite of this, it is a definitive judgment that has all the elements and characteristics of the judgments, and it challenges independence in the same circumstances as the appeal of the cancellation, as it has an argument to all, as it is inconceivable that the decision is the position of some and effective for others.

قائمة المراجع

- إبراهيم أبو النجا، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي، دار الجامعة الجديدة، بالإسكندرية، الطبعة الأولى، 1998.
- أحمد أبو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية، دار المعارف، الطبعة الحادية عشر، 1975.
- أحمد عمر بوزقية، قانون المرافعات، الجزء الأول، منشورات جامعة قاريونس، بنغازي، الطبعة الثانية.
- حسن كيره، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، بالإسكندرية، سنة 1993.
- سليمان الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الأول قضاء الإلغاء، مراجعة وتنقيح د. عبد الناصر ابوسمهدانة، ود. حسين إبراهيم خليل دار الفكر العربي، بالقاهرة، الطبعة الأولى، 2015.
- عبد الحكيم فودة، الخصومة الإدارية، أحكام دعوى الإلغاء والصيغ النموذجية لها، دار المطبوعات الجامعية، لسنة 1996.
- عبد الغني بسيوني عبد الله، وقف تنفيذ القرار الإداري في أحكام القضاء الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، 2007.
- عبد القادر محمد شهاب، أساسيات القانون الحق في القانون الليبي، منشورات جامعة قاريونس، بنغازي، الطبعة الخامسة، 2006.
- عمر محمد السيوي، الوجيز في القضاء الإداري، دار الفضيل، بنغازي لسنة 2013م.
- مازن ليلو راضي، القضاء الإداري دراسة الأسس ومبادئ القضاء الإداري في العراق.
- محمد عبد الله الحراري، الرقابة على أعمال الإدارة في القانون الليبي، المكتبة الجامعة، الطبعة السادسة، لسنة 2019.
- محمد فؤاد عبد الباسط، القرار الإداري، دار الجامعة الجديدة، بالإسكندرية، سنة 2005.
- مصطفى عبد الحميد دلاف، حقوق الموظف العام وواجباته في القانون الليبي، دار جين للطباعة والنشر، بالبيضاء، الطبعة الأولى، لسنة 2018.
- نصر الدين مصباح القاضي، النظرية العامة للتأديب في الوظيفة العامة، دار الفكر العربي، بالقاهرة، الطبعة الثانية 2002.
- هدى صالح موسى البرعصي، القضاء المستعجل في القانون الليبي والمقارن، دار الفضيل، بنغازي، لسنة 2010.

مقالات وتعليقات قانونية

المستشار : الأستاذ جمعة عبدالله ابوزيد

ظاهرة عدم نشر القوانين والقرارات التنظيمية في الجريدة الرسمية
المستشار : الأستاذ جمعة عبدالله ابوزيد.....

لقد صدر القانون رقم 8 لسنة 2011 بتاريخ 6 / 12 / 2011 نشر بتاريخ 6 / 3 / 2012 في الجريدة الرسمية و يعمل به اعتباراً من 6 / 12 / 2011 وقد نصت المادة (1) منه على أن ((تنشأ وفقاً لأحكام هذا القانون جريدة رسمية لليبيا ويكون صدورها باللغة العربية كما يكون لها موقع إلكتروني تنشر به نسخة إلكترونية منها.)) كما نصت المادة (2) منه على أن ((ينشر في الجريدة الرسمية ما يلي:

- 1- القوانين والقرارات الصادرة عن السلطة التشريعية المختصة.
 - 2- القرارات واللوائح التنظيمية الصادرة عن مجلس الوزراء.
 - 3- اللوائح التنفيذية للقوانين.
 - 4- نصوص الاتفاقيات والمعاهدات الدولية والإقليمية التي تصادق عليها السلطة التشريعية.
 - 5- البيانات الصادرة عن السلطة التشريعية.
 - 6- القرارات التنظيمية الصادرة عن رئيس وزراء الحكومة.
 - 7- أصول وخصوم مصرف ليبيا المركزي.
 - 8- قرارات مصرف ليبيا المركزي بإبطال مفعول أي فئة من النقود الورقية أو المعدنية.
 - 9- قرارات مصرف ليبيا المركزي بمنح الإذن لأي مصرف تجاري بالعمل في ليبيا أو بالاندماج في مصرف آخر أو إلغاء الإذن الممنوح له.
 - 10- قرارات قيد محرري العقود أو إلغائها أو وقفهم عن العمل.
 - 11- قرارات نزع الملكية للمنفعة العامة.
 - 12- الإعلان عن بيع بالمزاد العلني تنفيذاً للأحكام أو الأوامر القضائية.
 - 13- الإعلان عن تلف أو ضياع الكمبيالات أو الصكوك المصدقة والقرارات المتعلقة بإعدامها واعتبارها كأن لم تكن.
 - 14- شهر وتسجيل براءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية والعلامات التجارية.
 - 15- الإعلان عن ضياع أختام محرري العقود أو سرقتها.
 - 16- الإعلان عن دعوة الجمعيات العمومية للشركات المساهمة للانعقاد في دورات غير عادية.
 - 17- ما تنص القوانين على نشره في الجريدة الرسمية.
- ولا يجوز أن ينشر في الجريدة الرسمية غير المواد المذكورة.)) ثم نصت المادة

