



الجمهورية العربية الليبية الشعبية الاشتراكية العظمى
اللجنة الشعبية العامة للعدل
إدارة القضايا

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
وَإِنْ حَكَمْتَ فَأَحْكُم بَيْنَهُم بِأَقْسَطِ أِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ
صَدَقَ اللَّهُ الْعَظِيمِ



مجلة

إدارة القضايا

مجلة قانونية نصف سنوية تصدرها
إدارة القضايا بالجمهورية العظمى

ذو الحجة 1377 و.ر.
الكانون (ديسمبر) 2009م

العدد السادس عشر
السنة الثامنة



الجمهورية العربية الليبية الشعبية الاشتراكية العظمى
اللجنة الشعبية العامة للعدل
إدارة القضايا

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
وَإِنْ حَكَمْتَ فَأَحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ
صَدَقَ اللَّهُ الْعَظِيمِ



مجلة

إدارة القضايا

مجلة قانونية نصف سنوية تصدرها
إدارة القضايا بالجمهورية العربية العظمى

ذو الحجة 1377 و.ر

الكانون (ديسمبر) 2009م

العدد السادس عشر

السنة الثامنة

مجلة إدارة القضايا

مجلة قانونية نصف سنوية تصدرها إدارة القضايا بالجمهورية العظمى

رئيس هيئة التحرير

المستشار/ محمد عبدالسلام خليفة

رئيس إدارة القضايا بالجمهورية العظمى

أمين الصندوق

الأستاذ/ عيسى صالح جمعة

الحامي بفرع إدارة القضايا طرابلس

أمين هيئة التحرير

الأستاذة/ هالة محمد علي التبو

الحامي بفرع إدارة القضايا طرابلس

الهيئة الاستشارية للمجلة

أ.د. عمر محمد السيوي

أستاذ القانون العام بكلية القانون جامعة قاريونس

المستشار/ د. عبدالحميد جبريل حسين

رئيس فرع إدارة الخامة الشعبية الجبل الأخضر

المستشار/ د. خليفة سالم الجهمي

رئيس فرع إدارة القضايا بنغازي

* مقر المجلة :

إدارة القضايا – مجمع المحاكم – شارع السيدي – طرابلس

الجمهورية العربية الليبية الشعبية الاشتراكية العظمى

جميع المراسلات المتعلقة بالمجلة توجه باسم رئيس هيئة التحرير أو أمينها على العنوان المبين أعلاه

إدارة القضيبي

* قواعد النشر بالمجلة :

- أن لا يكون العمل المقدم للنشر قد سبق نشره .
- تخضع المواد المقدمة للنشر للتقييم حسب الأصول المتعارف عليها .
- الأعمال المقدمة للنشر بالمجلة لا ترد إلى أصحابها سواء قبلت أم لم تقبل .
- يتعين أن يكون العمل المقدم للنشر مطبوعاً من أصل وصورة ومستوفياً للشروط المتعارف عليه ، ومنسوخاً على قرص مرن أو مضغوط CD بخط Traditional Arabic حجم 14 .
- على صاحب العمل المقدم للنشر إرفاق نبذة موجزة بسيرته وعنوانه .

* الاشتراكات :

يتفق بشأنها مع هيئة تحرير المجلة .

الآراء التي تنشر بالمجلة تنسب لأصحابها ولا تعبر بالضرورة عن رأي هيئة التحرير أو الإدارة

إدارة القضاة

المحتويات

بحوث ودراسات

- 7 الحماية الجنائية للأطفال من الاستغلال الجنسي عبر الإنترنت
الدكتور : سالم محمد الأوجلي
- 49 إشكالية الحد من سلطة المشرع بشأن تقييد الحريات
الدكتور : الهادي علي أبوحمرة
- 54 نظرة في أساس النسب في القانون رقم 10 لسنة 1984
الدكتور : ضوء مفتاح أبوغرارة
- 84 الرقابة القضائية على جوانب التقدير الإداري في القرار التأديبي
المستشار : د. خليفة سالم الجهمي
- 112 التعامل بالأعضاء البشرية في التشريعات الصحية الليبية
الدكتورة : صليحة علي صداقة

التعليقات

- 137 تعليق على قانون المطبوعات الليبي
الأستاذ : أسامة إدريس بيدالله
- 142 تعليق على حكم المحكمة العليا في الطعن المدني رقم 53/303 ق
الأستاذ : عبدالكريم بوزيد المسماري
- 157 تعليق على المادة 14 من القانون رقم 20 بشأن تعزيز الحرية
الأستاذ : طارق محمد الجملي

الأحكام

- حكم الدوائر مجتمعة في الطعن المدني رقم 52/250 ق 203
- حكم الدوائر مجتمعة في الطعن الدستوري رقم 54/2 ق 208
- حكم الدوائر مجتمعة في الطعن الدستوري رقم 55/2 ق 212
- حكم الدوائر مجتمعة في الطعن الدستوري رقم 55/3 ق 220
- حكم الدوائر مجتمعة في الطعن الدستوري رقم 55/5 ق 225
- حكم الدوائر مجتمعة في الطعن الدستوري رقم 56/1 ق 230
- حكم الدائرة الإدارية في الطعن الإداري رقم 55/53 ق 236
- حكم الدائرة الإدارية في الطعن الإداري رقم 55/159 ق 240
- حكم الدائرة الإدارية في الطعن الإداري رقم 55/140 ق 244
- حكم الدائرة الإدارية في الطعن الإداري رقم 55/96 ق 248
- حكم الدائرة الإدارية في الطعن الإداري رقم 55/185 ق 252
- حكم الدائرة الإدارية في الطعن الإداري رقم 55/193 ق 258
- حكم الدائرة المدنية الأولى في الطعن المدني رقم 54/91 ق 262
- حكم الدائرة المدنية الأولى في الطعن المدني رقم 54/710 ق 267
- حكم الدائرة المدنية الثانية في الطعنين المدنيين رقمي 320 و 53/336 ق 271
- حكم الدائرة المدنية الثالثة في الطعن المدني رقم 53/370 ق 276
- حكم الدائرة المدنية الرابعة في الطعن المدني رقم 54/474 ق 282
- حكم الدائرة المدنية الرابعة في الطعن المدني رقم 54/614 ق 286

بحوث ودراسات

ادارة القضاة

إدارة القضاة

الحماية الجنائية للأطفال من الاستغلال الجنسي عبر الإنترنت

* الدكتور : سالم محمد الأوجلي
أمين اللجنة الشعبية لكلية القانون
جامعة قاريونس

في ظل التطورات الحديثة والاستخدامات المتعددة لتكنولوجيا الاتصال المعتمدة على الحاسوب والإنترنت ، أصبح بالإمكان نقل المعلومات ونشر الصور والمشاهد للأفراد في جميع أنحاء العالم دون قيود للمكان ، كما أصبح باستطاعة المستخدم لهذه التكنولوجيا أن يحصل على ما يريد من معلومات وصور ومشاهد منشورة على شبكة الإنترنت ويرسل ما يشاء للآخرين من معلومات ورسائل ومشاهد والتحاو معهم ، وفي الوقت نفسه يتحصل المتلقي على هذه المعلومات والصور والمكاتب بكافة أشكالها في ثوان معدودة . وهذا التقدم الهائل في وسائل الاتصال والمعلومات الإلكترونية إن كانت له إيجابيات كثيرة فإنه لا يخلو من سلبيات ؛ إذ أصبحت الإنترنت وسيلة لارتكاب الجرائم ضد الأشخاص والأموال والآداب والأخلاق العامة والنظام العام وغيرها ، ولم يعد بالإمكان حماية مصلحة معينة من الاعتداء عليها عبر الإنترنت . ولما كانت حماية الأطفال من الناحية الاجتماعية من القيم والمصالح التي تهم المجتمع ؛ لأن أخلاق المجتمع من أخلاق أفراده وما يغرس فيهم في فترة الصغر من قيم وفضيلة يستقر في أعماقهم ويلازمهم طيلة حياتهم ويؤثر إلى حد كبير في سلوكهم ، لذلك عمدت الكثير من التشريعات الجنائية إلى توفير الحماية التي يحتاجها الطفل في مرحلة الطفولة حتى بلوغ سن الرشد مما يترتب به ويهدد سلامته الجسدية والأخلاقية . ولعل ما يلفت الانتباه بعد التقدم الهائل والاستخدام الكبير لوسائل التكنولوجيا نشر الصور والمشاهد الفاضحة والأفكار الداعية للانحلال الخلقي ، والاستغلال الجنسي للأطفال عبر الإنترنت ، لذلك ارتأيت دراسة هذا الموضوع وفق المحاور التالية :

- النماذج التقليدية للاستغلال الجنسي للأطفال .
- استخدام الإنترنت في الاستغلال الجنسي للأطفال .
- المواجهة التشريعية لجرائم الاستغلال الجنسي للأطفال عبر الإنترنت .

إدارة القضايا

المطلب الأول النماذج التقليدية للاستغلال الجنسي للأطفال

تقرر العديد من الاتفاقيات والمواثيق الدولية⁽¹⁾ حماية للأطفال من الاستغلال الجنسي من أهمها : البروتوكول الخاص بحماية الطفل من البيع والاستغلال الجنسي في البغاء والمواد الإباحية الذي نص على ضرورة اتخاذ الدول كافة الإجراءات اللازمة لحماية الأطفال من هذه الاعتداءات . كما تحرم كافة التشريعات الجنائية العربية والأوروبية جميع الممارسات الجنسية الموجهة للأطفال . وهذه الممارسات والاعتداءات تتخذ أشكالاً متعددة وتقع بوسائل مختلفة منها ما هو تقليدي ويرتكب بوسيلة تقليدية ، ومنها ما هو حديث ظهر مع استخدام التكنولوجيا ، ومنها ما هو تقليدي يرتكب بتقنيات حديثة ، وتطور معها إلى درجة يمكن القول معها بأنها جرائم جديدة .

وقبل الحديث عن هذه النوعية من الجرائم فإنه يلزمنا التعرف على صور الاستغلال الجنسي للأطفال الواردة ضمن النماذج القانونية لقانون العقوبات الليبي وذلك بدراسة الآتي :

الفرع الأول : الصور المختلفة لجرائم الاستغلال الجنسي للأطفال .

الفرع الثاني : الوسائل التقليدية المستخدمة في الاستغلال الجنسي للأطفال .

- (1) - اتفاقية حقوق الطفل سنة 1989م .
- اتفاقية رقم 182 لسنة 1999 بشأن حظر أسوأ أشكال العنف ضد الأطفال .
- البروتوكول الخاص بمنع وقمع الاتجار بالأشخاص وبخاصة النساء والأطفال المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية سنة 2000 .
- البروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية حقوق الطفل بشأن بيع الأطفال واستغلالهم في الدعارة والصور الخبيثة سنة 2000 .
- إعلان الأمم المتحدة سنة 2002 بشأن حماية الأطفال من الاستغلال الجنسي .
- مؤتمر ستوكهولم لمناهضة الاستغلال الجنسي التجاري للأطفال سنة 1996 .
- المؤتمر الدولي لمكافحة المواد الإباحية عن الأطفال على شبكة الإنترنت (فيينا 1999) .
- مؤتمر بوكوهاما لمناهضة الاستغلال الجنسي التجاري للأطفال سنة 2001 .

الفرع الأول الصور المختلفة لجرائم الاستغلال الجنسي للأطفال

تتنوع الجرائم الجنسية المرتكبة ضد الأطفال باختلاف ركنيها المادي والمعنوي ، وعلى ذلك تذهب التشريعات الجنائية إلى تقسيم الأفعال الماسة بعرض الأطفال وأخلاقهم واستغلالهم جنسياً إلى عدة جرائم ، مخصصة لكل جريمة نصاً أو أكثر ، مقرررة بذلك حماية خاصة للأطفال باعتبارهم فئة ضعيفة من الناحيتين البدنية والذهنية . وإن كانت لهذه الجرائم عناصر مشتركة ، سواء من حيث الضحية في أنها تقع على طفل ، أو من حيث إلتا ذات فعل مادي ذي بُعد جنسي يمس جسد الطفل بطريقة مباشرة أو غير مباشرة ، إلا أنها تختلف في بعض مكوناتها . وبالرجوع إلى النصوص الخاصة بالجرائم الجنسية المرتكبة ضد الأطفال فإنه يمكن تقسيمها إلى قسمين :

1) جرائم الاعتداء الجنسي ضد الأطفال :

وهي تشمل الأفعال التي تستهدف جسد الطفل Sexual assault فتتمس عرضه بهدف إشباع رغبة الجاني الجنسية كجريمة الواقعة التي تتحقق بالاتصال الجنسي بالطفل ، أو جريمة هتك العرض التي تستهدف الاستطالة بعورته فتخدش عاطفة الحياء عنده دون تحقق الإيلاج⁽¹⁾ . ولقد أولت التشريعات الجنائية اهتماماً خاصاً بحماية الأطفال من هذه الفئة من الأفعال ، سواء وقعت برضا الطفل أو بدونه ، فليس لرضاه أي تأثير على مقدار العقوبة ، فعاقب المشرع الليبي على جريمة واقعة قاصر برضاه بذات العقوبة المقررة لجريمة الواقعة الواقعة

(1) تضع بعض التشريعات لفعل الواقعة مفهوماً ضيقاً وتقصره على أفعال الوطء في المكان الطبيعي للأنثى وبطريق الإيلاج ، ولذلك فالنص الخاص بالواقعة يحصر الحماية في الأنثى فضلاً على أن هذه الجريمة لا تقوم إلا إذا وقع إيلاج عضو الذكر في فرج الأنثى . راجع في ذلك : قانون حد الزنا في ليبيا .
- عاقب المشرع المصري على جريمة واقعة طفل أو هتك عرضه بالمادة 268 عقوبات . أي أن المشرع المصري لم يميز بين جريمة الواقعة وجريمة هتك العرض .
- عاقب المشرع الفرنسي على جريمة واقعة طفل بالمادة 3/222 .

بالقوة (جريمة الاغتصاب) [م2/407 عقوبات]. وعاقب على جريمة هتك عرض طفل برضاه بذات العقوبة المقررة لهتك العرض بالقوة [م2/408 عقوبات]. خلافاً لأفعال الواقعة وهتك العرض التي تقع بين البالغين ، فكثير من التشريعات لا تصفي صفة عدم المشروعية على هذه الأفعال وتعتبرها من قبيل الحرية الجنسية ، فسن الجنى عليه تعتبر في هذه التشريعات معياراً مهماً في وصف الاتصالات الجنسية من أفعال غير مشروعة أو مباحة .

2) جرائم الاستغلال الجنسي للأطفال :

وهي تشمل الأفعال التي لا تقع على جسد الطفل مباشرة كالمواقعة وهتك العرض بل تتمثل في جملة من الأفعال ترمي إلى الاتصال الجنسي بالأطفال أو إفساد أخلاقهم أو استغلالهم Sexual abuse ، وبصدد هذه الفئة من الجرائم نجد أنفسنا نتحدث عن جرائم مختلفة ، وسبب ذلك هو أن مصطلح جرائم الاستغلال الجنسي للأطفال له مفهوم موسع يشمل العديد من الجرائم الجنسية المرتكبة ضد الأطفال⁽¹⁾. وهناك من يقدم تعريفاً خاصاً لجريمة الاستغلال ويقصره على الجرائم التي تستهدف تحقيق كسب مادي من خلال استغلال الأطفال جنسياً ، ولكننا آثرنا التوسع في مفهوم الاستغلال الجنسي للأطفال انطلاقاً من أن جرائم الاستغلال الجنسي للأطفال تتركز على محورين هما : الأطفال من جهة ، والغاية من ارتكاب الجريمة من جهة أخرى . وعلى ذلك فكل فعل يجرى على الطفل على القيام بأفعال ذات بعد جنسي أو يشجعه على القيام بممارسات جنسية أو يجبره عليها أو يصوره في أوضاع جنسية تعد جريمة استغلال جنسي ، ووفقاً لهذا المفهوم تتفرع جرائم الاستغلال الجنسي للأطفال إلى الآتي :

أ- الأفعال الممهدة أو المساعدة على الاتصال الجنسي بالأطفال : ويُقصد بها الأفعال التي من شأنها التأثير على نفسية الطفل وتقوده إلى ارتكاب الأفعال الجنسية غير المشروعة ، ويتحقق الركن المادي لهذه الجريمة بالتحريض بالقول الصريح لدفع قاصر على ارتكاب الفسق والفجور ، أو بالكتابة والرسم كإرسال خطاب أو رسالة إلى قاصر تدفعه لارتكاب جرائم جنسية ، أو بالفعل وذلك بارتكاب فعل

(1) Child pornography – www.adultweblaw.com/law.childporn.htm.p. 1.

شهواني في حضور قاصر ، أو بالمساعدة على الفسق والفجور سواء بطريقة إيجابية بارتكاب أفعال تقود القاصر إلى ارتكاب الفسق والفجور ، أو بطريقة سلبية كعدم الحيلولة بين القاصر ومشاهدة الأفلام والمشاهد الجنسية⁽¹⁾.

ب- الأفعال التي تستهدف جسد الطفل لغرض تحقيق نفع مادي بأن تجعل من جسده بضاعة تُباع وتُشترى ووسيلة للكسب المادي بتشغيل الأطفال في أفعال من شأنها إرضاء الشهوات الجنسية للغير ، كتحريضهم على الدعارة [م415 عقوبات لبي] أو إرغامهم عليها [م416 عقوبات لبي] ، أو الاتجار بهم على نطاق واسع [م418 عقوبات لبي] بإخراجهم من البلاد بأية طريقة لاستغلالهم في الدعارة أو تسهيل إخراجهم من البلاد بقصد الاستغلال للدعارة [م419 عقوبات لبي] أو استخدامهم من الخارج للتجار في أعراضهم.

ج- الأفعال التي تستهدف أخلاق الطفل ، وهي تشمل كافة الأفعال التي يكون موضوعها الخروج عن الأخلاق السائدة في المجتمع وتؤدي إلى إفساد أخلاق الطفل كالقيام بأفعال أو حركات أو إشارات لها دلالات جنسية أو بنشر مطبوعات فاضحة [م421 عقوبات لبي]. وقد تطلب المشرع الليبي لقيام جريمة الفعل الفاضح أن تقع في أماكن محددة (المكان العام ، المكان المفتوح للجمهور ، المكان، المعروض للجمهور) ، وحدد الركن المادي لجريمة نشر المطبوعات الفاضحة بالتوزيع أو العرض أو الطرح للبيع .. وفي هاتين الجريمتين لم تكن الحماية مركزة على الطفل من الأفعال ذات التأثير السيئ على أخلاقه فتجذب إليه الفسق والفجور ، فهي تحمي الآداب العامة في المجتمع مما يناقض القيم

(1) عاقب المشرع الليبي على جريمة تحريض الصغار على الفسق والفجور في المادة 409 التي تنص على أن « يعاقب بالحبس كل من حرض صغيراً دون الثامنة عشر ذكراً كان أو أنثى على الفسق والفجور أو ساعده على ذلك أو مهد له ذلك أو أثاره بأية طريقة لارتكاب فعل شهواني أو ارتكبه أمامه سواء على شخص من نفس الجنس أو على الجنس الآخر ، وتضاعف العقوبة إذا كان الجاني ممن ورد ذكرهم في المادة 407 ».

- راجع في تفصيل جريمة تحريض الصغار على الفسق والفجور : د.إدوار غالي الذهبي ، الجرائم الجنسية في التشريع الليبي والمقارن ، المكتبة الوطنية ، الطبعة الأولى ، 1973م ، ص 190 وما بعدها .

الأخلاقية الساندة في المجتمع .

د- الأفعال التي تستهدف استغلال الأطفال في المواد الإباحية ، تشمل الأفعال التي ترمي أساساً إلى استغلال الأطفال جنسياً بنشر مطبوعات خلية للأطفال ، فقام هذه الجريمة إصدار صور أو رسومات أو أفلام تتضمن تصويراً للأطفال في أوضاع غير أخلاقية ، كقيامهم بممارسات جنسية لغرض إشباع رغبات شهوانية لبعض الشواذ أو التحريض على الممارسات الجنسية مع الأطفال ، وإن كانت هذه الجريمة تتفق مع جريمة نشر المطبوعات الفاضحة [م2/421 عقوبات لبي] في أنها تقوم على فكرة حماية الأخلاق والآداب العامة في المجتمع من الصور والمطبوعات والأفلام وغيرها التي تتناول موضوعات ذات طبيعة جنسية ، إلا أنها تعد جريمة حديثة إذ إنها كرست حماية خاصة للأطفال استجابة لتوصيات واتفاقيات الأمم المتحدة بشأن حقوق الأطفال وحمايتهم من الاستغلال في البغاء والمواد الإباحية . لهذا فهي لا توجد إلا في التشريعات الجنائية الحديثة كالقانون الفرنسي [م23/227 عقوبات - معدلة بالقانون رقم 469 - 98 الصادر سنة 1998]⁽¹⁾ . والقانون الإنجليزي الصادر سنة 1975 بشأن حماية الأطفال ، والقانون الفيدرالي الأمريكي⁽²⁾ .

(1) Le fait en vue de sa diffusion de fixer d'enregistrer ou de transmettre l'image d'un mineur lorsque cette image présente un caractère pornographique est puni d'un an d'emprisonnement et de 300000f d'amede. La fait de diffuser une telle image. par quelque moyen quece soit, ast puni des memes peines. Les peines sont portées a trois ans d'emprisonnement. Et a 500000f d'amende lorsqu il s'agit d'un mineur de quinze ans

(2) See chapter 110. Sexual Exploitation and Other, Abuse of children 18. u.s.c. 2256.

الفرع الثاني الوسائل التقليدية المستخدمة في الاستغلال الجنسي للأطفال

عرفنا مما سبق أن التشريعات الجنائية تحمي عرض الطفل من الاعتداء البدني على عرضه من الواقعة وهناك العرض ، كما تحمي أخلاقه وقيمه من سائر الأفعال التي تخدش الحياء العرضي للأفراد كالأفعال الفاضحة التي تستهدف النقاء الأخلاقي للأماكن العامة فتؤدي مشاعر الناس بأن يشاهدوا أفعالاً لها دلالات جنسية أو تثير مشاعرهم أو رغباتهم الجنسية ، فضلاً عن ذلك فإن التشريعات الجنائية تذهب إلى حماية الطفل من كافة الأفعال التي تخل بحياته عن طريق وسائل الصحافة والنشر من صور ورسومات وأشرطة وغيرها . فنصت المادة 2/421 عقوبات ليبي على : " ... وتطبيق العقوبة ذاتها من أجل بالحياء بتوزيع رسائل أو صور أو أشياء أخرى فاضحة أو يعرضها أو يطرحتها للبيع . ولا يعد شيئاً فاضحاً النتاج العلمي أو الفني إلا إذا قدم لغرض غير علمي أو لشخص تقل سنه عن الثامنة عشرة " . فوفقاً لهذه المادة عاقب المشرع على نشر الأشياء الفاضحة سواء أكان محلها رسائل أو صور أو مكاتيب أو كتب أو أفلام أو صناعة تماثيل طالما أن موضوعها يتعارض مع الأخلاق والآداب السائدة في المجتمع . وقد استبعد المشرع الليبي من عداد الأشياء الفاضحة الأعمال التي تقدم لاعتبارات علمية أو فنية ، إلا أنه ينتفي الأساس المقرر للإباحة لاعتبارات علمية أو فنية إذا قدمت هذه الأعمال إلى قاصر⁽¹⁾ .

ويبدو من هذا النص بأن المشرع الليبي كغيره من المشرعين لم يكتف بتجريم الاعتداءات الجنسية التي تقع مباشرة على جسد الطفل أو استغلاله جنسياً عن طريق تحريضه

(1) د.محمد رمضان بارة ، جرائم الاعتداء على الأشخاص . راجع : د.محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، دار النهضة العربية ، 1978 ، ص 453 .
راجع كذلك التشريعات المقارنة في مجال الجرائم الجنسية ضد الأطفال ، مجلة أكاديمية نايف ، عنوان العدد (الحماية الجنائية للطفل) ، الطبعة الأولى ، 1999 .

على الفسق والفجور والدعارة ، بل نص على أشكال أخرى من النشاط الإجرامي في ميدان الاستغلال الجنسي للأطفال ، فبعد أن كانت هذه الجريمة تتم عن طريق التحريض على الفسق والفجور عقاب على صورة أخرى من الاستغلال الجنسي للأطفال والإساءة إليهم التي تقع عبر وسائل النشر والصحافة في شكل صور أو مطبوعات خلية .

ويتحقق الركن المادي لهذه الجريمة بقيام الجاني بتوزيع المادة الإباحية "لشيء الفاضح" و عرضها أو طرحها للبيع . وعلى ذلك فإن المشرع الليبي حدد السلوك المكون للجريمة في التوزيع والعرض والطرح للبيع⁽¹⁾ دون غيرها من الأفعال كالإنتاج والحيازة على اعتبار أن مدار الحماية هو منع تداول وترويج الأشياء الفاضحة بين الناس ، ومن هذا المنطلق قصر اهتمامه بالتجريم على الأفعال التي تحقق ذلك وحصرها في التوزيع والعرض والطرح للبيع عبر وسائل الإعلام التقليدية من مجلات وأفلام وكتب وغيرها من وسائل النشر التقليدية مدعماً ذلك بجهود الجهات العامة في منع ارتكاب هذه الجريمة بوضعها القوانين الإدارية والتدابير العملية التي تكفل الرقابة على كافة وسائل النشر والصحافة ومنع دخول الأشياء الفاضحة إلى البلاد . ولقد أخذ على نص المادة 2/421 عقوبات لبي قصوره في توفير الحماية للأطفال من الأشكال المختلفة للاستغلال الجنسي وإمكانية وقوعهم ضحايا هذه الجريمة واستغلالهم في المواد الإباحية ، وكان يتعين عليه أن ييسر حماية للأطفال من هذه الطائفة من الأفعال⁽²⁾ ، وأن يساير المشرعين الذين شعروا إزاء ظهور هذه الفئنة من الجرائم بفراغ تشريعي فعملوا على إصدار نص خاص في قانون العقوبات يعاقب عليها⁽³⁾ .

ولا يخفى عجز المادة 2/421 عقوبات لبي والنصوص المصاغة على غرارها في مواجهة ضروب السلوك المختلفة في الإساءة للأطفال واستغلالهم جنسياً بعد استخدام التقنيات الحديثة في الاتصال وخدمات الإنترنت . وتنبه الدول إلى جانبها الخطير في ارتكاب الجرائم ؛ مما دفع المجتمع الدولي إلى عقد العديد من المؤتمرات الدولية لتوعية الجمهور بالجرائم المرتكبة

(1) محمد رمضان بارة ، شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، جرائم الاعتداء على الأشخاص .

(2) Child grooming. en. wikipedia.org/wiki/ child grooming. P.1-3.

(3) UK Legislation dealing with child pornography protection of children Act 1978.

بواسطة الكمبيوتر والإنترنت وإبرام العديد من الاتفاقيات التي تهدف إلى حماية الأطفال من الاستغلال الجنسي ، وتدعيم التعاون الدولي في مكافحة هذه الجرائم واستجابة لذلك عمدت الكثير من التشريعات الجنائية إلى إصدار تشريعات جنائية للعقاب عن جرائم الاستغلال الجنسي للأطفال عبر الإنترنت .

إدارة القضايا

المطلب الثاني استخدام الإنترنت في الاستغلال الجنسي للأطفال

تعتبر جريمة الاستغلال الجنسي للأطفال من الجرائم التي تستهدف حماية القيم الأخلاقية والجنسية كجريمة الواقعة وهتك العرض وجريمة الأفعال الفاضحة⁽¹⁾. ولكنها مع ذلك تتميز عن سائر صور الاعتداء على القيم الأخلاقية والجنسية السابق ذكرها ؛ إذ إنه يشترط لقيامها أن يتخذ فعل الاعتداء على المصلحة المحمية بأتماط معينة من السلوك وبوسيلة محددة . وأن يرتكبها الجاني لتحقيق غاية أو هدف محدد . من هنا يمكن القول بأن جريمة الاستغلال الجنسي للأطفال عبر الإنترنت جريمة ذات طبيعة خاصة ، ولتوضيح ذلك يلزم التحدث عن ركنها : المادي والمعنوي .

(1) راجع في ذلك :

-Sex and Law, sexual assault - sodomy and buggery zooseuaulity - sexual harassment.

-Publlcindcent en. wikipedia.org/wiki/child pornography. P.18-26.

الفرع الأول الركن المادي لجريمة الاستغلال الجنسي للأطفال عبر الإنترنت

يقوم الركن المادي لجريمة الاستغلال الجنسي للأطفال على عنصرين هما :

(أولاً) المادة الإباحية :

1 (ماهية المادة الإباحية :

المادة الإباحية أو الخليعة pornographic material هي كل شيء من شأنه أن يخل بالحياء لدى الناس وفقاً للعادات والتقاليد السائدة في المجتمع ؛ ولذلك فإن الضابط في اعتبار المادة إباحية هو الشعور العام في البيئة التي ارتكب فيها الفعل ومدى منافاتها للقيم الأخلاقية في المجتمع . وإن كان ثمة فارق بين الأشياء المنافية للآداب العامة والأشياء المخلة بالحياء العرضي ؛ إذ إن الأشياء المنافية للآداب العامة لا تنال من الحياء العرضي للمجني عليه إنما تمهد لذلك ؛ لذلك وضع المشرع الليبي العديد من النصوص التي تعاقب على ارتكاب الأفعال المنافية للآداب العامة ، بيد أن الشيء المخل بالحياء العرضي هو ذو دلالة جنسية أو يعبر عن شعور جنسي لدى الجاني ، كالصور التي تجسد ممارسات جنسية أو تُظهر أعضاء تناسلية أو الأفلام والأشرطة التي تعرض اجتماعاً لشخصين أو أكثر في أوضاع جنسية أو العبارات التي تعبر عن الرغبات الجنسية أو تشير الشهوات الغريزية لدى الغير⁽¹⁾، فمن أجل تدارك ما يحدثه الاستغلال الجنسي للأطفال من أضرار خطيرة وإفساد أخلاقهم فلا يقتصر تجريم الاستغلال الجنسي للأطفال مع الأشياء المخلة بالحياء العرضي التي تتضمن مشاهد أو صور أو أحاديث ذات مضمون جنسي ، ويبلغ درجة من الفحش إنما يتسع ليشمل كافة الأشياء التي من

(1) فكرة المنافاة للآداب العامة قريبة من فكرة الإخلال بالحياء العام . وضابط التمييز بينها هو الدلالة الجنسية للفعل المخل بالحياء العام يعبر به مرتكبه عن مظاهر للعلاقات الجنسية أو الكشف عن رغبات جنسية . راجع في ذلك : د. محمود نجيب حسني . مرجع سابق ، ص 420 وما بعدها .

شأنها إفساد أخلاق الأطفال أو استغلالهم جنسياً أو الإساءة إلى كرامتهم دون تمييز بين شيء منافٍ للآداب وآخر محل بالحياء العرضي⁽¹⁾.

ولاشك أن مفهوم الآداب العامة والحياء العرضي مفهوم متغيرٌ لذا فإنه يختلف من بلد لآخر ومن زمن لآخر ؛ لذلك فالجرانم الجنسية التي ترتكب بواسطة الإنترنت تثير العديد من الإشكاليات القانونية من حيث التجريم والعقاب وقواعد الاختصاص ، فأرسال صورة رجل يلف ذراعه حول خصر امرأة عبر الإنترنت لعدة أشخاص يعتبر فعلاً عادياً في بعض الدول وفعالاً مخالفاً بالحياء في بلد آخر . وفي هذا المثال يستلزم لمساءلة المرسل أن يكون الفعل مجرماً في البلدين حتى ولو ثبت أن المرسل يهدف من إرسال الصورة إلى ارتكاب فعل منافي للحياء . وعلى ذلك فإن تحديد المادة المستخدمة في جرانم الاستغلال الجنسي للأطفال من المسائل المهمة لأنها عنصر أساسي لقيام هذه الجريمة . وهذا ما يميز هذه الجريمة عن غيرها من الجرائم ؛ إذ يتعين أن يباشر السلوك الإجرامي لهذه الجريمة باستخدام مادة إباحية .

ويلاحظ أن غالبية التشريعات الجنائية لم تضع تعريفاً للمادة الإباحية سواء أكانت صوراً أو رسائل أو أحاديث ، وتركت ذلك للقضاء الذي يعتمد في تحديد ماهية المادة الإباحية على المقاييس الأخلاقية المعتمدة في البيئة التي نُشرت فيها المادة الإباحية للأطفال سواء أكان ذلك بقصد تحريضهم على الاتصالات الجنسية أو استغلالهم جنسياً من خلال لفت الانتباه إلى إمكانية الاتصال جنسياً بهم بإثارة غرائز المنحرفين نحو الأطفال⁽²⁾، إلا أنه إذا كان البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل بشأن بيع الأطفال واستغلالهم في المواد الإباحية الصادر سنة 2000 ، وهو بصدد تعريفه لجريمة استغلال الأطفال في المواد الإباحية حصر المادة الإباحية في نطاق الممارسات الجنسية أو الكشف عن الأعضاء التناسلية ؛ إذ نصّت المادة (2/ج) من

(1) راجع في ذلك العديد من الأمثلة التي تقوم بها جرانم الاستغلال الجنسي للأطفال :

- Examples of activities sometimes used as part of child grooming
- en. wikipedia.org/wiki/child child grooming. P.2-5.

(2) هناك بعض المنحرفين (pedophiles) يهتمون باستغلال الأطفال جنسياً فصبغت الشرطة الإنجليزية العديد من هؤلاء المنحرفين يمتلكون الآلاف من الصور الإباحية للأطفال Sexual images ، لذلك اتجهت الحكومة الإنجليزية إلى تجريم حيازة الصور الإباحية للأطفال واتجهت نحو التعاون الدولي لمحاربة هذه الظاهرة .

البروتوكول على : " يُقصد بالاستغلال الجنسي للأطفال في المواد الإباحية تصوير أي طفل بأي وسيلة كانت يمارس ممارسة حقيقية أو باحكاكة أنشطة جنسية حركية أو أي تصوير للأعضاء التناسلية للطفل لإشباع الرغبة الجنسية أساساً ". وهذا التعريف الضيق للمادة الإباحية يعد تعريفاً خاصاً بجريمة الاستغلال الجنسي للأطفال في المواد الإباحية ، ولا يشكل مفهوماً عاماً يسري على كافة أفعال الاستغلال الجنسي للأطفال . وإن كانت بعض التشريعات قد نحت على نحو يتسق مع تعريف البروتوكول الاختياري للمادة الإباحية كالقانون الأمريكي الصادر سنة 1996 الخاص بالتصوير الإباحي للأطفال⁽¹⁾ .

2 () الإنترنت كوسيلة للاستغلال الجنسي للأطفال :

جريمة الاستغلال الجنسي للأطفال عبر الإنترنت جريمة تعبير يفرغ فيها الجاني رغباته على نحو يقيني في الاستغلال الجنسي بأي وسيلة من وسائل التعبير : الرسم ، الكتابة ، الفعل ، القول . وهذا التعبير أو التصوير الخارج عن حدود القيم الأخلاقية في المجتمع يتم عبر الإنترنت كأداة للاتصال والنشر السريع بوسائل بصرية (بالمشاهدة والقراءة) وبوسائل سمعية (بالحديث والحوار) .

أ () الوسائل البصرية :

يعتمد الكثيرون في ارتكاب جرائم الاستغلال للأطفال على المشاهدة أو القراءة ، أي على استخدام حاسة البصر ، ولهذا فإن كل المصنفات البصرية

(1) عرف القانون الأمريكي 2256 . s . c . (التصوير الإباحي للأطفال بأنه) كل تصوير مرئي يتضمن صورة أو فيلم أو فيديو أو رسم أو صورة كمبيوتر أو صورة مخلقة بطريق الكمبيوتر والمنتجة بوسيلة إلكترونية أو ميكانيكية أو بأي وسيلة لأي سلوك جنسي مباشر :

- 1 - إذا كان إنتاجه يقوم على استخدام طفل في وضع جنسي مباشر .
- 2 - إذا كان هذا التصوير يبدو كما لو كان هناك طفل في وضع جنسي مباشر .
- 3 - إذا كان هذا التصوير قد صنع أو عدل ليظهر طفلاً في وضع جنسي مباشر .
- 4 - إذا تم إعلان أو توزيع دعائية لتصوير بحيث يوحي أنه ينطوي على طفل في وضع جنسي مباشر .

-Any visual depiction. Including any pornography film, video, picture, or computer-generated image or picture whether made or produced by electronic, mechanical, or other means , of sexual explicit conduct where.

كالرسومات والصور الخليعة والمصنفات البصرية والسمعية التي يكون التعبير عنها بالحركة والصوت ، كالصور الثابتة أو المتحركة المصحوبة بصوت أو بدونه ذات طابع جنسي واضح للأطفال أو تمس بكرامتهم وأخلاقهم كالرسومات والصور التي تصور ممارسات جنسية بين الأطفال أو بين طفل وبالغ من نفس الجنس أو من جنسين مختلفين أو عرض الأعضاء والمناطق التناسلية أو تصويرهم في وضعيات جنسية تدخل كل هذه المصنفات التي تعتمد على الرؤية في عداد المادة الخليعة وتقوم بها جريمة الاستغلال الجنسي للأطفال والإساءة إليهم ، ولو أرسلت هذه المادة الخليعة إلى بالغ لأنها تسيء إلى الأطفال وتحريض على الاعتداء الجنسي عليهم⁽¹⁾.

وكذلك المصنفات المكتوبة التي تعتمد على القراءة وتكون الكتابة هي وسيلة التعبير عنها ، فتعرض المادة الإباحية في كتابات تتعلق بالفسق وإفساد الأخلاق كإرسال رسالة إلى قاصر تتضمن عبارات تحرضه أو تدفعه إلى الانحراف والدعارة وإفساد الأخلاق، أو إعطاء معلومات عن بيوت الدعارة أو عناوين وأرقام هواتف المومسات ووصف لأفعال جنسية ، فكل فكرة ذات مغزى جنسي تستخدم الكتابة في التعبير عنها أو إرسالها أو نشرها تعد مادة إباحية .

ب) الوسائل السمعية :

إن إفساد أخلاق القُصّر والتأثير على أخلاقهم ودفعهم للرديلة لا يقتصر على الوسائل البصرية باستخدام الصور أو الكتابة بل يتسع أيضاً للوسائل السمعية التي تتم عن طريق القول والكلام ، فالأحاديث والحوارات مع الأطفال بالمخالفة للآداب العامة كتلقينه كيفية إتيان الأفعال الشهوانية المخجلة أو الوصف التعبيري عن الممارسات الجنسية أو التحدث في مسائل الفسق والفجور لتنبه أفكار الأطفال بالأمور الجنسية وإثارة شهواتهم الشخصية أو دعوتهم أو تحريضهم لمشاهدة مواد إباحية أو ارتكاب أفعال جنسية سواء أكانت قائمة على علاقات طبيعية أو غير طبيعية .

(1) Child pornography, op cit. p.20.

وتعد الوسائل السمعية من الوسائل الخطيرة في إفساد أخلاق القصر واستغلالهم جنسياً لأن لها تأثير نفسي على الضحية والتغريب به وحمله على موافقة الجاني ؛ إذ كثيراً ما يستخدم الجاني الاحتيال والخداع والإغراء أو يجري الحديث أو الحوار مع القاصر فتيات مدربات للقيام بالحديث مع الأطفال لاستغلالهم جنسياً ويتقاضين أجراً مقابل ذلك⁽¹⁾.

أو قيام شخص مصاب بالشذوذ الجنسي بالتغريب بالأطفال وإقناعهم أو تشجيعهم أو دعوتهم لارتكاب الفسق والفجور ؛ إذ كشفت العديد من الدراسات وجود أعداد كبيرة من المنحرفين والمرضى النفسيين لديهم ميل إلى الممارسة الجنسية مع الأطفال⁽²⁾.

ولقد تفاقمت ظاهرة استغلال الأطفال جنسياً عبر الإنترنت بعد شيوعه وتزايد استخدام الأطفال لغرف المحادثة (Chatting) في الإنترنت بما يجعلهم عرضة للاستغلال الجنسي من قبل الراشدين ؛ إذ يتم في غرفة الدردشة الحديث عن الجنس من ممارسات ووصف للأعضاء التناسلية مع تبادل الصوت بشكل يدل على خطورة الإنترنت على قيم وآداب المجتمع بصفة عامة وعلى الأطفال بصفة خاصة ؛ لإفساد أخلاقهم واستغلالهم جنسياً واستخدامهم في السياحة الجنسية ؛ إذ كشفت العديد من الدراسات بأن أغلب مرتادي مقاهي الإنترنت للدردشة هم من الشباب ومن فئة عمرية من الأطفال .

(ثانياً) نماذج سلوك الاستغلال الجنسي للأطفال عبر الإنترنت :

يتحقق الركن المادي لجرمة الاستغلال الجنسي للأطفال عبر الإنترنت بارتكاب فعل إيجابي تقدم به المادة الإباحية إلى القاصر أو يتيح له الاطلاع عليها أو يسيء إليه بتقديمها لغيره .

- (1) د.جميل الصغير ، القانون الجنائي والإنترنت ، دار النهضة العربية ، 2000 .
 - (2) راجع : سيد عادل وطروط ، دور الإنترنت في تنامي ظاهرة استغلال الأطفال جنسياً ، بحث غير منشور مقدم إلى مؤتمر الأمن والديمقراطية وحقوق الإنسان بجامعة موة بالاردن سنة 2006 ، ص6 وما بعدها .
- يهتم المنحرفون pedophiles بجمع الصور الإباحية للأطفال ويستخدمونها في علاقاتهم مع الأطفال وإرسالها إليهم عبر الإنترنت ، وقد كشفت التحقيقات التي قامت بها الشرطة الأمريكية وجود العديد من الأشخاص الذين يحتفظون بالصور الإباحية للأطفال ، وتبين وجود علاقة بجرانم الاستغلال الجنسي للأطفال وعلاقتهم كذلك بالعصابات المنظمة التي تقوم بإنتاج وتوزيع الصور الإباحية والتي تقوم أيضاً بالسياحة الجنسية sex tourism .

ونظراً للطبيعة الخاصة لجريمة الاستغلال الجنسي للأطفال عبر الإنترنت ، فإن السلوك الذي تقوم به هذه الجريمة يتسم هو الآخر بخصوصية ، ويختلف عن السلوك المكون للعديد من الاعتداءات الجنسية ضد الأطفال . فيلاحظ أن مناط التجريم في جريمة الاستغلال الجنسي للأطفال عبر الإنترنت ليس السلوك في حد ذاته ، كما هو في جريمة الواقعة وهتك العرض والأفعال المخلة بالحياء ، فإذا كانت هذه الأفعال تمثل في حد ذاتها اعتداءً على العرض ، فالواقعة وهتك العرض تتحقق بالاعتداء على جسد المجني عليه ، وكذلك الفعل الفاضح الذي يتم عن طريق القيام بأفعال منافية للحياء كإتيان الشخص لحركات لها دلالة جنسية ، فإن السلوك في جريمة الاستغلال الجنسي للأطفال عبر الإنترنت لا يقوم بمجرد السلوك كالرسم أو التحرير أو الإرسال أو إنشاء المواقع ما لم يكن محله مادة إباحية .