(6) منه على أن ((تعتبر أعداد الجريدة الرسمية التي تصدر وفقاً لأحكام هذا القانون حجة بما ورد فيها دون حاجة إلى أي دليل آخر.)) كما نصت المادة (7) منه على أن ((تتولى وزارة العدل توزيع أعداد الجريدة على الجهات المختصة بمقابل أو بدونه وتحدد بقرار من وزير العدل أسعار الجريدة الرسمية وقيمة الاشتراك السنوي فيها)).

ومع تحفظنا على المادة 7 والتي صيغت بطريقة وكأن توزيع الجريدة يكون فقط للجهات المختصة ، والأصل أن تكون الجريدة الرسمية متاحة لجميع المواطنين حتى يلتزموا بقواعدها ، وليست لجهات المختصة فقط ، إلا أن ما يلاحظ أن مجلس الوزراء قد اصدر عشرات بل مئات القرارات بإنشاء هيئات ومؤسسات وقرارات تنظيمية لم تنشر بالجريدة الرسمية كذلك قرارات من مجلس النواب ومن رئيس المجلس ومن المجلس الرئاسي ومن البلديات والوزارات ومن رئيس مجلس الوزراء إضافة إلى عدد من القوانين الخ فإنها لم تنشر بأي شكل ويضطر صاحب المصلحة أن يتحصل على صورة غير رسمية من القرارات ليقدمها لجهات الاختصاص أو للقضاء عند وجود خصومة ، ورغم أن المادة الأولى قد نصت على وجوب إنشاء موقع الكتروني تنشر فيه صورة الكترونية من الجريدة الرسمية إلا أن موقع الجريدة الرسمية بوزارة عدل طرابلس

(<http://itcadel.gov.ly/newspaper-catgs/official/>) كان آخر عدد نشر فيه

بتاريخ لعدد (2) السنة السادسة 21 شوال 1438 هـ الموافق 6/7/2017 أما وزارة العدل بالبيضاء فلم تنشأ أي موقع وتصدر أعدادا محدودة من الجريدة الرسمية ... ولم تعمم الجريدة الرسمية على نطاق واسع حتى تلك التي صدرت منذ سنة 2011 ... مما يجعل خبراء القانون في حيرة من أمرهم إلى أن يفاجأ البعض منهم بصور قرار أو قانون لا يعلمون عنه شيئاً ... ولو أخذنا على سبيل المثال جارتنا جمهورية مصر العربية فإن الموقع الرسمي لجريدة الوقائع تكاد أن تصدر يوميا تبين جميع قرارات الدولة بما فيها المقاضاة ... يسمى هذا في لغة القانون المعاصرة الشفافية ... وهي حق المواطن في الاطلاع على كافة قرارات وقوانين الدولة ذكرني هذا الأمر بواقع مضحكة وهي انه في ثمانينات القرن الماضي طلبنا من هيئة امن الجماهيرية قانون إنشاء الهيئة نظرا لوجود دفع بحصانة احد المتهمين من أعضاء الهيئة من التحقيق ورفع الدعوى فكان الرد علينا أن هذا القانون سري لايجوز إعطائه لأحد .لقد ورد نص صريح في مقترح فبراير المادة 20 على أن ((تكون التشريعات نافذة بعد انقضاء خمسة عشر يوما من تاريخ نشرها في الجريدة الرسمية ويجوز تخفيض هذا الميعاد أو إطالته بنص خاص فيها.)) وعلى سبيل المثال فإن مقترح فبراير نفسه رغم انه نص دستوري لم يتم نشره في الجريدة الرسمية

ورأيت هنا أن ادعم هذا المنشور بحكم صادر من المحكمة الدستورية في جمهورية مصر العربية قضت فيه بعدم دستورية قرار تنظيمي بكامله لعدم نشره في الجريدة الرسمية وما يترتب عليه من آثار وهو ما يمكن أن يصدر من القضاء الليبي مما سيخرج الدولة

((وحيث إن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن الدولة القانونية، وعلى ما تنص عليه المادة (65) من دستور سنة 1971، هي التي تنقيد في ممارستها لسلطاتها، أيًا كانت وظائفها أو غاياتها، بقواعد قانونية تعلو عليها، وتردها على أعقابها إن هي جاوزتها، فلا تتحلل منها، ذلك أن سلطاتها هذه، وأيا كان القائمون عليها، لا تعتبر امتيازات شخصيًا لمن يتولونها، ولا هي من صنعهم، بل أسستها إرادة الجماهير في تجمعاتها على امتداد الوطن، وضبطتها بقواعد آخرة لا يجوز النزول عنها، ومن ثم تكون هذه القواعد قيدًا على كل أعمالها وتصرفاتها، فلا تأتيها إلا في الحدود التي رسمها الدستور، وبما يرضى مصالح مجتمعها.