كما أن السلوك في جريمة الاستغلال الجنسي للأطفال عبر الإنترنت ليس هو ذات السلوك المكون لجريمة نشر الأشياء الفاضحة الذي حدده المشرع الليبي في المادة [2/421 عقوبات] بالتوزيع والعرض والطرح للبيع ، ولا يطابق مع ما كرسه المشرع المصري من حماية في هذا الشأن بأن شمل التجريم أفعال الصنع والحيازة بقصد الاتجار أو التوزيع أو الإيجار أو العرض والاستيراد والإعلام [م178 عقوبات مصري] مرد هذا الاختلاف هو الوسيلة المستخدمة في ارتكاب جريمة الاستغلال الجنسي للأطفال عبر الإنترنت ، ولفهم ذلك بشكل دقيق يلزمنا بيان أهم نماذج السلوك المكون لجريمة الاستغلال الجنسي للأطفال والإساءة إليهم عبر الإنترنت وهي كالتالي :

1 (صنع المادة الإباحية :

يُقصد بالصنع أو ما يعبر عنه بالإنتاج (production) الخلق والابتكار للمادة الإباحية سواء عن طريق التقليد بالنقل من شيء آخر أو دون ذلك . وقد يتم صنع المادة الإباحية يدوياً بالرسم أو الكتابة أو إلكترونياً . وقد تصنع مادة إباحية واحدة ويكتفي الجاني باستخدامها في جريمته ، وقد ينسخ منها العديد من النسخ لنشرها وتوزيعها . وهنا تظهر دور التقنية الحديثة في تسهيل ارتكاب جريمة الاستغلال الجنسي للأطفال وتوسيع نطاقها الشخصي والمكاني ، لذا اتجهت العديد من التشريعات الجنائية إلى تجريم إنتاج المواد الإباحية للأطفال

وتوزيعها ، وغايتها من ذلك توسيع نطاق حماية الأطفال من كل استغلال جنسي لأجسادهم أو إفساد أخلاقهم عن طريق الصور والمشاهد التي تُظهر الأطفال في وضعيات أو اتصالات جنسية (**engaging in sexually explicit conduct**)⁽¹⁾ بقصد تشجيعهم أو ترغيبهم على الممارسات الجنسية أو تحريض الكبار أو دعوتهم إلى الممارسات الجنسية مع القاصرين وتشجيع السياحة الجنسية⁽²⁾، كما يحدث في العديد من دول شرق آسيا . ولاشك بأن وجود القواعد الجنائية التي تحرم إنتاج الصور الإباحية للأطفال وتوزيعها وحيازتها يسهم بقدر كبير في منع استغلال الأطفال جنسياً مع أن الكثير من القوانين الخاصة بالمشورات والمصنفات وقوانين النشر والصحافة تجرم صناعة أو جلب أو تصدير أو نشر أو عرض أو بيع أية منشورات أو مصنفات أو أشرطة أو أفلام أو مجلات وأية تسجيلات صوتية أو مرئية تحتوي على ما من شأنه أن يمس أخلاق وآداب المجتمع بشكل عام ، بما في ذلك استغلال الأطفال جنسياً ، فضلاً عما تتخذه جهات الرقابة من إجراءات وتدابير ترمي إلى عدم مخالفة ما يرد في المصنفات للأخلاق والآداب السائدة في المجتمع .

(2) إرسال المادة الإباحية عبر البريد الإلكتروني :

البريد الإلكتروني (E-mail) وهو عبارة عن خط مفتوح على كل أنحاء العالم يستطيع الفرد من خلاله إرسال واستقبال الرسائل ، سواء أكانت بالصوت أو بالصورة أو بالكتابة ، ويتم الإرسال عن طريق كتابة الرسالة أو رسم الصورة على الحاسب الآلي بالطريقة العادية المستخدمة في الكتابة ثم الضغط على مفتاح الإرسال لتنتقل الرسالة ومرفقاتها من صور ورسوم وغيرها في ثوانٍ إلى العنوان المطلوب . وتحفظ في صندوق البريد فيجد المرسل إليه إشارة

(1) (القانون الفيدرالي الأمريكي)

-Chapter 110 sexual exploitation and other Abuse of children:
18.u.s.c.2256.

(2) اتهمت الحكومة التايوانية بعض الأمان بإنتاج صور إباحية للأطفال لأغراض تجارية للدعاية عن السياحة الجنسية في تايوان . ونتيجة لانتشار ظاهرة السياحة الجنسية في شرق آسيا في أن الشرطة الدولية تتعاون حتى الآن مع 186 دولة من أجل محاربة الاستغلال الجنسي للأطفال .
راجع في ذلك :

- Child pornography, op cit. p.18.

فور تشغيله للحاسوب تعلن أن لديه رسالة أو أكثر في البريد . وقد يقوم الحاسب الآلي بإرسال رسالة صوتية على الهاتف المحمول تعلن صاحبه بأن رسالة وصلت لصندوق بريده⁽¹⁾.

وهذه الوسيلة الحديثة في الاتصالات عن بعد (Telecommunication) وإرسال الرسائل بالصوت والصورة والكتابة وتبادلها عبر الإنترنت يمكن اعتبارها سلوكاً إجرامياً إذا ما كان محلها مادة إباحية . وعلى ذلك فإن كانت المعلومة أو المادة المنقولة عبر الإنترنت ذات طابع خليعي أو تسيء إلى الأطفال فإن السلوك المفضي إلى هذا الحدث تتحقق به جريمة الاستغلال الجنسي للأطفال والإساءة إليهم .

وتظهر خطورة الإنترنت في ارتكاب الجرائم الجنسية ضد الأطفال وغيرها من الجرائم في أن إرسال الصور والمشاهد الإباحية التي تقدم القيم الأخلاقية لدى الأطفال وتعرضهم على الفسق والفجور والدعارة لا ترسل فقط إلى عنوان شخص معين بل يمكن أن ترسل بشكل جماعي لعدد كبير من الأشخاص سواء أكانوا أشخاصاً محددين كالرسائل التي توجه إلى أشخاص تربطهم رابطة معينة من الاهتمامات أو الهوايات ، وعادة ما تكون لهم قائمة بريدية ، فالرسالة البريدية ترسل إلى عنوان القائمة فتصل إلى جميع المشتركين . وقد ترسل الرسالة لأشخاص غير محددين وعناوينهم غير معروفة لدى المرسل . فقد ثبت قيام أحد المشتركين بإرسال صورة امرأة عارية للمشاركين الذين تبدأ أسماءهم بحروف X Y Z⁽²⁾.

وتزداد خطورة ارتكاب الجرائم عبر الإنترنت في عدم إمكانية معرفة الفاعل عن طريق استخدامه تقنية فنية في إخفاء عنوانه الإلكتروني عبر اللجوء إلى موقع الإخفاء أو فتح عنوان إلكتروني بالإدلاء بمعلومات غير صحيحة عن هويته فضلاً عن صعوبة البحث والتحقيق فيها وجمع أدلتها⁽³⁾.

- (1) د.جميل عبد الباقي ، مرجع سابق ، ص 15 .
راجع كذلك : د.ممدوح عبد الحميد ، أدلة الصور الرقمية في الجرائم عبر الكمبيوتر ، منشورات شرطة الشارقة ، 2005 ، ص 24 .
- (2) د.جميل عبد الباقي ، مرجع سابق ، ص 43 .
- (3) راجع في هذا الشأن : د.ممدوح عبد الحميد ، البحث والتحقيق الجنائي الرقمي في جرائم الكمبيوتر والإنترنت ، دار الكتب القانونية ، 2006 .

3 (إنشاء المواقع :

تقوم شركات متخصصة بإنشاء مواقع على شبكة الإنترنت Site-Web تضع فيها معلومات وصور ومشاهد يستطيع المشترك الوصول إليها بالدخول إلى الموقع بطريقة سهلة باستعمال محركات البحث التي تظهر للمستخدم قائمة المواقع . كما تقدم بعض الشركات عبر الإنترنت نظام الحوار الآلي المباشر بين المستخدمين للحديث والتعرف وتبادل الآراء والنقاش دون وجود رقيب وهو ما يُسمى (Internet Relay Chat) .

ويكون وصول المستخدم إلى الموقع أو إلى المستخدمين الآخرين للشبكة عن طريق متعهد التوصيل الذي يسمح للمستخدم بالتجول في الشبكة والانتقال من موقع لآخر والاتصال بالمستخدمين الآخرين ، ولكن لا يتم الدخول إلى الموقع إلا عن طريق متعهد الإيواء الذي يقوم بتخزين المعلومات والصور وغيرها بالشبكة ويسمح لمورد المعلومات أن يضعها في متناول المستخدمين وفقاً للشروط التي يقررها الناشر الذي ينشر على الويب (Web) ما يريد من نصوص أو صور⁽¹⁾ .

وعلى ذلك ، فإن المسؤولية عن الجرائم المرتكبة بواسطة الإنترنت تظل عدداً كبيراً من المتدخلين في الإنترنت وهم : متعهدو التوصيل ، متعهدو الإيواء ، المنتج ، ناقل المعلومات ، مؤلف الرسالة ومورد الرسائل الفنية ، متعهد الحديث ، وقد أثارَت مسؤوليتهم الجنائية الكثير من الجدل في الفقه وتعددت بشأنها الأحكام القضائية في ظل غياب نصوص صريحة تجرم أفعالهم⁽²⁾ .

ولقد أثبتت الدراسات التي تبحث في دور الإنترنت في إثارة الغرائز الجنسية وجود العديد من المواقع الجنسية الإباحية التي تعرض مشاهد جنسية وتوفر معلومات عن الدعارة والدعاية للشواذ والاتجار بالأطفال جنسياً ، وتقديم خدمات الحوار دون رقابة ، وبذلك

(1) د.جميل عبدالباقي ، مرجع سابق ، ص 117 .

(2) المرجع السابق ، ص 121 .

العديد من التشريعات الجنائية جرمت أفعال الإنتاج والنقل والتوزيع للصور الإباحية كالقانون الأمريكي والإنجليزي وغيرها ، وبالتالي لم تُنشر إشكاليات كبيرة بشأن المسؤولية عن هذه الجرائم . مثال ذلك راجع : . Protection of children Act 1978

أصبحت شبكات الإنترنت من أهم الوسائل لتوزيع الصور الإباحية والأفلام الخليعة إلى الجميع في البيوت والمكاتب والمقاهي⁽¹⁾.

غير إن إنشاء المواقع وإرسال الصور الجنسية على العناوين البريدية وتبادل الصور والمقالات والأفلام الفاضحة عبر شبكات الإنترنت وتقديم الخدمات للمستخدمين للدخول إلى هذه المواقع وعرض ما بها في شكل صور وإجراء الحوار بالصوت والصورة في الأمور الجنسية ليست محل تجريم في كافة التشريعات الجنائية . وفي هذا يجب التمييز بين حالتين :

الحالة الأولى : إذا كانت المواقع الجنسية ما يث فيها لا يمثل أي تصوير للأطفال في أوضاع جنسية من صور أو رسوم أو أصوات ، سواء أكانت حقيقية أم مركبة ، ولا تشكل أي مساس بالطفل على نحو يسيء إلى قيمه الأخلاقية ولا يتضمن أي تحريض له على الفسق والفجور ، أو تحريض على الاعتداء عليه بإثارة غرائز الكهول المتحررين جنسياً للاعتداء جنسياً على الأطفال ، فإن كثيراً من التشريعات الأوروبية تبيح إنشاء هذه المواقع وتعتبر ما ينشر بها ثقافة جنسية والتدخل فيها يعد قيدياً على الحرية الشخصية ، في حين تذهب أغلب التشريعات في البلدان الإسلامية إلى المعاقبة على نشر وبث المادة الإباحية بأية وسيلة ، بما في ذلك إنشاء المواقع الإباحية لمخالفة ذلك لتعاليم الدين الإسلامي الحنيف⁽²⁾.

(1) كشفت بعض الدراسات وجود إقبال كبير على المواقع الإباحية ، حيث زعمت شركة (Playboy) الإباحية بأن (4.7) مليون زائر يزور صفحاتهم على الشبكة أسبوعياً ، وبعض الصفحات الإباحية يزورها (280.034) زائر يومياً ، وأثبتت هذه الدراسة بأن عدد المواقع الإباحية على الإنترنت تقدر بحوالي 70 ألف موقع ، وفي حصر للقوائم الإباحية العربية في بعض المواقع على شبكة الإنترنت منها موقع الياهو فوجد أنها تصل إلى 172 قائمة .

راجع في ذلك : الأستاذ محمد عبدالله منشاوي ، جرائم الإنترنت ، بحث منشور على الإنترنت .
(2) حذر الدين الإسلامي من النظر إلى العورة في عدة آيات قرآنية . منها : قال تعالى : ﴿ قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم ويحفظوا فروجهم ذلك أزكى لهم إن الله خبير بما يصنعون ﴾ سورة النور ، الآية 30 . وقال تعالى : ﴿ إن الذين يحبون أن تشيع الفاحشة في الذين آمنوا لهم عذاب أليم في الدنيا والآخرة والله يعلم وأنتم لا تعلمون ﴾ سورة النور ، الآية 19 .

راجع في ذلك أيضاً : د. محمد عبدالرحيم سلطان ، جرائم الإنترنت والاحتساب عليها ، بحث منشور ، مجلة القانون والكمبيوتر والإنترنت ، الجزء الثالث ، 2994م ، ص 871 وما بعدها .

الحالة الثانية : إذا كانت المواقع الجنسية تتضمن تصويراً للأطفال في أوضاع جنسية *visual depiction* لاستغلالهم جنسياً أو الإساءة إليهم أخلاقياً ، أو ترويج ذلك بأية وسيلة ، أو دعوتهم للفسق والفجور والدعارة ، فإن كافة التشريعات الجنائية في البلدان الإسلامية والعربية والأوروبية تجرم ذلك لحماية الأطفال من الانحراف والاستغلال الجنسي سواء تم هذا التحريض أو الاستغلال الجنسي بالوسائل التقليدية أو بالوسائل الحديثة عن طريق البريد الإلكتروني أو إنشاء المواقع الإباحية على شبكة الإنترنت لتكون في متناول كافة المستخدمين .

إلا أن ثمة خلافاً في التشريعات الجنائية حول الصور الإباحية للأطفال ، فبعض التشريعات كالشريع الأمريكي⁽¹⁾ يُقصر التحريم على الصور الواقعية للاعتداءات الجنسية على الأطفال *Actualchild pornography* دون غيرها من الصور ، المركبة كلياً أو جزئياً كتعويض الوجه الأصلي للشخص البالغ بوجه طفل أو إظهار أشخاص راشدين بمواصفات جسدية طفولية ، وعلى الرغم من أن هذه الصور لا تشكل اعتداءً جنسياً مباشراً على الأطفال فإن لها نفس الأثر التحريضي للصور الحقيقية . ولهذا توسعت بعض التشريعات في حماية الأطفال فجرمت الأفعال التي تصور أي نوع من الممارسات الجنسية أو المناطق التناسلية للأطفال سواء أكانت تمثل اعتداءً مباشراً على الأطفال أم تسيء إليهم وتحط من كرامتهم أو تحريضهم على الفسق والفجور أو تثير غرائز المنحرفين أو الميول الجنسية نحو الأطفال ، ومهما كانت طبيعة هذا التصوير⁽²⁾ سواء أكان ذلك عبر الصور أم الرسوم أم الأصوات ، حقيقية كانت أو افتراضية .

(1) راجع في ذلك بحثاً بعنوان :

-Virtual child porography on the Internat. A "virtual victim .

-www.law.duke.edu/jornal/dltr.

(2) راجع في ذلك : الاتفاقية الأوروبية للجرائم المعلوماتية المبرمة عام 2001 في بودابست .

الفرع الثاني الركن المعنوي لجريمة الاستغلال الجنسي للأطفال عبر الإنترنت

القصد الجنائي : هو انصراف إرادة الجاني إلى ارتكاب الجريمة مع علمه بعناصرها التي يتطلبها القانون . ويختلف القصد الجنائي في الجرائم الجنسية ضد الأطفال تبعاً لاختلاف النص التجريمي ، فبعضها يقوم على القصد العام وبعضها الآخر يشترط توافر قصد خاص لدى الجاني .

وإذا كانت التشريعات الجنائية التقليدية تجرم كافة أشكال الاستغلال والانتهاك الجنسي للأطفال ، فإن جريمة الاستغلال الجنسي للأطفال عبر الإنترنت تعتبر الصورة الحديثة للاعتداء على الأطفال جنسياً ؛ إذ إن التطور التكنولوجي كشف لنا عن العديد من الوسائل المستخدمة في الاعتداء على الأطفال جنسياً ، فبعد أن كانت هذه الجرائم تتم بصورة تقليدية أصبحت تُرتكب عبر الإنترنت . ولاشك بأن هذه الجريمة الحديثة بوسيلة ارتكابها هي جريمة عمدية يستلزم لقيامها توافر ركن معنوي يتمثل في اتجاه إرادة الجاني إلى ارتكاب السلوك الإجرامي المكوّن لجريمة الاستغلال الجنسي للأطفال ، سواء عن طريق البريد الإلكتروني أم عن طريق إنشاء المواقع الإباحية ، مع علمه بطبيعة المادة بأنها تحتوي مواضيع إباحية مخلة بالأداب والأخلاق العامة في المجتمع . وينبغي على ذلك إذا غلط الجاني في المادة المرسله انتهى لديه القصد الجنائي .

كما يشترط لقيام هذه الجريمة أن تعمد الجاني من ارتكاب سلوكه الإجرامي تحقيق غاية معينة وهي استغلال الأطفال جنسياً أو بتقديمهم للدعارة والاتجار في أجسادهم أو لتقديم المتعة للمنحرفين جنسياً عبر شبكة الإنترنت أو إثارة غرائزهم نحو الأطفال ودعوتهم لممارسة الجنس معهم ، بصرف النظر عن الباعث الذي حرّك إرادة الجاني سواء كان لتحقيق كسب منادي أم إرضاء شهواته أو شهوات الغير أم هدم توازن القيم والأخلاق في المجتمع أو لترويج

المادة الإباحية وغيرها من الدوافع .

وتعد سن المجني عليه عنصراً مهماً في جريمة استغلال الأطفال جنسياً ؛ إذ يشترط لقيامها أن تكون سنه أقل من الثامنة عشر باعتبارها⁽¹⁾ السن المقررة لحماية القصر من كافة الاعتداءات الجنسية ، والسؤال الذي يُطرح هنا : هل يجوز للجاني أن يدفع بجهله بسن المجني عليه ؟ يذهب الرأي السائد في الفقه والقضاء إلى افتراض علم الجاني بسن المجني عليه . وهذا الافتراض قابل إثبات العكس بحيث يكون للجاني نفى هذا العلم بكافة الوسائل . ولكن لا يقبل منه مجرد الدفع بجهله بحقيقة سن المجني عليه ، أو أنه اتخذ بالمظهر الجسدي للمجني عليه فاعتقد خطأً بتجاوزه سن القصر⁽²⁾ . ولقد عالج المشرع الليبي هذه المسألة بأن نصّ في المادة 422 عقوبات (لا يجوز للفاعل أن يحتج بجهله بسن المجني عليه إذا وقعت الجرائم المنصوص عليها في هذا الباب على قاصر دون الرابعة عشرة) . وبهذا يكون المشرع الليبي قد نص على قرينة قانونية غير قابلة لإثبات العكس مفادها افتراض علم الجاني بسن المجني عليه إذا كان الأخير تقل سنه عن 14 سنة . أما إذا كان متجاوزاً لهذه السن فيجوز أن يدفع بجهله بحقيقة سن المجني عليه .

(1) حددت المادة الأولى من الاتفاقية الدولية لحماية الطفولة سن الطفل بالثامنة عشر .

كما عرف القانون الفيدرالي الأمريكي القاصر بأنه :

(minor is defined as a person under the age of 18)

(2) د.إدوار غالي الذهبي ، مرجع سابق ، ص 198 .

المطلب الثالث المواجهة التشريعية لجرائم الاستغلال الجنسي للأطفال عبر الإنترنت

اختلفت الدول في مواجهة الجرائم المرتكبة بواسطة الحاسوب والإنترنت ، ففي الدول المتقدمة تكنولوجياً واجه المشرع جرائم التكنولوجيا الحديثة بما فيها الجرائم المرتكبة بواسطة الإنترنت بنصوص جديدة تستوعب استخدام هذه الوسيلة الحديثة في ارتكاب الجرائم مع إجراء تعديل في قانون الإجراءات الجنائية بحيث لا يكون عائقاً أمام تطبيق النصوص الموضوعية .

أما في الدول غير المتقدمة تكنولوجياً (الدول النامية) ومنها الدول العربية ، فغالبيتها لم تصدر تشريعات خاصة في مجال مكافحة الجرائم المرتكبة بواسطة الإنترنت ؛ إذ يتم الاعتماد في العقاب على هذه الجرائم على النصوص التقليدية . ولاشك أن هذه المعالجة تكون عاجزة عن مواجهة هذه الفئة من الجرائم ، فضلاً عن إحداثها للعديد من الإشكاليات القانونية ، وخلق نوع من الفراغ التشريعي ، ذلك أن تلك النصوص وضعت لمواجهة صور معينة من السلوك . كما أن بعض الجرائم التقليدية عند ارتكابها بوسيلة حديثة تبدو وكأنها جديدة ؛ لأنه لم يكن في ذهن المشرع ارتكابها بتلك الوسيلة الحديثة. ويزداد الأمر تعقيداً إذا ما كانت الجريمة في حد ذاتها مستحدثة ظهرت مع التطور التكنولوجي .

ولأهمية هذا الموضوع سوف نتناول في هذا المطلب كيفية مواجهة التشريعات الجنائية لجريمة الاستغلال الجنسي ضد الأطفال عبر الإنترنت وفق التقسيم التالي :

الفرع الأول : المواجهة التقليدية لجريمة الاستغلال الجنسي للأطفال عبر الإنترنت .

الفرع الثاني : المواجهة الحديثة لجريمة الاستغلال الجنسي للأطفال عبر الإنترنت .

الفرع الأول المواجهة التقليدية لجريمة الاستغلال الجنسي للأطفال عبر الإنترنت

عمدت كافة التشريعات الجنائية التقليدية إلى إقرار حماية خاصة للأطفال من كافة أشكال الاستغلال والانتهاك الجنسي ، وظلت هذه النصوص المتعلقة بحماية الآداب العامة ومكافحة التحريض والمساعدة على الفسق والفجور والاستغلال للبغاء الجنسي وغيرها من القوانين المتعلقة بالاتصالات والمصنفات هي المطبقة على جريمة الاستغلال الجنسي للأطفال بواسطة الإنترنت .

وعلى ذلك فإن هذه الجريمة يمكن إدراجها في ليبيا تحت نص المادة (409 عقوبات) الخاصة بتحريض الصغار على الفسق والفجور : " يُعاقب بالحبس كل من حرّض صغيراً دون الثامنة عشر ذكراً كان أو أنثى على الفسق والفجور أو ساعده على ذلك أو مهّد له ذلك أو أثاره بأية طريقة لارتكاب فعل شهواني أو ارتكبه أمامه سواء على شخص من نفس الجنس أو من الجنس الآخر " .

والمادة (415 عقوبات) الخاصة بالتحريض على الدعارة التي تقضي : " كل من أغوى قاصراً أو محتل العقل على الدعارة إرضاءً لشهوة الغير أو سهّل له ذلك يُعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة ، وبالغرامة التي لا تزيد على مائتي دينار " .

والمادة (2/421 عقوبات) الخاصة بالأفعال أو الأشياء الفاضحة التي تقضي : " ... وتطبق العقوبة ذاتها على من أخل بالحياء وتوزيع رسائل أو صور أو أشياء فاضحة أو بعرضها على الجمهور أو طرحها للبيع ... " .

وإذا كان هذا هو اتجاه المشرع الليبي فلم يختلف عنه المشرع المصري كثيراً ؛ إذ عاقب بمقتضى المادتين (178 و 178 مكرر) الخاصتين بصناعة أو حيازة أو توزيع أو إيجار أو عرض مطبوعات أو مخطوطات أو رسومات أو إعلانات أو صوراً أو إشارات وغيرها من

الأشياء إذا كانت منافية للآداب العامة ، إلا أنه استجابة لما ورد في اتفاقية حقوق الطفل الصادرة سنة 1989م أصدر المشرع المصري القانون رقم 95 لسنة 1996م بشأن حماية الطفل نص في المادة (89) منه : ” يحظر نشر أو عرض أو تداول أي مطبوعات أو مصنفات فنية أو مرئية أو مسموعة خاصة بالطفل تخاطب غرائزه الدنيا أو تزيّن له السلوكيات المخالفة لقيم المجتمع أو يكون من شأنها تشجيعه على الانحراف ، مع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد ينص عليها قانون آخر على مخالفة حكم الفقرة السابقة بغرامة لا تقل عن مائة جنيه ولا تزيد على خمسمائة جنيه ، ويجب مصادرة المطبوعات أو المصنفات الفنية المخالفة “.

ونصّ في المادة (116) من هذا القانون : ” مع عدم الإخلال بأي عقوبة أخرى أشد منصوص عليها قانوناً ، يعاقب بالحبس من عرض طفلاً للانحراف أو لإحدى الحالات المشار إليها في المادة (96) من هذا القانون بأن أعده لذلك أو ساعده أو حرّضه على سلوكها أو سهلها له بأي وجه ولو لم تتحقق حالة التعرض فعلاً ... “.

وعلى ذلك فإن جميع أفعال الاستغلال للأطفال بتصويرهم في أوضاع مخلة بالآداب العامة وعرضها على شبكات الإنترنت أو استخدام هذه الشبكة في تخريب الأطفال على الفسق والفجور بصور أو كتابات أو عبارات تعرض على شبكة الإنترنت أو عن طريق البريد الإلكتروني يطبق بشأنها المادة (116) من القانون رقم 12 لسنة 1996م.

ويلاحظ أن كافة النصوص القائمة في أغلب التشريعات التقليدية تحتاج إلى تعديلات لتتلاءم وتتناسب مع الجرائم المرتكبة بواسطة الإنترنت أو وضع قانون جديد لمواجهة هذه الفئة من الجرائم ، نظراً لتنوع هذه الجرائم واتخاذها مظاهر مختلفة بحيث أصبحت مواجهتها بنصوص تقليدية تطرح العديد من الإشكاليات وتخرج في كثير من الأحيان عن النموذج التقليدي للجرائم المخلة بالآداب العامة .

الفرع الثاني المواجهة الحديثة لجريمة الاستغلال الجنسي للأطفال عبر الإنترنت

سنت العديد من الدول الأوروبية تشريعات خاصة بجرائم الحاسوب والإنترنت باعتبارها جرائم جديدة لم يتناولها القانون الجنائي بفرعيه الموضوعي والإجرائي وذلك لمكافحة هذه الفئة من الجرائم وتجنب الإشكاليات القانونية التي قد تنشأ عن تطبيق القواعد التقليدية على هذه الجرائم . وتعتبر السويد من أولى الدول التي أصدرت تشريعات خاصة بجرائم الحاسوب والإنترنت عام 1973م ، وتأتي بعدها الولايات المتحدة الأمريكية حيث أصدرت عام 1976م قانوناً خاصاً بحماية أنظمة الحاسوب ، والعديد من التشريعات الخاصة بجرائم المعلومات وجرائم استغلال الأطفال في المواد الإباحية ، فأصدر الكونجرس الأمريكي عام 1966م قانوناً يمنع استغلال الأطفال في المواد الإباحية (CPPA) بإنتاج صور لطفل يمارس علاقات جنسية أو تظهر أعضاؤه التناسلية بقصد النشر سواء أكانت هذه الصور لطفل حقيقي Actual child أو لطفل افتراضي virtual child ولكن محكمة استئنافية بالولايات الأمريكية قضت بعدم دستورية هذا القانون على أساس أن إنتاج صور إباحية لأطفال غير حقيقية لا يعد اعتداءً جنسياً على الأطفال ولا استغلالاً جنسياً لهم⁽¹⁾ . واعتبرته من قبيل التوسع في التجريم الذي يخالف مبدأ حرية الرأي والتعبير . واستطردت قائلة بأن حجة الحكومة في تجريم الصور الإباحية الافتراضية يطابق مع ما سبق أن طالبت به الحكومة من عدم عرض فيلم روميو وجوليت لأنه يدفع المراهقين إلى الانتحار ، ومع ذلك قررت المحكمة الاستئنافية ضرورة التمييز بين الصور الإباحية الحقيقية Actual child pornography التي يجب أن يكون إنتاجها وتوزيعها محلاً للتجريم وبين الصور الإباحية الافتراضية virtual child

(1) Review- Law and technology- virtual child pornography on Internet: A virtual child www.law.duke.edu/journal/dltr/articles/2002dltr.p.1.

pornography التي يعد تجريمها مخالفاً لمبدأ حرية الرأي والتعبير⁽¹⁾.

وتعد فرنسا من الدول الأوروبية التي اهتمت بتطوير قوانينها الجنائية للتوافق مع المستجدات الإجرامية ، فأصدرت في عام 1988 القانون رقم 19 لسنة 1988م أضافت به إلى قانون العقوبات جرائم الحاسب الآلي .

وبصدد الجرائم المخلة بالآداب العامة وجرائم الاستغلال الجنسي للأطفال عاقب المشرع الفرنسي بمقتضى المادة (283) من قانون العقوبات القديم على عرض أو توزيع أو حيازة أو بيع أي صور أو رسومات أو مطبوعات أو ملصقات وغيرها إذا ما كانت مخلة بالآداب . كما نصت المادة (286) من قانون العقوبات الفرنسي القديم مضاعفة العقوبة إذا ارتكبت ضد الأطفال .

وقد اهتم المشرع الفرنسي في قانون العقوبات الجديد بالأفعال التي تنطوي على تحريض للأطفال على الفسق والفجور أو استغلالهم جنسياً أو استخدام العنف ضدهم بأن قضت المادة (22/227) بتجريم إفساد الطفل La Corruption du mineur وذلك بمعاينة من يجبذ أو يشرع في تحييد إفساد طفل بالحبس لمدة خمس سنوات وبغرامة 75000 يورو وتشدد هذه العقوبة لمدة سبع سنوات وبغرامة 100000 يورو إذا كان الطفل الذي وقعت عليه الجريمة يقل عمره عن خمس عشرة سنة أو إذا كان الطفل المجني عليه قد وضع في اتصال مع الفاعل بواسطة نشر رسائل على شبكة الاتصالات عن بعد أو إذا ارتكبت الجريمة داخل مدرسة ، أو بمتابعة دخول أو خروج التلاميذ من تلك المدرسة أو بالقرب منها ، وتوقع - بصفة خاصة - ذات العقوبات بالنسبة للأفعال المرتكبة من شخص بالغ والمتمثلة في تنظيم اجتماعات تتضمن عروضاً أو علاقات جنسية يحضرها أو يساهم فيها طفل . وتشدد العقوبة إلى

(1) Op cit. p.2.

- أصدر المشرع الإنجليزي عام 1978م قانوناً يقضي بمكافحة نشر الإباحية للأطفال سواء أكانت صورة حقيقية أو مصنعة pseudo - photograph .

- أصدر المشرع البلجيكي عام 1995م قانوناً يقضي بتجريم عرض وبيع وتوزيع وتسليم أي رموز أو أفلام أو صور فوتوغرافية أو رسومات أو غيرها من الأشياء المرئية التي تظهر أوضاعاً أو أفعالاً جنسية ذات طبيعة إباحية يشترك فيها أو يحضرها أطفال تقل سنهم عن 16 سنة .

- راجع في ذلك : د. شريف سيد كامل ، مرجع سابق ، ص 194 ، 195 .

عشر سنوات وبغرامة 100000 يورو إذا ارتكبت الجريمة عصابة منظمة⁽¹⁾.

وقضت المادة (23/277 عقوبات فرنسي) بتجريم نشر صور إباحية للطفل وذلك بمعاقبة من يقوم بالتقاط أو تسجيل أو نقل صورة لطفل بقصد نشرها إذا كانت هذه الصورة إباحية يعاقب بالحبس لمدة ثلاث سنوات وبغرامة 45000 يورو . ويعاقب بذات العقوبة كل من عرض أو نشر بأية وسيلة كانت أو استورد أو صدر مثل هذه الصورة . وترتفع العقوبة إلى خمس سنوات وبغرامة 75000 يورو إذا استخدمت في نشر صورة الطفل الإباحية على الجمهور عبر شبكات الاتصالات عن بعد ، كما يعاقب على حيازة المواد الإباحية بالحبس لمدة سنتين وبغرامة قدرها 30000 يورو . ويعاقب أيضاً على الأفعال المذكورة في الفقرة الثانية والثالثة والرابعة من هذه المادة بالحبس لمدة عشر سنوات وبغرامة 50000 يورو إذا ارتكبت من قبل عصابة منظمة⁽²⁾.

(1) Article 227- 22 :

- Le fait de favoriser ou de tenter de favoriser la corruption de un mineur est puni de cinq ans
- d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende. Ces peines sont portées à sept ans.
- d'emprisonnement et de 100000 euros d'amende lorsque le mineur est âgé de moins de quinze ans ou lorsque le mineur a été mis en contact avec l'auteur des faits grâce à l'utilisation, pour la diffusion de messages à destination d'un public non déterminé, d'un réseau de communications électroniques ou que les faits sont commis dans les établissements d'enseignement ou d'éducation ou dans les locaux de l'administration, ainsi que, lors des entrées ou sorties des élèves ou du public ou dans un temps très voisin de celles-ci, aux abords de ces établissements ou locaux.
- Les mêmes peines sont notamment applicables au fait, commis par un majeur, d'organiser des réunions comportant des exhibitions ou des relations sexuelles auxquelles, un mineur assiste ou participe.
- Les peines sont portées à dix ans d'emprisonnement 1 000 000 Euros d'amende lorsque les faits ont été commis en bande organisée.

(2) Article 227- 23 :

- Le fait, en vue de sa diffusion, de fixer, d'enregistrer ou de transmettre l'image ou la représentation d'un mineur lorsque l'image ou cette représentation présente un caractère pornographique est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 Euros d'amende.
- Le fait d'offrir, de rendre disponible ou de diffuser une telle image ou représentation, par quelque moyen que ce soit, de l'importer ou de l'exporter, de la faire importer ou de la faire exporter, est puni des mêmes

وقضت المادة (24/227 عقوبات فرنسي) بتجريم الإخلال بالآداب العامة وذلك بمعاقبة من يقوم بتصنيع أو نقل أو نشر بأية طريقة كانت رسالة لها طابع العنف أو الإباحية أو يكون من شأنها المساس الجسيم بالكرامة الإنسانية أو الاتجار في مثل هذه الرسالة إذا كان من المحتمل أن يطلع عليها أو يدرکها طفل مدة ثلاث سنوات وبغرامة 75000 يورو⁽¹⁾.

ويتبين من النصوص سالفة الذكر بأن المشرع الفرنسي قد جرم كافة الأفعال المخلة بالآداب العامة التي يمكن أن يطلع عليها طفل أو يكون محلها ، سواء اتخذت شكل رسالة أو صورة أو فيلم باستخدام الصحف أو الإذاعة أو التلفزيون أو بالوسائل الحديثة للاتصالات عن بعد كالإنترنت⁽²⁾. وقد طبق القضاء الفرنسي المادة (23/227) على العديد من الفضائيات تتعلق بإنشاء مواقع لدعارة الأطفال⁽³⁾.

وبناءً على ذلك يمكن القول بأن قانون العقوبات الفرنسي الجديد قد جرم الأفعال التي تتخذ من الطفولة موضوعاً جنسياً ، سواء بعرض مادة إباحية على طفل أو كان محل المادة

peines .

- Les peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et à 100000 Euros d'amende lorsqu'il a été utilisé, pour la diffusion de l'image ou de la représentation du mineur à destination d'un public non déterminé, un réseau de communications électroniques.

- La tentative des délits prévus aux alinéas précédents est punie des mêmes peines .

- La fait de consulter habituellement un service de communication au public en ligne mettant à disposition une telle image ou représentation ou de détenir une telle image ou représentation par quelque moyen que ce soit est puni de deux ans d'emprisonnement et 30000 Euros d'amende.

- Les infractions prévues au présent article sont punies de dix ans d'emprisonnement et de 500000 Euros d'amende lorsqu'elles sont commises en bande organisée.

(1) Article 227 - 24 :

- Le fait soit de fabriquer, de transporter, de diffuser par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support un message à caractère violent ou pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine, soit de faire commerce d'un tel message, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende lorsque ce message.

(2) راجع في تفصيل هذه الجرائم : د.مدحت رمضان ، جرائم الاعتداء على الأشخاص والإنترنت ، دار النهضة العربية ، سنة 2000 ، ص 147 وما بعدها .

(3) د.جميل عبد الباقي ، مرجع سابق ، ص 27 .

الإباحية طفلاً .

وتعد دولة الإمارات المتحدة العربية من الدول التي اهتمت بوسائل استخدام التقنية الحديثة - الكمبيوتر والإنترنت - في ارتكاب الجرائم ، فأصدرت القانون الاتحادي رقم 2 لسنة 2006م بشأن مكافحة تقنية المعلومات ، فتناولت المادة (12) تجريم الأفعال المرتكبة ضد الآداب العامة بأن نصّت : " كل من أنتج أو أعدّ أو هبّ أو أرسل أو خزّن بقصد الاستغلال أو التوزيع أو العرض على الغير عن طريق شبكة المعلومات أو إحدى وسائل تقنية المعلومات ما من شأنه المساس بالآداب العامة أو أدار مكاناً لذلك يعاقب بالحبس والغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين . فإذا كان الفعل موجهاً إلى حدث فتكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر والغرامة لا تقل عن ثلاثين ألف درهم "

وتناولت المادة (13) تجريم التحريض على الدعارة والفجور بأن نصّت : " يعاقب بالسجن والغرامة من حرّض ذكراً أو أنثى أو اغواه لارتكاب الدعارة أو الفجور أو ساعده على ذلك باستخدام الشبكة المعلوماتية أو إحدى وسائل تقنية المعلومات . فإذا كان المجني عليه حدثاً كانت العقوبة السجن مدة لا تقل عن خمس سنوات والغرامة "

وتناولت المادة (17) تجريم أفعال الاتجار بالغير بأن نصّت على : " كل من أنشأ موقعاً أو نشر على شبكة المعلومات أو إحدى وسائل تقنية المعلومات بقصد الاتجار في الأشخاص أو تسهيل التعامل فيه يعاقب بالسجن المؤقت "

وتناولت المادة (20) تجريم ترويج الأفكار المخلة بالنظام والآداب العامة ، بأن نصّت : " كل من أنشأ موقعاً أو نشر معلومات على الشبكة المعلوماتية أو إحدى وسائل تقنية المعلومات مجموعة تدعو لتسهيل وترويج برنامج وأفكار من شأنها الإخلال بالنظام العام والآداب العامة يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على خمس سنوات "

الفرع الثالث مبررات إصدار تشريع خاص لجرائم الاستغلال الجنسي للأطفال عبر الإنترنت

على الرغم من تعدد الوسائل المستخدمة في استغلال الأطفال جنسياً ، فإن دورها يظل محدوداً مقارنةً بوسائل التقنية الحديثة وفي مقدمتها الإنترنت .. ومن هنا لابد من إيجاد وسائل وآليات لمنع خطر التقنية واستخدامات المحرفين لها في استغلال الأطفال جنسياً **Abuse of children** ، والاعتداءات الجنسية عليهم المباشرة وغير المباشرة . وهذه الوسائل قد تكون تقنية باستخدام المصفيات **Filters** بالاعتماد على كلمات للدخول إلى المواقع أو بمراقبة محتوى المواقع قبيل تسجيلها وغيرها من الوسائل الفنية ، إلا أنها تظل محدودة الفاعلية إذ يستطيع المستخدم ذو الكفاءة العالية للإنترنت اختراق هذه الوسائل والتغلب على برنامج الرقابة والتشفير واللجوء إلى تقنية **Mailing** في إرسال الصور والرسومات والمكاتب بأسماء وهمية إضافة إلى أن استخدام الوسائل التقنية في منع الجرائم الجنسية المتعلقة بالأطفال عبر الإنترنت يعتمد في تنفيذها على العنصر البشري⁽¹⁾ . وقد أظهرت الدراسات بأن الكثير من مزودي خدمات الإنترنت لا يقومون بأعمال المراقبة على محتويات المواقع ولا يعتبرون أنفسهم مسؤولين عما يُنشر بها ، وقد يكون بعضهم من ضمن المحرفين الشواذ الذين تدفع رغبتهم الجنسية إلى ترك المواقع الجنسية مفتوحة للراغبين ، وقد يكون العنصر المادي هو الدافع لتوسيع دائرة الاستغلال الجنسي للأطفال ما يؤدي إلى فقدان الرقابة لدورها .. وعلى ذلك فإن الوسائل التقنية تظل وحدها غير كافية لمنع جرائم الاستغلال الجنسي للأطفال عبر الإنترنت ، ويبقى الاعتماد عليها نسبياً في منع هذه الجريمة التي باتت تتزايد بشكل ملحوظ وتشكل ظاهرة ينبغي التصدي لها بنصوص قانونية ونستند في هذا القول إلى عدة حجج :

1 () توسع نطاق الجريمة :

(1) د.ممدوح عبدالحميد ، مرجع سابق ، ص103 وما بعدها .

جريمة الاستغلال الجنسي للأطفال بأنواعها المختلفة من إفساد لأخلاق الأطفال وتحريضهم على الفسق والفجور أو الاتجار بأعراضهم واستغلال أجسادهم في المواد الإباحية كانت محدودة النطاق المكاني بحكم الوسيلة التقليدية المستخدمة في ارتكابها ؛ إذ يعتمد الجاني في ارتكاب جريمته على المقابلة المادية للمجني عليه فيحرضه بالقول على الفسق والفجور أو يأتي أمامه بأفعال شهوانية أو يرسل إليه خطابات أو رسائل أو كتباً أو أفلاماً ذات طابع جنسي وغيرها من أنماط السلوك التي تحقق بها جرائم الاستغلال الجنسي للأطفال . وأياً كان عدد المجني عليهم وضحايا هذه الجريمة فإنهم معدودون ويظل نطاق ارتكاب هذه الجريمة محدوداً إقليمياً رغم أنها ترتكب بكافة الوسائل التعبيرية - القول ، الفعل ، الكتابة وما في حكمها - وتبقى خطورتها بسيطة لا تثير قلقاً في المجتمع وتجسد القوانين الجنائية التي وضعت لمواجهةها بجانب القوانين الخاصة بالصحافة والنشر حماية فعالة للأطفال وغيرهم من كافة الأفعال التي تخرض على الانحراف الجنسي وغيرها من الجرائم بالمخلة بالآداب العامة . ولكن الوضع لم يبق على حاله ، حيث يُعد ظهور الإنترنت كوسيلة للاتصالات والاستخدام الشائع لها غيرت كثيراً من طبيعة جرائم الاستغلال الجنسي للأطفال وخطورتها ، فبعد أن كانت في الماضي القريب تمس أشخاصاً معدودين إذ لا يتصل الجناة إلا بأعداد محدودة من الأطفال اتسع نطاقها المكاني وازداد ضحاياها ، حيث لا يحتاج الجاني في ارتكاب هذه الجريمة إلى المقابلة المادية للمجني عليه أو إرسال أشياء فاضحة إليه بوسائل تقليدية⁽¹⁾ محدودة الخدمة ، فأصبح بإمكانه الآن أن يرتكب جريمته عن بعد بدون ملاقاته للمجني عليه ، وأن يحقق غايته في الاستغلال الجنسي لأعداد هائلة للأطفال والبالغين الشواذ . وعلى ذلك فإن ما حققته وسيلة الإنترنت للجناة في انتشار هائل في الاعتمادات الجنسية غير المباشرة على الأطفال ومن بينها ما يُعرف

(1) Max Taylor and Ethel Quayle op cit, p.21.