وحيث إن مضمون القاعدة القانونية التي تعتبر إطارًا للدولة القانونية تسمو عليها وتقيدها، إنما يتحدد، من منظور المفاهيم الديمقراطية التي يقوم نظام الحكم عليها على ما تقضى به المواد (1، 3، 4) من دستور سنة 1981، على ضوء المعايير التي التزمها الدول الديمقراطية في ممارستها لسلطاتها، واستقر العمل فيما بينها على انتهاجها باطراد في مجتمعاتها، فلا يكون الخضوع لها إلا ضمانًا لحقوق مواطنيها وحررياتهم، بما يكفل تمتعهم بها أو مباشرتهم لها دون قيود جائزة تنال من محتواها أو تعطل جوهرها.

وحيث إن إخطار المخاطبين بالقاعدة القانونية، بمضمونها، يعتبر شرطًا لإنبائهم بمحتواها، وكان نفاذها، تبعًا لذلك، يفترض إعلانها من خلال نشرها، وحلول الميعاد المحدد لبدء سريانها. وكان ذلك مؤداه أن دخول هذه القاعدة مرحلة التنفيذ مرتبط بواقعتين تجريان معًا وتتكاملان، وإن كان تحقق ثانيتهما معلقًا على وقوع أولاهما، هما نشرها وانقضاء المدة التي حددها المشرع لبدء العمل بها، وكان من المقرر أن كل قاعدة قانونية، سواء تضمنها قانون أو لائحة، لا يجوز اعتبارها كذلك، إلا إذا قارنتها صفتها الإلزامية التي تمايز بينها وبين القاعدة الخلقية، فإن خاصيتها هذه تعتبر جزءًا منها، فلا تستكمل مقوماتها بفواتها.

وحيث إن ما تقدم مؤداه أن نشر القاعدة القانونية ضمان لعلاقتها وذيوع أحكامها واتصالها بمن يعينهم أمرها، وامتناع القول بالجهل بها، وكان هذا النشر يعتبر كافيًا وقوفهم على ماهيتها ومحتواها ونطاقها، حائلًا دون تنصلهم منها، ولو لم يكن علمهم بها قد صار يقينيًا، أو كان إدراكهم لمضمونها واهيًا، وكان حملهم قبل نشرها على النزول عليها، وهم من الأغيار في مجال تطبيقها، متضمنًا إخلالًا بحرياتهم أو بالحقوق التي كفلها الدستور، دون التقيد بالوسائل القانونية التي حدد

تخومها وفصل أوضاعها، فقد تعين القول بأن القاعدة القانونية التي لا تنشر، لا تتضمن إخطارًا كافيًا بمضمونها ولا بشرط تطبيقها، فلا تتكامل مقوماتها التي اعتبر الدستور تحققها شرطًا لجواز التدخل بها لتنظيم الحقوق والحريات على اختلافها.

وحيث إنه متى كان ذلك، وكان الثابت بالأوراق أن القرار المطعون فيه لم ينشر في الجريدة الرسمية "الوقائع المصرية"، وذلك بالمخالفة للنصوص المتقدمة ونص المادة (188) من دستور سنة 1971، ومن ثم فإن تطبيقه على المدعى قبل نشره، يزيل عن القواعد التي تضمنها صفتها الإلزامية، فلا يكون لها قانونًا من وجود.

وحيث إن مؤدى ما تقدم مخالفة أحكام القرار المطعون فيه، جميعها، لنصوص المواد (1، 3، 4، 64، 65، 188) من دستور سنة 1971، الأمر الذي يتعين معه القضاء بعدم دستوريته برمته ((.

المحكمة الدستورية المصرية في الطعن 37/14 ق الجريدة الرسمية - العدد 6 مكرر (ب) - السنة الستون 15 فبراير سنة 2017م

إشكاليات المادة 70 من القانون رقم 10 لسنة 1984

بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهما.

المستشار : الأستاذ جمعة عبدالله ابوزيد.....

عندما صدر القانون المذكور كان نص المادة (70) الواردة في فصل الحضانة كالآتي : ((أ) يحق للمطلقة الحاضنة أن تسكن في مسكن مناسب ما دام حقها في الحضانة قائماً .

ب) إذا انتهت الحضانة أو قام بالحاضنة مانع سقط حقها في السكن.)) وهذا النص متفق مع أحكام الشريعة الإسلامية المستقرة ، باعتبار أن السكن يدخل ضمن النفقة التي هي المسكن والمأكل والملبس التي تستحقها الحاضنة.