- Digital camera and Internet distribution facilitated by use of credit card and the ease of transferring image across national borders has made it easier than over before of user of child pornography to obtain the photographs and videos, see: child pornography op cit p.5

بـ **Child grooming**⁽¹⁾ بات الأمر للعديد من المشرعين الجنائين يستدعي مراجعة شاملة للأحكام والنصوص والقوانين المتعلقة بالآداب العامة . وقد كشفت لهم هذه المراجعة عن عجز النصوص التقليدية في تغطية الجرائم التي تُرتكب في العالم الافتراضي **virtual world** الذي يشتمل على بيانات ومعلومات ووسائل اتصال صوتية ومرئية يتم نقلها وتبادلها عن طريق الأسلاك والكوابل ووسائل البث اللاسلكية والاتصال عن بعد والربط بالأقمار الصناعية تتجاوز سيادة الدولة الإقليمية والجنّة وضحاياهم متواجدون وينتمون إلى دول مختلفة . فالصور الإباحية والأحاديث ذات المغزى الجنسي تُرسل وتنتقل عبر الإنترنت لأشخاص يقيمون في دول مختلفة . والمواقع الإباحية يتم الدخول إليها من أي بلد دون اعتبار للمسافات والحدود الإقليمية ولاشك بأن التطور الكبير في تقنية المعلومات وارتكاب جرائم الاستغلال الجنسي للأطفال عبر تكنولوجيا المعلومات لم يكن يتوقعه المشرعون عند وضعهم للنصوص القائمة حالياً في التشريعات الجنائية التقليدية مما يجعلها قاصرة فعلاً في مواجهتها ، ومن ثم فإن القائمين على هذه التشريعات مدعوون إلى إجراء تعديلات في هذه التشريعات . وهذا التعديل لا يقتصر على القواعد الموضوعية بل يمتد إلى القواعد الإجرائية ذات الأفكار والمفاهيم التي تتلاءم مع عالم شبكة المعلومات والاتصالات عن بعد الذي تنعدم فيه الحدود الإقليمية ويخلق علاقات بين الأفراد في دول مختلفة ويضحى عنصر المكان غير ذي أهمية على عكس القوانين (الموضوعية والإجرائية) ذات الطابع الإقليمي والقائمة على مبدأ السيادة والحدود الإقليمية .

ولهذا فإن شبكة المعلومات (الإنترنت) غيرت الكثير من المفاهيم وتجاوزت الحدود الإقليمية ، فأصبح الفرد يسافر عبر الإنترنت إلى الدول افتراضياً ، ويتصل بالأفراد ويقراً

(1) **Child grooming op cit. p.3 .**

“Child grooming is known, the deliberate action by an adult to form a trusting relationship with child with Internet of later having sexual contact”.

- راجع أيضاً اتفاقية **Europe cyber crime convention** التي نصّت في مادتها التاسعة على حماية الأطفال من الاستغلال الجنسي المرتكب بواسطة الإنترنت .

ويشاهد من يريد إلى حد دفع البعض إلى القول لقد آن الأوان لإعلان استقلال العالم المعلوماتي (الواقع الافتراضي) عن العالم الحقيقي. ونخلص من ذلك إلى أن الجرائم المرتكبة عبر الإنترنت تستلزم وضع قواعد قانونية جديدة تلائمها.

(2) سهولة ارتكاب الجريمة :

لعل من الجوانب المهمة في جرائم الاستغلال الجنسي للأطفال عبر الإنترنت تتعلق بسهولة ارتكابها وتحقق وقوعها بالكيفية التي يريدها الجاني في وقت ما يشاء وبأقل تكلفة، وهذه الظروف المساعدة والمهية لارتكاب جرائم الاستغلال الجنسي للأطفال يوفرها الجهاز الآلي الذي يحوزه الجاني ويستطيع به النشر والاتصال والحوار دون قيد أو الحصول على ترخيص من جهة معينة ويستطيع كذلك باستخدامه الدخول إلى المواقع الإباحية في أي بلد ويطلع من خلاله على الصور الإباحية وحياسة صور منها وإرسالها في ثوانٍ محدودة لأي عدد من الأشخاص على عكس ما كان عليه الأمر في الماضي، فثمة صعوبات في الحصول على الصور الإباحية وإرسالها للغير⁽¹⁾؛ إذ يحتاج في ذلك إلى محلات لبيع هذه المواد أو أشخاصاً يقومون برسمها. وهذا يتطلب بعض الوقت فضلاً عن تكلفته المادية ويحتاج إرسالها للغير إلى الخدمات البريدية ووفقاً لإجراءات تستهدف التعرف على محتوى الرسالة قبل إرسالها مما يعد إرسالها بهذه الطريقة مخوفة بالمخاطر، وإذا كانت جرائم الاستغلال الجنسي للأطفال التي ترتكب عبر الإنترنت ليست سوى أفعال يستغل بها الجاني الأطفال جنسياً ولا تختلف في مضمونها أو مقترفيها أو ضحاياها عن جريمة الاستغلال الجنسي التي ترتكب بوسائل تقليدية، إلا أن خصوصيتها تتمثل في وسلة ارتكابها وارتكازها على العنصر الإلكتروني. ولا جدال بأن هذا العنصر يجعل لجريمة الاستغلال الجنسي للأطفال خصوصية معينة تنتمي بها إلى فئة الجرائم التي ترتكب عن بعد، وهذا التميز والاختلاف يقتضي اختلاف النصوص التي تحكم كل منهما. وهنا تكرر ما سبق أن ذكرناه بوضع قواعد جديدة لمنع ومكافحة ظاهرة الاستغلال الجنسي للأطفال عبر

(1) Max Taylor and Ethel Quayle op cit, p.12.

- راجع أيضاً : د.مدحت رمضان ، مرجع سابق ، ص3 وما بعدها .

الإنترنت⁽¹⁾

فقد ثبت وجود علاقة كبيرة بين الشواذ **pedoiles** ذوي الاهتمام بالصور الإباحية للأطفال والاعتداءات الجنسية على الأطفال ؛ إذ لاحظ الباحثون الاجتماعيون وجود هذه العلاقة في العديد من الاعتداءات الجنسية على الأطفال ، سواء أكانت عدوانية أو رضائية ؛ إذ تعتبر الإنترنت بيئة مناسبة للمنحرفين الشواذ في استغلال الأطفال جنسياً بإرسال الصور الإباحية لهم والاتصال المباشر به ومحاورتهم بواسطة الإمكانيات الكبيرة التي توفرها الإنترنت في مجال الاتصالات وإرسال الصور الإباحية . ومن هنا أصبحت جرائم نشر الصور الإباحية⁽²⁾ من ضمن **Cyber crime** وتشكل مشكلة كبيرة في حماية الأطفال من الاستغلال الجنسي **adult sexual abuse of children** وما صاحبها من تزايد في الجرائم التي يرتكها المنحرفون الشواذ (**Lover of children**)⁽³⁾، ومن ثم يتعين على المشرع الليبي وغيره من المشرعين مراجعة قوانينهم الخاصة بهذه الجرائم التي أصبحت في تزايد بسبب استخدام التقنية الحديثة في حياة الفرد والمجتمع ولم يعد هناك مجال للاستغناء عنها . وفي الوقت الذي ننبه فيه إلى إصدار تشريعات خاصة بالجرائم المعلوماتية بكافة أنواعها خاصة المشرعين العرب الذين لم يشعروا بعد إلى الحاجة إلى تدخل تشريعي لمواجهة هذه الفئحة من الجرائم ، فإننا نشيد بالمشرع الإماراتي في إصداره القانون رقم (2) لسنة 2006 بشأن مكافحة تقنية جرائم تقنية المعلومات⁽⁴⁾.

(1) د.غنام محمد غنام ، عدم ملاءمة القواعد التقليدية في قانون العقوبات لمكافحة جرائم الكمبيوتر ، بحث منشور بمجلة القانون والكمبيوتر والإنترنت ، المجلد الثاني ، 2004 ، ص 626 .

(2) **Max Taylor and Ethel Quayle op cit , p.23.**

- **Child pornography op cit . p.3 .**

(3) **Max Taylor and Ethel Quayle op cit , p.10.**

(4) نصت المادة (9) من الاتفاقية الأوروبية الخاصة بمكافحة الجرائم المرتكبة بواسطة الكمبيوتر والإنترنت (**cyber crime**) التي أبرمت في مدينة بودابست 2001م على الآتي :

1. تقوم كل دولة طرف في الاتفاقية بإقرار الإجراءات التشريعية وغيرها من الإجراءات كلما كان ذلك ضرورياً وإصدار تشريع يعاقب على السلوكيات الآتية :

أ - إنتاج صور إباحية للأطفال بغرض توزيعها عبر منظومة الإنترنت .
ب - عرض أو توفير صور إباحية للأطفال عبر منظومة الإنترنت .
ج - توزيع أو بث صور إباحية للأطفال عبر منظومة الإنترنت .

الخاتمة

تناولنا في هذا البحث جريمة الاستغلال الجنسي للأطفال عبر الإنترنت التي تقوم على أساس استخدام الأطفال في الجنس بشكل يتعارض مع قوانين الآداب العامة والطفولة عن طريق نشر الصور والمشاهد والرسائل عبر شبكات الإنترنت ، ولقد ارتأيت دراسة هذا الموضوع في ثلاثة مطالب على النحو التالي :

المطلب الأول : وخصصناه لدراسة النماذج التقليدية للاعتداء الجنسي على الأطفال ، وتناولنا فيه صور الاعتداءات الجنسية على الأطفال من واقعة وهتك عرض وتحريض على الفسق والفجور وكيفية معالجتها تشريعياً . وتناولنا أيضاً في هذا المطلب استخدام وسائل الصحافة والنشر في الاعتداء الجنسي على الأطفال عن طريق نشر الصور والمشاهد وإصدار الكتب وعرض الأفلام السينمائية وغيرها من الوسائل التي تنطوي على إخلال بالآداب العامة وتحريض على الفسق والفجور وإثارة الشهوات الجنسية وكافة أشكال الاستغلال الجنسي للأطفال .

المطلب الثاني : وخصصناه لدراسة استخدام في الاستغلال الجنسي للأطفال ، وتناولنا فيه الركن المادي لهذه الجريمة التي تقوم على عنصرين أساسيين هما : " المادة الإباحية - السلوك الإجرامي لجريمة الاستغلال الجنسي للأطفال " ، ويبتأ فيه ماهية المادة الإباحية التي هي عبارة تصوير ، بأية طريقة ، لطفل بصدد القيام بممارسات جنسية ، يتم الاطلاع عليها بالوسائل البصرية التي تعتمد على المشاهدة والقراءة أو بالوسائل السمعية التي تعتمد على القول . وتعرضنا لنماذج السلوك الإجرامي لجريمة استغلال الأطفال جنسياً وهي صنع المادة الإباحية وإرسالها عبر البريد الإلكتروني ، وإنشاء المواقع الخليعة التي تحتوي مشاهد وصوراً جنسية تصور الأطفال في أوضاع جنسية خليعة

د - الحصول على صور إباحية للأطفال عبر منظومة الإنترنت .
هـ - اقتناء صور إباحية للأطفال داخل منظومة الإنترنت أو بحجرة تخزين بيانات الكمبيوتر .

وتوفر المعلومات عن الدعارة لإثارة غرائز الأطفال وتحرضهم على الفسق والفجور وتسمح بالحوار في مسائل جنسية تسيء إلى أخلاق الأطفال أو تجذب انتباه المنحرفين تجاه الأطفال جنسياً .

المطلب الثالث : وخصصناه لدراسة المواجهة التشريعية لجريمة الاستغلال الجنسي للأطفال عبر الإنترنت ، وتحديثنا فيه عن كيفية معالجة التشريعات الجنائية التقليدية لهذه الجريمة واعتمادها على النصوص التقليدية في العقاب عن هذه الجريمة ، كالقانون الليبي والمصري ، وبيناً كذلك في هذا المطلب موقف التشريعات الجنائية في الدول المتقدمة من جريمة الاستغلال الجنسي للأطفال وطريقة مواجهتها في حالة ارتكابها باستخدام وسائل الاتصال الحديثة كالإنترنت ، مع التعرض للتعديلات التشريعية التي وضعها المشرع الفرنسي والقانون الأمريكي والقانون الإماراتي للمعاقبة على جريمة الاستغلال الجنسي للأطفال .

التوصيات

- أولاً : إصدار تشريعات خاصة لحماية الأطفال من استغلالهم جنسياً عن طريق استعمال الطرق الحديثة في التقنية والتي من أهمها الإنترنت ، ذلك أن تطبيق النصوص التقليدية الخاصة بالصحافة ووسائل النشر على الجرائم التي يستخدم فيها البريد الإلكتروني ومواقع الإنترنت تبدو غير ملائمة في كثير من الحالات .
- ثانياً : عدم ترك خدمات الإنترنت على إطلاقها ، وضرورة التأكد من ممارسة نشاطها وفق قوانين الصحافة والنشر التي تمنع التحريض على الفسق والفجور وعرض ما يخل بالحياء العام ويتنافى مع الآداب العامة في المجتمع .
- ثالثاً : إلزام مقاهي الإنترنت باستخدام برامج وتقنيات خاصة تمنع الدخول للمواقع الإباحية وخاصة المتعلقة بالأطفال .
- رابعاً : تفعيل دور المؤسسات الاجتماعية ووسائل الإعلام في محاربة ظاهرة الاستغلال السيئ وغير الأخلاقي والقانوني لشبكة الإنترنت فيما تعرضه وتقديمه من مواد إباحية لا تتماشى مع أخلاق وقيم المجتمع وتستغل الأطفال جنسياً وتُسهم في إساءة معاملتهم .
- خامساً : إقرار التعاون الدولي في مجال جرائم الإنترنت لتحقيق فرض الرقابة على شبكة الإنترنت والحد من المواقع الإباحية وما تنشره من كم هائل من صور ومشاهد إباحية مدمرة للمجتمع وتسخير التقدم التكنولوجي في مبيعات الصور الإباحية وترويج الاستغلال الجنسي للأطفال .

المراجع

أولاً - الكتب والبحوث العربية :

1. د.إدوار غالي الذهبي ، الجرائم الجنسية في التشريع الليبي والمقارن ، المكتبة الوطنية ، الطبعة الأولى ، 1973م .
2. د.جميل عبد الباقي ، الإنترنت والقانون الجنائي ، دار النهضة العربية ، 2002م .
3. سيد عادل رطروط ، دور الإنترنت في تنامي ظاهرة استغلال الأطفال جنسياً ، بحث غير منشور مقدم لمؤتمر الأمن والديمقراطية وحقوق الإنسان بجامعة مؤتة بالأردن ، 2006م .
4. د.شريف سيد كامل ، الحماية الجنائية للأطفال ، دار النهضة العربية ، 2001م .
5. د.غنام محمد غنام ، عدم ملاءمة القواعد التقليدية في قانون العقوبات لمكافحة جرائم الكمبيوتر ، بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية ، 2004 ، د.محمد رمضان بارة ، جرائم الاعتداء على الأشخاص ، الطبعة الرابعة ، 1999م .
6. أ.محمد عبدالله منشاوي ، جرائم الإنترنت ، بحث منشور على الإنترنت .
7. د.محمود أحمد طه ، الحماية الجنائية للطفل المحمي عليه ، مجلة أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية ، الرياض ، 1999م .
8. د.محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، دار النهضة العربية ، 1978م .
9. د.مدحت رمضان ، جرائم الاعتداء على الأشخاص والإنترنت ، دار النهضة العربية ، 2000م .
10. د.ممدوح عبدالحميد عبدالطلب ، أدلة الصور الرقمية في الجرائم عبر الكمبيوتر ، منشورات شرطة الشارقة ، 2005م .
11. د.ممدوح عبدالحميد عبدالطلب ، البحث والتحقيق الجنائي الرقمي في جرائم الكمبيوتر والإنترنت ، دار الكتب القانونية ، 2006م .
12. د.ممدوح عبدالحميد عبدالطلب ، جرائم استخدام شبكة المعلومات العالمية ، بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية ، المجلد الأول ، 2004م .

ثانياً - الكتب والبحوث الأجنبية :

1. Max Taylor and Ethel Quayle , Child pornography , An Internet Firt published 2003, London.
2. Child grooming. http://en.wikipedia.org/wiki/child_grooming.
3. Child pornography . www.adultweblaw.com/laws/child_porn.htm p.1-4.
4. Child pornography, http://en.wikipedia.org/wiki/Child_pornography p. 1-8.
5. Virtual child pornography on the Internet : Virtual victime.

www.law.duke.edu/journals/dltr/articles/2002_dltroolg. p.1-8.

6. What child pornography . www.missingkids.com/missingkids/serlet/page_servlet. p.1-3.

إدارة القضايا

إشكالية الحد من سلطة المشرع بشأن تقييد الحريات

*الدكتور : الهادي علي أبو حمرة
عضو هيئة التدريس بكلية القانون
جامعة الفاتح

إذا كانت القاعدة الجنائية الموضوعية هي تعبير يفرض به المشرع إرادته على أعضاء الجماعة ، يحدد فيه أنواع السلوك التي لا يجوز للأفراد إتياها ، مع تقرير جزاء على مخالفتها ، فإن القاعدة الجنائية الإجرائية هي قاعدة تهدف إلى تحديد وسائل تطبيق قانون العقوبات ، قد تتضمن مساساً بالحريات الشخصية .

هذه القاعدة بشقيها تتعارض تعارضاً كاملاً مع الحرية الفردية في الأنظمة الدكتاتورية ، لأن حق الدولة في العقاب وتنظيم وسائل الوصول إليه يعلو الحريات الفردية . فإقرار سلطة الدولة في العقاب قد تنتهي إلى تجريد الفرد من ضمانات حريته . ففي النظام الفاشي ، القانون يأتي من الدولة ويوجد من أجلها ، مع كونها لا تخضع لأي مبدأ . وفي النظام النازي ، المبني على سمو الدولة على الفرد ، حلت السلطة المطلقة محل سيادة القانون كأساس للدولة . وفي النظام الشيوعي ، القانون هو أداة سياسية في يد الدولة الاشتراكية ، لا قيمة له إلا من خلال كونه أداة لتحقيق الشرعية الاشتراكية .

لذلك فإن هذه الأنظمة الشمولية ، حيدت كل قيود التي يمكن أن ترد على سلطة المشرع الجنائي ، من أجل حماية مصلحة النظام السياسي وتحقيق توجيهاته ، مما يعني إن منطق القانون ومنطق حقوق الإنسان - في هذه الأنظمة - هما منطقتان متعارضتان تماماً .

ومن أجل الخروج من هذا التعارض بين القانون الجنائي وحقوق الإنسان يجب أن يكون هناك احتواء متبادل بينهما .

فكما إن القانون الجنائي يجب أن يحوي حقوق الإنسان ، حقوق الإنسان ، بدورها ،

يجب أن تأخذ في الاعتبار مقتضيات وضرورات الحياة في مجتمع منظم .

لذلك فإن هناك تكاملية بين حقوق الإنسان والقانون الجنائي يجب أن تحمل محل التصادمية بينهما .

فالمشرع يجب أن تتنازعه ضرورتان . ضرورة قمع ومكافحة الجريمة وضرورة حماية الفرد من تعسف الدولة في استعمالها لحقها في العقاب .

فلا يجب أن تغلب مصلحة النظام على الحرية الفردية بشكل مطلق ، ولا يجب أن يكون هناك إطلاق للحرريات بشكل يؤدي للإضرار بالآخرين أو بالنظام العام .

وإذا كان الأمر كذلك ، فإن القانون الجنائي / بشقيه الموضوعي والإجرائي ، الذي يهدف إلى مكافحة الجريمة ، وإخضاع القوة للقانون ، يمثل حصناً لحماية الفرد ضد الجريمة ، من ناحية ، وضد الدولة ، من ناحية أخرى ، ما دام مبنياً على إحداث توازن بين مصلحتين : مصلحة حماية الآخرين والنظام العام والقيم ، ومصلحة حماية الحرية الفردية .

ولكن السؤال الذي يطرح نفسه : ما هي الكيفية التي يمكن من خلالها إحداث هذا التوازن ؟ .

هذا ما عبرت عنه المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في حكم لها صدر بتاريخ 1968.07.23 قررت فيه أن على المشرع الجنائي إيجاد توازن دقيق بين حماية المصلحة العامة للمجتمع واحترام حقوق الإنسان ، وإنه وإن كان له تبني قيود على الحريات الفردية ، إلا إن ذلك يجب أن يكون في مجتمع ديمقراطي ، وإن تكون هذه القيود مبنية على حاجة مأساة ، ومتناسبة مع الهدف المشروع الذي يسعى إليه .

مما يعني - حسب حكم هذه المحكمة - وجوب تجنب المشرع الإفراط بعدم التدخل إلا لضرورة ن بوسائل تتناسب مع المصلحة محل الحماية .

وإذا رجعنا إلى وثائق وإعلانات حقوق الإنسان ، فإننا نجد أنها قد تضمنت وسيلة أكثر وضوحاً لإحداث التوازن داخل القانون الجنائي بنصها على ضمانات احترام الحقوق والحريات

الفردية ، يلتزم المشرع الجنائي بالوقوف عندها عند ممارستها لسلطته التقديرية في إيجاد القاعدة الجنائية موضوعية كانت أم إجرائية .

والنص الجنائي الذي ينتهك هذه الضمانات هو نص تعسفي ينتهك التوازن الذي يجب أن يبنى عليه القانون الجنائي .

بمعنى آخر ، هذه الضمانات يجب أن تشكل مبادئ عامة للقانون الجنائي لا يجوز تجاوزها أياً كانت أداة التشريع . فالتطابق بين فئة الحكام والمحكومين لا يلغي الحاجة لضرورة الخضوع لهذه الضمانات ، ذلك لأن هذه المبادئ تهدف لحماية الحرية الفردية سواء كانت أداة التشريع البرلمان أم الشعب .

وبالتالي ، فإن سلطة الشعب لا يمكن أن تكون مطلقة أو خالية من القيود . أي أن الشعب ليس له حرية تامة في أن يضع ما يشاء من تشريعات دون ضوابط .

والقول بغير ذلك يؤدي إلى استبعاد كافة ضمانات حقوق الإنسان وحرياته الأساسية ، مما يعني أن نظام الديمقراطية المباشرة قد يكون أشد تسلطية واستبدادية ، وأكثر قابلية لانتهاك حقوق الإنسان وحرياته الأساسية من الأنظمة البرلمانية ، التي تخضع فيها السلطة التشريعية لمبادئ ذات طبيعة دستورية .

ذلك لأن استبعاد وجود مبادئ عليا يتقيد بها المشرع في نظام الديمقراطية المباشرة ، يعني إمكانية فرض عقوبات جماعية . لا تتقيد بمبدأ شخصية العقوبة ، وإقرار عقوبات تسري بأثر رجعي ، وغير متناسبة مع الفعل المجرم ، وبدون حكم قضائي ، ووضع قيود على الحريات الفردية بغير ضرورة .

وهذا ما لا يمكن قبوله ، لأن الديمقراطية هي وسيلة للحرية ، وليست وسيلة للعصف بها .

لذلك فإن هناك حاجة ماسة لوضع قيود على سلطة التشريع ، حتى لو كانت أداة التشريع الشعب . كما أن حدوث انفصام بين القاعدة الجنائية ، وهذه القيود ذات الطبيعة الدستورية ، يجب أن يؤدي إلى موت القاعدة الجنائية ، ووسيلة ذلك رقابة فعالة لدستورية

القوانين ، من شأنها أن تمنح صدور قوانين مناهضة للحرية (رقابة سابقة) أو تسمح بإلغائها (رقابة لاحقة) . على نحو يكفل حدوث تناغم بين قواعد النظام القانوني ، ويمنع وجود نص دستوري أعلى يكفل الحرية ، ونص تشريعي أدنى يهدرها . فبدون هذه الرقابة يمكن إن تتحول الضمانات الواردة في الدساتير والقوانين الأساسية حبراً على ورق .

واستجابة لذلك ، تبنى المشرع الليبي الوثيقة الخضراء الكبرى لحقوق الإنسان 1988 ، التي نصت في بندها السادس والعشرين على " أن أبناء المجتمع الجماهيري يلتزمون ويحرمون كل فعل مخالف للمبادئ والحقوق التي تضمنتها ، ولكل فرد الحق في اللجوء إلى القضاء لإنصافه من أي مساس بحقوقه وحرياته الواردة فيها " وأصدر قانون تعزيز الحرية رقم 1991/2 ، الذي نص في مادته الخامسة والثلاثين على أن " أحكام هذا القانون أساسية ، ولا يجوز أن يصدر ما يخالفها ، ويعدل كل ما يتعارض معها من تشريعات " .

فالوثيقة الخضراء الكبرى وقانون تعزيز الحرية تضمننا مجموعة من الأسس لإحداث التوازن بين المصلحة العامة والحرية الفردية ، منها ما يتعلق بالقواعد الجنائية الموضوعية والإجرائية .

ولضمان احترام ذلك ، أصدر المشرع الليبي القانون رقم 1423/17 ، الذي نص في مادته الأولى على تعديل المادة الثالثة والعشرين من القانون رقم 1982/6 ، بإعادة تنظيم المحكمة العليا ، بحيث أصبحت تختص برقابة دستورية القوانين .

إلا أن خصوصية النظام الليبي تطرح إشكالية هامة . هذه الإشكالية تتمثل في أن إجراءات تبني القوانين الأساسية لا تختلف عن إجراءات تبني القوانين العادية ، وبالتالي فإن تدرج القاعدة القانونية ، من قاعدة أساسية إلى قاعدة عادية ، لا يمكن الاهتداء إليه إلا من خلال (موضوعها) أو من خلال احتواء القانون على نص يشير إلى أنه قانون أساسي لا يجوز الخروج عن أحكامه ، مما يعني أن السلطة التشريعية تقيد سلطاتها بإرادتها الذاتية .

على أننا نرى أن كون السلطة المختصة بإصدار كافة القوانين واحدة ، لا يمنع من إحداث اختلاف من حيث الإجراءات والشروط اللازمة لإصدار القوانين الأساسية ، وتلك

اللازمة لإصدار القوانين العادية .

فاشترط نصاب لتبني أو تعديل القوانين الأساسية يتجاوز النصاب الكافي لإصدار أو تعديل القوانين العادية من شأنه أن يحدث التمايز بين السلطة التشريعية والسلطة التأسيسية داخل النظام القانوني الليبي وتصبح الهيئة التشريعية عند إصدارها القانون الأساسي هي أكمل وأسمى من الهيئة ذاتها عندما تصدر القانون العادي ، وبالتالي يكون أساس رقابة دستورية القوانين المتمثل في تدرج القاعدة القانونية أكثر وضوحاً ، ويكون للقيود التي ترد على من يملك تقييد الحرية معنى وفاعلية .

وفي ظل عدم وجود هذا التمايز بين السلطتين التأسيسية والتشريعية ، فإن المشرع نفسه ، الذي أصدر الوثيقة الخضراء وقانون تعزيز الحرية ، بإمكانه أن يصدر تشريعات تتعارض معها ، فمن وضع القيد على سلطته يمكن له أن يزيله ، مما يعني أنه لا يمكن اعتباره قيماً حقيقياً يحمي الفرد في مواجهة تعسف السلطة ولا يمكن القول بأن المحكمة العليا هي التي تمنعه من إزالة القيد الذي وضعه بمقتضى إرادته . بخلاف ما لو كان للمحكمة العليا سلطة إلغاء القوانين التي تصدرها السلطة التشريعية بالمخالفة لما وضعته السلطة التأسيسية من ضوابط .

باختصار ، ولكي يكون للضوابط المقررة لإحداث التوازن بين المصلحة العامة والحريات الفردية معنى وفاعلية يجب - حسب وجهة نظرنا - الخروج من فكرة القيد الذاتي الخضوع الإرادي للقانون ، فسلطان الهيئة التشريعية يجب أن يتقيد بإرادة أعلى .

نظرة في أساس النسب في القانون رقم 10 لسنة 1984

*الدكتور : ضوء مفتاح أبو غرارة
عضو هيئة التدريس بكلية القانون
جامعة الفاتح

المقدمة

يمثل قانون الأحوال الشخصية في أي دولة بطاقة الهوية للمجتمع ، وبحسبان أن الدين هو القاعدة الفقهية لهذا القانون ، وغني عن البيان أنه لما كانت ليبيا دولة مسلمة لا يوجد بها تعدد أديان ، فإنه من الطبيعي أن يكون الدين الإسلامي القاعدة الفقهية لقانون الأحوال الشخصية .

إن قانون الأحوال الشخصية ركيزة النظام الاجتماعي ، والزواج هو ما يميز النظام الاجتماعي الإسلامي ، فالزواج يمثل هوية العلاقة الإسلامية في النظام الاجتماعي ، ويعتد النسب من أهم موضوعاتها ، لأنه ثمرة هذا النظام ، فهو أثر لوجوده وانحلاله ، ونظرا لأن الفقه الإسلامي هو القاعدة الفقهية للقانون رقم (10) فقد انتقلت إليه إشكاليات الفقه ، ومنها اضطراب أساس النسب ، وبالتالي فإن علاج اضطراب القانون في أساس النسب وتوجيهه يبدأ من علاجه في الفقه الإسلامي .

إن اضطراب الفقه الإسلامي في أساس النسب ظهر من خلال القراءة الأولية ، أو فهمنا الظاهر لأراء الفقه الإسلامي ، لأنه لا توجد نظرية متكاملة في هذا الصدد في الفقه الإسلامي ، وإن تضمنت تطبيقاته وعباراته نظرية متكاملة في جل موضوعاته ، إن لم نقل كلها ، إلا أن إخراجها والكشف عنها هو دور المتخصصين في هذا المجال ، وهذه هي خدمة الفقه الإسلامي ، والكشف عن كنوزه ، ولعدم وجود دراسة متكاملة تعالج هذه الإشكالية رأيت وضع حجر الأساس لهذا العمل ، مساهمة مني ولو بشيء يسير في خدمة الفقه .

إن ظاهر آراء الفقه الإسلامي أن النسب أساسه الوطاء المعتر ، ويعتبر بالعقد ، أي ماديا هو التقاء ماء الرجل والمرأة في رحم المرأة ، ووسيلة اعتباره عقد الزواج ، ولهذا ارتبط وجود النسب من حيث المبدأ بالزواج ، وانتفاؤه بالزنا ، لأن الماء يعتبر بالعقد ، ويهدر بالزنا ، إلا أن التطبيقات أظهرت اضطراب هذا الأساس بالنظر له على إطلاقه ، وفي هذا البحث نتناول اضطراب أساس النسب في الفقه الإسلامي ، وناقش انتقالها الاضطراب إلى القانون رقم (10)، مع محاولة توجيهه إن أمكن ، وذلك من خلال عرض آراء وتطبيقات الفقهاء وما يشير إلى اضطرابها ، وبيان موقف الفقه الحديث ، وكيفية معالجته لهذه المسألة ، ومواطن القوة والقصور في هذه المعالجة ، ثم نتولى دراسة أهم أسباب هذا الاضطراب ، من خلال نصوص القرآن والسنة ، مع الاستهداء بالعبارات الفقهية والتطبيقات ، كما نعرض المعاني التي ذكرها الفقهاء قديما وحديثا لتبرير الاضطراب في أساس النسب ، ومن خلال الدراسة والتحليل نحاول توجيه هذا الاضطراب إن أمكن ، ونظرا لأن القطع في هذه المسألة من الخطورة بمكان أتوقف عن القطع برأي في المسألة ، وأتوقف عند عرض الإشكالية وتحليلها ، ومحاولة توجيهها إن أمكن ، وإن بدا لي توجيه يجمع العبارات والتطبيقات دون نقض للأسس ، فإني أعتبره من باب طرح فكرة للنقاش ليس إلا ، ولدراسة هذه الإشكاليات قسمت البحث إلى مبحثين ، تناولت في المبحث الأول اضطراب أساس النسب في القانون رقم (10) وقاعدته ، والمبحث الثاني موضوعه سبب هذا الاضطراب ، وتوجيهه ، وأهميت البحث بخاتمة تحوي أهم ما توصلت إليه من نتائج .

المبحث الأول أساس النسب في القانون رقم 10 لسنة 1984 وقاعدته

سلف القول بأن لكل قانون قاعدة فقهية يعتمد عليها، وتتميز تشريعات الأحوال الشخصية بقدرسية خاصة في أكثر الدول، حيث يشكل الدين والعرف من أهم قواعد القانون، وبحسب أن ليبيا دولة إسلامية، ولا يوجد تعدد أديان فيها فمن الضروري أن يشكل الفقه الإسلامي القاعدة الأساسية لتشريع الأحوال الشخصية، وقبل بيان أساس القانون في القانون رقم (10)، نوضح أساسه في الفقه الإسلامي، وأثره على موقف المشرع الليبي.

أساس النسب في الفقه الإسلامي :

لقد تناول الفقهاء أساس النسب عند حديثهم عن اللعان والزنا، وأحكام العقد الفاسد، فجعل المصادر الأساسية للمذاهب لم تفرد النسب باب خاص، كما هو الحال في الكتب الحديثة، والنظرة السائدة في هذا الصدد أن النسب يثبت بالعقد⁽¹⁾ وينتهي بالزنا، أي أساسه الوطء المشروع، أي الماء المعتبر، وأساس اعتبار الماء هو عقد الزواج، وإهداره بالزنا، فماء الزنا كالعدم، ويعقد الزواج يصبح الماء أساساً للنسب قولاً واحداً⁽²⁾.

(1) نستبعد من الدراسة ولد الأمة، أي ملك اليمين كأساس للنسب، وذلك لعدم تعرض القانون لهذه المسألة، ولأنها تعد مسألة تاريخية في وقتنا الحالي، ونحن نعالج موقف القانون من حيث الأساس، ونعالج مسألة يثيرها الواقع العملي.

(2) ابن حزم، محمد علي بن أحمد بن سعيد، المحلى، تح أحمد شاكر، القاهرة دار التراث، ب ط، ب ت، 383-382/6، 640. ابن رشد، أبو الوليد، محمد بن أحمد بن رشد، البيان والتحصيل، تح الأستاذ أحمد الحبابي، بيروت، لبنان، دار الغرب الإسلامي، ط الأولى 1984م 412,423/6. الكاساني، علاء الدين أبوبكر بن محمد، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مصر، مطبعة الجمالية، ط الأولى 1910م 52/7-54. ابن قدامة، أبو محمد عبدالله بن أحمد، المغني، ويليه الشرح الكبير لأبي فرج بن قدامة، بيروت، عالم الكتب، ب- ط ب ت 394/7 وما بعدها، 182/8-183. النووي، محي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، المجموع في شرح المهذب، بيروت، لبنان، دار الفكر، بط، ب ت 408-401/17. المرتضى، الإمام المجتهد المهدي لدين الله أحمد بن يحيى، البحر الزخار في مذاهب الأمصار، تح د محمد محمد باقر، بيروت، دار الكتب العلمية، ط الأولى سنة 2001م، 229-228/4. الزحيلي، د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دمشق، دار الفكر، ط العاشرة سنة 2007. 6605/8 وما بعدها.

يظهر للوهلة الأولى أن الأمر محسوم ، وظاهر ولا يثير إشكالية ، إلا أن التطبيقات والعبارات الفقهية تحكي غير ذلك ، و دليل ذلك بحث الفقهاء عن تأصيل لبعض التطبيقات ، وتبرير نقض القواعد العامة ، ولهذا نركز على التطبيقات والعبارات الفقهية ، ونوضح دلالتها على أساس النسب ، ودون تقيد بظاهر الآراء من حيث المبدأ ، ولا قراءة المحدثين لأراء الفقهاء .

إن المبدأ الذي رسخته آراء الفقهاء هو ارتباط النسب وجودا بالعقد ، وانتفاء بالزنا ، وتضافرت العبارات على تأكيد هذا المبدأ ، ونسوق بعض العبارات الفقهية ، ورد في المعني « الأساس في حقوق النسب واللعان هو ثبوت ماء الرجل من عدمه ، مع قيام الزوجية »⁽¹⁾ ، وفي المعني « حقوق الولد وعدمه أساسه ثبوت الماء من الرجل مع افتراض قيام الزوجية »⁽²⁾ ، وفي البدائع « لا يجتمع الحد ولحوق النسب »⁽³⁾ ، وفي المحلى قال في العقد الفاسد « فإذا لا صحة له فليست زوجة ، وإذا ليست زوجة فإن كان عالما فعليه حد الزنا ، ولا يلحق به الولد ، فليس إلا فراش أو عهر ، فإذا ليس فراش فهو عهر ، والعهر لا يلحق فيه الولد »⁽⁴⁾ ، وفي البحر الزخار « ولا خلاف في اعتبار العقد لتمييز عن الزنا »⁽⁵⁾ .

إن دلالة العبارات السابقة على أن العقد هو أساس النسب من حيث المبدأ ظاهر ، وتبعاً لذلك فإن ماء الزنا كالعهد ، وهذا محل اتفاق بين الفقهاء ، واقتصرنا على العبارات السابقة لكفايتها في الدلالة على المراد ، واتفقت المصادر في ربط النسب بالعقد وانتفائه بالزنا من حيث المبدأ .

إن ترتيب النسب على العقد ، وانتفائه بالزنا لا خلاف فيه ، ولو أن الأمر لا يخرج عن هذين الاحتمالين لحسم الأمر ، إلا أن الوقائع أوجدت لنا مرحلة وسطا ، أي لا عقد ،

(1) النووي ، المجموع في شرح المهذب ، 400/17 .

(2) ابن قدامة ، المعني 403/7 .

(3) سحنون ، سحنون ، سحنون بن سعيد التنوحي ، المدونة الكبرى للإمام مالك ، ضبط أحمد عبدالسلام ، بيروت ، دار الكتب العلمية ، ط الأولى 1994م 907/3 .

(4) ابن حزم ، المحلى ، 383-382/6 .

(5) المرتضى ، البحر الزخار ، 229-228/4 .

ولا زنا ، وهذه المرحلة تمثل حيزا كبيرا من وقائع النسب ، وهنا وقع الاضطراب ، ومخالفة القواعد العامة التي رسخها الفقه الإسلامي في البطلان ، ومحاوله الفقهاء لتأصيل هذه الأحكام وتبرير الخروج عن ربط ثبوت النسب بالعقد ، وانتفائه بالزنا زاد المسألة غموضا ، وهذا ما دفعنا لدراسة هذه الإشكالية .

نذكر أحكام بعض صور النسب التي تظهر الاضطراب مع مبدأ أساس النسب المشار إليه ، والمراد هنا موقف الفقه الإسلامي جملة ، لا موقف مذهب معين ، لأن وجود رأي يعتد به يكفي في تأصيل موقف المشرع ، وغايتنا هنا البحث عن قاعدة المشرع الفقهية ، وبصرف النظر عن رجاحة الرأي المتبع من قبل المشرع ، لأن الترجيح بين المذاهب المعتمدة عادة ما يكون نسبيا ، إضافة إلى أن هذا الاضطراب عام في كل المذاهب ، وإن اختلفت درجته ، وأن جل الاختلاف في التقدير لا في أصله .

إن اعتبار العقد هو أساس النسب ينقضه ترتيب النسب على العقد الفاسد ، فإذا أمكن توجيه النسب في العقد الفاسد المختلف فيه ، بعد الدخول ، أي ما يعرف عند الأحناف بالفساد ، فلا يصلح أصلا للمتفق على فساده ، أي ما يطلق عليه الأحناف بالبطلان تفرقة بينه وبين الفاسد ، أو المتفق على فساده عند الجمهور ، كالعقد على الخامسة ، أو العقد على الحرمة تحريما مؤبدا متفقا عليه ، كالعقد على الأخت ، وقد اتفق الفقهاء على ثبوت النسب في الصور السابقة في حالة الجهل ، واختلفوا في حالة العلم ، فذهب الجمهور إلى أنه زنا ، ولا يترتب عليه النسب ، وخالفهم الأحناف ، وقالوا بثبوت النسب ودرء الحد ، وإن أوجبوا التعزير⁽¹⁾ .

إن أساس الخلاف هنا في تقدير الشبهة التي تدرأ الحد ، فمن اعتبرها شبهة ألحق النسب ، ومن لم يعتبرها شبهة لم يلحق النسب ، فهذا وإن كان تطبيقا للمبدأ فيما يتعلق بنفي

(1) سحنون ، المدونة الكبرى 834 . ابن حزم ، المحلى 640/6 . النووي ، المجموع في شرح المهذب 413/17 . ابن قدامة ، المغنّب 432/7 . المرتضى ، البحر الزخار 228/4 . الماوردي ، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي ، الحاوي الكبير ، ويليه بهجة الحاوي لابن الماوردي ، بيروت ، دار الفكر ، ب ط ، سنة 2003 م ، 49/14 . الدسوقي ، شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، دار الفكر ، ب ط ، ب ت 315/458,4/2 . ابن عابدين ، محمد أمين ، حاشية رد المحتار على الدر المختار ، بيروت ، دار الفكر ، طبعة جديدة ب ت 144/3 . الجليدي ، د. سعيد محمد الجليدي ، أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وأثارهما ، الخمس ، مطابع عصر الجماهير . ط الثانية سنة 1998 م 239/2 - 242 .

النسب ، إلا أنه اضطرب فيما يتعلق بأساسه ، وهو العقد ، فالعقد على الخامسة كالعدم ، وكذلك العقد على الأخت .

ويمكن توجيه ترتيب النسب على العقد الفاسد عند الأحناف ، أو المختلف فيه عند الجمهور ، وذلك بانقلاب العقد الفاسد بعد الدخول إلى عقد صحيح ، حيث أن الدخول في عقد الزواج يقابل القبض في عقد البيع ، فينقلب العقد الفاسد إلى عقد صحيح بعد الدخول ، وترتب عليه آثار العقد الصحيح ، ومنها النسب ، ويمكن اعتبار هذه العقد شبهة عقد عند الجمهور ، أما العقد الباطل عند الأحناف ، أو المتفق على بطلانه عند الجمهور فكالعدم ، أي كلا عقد ، وهو ما يعبر عنه فقهاء القانون بعودة المتعاقدين إلى ما كانا عليه قبل التعاقد ، ويعبر عنه فقهاء الإسلام بما لا يوجب حكماً في محله⁽¹⁾، وهذه النقض لم يكن غائباً عن أذهان الفقهاء ، ودليل ذلك محاولة توجيه هذا النقض ، والبحث عن أساس ثبوت النسب ، فمن أهم التوجيهات التي ذكرها الفقهاء ، أن العقد وإن كان معدوماً حقيقة إلا أن صورته قائمة ، وهذا كاف في ترتيب النسب ، ومنها أن البطلان يقضي عدم ثبوت النسب ، إلا أن نصوص الفقهاء اتفقت على ثبوت النسب ، ولظهور معارضة ثبوت النسب لمبدأ البطلان في الأذهان حاول الفقهاء توجيه هذا التعارض بعدة توجيهات ، البحث عن مبرر الخروج عن المبدأ ، ومما برر به الفقهاء الخروج الاستناد على الحاجة ، وتنوعها ، كحاجة الرجل لصيانة مائه ، وحاجة الجنين للحياة ، وحاجة الورثة للحماية⁽²⁾، ونذكر نماذج من العبارات الفقهية التي تؤكد ما ذكر ، منها قول ابن رشد الحفيد في النكاح الفاسد : ” وإن لم يكن نكاحاً منعقداً في الباطن فقد انعقد في الظاهر ، وترتبت أحكامه في الظاهر والباطن ”⁽³⁾، ويقول الكاساني في وصف النكاح الفاسد : ” النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقة لانعدام محله ”⁽⁴⁾، ثم يقول في ثبوت النسب في النكاح

- (1) سحنون ، المدونة 188/3 ، 194 ، 267 . الكاساني ، بدائع الصنائع 490/5 . ابن عابدين ، حاشية ابن عابدين 105/4 .
- (2) الكاساني ، بدائع الصنائع 495/2 . المرتضى ، البحر الزخار 229/4 . جاد الحق ، د. جاد الحق علي جاد الحق ، بحوث وفتاوى إسلامية معاصرة ، القاهرة ، دار الحديث ، ب ط 2005م 211/2 .
- (3) ابن رشد الحفيد ، محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، بيروت ، دار الكتب العلمية ، ط العاشرة سنة 1988م 60/2 .
- (4) الكاساني ، بدائع الصنائع 495/2 .

الفاسد بعد الدخول : ” وفي النكاح الفاسد بعد الدخول حاجة الناكح لدرء الحد وصيانة لمائه من الضياع بثبات النسب “⁽¹⁾، ويقول المرتضي في ثبوت النسب بالعقد الباطل : ” والقياس ألا يثبت بالباطل لولا الإجماع على حقوق النسب “⁽²⁾.

هذه نماذج من النصوص لم يخل مذهب من مثلها، وهي تتضمن أن ثبوت النسب في هذه الصور خرق لقاعدة البطلان، وبصرف النظر عن أساس يرر الخروج عن الأصل، وقاعدة البطلان فهي تظهر الاضطراب في اعتبار العقد أساس النسب، سواء كان هذا يجعل ظاهر العقد كباطنه، أو التخصيص بالنص، أو الحاجة المعبرة .

إن الحد المتفق في العبارات السابقة أن العقد معدوم، ومع ذلك ثبت النسب، وهذا ما يهمننا في هذه الفقرة، وبصرف النظر عن أساس خرق قاعدة البطلان، فإن العقد كأساس النسب مضطرب .

إن تطبيقات الفقهاء لم تختلف عن العبارات السابقة في اضطراب العقد كأساس للنسب، فمثلا دور العقد في ثبوت النسب برضا الزوج إذا أتت به قبل أقل مدة الحمل، فقد نقل عن المالكية والشافعي وأبو حنيفة القول بثبوت النسب إذا لم يلاعن الزوج زوجته بعد علمه بأن الحمل ليس منه وسكوته خلال مدة معينة اختلف الفقهاء في تحديدها، وأين دور العقد في ثبوت النسب في حالة الخطأ في الزوجة، كما لو زفت له غير زوجته، أو وجد على فراش الزوجية غير زوجته فوقع عليها، أو دعت امرأة على أنها زوجته فوقع عليها، فقد اتفق جمهور الفقهاء على أن الحمل يلحق بالواطي في حالة انعدام العقد، وخالف أبو حنيفة الجمهور، وألحق الولد بصاحب العقد لا الواطي⁽³⁾، فأبو حنيفة قدم العقد على الوطاء، وهذا لا يعني إلغاء دور الوطاء، ونحن لا نتكلم عن تقديم العقد عند وجوده، وإنما عن أساس النسب عند

(1) نفس المرجع، نفس الصفحة .

(2) المرتضي، البحر الزخار 228/4 .

(3) سحنون، المدونة 904/3 . القرطبي، أبو عبدالله محمد بن أحمد الأنصاري، الجامع لأحكام القرآن، بيروت، دار التراث، ط الثانية ب ت، 180/12 . الباجي، أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب، المنتقى في شرح الموطأ، القاهرة، مطبعة السعادة، ط الثانية سنة 1332 هـ، 74/4 - 76 . ابن قدامة، المغني 182/8 - 183 . الكاساني، بدائع الصنائع 52/7 - 53 .

انعدام العقد ، ولا ريب في أن التطبيقات السابقة تظهر بجلاء أن العقد ليس الأساس الوحيد للنسب ، والوطء استند عليه الفقهاء في أكثر من واقعة لإثبات النسب ، منها ما ورد في المعنى ” إن وطئ رجل امرأة لا زوج لها بشبهة فأتت بولد لحقه نسبه ، وهذا قول الشافعي وأبي حنيفة ⁽¹⁾ ، فلا عقد هنا حقيقة أو صورة ، وقد صرح بذلك من خالف القول بإلحاق النسب في هذه الصورة حيث أورد المعنى تبرير من أنكر إلحاق النسب بقوله ” لأنه وطء لا يستند إلى عقد فلم يلحق الولد كالزنا ⁽²⁾ ، وإن برر من ألحق الولد في هذه الصورة ، إلا أن ما يهمنا ليس رجاحة أي القولين ، إنما المهم هو بيان الاضطراب في الاستناد على العقد في النسب ، وتدل عليه هذه العبارة ، ومن ذلك أيضا ما نقل عن الأباضية فيمن قذف النطفة بين فخدي امرأة لا زوج لها ، حيث ورد أن ” إذا حملت المرأة فلا يجوز له التزوج منها ، والولد له ⁽³⁾ .

إن العبارات السابقة توضح الاضطراب في الفقه الإسلامي في تحديد أساس النسب ، وقد صرحت بعض المصادر بهذا الاضطراب ، ورد في بداية المجتهد في بيانه لأحكام الأنكحة الفاسدة والمنهي عنها ” والاضطراب في هذا الباب كثير ⁽⁴⁾ .

يوضح لنا العرض السابق التردد في التسليم بأن العقد هو أساس النسب ، وأن التصريح به من حيث المبدأ ليس على إطلاقه ، أو لارتباطه بمعنى آخر هو أساس النسب ، ولا يختلف الأمر بالنسبة للماء ، أي الوطء ، وعليه فإن العقد ، أو الوطء كأساس للنسب أساس مضطرب ، وهذا المراد بيانه في هذه الفقرة ، وفي العرض السابق لعبارات فقهاء المذاهب وتطبيقاتهم كفاية في إثبات الاضطراب في أساس النسب .

إن هذا الاضطراب في تحديد أساس النسب نقله المتأخرون على علته ، فلم تختلف عباراتهم عن عبارات القدماء في تحديد أساس النسب ، والاعتماد من حيث المبدأ على العقد ،

- (1) ابن قدامة ، المعنى 432/7 .
- (2) نفس السابق ، نفس الصفحة .
- (3) نقلت هذه العبارة عن كتاب مكنون الخزائن وعيون المعادن لموسى بن عيسى البشري . انظر: حسن ، عائشة أحمد سالم حسن ، الأحكام المتصلة بالحمل في الفقه الإسلامي ، أطروحة دكتوراه نوقشت بكلية دار العلوم جامعة القاهرة ، لم تنشر ، ص 240 .
- (4) ابن رشد ، بداية المجتهد 60/2 .

والاستناد على صورة العقد ، الخروج عما رسخ من حيث المبدأ ، ولم يناقش هذا الاضطراب ، سواء في الكتب ، أو الرسائل العلمية المتخصصة ، بل إن بعض العبارات يعوزها الدقة في مجرد نقل آراء الفقهاء المستند عليها في آرائهم ، منها ما ذكره الزحيلي نقلاً لآراء الحنفية والشافعية بقوله ” الزواج الباطل عند الحنفية لا يترتب عليه شيء من آثار العقد الصحيح ، ولو حصل فيه دخول ... والباطل والفساد حكمهما عند الشافعية واحد ... لا يترتب على واحد منهما أي أثر من آثار الزواج الصحيح ، فلا مهر ... ولا نسب “⁽¹⁾ ، فأين هذا التقييم من العبارات والنصوص الفقهية لآراء المذهبين السابق عرضهما ، بل إن أبي حنيفة صرح بأن صورة العقد الظاهرة في البطلان المتفق على بطلانه أساس للنسب ، وألحق النسب في نكاح الخامسة حتى مع العلم بالتحريم ، وإن كان هناك تأويل أو توجيهه كان الأولى به عرضه .

إن عبارات الفقه الحديث لم تختلف في تأصيل النسب ، والاعتماد على العقد من حيث المبدأ ، ورسخت نفس الاضطراب في أساس النسب ، ولم يختلف تأصيلهم لأساس النسب عما ذكر في الفقه القديم ، ولم أجد محاولات جادة لمحاولة توجيه هذا الاضطراب⁽²⁾ .

إن هذا الاضطراب في أساس النسب في الفقه الإسلامي انتقل للقانون رقم (10) ، ونوضح الاضطراب في نصوص القانون رقم (10) .

أساس النسب في القانون رقم (10) :

لقد تناول المشرع الليبي النسب في الفصل الثالث من الباب الثالث من القانون رقم (10) ، وموضع هذا الفصل آثار انحلال الزواج ، وهذا مشعر بأن النسب من آثار الزواج ، ويتأكد هذا الفهم بمجرد قراءة نص المادة الأولى من هذا الفصل ، أي المادة (53/ب) : فقد نصت على أنه ” يثبت نسب الولد إلى أبيه في الزواج الصحيح إذا مضى على

(1) الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدليه 6603/9 .

(2) الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدليه 6603/9 . شعبان ، د.زكي الدين شعبان ، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية ، بنغازي ، منشورات جامعة قارونس ، ط الرابعة سنة 1978م ، ص 560 . الجلدي ، أحكام الأسرة في الزواج والطلاق 239/2 - 242 . زبيدة ، د.محمد الهادي علي ، النسب والحقوق المتعلقة به وتطبيقاته المعاصرة ، مصراته ، منشورات جامعة 7 أكتوبر ، ط الأولى سنة 2007م ص 57 وما بعدها .

عقد الزواج أقل مدة الحمل ، ولم يثبت عدم إمكانية التلاقي بين الزوجين بصورة محسوسة⁽¹⁾ .
إن اتجاه المشرع إلى اعتماد العقد كأساس النسب من حيث المبدأ ظاهر في هذا النص ،
ولهذا قيد العقد بالصحیح ، وهذا إخراج لغير الصحیح وهو الفاسد ، ولم يفرق بين الفاسد
والباطل .

لم تنتظر كثيرا لمعرفة خروج المشرع عن هذا المبدأ ، فقد ورد في الفقرة التالية للفقرة
السابقة مباشرة على أنه ⁽²⁾ " إذا انتفى أحد هذين الشرطين فلا يثبت نسب الولد من الزوج إلا
إذا أقر به أو ادعاه " ⁽²⁾ .

الإشكالية فيما يتعلق بالشرط الأول ، وهو مضي أقل مدة الحمل ، فتخلف هذا
الشرط يعني انعدام العقد ، وثبوت حمل المرأة قبل العقد ، وهذا يعني انعدام العقد كأساس
للسبب ، وهذا نقض للمبدأ الذي رسخه في الفقرة السابقة ، واضطراب في اعتبار العقد أساس
النسب .

قد يقول البعض أن المراد من ارتباط النسب بإقرار الزوج أو ادعائه احتمال وجود
شبهة العقد ، ويرد على هذا بأن هذا الاحتمال وإن كان متصورا في حالة عدم إمكانية
التلاقي ، لأن هذا تقديم للغالب ، إلا أن هذا لا يرد إذا أتت بالحمل قبل ستة أشهر ، لدلالة
نصوص القرآن الكريم على أن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر ، وذلك لقوله تعالى :
﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنْعِمَ الرِّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ
رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارُّ وَالِدَةُ بَوْلِدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ
بَوْلِدُهَا وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا وَإِنْ
أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُم بِالْمَعْرُوفِ وَاتَّقُوا اللَّهَ
وَعَلَّمُوا أَنْ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ ﴾ ⁽³⁾ وقوله تعالى : ﴿ وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا
حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا حَتَّىٰ إِذَا بَلَغَ أَشُدَّهُ وَبَلَغَ أَرْبَعِينَ

(1) القانون المدني ، إعداد الإدارة العامة للقانون ، مطابع أمانة العدل والأمن العام ، ص 477 .

(2) القانون المدني ، ص 477 .

(3) الآية 233 من سورة البقرة .

سَنَّة قَالَ رَبِّ أَوْزَعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَى وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأَصْلِحْ لِي فِي ذُرِّيَّتِي إِنِّي تُبْتُ إِلَيْكَ وَإِنِّي مِنَ الْمُسْلِمِينَ⁽¹⁾ إذا كان الحمل والفصال ثلاثين شهرا ، والفصال حولين ، بقي للحمل ستة أشهر ، وهذا محل اتفاق عند الفقهاء ، وقد سبق بيانه ، واعتمده القانون ، ونص في المادة (53/أ) على أن " أقل مدة الحمل ستة أشهر قمرية "⁽²⁾ ، فالإتيان بالحمل قبل هذه المدة دليل على تحقق حصوله قبل العقد ، وعلى هذا يكون الادعاء أو الإقرار به ينصرف للماء ، لا لشبهة العقد ، أي هل هو من ماء الرجل ، أو من ماء غيره ، أما عدم اعتماده على العقد ، وكونه قبله فهذا متحقق ، وهذا نقض للمبدأ الذي رسخه المشرع في الفقرة السابقة ، وهو اعتبار العقد أساس النسب .

إن الاضطراب في موقف المشرع تكرر في أكثر من نص ، فمثلا نص في المادة (54) من القانون رقم (10) " ويثبت نسب الولد إلى أبيه في الزواج الفاسد إذا تم الوضع بعد مضي ستة أشهر قمرية من تاريخ الدخول أو الخلو الصحيح "⁽³⁾ .

إن العقد الفاسد هنا يشمل الباطل والفاسد عند الأحناف ، والمتفق والمختلف في فساده عند الجمهور ، وعدم التفرقة تؤكدها المادة (16) من هذا القانون ، عند تعريف العقد الفاسد ، حيث نصت المادة على أن " الزواج الفاسد ما اختل بعض شروطه وأركانته ... الخ "⁽⁴⁾ .

لماذا قيد المشرع العقد بالصحيح في الفقرة ب من المادة (53) ما دامت النية متجهة لترتيب النسب على العقد الفاسد وبجميع صوره ، وهل اشتراط الدخول أو الخلو الصحيح في العقد الفاسد أثر جوهري تبرر الفصل بين الباطل والصحيح في ترتيب النسب .

إن إمعان النظر في نصوص القانون يظهر أن اختلاف قيد إحقاق النسب في العقد الفاسد عنه في العقد الباطل خلاف وسيلة تحقق الغرض ، وهو غلبة الظن بأن الماء هو ماء

- (1) الآية 15 من سورة الأحقاف .
- (2) القانون المدني ، ص 477 .
- (3) القانون المدني ، ص 477 .
- (4) القانون المدني ، ص 467 .

الرجل ، فلما كان العقد الصحيح قرينة على التلاقي غلب الظن أن الماء ماء الرجل ، وعلى من يدعي خلافه الإثبات ، وأما العقد الفاسد فالغالب هو عدم التلاقي ، فافتضى الأمر إثبات من يدعيه ، ولهذا اشترط المشرع الخلوة ، أو الدخول ، فالخلوة أو الدخول هي لإثبات التلاقي ، والذي افترضه المشرع في العقد الصحيح ، وبهذا تكون تفرقة المشرع غير موضوعية ، وأن الاختلاف اقتضته الغاية ، ويؤكد هذا المبدأ الذي رسخه المشرع في المادة (26) ، فلم يفرق بين العقد الفاسد والصحيح في أهم آثار الزواج بعد الدخول ، ومنها النسب ، والعدة ، وحرمة المصاهرة ، والمهر ، حيث نصت المادة على أن : " أ- الزواج صحيح أو فاسد .

ب- الزواج الصحيح ما توافرت شروطه ، وأركانها ، وتترتب عليه جميع آثاره منذ انعقاده .

ج- الزواج الفاسد ما اختل بعض شروطه وأركانها ، ولا يترتب عليه أي أثر قبل الدخول ، ويترتب عليه بعد الدخول :

1- الأقل من المسمى ومهر المثل .

2- النسب وحرمة المصاهرة .

3-العدة .

4- نفقة العدة ما دامت المرأة جاهلة فساد العقد .⁽¹⁾

لا فرق بين العقد الصحيح والفاسد في النسب والمهر والعدة ونفقة العدة ، وهذه أهم آثار العقد بعد الدخول ، وهذا يدل على اتجاه المشرع إلى عدم التفرقة بين العقد الفاسد والباطل في الآثار الجوهرية ، كما أنه لم يفرق بين أنواع البطلان ، ولم يفرق بين الجهل والعلم ، إلا في نفقة العدة ، ولا أدري لماذا هنا بالذات .

إن المشرع اتبع أكثر من فلسفة في هذا النص ، فعدم التفرقة أساسها القاعدة العامة في البطلان في الجوانب المدنية ، فالمبدأ في المدني ، أو الحكم الوضعي في الفقه الإسلامي عدم التفرقة بين العمد والخطأ ، ولا دور للنية ذاتها في صحة العمل ، فإثبات أثرها في الحكم التكليفي ، ولا أثرها في الحكم الوضعي ، إلا إذا كانت جزء من ماهية العمل كما هو الحال في الصيام ،

(1) القانون المدني . ص 467 .

وكذلك الأمر في التجريم والعقاب في القانون ، وفيما يتعلق بالترقية بين العقد الباطل قبل الدخول وبعده وترتيب النسب والعدة والمهر على العقد بعد الدخول مراعاة لخصوصية عقد الزواج .

إن هذا الاضطراب في نصوص القانون في تحديد أساس النسب انتقل إليه من القاعدة التي اعتمدها عليها القانون ، وهي الفقه الإسلامي ، فبصرف النظر عن رجاحة رأي بعينه ، فإن ما تضمنته النصوص القانونية من أحكام لا تخلو من تأصيل ، فعدم التفرقة بين العلم بالحرمة وعدمها تجد أصلها الفقهي في رأي أبي حنيفة ، وبصرف النظر عن رجاحة هذا الرأي وفلسفته فإنه يصلح سندا لهذا النص ، وذلك لمكانة أبي حنيفة في الأوساط الفقهية ، فهو من أهم مؤسسي مدرسة أهل الرأي في الفقه الإسلامي ، وكذلك الأمر في ثبوت النسب برضا الزوج إذا أتت به قبل أقل مدة الحمل فإن السكوت عن الملاعة إذا علم الزوج أنه ليس منه ، ورضي به ولم يلاعن خلال مدة اختلاف الفقهاء في تحديدها يصلح تأصيلا لهذا النص ، وقد قال بهذا الرأي جمهور الفقهاء⁽¹⁾ .

إن موقف القضاء لم يختلف عن القانون وذلك لصراحة النصوص ، نذكر نموذجا من مبادئ المحكمة العليا يوضح مسلك القضاء فيما يتعلق بأساس النسب ، حيث جرى نصه على :
" إن الاستفادة من نصوص القانون رقم 10 لسنة 1984 بشأن الزواج والطلاق وآثارهما أن الزوجة إذا ولدت أثناء حال قيام الزواج الصحيح ولدا ومضى على عقد الزواج ستة أشهر قمرية ، ولم يثبت عدم إمكان التلاقي بين الزوجين بصورة محسوسة فإن نسب ولدها يثبت إلى زوجها ، ولا ينفي عنه إلا بلعان وذلك لمضي أقل مدة الحمل ، أما إذا ولدته لأقل من ذلك فإن نسبه لا يثبت لزوجها ، لعدم مضي أقل مدة الحمل ، إلا إذا أقر به أو ادعاه ، ويشترط أن يكون المقر به مجهول النسب ، ويولد مثله للمقر ، ولم يصرح المقر بأن المقر له من زنا"⁽²⁾ .

(1) سحنون ، المدونة 904/3 . القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، 180/12 . الباجي ، المنتقى في شرح الموطأ . 76-74/4 . ابن قدامة ، المغني 182/8-183 . الكاساني ، بدائع الصنائع 53-52/7 . الحطاب ، أبو عبدالله محمد بن بن عبدالرحمن المغربي ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، ومعه التاج والإكليل للمواق ، بيروت ، دار الفكر ، ط الثالثة 1992م . 132/4 وما بعدها .
(2) أحكام المحكمة العليا الليبية ، طعن رقم 51/1 ، تاريخ الطعن 2003/3/13م ، لم ينشر .

وموقف القضاء على مختلف درجاته واحد ، وذلك لصراحة النصوص ، ومن ذلك حكم محكمة شمال طرابلس الابتدائية حيث قضت بالحاق النسب في واقعة تم فيها الاتصال الجنسي بين الزوجين قبل العقد ، وأثناء الخطبة ، ووضعه قبل مضي أقل مدة الحمل من تساريخ العقد ، واستندت المحكمة على رضا الزوج⁽¹⁾ .

يتضح من خلال ما سبق سبب اضطراب المشرع الليبي في تحديد أساس النسب ، فأساس ذلك اضطراب الفقه الإسلامي ، والذي يمثل القاعدة الفقهية لنصوص هذا القانون ، وخير دليل على هذا أنه يمكن تأصيل جميع النصوص المتعلقة بأساس النسب فقهيًا ، حيث أننا لا نجد صعوبة في استناد أي نص على رأي فقهي يعتد به ، وإن لم يكن راجحًا عند الجمهور ، كما أن موقف القضاء لم يختلف عن موقف المشرع .

إن هذا الاضطراب لنصوص القانون وإن كان له ما يبرره ، إلا أن المشرع يؤخذ عليه الغموض وعدم العدالة ، وانعدام الأصل الشرعي فيما يتعلق بأحكام الفسخ المتعلقة بالنسب ، فقد نص في المادة (45) على : " أ- يفسخ الزواج إذا اختل ركن من أركانه أو شرط من شروطه ، أو حيث يمنع الشرع استمرار العلاقة الزوجية .

ج- الفسخ بعد الدخول أو ثبوت الخلوة يوجب للمرأة المسمى أو مهر المثل ، أما إن وقع الفسخ قبل الدخول فلا تستحق المرأة شيئاً ."⁽²⁾

ما يهمنا ما يتعلق بالنسب ، فالفسخ لا يختلف عن العتق الفاسد ، فلماذا اقتصر على المهر في ذكر الآثار ، فهل هذا يعني أن الفسخ لا يترتب عليه النسب ، إذا كان قصده كذلك فإن فيه تناقضًا لا يمكن قبله ، خاصة إذا قلنا بأن الفسخ يشمل العقد الصحيح ، حيث أنه ذكر عدم إمكانية استمرار الحياة الزوجية لعدم اختلال ركن أو شرط إشارة لفسخ العقد الصحيح ، وإلا ما مبرر إفرادها ، ولهذا لا يمكن تطبيق هذا النص عمليًا في المحاكم ، لأنه خرق لأسس التشريع ، وأحكام الشريعة الإسلامية ، وإذا قلنا بأن سكوته ترك للقواعد العامة فما

(1) محكمة شمال طرابلس الابتدائية ، الدائرة الكلية ، الدعوى المقيدة تحت رقم 2007/43 كلي أحوال شخصية ، صدر الحكم في 2007/3/15 م .

(2) القانون المدني ، ص 475 .

مكرر ذكر المهر ، وقد نص عليه القانون في النصوص السابقة ، والمنظمة لأقسام العقد ، وأحكام كل قسم .

إن سبب اضطراب المشرع في أساس النسب هو الاعتماد على الفهم السابق لأحكام الفقه الإسلامي ، حيث أن الظاهر من آراء الفقه الإسلامي من حيث المبدأ أن أساس النسب هو العقد، وينتفي بالزنا ، ومعالجة هذا الاضطراب في القانون تبدأ من معالجته في الأصل ، وهو القاعدة الفقهية ، فهل يمكن توجيه اضطراب آراء الفقه الإسلامي في تحديد أساس النسب ، وما هو أثره على نصوص القانون ، هذا موضوع المبحث الثاني من هذا البحث .

المبحث الثاني سبب الاضطراب في أساس النسب وتوجيهه

إن اضطراب العبارات الفقهية في الاعتماد على العقد كأساس للنسب أدركها الفقهاء ، وهذا حاولوا تبرير التطبيقات التي انتفى فيها العقد ، وألحق فيها النسب ، وشبهة العقد وإن أمكن قبولها كمبرر للعقد الفاسد عند الأحناف ، والمختلف في فساده عند الجمهور ، إلا أنها لا تبرر ترتيب النسب على العقد الباطل عند الأحناف ، والمتفق على فساده ، لأنه كالعدم ، وترتيب النسب عليه هدم لقاعدة البطلان ، وأثره ، وهذا ما دفعنا للتركيز على العقد الباطل عند الأحناف ، والمتفق على فساده عند الجمهور ، ومن أهم أسباب الغموض في أساس النسب هو الأدلة النقلية من الكتاب و السنة على أساس النسب ، ودلالاتها ، ولهذا نبدأ بالنصوص .

يمكن تقسيم النصوص التي تعرضت للنسب من القرآن والسنة إلى قسمين ، نصوص تعرضت لأساس النسب بشكل مباشر ، ونصوص تعرضت للنسب بشكل غير مباشر ، وهي التي تعرضت للعان ، حيث عالجت هذه النصوص أساس النسب مع قيام علاقة الزوجية ، فاللعان لا يكون إلا إذا كانت علاقة الزوجية قائمة .

أولاً : النصوص التي عالجت أساس النسب مباشرة :

إن الإشكالية هنا قلة النصوص ، فيكاد يكون النص الوحيد الذي يعالج أساس النسب بشكل مباشر هو حديث الفراش ، هذا إذا اعتبرنا آية هدم قاعدة النبي لم تتعرض للنسب بشكل مباشر ، وإن تناولت أحكام النسب ، أي تناولت الحكم بعد وجود أساسه ، أي أن قوله تعالى : ﴿ اذْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا ﴾ (1) ، والآباء هم من ينسب إليه وفقاً للأساس ، ولهذا السبب لم يتردد الفقهاء في إلحاق

(1) الآية 5 من سورة الأحزاب .

الولد بأمه في حالة الزنا ، ولو طبقنا نص الآية فيجب دعوتهم بالأخوة ، كما أن علماء التفسير لم يتناول أكثرهم أساس النسب عند تفسير هذه الآية⁽¹⁾.

إذا رجحنا القول بأن الآية ليست لعلاج أساس النسب ، وأن الأب يتحدد وفقا لأسس النسب ، فلو قلنا الماء أساس النسب، فالأب صاحب الماء ، ولو قلنا العقد ، فصاحب العقد أساس النسب ، وهكذا ، فمجال تطبيق هذه الآية أحكام النسب بعد ثبوته لا أساسه ، فعليه تركيز على حديث الولد للفراش في دراسة النصوص المباشرة لبيان أساس النسب.

لقد ورد الحديث من عدة أوجه ، منها : عن السيدة عائشة رضي الله عنها ، أنها قالت : « اختصم سعد بن أبي وقاص ، وعبد بن زمعة في غلام ، فقال سعد هذا يا رسول الله ابن أخي عتبة بن أبي وقاص ، عهد إلي أنه ابنه ، انظر إلى شبهه ، وقال عبد بن زمعة : هذا أخي يا رسول الله ، ولد على فراش أبي ، من وليدته ، فنظر رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى شبهه ، فرأى شبها بيننا بعتبة ، فقال : هو لك يا عبد ، الولد للفراش ، وللعاهر الحجر ، واحتجبي منه يا سودة بنت زمعة ، قالت فلم ير سودة قط »⁽²⁾.

إن وحدة هذا النص لا تعد نقصا في بيان أساس النسب ، إنما الإشكالية في دلالاته ، فتعدد رواية هذا النص وقوة سندها تورث الاطمئنان في الاستدلال بها ، إلا أن دلالة هذا النص أورثت التردد في الاعتماد على العقد كأساس النسب ، وذلك من عدة وجوه ، أهمها :

(1) ابن عطية ، القاضي أبو محمد عبدالحق بن غالب بن عطية الأندلسي ، المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز ، تح عبدالسلام عبدالشافعي محمد ، بيروت ، دار الفكر ، ط الأولى سنة 2001م 370-369/4 . الرازي ، محمد الرازي فخر الدين بن العلامة ضياء الدين عمر ، التفسير الكبير ، بيروت ، دار الفكر ، ط الأولى 2005م 172/25 . القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن 14-119/121 . بن عاشور ، محمد الطاهر بن عاشور ، تفسير التحرير والتنوير ، الجماهيرية ، الدار الجماهيرية للنشر ، تونس ، الدار التونسية للنشر ، ب ط ، ب ت 264/21 .

(2) اللفظ لمسلم ، النووي ، محي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي ، صحيح مسلم بشرح النووي ، مراجعة الأستاذ محمد تامر ، القاهرة ، الدار الذهبية ، ب ط ، ب ت ، كتاب الرضاع ، باب الولد للفراش 261/5 . وقد وردت عدة روايات للحديث ومن عدة أوجه ، وانفقت في مجملها على إلحاق الولد بعبد ، واحتجاب سودة منه . أبو داود ، أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني ، سنن أبو داود ، تح السيد محمد سيد وغيره ، القاهرة ، دار الحديث ، ب ط ، سنة 1999م ، كتاب النكاح ، باب الولد للفراش 979/2 . النسائي ، أبو عبدالرحمن أحمد بن سعيد بن علي بن سنان بن عمر بن دينار الخرساني ، سنن النسائي بشرح الإمامين السيوطي والسندي ، تح السيد محمد سيد وغيره ، القاهرة ، ب ط سنة 1999م ، كتاب النكاح باب الولد للفراش إذا لم ينقه صاحب الفراش 524/3 .

1. ربط النسب بالفراش ونفيه بالزنا ، فما هو الزنا الذي يطل أثر الفراش في إلحاق النسب ، فإذا كان الزنا الحدي فهو خارج دائرة الخلاف في نفيه للنسب ، ويبقى ثبوت النسب في حالة انتفاء الحد خارج حدود النص ، لانعدام أساسه ، وهو الفراش ، وانعدام المانع وهو الحد ، ويحتاج لتأصيل ، أما إذا كان المراد مطلق الزنا ، فلماذا ذكر ما يشير للحد ، وهو الحجر ، وإن اختلف في تفسيره على أنه الحد إلا أنه يحتمله ، وما المراد بالفراش ، هل هو المادي وهو المرأة ، أو الزوج والزوجة .

2. إن هذا النص ورد في شأن ملك اليمين ، ومعلوم أن أساس النسب في ملك اليمين غيره في الزوجة ، فملك اليمين تصير فراشا بالوطء ، بخلاف الزوجة ، لا تكون إلا بالعقد .

3. إن النص لم يهمل الماء وإن قدم الفراش ، وهذا يدل على تقديم الفراش عند تعدد أسباب النسب ، وهذا اعتراف بدلالة النص على أن أسس النسب متعددة أكثر من دلالة على حصرها في العقد وإن قدم ، وإعمال الأساسين تضمنته نصوص الحديث ، ورجحه عدد من شراح الحديث⁽¹⁾ ، فأمر الرسول صلى الله عليه وسلم لسودة بالاحتجاب دليل على إعمال دور الماء ، ولو أهمله لما أمرها الرسول صلى الله عليه وسلم بالاحتجاب ، يقول الشوكاني في ترجيح دلالة النص على دور الماء : " وأحسن القول أنه عمل بالفراش بالنسبة للمدعي ، وأعمل الشبه بالنسبة إلى ثبوت المحرمية بينه وبين سودة " (2).

إن نصوص اللعان لم تختلف كثيرا في ربط انتفاء النسب بالزنا الحدي ، والشبه ، وهو اعتبار للماء ، أي الوطء ، من ذلك مثلا عن انس بن مالك قال : " إن هلال بن أمية قذف امرأته بشريك بن سمحاء ، وكان أخا البراء بن مالك ، وكان أول رجل لاعن في الإسلام ، قال فلاعنها ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ((أبصروه فإن جاءت به أبيض سبطا ، فضيء

(1) اللفظ لمسلم ، صحيح مسلم بشرح النووي كتاب اللعان 342/5 .

(2) الصنعاني ، الشيخ الإمام محمد بن إسماعيل الأمير اليمني الصنعاني ، سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام ، تح إبراهيم عصر ، القاهرة ، دار الحديث ، ب ط ، ب ت 1149/3 . النووي ، صحيح مسلم بشرح النووي كتاب الرضاع ، باب الولد للفراش ، 264/5 . النسائي ، سنن النسائي ، كتاب النكاح ، باب الولد لفراش إن لم ينغه صاحب الفراش 525/3 .

العينين فهو لهلال بن أمية ، وإن جاءت به أكحل جعدا حمش الساقين فهو لشريك بن سمحاء)) قال : فأثبتت أنها جاءت به أكحل جعدا حمش الساقين⁽¹⁾ ، وفي رواية قال الرسول صلى الله عليه وسلم : " لولا الأيمان لكان لي ولها شأن"⁽²⁾ ، وذلك بعد ثبوت الشبه لغير الزوج جعل للماء دورا في النسب ، ولو أن انحصر أساس النسب في العقد لكان ماء شريك كالعدم ولا يتعلق به حكم .

إن أحكام اللعان ذاتها تثبت دورا للوطء المجرد عن العقد ، فاللعان هو من حيث الأصل معالجة للنسب في حالة قيام عقد الزوجية ، وربط للنسب بالماء عند قيام علاقة الزوجية ، ومع ذلك لم تخل عبارات الفقهاء وتطبيقاتهم من إلحاق النسب برضا الزوج ولو تحقق أنه من غير مائه ، منها ما ذكره المغني " إذا تزوجها وهو يعلم زناها فهو المفطر في نكاح حامل من الزنا ، فلا يشرع له طريق لنفيه"⁽³⁾ ، ومنها ما ذكره القرطبي " إذا ظهر بامرأته حمل فترك أن ينفيه ، فلم يكن له نفيه بعد سكوته ... لأن سكوته بعد العلم به رضا به ، كما لو أقر به ثم نفيه ، فإنه لا يقبل منه ... نحن نقول بهذا فهو راض به ، ليس له نفيه ، وبهذا قال الشافعي وأبو حنيفة وأبو يوسف ، ومحمد"⁽⁴⁾ .

إن دلالة النصوص السابقة على اضطراب الاعتماد على العقد في أساس النسب ظاهرة ، فأين العقد في الصورة التي ذكرها المغني ، والتي ذكرها القرطبي ، ونقلها عن الشافعية والأحناف ، وذكر هذه الأحكام في تفسير آية اللعان .

إن نصوص اللعان من الكتاب أو السنة لم تختلف عن نص النسب السابق الإشارة إليه ، فإنها ترجح عدم الاعتماد على العقد كأساس وحيد أكثر من دلالتها على أن العقد هو أساس النسب .

- (1) الشوكاني ، محمد بن علي بن محمد ، نيل الأوطار شرح منقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار ، بيروت ، دار المدار الإسلامي ، ط الأولى سنة 2002 م ، ص 1395 .
- (2) أبو داود ، سنن أبو داود كتاب اللعان 268/2 . لقد تعددت روايات هذه العبارة ، منها ما رواه النسائي لولا ما سبق من كتاب الله لكان لي ولها شأن سنن النسائي 516/3 .
- (3) ابن قدامة ، المغني 403/7 .
- (4) القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن 190/12 .

إن هذا الغموض في معاني النصوص ، والتي كانت سنداً لأراء الفقهاء في النسب دفعنا للتأكيد على ضرورة طرح المسألة للنقاش ، فهي تثير عدة إشكاليات ، وأن ضرورة إعادة قراءة أراء الفقهاء في أساس النسب من الأهمية بمكان ، وأن ما ذكر من عبارات فقهية وآراء خلفه فلسفة ، وقيود عدم وضوحها من أهم أسباب الاضطراب الظاهر في تحديد أساس النسب .

ارتباط نفي النسب بالزنا :

إن الحد المتفق عليه بين الفقهاء هو ارتباط نفي النسب بالزنا الحدي ، والعقد هو أساس شرعية الوطء ، فثبوت النسب في الجماع القائم على غير الوطء مرتبط بدرء الحد ، فإذا ثبت الحد نفي النسب ، وما شرع اللعان إلا لدرء الحد ، حد القذف عن الرجل ، وحد الزنا عن المرأة ، كما أن الولد يلحق بالأم قولاً واحداً⁽¹⁾ .

إن الحد المتفق عليه في الفقه الإسلامي هو ارتباط النسب عكسا بالزنا ، أي كلما وجد الزنا انتفى النسب ، فالسؤال هنا ما هو الزنا الذي ينفي النسب ، هل الزنا الحدي ، أم أنه يشمل كل الزنا ، أي المعاقب عليه ، ولو تعزيراً .

إن عبارات الفقهاء وتطبيقاتهم تقتضي ربط النسب بالزنا الحدي من حيث المبدأ ، وقد صرحت بهذا بعض العبارات ، منها ما وري عن الإمام أحمد قوله " كل من درأت عنه الحد ألحقت به الولد"⁽²⁾ ، ورأي أبي حنيفة في نكاح المحارم ، أو الخامسة مع العلم ، فقد ألحق النسب ، واعتبره زنا ، إلا أنه غير حدي ، حيث أنه أوجب فيه التعزير ، وألحق الولد ، وهذا دليل على ؟ أن الزنا غير الحدي لا ينفي النسب ، وإذا أخذنا الزنا على إطلاقه فلا يخلو مذهب

(1) ابن حزم ، المحلى - 382/6- 383 ، 640 . ابن رشد ، البيان والتحصيل 1984م 412,423/6 . الكاساني بدائع الصنائع 52/7- 54 . ابن قدامة ، المغني 394/7 وما بعدها ، 182/8- 183 . النووي ، المجموع في شرح المهذب ، بيروت 401/17- 408 . المرتضى ، البحر الزخار في مذاهب الأمصار ، 228/4- 229 . الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، 6605/8 وما بعدها . ابن عبد البر ، الإمام الحافظ أبي عمر يوسف بن عبدالله بن محمد بن عبدالبر التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد ، تح أسامة بن إبراهيم وغيره ، القاهرة ، دار الفاروق الحديثة ، ط الثانية سنة 2001م 222/11 . الباجي ، أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب ، المنتقى في شرح الموطأ ، القاهرة ، مطبعة السعادة ، ط الثانية سنة 1332 هـ . 76-74/4 .

(2) ابن قدامة ، المغني 432/7 .

من تطبيق يدل على أن الزنا غير الحدي لا ينفي النسب من حيث المبدأ ، ولو لم توجد تطبيقات إلا أحكام اللعان لكفت⁽¹⁾.

إن ارتباط نفي النسب بالزنا يضمن نفي النسب معنى العقوبة ، وإن تضمن إهدار ماء الزنا وجعله كالعدم ، إلا أن هذا المعنى ينقضه نسبه لأمه ، لأنه إذا كان نفي النسب عقوبة تبعية لحد الزنا ، فلماذا لا تعاقب الأم ، لأن جرم الزنا واحد ، كما أن الأثر هنا على الطفل أشد ، وما هو ذنبه لكي يشمل العقاب ، أما إذا اعتبرنا أن الزنا لذاته يجعل ماء الرجل كالعدم ، فلماذا هذا الأثر يخص به ماء الرجل دون ماء المرأة ، إذا لا بد أن يكون هناك معنى مرتبط بالزنا لا الزنا ذاته .

نفي النسب لصيانة ماء الرجل

من المعاني التي ذكرت تبريرا لخرق قاعدة البطلان الحاجة لصيانة ماء الرجل ، وقد ذكرت بعض المصادر الفقهية هذا المعنى صراحة ، وتضمنته عبارات أخرى ، من ذلك ما ذكره الكاساني في تبرير التفرقة بين العقد الباطل قبل الدخول وبعده كنيكاح الخامسة ، والخارم "حاجة النكاح لدرء الحد وصيانة مائه عن الضياع بثبات النسب"⁽²⁾، وقال النووي "النكاح الفاسد ألحق بالنكاح في حق المنافع المستوفاة حقيقة مع قيام المنافع لحاجة النكاح لذلك"⁽³⁾، فهل صيانة الماء حاجة تقتضي مخالفة القاعدة العامة للبطلان .

إن هذا يعني أن النسب حق للأب وحده ، ولا تعلق لطرف آخر به ، إلا أن هذا مخالف للواقع ، فالطفل حصيلة اجتماع ماء الرجل والمرأة ، فإذا كان الزنا مبررا لضياعه ، فلماذا صيانة ماء المرأة بالزنا ، حيث ينسب الطفل لأمه ولو كان من زنا ، أما إذا كانت نسبته لأمه لا تمثل صيانة له لأنها لا ترفع عنه العار ، ولا عن أمه فلماذا نحرص على صيانة ماء الرجل

(1) سحنون ، المدونة ، 2411/7 . ابن حزم ، المحلى 640/6 . المرتضى ، البحر الزخار 229/4 . ابن قدامة ، المغني ، 432/7 . الكاساني ، بدائع الصنائع 495/2 . النووي ، المجموع 20/20 وما بعدها .

(2) الكاساني ، 495/2 .

(3) النووي ، المجموع .

دون المرأة ونجعله حقا للرجل فقط، ولا يكون هناك دور للمرأة في الحالات التي ربط فيها الشارع النسب برضا الأب ، كما في حالات عدم الملاعنة إذا تحقق أنه ليس منه ، كما أن جعله حقا للرجل ينفي أي دور للجنين الذي يتحمل النصيب الأكبر من آثار نفي النسب ، وهذا لا يمكن التسليم به ، إضافة إلى أن تكييفه على أنه حق للزوج يقضي عدم التفرقة بين العلم ، والجهل بالحرمة في الرضا به ، وبين العمد والخطأ ، إذا كان الماء غير مائه كما في الإكراه على الزنا ، وقد ذكرنا أحكام هذه الصور في المبحث الأول من هذا البحث ، ولا يرجع فيها إلحاق النسب أو عدمه لرضا الزوج⁽¹⁾.

إن حاجة الرجل لصيانة مائه كأساس للنسب لا يختلف عن العقد أو الوطاء في اضطرابه ، ونقضه ببعض العبارات والتطبيقات، فهو منتقض بكون النسب حقا لله ، وبتعلق حق الجنين بالنسب ، والزوجة ، وحق الورثة ، وسنوضح في الفقرات التالية هذه الحقوق .

النسب حق لله :

إن المبادئ العامة للنسب تدل على أنه حق لله ، بداية من قوله تعالى : ﴿ اذْعَوْهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا ﴾⁽²⁾ ، فانعدام دور الأم وهي جزء في تكوين الجنين يدل على أنه حق لله ، ومن النظام العام ، وكذلك انعدام دور الجنين وهو الذي سيتحمل آثاره ، ويؤيد هذا نفي النسب بالزنا .

ارتباط حقوق غير الزوجين بالنسب :

اعتمدت بعض العبارات الفقهية على تعلق حقوق غير الزوجين في تأصيل أحكام بعض المسائل ، منها حق الولد ، يقول الشنقيطي في تأصيل بعض أحكام النسب على هذا الحق :
 « لا ينتفي الولد إلا بلعان ولو صدقته الزوجة ، لأن للولد حقا في حقوق النسب ، فلا يسقط إلا

(1) انظر ص من هذا البحث .

(2) الآية 5 من سورة الأحزاب .

بلغان الزوج»⁽¹⁾، وقال ابن عابدين «النسب لإحياء الولد»⁽²⁾، ويقول الشيخ جاد الحق في تبرير نفي النسب (لما يترتب على ذلك من اختلاط الأنساب ، واضطراب الحياة في حل النكاح ، وحرمة ، وفي استحقاقه من الميراث »⁽³⁾ .

إن العبارات السابقة أشارت إلى مصالح معتبرة في النسب أراد الشارع حمايتها ، من خلال تقريره لأحكام بعض الوقائع ، وإن ترتب على هذه الأحكام نقض بعض الأسس التي بدا ظاهراً أنها أساس النسب مجردة ، من هذه المصالح حقوق الولد ، وذكرت هذه الحقوق بشكل مجمل، وهي إحياء الولد ، وهذا الوصف وإن تضمن أنه تحديد للحقوق إلا أن حقوق الولد جملة لا تخرج عن معنى الإحياء ، ومن المصالح التي أشارت إليها العبارات السابقة مصلحة الورثة ، وهمايتهم من مشاركة من يلحق بالدهم ، وهو ليس منهم .