إلا أنه ظهرت بعض المشاكل العلمية المتمثلة في شكوى بعض النساء إلى القضاة خاصة الأجنيات اللاتي كن متزوجات من ليبيين ، وعندما تنتهي مدة الحضانة يتم إخراجهن من بيت الحضانة ولا يجدن مأوى لهن لعدم وجود ولي ولا يستفدن من قانون الضمان أو التضامن الاجتماعي ، إحدى الشكاوى كانت من امرأة مصرية تزوجت من ليبي كزوجة ثانية ولم تنجب منه ، وبعد مضي ربع قرن على الزواج طلقها ، وعندما ذهبت إلى مصر كان والداها قد توفيا وتم بيع شقة الوالدين من قبل الورثة ولم يبق لها شيء فلم تجد المأوى فرجعت إلى ليبيا وقدم شكواها للقيادة في ذلك الوقت ، وعليه تم تعديل المادة (70) بتاريخ 1994/3/23 بحيث استبدل النص السابق بنص جديد وهو الساري المفعول الآن صياغته كالآتي ((أ) لا يجوز المساس بحق المرأة الحاضنة أو معدومة الولي في البقاء ببيت الزوجية بعد طلاقها أو وفاة زوجها ما لم تأت بفاحشة.

ب) إذا انتهت الحضانة أو قام بالحاضنة مانع سقط حقها في السكن.)) فحشرت عبارة معدومة الولي ضمن الفقرة الأولى . وهذا النص يعالج مسألتين : الأولى هي الحاضنة ، والثانية : هي معدومة الولي ولو لم تكن حاضنة ومن باب أولى إذا كانت حاضنة . والمشكلة ليست في الحاضنة إنما هي في معدومة الولي ولم يقيد النص الزواج بمدة معينة حتى يعطي هذا الحق لمعدومة الولي بمعنى أن معدومة الولي تبقى في بيت الزوجية إلى أن تموت أو تتزوج غيره . وكان النص السابق ينص على أن للحاضنة سكن مناسب أما النص الحالي فنص على أن تبقى في بيت الزوجية . المشكلة الأخرى هي أنه ليس في جميع الأحوال يكون الزوج مالكا لبيت الزوجية فقد يكون مستأجرا ثم يقوم بتسليمه للمؤجر أو يكون مملوكا لولده أو لأخيه وليس له . وفي التطبيق العملي فإن اللد في خصومات الزوجية قد يبلغ أشده ويصبح كل منها يكيد للآخر .. وأقصى درجات الكيد هي أن يقوم الزوج ببيع بيت الزوجية وتسليمه للمشتري أو قد يقوم بهدمه فتصبح الحاضنة بدون مأوى لها

وللمحضونين وهي مشاكل عملية لم يوجد لها القانون الليبي الحل المناسب وقبل صدور القانون رقم 10 لسنة 1984 كان قضاة الأحوال الشخصية يطبقون المشهور في مذهب الأمام مالك والمشهور يعطي للقاضي إيجاد الحل المناسب والمحقق للعدالة فهو قضاء ملاءمات وليس قضاء نصوص وكان يجري العمل على توفير البديل النقدي الكافي لإيجار سكن مناسب ، أما مشكلة معدومة الولي فلم تكن تدخل في الحضانة إلا بالنص عليها استثناء في هذا النص ، فافترض المشرع بتعديله أن جميع الوقائع مماثلة للواقعة التي بسببها عدل النص ولم يفترض أن معدومة الولي قد تكون صغيرة في السن و لم يمض على الزواج الا اشهر قليلة فكيف يكون لها أن تستولي على بيت الزوجية ، هذه المشكلة الإنسانية حلها لا يكون بحشر النص في التعديل المذكور بل يكون بالتزام الدولة بتوفير المأوى لمعدومة الولي مثل البيت الاجتماعي ، وكان الأجدر اعطاء المرأة الأجنبية المتزوجة من ليبي الحق في الجنسية الليبية بقوة القانون بمضي خمس سنوات من الزواج وهي المدة التي عادة تستقر فيها الحياة الزوجية وتتضح جديتها بحيث تستفيد من قانوني الضمان ولا تضامن الاجتماعي أو الحق في الإقامة مع الاستفادة من قانون التضامن الاجتماعي لا ان تلزم الزوج المطلق بهذا العبء لمرأة لا ولد لها وليست حاضنة ، لقد كان المشرع المصري أكثر تقدما وتفهما لهذه الظروف بإصداره قانون الأسرة الذي تضمن قواعد عن طريقها تحل مشاكل المرأة عن طريق خزانة المحكمة سواء في النفقة أو في بديل السكن ثم تقوم المحكمة بمطالبة من تجب عليه النفقة وإذا عجز فإن تعطيبتها تكون من المال العام .