إن هذه المصالح المعتبرة استند عليها الفقهاء في تبرير الخروج عن مبدأ ارتباط النسب بالعقد وجوداً ، وانتفائه بالزنا ، إلا أن هذه المصالح لا يمكن الاعتماد عليها كأساس للنسب لعدة وجوه أهمها :

1. إن أساس النسب يقوم بين العقد والوطء ، أو خضوعه لإرادة الزوج في الأصل ، ولا اعتبار هنا للجنين ، ولو أن مصلحة الجنين هي أساس النسب لكان لجانبه اعتبار في هذه الصور .
2. إن القول بأن أساس النسب هو حماية الورثة ينقضه ثبوت نسب الولد لأمه بإطلاق ، وبالنسب يثبت التوارث ، فما هو أساس المركز المتميز لورثة الأب ، والذي يجعل حمايتهم أولى ، وما هو جرم الأم المختلف عن جرم الأب في الزنا مثلاً الذي حرم ورثة الأم من الحماية ، فلورجعنا لوزر الأم لوجدناه لا يختلف عن وزر الأب في الزنا ، فوزرهم واحد ، ونفي النسب وسببه لم يختلف ، فهو فعل مشترك ، وجسرمهم

(1) الشنقيطي ، الشيخ محمد الأمين محمد المختار الحكني الشنقيطي ، أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن ، خرج آياته الشيخ محمد عبدالعزيز الخالدي ، بيروت ، دار الكتب العلمية ، ط الأولى 200م . 103/6 .

(2) ابن عابدين ، حاشية ابن عابدين ، 147/3 .

(3) جاد الحق ، بحوث وفتاوى إسلامية ، 211/2 .

لا يختلف ، ولهذا لا مبرر لرعاية مصلحتهم دون ورثة الأم .

3. إن هذه الحقوق تتعارض آثارها ، ففي مراعاة حقوق الورثة وحميتهم ضياع لحق الولد ، فحياة الولد ومراعاة حقوقه تغلب جانب ثبوت النسب ، وحق الورثة يغلب نفي النسب ، ولهذا يصعب اجتماع المسألتين كأساس لأمر واحد ، وهو النسب .

4. إن مراعاة حياة الولد أو الورثة تقوم على أن النسب حق للعبد ، وأنه من الحقوق الخاصة ، ويجوز لأصحاب الحق الرضا به ، أو التنازل عنه ، وهذه المعاني تتعارض مع أحكام النسب .

إن العرض السابق يوضح أمرين هما الفيصل في أساس النسب ، أولهما : أن كل المعاني السابق عرضها لها اعتبار في النسب ، وثانيهما : أن كل ما ذكر لا يصلح لذاته أساسا للنسب بإطلاق ، ولهذا فإن الاعتماد على الوطاء أو العقد لذاته وبإطلاق أساسا للنسب مضطرب ، وكذلك اعتماد مراعاة المصالح ، وأنه من الحقوق الخاصة ، والمتعلقة بمصلحة العباد ، وهذا يعني أن خلف عبارات الفقهاء وتطبيقاتهم فلسفة تخفي وراءها قاعدة معينة ، ومعاني غير ما هو ظاهر لنا لأساس النسب ، وهذا ما أردت طرحه في هذا البحث ، وإن لم أصل إلى حسم هذه المسألة ، ولو عن طريق الترجيح .

إن وضع نظرية تحدد أساس النسب وفقا للمعاني السابقة ليس من السهولة بمكان ، والإنفراد برأي محاذيره أكثر ، ولهذا فإن ما أقدمه في هذه الورقة البسيطة لا يعدو طرح المسألة للنقاش ، وكشف ما يثار بشأنها من إشكاليات ، وما يكتنفها من غموض ، ومساهمي فكرة أقدمها لزملائي من الباحثين والمهتمين في هذا المجال ، لعل فيها ما يضع حجر الأساس لتحديد أساس النسب .

إن النسب جزء من النظام الاجتماعي الإسلامي ، وكما أن للنظام الإسلامي جملة شخصيته المتميزة ، فالنظام الإسلامي الاجتماعي لا يختلف عن هذه القاعدة ، ودور النسب في هذه النظام يمثل أحد دعائمه ، ومن هنا جاءت أهميته ، وحيث أن النظام الاجتماعي الإسلامي يقوم على فكرة الارتباط الذي يبدأ من الأسرة إلى العائلة إلى القبيلة إلى المجتمع الإسلامي ،

وأساس الأسرة في الإسلام هو الزوج والزوجة والأولاد ، ومن هنا جاء دور العقد في النسب ، ويغذي هذه الرابطة شعور أفراد العائلة بوحدة الانتماء ، والأصل ، ومن هنا جاء دور الماء ، أي الوطاء ، ويكتمل الترابط الاجتماعي بنظرة المجتمع لأساس هذه العلاقة ، أي أصل النبتة ، ومن هنا جاء دور الزنا ، ونظرا لأن أثر الزنا في التأثير على الارتباط لا يكون إلا إذا خرج من دائرة الزوجين اقتصر سبب نفي النسب على الزنا الحدي ، أو ما في حكمه في إطار هذا المعنى ، وبهذا فإن النسب يرتبط بالنظام الاجتماعي للمجتمع المسلم ، وهذا وإن تعلق بمصالح خاصة إلا أن هذه المصالح لا ينظر إليها إلا في إطار هذا النظام ، وهذا يجعل هذه المصالح ، من المصالح العامة ، والتي عبر عنها الفقهاء بأنها تدخل في حق الله ، كما في بعض الحدود كالسرقة والقتل ، وبهذا يشمل أساس النسب كل المعاني السابقة ، ويمكن بناء عليه تأصيل كل التطبيقات .

لعل في هذا الطرح نقطة بداية لتحديد أساس النسب ، وهذا يبرر التفرقة بين الأم والأب ، فالارتباط الروحي بين الأم والجنين حقه طبيعة الواقعة ، ولعل هذا ما قصده الشيخ جاد الحق شيخ الأزهر بقوله " لأن الصلة بالأم واقع طبيعي " (1).

بهذا نكهن قد انتهينا من هذا البحث ، ونصل إلى خاتمته ، وهي ملخص لأهم النتائج .

(1) جاد الحق ، بحوث وفتاوى إسلامية ، 211/2 .

الخاتمة

أرجو أن أكون قد أصبت ضالتي في هذا العمل المتواضع ، وأن أكون قد ساهمت ولو بشيء بسيط في إثراء المكتبة الإسلامية ، وذلك بإزالة اللبس ، وتوجيه الإشكاليات المثارة حول أساس النسب ، ووفقاً لما قرره فقهاء الإسلام من أحكام الزواج والطلاق ، والحدود ، وأكون قد أخرجت ما في مصادر الفقه الإسلامي من كنوز تنبئ عن مكانة الفقهاء ، وقوة ما كان داعماً ، وحافظاً لهم ، وسر قوتهم وبعد نظرهم ، وحرصاً على أن يكمل هذا العمل بالنجاح ، وإتماماً للفائدة. نعرض ملخصاً لأهم النتائج التي توصلت إليها ، ونجملها في الآتي :

- إن موقف المشرع الليبي في تحديد أساس النسب مضطرب ، فمن حيث المبدأ اعتمد على العقد الصحيح كأساس للنسب ، ثم نقض هذا الأساس في أكثر من نص ، وليس على سبيل الاستثناء ، ولم يختلف موقف القضاء الليبي لصراحة نصوص القانون .
- إن هذا الاضطراب سببه هو اضطراب أساس النسب في الفقه الإسلامي ، والذي يعد القاعدة الفقهية لهذا القانون ، ويؤيد هذا وجود أصل فقهي لأي نص من نصوص القانون فيما يتعلق بأساس النسب .
- لقد ناقض المشرع نفسه في أحكام النسب ، وخالف أحكام الفقه الإسلامي ، وقواعد العدالة ، والأسس العامة للشريعة في آثار الفسخ فيما يتعلق بالنسب ، إذا حملنا الفسخ على إطلاقه ، وشمل الفسخ للعقد الصحيح ، ولا يمكن تطبيق النصوص التي عاجلت الفسخ فيما يتعلق بالنسب على ظاهرها .
- إن اعتبار العقد أو الوطء لهما ، ودون ارتباطهما بمعنى معين أساساً للنسب ، أساس مضطرب ، وذلك لنقضهما بالتطبيقات ، ولما يترتب على هذا من خرق للمبادئ العامة للبطلان .
- إن نصوص القرآن والسنة التي تعرضت للنسب غير ظاهرة الدلالة في تحديد أساس النسب ، وعموض هذه النصوص سبب في عموض آراء الفقهاء ، والاضطراب

الظاهر لهذه الآراء .

- إن المعاني التي ذكرها الفقهاء لتأصيل بعض التطبيقات وتبرير نقض المبادئ العامة بحملها على إطلاقها لم تعالج اضطراب أساس النسب حتى يفصلها عن الأساس ، لتناقضها مع بعضها ، فمثلا مراعاة مصلحة إحياء الولد نقض مراعاة مصلحة الورثة .
 - إن تحديد أساس النسب من الخطورة بمكان ، وغموضه في النصوص دفعني لعدم القطع باعتماد أساس معين للنسب . وإن ظهر لي رجاحته ، واطمأنت لأسانيده ، واكتفيت بطرح الإشكالية للنقاش .
 - إن ما عرضته من فكرة لأساس النسب تعد من باب طرحها للنقاش ، ومشاركة المهتمين من أهل الاختصاص ، في تحديد معالم نظرية أساس النسب عند الفقهاء .
- هذه أهم النتائج التي توصلت إليها في البحث ، وأملني أن أكون قد وفقت في تحقيق الغاية ، وابتعدت عن الشطط ، وتحميل النصوص ما لا تحتمل ، وأن أكون قد أصبت الحقيقة ، والأجرين لا الأجر الواحد ، والله الموفق للصواب ، والله من وراء القصد .

1. أبو داود ، أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني ، سنن أبو داود ، صحاح السنن ، محمد بن عبد الله بن عمرو ، دار الحديث ، ط 1999م .
2. ابن أبي عمير ، أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن إسحاق ، الصحيح في شرح الصحيح ، الصحيح في شرح الصحيح ، أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن إسحاق ، دار الحديث ، ط 1999م .
3. ابن جرير ، محمد بن علي بن أحمد بن محمد بن سعد بن أيوب بن إسحاق ، الصحيح في شرح الصحيح ، أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن إسحاق ، دار الحديث ، ط 1999م .
4. ابن جرير ، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن سعد بن أيوب بن إسحاق ، الصحيح في شرح الصحيح ، أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن إسحاق ، دار الحديث ، ط 1999م .
5. ابن جرير ، محمد بن أحمد بن محمد بن سعد بن أيوب بن إسحاق ، الصحيح في شرح الصحيح ، أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن إسحاق ، دار الحديث ، ط 1999م .
6. ابن جرير ، محمد بن أحمد بن محمد بن سعد بن أيوب بن إسحاق ، الصحيح في شرح الصحيح ، أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن إسحاق ، دار الحديث ، ط 1999م .
7. ابن جرير ، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن سعد بن أيوب بن إسحاق ، الصحيح في شرح الصحيح ، أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن إسحاق ، دار الحديث ، ط 1999م .
8. ابن جرير ، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن سعد بن أيوب بن إسحاق ، الصحيح في شرح الصحيح ، أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن إسحاق ، دار الحديث ، ط 1999م .
9. ابن جرير ، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن سعد بن أيوب بن إسحاق ، الصحيح في شرح الصحيح ، أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن إسحاق ، دار الحديث ، ط 1999م .
10. ابن جرير ، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن سعد بن أيوب بن إسحاق ، الصحيح في شرح الصحيح ، أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن إسحاق ، دار الحديث ، ط 1999م .
11. ابن جرير ، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن سعد بن أيوب بن إسحاق ، الصحيح في شرح الصحيح ، أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن إسحاق ، دار الحديث ، ط 1999م .
12. ابن جرير ، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن سعد بن أيوب بن إسحاق ، الصحيح في شرح الصحيح ، أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن إسحاق ، دار الحديث ، ط 1999م .

تذكرة المؤلفين

13. حسن ، عائشة أحمد سالم حسن ، الأحكام المتصلة بالحمل في الفقه الإسلامي ، أطروحة دكتوراة نوقشت بكلية دار العلوم جامعة القاهرة ، لم تنشر .
14. الخطاب ، أبو عبدالله محمد بن محمد بن عبدالرحمن المغربي ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، ومعه التاج والإكليل للمواق ، بيروت ، دار الفكر ، ط الثالثة ، 1992م .
15. الدسوقي ، شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، دار الفكر ، ب ط - ب ت .
16. الرازي ، محمد الرازي فخر الدين بن العلامة ضياء الدين عمر ، التفسير الكبير ، بيروت ، دار الفكر ، ط الأولى ، 2005م .
17. زبيدة ، د. محمد الهادي علي ، النسب والحقوق المتعلقة به وتطبيقاته المعاصرة ، مصراتة ، منشورات جامعة 7 أكتوبر ، ط الأولى ، سنة 2007م .
18. الزحيلي ، د. وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، دمشق ، دار الفكر ، ط العاشرة ، سنة 2007- 6605/8 وما بعدها .
19. سحنون ، سحنون بن سعيد التنوخي ، المدونة الكبرى للإمام مالك ، ضبط أحمد عبدالسلام ، بيروت ، دار الكتب العلمية ، ط الأولى 1994م .
20. شعبان ، د. زكي الدين شعبان ، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية ، بنغازي ، منشورات جامعة قارونس ، ط الرابعة ، سنة 1978م .
21. الشوكاني ، محمد بن علي بن محمد ، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار ، بيروت ، دار الفكر ، ب ط ، ب ت .
22. الشنقيطي ، الشيخ محمد الأمين محمد المختار الجكني الشنقيطي ، أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن ، خرج آياته الشيخ محمد عبدالعزيز الخالدي ، بيروت ، دار الكتب العلمية ، ط الأولى 200م .
23. الصنعاني ، الشيخ الإمام محمد بن إسماعيل الأمير اليميني الصنعاني ، سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام ، تح إبراهيم عصر ، القاهرة ، دار الحديث ، ب ط ، ب ت .
24. القرطبي ، أبو عبدالله محمد بن أحمد الأنصاري ، الجامع لأحكام القرآن ، بيروت ، دار التراث ، ط الثانية ، ب ت ، 180/12 .
25. الكاساني ، علاء الدين أبوبكر بن محمد ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، مصر ، مطبعة الجمالية ، ط الأولى ، 1910م .
26. الماوردي ، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي ، الحاوي الكبير ، ويليّه هجة الحاوي لابن الماوردي ، بيروت ، دار الفكر ، ب ط ، سنة 2003م .

27. المرتضي ، الإمام المتهد المهدي لدين الله أحمد بن يحيى ، البحر الزخار في مذاهب الأمصار ، تع د. محمد محمد باقر ، بيروت ، دار الكتب العلمية ، ط الأولى ، سنة 2001م .
28. النسائي ، أبو عبدالرحمن أحمد بن سعيب بن علي بن سنان بن عمر بن دينار الخرساني ، سنن النسائي بشرح الإمامين السيوطي والسندي ، تح السيد محمد سيد وغيره ، القاهرة ، ب ط سنة 1999م .
29. النووي ، محي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي ، صحيح مسلم بشرح النووي ، مراجعة الأستاذ محمد تامر ، القاهرة ، الدار الذهبية ، ب ط ، ب ت .
30. النووي ، محي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي ، المجموع في شرح المهذب ، بيروت ، لبنان ، دار الفكر ، ب ط ، ب ت .

الرقابة القضائية على جوانب التقدير الإداري في القرار التأديبي

*المستشار الدكتور : خليفة سالم الجهمي

رئيس فرع إدارة القضايا بنغازي

مقدمة

تفاوتت الرقابة القضائية ضيقا واتساعا على العناصر المكونة للقرار التأديبي بحسب جوانب التقدير والتقييد التي تصاحب تلك العناصر ، ذلك أن هناك عناصر في القرار التأديبي تكاد تنعدم فيها جوانب التقدير ، كالاختصاص والشكل والغرض ، بينما هناك عناصر أخرى في القرار التأديبي تتجلى فيها تماما جوانب التقدير كعنصري السبب والمحل ، وللوقوف على مدى الرقابة القضائية على جوانب التقدير الإداري في القرار التأديبي يتعين بيان هذه الجوانب ، ثم الوقوف على مدى الرقابة القضائية عليها، وهو ما يستدعي تقسيم هذا البحث كما يلي :

المبحث الأول : جوانب التقدير الإداري في القرار التأديبي

المبحث الثاني : مدى الرقابة القضائية على عنصري السبب

والمحل في القرار التأديبي

المبحث الأول جوانب التقدير الإداري في القرار التأديبي

يجسد عنصرا السبب والمحل . أهم جوانب التقدير الإداري في القرار التأديبي ، وتمحور حولهما الرقابة العميقة التي يمارسها القضاء الإداري على السلطة التقديرية للإدارة ، فيما أصبح يعرف برقابة التناسب أو الملاءمة . باعتبارهما يشكلان طرفي المعادلة في عملية التناسب أو الملاءمة ، ولعل في إبراز طبيعة هذين العنصرين ، ما يوضح الدور الذي يلعبه كلاهما في التقدير الإداري ، الأمر الذي يتطلب تناول كل عنصر منهما في فرع مستقل كما يلي :

الفرع الأول : عنصر السبب في القرار التأديبي

الفرع الثاني : عنصر المحل في القرار التأديبي

الفرع الأول عنصر السبب في القرار التأديبي

يتحتم أن يكون لكل شيء يجري حدوثه في الكون سبب ، باعتبار أن ذلك من البديهيات المنطقية التي لا يتصور في شأنها جدال⁽¹⁾، ولذلك بات من المسلمات أن لكل تصرف قانوني سبب يقوم عليه ، والقرار الإداري بحسبانه تصرفا قانونيا يتعين أن يكون له سبب يبرره سواء من حيث الواقع أو القانون .

وتتعدد تعريفات الفقه لعنصر السبب في القرار الإداري بوجه عام⁽²⁾، وهي لا تخرج في مجملها عما جرت به أحكام القضاء الإداري سواء في مصر أو في ليبيا ، بأنه : " الحالة الواقعية أو القانونية التي تحمل الإدارة على التدخل بقصد إحداث أثر قانوني هو محل القرار"⁽³⁾.

فالمقصود بعنصر السبب في القرار الإداري عموما ، هو قيام حالة واقعية أو قانونية سابقة على صدور القرار وخارجة عن إرادة مصدره ، تبعث على تدخل الإدارة ، وتجعل اتخاذها القرار بناء على ذلك له ما يبرره سواء من حيث الواقع أو القانون ، والسند في التزام الإدارة بضرورة أن يقوم قرارها على سبب يبرره ، ينهض - كما يقول الأستاذ **Bonnard**

(1) د. محمود نجيب حسني ، علاقة السببية في قانون العقوبات ، دار النهضة العربية ، القاهرة 1983 ، ص 8 .

(2) من ذلك على سبيل المثال : تعريف الأستاذ **De Laubedere** بأن : " السبب في القرار الإداري يتجسد في الوقائع الموضوعية السابقة له والخارجة عنه والتي دفع وجودها إلى اتخاذ القرار " . انظر مؤلفه المشترك مع الأستاذين :

Venezia (J.C), Gaudemet (Y.)

بعنوان :

Manuel droit administratif, 15 ed. L.G.D.J., 1995, P. 124.

والتعريف الذي صاغه الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي بأنه (حالة واقعية أو قانونية بعيدة عن رجل الإدارة ومستقلة عن إرادته فتوحي له بأنه يستطيع أن يتدخل وأن يتخذ قرارا ما) . انظر مؤلفه النظرية العامة للقرارات الإدارية . دار الفكر العربي القاهرة 1976 ، ص 196 .

(3) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر في الطعن رقم 28/75 ق بتاريخ 14/12/1985 (مجموعة المبادئ ، س 31 ، ع 1 ، ص 587 رقم 78) . وحكم المحكمة العليا الليبية في الطعن الإداري رقم 29/10 ق بتاريخ 22/4/1984 (مجلة المحكمة العليا س 21 ع 3 ص 9) .

- على قاعدة منطقية مؤداها أن تدخل الإدارة بدون سبب لا يتصور من رجل عاقل⁽¹⁾ .
 ويتميز مفهوم السبب في القانون الإداري بهذه المثابة عن مفهومه في القانون المدني ،
 حيث ينصرف في الأخير - وفقا للنظرية المدنية للسبب - إلى الباعث الدافع للملتزم في أن
 يلتزم ، ولا يشترط فيه إلا أن يكون مشروعا ، أي غير منافيا للنظام العام أو الآداب⁽²⁾ .
 ويلاحظ أنه في القانون المدني يستعمل تعبير الغرض للدلالة على السبب باعتباره
 مرادفا له في المعنى ، حيث يراد بهما الباعث الدافع للتصرف ، على أساس من مبدأ سلطان
 الإرادة السائد في مجال القانون المدني⁽³⁾ .

أما في القانون الإداري ، فإن على الإدارة دائما أن تتصرف على أساس من أسباب
 قانونية أو واقعية لها وجود موضوعي تبرر اتخاذ القرار دون النظر لأية بواعث شخصية أو دوافع
 ذاتية ، ولهذا يتعين في مجال القانون الإداري عدم الخلط بين عنصر السبب بالمعنى المتقدم ، وبين
 عنصر الغرض الذي ينصرف إلى الغاية من اتخاذ القرار أو النتيجة النهائية التي تسعى الإدارة إلى
 تحقيقها من وراء إصداره⁽⁴⁾ .

ولا يختلف عنصر السبب في القرار التأديبي عنه في القرار الإداري بصفة عامة ، ولهذا
 يمكن القول بأن عنصر السبب في القرار التأديبي يتمثل في ثبوت وقوع فعل مادي محدد - سلب
 أو إيجابي - من الموظف ، ينطبق عليه وصف الجريمة التأديبية، ويكون بالتالي مبررا للسلطة

(1) Bonnard (R.) : *Precis de droit administratif*, 4 ed., L.G.D.J., 1943, p. 72.

(2) د. عبدالرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام بوجه عام ،
 ج1 ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ب.ت. ص 456 .

(3) د. عصام عبدالوهاب البرزنجي ، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية ، دار النهضة العربية
 القاهرة 1971 ، ص 234 .

(4) يعبر الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي عن ذلك بقوله : (السبب مقدمة ضرورية لكل قرار إداري
 ونقطة البداية ، بينما الغرض هو عنصر تغلب عليه الناحية الشخصية ، وهو المرحلة النهائية ونقطة
 الوصول)⁽¹⁾ (انظر مؤلفه : النظرية العامة للقرارات الإدارية ، مرجع سابق ، ص 359) . ويصور
 الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط التفرقة بين عناصر الغرض والسبب والمحل في القرار التأديبي وموقع
 كل منها ، بضربه مثلا بصور قرار بفصل موظف تأديبيا ، حيث يتمثل محله فيما يرتبه هذا القرار من
 أثر مباشر على المركز القانوني للموظف وهو إنهاء علاقته بالوظيفة العامة ، ويكمن السبب في
 إصداره فيما نسب إلى هذا الموظف من وقائع توافرت على الوصف القانوني للجريمة التأديبية ، أما
 الغرض من اتخاذ القرار فيبدو في الحرص على حسن سير المرافق العامة (انظر مؤلفه ، القرار
 الإداري ، دار الفكر الجامعي الإسكندرية ، ط/2000 ، ص 206 ، 207) .

التأديبية في توقيع العقوبة ، وتتواتر أحكام القضاء الإداري في مصر وليبيا على تعريف السبب في القرار التأديبي بقوها : " إن القرار التأديبي كأى قرار إداري آخر ، يجب أن يقوم على سبب يسوغ تدخل الإدارة لإحداث أثر قانوني في حق الموظف هو توقيع الجزاء ، ولا يكون ثمة سبب للقرار إلا إذا قامت حالة واقعية أو قانونية تسوغ هذا التدخل"⁽¹⁾ ، أو هو بعبارة أخرى الوقائع التي يتم إسنادها للموظف المتهم وتشكل بالتالي الوصف القانوني للجريمة التأديبية المنسوبة إليه ، أي أنه بإيجاز هو الجريمة التأديبية بكل أبعادها ومقوماتها .

ويعد عنصر السبب على هذا النحو ، المقدمة الضرورية للقرار التأديبي ، أو هو المبرر الذي يدفع لاتخاذ ، والأساس الذي يقوم عليه⁽²⁾ ، ومن ثم فإن ما يلحقه من عيب ، يؤدي إلى بطلان القرار .

وتباين آراء الفقه الإداري عما إذا كان العيب الذي يصيب عنصر السبب في القرار عيبا مستقلا بذاته ، أم أنه يتدرج ضمن عيوب عدم المشروعية المعروفة⁽³⁾ ، حيث يتجه جانب من هذا الفقه إلى عدم اعتبار عيب السبب عيبا مستقلا ، ويدرجه البعض في عيب مخالفة القانون⁽⁴⁾ ، ويدخله البعض الآخر في عيب الانحراف بالسلطة⁽⁵⁾ ، بينما يعتبره البعض الآخر في عداد عيب مخالفة القانون إذا كانت الأسباب محددة بواسطة القانون ، أما إذا كانت غير محددة

(1) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر في الطعن رقم 14/411 ق بتاريخ 1973/11/10 ، (مجموعة المبادئ ، س 19 ص 3 رقم 1) . وحكم المحكمة العليا الليبية في الطعن الإداري رقم 1977 ق بتاريخ 1974/1/10 (المجموعة المفهومة لكافة المبادئ التي قررتها المحكمة العليا في عشر سنوات 1964-1974 للأستاذ عمر عمرو ، ج1 ص 82 رقم 64) .

(2) هناك قلة من الفقه على رأسه العلامة *Duguit* لا يعتبر السبب عنصرا في القرار الإداري ، فهو في نظر سيادته أمر خارجي مستقل عن القرار ، يطلق عليه الباعث الملهم ، الذي يقتصر دوره على مجرد الإيحاء بفكرة القرار ، وبالتالي فلا يرتب ما يلحقه من عيب أي أثر على صحة القرار أو مشروعيته ، وهو رأي مرجوح ومنقذ ولا يتفق مع أحكام مجلس الدولة الفرنسي ، راجع في ذلك :

Duguit (L.) : Traite de droit constitutionnel, 3 ed., Paris, 1928, P. 365.

ديسامي جمال الدين ، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة ، دار النهضة العربية القاهرة ، 1992 ، ص 138 ، 139 .

(3) يلاحظ أن هذا الخلاف ليست له أي انعكاسات عملية في القانون الفرنسي لعدم تحديد أوجه الطعن بإلغاء تشريعا في فرنسا (راجع في ذلك د. محمد حسنين عبد العال ، فكرة السبب في القرار الإداري ، دار النهضة العربية القاهرة 1971 ، ص 114) .

Vedel (G.) : Droit administratif, P.U.F., Paris, 1968, P. 524 4

Walline (M.) : Droit administratif, Paris, 1963, P. 487. 5

بواسطة القانون فإن العيب الذي يلازمه هو الانحراف بالسلطة⁽¹⁾.

ويذهب جانب آخر من الفقه ، وهو الغالب ، إلى اعتبار عيب السب عيباً قائماً بذاته ، ويعد وجهاً مستقلاً من أوجه إلغاء القرار الإداري تتضمنه عبارة " الخطأ في تطبيق القانون أو تأويله " ⁽²⁾، وهذا هو الرأي الراجح في الفقه الذي تميل إليه ، ويأخذ به القضاء الإداري سواء في فرنسا أو في مصر أو في ليبيا .

وقد عبرت المحكمة العليا الليبية عن ذلك بقولها " إن قضاء المحكمة العليا قد جرى على اعتبار السب ركناً جوهرياً من أركان القرار الإداري ، وذلك باعتبار أن عيب السب يدخل في مخالفة القوانين والخطأ في تطبيقها أو تأويلها " ⁽³⁾.

ويتعين التفرقة بين سبب القرار الإداري ، وبين تسيبه ، إذ أن الأول عنصر مادي في القرار يستوجب توافره دائماً سواء تم الإفصاح عنه أم لا ، بينما الأخير عنصر شكلي في القرار لا يستلزم توافره إلا إذا أوجب المشرع ذلك⁽⁴⁾، والقاعدة في القانونين المصري والليبي هو عدم وجوب تسيب القرارات الإدارية عموماً ، وقد خرج المشرع في هذين القانونين على هذه القاعدة وألزم الإدارة بتسيب قراراتها التأديبية وأصبح التسيب بذلك شرطاً شكلياً لصحتها ،

(1) د.سليمان الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية ، مرجع سابق ، ص 219 ، 362 ، 363 .
د.محمود حلمي ، القضاء الإداري ، دار الفكر العربي ، القاهرة 1974 ، ص 176 .

(2) انظر في الفقه الفرنسي :

De Laubadere (A) : Traite de droit administratif, L.G.D.J., 1973, P. 428.

Rivero (J.) : Droit administratif, Paris, 1985, P. 236.

Bonnard (R.) : op.cit., P. 105.

وفي الفقه المصري :

د.مصطفى أبو زيد فهمي ، القضاء الإداري ومجلس الدولة ، قضاء الإلغاء ، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية 2004 ، ص 757 .

د.فؤاد العطار ، القضاء الإداري ، دار النهضة العربية القاهرة 1968 ، ص 595 .

د.أنور رسلان ، وسيط القضاء الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة 1999 ، ص 176 .

د.محمد أنس قاسم جعفر ، الوسيط في القانون العام ، 1984 - 1985 ، بدون دار نشر ، ص 254 .

(3) الحكم الصادر بتاريخ 2005/10/23 في الطعن الإداري رقم 49/96 غير منشور .

(4) انظر تعليق الدكتور عبدالفتاح حسن ، التسبب كشرط شكلي في القرار الإداري ، مجلة العلوم الإدارية (يونيه 1966) س 8 ، ع 2 ، ص 169 وما بعدها .

يترتب على تخلفه جعلها قابلة للإلغاء ليعيب في الشكل⁽¹⁾.

أما في فرنسا ، فإنه اعتباراً من تاريخ العمل بقانون 1979/7/11 الذي ألزم الإدارة بتسيب قراراتها الفردية التي من شأنها إلحاق الضرر بالأفراد⁽²⁾، فقد أضحت القاعدة العامة ، وجوب قيام الإدارة بتسيب هذه القرارات ، ومن بينها القرارات التأديبية⁽³⁾، وذلك للتعرف على مدى صحتها ومطابقتها للقانون ، وهو ما يجعل الإدارة حريصة على تحري الدقة والموضوعية في تلك القرارات لتكون بمنجاة من الإلغاء .

ويأعب التسيب دوراً مؤثراً في الرقابة التي يمارسها القاضي الإداري على عنصر السبب ، ويتبدى ذلك بصفة خاصة حينما يباشر القاضي الإداري رقابة الحد الأقصى، حيث لا يقتصر على بحث ما إذا كان من شأن الوقائع المتخذة أساساً للقرار تصلح لتبريره ، وإنما يبحث أيضاً تقدير أهمية هذه الوقائع ، وعماً إذا كانت تتوافق مع مضمون القرار من عدمه ، وصولاً للحكم على مدى التناسب الذي يصاحبه .

وتتفاوت جوانب التقدير والتقييد فيما يتعلق بعنصر السبب في القرار الإداري، وفقاً لما تفرضه قواعد المشروعية على الإدارة من تحديد أو اختيار لأسباب قراراتها الإدارية ، فحيث تحدد تلك القواعد هذه الأسباب ، فلا يكون للإدارة إزاء ذلك أي مجال للتقدير ، إذا توافرت الشروط التي يتطلبها القانون .

ويمنح المشرع غالباً مجالاً تقديرياً واسعاً للإدارة لمباشرة أوجه نشاطها المختلفة، فقد يعتمد إلى أن يحدد فقط ما ينبغي عليها اتخاذ من قرارات إذا حدثت وقائع معينة ، ويترك لها بعد ذلك حرية التدخل أو الامتناع ، وتحديد مضمون القرار ، فعند ثبوت ارتكاب موظف لأحد

(1) انظر المادة 79 من قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة في مصر رقم 1978/47 ، والمادة 4/80 من قانون الخدمة المدنية الليبي رقم 1976/55 .

(2) راجع لمزيد من التفاصيل حول هذا القانون رسالة الدكتور أشرف عبدالفتاح أبوالمجد ، تسيب القرارات الإدارية أمام قاضي الإلغاء ، دراسة مقارنة ، حقوق عين شمس 2006 ، وقد أورد نصوص قانون 1979/7/11 ضمن ملاحق الرسالة .

(3) وقد كانت قوانين التوظيف في فرنسا توجب تسيب القرارات التأديبية (راجع في ذلك د. عبدالفتاح عبدالحليم عبدالبر ، الضمانات التأديبية في الوظيفة العامة ، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية ، القاهرة 1979 ، ص 506 ، 507) .

الأخطاء التأديبية ، يكون للإدارة حرية تقدير ضرورة اتخاذ إجراء أو عدم ضرورة ذلك ، ولكنها إذا اتخذت قرارها في هذا الصدد فيلزم أن يكون قرارا تأديبيا ، ومن ثم لا يجوز لها - مثلا - نقل الموظف إلى عمل آخر استنادا إلى تلك الأخطاء ، لأن النقل ليس من الجزاءات التأديبية ، وهو ما يجعل القرار في هذه الحالة غير مشروع لعدم قيامه على سبب يبرره⁽¹⁾.

ولا تملك الإدارة أي مجال للتقدير من حيث الوجود المادي للوقائع التي تتخذها أساسا لقرارها ، أو من حيث تكييفها القانوني ، بفرض صحة ثبوتها ماديا ، فهي مقيدة في ذلك بقواعد المشروعية الإدارية⁽²⁾، فإذا شاءت الإدارة أن تتصرف في اتجاه معين ، واختارت لقرارها سبب ما ، فإن هذا السبب يجب أن يكون صحيحا سواء من حيث وجوده المادي ، أو من حيث تكييفه القانوني ، وهي تخضع في ذلك لرقابة القضاء الإداري⁽³⁾.

ويتجسد الجانب الأكبر من جوانب التقدير بالنسبة لعنصر السبب في القرار التأديبي ، فيما تجر به الإدارة من تقدير لأهمية الوقائع ومدى خطورتها ، ليتسنى لها من خلال ذلك اتخاذ ما يناسبها من إجراء ، فإذا كان قد ثبت صحة ارتكاب الموظف للأفعال المنسوبة إليه من الناحية المادية ، وأن هذه الأفعال جريمة تأديبية من ناحية تكييفها القانوني ، فإن تقدير مدى جسامة هذه الجريمة والخطورة الناجمة عنها ، من جوانب التقدير في عنصر السبب التي تتمتع فيها الإدارة بحرية واسعة ، بمراعاة جميع الظروف والملابسات المحيطة بذلك⁽⁴⁾.

وتبدو أهمية التقدير الذي تتمتع به الإدارة في هذا الخصوص ، عند اختيار مضمون أو فحوى القرار ، أي العقوبة التأديبية ، حيث يتعين أن يكون هناك توافق مقبول واتساق معقول ، بين نوع ومقدار العقوبة الموقعة ، وبين درجة جسامة وخطورة الجريمة المرتكبة ، وهو ما يشير إلى العلاقة الوثيقة التي تربط بين عنصري السبب والخل في القرار التأديبي من خلال

- (1) د.سامي جمال الدين ، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة ، مرجع سابق ص 140 .
- (2) د.أحمد حافظ نجم ، السلطة التقديرية للإدارة ودعاوي الانحراف بالسلطة ، مجلة العلوم الإدارية (ديسمبر 1982) س 24 ع 2 ص 59 .
- (3) Venezia (J.-C.) : Le pouvoir discretionnaire, op. cit., P. 137 ets.
- (4) د.أحمد حافظ نجم ، المقالة السابقة ، ص 59 .

التناسب المطلوب تحقيقه بينهما في هذا الشأن ، الأمر الذي سوف يتضح لنا بصورة أكبر عند بحث عنصر المحل في القرار التأديبي .

والخلاصة التي ننتهي إليها مما تقدم أن الإدارة لا تتمتع بصفة عامة بأي مجال تقديري فيما يتعلق بصحة الوجود المادي للوقائع التي يقوم عليها القرار ، أو بسلامة التكييف القانوني لتلك الوقائع بفرض ثبوتها ماديا ، ولكنها تملك مجالا تقديريا واسعا فيما يتعلق بتقدير أهمية الوقائع والخطورة الناجمة عنها ، وهي تخضع في ذلك كله لرقابة القضاء الإداري وفقا للحدود التي يرسمها لذلك⁽¹⁾ .

(1) أنظر في تفصيل ذلك مولفنا ، الرقابة القضائية على التناسب بين العقوبة والجريمة في مجال التأديب ، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية 2009 .

الفرع الثاني عنصر المحل في القرار التأديبي

يقصد بعنصر المحل في القرار الإداري بوجه عام ، الأثر القانوني الذي يحدثه القرار بمجرد صدوره⁽¹⁾، ذلك أن لكل قرار إداري حتما آثاره القانونية بحكم كونه في المقام الأول تصرف قانوني ، ولا يوجد تصرف قانوني عموما بدون أثر⁽²⁾، وبعبارة أخرى فإن محل القرار الإداري هو جوهر ومضمون القرار ذاته ، أو هو فحواه وموضوعه الذي اتجهت إرادة الإدارة لتحقيق أثره من وراء إصدارها له⁽³⁾، ولهذا يوصف القرار عادة بما يتضمنه من أثر ، فيقال مثلا قرار تأديبي إذا تضمن توقيع عقوبة تأديبية ، ويقال قرار تعيين أو ترقية أو نقل أو نذب أو إغارة ، إذا انطوى في موضوعه وفحواه على شيء من ذلك .

والأثر القانوني الذي يترتب عليه عنصر المحل في القرار الإداري ، يكون إما بإنشاء مركز قانوني معين أو تعديله أو إلغائه ، وهذا هو ما يميز عنصر المحل في القرار الإداري باعتباره عملا قانونيا ، عن محل العمل المادي الذي يكون دائما نتيجة مادية واقعية ، كما أن الأثر الذي يحدثه القرار ، سواء بالإنشاء أو التعديل أو الإلغاء ، إنما يوجد دائما في منطوقه ، وبالتالي فإن الرقابة على عنصر المحل في القرار الإداري تنصب على منطوقه ، خلافا للرقابة على عنصر السبب التي تسلط على حيثياته ومبرراته لا منطوقه⁽⁴⁾.

وتجري أحكام القضاء الإداري في مصر وليبيا على تعريف عنصر المحل في القرار الإداري - وهو ما يصدق أيضا على القرار التأديبي - بأنه : " المركز الذي تنجبه إرادة مصدر القرار إلى إحداثه ، والأثر القانوني الذي يترتب عليه حالا ومباشرة ، وهذا الأثر هو إنشاء حالة

- (1) د.الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية ، مرجع سابق ، ص 62 .
- (2) د.مصطفى أبو زيد فهمي ، القضاء الإداري ومجلس الدولة ، مرجع سابق ، ص 722 ، د.عبدالفتاح حسن ، قضاء الإلغاء ، مكتبة الجلاء الجديدة ، المنصورة 1978 ، ص 312 .
- (3) د.ثروت عبدالعال ، الرقابة القضائية على ملاءمة القرارات الإدارية ، رسالة دكتوراه حقوق أسيوط 1992/1991 ، ص 47 . د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة ، أوجه الطعن بالإلغاء في القرار الإداري في الفقه والقضاء ، بدون دار نشر 2003 ، ص 158 .
- (4) د.مصطفى أبو زيد فهمي ، المرجع السابق ، ص 722 ، 723 .

قانونية معينة أو تعديلها أو إلغائها»⁽¹⁾.

وترتبا على ذلك ، فالقرار الصادر بفصل موظف ، عنصر اخل فيه هو قطع أو إنهاء علاقة العمل التي تربط بين الإدارة وهذا الموظف ، ومن ثم فإن عنصر اخل في القرار الإداري - والعمل القانوني بصفة عامة - يمكن تمييزه بسهولة ، لأنه يكون مادة القرار وموضوعه⁽²⁾ ، ولصحة عنصر اخل في القرار يتعين أن يتوافر فيه شرطان :

أولهما : أن يكون هذا اخل ممكنا :

بمعنى ألا يكون الأثر المطلوب ترتيبه على صدور القرار مستحيلا ، سواء من الناحية القانونية أو الواقعية ، كما إذا صدر قرار تأديبي بمعاقبة موظف كان قد توفاه الله قبل ذلك⁽³⁾ ، فإن هذا القرار يكون باطلا لوروده على محل غير ممكن ، بل ومستحيل ، وهو ما ينحدر بالقرار إلى درجة الانعدام ، لأنه لم يصادف محل أصلا .

وثانيهما : أن يكون هذا اخل مشروعا :

أي أن يكون هذا اخل من الجائز أن يرتب الأثر القانوني الذي يتولد عن القرار في ظل القواعد القانونية المعمول بها وقت صدوره ، فإذا صدر قرار تأديبي بمعاقبة موظف بتأخير أقدميته في الفئة أو الدرجة التي يشغلها ، كان هذا القرار معيبا في محله ، لأن هذا الأثر - تأخير الأقدمية في الفئة أو الدرجة - مما لا يجوز ترتيبه قانونا ، ما دام المشروع لم يورده من بين قائمة

(1) انظر حكم محكمة القضاء الإداري بمصر في القضية رقم 6/634 ق بتاريخ 1954/1/6 (مجموعة السنة الثامنة ، ص 401) وحكم المحكمة العليا الليبية في الطعن الإداري رقم 23/33 ق بتاريخ 1978/12/14 (مجلة المحكمة العليا ، يولييه 1979 ، ص 15 ، ع 1 ، ص 21) ، وكذلك حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن الإداري رقم 50/57 ق بتاريخ 2006/1/15 غير منشور .

(2) د. الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية ، مرجع سابق ، ص 348 ، 349 .

(3) يلاحظ أن الفقه والقضاء الإداريين قد استقرا على أن وفاة الموظف تؤدي إلى انقضاء الدعوى التأديبية في أي مرحلة كانت عليها ، إعمالا لمبدأ شخصية العقوبة والمسئولية التأديبية المترتبة عنها ، شأنها في ذلك شأن المسئولية الجنائية . (راجع في ذلك حكم دائرة توحيد المبادئ بالمحكمة الإدارية العليا بمصر في الطعن رقم 37/1499 ق بتاريخ 1997/2/6 ، مجموعة المبادئ التي قررتها الدائرة المشكلة طبقا للمادة 54 مكرر من قانون مجلس الدولة رقم 1972/47 منذ إنشائها وحتى أول فبراير 2001 ، المكتب الفني بمجلس الدولة ص 391 رقم 33 . وراجع أيضا في الفقه د. محمد محمود ندا ، انقضاء الدعوى التأديبية ، دار الفكر العربي ، القاهرة 1981 ، ص 192 وما بعدها) .

العقوبات التأديبية التي يجوز توقيعها على موظفي الدولة⁽¹⁾،⁽²⁾.

ويطلق على عيب عدم المشروعية الذي يلازم عنصر المحل في القرار الإداري ، عيب مخالفة القانون ، بمعناه الفني الدقيق ، وذلك لتخصيص العيب الذي ينصب على عنصر المحل ، وتمييزه عن سائر العيوب التي تصيب العناصر الأخرى للقرار ، إذ أن العيوب التي تلحق تلك العناصر ، يمكن اعتبارها أيضا من قبيل مخالفة القانون - بالمعنى الواسع - لأن القانون هو الذي يحدد تلك العناصر⁽³⁾.

ويتعين أن يركز عنصر المحل في القرار الإداري على قواعد القانون عموما ، أيا كان مصدرها ، مكتوبة أو غير مكتوبة ، التي تلتزم السلطة الإدارية بالعمل على مقتضاها والتروّل على أحكامها فيما تقوم به من نشاط في مختلف الميادين ، مع مراعاة التدرج فيما بينها⁽⁴⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن هناك فارقا دقيقا بين عنصر المحل وعنصر الغرض في القرار الإداري مما يجعل ثمة صعوبة في التمييز بينهما⁽⁵⁾، ذلك أن الأثر الذي تتجه إرادة مصدر القرار

(1) د.عبدالفتاح حسن ، قضاء الإلغاء ، مرجع سابق ، ص 313 ، د.محمد أنس قاسم جعفر ، الوسيط في القانون العام ، مرجع سابق ، ص 257 .

(2) انظر في تطبيق هذا الشرط ، حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر في الطعن رقم 44/8368 ق بتاريخ 2001/4/15 الذي قضى بإلغاء قرار مجلس تأديب أعضاء هيئة التدريس بالأزهر بمجازاة الطاعن بعقوبة اللوم مع تأخير العلاوة لمدة سنتين ، لعدم ورود هذه العقوبة في قائمة العقوبات المنصوص عليها بالمادة 72 من القانون رقم 1961/103 بإعادة تنظيم الأزهر ، وتعديل العقوبة إلى اللوم مع تأخير العلاوة الدورية المستحقة لفترة واحدة (مجموعة المبادئ ، ص 46 ، ص 1429 ، رقم 170) وكذلك حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن الإداري رقم 29/3 ق بتاريخ 1985/3/31 الذي أيد حكم دائرة القضاء الإداري بمحكمة استئناف طرابلس القاضي بإلغاء قرار لجنة التأديب بكلية العلوم بجامعة الفاتح بمعاقبة أحد الطلبة بإلغاء جميع امتحاناته في الدور الأول من الفصل الدراسي الثاني لعام 1981/80 لعدم النص على هذه العقوبة ضمن قائمة العقوبات الواردة بلانحة التأديب الخاصة بكلية العلوم ، واللائحة العامة لطلاب الجامعة. (مجلة المحكمة العليا ، إبريل / يولييه 1986 ، ص 22 ، ع 3 ، ص 26) .

(3) د.الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية ، مرجع سابق ، ص 353 .

(4) د.مصطفى أبو زيد فهمي ، المرجع السابق ، ص 729 ، د.الطماوي ، المرجع السابق ، ص 352 . د.سامي جمال الدين ، الوسيط في دعوى الإلغاء ، منشأة المعارف ، الإسكندرية 2004 ، ص 583 .

(5) يشير الأستاذ Philippe إلى أنه من وجهة نظر منطقية صرفه يوجد هناك تداخل بين الغاية التي تشكل عنصر الغرض في القرار ، وبين الوسيلة التي تمثل عنصر المحل ، فما هو اليوم غاية يصبح غدا محلا ، فالمحل والغرض يحوزان في رأي سيادته طبيعة ذاتية واحدة ولا يختلفان إلا بفارق الدرجة

Philippe (X.) : Le controle de proportionnalite dans les jurisprudences constitutinnelle et administrative Francaises. These, Aix-Marseille, ed

إلى إحداثه في عنصر الخلل ، ليس هو النتيجة النهائية التي يهدف مصدر القرار إلى تحقيقها من وراء اتخاذه القرار ، إذ أن هذه النتيجة تشكل غاية القرار أو عنصر الغرض فيه ، فالقرار التأديبي الصادر بحق أحد الموظفين ، يرتب أثرا قانونيا مباشرا هو توقيع عقوبة على هذا الموظف (عنصر الخلل) ، أما النتيجة النهائية لهذا القرار فهي ضمان حسن سير المرفق العام (عنصر الغرض) ، وبذلك يمكن القول بأن الآثار القانونية التي تترتب مباشرة على القرار ، هي عنصر الخلل فيه ، بينما تجسد الأهداف النهائية للقرار وغايته البعيدة ، عنصر الغرض فيه⁽¹⁾.

وبهذا فإن الفارق بين عنصري الخلل والغرض ، يتمثل في التمييز المحسوس بين النتيجة الفورية للقرار (أي مضمونه) وبين نتيجته النهائية (أي غايته) ، وبعبارة أخرى فإن الخلل هو النتيجة القانونية القريبة ، بينما الغرض هو النتيجة الاجتماعية المراد بلوغها في النهاية من القرار⁽²⁾.

وتتمتع الإدارة بمجال تقديري واسع فيما يتعلق بعنصر الخلل في قراراتها ، ما دامت القواعد القانونية لم تقيدها بمحل معين ، أي بمضمون محدد للأثر القانوني الذي يترتب على اتخاذها القرار⁽³⁾ ، ويتجلى التقدير الإداري حيال عنصر الخلل في ثلاثة مظاهر وهي ، حرية الإدارة في أن تتدخل أو لا تتدخل في اتخاذ قرار يتعلق بموضوع ما ، ثم حريتها في اختيار وقت التدخل ، وهو أبرز مظاهر التقدير الإداري ، وأخيرا حريتها في اختيار فحوى القرار أو مضمونه ، شريطة أن يكون هذا المضمون ممكن عملا ، وجائز قانونا ، طالما كانت لا توجد قاعدة في القانون تلزمها سلفا بمضمون معين⁽⁴⁾.

Economica 1990. P. 143

(1) د. رمضان محمد بطيخ ، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقديرية وموقف مجلس الدولة المصري منها ، دار النهضة العربية ، القاهرة 1994 ، ص 57 ، هامش (1) .

(2) Philippe (X.) : op. cit., P. 143, 144.

(3) د. محمد فؤاد عبدالباسط ، القرار الإداري ، مرجع سابق ، ص 65 وما بعدها ، د. أحمد حافظ نجم ، مقالته السابقة ، ص 62 ، الأستاذ محمد عبدالجواد حسين ، سلطة الإدارة التقديرية واختصاصها المقيد ، مجلة مجلس الدولة المصري في ثلاثين عاما 1950-1980 ، بحوث وتعليقات مختارة ، المكتب الفني بمجلس الدولة ، ص 414 .

(4) د. الطماوي ، المرجع السابق ، ص 62 وما بعدها . د. أحمد حافظ نجم ، مقالته السابقة ، ص 64 .

ويمكن على ضوء ذلك ، بيان جوانب التقييد والتقدير بالنسبة لعنصر المحل في القرار التأديبي بوجه خاص ، من خلال الفرضين التاليين :

الفرض الأول :

إذا كانت قاعدة القانون الواجب التطبيق ، قد فرضت مقدما عقوبة تأديبية محددة لجريمة تأديبية معينة ، كما هو ملاحظ في لوائح الجزاءات المعمول بها لدى بعض الجهات⁽¹⁾، حيث يكون هناك جدول مرافق لها يربط كل جريمة بالعقوبة المقررة عنها، ففي هذا الفرض يعدم مجال التقدير الإداري ، ويتعين على السلطة التأديبية الالتزام بتوقيع العقوبة المقررة قانونا للجريمة المرتكبة ، باعتبار أن هذه العقوبة المحددة سلفا ، هي الأثر القانوني الذي عينته قاعدة القانون لتلك الجريمة ، ومن ثم فلا مجال للتقدير أمام سلطة التأديب في اختيار نوع ومقدار العقوبة بهذا الشأن ، إذ يقع عليها واجب الالتزام والتقييد بمطابقة محل قرارها للقواعد القانونية التي يرتكز عليها في صدوره ، وإلا غدا باطلا قابلا للإلغاء لعيب في محله .

الفرض الثاني :

أن تترك قاعدة القانون الواجبة التطبيق ، مجالا تقديريا لسلطة التأديب في توقيع العقوبة المناسبة للجريمة المرتكبة ، من بين قائمة العقوبات المنصوص عليها ، ففي هذا الفرض يكون للسلطة التأديبية الحرية في اختيار نوع ومقدار العقوبة التأديبية التي تراها مناسبة للجريمة المقترفة ، شريطة أن تكون هذه العقوبة من ضمن العقوبات التي نص عليها القانون ، ومن ثم فإنه يعود لها تقدير مناسبة الأثر القانوني لقرارها ، مما دامت قاعدة القانون قد خلعت من تحديد هذا الأثر ، وتقدير تلك المناسبة ، على أن تراعى في جميع الأحوال توافق محل قرارها مع أسبابه ، في ضوء الخيارات التي أتاحتها

(1) وقد يفرض القانون نفسه عقوبة محددة لجريمة تأديبية معينة ، كما هو منصوص عليه بالمادة 5/110 من قانون تنظيم الجامعات بمر رقم 1972/49 التي تقرر عقوبة العزل من الوظيفة عن كل فعل يزري بشرف عضو هيئة التدريس ، أو من شأنه أن يمس نزاهته ، أو فيه مخالفة لنص المادة (103) المتعلقة بعدم جواز إعطاء دروس خصوصية بمقابل أو بدونه .

لها القانون ، والملايسات المحيطة ، حتى ينأى تقديرها عن شائبة الغلو أو الخطأ الظاهر .
ويلاحظ بهذا الصدد أن ثمة انعكاس يحدثه عنصر السبب على عنصر الخلل في الفرض الثاني ، بحسبان أن التوافق المطلوب أن يحققه محل القرار ، لا يتم بمعزل عن السبب الذي يقوم عليه ، فهناك علاقة تلازم منطقية بين هذين العنصرين ، ويتعين بالتالي ألا يكون هناك تباين بينهما ، فالخلل ينبع من الأسباب ، ويجب أن يطابقها⁽¹⁾ ، وعليه فإن الحكم على مدى التناسب الذي يصادفه القرار ، ولئن كان يرتكز أساسا على فحص أهمية الخلل (مدى جسامة العقوبة) إلا أنه يستدعي بالضرورة بحث أهمية السبب (مدى خطورة الجريمة) ، وذلك باعتبارهما طرفي المعادلة في عملية التناسب ، مما يتعذر معه إيجاد خط فاصل بينهما⁽²⁾ في هذا الخصوص .

ونستطيع أن نلمس بوضوح هذه العلاقة الوثيقة بين عنصري الخلل والسبب ، من الصيغة التي جرت بها أحكام القضاء الإداري العربي ، وهو يمارس رقابته على التناسب في مجال التأديب ، بأنه : " لسلطة التأديب تقدير خطورة الذنب الإداري وما يناسبه من جزاء ، بغير معقب عليها في ذلك ، إلا أن مناط مشروعية هذه السلطة - شأنها في ذلك شأن أي سلطة تقديرية أخرى - ألا يشوب استعمالها غلو ، ومن صور هذا الغلو ، عدم الملاءمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب الإداري ، وبين نوع الجزاء ومقداره ، ففي هذه الحالة يخرج التقدير من نطاق المشروعية إلى نطاق عدم المشروعية"⁽³⁾ .

(1) Philippe (X.) : op. cit., P. 142 .

(2) د. السيد محمد إبراهيم ، الرقابة القضائية على ملاءمة القرارات التأديبية ، تعليق ، مجلة العلوم الإدارية (ديسمبر 1963) ، س5 ، ع2 ، ص270 .

(3) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر في الطعن رقم 7/563 ق بتاريخ 1961/11/11 (مجموعة المبادئ ، س7 ، ص30 رقم 3) . وحكمها أيضا في الطعن رقم 10/176 ق بتاريخ 1967/11/25 (مجموعة المبادئ ، س10 ، ص113 ، رقم 18) . وكذلك حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن الإداري رقم 21/2 ق بتاريخ 1975/2/13 (مجلة المحكمة العليا ، س11 ، ع3 ، ص29) .

المبحث الثاني مدى الرقابة القضائية على عنصري السبب والمحل في القرار التأديبي

بالنظر لعدم تحديد الجرائم التأديبية على سبيل الحصر ، وإيرادها في شكل توجيه عام من المشرع للأخطاء التأديبية ، وعدم الربط كذلك بين هذه الجرائم والعقوبات التأديبية المقابلة لها - كأصل عام - في القانون التأديبي للوظيفة العامة ، يقوم القضاء الإداري من خلال رقابته على عنصري السبب والمحل في القرار التأديبي ، بدور فعال للتحقق مما إذا كان هناك جريمة تأديبية من عدمه ، سواء من الناحية المادية أو القانونية ، فضلا عما إذا كانت العقوبة الموقعة تتناسب نوعا ومقدارا مع جسامة وخطورة الجريمة المرتكبة أم لا ، وللوقوف على مدى هذه الرقابة ، نتناول ذلك في فرعين :

الفرع الأول : الرقابة على صحة الوقائع وتكييفها القانوني

الفرع الثاني : الرقابة على تقدير أهمية الوقائع وخطورتها

الفرع الأول الرقابة على صحة الوقائع وتكييفها القانوني

يقوم عنصر السبب في القرار التأديبي - كما أسلفنا - على ثبوت وقوع فعل مادي محدد، سلبيا كان أم إيجابيا، يمكن أن يشكل جريمة تأديبية في نظر القانون، وهو ما يجعل رقابة القضاء الإداري على عنصر السبب في القرار التأديبي، تنصب بداية على صحة الوجود المادي للوقائع المكونة لذلك الفعل، فإذا ما تحقق ثبوت صحة هذه الوقائع ماديا، انتقل القضاء للرقابة على التكييف القانوني الذي أسبغته السلطة التأديبية على تلك الوقائع، للتأكد مما إذا كان هذا التكييف سليما من عدمه⁽¹⁾، ونعرض فيما يلي لهاتين الرقابتين كل على حدة:

أولاً: الرقابة على صحة الوجود المادي للوقائع:

تمثل الرقابة القضائية على صحة الوجود المادي للوقائع التي يقوم عليها القرار الإداري بوجه عام، الحلقة الأولى للرقابة على عنصر السبب، ودون الخوض في المراحل التاريخية التي مرت بها هذه الرقابة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي⁽²⁾، فإن هذه الصورة من الرقابة قد أضحى الآن من المسلمات في الفقه والقضاء الإداريين العربي والمقارن على السواء، وهي تتجسد باختصار في بحث القضاء الإداري عما إذا كانت الوقائع التي اتخذتها الإدارة أساسا لقرارها قد حدثت فعلا أم لا، أي ما إذا كان لها وجود مادي من عدمه.

ويعتبر حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية **Camino** من أشهر الأمثلة التقليدية

(1) يلاحظ أن هذا هو الترتيب المنطقي والعملية لممارسة الرقابة القضائية على عنصر السبب، غير أنه تجدر الإشارة إلى أن الرقابة على التكييف القانوني كانت أسبق في الظهور تاريخيا من الرقابة على صحة الوجود المادي للوقائع، في قضاء مجلس الدولة الفرنسي. (راجع في ذلك د. علي سمير صفوت، مجلس الدولة قاضي الوقائع، مجلة مجلس الدولة المصري (يناير 1954) ص 5 خصوصا ص 336، 337).

(2) انظر في تفصيل ذلك رسالة الدكتور السيد محمد إبراهيم، الرقابة على الوقائع في قضاء الإلغاء، حقوق الإسكندرية 196، خصوصا ص 11 وما بعدها، وكذلك رسالة الدكتور محمد حسنين عبدالعال، فكرة السبب في القرار الإداري ودعوى الإلغاء، دار النهضة العربية، القاهرة 1971، ص 5 وما بعدها.

على هذا النوع من الرقابة على عنصر السبب ، وتلخص وقائعها في صدور قرار بعزل الدكتور كامينو من وظيفته كعمدة ، لما نسب إليه أنه لم يراع الوقار اللازم لموكب جنازتي كان يشارك فيه ، حيث أخذ عليه أنه أدخل التابوت من ثغرة في حائط المقبرة ، ثم أمر بحفر حفرة غير كافية للقبر بزعم احتقاره للمتوفى ، وقد أُلغى المجلس قرار العزل لابتنانه على سبب غير صحيح من الناحية المادية⁽¹⁾.

ويحرص القضاء الإداري العربي على التحقق من صحة الوجود المادي للوقائع التي يبني عليها القرار التأديبي ، عن طريق رقابته على عنصر السبب في حلقتها الأولى ، ومن قبيل ذلك ، ما قضت به محكمة القضاء الإداري بمصر بإلغاء العقوبة التأديبية التي وقعت على موظف لآثامه بحصول عجز في عهدته من الخشب ، بعد أن ثبت أن ذلك راجع إلى قشم الأخشاب وتفتتها نتيجة سقوط سقف المعسكر عليها ، مما يجعل ما عوقب من أجله - وهو العجز في العهدة - غير قائم على أساس من الصحة⁽²⁾.

كما قضت المحكمة العليا الليبية بإلغاء قرار تأديبي بمعاقبة أحد المدرسين لآثامه بالجمع بين وظيفته كمدرس والاشتغال بالتجارة ، لانتفاء ثبوت قيامه بالبيع أو العمل في المحل التجاري الذي وجد فيه⁽³⁾.

وهكذا إذا انعدم المآخذ على السلوك الإداري للموظف ، ولم يقع منه أي إخلال بواجبات وظيفته أو خروج على مقتضاها ، فلا يكون ثمة جريمة تأديبية ، ولا محل بالتالي للعقوبة ، لانتفاء الوجود المادي للوقائع المبررة لذلك⁽⁴⁾، وهذه المثابة فإن الرقابة التي يباشرها

(1) C.E., 14/1/1916, Camino, Rec., P. 15 .

د. أحمد يسري ، أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي ، منشأة المعارف ، الإسكندرية 1991 ، ص 161 رقم 33 .

Monin (M.) : Arrêts fondamentaux du droit administratif, ellipses ed. 1995, D 17-175, P. 423.

(2) الحكم الصادر في القضية رقم 23/478 ق بتاريخ 1970/4/29 ، ص 26 .

(3) الحكم الصادر في الطعن الإداري رقم 19/7 ق بتاريخ 1974/1/10 (مجلة المحكمة العليا ، س 10 ، ع 3 ، ص 70) .

(4) المحكمة الإدارية العليا بمصر في الطعن رقم 2/1723 ق بتاريخ 1959/1/25 (مجموعة أبو شادي ، ج 1 ، ص 258 ، رقم 242) .

القضاء الإداري على صحة الوجود المادي للوقائع ، تنصرف في مضمونها إلى التحقق مما يلي :

1. أن الوقائع المتخذة أساسا للقرار ثابتة الوجود المادي ، وقائمة من الناحية الفعلية في تاريخ وقوعها .
2. أن تكون هذه الوقائع محددة ، غير مبهمة ولا غامضة ، إذ أن القرار الذي يركز على وقائع غير محددة ، مرسلة أو عامة ، يعد قرارا مجهلا لا سبب له .
3. أن تكون تلك الوقائع جديدة غير منتحلة ولا صورية ، وثابتة ثبوتا يقينيا لا ظنيا .

وعلى هذا الأساس يتحقق القضاء الإداري مما إذا كانت الوقائع المعاقب من أجلها الموظف تأديبيا ، قد حدثت بالفعل من عدمه على النحو المتقدم ، فإذا ما فرغ من ذلك ، فإنه يفرض ثبوت هذه الوقائع وصحة وجودها ماديا ، يمضي قدما إلى الحلقة التالية من الرقابة على عنصر السبب في القرار التأديبي ، وذلك بيسط رقبته على سلامة التكييف القانوني الذي خلعتة السلطة التأديبية على تلك الوقائع ، للتحقق مما إذا كانت تشكل قانونا جريمة تأديبية من عدمه ، وهو ما نتاوله في الفقرة القادمة .

ثانيا: الرقابة على التكييف القانوني للوقائع :

تتطلب عملية التكييف القانوني للوقائع ، إخضاع واقعة معينة ، أو حالة خاصة ، لقاعدة القانون المراد تطبيقها ، وذلك عن طريق نقل هذه القاعدة من وضع العمومية والتجريد التي هي عليها ، إلى وضع الخصوصية والتجسيد للواقعة محل التكييف ، فالمقصود من عملية التكييف إذن ، هو إدراج حالة واقعية معينة داخل إطار فكرة قانونية⁽¹⁾ .

وإذا كانت عملية التكييف تقتضي إجراء مقابلة بين الحالة الواقعية ونصوص القانون ، فإنه يجب ألا نغفل ما تتضمنه هذه العملية من جهد إنشائي خلاق ، ينأى بها عن أن تكون مجرد عملية آلية تتم بمجرد مطابقة الوقائع للنصوص⁽²⁾ .

(1) د.محمود سلامة جبر ، الرقابة على تكييف الوقائع في قضاء الإلغاء ، مجلة إدارة قضايا الحكومة (أكتوبر / ديسمبر 1984) س 28 ، ع 4 ، ص 115 .

(2) د.محمد حسنين عبدالعال ، رسالته السابقة ، ص 53 .

فعملية التكييف تتطلب من القائم بها ، أن يسعى أولا للتوصل إلى تخصيص قاعدة القانون التي تتسم بالعمومية والتجريد ، بإعطائها معنى أكثر تحديدا وأقل عمومية ، ثم القيام بعد ذلك برفع الواقعة الفردية إلى مستوى عمومية نص القانون ، والعمل على إبراز صفات الوقائع التي تميزها من الناحية القانونية فحسب ، دون الجوانب الأخرى عديمة الجدوى ، وبذلك يمكن تحقيق التطابق بين النص والوقائع⁽¹⁾.

وبعبارة أخرى ، فإن التكييف القانوني للوقائع ، هو عملية ذهنية ، تنتقل بقاعدة القانون من حالة السكون - أي العمومية والتجريد - إلى حالة الحركة - أي الخصوصية والتجسيد، وذلك بإنزال حكم القانون على الواقع .

فعلى سبيل المثال نجد قاعدة القانون المتعلقة بالركن الشرعي للجريمة التأديبية ، قد جاءت في صيغة عامة ، مفادها أن أي إخلال بواجبات الوظيفة أو الخروج على مقتضاها يعد جريمة تأديبية ، مع إيراد المشرع تعدادا بأهم الواجبات والمحظورات التي يتعين على الموظف الالتزام بها في أداء عمله ، مما يمكن معه اعتبار تلك الصيغة ، وهذا التعداد ، بمثابة توجيه عام لفكرة الجريمة التأديبية في قاعدة القانون .

فإذا ما بدر من الموظف فعل ما ، وقدرت الجهة المختصة أن ذلك مما ينطوي على إخلال بواجبات الوظيفة أو خروج على مقتضاها ، فإنه يقع على السلطة التأديبية واجب تكييف هذا الفعل من الناحية القانونية ، للتحقق مما إذا كان يشكل جريمة تأديبية في نظر القانون على ضوء

التوجيه العام الذي وضعه المشرع بهذا الخصوص ، أم أنه لا يعدو كونه مجرد واقعة عادية لا تندرج في مكونات ذلك التوجيه ، مما ينتفي عنه وصف الجريمة التأديبية .

ويخضع هذا التكييف بعد ذلك للرقابة التي يمارسها القضاء الإداري على عنصر السبب في القرار التأديبي ، وذلك للحكم على مدى سلامة الوصف القانوني الذي أجرته السلطة التأديبية بهذا الصدد .

(1) د.سامي جمال الدين ، الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية ، مرجع سابق ، ص 539 .

وقضاء مجلس الدولة الفرنسي مستقر على ذلك منذ أمد بعيد ، ولعل أشهر أحكامه بهذا الشأن - وهو خارج مجال التأديب - حكمه الصادر في قضية **Gomel** وتخلص وقائعها في أن السيد جوميل ، كان قد طلب الترخيص له بالبناء في ميدان بوفو بباريس ، فرفضت الإدارة طلبه لما يحدثه البناء في هذا الميدان من مساس بأحد المعالم الأثرية ، وعندما بحث المجلس هذا الأمر ، ظهر له أن الميدان المذكور لا يدخل كله في عداد المعالم الأثرية ، وألغى بذلك قرار الإدارة ، لما شابه من خطأ في التكييف القانوني للوقائع التي قام عليها⁽¹⁾.

ومن تطبيقات ذلك في القضاء الإداري المصري ، ما قضت به المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر بتاريخ 1957/1/5 في الطعن رقم 2/1134 ق من إلغاء قرار فصل مأذون شرعي لاقامه بالإقدام على الزواج بعقد عرفي ، ومما قالته المحكمة في هذا الشأن أنه : " إذا ثبت أن فصل المأذون قد أسس على أنه ارتكب ذنبا إداريا ، هو تزوجه بعقد عرفي ، فإن قرار الفصل يكون فاقدا لركن من أركانه هو ركن السبب ، ذلك أن هذا الفعل لا يعتبر إخلالا من المدعي بواجبات وظيفته أو سلوكه الوظيفي ، إذ لم يكن يباشر عند زواجه عمله الرسمي كمأذون ، وإنما كان مثله في ذلك كمثل أي فرد عادي ، لا حرج عليه في أن يتزوج زواجا عرفيا دون أن يوثقه ، متحملا في ذلك ما قد يترتب على إجرائه على هذا النحو من نتائج عند الإنكار ، وقد يكون لما ورد بأسباب القرار التأديبي وجه ، لو أن المقدم للمحاكمة التأديبية المأذون الذي أجرى العقد دون أن يوثقه رسميا ، أو لو أن المدعي باشر بصفته مأذونا عقد زواج عرفي دون أن يوثقه رسميا⁽²⁾ .

ومن قبيل ذلك أيضا في أحكام القضاء الإداري الليبي ، ما قررته دائرة القضاء الإداري بمحكمة استئناف طرابلس ، من إلغاء قرار فصل أحد المدرسين لاقامه بالإخلال بواجبه في المراقبة على سير الامتحانات ، ومما جاء في أسباب هذا الحكم : " إن مجرد قول المدرس

(1) C.E., 14 Avril 1914, Gomel, Rec., P. 488.

Monin (M.) : Arrêts fondamentaux du droit administratif, op. cit., D 17-178, P. 424.

د. أحمد يسري ، أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي ، مرجع سابق ، ص 154 ، رقم 32 .

(2) مجموعة أبو شادي ، ج1 ، ص 296 ، رقم 289 .

المدعى لزميله أثناء تكليفهما بمهام المراقبة على سير الامتحانات عبارة (بحبها معهم واحنا كنا طلبة زيهم) لا يشكل جريمة تأديبية ، إذ أن قصد المدرس المذكور من توجيه هذه العبارة هو لفت نظر زميله وحثه على عدم التشدد في المراقبة ، ولا يمكن أن تؤدي بذاتها إلى معنى التحريض على ترك الحبل على الغارب في المراقبة ، فهي لا تعدو أن تكون نصيحة بعدم الجفاء في معاملة الطلبة مراعاة لحالتهم النفسية وقت الامتحان⁽¹⁾. وقد تأيد هذا القضاء بحكم المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1973/11/29 في الطعن الإداري رقم 19/2 ق⁽²⁾.

وهكذا يتبين أن القضاء الإداري العربي والمقارن ، يباشر رقابته على التكييف القانوني للوقائع بفرض ثبوتها ماديا ، كقاعدة مسلم بها⁽³⁾، استكمالا لدوره في الرقابة على مشروعية عنصر السبب في القرار .

(1) الحكم الصادر في الدعوى الإدارية رقم 1971/27 بتاريخ 1972/2/28 (غير منشور).

(2) مجلة المحكمة العليا ، س 10 ، ع 2 ، ص 14 .

(3) لا يخرج عن هذه القاعدة سوى طائفتين من القرارات تتعلق إحداها بمجموعة قرارات الضبط الإداري المتصلة بسلامة الدولة والمحافطة عليها ، وتنصرف الأخرى إلى مجموعة القرارات ذات الطابع العلمي أو الفني المعقد (انظر في تفصيل ذلك د. محمد حسنين عبدالعال ، رسالته السابقة ، ص 64 وما بعدها . د. سامي جمال الدين ، الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية . مرجع سابق ، ص 542 وما بعدها . د. محمود سلامة جبر ، نظرية الغلط البين في قضاء الإلغاء رسالة دكتوراه حقوق عين شمس ، ص 58 وما بعدها) .

الفرع الثاني الرقابة على تقدير أهمية الوقائع وخطورتها

يدرج غالبية فقه القانون العام⁽¹⁾، الرقابة القضائية على أهمية الوقائع وخطورتها ، ضمن الحلقة الأخيرة للرقابة على عنصر السبب في القرار الإداري ، إلا أننا نميل مع جانب من الفقه⁽²⁾، إلى أن هذه الصورة من الرقابة ، أقرب إلى الرقابة على عنصر الخلل ، منها إلى الرقابة على عنصر السبب ، لأن تقدير أهمية الوقائع التي يقوم عليها القرار هي خطوة أولى ، إذا ما تفرقت ، إنما تتلوها خطوة أخرى ، وهي تقدير الخطورة الناجمة عن تلك الوقائع ، لتبرير مضمون وفحوى القرار، حتى يتسنى الوقوف على مدى تحقق التوافق بينهما .

فتقدير أهمية الوقائع يدخل إذن كعامل في تقدير خطورتها ، والنتيجة التي تسفر عنها هذه العملية المركبة ، هي تناسب القرار أو عدم تناسبه ، أي أن التوافق الذي يعبر عنه عنصر الخلل في القرار ، لا يتم بمعزل عن عنصر السبب الذي يتأسس عليه القرار ، فهناك علاقة متبادلة بينهما ، للحكم على مدى التناسب الذي صادفه القرار ، من خلال ما يحدثه عنصر السبب من انعكاس على عنصر الخلل بهذا الشأن ، ذلك أن الرقابة على أهمية الوقائع وخطورتها ، ولئن كانت تركز أساساً على فحص أهمية الخلل وخطورته ، إلا أنها تستتبع بالضرورة بحث أهمية السبب ، بحسبهما طرفي المعادلة في عملية التناسب⁽³⁾، مما يتعذر معه إدراج هذه الرقابة ضمن الرقابة على عنصر السبب ، بينما هي أدخل في الرقابة على عنصر الخلل .

ويكاد يجمع الفقه⁽⁴⁾ على أن هذه الصورة من الرقابة ، لا يمارسها القضاء الإداري

- (1) د.الظماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية ، مرجع سابق ، ص 60 . د.مصطفى أبو زيد فهمي ، القضاء الإداري ومجلس الدولة ، قضاء الإلغاء ، مرجع سابق ، ص 763 . د.عبدالقني بسيوني عبدالله ، القضاء الإداري ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ط3/2006 ، ص 637 وما بعدها .
- (2) د.سامي جمال الدين ، الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية ، مرجع سابق ، ص 516 وما بعدها .
- (3) د.السيد محمد إبراهيم ، الرقابة على ملاءمة القرارات التأديبية ، تعليق سبقت الإشارة إليه ، ص 270 .
- (4) انظر على سبيل المثال د.محمود عاطف البنا ، الوسيط في القضاء الإداري ، بدون دار نشر ، ط2/1979 ، ص 400 . د.عبدالقني بسيوني عبدالله ، القضاء الإداري ، مرجع سابق ، ص 646 . د.عصام عبدالوهاب البرزنجي ، مرجع سابق ، ص 418 ، 419 .

على القرارات الإدارية ، إلا على سبيل الاستثناء من القاعدة العامة في رقابته على مشروعية الأعمال الإدارية ، والتي تقتصر في الأصل ، على التحقق من صحة الوجود المادي للوقائع ، ومن سلامة تكييفها القانوني ، ولا تتعداه إلى الرقابة على تقدير أهمية الوقائع وخطورتها ، لتعلق هذا التقدير بأحد عناصر الملاءمة في القرار الإداري ، التي ترخص فيها الإدارة ، ذلك أن دور القاضي الإداري يتحدد - كقاعدة عامة - برقابة مشروعية القرارات الإدارية دون التعرض لبحث مدى ملاءمتها .

بيد أن القضاء الإداري سواء في فرنسا أو في مصر ، لم يأخذ بهذه القاعدة على إطلاقها ، وإنما أورد عليها بعض الاستثناءات ، تجاوز بها حدود رقابته التقليدية على صحة الوقائع وتكييفها القانوني ، ووصل برقابته إلى حدود الملاءمة في مجالات معينة من النشاط الإداري ، تبريرا بأن الملاءمة في هذه الحالة تعد شرطا من شروط المشروعية في القرار الإداري⁽¹⁾ .

وقد تركزت هذه الاستثناءات بأحكام مجلس الدولة الفرنسي أول الأمر ، في مجال الضبط الإداري لتعلقه بالحرية العامة ، ثم امتدت فيما بعد إلى مجالات أخرى من بينها مجال التأديب ، ويعتبر حكم المجلس الصادر في قضية **Benjamin** نقطة الانطلاق نحو ممارسة هذه الرقابة وتتلخص وقائعها في إصدار عمدة إحدى المدن قرارا بمنع عقد اجتماع عام ، لما قد يحدثه من اضطرابات تهدد النظام العام ، وعندما طعن السيد **Benjamin** في هذا القرار ، رأى المجلس أن الاضطرابات المحتملة حدوثها جراء الاجتماع ، لا تمثل درجة من الخطورة التي تبرر القرار ، وكان يمكن للعمدة اتخاذ تدابير أخرى لحفظ النظام دون الإخلال بحرية الاجتماع ، وانتهى بذلك إلى إلغاء القرار لعدم تناسب إجراء الضبط مع أهمية السبب⁽²⁾ .

وبهذا الحكم أرسى مجلس الدولة الفرنسي دعائم الرقابة على أهمية الوقائع وخطورتها ،

(1) Waline (M.) : Droit administratif, op. cit., P. 478 .

(2) C.E., 19, Mai 1933, Benjamin, P. 541.

Monin (M.) : Arrete Fondamentaux du droit administratif, op. cit., D11-37, P. 243.

د. أحمد يسري ، أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي ، مرجع سابق ، ص 359 رقم 52 .

وإن كان ذلك في إطار محدود ، هو مجال الضبط الإداري ، إلا أن التطور قد امتد به فيما بعد إلى مجال التأديب ، حيث يجري من خلال هذه الرقابة توازن معقول بين أهمية الوقائع التي أنبى عليها القرار ، والإجراء المتخذ حيالها ، وهو ما جرت به أيضا أحكام القضاء الإداري المصري⁽¹⁾ بهذا الشأن .

وقد قيل في تبرير اقتصار هذه الرقابة على مجال الضبط الإداري ردحا من الزمن في قضاء مجلس الدولة الفرنسي ، دون امتداده إلى مجالات النشاط الإداري الأخرى ، لا سيما مجال التأديب ، أن مجال الضبط يتصل اتصالا وثيقا بالحريات العامة ، وأن موضوع الحريات العامة يعتبر مسألة قانونية ، وبالتالي فهو يشكل عنصرا من عناصر مشروعية إجراء الضبط⁽²⁾ .

ويتنقد بعض الفقه - وبحق - هذا التبرير بقوله : " ولماذا يعتبر موضوع الحريات العامة فقط مسألة قانونية ولا يعد موضوع الحقوق الشخصية والمكتسبة - التي قد تتعرض للتجاوز بشكل صارخ إذا كان الإجراء التأديبي غير متلائم مع درجة خطورة الذنب المرتكب - مسألة قانونية هو أيضا ؟ فوق العقوبات التأديبية على من تناولهم ليس أقل أنرا - بالنسبة للنشاط الفردي والحقوق المكتسبة - من وقع إجراءات الضبط المتعلقة بتقييد الحريات العامة والحد من النشاط الفردي في مجال التجارة والصناعة " ⁽³⁾ .

ويبدو أن اعتبار موضوع الحريات العامة مسألة قانونية ، لا يقدم تبريرا كافيا لعدم امتداد هذا النوع من الرقابة لمجالات النشاط الإداري المختلفة ، وانحصارها في مجال الضبط فترة من الزمن ، ولعل المراد في ذلك - حسب تقديرنا - اعتبارات عملية تتعلق بالسياسة القضائية التي دأب مجلس الدولة الفرنسي على انتهاجها ، والتي اتسمت بالتدرج نحو الاتساع في فرض رقابته على أعمال الإدارة ، وليس أدل على هذا النظر من قيام المجلس مؤخرا بمد هذا النوع من الرقابة إلى مجالات عديدة من النشاط الإداري⁽⁴⁾ ، كمجال نزاع الملكية متوسلا بنظرية الموازنة ،

- (1) انظر على سبيل المثال فيما يتعلق بإجراءات الضبط الإداري ، حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 2/1517 ق بتاريخ 13/4/1957 (مجموعة المبادئ ، س 2 ، ص 886) .
- (2) د. عصام عبدالوهاب البرزنجي ، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية ، مرجع سابق ، ص 422 .
- (3) المرجع السابق ، ص 423 .
- (4) قريب من ذلك ما قرره الدكتور عصام عبدالوهاب البرزنجي ، بأن أساس امتناع القاضي عن =

ومجال التأديب متوسلا بنظرية الخطأ الظاهر في التقدير .

ومما يحسب للقضاء الإداري المصري ، أنه قد مارس هذا النوع من الرقابة منذ بداياته الأولى على القرارات الصادرة في مجالي الضبط الإداري والتأديب⁽¹⁾ ، وذلك على سبيل الاستثناء من القاعدة العامة في عدم فرض رقابته على أهمية الوقائع وخطورتها بالنسبة للقرارات الصادرة في سائر مجالات النشاط الإداري الأخرى ، بمقولة أن ذلك مما يخرج عن حدود رقابة المشروعية ويدخل في نطاق الملاءمة المتروك لخص تقدير الإدارة .

ويبدو أن القضاء الإداري الليبي يسير في ذات الاتجاه ، ويمكن أن نستخلص ذلك مما جاء بحكم المحكمة العليا الصادر في الطعن الإداري رقم 22/11 ق بتاريخ 10/6/1976 الذي ورد فيه " أن رقابة القضاء الإداري في قضاء الإلغاء ليست رقابة لا تمتد إلى الوقائع كما هو الشأن في حالة الطعن بالنقض ، وإنما هي تمتد إلى فحص الوقائع بالقدر اللازم للحكم على سلامة تطبيق القاعدة القانونية ، وحقه في ذلك لا يقف عند حد التحقق من صحة الوقائع المادية التي أنبى عليها القرار بل يمتد إلى تقدير هذه الوقائع باعتبارها من العناصر التي أنبى عليها القرار ، وللقاضي الإداري في حدود رقابته للقرار أن يقدر تلك العناصر التقدير الصحيح ليزل حكم القانون ، وتأسيسا على ذلك يكون من سلطة القاضي الإداري التحقق من حدوث الوقائع المادية التي استندت إليها الإدارة في إصدار القرار المطعون فيه ، كما له تقدير الوقائع الثابت حدودها للتأكد مما إذا كانت تبرر إصدار القرار أم لا " (2).

= رقابة الملاءمة في الحالات الأخرى ، غير الضبط ، لا يكمن في فكرة عدم اختصاصه ببحث الملاءمة عندما لا تشكل عنصرا من عناصر المشروعية في القرار ، وإنما يكمن - حسب وجهة نظره - في اعتبارات العدالة والاعتبارات العملية التي استدعت فرض الرقابة على الملاءمة في بعض الحالات ، والامتناع عن هذه الرقابة في حالات أخرى ، وينتهي سيادته إلى الاعتقاد بأن التطور الذي عاشه القضاء الإداري الفرنسي بالنسبة لتوسيع بحثه القضائي ، يدعو إلى الجزم بأنه لن يقف في المستقبل عند البحث في ملاءمة إجراءات الضبط فقط ، وإنما سيوسع رقابته على الملاءمة بالنسبة لقرارات أخرى ، لا تقل أهمية عن قرارات الضبط (راجع رسالته السابقة ، ص 423) .

(1) ولكنه لم يقم بتعميم هذه الرقابة العميقة على كافة مجالات النشاط الإداري ، خلافا للتطور الذي حصل بهذا الشأن في قضاء مجلس الدولة الفرنسي (راجع في ذلك د. رمضان محمد بطيخ ، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارية التقديرية وموقف مجلس الدولة المصري منها ، دار النهضة العربية ، القاهرة 1992 خصوصا ص 288 وما بعدها) .

(2) مجلة المحكمة العليا س 13 ، ع 2 ، ص 31 .

وقد أسفرت مباشرة القضاة الإداريين العربي والفرنسي رقابتهما على أهمية الوقائع وخطورتها في مجال التأديب ، عن ظهور نظريتي الغلو ، والخطأ الظاهر في التقدير ، اللتين يمثلان وسيلة الرقابة على التناسب بين العقوبة والجريمة التأديبية ، ومن مقتضاها أن يكون هناك تناسب أو توافق معقول بين مضمون القرار (خطورة الخلل) وبين الوقائع التي يقوم عليها (أهمية السبب) مما يفرض على صانع القرار أن يبحث عن الحل المناسب بشكل أفضل ، بحسب ما يتاح له عن طريق تنوع الظروف من فرضيات⁽¹⁾ ، فليس من المقبول حدوث تفاوت صارخ أو تباين شديد في العلاقة بين الأسباب والخلل ، لأن قيام مثل هذا التفاوت أو التباين من شأنه أن يوصم القرار بالغلو أو عدم الملاءمة الظاهرة ، ويجعله عرضة للإلغاء ، ذلك أنه ليس من المعقول - كما يقال - أن نصطاد عصفورا بمدفع .

(1) وهو ما عبرت عنه المحكمة الإدارية العليا بمصر في حكمها الصادر بتاريخ 1997/1/18 في الطعن رقم 37/1731 ق بقولها : « أن التناسب بين المخالفة التأديبية والجزاء الموقع عنها ، إنما يكون على ضوء التحديد الدقيق لوصف المخالفة في ضوء الظروف والملابسات المشكلة لإبعادها ، ومؤدى ذلك أن جسامته العمل المادي المشكل للمخالفة التأديبية إنما يرتبط بالاعتبار المعنوي المصاحب لارتكابها ، بحيث لا تتساوى المخالفة القائمة على غفلة أو استهتار بتلك القائمة على عمد ، والهادفة إلى غاية غير مشروعة إذ لا شك أن الأولى أقل جسامته من الثانية ، وهذا ما يجب أن يدخل في تقدير من يقوم بتوقيع الجزاء التأديبي على ضوء ما يستخلصه استخلاصا سانغا من جماع أوراق الموضوع » . (مجموعة المبادئ ، س 42 ، ص 437 رقم 43) . وانظر بنفس المعنى أيضا حكمها الصادر بتاريخ 2000/12/10 في الطعن رقم 43/6399 ق (مجموعة المبادئ س 46 ، ص 263 رقم 35) ، وكذلك حكمها الصادر بتاريخ 2003/3/15 في الطعن رقم 40/702 ق (مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا سنة 2004/2002 ج 3 الأحكام الخاصة بالتأديب ، المكتب الفني بهيئة قضايا الدولة القاهرة 2005 ص 209 رقم 83) .

الخاتمة

إذا كان التقدير الإداري للهيئات التأديبية مما تمليه طبيعة الأشياء ، وتفرضه مقتضيات الحال ، لا سيما في ظل ما هو سائد من عدم تقنين الجرائم التأديبية وربطها بالعقوبات المقررة لها ، مما يتيح قدرا واسعا للسلطة التقديرية للهيئات التأديبية في تكييف الجريمة التأديبية وتحديد مدى خطورتها وجسامتها ، ثم في اختيار نوع ومقدار العقوبة التأديبية التي تراها مناسبة لذلك ، وهذه السلطة التقديرية الواسعة يجب أن تقابلها رقابة قضائية عميقة وفاعلة ، لأن تحويل المشرع تلك السلطة للهيئات التأديبية لا يعني إطلاق يدها لتفعل ما تشاء دون ضابط أو قيد ، وإلا كنا أمام سلطة تحكيمية ومطلقة لا يستقيم وجودها في دولة القانون ، ويتعذر الاعتراف بها لأي جهة حتى للمشرع نفسه ، أو الأفراد العاديين في تنظيم علاقاتهم الخاصة .

ولهذا نشأت الرقابة القضائية على التقدير الإداري وتطورت حتى وصلت إلى أخص جوانب هذا التقدير ، لتقيم بذلك توازنا معقولا بين فاعلية التأديب و ضمانات الموظفين دون أن تضحي بأحدهما في سبيل الآخر ، بحسبان أن هذه الفاعلية وتلك الضمانات لا يقفان على طرفي نقيض في إطار الالتزام بمبدأ المشروعية الإدارية وإنما يتقاسمان عدالة العقاب التأديبي ، وهو ما وضح لنا من خلال ما تعرضنا له من نقاط في هذا البحث ، الذي نأمل أن يكون قد سلط الضوء على أحد الجوانب المهمة في التأديب سواء من الناحية النظرية أو التطبيقية ، والله من وراء القصد وهو يهدي سواء السبيل .