أن المحكمة العليا في العديد من مبادئها خففت من غلواء هذا التعديل في العديد من مبادئها ولكنها لا تستطيع الخروج عن النص فاجتهادها دائما في حدود النص ومن هذه المبادئ اخترنا الآتية :

((1- أن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن أمر تحديد السكن المناسب للحاضنة ومدى كفايته لحاجة المحضونين مما يدخل في سلطة محكمة الموضوع التقديرية ، كما أنه من المقرر كذلك أن مسألة تقدير نفقة المحضونين وأجرة حضانتهم مما يدخل في سلطة محكمة الموضوع ، وكان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن المرافق المقضي بها للمطعون ضده لا علاقة لها ببيت الزوجية المحكوم به للطاعة وأن به ما يكفي حاجة المحضونين ومكمل المرافق ، وقد ثبت ذلك من الكشف الذي أجرته المحكمة المطعون في حكمها على تلك المرافق فإن ما تثيره الطاعة في هذا الخصوص لا يخرج عن كونه مجادلة لمحكمة الموضوع في تقديرها لمدى كفاية المسكن المقضي به للطاعة وللمحضونين وهو ليس بالأمر المقبول أمام هذه المحكمة 33 / 46 ق))

((2- إنه وإن كانت نفقة الأقارب بما فيهم المحضونين طبقا لأحكام الفقه

الإسلامي تشمل السكن وغيره مما يلزم لمقومات الحياة وهو ما نصت عليه المادة 22 من القانون رقم 10 لسنة 1984 ف بشأن أحكام الزواج والطلاق وأثارهما بقولها :- " تشمل النفقة المسكن والطعام والكسوة والعلاج وكل ما به مقومات الحياة " . إلا أنه حسماً للمنازعات التي تثور بشأن المسكن بالنسبة للمحضونين وحاضنتهم فقد نصت المادة 70 من القانون المشار إليه على أنه :-
"يحق للمطلقة الحاضنة أن تسكن في سكن مناسب مادام حقها في الحضانة قائماً"
ثم صدر القانون رقم 27 لسنة 71 بشأن تعزيز الحرية* ونص في المادة 27 على أنه " للمرأة الحاضنة حق البقاء في بيت الزوجية مدة الحضانة " . وعلى ضوء ذلك وقع تعديل المادة 70 من القانون رقم 10 لسنة 84 السالفة الذكر بمقتضى القانون رقم 9 لسنة 1423م وأصبح نصها :-

"لا يجوز المساس بحق المرأة الحاضنة أو معدومة الولي في البقاء في بيت الزوجية بعد طلاقها أو وفاة زوجها ما لم تأت بفاحشة " . ويبين من هذه النصوص أن المشرع وإن كان لم يحدد المقصود ببيت الزوجية إلا أنها قاطعة الدلالة على أن حق البقاء في بيت الزوجية هو حق للمرأة الحاضنة وليس حقاً للمحضون إذ لو كان حقاً له لنص المشرع على ذلك صراحة أو لم يستلزم أن يتوفر في الحاضنة شرط طلاقها أو وفاة زوجها ، وبالإضافة إلى ذلك فإنه يجوز وفقاً للفقرة (ج) من المادة 48 من القانون رقم 10 لسنة 1984ف أن يكون العوض الذي تبذله الزوجة في حالة المخالعة حق الحضانة أو النفقة أو مؤخر الصداق ، والنفقة فقها وقانوناً تشمل السكن كما سلف بيانه فلو كان السكن من حق المحضون لما جاز للحاضنة التنازل عنه ، وينبغي على ذلك انه يجوز للحاضنة أن تتنازل عن حقها في البقاء في بيت الزوجية أو استبداله ببيت آخر . لما كان ذلك وكان الثابت من محضر الصلح المبرم أمام محكمة غريان الجزئية في الدعوى رقم 1994\25\1 بتاريخ 1994\10\31ف بين زوج الطاعنة - المطعون ضده الأول وشقيقها الذي أثبتت المحكمة أنه وكيلها - إن الزوج اشترط لقبول الصلح أن تنتقل الزوجة من بيت الزوجية إلى جهة أخرى لكثرة مشاكلها مع الجيران وتأثر أبنائه بهذه المشاكل وبعد أن تمت الموافقة على ذلك نص البند الأول من الاتفاق على أنه :- " يوفر المدعى عليه - الزوج - منزلاً لائقاً للسكن تتوفر فيه متطلبات الحياة للمدعية وأبنائها منه بمنطقة طرابلس وفي غير المنطقة التي يقع بها منزل الزوجية وتناولت البنود الأخرى متراكم النفقة وما يستجد منها ومؤخر الصداق والتعويض عن الطلاق .