تم بحمد الله ،،،

التعامل بالأعضاء البشرية في التشريعات الصحية الليبية

*الدكتورة : صليحة علي صداقة

عضة هيئة التدريس بكلية القانون

جامعة عمر المختار

تقديم :

أن نقل وزراعة الأعضاء يعتبر مفهوماً جديداً في الطب من جهة ، وكذلك لعلاقته بالقضايا الدينية والأخلاقية من جهة أخرى .

ولقد أحدثت جراحة زرع الأعضاء اختراقاً طبياً هائلاً منذ العقود الأولى في القرن الماضي ، وقد بدأت بنقل الكلى من متبرعين أحياء ، حيث يستطيع الإنسان السليم أن يتبرع بإحدى كليتيه دون أن تتأثر صحته .

ونظراً لأن بعض أعضاء الإنسان تظل صالحة للنقل بعد مضي فترات على الوفاة تتراوح بين عدة دقائق إلى بضع ساعات ، فقد أمكن نقل أعضاء من الموتى مثل الكلى والقرنية والجلد والعظم بعد حدوث الوفاة .

أما القلب ، فمن المسلمات المعروفة استحالة الحصول عليه من متبرعين أحياء ، كما أن قلوب الموتى لا تصلح للزرع ، فالموت مرهق في الأحوال العادية بتوقف القلب ، وإذا توقف القلب فلا ينفع للزرع .

ولم تتحقق زراعة القلب إلا بعد تطور وسائل التنفس الاصطناعي وصار بالإمكان التحقق من الموت دون إيقاف وسائل الإنعاش عن طريق المعايير الدماغية . فإذا تحققت الوفاة يمكن المحافظة على التنفس والقلب بالوسائل الاصطناعية إلى حين نقل الأعضاء المطلوبة للزرع .

وهنالك شروط خاصة للتحقق من الموت عن طريق المعايير الدماغية ، وتمنع القوانين إيقاف الوسائل الاصطناعية ما لم تتحقق الوفاة بما لا يدع مجالاً للشك ، مثال على ذلك ما جاء

في المادة (12) من قانون المسؤولية الطبية الليبي رقم 1986/17، والتي نصت على أنه :
" لا يجوز إنهاء حياة المريض - ولو بناءً على طلبه - لتشويهه أو لمرض مستعصٍ أو ميسوس من شفائه أو محقق به وفاة أو لآلام شديدة حتى وإن كانت حياته قائمة على الوسائل الاصطناعية"⁽¹⁾.

وفي نطاق العلاقة ما بين القانون والعلم ، نجد أنهما علاقة وثيقة ، فالقانون دائماً يضع نصب عينه مساهمة العلم ، ويضع الحلول القانونية لكل ما يستحدثه في سبيل خدمة الإنسان بشكل عام .

ومع ذلك فإن الهدف المنشود من كليهما هو تحقيق مصلحة العنصر البشري .

ومن هذا المنطلق ، فإنه لا بد أن يرسم القانون الطرق الواجب إتباعها من قبل الأطباء ، ويضع بعض القيود على ممارسة الاكتشافات العلمية الحديثة للعلوم الطبية ، حتى لا يخرج العمل الطبي والجراحي عن هدفه الرئيسي ألا وهو المحافظة على حياة الإنسان وصيانة صحته .

ومراجعة التشريعات الصحية الليبية ، نجد أن المشرع الليبي قد تضمن بعض القواعد الصحية العامة منها والخاصة فيما يتعلق بالتعامل بالأعضاء البشرية ، نشر إليها وفقاً للمخطط التالي :

- المطلب الأول : التعامل بالأعضاء البشرية في إطار القواعد العامة للقانون الصحي

رقم 1973 / 106 ولانته التنفيذية 1975 .

أولاً : القواعد الأساسية .

ثانياً : التبرع أو الوصية .

- المطلب الثاني : التعامل بالأعضاء البشرية في إطار قانون المسؤولية الطبية .

أولاً : السلامة الجسدية .

(1) أنظر ، قانون المسؤولية الطبية - الليبي رقم 1986/17 ، موقع اللجنة الشعبية العامة على الإنترنت .

ثانياً : عدم حصول ضرر للناقل .

ثالثاً : إجراء التجارب العلمية .

1 . توافر الرضا الحر الصريح .

أ . مضمون الرضا .

ب . شكل الرضا .

ج . محل الرضا .

2 . أن تكون الغاية من التجربة حصول منفعة للمريض .

3 . إجراء التجربة العلمية بمعرفة أطباء مرخص لهم بإجرائها .

- المطلب الثالث : جواز تشريح الجثث والاستفادة من زرع أعضاء الموتى في إطار

القانون رقم 4 / 1982 ، ولانجته التنفيذية لعام 2007 .

أولاً : مفهوم العضو البشري محل النقل أو الزرع .

ثانياً : أغراض التشريح .

1 . التشريح للأغراض العلمية والتعليمية .

2 . التشريح للأغراض القانونية .

3 . التشريح للأغراض الطبية لمعرفة سبب الوفاة .

ثالثاً : الاعتداد بإرادة المتوفي للتصرف في جثته .

الخاتمة (نتائج وتوصيات) .

المطلب الأول

التعامل بالأعضاء البشرية في إطار القواعد العامة للقانون الصحي رقم 1973/106⁽¹⁾ ولائحته التنفيذية 1975⁽²⁾

ترتبط القيم الأخلاقية بالالتزامات القانونية ، فكما هي الأخلاق سلوك إنساني والتزام ذاتي يفرضه الوجدان والشعور الشخصي للفرد يؤديه أثناء تعامله مع الغير ، كما هو الالتزام القانوني سلوك تم صياغته في قواعد محددة هي في صلب معظمها قيم أخلاقية صاغها المشرع لكي يلتزم بها ، وينبغي تنفيذها في التعامل مع الغير .

وفي إطار إستراتيجية التعامل بالأعضاء البشرية ، صدر القانون الصحي رقم 1973/106 ، لينظم مسألة الاحتفاظ بالعيون والاستفادة منها ، حيث نص في المادة (67) منه ، على أن : " لوزير الصحة (أمين الصحة والبيئة ، حالياً) أن ينشئ في مستشفيات العيون أو في أقسامها مراكز لجمع العيون التي تحتاج إليها في عمليات ترقيع القرنية .

ويمكن الحصول على العيون عن طريق التبرع أو الوصية " .

ولتحليل هذا النص ، نشير إلى النقاط التالية :

أولاً : القواعد الأساسية :

هناك قواعد أساسية ينبغي أن تخضع لها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية ، والمهم فيها أن يكون هناك نوع من الشجاعة العلمية تسمح بطرق هذا الموضوع الشائك من نواحي كثيرة ، وبصفة خاصة من الناحية النفسية ، المعنية .

إن أي قانون يصدر في هذا الشأن يجب أن يضع في اعتباره ثلاثة أفكار أساسية :

1. عدم السماح بعبء الأعضاء لأغراض الزرع إلا في الحدود التي يكون من المقطوع

(1) راجع القانون الصحي اللبني رقم 1973/106 ، موقع اللجنة الشعبية العامة على الإنترنت .

(2) انظر اللائحة التنفيذية للقانون الصحي في الجريدة الرسمية ، عدد خاص ، بتاريخ 1976/6/24 .

- به فيها أن العملية تمثل منفعة اجتماعية أكيدة .
2. وجوب ضمان كل الأشخاص الداخلين في تلك العملية ضد كل خطر أياً كانت طبيعته ، وبصفة خاصة مسؤولية الأطباء والجراحين .
3. عمليات نقل وزرع الأعضاء يجب أن تكون احتكاراً لمرفق إداري عام ينشأه القانون لتكون وظيفته القيام بتلك العمليات .

ومع ذلك نقول ، أن القانون يجب ألا يرضخ - بدون شروط وقيود - للإمكانيات البيولوجية للعلوم ، وذلك أن البيولوجيا لا تملك وليست أهلاً لخلق القانون الإنساني ، وبالنظر إلى الحاجات الحالية للطب والجراحة ، ولأسباب أساسية تستخلص من النظام القانوني السائد وجدت التشريعات لكي تحكم التعامل بالأعضاء البشرية .

وبمراجعة القانون الصحي الليبي ، كأحد هذه التشريعات ، نجد أنه يتضمن القواعد العامة للصحة الإنسانية ، ولم يكن مخصصاً لنقل وزراعة الأعضاء فقط ، فجاءت قواعده العامة قاصرة في هذا الشأن ، ومقتصرة فقط على جانب معين للتعامل بالأعضاء ، وهو الاحتفاظ بالعيون في مراكز تجميع العيون بالمستشفيات التابعة للدولة ، وفقاً لنص المادة (67) المشار إليه آنفاً .

ثانياً : التبرع أو الوصية :

جاء نص المادة (67) من القانون الصحي ، سالف الذكر ، سيء الصياغة ، حيث جمع بين التبرع والوصية في آن واحد ، فالتبرع أو الهبة تصرف حال الحياة ، والوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت ، وكان من المأمول أن يهدف إلى تقرير أن مسألة الحصول على العيون من الأحياء أثناء حياتهم هو أمر مرفوض ، حيث يقتصر ذلك على المتوفين في صورة الوصية .

ولو كان النص قد أضاف وصف التبرع بعد الوصية ، لكان هدفه هو التأكيد على مسألة انتفاء المقابل المالي ، لكنه لم يفعل .

وبذلك فإن النص يوحي بأنه من الجائز أن يتبرع شخص سليم العينين بإحدهما للمريض أعمى أو مهدد بالعمى .

وفهم من ذلك أن القانون يقرر سبباً من أسباب الإباحة ، ويجوز بالتالي القياس عليه ، والحكمة التي تجيز القياس هي المصلحة الإنسانية المؤكدة التي تعود على الغير من استبدال العضو الصالح بالعضو التالف .

والتضامن الإنساني يفرض على البشر التعاون من أجل مصلحة البشرية ، فالحكمة من السماح بالتبرع بالعين تتوافر أيضاً في حالة التبرع بإحدى الكليتين أو إحدى الرنتين .

ومع ذلك نقول ، إن العين هي جزء حيوي من الجسد ، فإذا كانت سليمة فإن أي تصرف يرد عليها يعد مخالفاً للنظام العام ، خاصة وأن القانون الصحي ينظم حصول مراكز العيون داخل المستشفيات على العيون لكي يحافظ عليها ويحتفظ بها لمدة معينة إلى حين الحاجة إلى زرعها لشخص مريض .

ولو أخذنا بالنص على علته فكأن معنى ذلك جواز التبرع بعين سليمة لمراكز العيون دون أن يكون هناك مريض في حاجة إليها . وهي نتيجة غريبة وخطيرة لا يمكن التسليم بها .

هذا فيما يتعلق بالقانون الصحي ، أما ما يتعلق باللائحة التنفيذية للقانون ، والصادرة بموجب قرار وزير الصحة (الأمين) رقم 1975/654⁽¹⁾، فقد خلت من أي نص يتعلق بالتعامل بالأعضاء البشرية .

ووفقاً لما سبق ، نأمل من المشرع الليبي التدخل بتعديل نص المادة (67) من القانون الصحي لتتوافق مع معطيات الحياة الصحية وأهدافها .

(1) قانون المسؤولية الطبية رقم 1986/17 ، مرجع سابق .

المطلب الثاني

التعامل بالأعضاء البشرية في إطار قانون المسؤولية الطبية⁽¹⁾

صدر قانون المسؤولية الطبية الليبي رقم 1986/17 ، لتسري أحكامه على كل من يمارس المهن الطبية والمهن المرتبطة بها ، كما تسري أحكامه على الجهات التي تتولي علاج المرضى أو تصنيع أو توريد أو توزيع الأدوية والمعدات الطبية ، وكذلك الجهات التي تتولي الإشراف عليها ((مادة (1) من القانون)) .

وقد تضمن هذا القانون التعامل بالأعضاء البشرية وفقاً لشروط معينة ، أشارت إليها المادة (15) والتي نصت على أنه : " لا يجوز المساس بجسم الإنسان أو نقل عضو أو جزء منه ما لم يكن ذلك بموافقة الخطية ، وبعد التأكد من عدم حصول ضرر له إن كان حياً ، أو كان ذلك وفقاً لأحكام القانون رقم 1982/4⁽²⁾ .

ويحظر إجراء التجارب العلمية على جسم الإنسان الحي إلا برضاه ، ولغرض تحقيق منفعة مرجوة له ، وبمعرفة أطباء مرخص لهم بإجرائها طبقاً للأسس العلمية المتعارف عليها " .

واستناداً إلى هذا النص ، يمكن الوقوف أمام النقاط التالية :

أولاً : السلامة الجسدية :

إن المراحل التي يمر بها تطور الجنس البشري لا بد وأن تترك أثراً قد يقوى أو يضعف من حيث التأثير في مفهوم القيم التي تتولاها دائماً القواعد القانونية بالحماية ضد كل من يلحق بها ضرر أو يهدد بالحاقه .

(1) القانون رقم 1982/4 بشأن جواز تشريح الجثث والاستفادة من زرع أعضاء الموتى ، راجع هذا القانون على موقع اللجنة الشعبية العامة على الإنترنت .

(2) حول الحصانة المقررة للإنسان ، وكيفية الحماية المقررة عن طريق القانون الوضعي والشريعة الإسلامية ، راجع : د.أسامة السيد عبدالسميع ، مدى مشروعية التصرف في جسم الأنمي في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، ط1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1998 ، ص 43 وما بعدها .

ولا شك أن هذه القيم التي تكون أساس الأمن الاجتماعي لأي مجتمع خاضعة للتطور فيكون القانون حامي تلك القيم والمكتسبات ، باسطاً نفوذه وسلطانه للدفاع عنها باعتبارها إحدى ركائز وجود العنصر البشري . وإذا كان العنصر المخاطب بالقاعدة القانونية قد استقر في وجدانه اليوم أن سلامته الجسدية تُعد من أهم القيم التي يتولاها القانون بالحماية ، وتتطلب أن تتطور بشكل يتناسب مع تطور مفهوم تلك القيمة الاجتماعية .

ويتضح من نص المادة (15) من قانون المسؤولية الطبية ، حرص المشرع على الاهتمام بالحصانة الجسدية وربط التصرف فيها بالرضا الصريح عن طريق الكتابة .

والحصانة الجسدية ينبغي أن يتمتع بها جسم كل فرد ضد الأفعال المضرة بسلامته الجسدية ، سواء كانت صادرة عن غيره دون رضائه ، أم وقعت عليه برضائه⁽¹⁾ والتي تردع بعقوبات جزائية ، نظير تعلق حق المجتمع بهذه السلامة الجسدية ، بالإضافة إلى حق الفرد نفسه في سلامته الجسدية .

وقد أكد المشرع الليبي على أهمية السلامة الجسدية واعتبرها حقاً من حقوق الإنسان ، حيث نصت المادة (6) من قانون تعزيز الحرية رقم 1991/20⁽²⁾ على أن : " سلامة البدن حق لكل إنسان ويحظر إجراء التجارب العلمية على جسد إنسان حي إلا بتطوعه " .

(1) لمزيد من المعلومات عن قانون تعزيز الحرية رقم 1991/20 ، راجع : الجريدة الرسمية ، عدد 22 ، السنة 29 ، في 1991/11/9 .

(2) يعرف بعض الفقهاء رضاء المجني عليه بأنه إعطاء الرخصة ، من قبل شخص من أشخاص القانون الخاص أو العام ، متعلق بشخص بحسب القانون أو أشخاص للقيام بتصريف مجرم عن طريق القانون يحمل في طبيته إلحاق الضرر بأموال أو ملكية الشخص معطى الرخصة ، راجع في ذلك :

- Fahmy Abdou (A) , Le Consentement de La victime , Thèse , Paris , 1971 , p. 35 .

وأنظر أيضاً :

- د.جسني الجدع ، رضا المجني عليه وأثاره القانونية ، دراسة مقارنة ، (رسالة دكتوراه) ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 1983 ، ص 69 .

- د.محسن عبدالحميد البيه ، التزامات الأطباء المتصلة بواجباتهم الإنسانية والأخلاقية والأعمال الفنية ، بحث مقدم إلى مؤتمر الطب والقانون ، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، الفترة من 3 - 1998/5/5 ، ص 14 وما بعدها .

وفي إطار نص المادة (15) سالف الذكر ، لابد لنقل أحد الأعضاء أن تصدر موافقة خطية من المتبرع للقيام بعملية النقل ، وإن كانت الأعمال الطبية عموماً تشترط مثل هذا الشرط عن طريق نص المادة (6/ب) من قانون المسؤولية الطبية التي أشارت إلى أنه : ” يحظر على الطبيب ما يلي : ب - معالجة المريض دون رضاه⁽¹⁾ ... “ وأكدت المادة (10/د) من القانون ذاته على أنه : ” لا يجوز إجراء العمليات الجراحية إلا بمراعاة ما يلي : د - أن تكون هناك موافقة كتابية على إجراء العملية .. “

فنصوص المواد المذكورة ، قد وضعت القواعد العامة لممارسة جميع الأعمال الطبية ، ومنها نقل الأعضاء التي تقتضى طبيعتها أن يكون هناك رضاه بهذا العمل في حالة إذا ما كان المتبرع من الأحياء .

والرضاء الصادر من المتبرع يكون عن طريق إبداء الرغبة وعن طريق إرادة حرة واعية بقبول الفعل المرتكب على نفسه ، والدليل هو الموافقة الخطية وفقاً لما أشار إليه المشرع .

ثانياً : عدم حصول ضرر للناقل :

أكد المشرع في نص المادة (15) من قانون المسؤولية الطبية ، السابق الإشارة إليه ، على ضرورة عدم حصول الضرر للناقل أو المعطي ، ولكي يتحقق لتضحية الإنسان معناها الإنساني ألا تصل إلى حد إهلاك نفسه مصداقاً لقوله تعالى : ” ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة “، فالتضحية المسموح بها حدود يجب التقيد بها⁽²⁾.

وفقاً لذلك ، فإنه إذا كان إعطاء إنسان عضواً من أعضائه لإنسان آخر مريض يترتب عليه إنقاذه من الهلاك ، دون أن يؤدي إلى هلاك المعطي فإنه يُعد عملاً مميّزاً للتضامن الإنساني ، ومعبراً عن معاني الرحمة ، وجديراً بحماية المشرع .

ورغم ذلك ، فإن المشرع قد قيد هذا العمل بحيث لا يؤدي إلى هلاك المعطي أو فقدانه

(1) د. أحمد فتحي بهنسي ، المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي ، لا ط ، القاهرة ، 1961 ، ص 286 .

(2) د. أحمد شرف الدين ، ” الإجراءات الطبية الحديثة “، مجلة المسلم المعاصر ، عدد 31 ، (مايو - يونيو - يوليو) ، القاهرة ، 1982 ، ص 131 - 132 ، ولاحظ ص 134 .

لوظيفة في جسمه لكي يمكن قبول تضحية المعطي في ميزان العطاء ، وبالتالي اختيار أهون الضررين أو ترجيح أعلى المصلحتين . وإذا ما قابلنا بين المصالح التي يتضمنها حق كل من المعطي والمتلقي في سلامة الحياة والجسد ، ووضع ذلك في ميزان القيم ، وجدنا أن كفة استقطاع عضو من جسم المعطي لزرعه في جسم المتلقي ترجح كفة مصلحة المعطي في عدم المساس بجسده⁽¹⁾، وهذا ما أكدته المشرع بعدم حصول ضرر للناقل أو المعطي ، وفقاً لنص المادة (15) من القانون .

ثالثاً : إجراء التجارب العلمية :

تعتبر التجارب العلمية في مجال الطب من الموضوعات المهمة لتعلقها بجريمة الكيان الإنساني المرتبط بالنظام العام الذي لا يجوز انتهاكه ، وقد عرفت المحكمة العليا الليبية النظام العام بأنه : " كل ما يرتبط بمصلحة عامة تمس النظام الأعلى للمجتمع، سواء كانت هذه المصلحة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو خلقية"⁽²⁾.

وقد فضل المشرع الليبي في قانون المسؤولية الطبية التفريق في المعاملة القانونية بين التجارب الطبية المحضة ، والتجارب بقصد العلاج⁽³⁾، حيث نصت المادة (2/15) على أنه : "ويحظر إجراء التجارب العلمية على جسم الإنسان الحي إلا برضاه ، ولغرض تحقيق منفعة مرجوة له وبمعرفة أطباء مرخص لهم بإجرائها طبقاً للأسس العلمية المتعارف عليها".

وقد كشف هذا النص على أن غرض الطبيب هو الذي يصيب الشرعية على نشاطه ، فإذا كان قصده من التجارب الشفاء انتفت مسؤوليته ، وإن كان غير ذلك حقت عليه المساءلة

(1) راجع ، الطعنات المدنيات رقم 8/19 ، 8/4 (1964/12/9) عمر عمرو ، المجموعة المفهرسة ، ج 4 ، المبادئ المدنية والتجارية ، رقم 2413 ، ص 805 .

(2) التجريب الإنساني في المفهوم الطبي هو استخدام وسائل أو طرق جديدة على إنسان سليم بغرض علمي بحث وليس المريض في حاجة أو حالة ماسة إليها ويطلق عليها الأطباء التجريب بهدف البحث الطبي . بينما العلاج التجريبي في المفهوم الطبي ، هو الذي يجري بقصد علاج المريض باستخدام الوسائل الحديثة ، وذلك في حالة ما إذا كانت الطرق والوسائل المعروفة والمستقرة علمياً أخفقت في تحقيق الشفاء للمريض . راجع بالخصوص : د.أسامة عبدالله قايد ، المسؤولية الجنائية للأطباء ، (رسالة دكتوراه) مطبعة دار النهضة ، القاهرة ، 1987 ، ص 306 - 307 .

(3) د.علي حسين نجيدة ، التزامات الطبيب في العمل الطبي ، لاط ، دار النهضة العربية القاهرة ، 1992 ، ص 40 - 41 .

القانونية .

ويشير هذا النص الجدل حول الشروط التي ينبغي توافرها حتى تدخل التجارب العلمية في إطار المشروعية والتي لا تخرج عن الشروط التي استلزمها القانون للأعمال الطبية الصادرة عن الأطباء ، وحيث يمكن الإشارة إليها على النحو التالي :

1 (توافر الرضا الحر الصريح :

التجربة الطبية كغيرها من الأعمال الطبية الأخرى ، لا بد أن يتوافر للقيام بها الرضا، وهو رضا حر وصريح⁽¹⁾ فلا يكفي الرضا الضمني ، وعلى هذا الأساس ، لا بد أن يتضمن الرضا مضموناً معيناً، وأن يتخذ شكلاً محددًا ، وأن يكون محله واضحاً⁽²⁾، وفقاً لما يلي :

أ (مضمون الرضا :

ينبغي أن توضح التشريعات النافذة أهمية الإحاطة الكاملة والشاملة لجميع المخاطر المترتبة على إجراء التجربة الحالة منها والمستقبلية ، وأن الالتزام بالإحاطة في هذا المجال لا يقتصر على النواحي الطبية فقط ، وإنما يمتد ليشمل النواحي الاقتصادية والاجتماعية والنفسية والتي يمكن أن تترتب عليها . فمن واجب الطبيب أن يحيط الخاضع للتجربة بما إذا كان بإمكانه بعد خضوعه للتجربة الطبية أن يمارس عملاً معيناً من عدمه ، أو أن يؤدي الالتزامات المفروضة عليه ، اقتصادياً واجتماعياً أم لا .

غير أن المشرع الليبي قد أكد على ضرورة أن تكون الغاية من التجربة حصول منفعة للخاضع للتجربة ، وهذا الشرط لا بد من تحقيقه في كل الأعمال الطبية والتي ينبغي أن يكون الهدف منها الشفاء ، وإلا عدت أفعالاً يسأل عنها الطبيب جنائياً ومدنياً .

فالتجربة كي تكون مباحة يجب أن تكون غايتها شفاء المريض ذاته من داء وعلّة ، وبالتالي إذا تجردت التجربة من هذا القصد دخلت في نطاق المنع والحظر الذي عنته المادة

(1) د.محمد سامي الشوا ، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات ، لا ط ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2003/2002 ، ص 319 وما بعدها .

(2) أنظر القانون رقم 1982/4 ، المرجع السابق .

(2/15) سالفه الذكر .

ب) شكل الرضا :

في مجال إجراء التجارب العلمية ، ينبغي أن تؤكد التشريعات على ضرورة أن يكون رضا الخاضع للتجربة صريحاً في صورة إقرار كتابي واضح ومحدد وألا يحاط بما يدعو للشك في التنازل عنه بعيداً عن التأثيرات المادية والمعنوية في إطار القدرة عن التعبير عن الإرادة . وإن كان نص المادة (2/15) لم يحالفه التوفيق لاكتفائه بالإشارة إلى الرضا المجرد دون أن يؤكد على اتخاذه شكلاً كتابياً .

ج) محل الرضا :

ونقصد بمحل الرضا بيان العضو الذي ترد عليه التجربة العلمية ، فهل يجوز للشخص أن يتنازل عن أي عضو مهما كانت أهميته بالنسبة لحياته أو أثره على صحته أم أن التشريعات ينبغي أن تحدد أعضاء بذاتها هي التي تكون قابلة لإجراء التجربة عليها فقط وحماية ما عداها ؟ .

وقد اكتفى المشرع الليبي بالتأكيد على أن التجربة الطبية لا بد أن تحقق منفعة للمريض .

2) أن تكون الغاية من التجربة حصول منفعة للمريض :

هذا الشرط يجب تحقيقه في كل الأعمال الطبية والتي يكون الغرض منها الشفاء ، فالتجربة لكي تكون مباحة لا بد أن تكون غايتها شفاء المريض .

3) إجراء التجربة العلمية بمعرفة أطباء مرخص لهم بإجرائها :

وينطبق هذا الشرط ، كذلك ، على كل الأعمال الطبية التي تصدر عن الأطباء ولا ينحصر تحقيقه في التجارب الطبية ، فالعمليات الجراحية مثلاً يجب أن تجرى بمعرفة أطباء اختصاصيين في هذا المضمار ، ولا يجوز أن يقوم بها ما عداهم . وإن كان نص الفقرة (2) ، سالف الذكر ، قد قصر في ذلك ، لأن التجارب الطبية وما يكتنفها من خطر لا بد أن تقتصر

على العلماء والمستشارين في المجال الطبي ، ولا يكفي فيها بالتخصص فقط ، حتى تكون أخطار التجارب أقل من الفوائد التي سوف تعود على الشخص الخاضع للتجربة .

ووفقاً لما سبق ذكره ، فإن الشروط الثلاثة إذا ما توافرت دخلت التجربة الطبية في مجال الإباحة القانونية .

إدارة الضحايا
إدارة الضحايا

المطلب الثالث

جواز تشريح الجثث والاستفادة من زرع أعضاء الموتى في إطار القانون رقم 1982/4⁽¹⁾ ولائحته التنفيذية لعام 2007⁽²⁾

أجاز هذا القانون تشريح الجثث والاستفادة من زرع أعضاء الموتى ، بما يعني الاعتراف بحرية الإنسان للتصرف في جثته . فالإنسان سيد جسده حتى فيما بعد الحياة ، ومن حقه أن يرتب أوضاعاً ما بعد مماته حسب ما تمليه عليه رغباته ومصالحه كذلك .

وعلى هذا الأساس ، يحق للشخص مكنة التصرف في جسده بعد وفاته من خلال التعبير عن رغبته في استئصال بعض أعضاء أو أنسجة من جثته من أجل نقلها لشخص آخر على قيد الحياة أو الاعتراض على أي مساس بجثته .

ويصعب الأمر ، حين لا يبدي المتوفى أية رغبة في هذا المجال ، فهل يُعتد بإرادة أقاربه باعتبارهم أقدر الناس على إظهار إرادته ؟ .

وهل يكتفي بالأغراض العلاجية بخصوص استقطاع الأعضاء من الجثث ، أم ينبغي الجمع بينها وبين الأغراض العلمية ؟

وقد جاء القانون رقم 1982/4 ، ولائحته التنفيذية لعام 2007 ليوضح شروط التصرف في الجثث والاستفادة من زرع أعضاء الموتى ، على النحو التالي :

أولاً : مفهوم العضو البشري محل النقل أو الزرع :
لم يرد بالقانون 1982/4 مفهوماً للعضو البشري المراد نقله ، أو زرعه ، كما لم يحدد

(1) أشارت المادة (9) من القانون رقم 1992/17 بشأن تنظيم شؤون القاصرين وما في حكمهم على أن: "سن الرشد ثماني عشرة سنة ميلادية كاملة" الجريدة الرسمية ، عدد 36 ، السنة 30 ، بتاريخ 1992/12/15 .

(2) راجع : قرار اللجنة الشعبية العامة رقم 1375/193 و . ر (2007) بشأن إصدار اللائحة التنفيذية للقانون رقم 1982/4 بشأن جواز تشريح الجثث والاستفادة من أعضاء الموتى ، مدونة التشريعات ، العدد 6 ، السنة 7 ، صدرت في 2007/7/15 .

الفرق بين مفهومي النقل والزرع ، بينما أشارت المادة (3) من اللائحة التنفيذية للقانون إلى العضو محل النقل أو الزرع بنصها : ” ... ويقصد بالعضو البشري المراد نقله أو زرعه عنصر الجسد البشري المتجدد أو غير المتجدد ، وكذلك الأنسجة البشرية باستثناء تلك الخاصة بالتناسل التي لها صفة نقل وحمل أو إفراز الشفرة الوراثية للمتنقل منه بعد زرعها في المتلقي “ .

ووفقاً لهذا النص ، بقي التداخل بين مفهومي النقل والزرع قائماً ، كما لم توضح العديد من مواد اللائحة ذلك الفرق واكتفت بإيراد مصطلح التبرع بالأعضاء ، أو الأعضاء المتبرع بها ، فعلى سبيل المثال لا الحصر :

1. نصت المادة (7) من اللائحة ، على أنه : ” عند ثبوت وتقرير موت مريض سبق وأن أبدى موافقته على التبرع بأعضائه البشرية خلال حياته ، أو بناءً على موافقة ذويه حتى الدرجة الرابعة ، يجب أن يتم إبلاغ اللجنة المشكلة من قبل أمين اللجنة الشعبية العامة للصحة والبيئة التي يقع في دائرة اختصاصها محل الوفاة لتقوم باتخاذ إجراءات التيقن والتأكد من تشخيص الوفاة هيئة لنقل وزراعة الأعضاء .. “ .

2. أشارت المادة (8) من اللائحة ذاتها إلى أنه : ” على كل مستشفى أو وحدة علاجية ، يأوي مواطناً أو مواطنة سبق وأن أبدى موافقته على التبرع بأعضائه البشرية ويحمل بطاقة (متبرع بالأعضاء) إبلاغ البرنامج الوطني لزراعة الأعضاء في حالة توقع أو اشتباه الوفاة ، وذلك لمباشرة الاستعدادات الضرورية للقيام باستئصال الأعضاء المتبرع بها في الوقت المناسب ... “ .

3. ونصت المادة (14) على أنه : ” يجب أن تثبت بطاقة الهوية للمواطن رغبته في التبرع بأعضائه بعد وفاته وتمنح لكل مواطن تقدم للحصول على البطاقة الشخصية ويرغب في التبرع بأعضائه بطاقة خاصة صادرة عن البرنامج الوطني لزراعة الأعضاء ... “ .

ثانياً : أغراض التشريع :

عدد المشرع أغراض التشريع في إطار القانون رقم 1982/4 ، ولائحته التنفيذية ،

وفقاً لما يلي :

1 () التشريح للأغراض العلمية والتعليمية :

تضمن القانون المذكور الجمع بين الأغراض العلمية والتعليمية لإجازة تشريح الجثث والاستفادة من زرع أعضاء الموتى ، وذلك في حرص منه على ضرورة عدم تحول عمليات الاستئصال إلى نوع من التمثيل بالجثة ، حيث نصت المادة (1/1) على أنه : " لا يجوز تشريح جثث الموتى إلا في الحالات الآتية :

1. التشريح للأغراض العلمية والتعليمية .. "

وأشارت المادة (3) من اللائحة التنفيذية للقانون ، إلى أنه : " لا يجوز نقل أو زراعة الأعضاء البشرية إلا لهدف علاجي أو علمي تطبيقي ... "

2 () التشريح للأغراض القانونية :

أشارت المادة (2/1) من القانون ذاته إلى جواز تشريح الجثة لمعرفة سبب الوفاة بناءً على أمر من النيابة العامة ، وذلك للكشف عن الجرائم في حالة وجود شبهة جنائية اقترنت بحالة الوفاة ، حيث نصت المادة (2/1) على أنه : " لا يجوز تشريح جثث الموتى إلا في الحالات الآتية :

2. التشريح لمعرفة أسباب الوفاة بناءً على أمر من النيابة العامة "

وقد سكت اللائحة التنفيذية للقانون فيما يتعلق بالتشريح للأغراض القانونية .

3 () التشريح للأغراض الطبية لمعرفة سبب الوفاة :

نصت المادة (3/1) من القانون ، على أنه : " لا يجوز تشريح جثث الموتى إلا في الحالات الآتية :

3. التشريح للأغراض الطبية لمعرفة سبب الوفاة . وذلك بأمر من الطبيب

المختص ويشترط في هذه الحالة أن يجري التشريح من قبل طبيب أخصائي وبأحد المستشفيات "

وقد أشارت المادة (11) من اللائحة التنفيذية للقانون ، إلى أنه : " في مقام تنفيذ

أحكام القانون رقم 1982/4، المشار إليه ، لا يجوز تشريح الجثث إلا من قبل الأطباء المتخصصين والمؤهلين والمكلفين من الجهات المختصة للعمل في مثل هذا المجال وأن يتم التشريح في أحد المستشفيات المجهزة والمرخصة للقيام بذلك .“

يتضح من ذلك ، أن عملية تشريح جثث الموتى تهدف إلى تحقيق أغراض علمية ، فلا يستطيع أحد أن يجادل في أهمية الفحص البكتريولوجي للجثث للوقوف على العديد من أسباب الوفاة ، وكذلك في مجال علم الأوبئة وما تسفر عنه الدراسات من تقرير بعض التدابير الوقائية من الأمراض ، وكذلك مجال التشريح الذي يُعد من العلوم الأساسية لطلبة الطب ، لكي يقفوا على تركيب جسم الإنسان ومعرفة وظائف أعضائه .

وقد ربط المشرع ، في هذا النص ، بين الغرض الطبي لمعرفة سبب الوفاة والتعليمات الصادرة من الطبيب المختص ، والمتعلق بشرط إجراء التشريح من قبل طبيب أخصائي الذي ينبغي أن يبني جميع آرائه على علم ومعرفة بشكل قطعي ويقيني من خلال الوسائل المتاحة له في هذا مجال .

وقد اشترط المشرع كذلك فيما يتعلق بالمكان الذي تجرى فيه ممارسة مثل هذا العمل الطبي ، أن يكون بأحد المستشفيات ، ولا شك في أن الهدف من هذا الشرط هو فرض نوع من الرقابة من قبل أجهزة الدولة على جميع أنواع هذه العمليات ذات الجسامة والخطورة على الكائن البشري ، حتى لا يكون عرضة لأصناف من المعاملة أو المتاجرة التي قد تحط من قيمته الإنسانية ، حيث نصت المادة (9) من اللائحة التنفيذية للقانون على أنه : ” يحظر أن تكون الأعضاء البشرية محل متاجرة أو ابتزاز مادي أو معنوي أو نفسي تحت أي ظرف من الظروف “.

ثالثاً : الاعتداد بإرادة المتوفى للتصرف في جثته :

إذا أعرب الشخص البالغ والمتمتع بكامل قواه العقلية عن إرادته بشأن التصرف في جثته فيجب احترام هذه الرغبة ، سواء اتخذت صورة الموافقة على استقطاع أعضاء من هذه اللجنة أو رفض أي مساس بها ، فإن إرادة المتوفى تعلق من هذه الناحية ، عن إرادة أقاربه .

وفي هذا الإطار ، نصت المادة (10) من اللائحة التنفيذية للقانون على أنه : " يجوز للأطباء الذين بلغوا سن 18 سنة شمسية ويتمتعون بكامل قواهم العقلية التبرع بأعضائهم غير المفردة وغير القابلة للقسمه " .

وأكدت على ذلك المادة (13) من اللائحة ، بنصها : " لكل إنسان ذكراً كان أو أنثى بلغ سن الثامنة عشرة سنة شمسية ، ويتمتع بكامل أهليته القانونية وقوته العقلية وإرادته أن يُعبر عن رغبته في السماح أو عدم السماح بالتبرع بأي عضو من أعضائه البشرية بعد وفاته وذلك عند تقدمه للحصول على بطاقة شخصية أو تجديدها... " .

وقد أشار المشرع في إطار القانون رقم 1982/4 إلى أشكال التعبير عن إرادة المتوفى ، وفقاً لما يلي :

1 (ثبوت الوفاة وشروطها :

أشارت اللائحة التنفيذية للقانون 1982/4 إلى كيفية ثبوت الوفاة وشروطها وفقاً لما تضمنته نصوص المواد الآتية :

أ- المادة (4) والتي نصت على أنه : " يُعتبر الشخص قد فارق الحياة وتترتب جميع الأحكام الشرعية والقانونية لوفاته إذا تعطلت جميع وظائف دماغه تعطلاً نهائياً وحكم الأطباء الاختصاصيون الخبراء بأن هذا التعطل لا رجعة فيه ، وفي هذه الحالة يجوز رفع أجهزة الإنعاش المركبة ويتم إصدار شهادة وفاة بذلك " .

ب- المادة (5) . حيث نصت على أنه : " يتم تحديد وتشخيص الوفاة وفقاً للإجراءات والفحوصات المتعارف عليها وإتباع والتقييد بالخطوات الإرشادية المعدة من قبل البرنامج الوطني لزراعة الأعضاء المعتمدة من اللجنة الشعبية العامة للصحة والبيئة ، والموضحة بالملحق رقم ((1)) المرفق بهذه اللائحة " . وقد بين الملحق رقم ((1)) في مصطلح التعريف ، موت الدماغ مُعرف بأنه : فقد غير راجع العمل وظائف الدماغ ، بما في ذلك جذع الدماغ ، حيث أن

العلامات الثلاث الأساسية لموت الدماغ هي الغيبوبة ، وغياب انعكاسات جذع الدماغ ، وتوقف التنفس ، ... وتشخيص موت الدماغ مسألة إكلينيكية ، ولا تتطلب إجراء اختبارات أخرى إذا ما تم إجراء كامل الفحص الإكلينيكي ..

ج- المادة (6) نصت على أنه : " لا يجوز إجراء أية عملية لنقل عضو بشري من إنسان فارق الحياة إلا بعد إرفاق تقرير طبي يؤكد وفاة المتبرع وشهادة الوفاة طبقاً للمادة (4) من هذه اللائحة ، ويتم إعداد التقرير الطبي في هذه الحالة من قبل لجان طبية من ذوي الخبرة والاختصاص تضم في عضويتها (أخصائي باطنية ، أخصائي أعصاب ، أخصائي تخدير) لا تقل درجة كل منهم عن درجة مستشار ... "

(2) إتباع شكلية خاصة :

استلزم القانون رقم 1982/4 إتباع شكلية معينة للتعبير عن إرادة المتوفى بشأن التصرف في جثته ، والمتمثلة في ضرورة اتخاذ إرادة المتوفى صورة الوصية . وهذه هي القاعدة ، والاستثناء يتمثل في موافقة أحد الأقارب حتى الدرجة الرابعة ، حيث نصت المادة (1/1) من القانون على أنه : " لا يجوز تشريح جثث الموتى إلا في الحالات الآتية :

1 . التشريح للأغراض العلمية والتعليمية بشرط توصية المتوفى أو موافقة أحد أقاربه حتى الدرجة الرابعة "

وأكدت على ذلك المادة (2) من القانون ذاته ، بنصها : " تجوز الاستفادة من أعضاء المتوفى الصالحة للزرع بتوصية من المتوفى أو بموافقة أحد أقاربه لغاية الدرجة الرابعة .. "

(3) حق الأقارب في التصرف في الجثة :

إذا لم يعرب المتوفى عن إرادته أثناء حياته بشأن التصرف في جثته ، فقد منح المشرع هذا الحق لأقارب المتوفى حتى الدرجة الرابعة ، بما يفيد ضرورة الحصول على الموافقة الصريحة حتى يتسنى القيام بإجراء عملية الاستقطاع من الجثة والتغاضي عن حق الأقارب في هذا الشأن

ينطوي على مساس بحرية من الحريات المتعلقة بالنظام العام ، ولكن هل يعني ذلك أنه لا يجوز أيضاً إجراء عملية الاستقطاع من جثة المتوفى. ولو برضاء أحد أقاربه ، إذا ما اعترض على ذلك شخص يحتل مرتبة أعلى من جهة ترتيب القرابة للمتوفى ؟ وعند تعارض إرادة شخصين في درجة واحدة من القرابة فأى الإرادتين ترجح ؟

لقد سكت القانون عن إيضاح ذلك ، واكتفي بموافقة أحد الأقارب حتى الدرجة الرابعة، وهو ما أوضحته اللائحة التنفيذية للقانون في المادة (2) بنصها :

” تحدد درجة القرابة في حالة تشريح الجثث ونقل وزراعة الأعضاء البشرية المنصوص عليها بالمادتين الأولى والثانية من القانون رقم 1982/4 المشار إليه على النحو التالي :

- الدرجة الأولى : وتشمل (الأب ، الأم ، الابن ، البنت ، الزوج ، الزوجة) .
- الدرجة الثانية : وتشمل (الأخ ، الأخت ، الجد ، الجدة ، ابن الابن ، ابن البنت ، بنت الابن ، بنت البنت) .
- الدرجة الثالثة : وتشمل (العم ، العمة ، الخال ، الخالة) .
- الدرجة الرابعة : وتشمل (ابن العم ، ابن العمة ، بنت العم ، بنت العمة ، ابن الخال ، ابن الخالة ، بنت الخال ، بنت الخالة) .

وتكون الموافقة المنصوص عليها بترتيب الدرجات الأولى فالثانية فالثالثة ثم الرابعة “.

الخاتمة (نتائج وتوصيات)

يتضح من دراسة موضوع التعامل بالأعضاء البشرية في التشريعات الصحية الليبية ،
التوصل إلى بعض النتائج (أولاً) وإيراد بعض التوصيات (ثانياً) .

أولاً : النتائج :

1. التعامل بالأعضاء البشرية يعتبر نصراً علمياً فيه خرق لبعض المبادئ الأخلاقية ،
الأمر الذي استدعى تدخل المشرع ليصدر قواعد قانونية تنظم طرق استخدام
هذا السلاح العلمي الجديد .
2. يعتبر الإذن القانوني سبباً لإباحة تصرف الطبيب الجراح ، أي عدم انعقاد
مسؤوليته عندما يمارس نقل وزرع الأعضاء ، في إطار شروط معينة ، سواء تعلق
الأمر بالاستقطاع من جثة ، أو من جسم إنسان حي .
3. حرص المشرع على أهمية السلامة الجسدية واعتبرها حقاً من حقوق الإنسان ، لا
يجوز التصرف فيها ، طبياً ، إلا بالرضا الحر الصريح عن طريق الكتابة .
4. تعدد عمليات نقل الأعضاء من حيث أغراضها إلى غرض علاجي ، وغرض
تعليمي .
5. تجري عملية نقل وزرع الأعضاء بقيام رابطة قانونية ذات حدود معينة بين المتبرع
بالعضو والمستفيد منه ، والمستشفى تشمل المراحل الممتدة من نشوء الإرادة
بالتبرع إلى زرع العضو البشري .
6. الاعتراف بإجراء التجارب الطبية على جسم الإنسان الحي بقصد العلاج ، في
إطار الرضا وتحقيق المنفعة المرجوة للمريض .