وقد قررت المحكمة إثبات هذا الصلح وإعطائه قوة السند التنفيذي في مواجهة الطرفين وذيل هذا القرار بالصيغة التنفيذية وقامت الطاعنة بإعلانه إلى زوجها . لما كان ذلك وكان الصلح في حقيقته عقد تستقر به المراكز القانونية لأطرافه

ويمتنع على المحاكم إلغاؤه أو تعديله طالما كان خاليا من عيوب الإرادة عند إبرامه ، وكانت الطاعنة لم تطعن على عقد الصلح بأي مطعن بل قامت بإعلانه إلى المطعون ضده الأول - زوجها - بعد أن منحت الصيغة التنفيذية فإن الحكم المطعون فيه إذ انتهى إلى أعمال هذا الصلح الذي تنازلت فيه الطاعنة بإرادتها عن منزل الزوجية وقبلت بمسكن آخر بديل ، فإنه لا يكون قد خالف القانون .

317 / 45 ق

((3-)) ((2001/04/09)) لما كان الواقع في الدعوى أن الطاعن لا ينازع في حق المطعون ضدها في الحضانة ولا في نفقة ابنه المحضون منها والتي من مشتملاتها سكنه ، ولا في سكن المطعون ضدها كحاضن له ، وإنما انحصر النزاع في حقها بالبقاء في بيت الزوجية دون أن يثبت من الأوراق أن الطاعن قدم للمحكمة المطعون في حكمها أنه أعد مسكنا بديلا عن السكن الذي قضى الحكم المطعون فيه بحق المطعون ضدها في البقاء فيه وأغفلت المحكمة البث فيه ، فضلا عن ذلك كله فإن بيت الزوجية محل النزاع هو مملوك في الأصل للطاعن وكان حق الحاضنة في السكن بمحضونها لا يتعلق بعقار بعينه وإنما يتعلق بذمة والد المحضون مادام موجه قائما فإن قضاء الحكم المطعون فيه بحق المطعون ضدها في البقاء ببيت الزوجية لا يكون مخالفا للقانون . 25 / 49 ق))

((4-)) ن مقتضى نص المادة 70 من القانون رقم 10/84 ف في شأن الزواج والطلاق وآثارهما المعدلة بالقانون رقم 9/23 أن حق الحاضنة بعد انفصام العلاقة الزوجية من زوجها بطلاق أو وفاة يتعلق بالإقامة في بيت الزوجية في حدود حاجتها وما تتسع له حالة مطلقها المادية من يسر وعسر حيث أن حق السكن من مشمولات النفقة الذي يتغير بالزيادة والنقصان بحسب تغير الملزم به وفقا لنص المادتين 24، 22 من قانون الزواج المشار إليه ، وعلى ذلك فإن استحقاقها للإنفراد ببيت الزوجية الذي يقصده المشرع هو أن يكون ما يعطى لها في حدود حاجتها والمحضونين مكتمل المرافق وله مدخله الخاص به وفي حدود قدرة الملزم به المادية ، كما أن إنفرادها به لا يمنعها من المطالبة بغيره إذا كان ما خصص لها منه أصبح لا يتناسب وحاجتها وحاجة المحضونين أو حصل في المركز المالي للمنفق عليها باليسر . 48 / 45 ق))

((5-)) إن حق الحاضنة في السكن لا يتعلق بذمة الزوج باعتباره من مشمولات النفقة الواجبة عليه لولده من الحاضنة وأن الأصل أن يكون للمرأة الحاضنة سواء أكانت مطلقته أو متوفي عنها زوجها الحق في البقاء ببيت الزوجية ، ولا يجوز من غير المساس بهذا الحق إلا إذا انعدم بيت الزوجية أو كان غير صالح للإقامة فيه ، أو أعد لها ولي المحضون سكنا مناسباً ولا يجوز أن يفرض البديل النقدي العيني إلا إذا طلبته الحاضنة ولم ينازع ولي المحضون في ذلك . 11 / 51 ق -6

لما كانت المادة السبعون من القانون رقم 10 لسنة 1984 المعدلة بالقانون رقم 9 لسنة 1423 قد نصت على أنه لا يجوز المساس بحق المرأة الحاضنة أو معدومة الولي في البقاء في بيت الزوجية ما لم تأت بفاحشة . وكان الواقع في الدعوى أن المطعون ضدها طلبت في دعواها تطليقها من الطاعن والحكم لها بحضانة ابنتها منه مع القضاء لها بحق البقاء في بيت الزوجية لتسكن فيه الحاضن ، وكان الطاعن ملزماً قانوناً بالنفقة على ابنته الصغيرة التي لا مال لها كما أنه ملزم بإسكانها ، لأن النفقة تشمل السكن والمأكل والملبس والعلاج وكل ما به مقومات الحياة ، وكان لا يبين من الحكم المطعون فيه أو الحكم المستأنف الذي انتهى إلى تأييده أنه سبق للطاعن أن عرض على المطعون ضدها سكناً مناسباً يكفي لحاجتها وحاجة المحضونة فإن ما انتهى إليه من الحكم لها بحق البقاء في بيت الزوجية لتحضن فيه ابنتها من الطاعن فإنه لا مخالفة فيه للقانون . 19 / 50 ق

((7- ان عدم تمسك الحاضنة في محضر الاتفاق الذي حرر بينها وبين الطاعن بضرورة إيجاد سكن لها لا يمنعها من المطالبة به مستقبلاً إن لم يكن قد خصص لها أو تغييره إن كان غير صالح باعتباره من مشمولات نفقة المحضون التي لا ينازع والده الطاعن في أنها واجبة عليه ، وقد أجازت المادة 24 من القانون رقم 10 لسنة 1984 طلب زيادتها أو إنقاصها لتغير حال المنفق أو أسعار البلاد . ولما كان الشأن في سكن الحاضنة أن يوفره لها عينا من تجب عليه نفقة المحضون ولا يستعاض عنه بالبديل النقدي إلا إذا كان ذلك محل اتفاق بين الطرفين أو طلبته الحاضنة ولم ينازع الملتزم بتوفير السكن العيني في صرف البديل النقدي،

ما معنى أن الصك سند تنفيذي ؟

المستشار : الأستاذ جمعة عبدالله ابوزيد.....

هناك أخطاء جرى عليها العمل في المحاكم الليبية تحتاج إلى طرحها للنقاش وتوضيح الصحيح وغير الصحيح وما يجب أن يكون ، منها انه قد جرى العمل في اغلب المحاكم على أن من بيده صك أو كمبيالة أن يقوم بتنفيذ من خلال أمر أداء . وهذا إجراء غير صحيح لأن الصك أو الكمبيالة هما سند تنفيذي ، ومعنى سند تنفيذي انه قابل للتنفيذ بذاته وكأنه حكم نهائي صادر من القضاء ... كتبت هذا المنشور لأنني وجدت منشورا من احد الأصدقاء يقول فيه :

• هل يمكن التقدم لاستصدار أمر أداء للمطالبة بدين ثابت بالكتابة محدد المقدار حال الأجل ، وذلك بموجب صك للحصول على أصل الحق ، مع العلم بأن هذا الصك لا يقابله رصيد وتم صدور حكم جنائي ضد الساحب وإدانته.

هل توجد أحكام وطعون للمحكمة العليا حول هذا الموضوع تؤيد المطالبة بأصل الحق ؟

• يعلق آخر : يجب أولاً-إخطاره على يد محضر واعطاه فترة سبعة أو عشرة أيام وبعدها لك الخيار بين أمر أداء أو رفع دعوى مدنية

• وآخر يقول : أفكار تدور في ذهني ، أدرك تماماً ما مدى قوة الصك من الناحية الجنائية وكذلك التجارية ، ولكن ما تبادر إلى ذهني ، في حال تقديمه للقضاء المدني لأجل الحصول على أصل الحق باعتبار أن هذا الحق ثابت بالكتابة فقد يرفض أمر الأداء وقد حصلت سابقة قضائية من قبل في مثل هذا الموضوع ، لهذا طرحت السؤال

• ثم يعود فيقول أستاذي يبقى السؤال هو كيف يتم تحصيل قيمة الصك والتنفيذ إذا لم يكن هناك حكم قضائي يلزم بالدفع.

فأقول لهم جميعاً أن القانوني يجب أن لا يقول رأياً إلا إذا اطلع على النصوص المتعلقة بالموضوع محل النقاش . لقد نصت المادة (888) من قانون النشاط التجاري على : القوة التنفيذية للسفتجة (الكمبيالية)

((للسفتجة قوة السند الواجب التنفيذ فيما يتعلق بالأصل والملحقات المبينة في المواد (880، 881، 884).....)) ومثلما فعل المشرع في القانون التجاري الملغى نظم المشرع الأوراق التجارية حيث اعتبر الكمبيالة هي الورقة الرئيسية ثم أحال على أحكامها في الورقتين الأخريين وعندما تحدث عن الصك نص في المادة (969) على أن ((تسري على الصك أحكام المواد (869، 882، 883، 886، 887، 888، 889، 890، 891، 892، 893، 894، 897، 898) من هذا القانون بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع طبيعة الصك.)) بمعنى ان المادة

888 التي اعتبرت الكمبيالة سندا تنفيذيا تنطبق أيضا على الصك فيعتبر هو الآخر سندا تنفيذيا .

ولما كان التنفيذ قد نظمته قانون المرافعات فقد نصت المادة 369 من قانون المرافعات على ((التنفيذ الجبري والسند التنفيذي : التنفيذ الجبري لا يجوز إلا بسند تنفيذي. والسندات التنفيذية هي الأحكام والأوامر والقرارات والعقود الرسمية والكمبيالات والأوراق الأخرى التي يعطيها القانون هذه الصفة))... .
أما أمر الأداء فإنه طريق استثنائي لتنفيذ الديون الثابتة بالكتابة للوصول إلى الحصول على سند تنفيذي للتنفيذ بموجبه ويكون قابلا للطعن و الأشكال وقد نظمتها المادة (778) من قانون المرافعات حيث نصت على أنه ((استثناء من القواعد العامة في رفع الدعاوى - للدائنين بدين من النقود إذا كان ثابتاً بالكتابة أن يستصدروا أمراً بالدفع متى كان الدين معين المقدار حال الأجل. ويجوز أن يكون موضوع الطلب حقاً نشأ لقاء عمل أو بناء على شرط إذا أثبت الطالب أنه قد أوفي بما وجب عليه في ذلك.

ويستثنى من حكم هذه المادة حالة ما إذا كان صاحب الحق دائناً بورقة تجارية وأراد الرجوع على غير الساحب أو المحرر لها أو قابليها فيجب عليه حينئذ إتباع أحكام القانون التجاري.)) وربما الخلط في الفهم أساسه الفقرة الأخيرة من هذه المادة التي تتحدث على أن الدائن لا يريد الرجوع إلى من حرر الورقة أي الساحب بل يريد الرجوع على شخص آخر ليس طرفا في الورقة كالمدين بالتضامن في أصل الدين.

ومن ثم فإن من بيده صك عليه أن يتوجه إلى قلم المحضرين وكأن بيده حكماً قضائياً نهائياً وينفذ مباشرة على الساحب مثلما ينفذ الحكم القضائي على المدعي عليه .. فيطلب فتح ملف تنفيذي ويطلب منحه الصيغة التنفيذية على الصك ويتولى اتخاذ الإجراءات التنفيذية.

ولكن ربما يتساءل أحدهم بأن الصك به مساحة محدودة قد لا تكفي لطبع ختم الصيغة التنفيذية ؟ والجواب على ذلك أن هذه المشكلة سبق وأن أثبتت بالنسبة للتطهير باعتبار أن الصك وجد ليحل محل النقود ويدفع بمجرد الاطلاع ويتم تداوله بطريق التطهير والتطهير يجب أن يكون كتابة إلا أنه يتعين أن يكون على ذات الصك وإذا حدث وامتألت جميع الفراغات بالصك أو بالكمبيالة بحيث لا يوجد مكان لتطهير جديد فلا مانع أن تلصق إضافة إلى الصك أو الكمبيالة كجزء ملحق له شريطة أن تعتبر الورقة الأصلية الكمبيالة مع القطعة اللصيقة بها ورقة واحدة احتراماً لمبدأ الكفاية الذاتية للأوراق التجارية ووحدها وهذا يحدث عادة عندما تتعدد التطهيرات على الكمبيالة .. ومن ثم فإن الصك إذا كان صغيراً بحيث لا يتسع للختم فإنه بالإمكان إلصاق ورقة أخرى به بحيث تكون امتداداً له يطبع

عليها ختم الصيغة التنفيذية وتحصل عليها الرسوم والإجراءات الإدارية الأخرى وهي تعرف بمصطلح ذيل الصك وقد نصت المادة 844 من قانون النشاط التجاري على ذلك صراحة ((يكتب التدوير على ظهر السفتجة، أو على ورقة أخرى متصلة بها "ذيل" ويوقع عليه المدور. وفي الحالة الأخيرة لا يكون التدوير صحيحاً إلا إذا كتب على ظهر السفتجة، أو على الورقة المتصلة بها.)) وقد استعمل المشرع مصطلح (السفتجة) بدلا من مصطلح الكمبيالة الذي كان مستعملا في القانون السابق وكان معروفا لدى المواطنين والسفتجة هي كلمة فارسية معربة بحجة إدخال الكلمات العربية بدلا من المصطلحات الأجنبية رغم أن هذه الكلمة أيضاً أجنبية وغير معروفة ويا ليت له لم يفعل وهي بضم السين أو فتحها (السُفْتَجَةُ ومعناها في القاموس أن يعطي آخر مالا، وللآخر مالاً في بلد المعطي، فَيَوْفِيهِ إِيَّاهُ هناك، فيستفيد أَمَّن الطريق) . أرجو أن أكون قد وضحت للسائل ما طلب توضيحه ... مع ملاحظة أن تحول الخطأ إلى عادة لا يعطيه قيمة قانونية و أرى أنه يفترض إذا عرض كأمر أداء أن يرفض وإذا عرض في الدعوى يحكم بعدم القبول لانتفاء المصلحة ... لأن الهدف والمصلحة من الدعوى هو الحصول على سند تنفيذي والسند التنفيذي موجود بيده وهو يغنيه عن الحكم النهائي....