ثانياً : التوصيات :

يثر موضوع نقل وزرع أعضاء الجسم البشري مخاوف عديدة ، حيث تشكل تحدياً للكرامة الإنسانية من النواحي النظرية والعلمية ، الأمر الذي يتطلب مزيداً من التدخل التشريعي ، لوضع قواعد قانونية مفصلة ودقيقة ، حيث ينبغي مراعاة ما يلي :

1. بيان تحديد الفرق بين عملية زرع الأعضاء **Transplantation** والتي تشمل نقل جهاز حي معقد وزرع الأنسجة الحية أو ما يعرف بعملية التطعيم (تطابق الأنسجة) **Grefe** التي تفترض نقل عضو بكامله ، سواءً من إنسان حي أو جسد ميت .
2. التركيز على أهمية الأعضاء المباح نقلها في عمليات نقل الأعضاء البشرية ، والتي تشمل على نوعين من الأعضاء ، هما : الأعضاء ذات الخلايا المتجددة تلقائياً كالدّم والجلد .. والأعضاء غير متجددة الخلايا والتي لها نظير بالجسم ، كالأعضاء المزدوجة (الكلى ، الأذن . العين ..) .
3. الاهتمام بتنوع عمليات نقل الأعضاء من حيث مصدرها ، فقد يكون مصدر العضو المنقول الشخص ذاته الذي تجرى عليه العملية ، وقد يكون مصدر العضو المنقول إنساناً آخر ، سواءً كان حياً أو ميتاً .
4. عدم وضوح الرؤية حول البرنامج الوطني لزراعة الأعضاء ، من حيث النشأة والتبعية والاختصاصات .. الأمر الذي يحتاج إلى تحديد القواعد ذات العلاقة ، كذلك تحديد طبيعة علاقته باللجنة الشعبية العامة للأمن العام كما ورد في إطار اللائحة .
5. التركيز على الجانب التوعوي والتثقيفي لدى المعنيين لتحقيق التوازن بين تفضيل الكرامة البشرية وموضوع التشريع .
6. عدم كفاية القواعد العامة في موضوع نقل وزرع الأعضاء البشرية ، رغم إيرادها بالقانون رقم 1982/4 ، بحيث ينبغي إصدار قواعد خاصة ، تحتوى على المفاهيم

القانونية ، والمعايير التي يجب مراعاتها للتعامل مع هذا الموضوع ، إضافة إلى تحديد الأهداف والإطار العام للمسؤولية ..

ورغم صدور اللائحة التنفيذية للقانون 1982/4 بعد مرور أربعة وعشرون (24) عاماً من صدوره إلا أنها لازالت قاصرة في تحديد المفاهيم القانونية ، ووضع المعايير المناسبة للتعامل مع هذا الموضوع ، المثير للجدل من النواحي الدينية والقانونية والإنسانية ، بصفة عامة.

تم بحمد الله ،،،

التعليقات

إدارة القضاة

إدارة القضاة

تعليق على قانون المطبوعات الليبي^(١)

* الأستاذ : أسامة إدريس بيدالله
عضو هيئة التدريس بكلية القانون
جامعة عمر المختار

مع تطور الفكر الإنساني وظهور الفلسفات التي أكدت على حرية الإنسان واحترام إنسانيته بغض النظر عن الجنس والدين والعرق ، حصلت المجتمعات على شيء من الحرية التي تعززت بمجي الأديان والتي حررت المجتمعات من مظاهر الرق والعبودية وأطلقت الحرية لأفرادها ، فالحرية هي الأصل والتقييد هو الاستثناء .

إن كل من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948 والعهد الدولي للحقوق السياسية والمدنية 1966 اللذان وقعت عليه دول العالم ضمن الحقوق الأساسية للبشر وألزم الدول الموقعة عليه بضمان حرية مواطنيها في حرية الاعتقاد والرأي والتعبير عن الرأي وحرية ممارسة الطقوس الدينية ، إلا أن الواقع وعلى مدى عقود من السنين سار باتجاه آخر وانتهكت الكثير من الدول هذه المواثيق والعهود الدولية .

وفي ليبيا نص المبدأ التاسع عشر من الوثيقة الخضراء الكبرى لحقوق الإنسان 1988 على أن " المجتمع الجماهيري مجتمع التآلق والإبداع ولكل فرد فيه حرية التفكير والبحث والابتكار . ويسعى المجتمع الجماهيري دأباً إلى ازدهار العلوم وارتقاء الفنون والآداب وضمان انتشارها جماهيرياً منعاً لاحتكارها " (١)

ونص قانون تعزيز الحرية 1991/10 في المادة (1/8) على أن : " لكل مواطن الحق في التعبير عن آرائه وأفكاره والجهر بها في المؤتمرات ، وفي وسائل الإعلام ولا يسأل المواطن عن ممارسة هذا الحق إلا إذا استغله للنيل من سلطة الشعب ولأغراض شخصية ... " .

* قدمت هذه الورقة في ندوة النشر الجامعي في ليبيا التي عقدت بكلية الآداب جامعة قاربونس وذلك في الفترة من 6 - 2008/5/7 .

(1) الجريدة الرسمية ، عدد خاص ، سنة 1988 .

أما ما يتعلق بالقوانين فقد جاءت المادة الأولى من قانون رقم 76 لسنة 1972 بشأن المطبوعات على أن " ... الصحافة ، والطباعة حرة ولكل شخص الحق في حرية التعبير عن رأيه وفي إذاعة الآراء ، والأبناء بمختلف الوسائل . وفقاً للحق الدستوري المنظم بهذا القانون ... (1) "

فهذا القانون والذي هو محور هذه الورقة قد مضى على صدوره ستة وثلاثون سنة ، ومعها يمكن القول أن القانون المذكور قد ظهرت عليه آثار الزمن فيما يتعلق بالطباعة والنشر فقانون المطبوعات رقم 76 الصادر عام 1972 جاء في فترة زمنية مثلها ثم انتهت تلك الفترة وتحولت فيها ليبيا من وضع سياسي إلى وضع آخر أي بعد إعلان قيام سلطة الشعب في 1977 والذي تحولت فيه الدولة من النظام الجمهوري إلى النظام الجماهيري ، وهذا الوضع في رأبي يتطلب قانون جديد لمواكبة هذا التحول وذلك انطلاقاً من القاعدة التي تنص على أنه من أهداف القانون في المجتمع أنه أداة لتطور المجتمع .

لكن مع ذلك لا بد من إلقاء نظرة ولو سريعة على مواد هذا القانون باعتباره الآن الأوحيد في الساحة لتنظيم الأمور المتعلقة بالطباعة والنشر التي شهدت تطوراً مذهلاً إن كان عبر الفضاء أو من خلال شبكة الاتصال الدولي (الإنترنت) حيث أصبح نشر وتلقي المعلومة يقاس بأجزاء صغيرة من الثانية الواحدة وهذا ما يجعل نقاش قانون المطبوعات رقم 76 لسنة 1972 أمراً ضرورياً ، وبالتالي سأحاول إلقاء الضوء ولو من بعيد عن القانون رقم 76 لعام 1972 وتسجيل بعض الملاحظات على مواد باعتباره القانون المتعلق بالطباعة والنشر في ليبيا .

وعليه إذا ما أردنا تقسيم هذا القانون فسنجده ينقسم إلى ثلاثة أجزاء : الأول خصص لدراسة الشروط الشكلية لممارسة الطباعة والنشر ويتبين من خلاله الأوضاع القانونية لإصدار المطبوعات من شروط شخصية للحصول على ترخيص المطبعة : كشرط الجنسية ، شرط الأهلية ، الشهادة العلمية المتطلبية في هذه الأنشطة - وهو المؤهل الجامعي أو ما يعادله - وشرط تملك أو استغلال الموقع المكرس للنشاط والالتزامات الشكلية الملقاة على عاتق ممارس

(1) الجريدة الرسمية ، العدد الخامس والثلاثون ، لسنة 1972 .

الطباعة - وهي أمور نص عليها كذلك مشروع قانون المطبوعات والنشر في الباب الأول الفصل الثالث منه - ثم يتناول الأوضاع القانونية لإصدار ترخيص الصحف والشروط المتطلبية لذلك من طبيعة متصلة بشخص طالب الترخيص وأهلية طالب الترخيص والمؤهل العلمي لطالب الترخيص وشرط الجنسية وحسن السيرة والسلوك بالنسبة للشركاء كما تناول إجراءات طلب الترخيص والبيانات المتعلقة بطالب الترخيص والبيانات المتعلقة بالصحيفة المطلوب ترخيصها وكيفية الرد على الطلب من قبل الوزارة المختصة ثم المكنة القانونية المخولة لطالب الترخيص في حال الرفض والتزامات الواقعة على عاتق الممنوح له الترخيص والكفالة المالية المطلوبة وأهميتها وميعاد صدور الجريدة واسم المطبعة التي تتولى الطبع والأثر المترتب على مخالفة هذه الالتزامات وحالات إبطال التصرفات الواقعة على الترخيص أو إلغائه وبطلان التصرفات الواقعة على الترخيص (المواد من 1 - 17) .

أما الجزء الثاني فقد خصص لدراسة المسائل المخطور نشرها في المطبوعة⁽¹⁾ وهي تجسد عماد الحماية الموضوعية ؛ حيث بين المشرع الليبي من خلالها ما يعد نشره جريمة تستوجب العقاب ، فتناول المخطورات المبنية إما على أسس سياسية أو أمنية أو على أسس أخلاقية أو اجتماعية أو اقتصادية المواد من (29 ، 32 ، 33) .

وأخيراً فقد خصص الجزء الثالث لثلاثة أمور واردة في قانون المطبوعات وهي المسؤولية الجنائية والمتصلة بالقواعد المتعلقة بالإجراءات ذات الصلة بدعوى المطبوعات ثم تناول المسؤولية الجنائية لرئيس التحرير وكاتب المقال والمؤلف والطابع وصاحب المطبعة وأخيراً المسؤولية الجنائية للموزع المحلي .

وقد تناول قانون المطبوعات الشروط الواجب توافرها في المطبعة وكذلك المخطورات على صاحب المطبعة والتي من بينها عدم إعادة طبع المطبوعة التي حظر نشرها للأسباب السابق ذكرها .

أما فيما يتعلق بالنشر فإن القانون لم ينص عليه بالكيفية المطلوبة - وإن كنا نلتمس له

(1) المطبوعة حسب المادة (3) من قانون المطبوعات الليبي هي : جميع الكتابات والرسوم والصور وغيرها مما هو مطبوع أو مرسوم إذا كانت معدة لغرض التداول .

العذر لأنه وضع في فترة سابقة - وإن نص عليه في المواد (29 ، 32 ، 33) وهي مواد بينت المسائل الخطور نشرها في المطبوعة أما المادة (46) فنصت على أنه : " يجب على كل ناشر أن يحصل قبل بدء عمله على ترخيص من مدير إدارة المطبوعات ويمنح الترخيص بناءً على طلب يتضمن بياناً باسم الناشر وعنوانه وجنسيته ومقر دار النشر ... " .

وهذا يشكل نوع من الرقابة السابقة على النشر وهو أمر لا بد منه حتى لا يكون في المطبوعة ما يثير الفتنة أو ما يخالف الدين والآداب العامة أو ما يمس الوحدة الوطنية للبلاد ، فلا تجدي معه الرقابة اللاحقة وهي رقابة التي يمارسها الجهاز القضائي ، بعد ذلك تمضي المادة في نصها على أنه " ... لا يجوز شراء مجموعات من المطبوعات بقصد الإضرار بها ومنع انتشارها ... " وبالتالي نجد أن المادة قد منعت من يقوم " بسحب مطبوع من التداول أياً كان الذي يقوم بالسحب وذلك بغرض الإضرار بصاحب المطبوع ومنع انتشاره .

هذا بطبيعة الحال من يقوم بالنشر والطباعة على حساب نفسه أما المطبوعات التي تصدرها الدولة فإن الأحكام السابقة لا تسري عليها لقرينة بسيطة وهي أنها خاضعة لرقابة الدولة فلا يوجد فيها ما يمس بالنظام العام أو الآداب أو الدين وهذا ما نصت عليه المادة (49) من القانون بقولها : " لا تسري أحكام هذا القانون على المطبوعات التي تصدرها الدولة ... " .

وعليه فإن محاولتي البسيطة هذه لتسليط الضوء على قانون المطبوعات الليبي من أجل قانون جديد يتعامل مع متطلبات العصر ومواكبة تطوراته التكنولوجية وخاصة في مجال الاتصالات فمن غير المعقول أن يُعمل بقانون للمطبوعات صادر في عام 1972 أي مر عليه أكثر من ثلاثة عقود ونيف ، الأمر الذي يؤكد أن هناك حاجة في الوقت الحاضر لصدور قانون جديد ينظم أمور الطباعة والنشر في ليبيا ، ويفضل أن يحمل اسم قانون المطبوعات والنشر⁽¹⁾ لكي يهتم بمسائل النشر على نحو أكثر تفصيلاً من القانون رقم 76 لسنة 1972 ولاسيما في

(1) حيث نجد أن أغلب القوانين المقارنة صادرة تحت نفس المسمى منها على سبيل المثال لا الحصر قانون المطبوعات والنشر السوري رقم 50 لسنة 2001 الذي ألغى قانون رقم 53 لسنة 1949 ، وقانون المطبوعات والنشر الأردني رقم 24 لسنة 2003 والذي عدل قانون رقم 8 لسنة 1998 وأيضاً قانون المطبوعات والنشر الكويتي رقم 3 لسنة 2006 والذي ألغى قانون رقم 3 لسنة 1960 .

هذا الوقت الذي تطور فيه النشر وذلك من خلال التطور الذي حدث في الاتصالات حيث ظهر النشر الإلكتروني من خلال شبكة الاتصالات الدولية (الإنترنت) أو عبر الأقمار الصناعية والفضائيات أو الإذاعات ومحطات البث التلفزيوني .

وكذلك أن ينظم مشروع القانون على سبيل المثال بعض الأمور منها : إعفاء دور النشر من الضرائب أو تخفيضها وتشجيع المؤسسات العامة والجامعات على أن تخصص بميزانيتها مبالغ مالية لتمويل نشر الكتب ذات النفع العام ، مثل الرسائل الجامعية والأبحاث العلمية وغيرها ، وأيضاً تقديم تسهيلات مناسبة للمؤلفين بحيث لا يفكر المؤلف في عائدات مصنفه بمقدار ما يعمل لجودة إبداعه .

كما يمكن أن ينص مشروع القانون على عقوبات للذين يقومون بعملية تزوير الكتب ثم يقومون بنشر هذه الكتب المزورة بدعوى أنهم يخدمون الثقافة والنشر في البلاد ولكن محاربة هذا الأمر يتطلب إلزام الناشرين بعدم المغالاة بالأسعار وذلك تحقيقاً لشعار ((الكتاب رسالة والناشرون يبلغوها)) .

وأن ينظم مشروع القانون الجديد مسألة النشر الإلكتروني ولاسيما أن النشر الإلكتروني يعتبر من سمات النشر في الوقت الحاضر ومستقبلاً⁽¹⁾ .

ومجمل القول مما تقدم نخلص إلى أن قانون المطبوعات الليبي رقم 76 لسنة 1972 بحاجة إلى إعادة صياغة ، الأمر الذي ندعو فيه المشرع في بلادنا إصدار قانون جديد لتنظيم الطباعة والنشر في الجماهيرية مواكبةً للنشر في الوقت الحاضر وأسوةً بالقوانين المقارنة في هذا الشأن .

(1) الملاحظ على مشروع القانون الجديد المنظم للصحافة والمطبوعات أنه لم يخصص حيزاً واسعاً لمعالجة النشر الإلكتروني ماعداً بعض المواد التي جاءت ربما على استحياء منها على سبيل المثال المادة (145) والمادة (147) .

تعليق على حكم المحكمة العليا في الطعن المدني رقم 53/303 ق

*الأستاذ : عبدالكريم بوزيد المسماري

قاضي بمحكمة شمال بنغازي

الابتدائية

أولا : وقائع وأسباب الحكم

(1) الوقائع :

تتلخص وقائع هذا الحكم في أن المدعين قاموا برفع دعوى أمام محكمة جنوب طرابلس الابتدائية اختصموا فيها أمين اللجنة الشعبية العامة للاتصال الخارجي والتعاون الدولي قالوا شرحاً لها أن مورثهم كان بتاريخ 1982/6/6 في مهمة رسمية في تركيا حيث توفي في حادث تصادم حافلتين للركاب ولم يتحصل الورثة على تعويض بسبب تقاعس العاملين بالمكتب الشعبي في رفع الدعوى أمام القضاء التركي وبالتالي تكون اللجنة الشعبية العامة للاتصال الخارجي مسؤولة عن أعمال تابعيها وطالبوا بالتعويض عما أصابهم من ضرر مادي ومعنوي فقضت لهم محكمة البداية بالتعويض عن الضرر الأدبي وفي الاستئناف تم تعويضهم عن الضرر المادي أيضاً ولما طعن على الحكم أمام المحكمة العليا أيدت ما ذهب إليه محكمة الاستئناف .

(2) أسباب الحكم :

أسست إدارة القضايا الطعن أمام المحكمة العليا على سببين ويهمنها منهما السبب الثاني حيث رأت أن الحكمين قضيا بالتعويض عن الضررين بمقولة تقصير وإهمال جهة الإدارة في رفع دعوى التعويض في تركيا في حين أن دعوى التعويض شخصية وكان عليهم مباشرة الدعوى بأنفسهم أمام القضاء التركي :

وقد ردت على ذلك المحكمة العليا بالقول بان السبب الثاني في غير محله لأن الحكمين

* الحكم الصادر بتاريخ 2007/6/20 ف غير منشور .

قضايا بالتعويض على أساس خطأ المسئولين بالمكتب الشعبي في تركيا بعدم متابعتهم إجراءات رفع دعوى التعويض لمصلحة المدعين أمام القضاء التركي عن وفاة مورثهم .

وكان الين من الصورة الضوئية للشهادة الصادرة عن المكلف بالشئون القنصلية بأنقرة أنها تفيد أن دعوى التعويض قد رفعت ضد المسئولين عن وفاة مورثهم وان الأمر يتطلب إيداع مبلغ ضمان ورسوم الدعوى بما يعادل 1000 دينار .

ولما كان الثابت من مستندات الطعن أن المتوفى كان في مهمة رسمية وتواجده في الخارج كان بحكم وظيفته وبالتالي فإنه كان يتعين على المكتب الشعبي بتركيا أداء الرسوم نيابة عن ورثة المتوفى استنادا إلى أحكام الفقرة (و) من المادة (24) من القانون رقم 39 لسنة 1977 وعدم المبادرة بسداد هذا الرسم الذي فرض القانون أداءه نيابة عن المضرور يمثل في حد ذاته خطأ تقصيرياً موجباً للتعويض متى ثبت انه يدخل ضمن الأسباب التي حالت دون رفع دعوى التعويض أمام القضاء التركي .

ثانياً : تقييم الحكم في ضوء القانون الليبي والقانون الدولي

نعتقد أن محكمتنا العليا لم توفق في هذا الرأي لسببين احدهما يعود للقانون الليبي ذاته والآخر يرجع إلى أحكام القانون الدولي .

1) تقييم الحكم في ضوء أحكام القانون الليبي :

نص المشرع الليبي على مسؤولية المتبوع عن أفعال التابع في المادة (177) من القانون المدني والذي جاء فيها " يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعا منه في حال تادية الوظيفة أو بسببها " فقد اشترط هذا النص ضرورة أن يصدر عن التابع عملاً يعتبر خطأ ويعتبر هذا الشرط هو المعيار الذي يحدد مسؤولية المتبوع عن أخطاء تابعه باعتبارها مسؤولية احتياطية على خلاف الأصل⁽¹⁾.

(1) مصطفى عبد الحميد عياد ، المصادر الارادية للالتزام في القانون المدني الليبي ، منشورات جامعة قارونس ، بنغازي ، 1990 ، ص 157 .

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة العليا بأن "مسؤولية المتبوع لا تثبت إلا تبعاً لمسؤولية التابع .. ويتعين لذلك إثبات خطأ التابع"⁽¹⁾، ولهذا لا تقوم مسؤولية الدولة باعتبارها متبوعاً إلا إذا وقع خطأ من التابع⁽²⁾.

فالقاعدة العامة هي مسؤولية الدولة عن أعمال موظفيها إذا ما وقع منهم خطأ أضر بالغير ، فالخطأ هو أساس المسؤولية في التشريع الليبي استناداً على نص المادة (166) من القانون المدني التي تنص على " كل خطأ سب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض "

أما إذا لم يقع خطأ من التابع - وهو هنا الموظف - فإن الدولة باعتبارها متبوعاً لا تكون مسئولة باعتبار أن احد أركان المسؤولية قد تخلف وهو الخطأ .

وبالعودة إلى وقائع الحكم محل التعليق فإننا نجد أنها تدور حول مدى إمكانية مساءلة الدولة عن عدم قيام أعضاء المكتب الشعبي بتركيا (السفارة) بدفع الرسوم القضائية نيابة عن وريثة المتوفى لرفع دعوى التعويض ضد المتسبب في وفاة مورثهم .

وقد قررت محكمتنا العليا مسؤولية الدولة عن عدم قيام موظفيها بالسفارة بذلك رغم أن ذلك لا يعد خطأ من وجهة نظرنا لسببين :

السبب الأول : هو أن عبء رفع الدعوى المدنية بصفة عامة يقع على عاتق المتضرر نفسه ولا يجوز للدولة أن تقوم بالمطالبة القضائية نيابة عنه ، ولهذا نصت المادة (80) من قانون المرافعات على أنه " ترفع الدعوى إلى المحكمة بناء على طلب المدعى بصحيفة تعلن للمدعى عليه على يد احد المحضرين ما لم يقض القانون بغير ذلك " فالأصل أن ترفع الدعوى من المدعى ويجوز أن يوكل غيره من الأشخاص سواء كان محامياً أم لم يكن كذلك ، فالمدعى حق شخصي ذا طبيعة إجرائية⁽³⁾.

- (1) طعن مدني رقم 25/64 ق ، مجلة المحكمة العليا ، العدد 2،1 ، السنة 6 ، ص 87 .
- (2) محمود عمر معتوق ، المسؤولية الإدارية عن الخطأ المرفقي في القانون الليبي ، الطبعة الأولى ، 2004-2005 ، ص 138 .
- (3) الكوني على اعبوده ، قانون علم القضاء . ج2 ، المركز القومي للدراسات والبحوث العلمية ، =

السبب الثاني : هو أن ما ساقته المحكمة العليا تمييزاً لحكمها بإلزام الدولة لا يصلح سنداً لذلك ، فقد استندت على نص المادة 1/24 بند (و) من قانون تنظيم وزارة الخارجية والسلك السياسي والقنصلي رقم 39 لسنة 1977⁽¹⁾ على الرغم من عدم انطباق هذا النص على الواقعة محل النزاع .

إذ أن المادة المذكورة جاءت ضمن الفصل الثالث المعنون بالاتي (في الرسوم القنصلية) ونصت على أنه " 1- يعفى من أداء كامل الرسوم في الأحوال الآتية :
و- المعاملات التي يحتاج إليها الموظف وأفراد أسرته بسبب إقامته أو وجوده خارج الجمهورية العربية الليبية بحكم وظيفته "

ومفاد ذلك أن هذا القانون قد فرض رسوماً على المتعاملين مع القنصليات والمكاتب الشعبية الليبية بالخارج ، بحيث لا تقدم إليهم الخدمات أو المعاملات التي فرض القانون أداء رسوم عنها ما لم يقوموا بتسديدها ، إذ تنص (23) من القانون المذكور آنفاً على " تحدد بلائحة ... الرسوم التي تحصلها الوزارة مقابل الخدمات القنصلية التي تقوم بها الإدارة القنصلية أو البعثات بالخارج ... "

وقد استثنى الموظف وأفراد أسرته من دفع تلك الرسوم إذا كان وجوده في الخارج بحكم وظيفته ، حيث يعفى هؤلاء من أداء الرسوم القنصلية المقررة نظير التعامل مع القنصلية أو المكتب الشعبي .

فهذا النص يقرر الإعفاء من أداء كامل الرسوم مما يعني ذلك عدم الدفع ، حيث تقدم الخدمة أو المعاملة مجاناً فلا تتولى أي جهة وخاصة الدولة دفع الرسوم نيابة عن الموظف أو أسرته لأن هذه الرسوم تعود لخزانة الدولة ومن ثم لا يتصور أن تدفع الدولة لنفسها فقرر المشرع مبدأ المعاملة المجانية .

= طرابلس ، الطبعة الأولى ، 1998 ، ص 17 .

(1) منشور بالجريدة الرسمية العدد 38 ، السنة الخامسة عشر ، 31 ديسمبر 1977 ، ص 2753 ، وقد ألغى هذا القانون بالقانون رقم 2 لسنة 1369 و.ر . انظر مدونة التشريعات ، العدد 2 ، السنة الأولى ، 2001.08.07 ، ص 33 .

ولما كان الموظف المتواجد بحكم وظيفته بالخارج يقوم بعمل لصالح الدولة فإن المشرع منحه ميزة التعامل مع القنصلية أو المكتب الشعبي مجاناً شريطة أن تكون المعاملة داخل نطاق القنصلية أو المكتب الشعبي⁽¹⁾، وهذا الإعفاء يعد استثناء فلا يجوز القياس عليه ولا التوسع في تفسيره .

وبناء على ذلك لا يمكن القول بأن الموظف الليبي المتواجد بالخارج أو أفراد أسرته يستفيدون من هذا الإعفاء عندما يطلب منهم دفع رسوم لصالح الدولة المضيفة ، لأن ذلك يعد توسعاً في تفسير الاستثناء وهو أمر محذور قانوناً ، كما أنه يعني تولى الدولة الدفع نيابة عن الموظف أو أفراد أسرته وهو ما يتعارض مع مبدأ المجانية كما أشرنا إلى ذلك سابقاً بالإعفاء يعني عدم الدفع ، فنص المادة المذكورة لم يقرر صراحة تولى الدولة دفع الرسوم المقررة عن المواطنين أو الموظفين لصالح المحاكم التركية .

بالإضافة إلى أنه من البديهي أن نص القانون الليبي يلزم القنصليات والمكاتب الشعبية الليبية ولا يمتد خارجها إلى الدولة المضيفة استناداً إلى اعتبارات السيادة الوطنية والمساواة فيها بين الدول ، فلا يقبل القول بأن المشرع الليبي يعفي المواطنين الليبيين المتواجدين بالخارج بحكم وظائفهم من أداء الرسوم التي يقررها المشرع التركي نظير رفع الدعاوى أمام محاكمة .

ولهذا نرى أن الإعفاء الوارد في هذا النص يقتصر على الإعفاء من الرسوم القنصلية ولا يشمل الإعفاء من الرسوم القضائية أمام المحاكم التركية ، وبناء عليه فإن المضرور هو الملزم وحده بدفع الرسوم القضائية كما انه ملزم برفع الدعوى أمام القضاء التركي ولا دخل للدولة الليبية في ذلك .

ومن ثم لا إلزام على موظفي المكتب الشعبي بتوكيا بالقيام بدفع الرسوم نيابة عن المضرورين في الدعوى محل التعليق وينتهي بذلك خطأ المتبوع وبناء عليه لا تلزم الدولة بالتعويض .

(1) يذكر أن القانون الحالي قد أوضح ذلك حيث نصت المادة 11 منه على "تتولى القنصليات العامة حماية ومساعدة مواطني الجماهيرية العظمى وتقديم الخدمات والرعاية المدنية والاجتماعية لهم .. وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون .. الرسوم التي تحصلها مقابل تقديم تلك الخدمات وحالات الإعفاء منها .."

2 (تقييم الحكم في ضوء أحكام القانون الدولي :

في القانون الدولي يقع التزام استنفاد وسائل التقاضي أمام محاكم الدولة المتسببة في الضرر على عاتق المضرور وليس على عاتق دولته ويفهم ذلك من حكم للمحكمة الدائمة للعدل الدولي قالت فيه " يعد من المبادئ الأساسية في القانون الدولي أن يكون للدولة الحق في حماية رعاياها عندما يلحق بهم ضرر نتيجة إجراءات مخالفة للقانون الدولي ترتكبها دولة أخرى ، ويكونون غير قادرين على أن يحصلوا منها على ترضية مناسبة عندما يسلكوا الطرق القضائية الداخلية"⁽¹⁾.

حيث يجب على الشخص المضرور أن يقاضي من تسبب في إلحاق الضرر به أمام محاكم الدولة التي وقع فيها الفعل وفقا لنظامها القانوني والقضائي⁽²⁾.

بمعنى أن يتحمل المضرور مهمة ولوج طريق المحاكم الداخلية للدولة المدعى عليها لحماية حقه أو مركزه القانوني عن طريق القضاء⁽³⁾.

فهو مطالب باستنفاد جميع الوسائل التي توصل إلى تعويضه وفقا لقوانين الدولة المدعى عليها⁽⁴⁾.

وعليه أن يتبع جميع مراحل التقاضي من استئناف وطعن بالنقض حتى يحصل على حقه أو يثبت عجز الدولة عن إصلاح الضرر وفقا لقوانينها⁽⁵⁾.

والحكمة من استلزام شرط استنفاد طرق التقاضي الداخلية هو احترام سيادة الدولة

- (1) الحكم الصادر في سنة 1924 في النزاع بين اليونان وبريطانيا ، انظر رفيق عطية الكسار ، الحماية الدبلوماسية لرعايا الدول ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 1998 ، ص 65 .
- (2) محمد طلعت الغنيمي ، الوسيط في قانون السلام ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1982 ، ص 403 .
- (3) احمد عبد الكريم سلامة ، نظرات في الحماية الدبلوماسية ودور فكرة الجنسية في المسئولية الدولية عن الأضرار البيئية ، المجلة المصرية للقانون الدولي ، المجلد الثامن والخمسون ، 2002 ، ص 73 .
- (4) المادة التاسعة من مشروع لجنة القانون الدولي ، انظر محسن أفكيرين - دور الفرد وحقه في التعويض في إطار الحماية الدبلوماسية ، مجلة إدارة القضايا ، العدد 12 ، السنة السادسة ، الكانون (ديسمبر) ، 2007 ، ص 28 .
- (5) عمر هاشم محمد صدقه ، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، الطبعة الأولى ، 2008 ، ص 80 .

المضيئة وعدم التشكيك في نزاهة قضائها الوطني ومنحها فرصة لإصلاح الضرر بواسطة هيئاتها الداخلية قبل نقل النزاع إلى الساحة الدولية من خلال الحماية الدبلوماسية⁽¹⁾.

وعليه فإنه وبطبيق ذلك على الدعوى محل التعليق فإن المطالبة القضائية أمام المحاكم التركية عن الضرر اللاحق بالمدعين جراء موت مورثهم يكون من واجب المضرورين ولا شأن للدولة الليبية بها ويتحمل هؤلاء نتائج تقاعسهم عن رفع الدعوى في الوقت وبالإجراءات التي يتطلبها القانون التركي . باعتبار أن استنفاد طرق التقاضي الداخلية يكون من واجب صاحب المصلحة في رفع الدعوى .

أما إذا قام المضرور برفع دعواه أمام الدولة المتسببة بالضرر ولم يحصل على حقه فإنه في هذه الحالة يستطيع أن يلجأ إلى دولته لتقوم نيابة عنه بمطالبة الدولة المتسبب في الضرر بجبره .

وللدولة في سبيل ذلك أن تسلك الوسائل غير القضائية كالمساعي الحميدة والوساطة والتحقيق والتوفيق أو تلجأ إلى الوسائل القضائية كالتحكيم والقضاء الدوليين⁽²⁾.

وعندما تختار طريق التسوية القضائية فإن وسيلتها في ذلك هي دعوى الحماية الدبلوماسية لتحريك المسؤولية الدولية ضد الدولة المتسببة في الضرر ، فأهلية تحريك المسؤولية الدولية تناط بالدولة ، فالدولة هي التي تستطيع رفع المطالبة الدولية في مواجهة دولة أخرى⁽³⁾.

والحماية الدبلوماسية هي " إجراءً قانونياً يستخدمه شخص القانون الدولي لإصلاح ما تعرض له رعاياه من أضرار بواسطة شخص آخر استفذوا أمامه وسائل الطعن الممكنة وذلك عن طريق تبني مطالبتهم عبر القنوات الدبلوماسية والقضائية الدولية"⁽⁴⁾.

غير أنه للدولة مطلق الحرية في تحريك دعوى الحماية الدبلوماسية من عدمه فذلك

- (1) على إبراهيم ، مصادر القانون الدولي العام ، دار النهضة العربية ، ط 1 ، 1999 ، ص 394 .
- (2) محمد حافظ غاتم ، الوجيز في القانون الدولي العام ، دار النهضة العربية ، 1979 ، ص 466 .
- (3) الرأي الإفتائي لمحكمة العدل الدولية بتاريخ 11 ابريل 1949 ، وارد لدى احمد عبدالكريم سلامة ، المرجع السابق ، ص 73 .
- (4) حسين حنفي عمر ، دعوى الحماية الدبلوماسية لرعايا الدولة في الخارج ، ط 1 ، 2004 ، ص 38 .

يخضع لسلطتها التقديرية ، ولها اختيار وقت تحريك دعوى المسؤولية ، كما لها أن تتنازل عن ممارسة الحماية الدبلوماسية ، وليس من حق الفرد المضرور أن يتنازل عنها وللدولة مطلق الحرية أيضا في التصرف في مبلغ التعويض الذي يحكم به⁽¹⁾ ، وبذلك تكون الحماية الدبلوماسية اختصاصاً شخصياً لدولة الجنسية⁽²⁾.

مما تقدم نلاحظ أن حكم محكمتنا العليا محل التعليق جاء ليقرر مسئولية الدولة بدون مرر يذكر فلا القانون الليبي يلزم الدولة بتولي رفع الدعوى القضائية أمام القضاء التركي ولا القانون الدولي يضع على عاتقها ذلك ، بل إن المطالبة بالحق أمام المحاكم الوطنية راجع للشخص المضرور نفسه فإن استعمله وتوصل إلى حقه كان بها ، أما إذا اخفق في ذلك لأسباب ترجع إلى أن الهيئات القضائية تعوقه عن مباشرة حقه في اللجوء للقضاء أو أن تضع أمامه عقبات غير مبررة أو تأجيلات بما يدخل ضمن مفهوم إنكار العدالة فإن الدولة المضيئة تسأل عن ذلك وفقا لقواعد القانون الدولي⁽³⁾.

وبذلك فإن عدم قيام الدولة الليبية بدفع رسوم الدعوى القضائية ورفعها أمام المحاكم التركية لا يعد من قبيل الخطأ الذي تسأل عنه الدولة ، لأن الإعفاء من الرسوم الذي قصده المادة 1/24 بند (و) من القانون المشار إليه سابقاً هو الإعفاء من الرسوم القنصلية التي فرضها القانون الليبي أي أن الموظف إذا تواجد في الخارج بسبب وظيفته فإنه معفي من دفع تلك الرسوم لصالح القنصلية أو المكتب الشعبي ، ولا يمكن التسليم بأن الإعفاء مقصود منه الإعفاء من دفع رسوم فرضها المشرع التركي ، بالإضافة إلى أن رفع الدعوى هو حق شخصي للمضرور ولا دخل للدولة بذلك ولا يوجد نص يفرض دفع الرسوم القضائية عن الموظفين أمام المحاكم الأجنبية .

أما من زاوية القانون الدولي فيقع التزام استنفاد طرق التقاضي الداخلية على عاتق المضرور أيضاً ولا دخل لدولته فيها ، وبالتالي لا يمكن للدولة أن تحمي مواطنيها من جراء

- (1) احمد عبدالكريم سلامة ، المرجع السابق ، ص 76 .
- (2) على ضوى ، القانون الدولي العام ، الطبعة الثانية ، 2005 ، ص 284 .
- (3) محسن افكيرين ، المرجع السابق ، ص 29 .

أضرار سببها أجهزة أو مواطني دولة أخرى إلا إذا قام المضرور بنفسه باللجوء إلى محاكم الدولة المضيفة للمطالبة بحقوقه ، وحتى إذا تدخلت الدولة الليبية للمطالبة بحقوق المضرورين وأخفقت في ذلك أو تنازلت عن هذه الحقوق أو تحصلت عليها من الدولة التركية ولم تعط أصحاب الشأن شيئاً منها فلا مسؤولية عليها باعتبار أن ذلك حق أصيل لها ، ومن ثم لا مسؤولية على الدولة الليبية في واقعة الدعوى محل التعليق لا من ناحية القانون الليبي ولا من ناحية القانون الدولي .

والله المستعان ،،،

باسم الشعب

المحكمة العليا

الدائرة المدنية الرابعة

بالجلسة المنعقدة علناً صباح يوم الأربعاء 05 جمادى الآخرة الموافق
1375. 06. 10 و.ر (2007 مسيحي) بمقر المحكمة العليا بمدينة طرابلس .

برئاسة المستشار الأستاذ : عزام علي الديب " رئيس الدائرة "

وعضوية المستشارين الأساتذة : صالح عبدالقادر الصغير

إدريس عابد الزوي

كمال بشير الزوي

لطفي صالح الشاملي

ومحضور المحامي العام

بنيابة النقض الأستاذ : بشير سعد الزياي

ومسجل الدائرة الأخ : أسامة خليفة الشارف

أصدرت الحكم الآتي

في قضية الطعن المدني رقم 303 / 53 ق

المقدم من :

أمين اللجنة الشعبية العامة للاتصال الخارجي والتعاون الدولي

وتوب عنه (إدارة القضايا) .

ضد :

1. وآخرين

ينوب عنهم المحامي : عمر محمد العلوي

الإجـراءات

صدر الحكم المطعون فيه بتاريخ 22. 2. 2005 ، وليس في الأوراق ما يفيد إعلانه وفي 20.03.2006 قرر أحد أعضاء إدارة القضايا الطعن عليه بطريق النقض لدى قلم كتاب المحكمة العليا مودعاً مذكرة بأسباب طعنه وأخرى شارحة وصورة رسمية من الحكم المطعون فيه وأخرى من الحكم الابتدائي ، ثم أودع بتاريخ 02.04.2006 أصل ورقة إعلان الطعن معلنة إلى المطعون ضدهم في 30.03.2006 ، وفي 27.04.2006 أودع محامي المطعون ضدهم مذكرة بدفاعهم مشفوعة بسندي التوكيل دفع فيها بطلان التقرير بالطعن .

وقدمت نيابة النقض مذكرة أبدت فيها الرأي أصلياً بقبول الطعن شكلاً وفي الموضوع بنقض الحكم المطعون فيه مع التصدي واحتياطياً بنقضه مع الإعادة وبالجلسة المحددة لنظر الطعن أصرت على رأيها .

الأسباب

حيث إن محامي المطعون ضدهم أسس دفعه بطلان الطعن على أن تقرير الطعن خلا من بيان أسماء المطعون ضدهم عدا اثنين منهم بما يكون معه الطعن باطلاً وحيث إن هذا الدفع مردود ذلك أن قضاء هذه المحكمة أستقر على أن تقرير الطعن ومذكرة أسبابه يشكلان وحدة إجرائية واحدة يكمل كل منها الآخر فيما يتعلق بالبيانات وكان يبين من الرجوع إلى مذكرة أسباب الطعن أنها تضمنت أسماء جميع المطعون ضدهم على نحو ما تقضي به المادة (342) من قانون المرافعات بما يتعين معه الالتفات عن هذا الدفع ويكون الطعن مستوفياً للشروط الشكلية التي تطلبها القانون .

وحيث إن الطعن أستوفى أوضاعه القانونية فإنه يكون مقبولاً شكلاً .

وحيث ينعي الطاعن بصفته على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والقصور في

التسبيب من جهتين :

1. إن الحكم لم يقض بسقوط الحق في رفع الدعوى بالتقادم لأن الواقعة حصلت

خلال عام 1982 وبذلك تكون الدعوى سقطت سواء بالتقادم الثلاثي أو التقادم الطويل وإن ما ذهب إليه الحكم من أن المراسلات الإدارية تقطع التقادم مخالف لقضاء المحكمة العليا .

2. إن الحكمين قضيا بالتعويض عن الضررين بمقولة تقصير وإهمال جهة الإدارة في رفع الدعوى بالتعويض في تركيا دون أن يكون لذلك دليل من الأوراق .

وإن دعوى التعويض شخصية وكان عليهم مباشرة الدعوى بأنفسهم أمام القضاء التركي ومقاضاة شركة التأمين التركية وبالتالي فإن التقادم مرجعه تقاعس المدعين وليس جهة الإدارة .

وحيث إن السبب الأول مردود ذلك أنه بالرجوع إلى مدونات الحكم المطعون فيه يبين أن الدفع بالتقادم أنصب على تقادم حق المدعين في رفع دعوى التعويض عن العمل غير المشروع الناشئ عن وفاة مورثهم في حادث التصادم الذي وقع في تركيا بالتقادم القصير والطويل معاً لأن الوفاة قد حصلت بتاريخ 1982.06.22 وأنهم أقاموا دعواهم المتداة في 2003.06.22 بعد مضي ما يزيد عن خمسة عشرة سنة من وقوع الحادث .

في حين أن دعواهم المتداة لم ترفع مطالبة بالتعويض عن الضرر الناشئ عن الحادث الذي تسبب في وفاة مورثهم وإنما رفعت استناداً إلى مسئولية المتبوع عن فعل تابعه تأسيساً على الادعاء بتقاعس المكتب الشعبي في تركيا في رفع الدعوى أمام القضاء ومطالبة المدعين بتعويضهم عن هذا الضرر ، وهذا الحق مغاير لحقهم في التعويض عن الحادث الذي يسأل عنه محدث الضرر والمسئول عنه والضامن ومن ثم فإن التمسك بتقادم هذا الحق لا يغني عن التمسك بالتقادم الصحيح للحق الذي رفعت به الدعوى ذلك أن الدفع بالتقادم لا يتعلق بالنظام العام ويجب أن يتمسك به المدين ، وعليه فإنه كائناً ما كان وجه الرأي في الأساس الذي أقام عليه الحكم المطعون فيه قضاءه بانقطاع التقادم فإنه لا أثر له في النتيجة التي انتهى إليها الحكم من رفض هذا الدفع لأنه لم يكن منصباً على ذات الحق المدعي به أمام المحكمة المطعون في حكمها ، ولا تكون المحكمة ملزمة بالرد عليه باعتباره دفعاً بعيداً عن محجة الصواب ومن ثم

يتعين الالتفات عن هذا الوجه من النعي .

وحيث إن السبب الثاني في غير محله ذلك أن الثابت من مدونات الحكّمين الابتدائي والمطعون فيه أن الأول أقام قضاءه بتعويض المدعين عن الضرر المعنوي فقط تأسيساً على خطأ المسئولين بالمكتب الشعبي في تركيا بعدم متابعتهم إجراءات رفع دعوى التعويض لمصلحة المدعين أمام القضاء التركي عن وفاة مورثهم في حادث مرور وقع في تركيا رغم تزويده بالمستندات المطلوبة في حينه وفقاً لكتاب إدارة الشئون القنصلية المؤرخ في 1988.01.01 بإرسال تلك المستندات إلى المكتب الشعبي للجماهيرية بأنقرة والمودع ملف الطعن مما فوت على الورثة فرصة الحصول على تعويض عن وفاة مورثهم ، وقضى الحكم المطعون فيه بتعديل الحكم المستأنف فيما قضى به من رفض التعويض عن الضرر المادي والزام الطاعن بصفته بأداء المبلغ المحكوم به عن الضرر المادي تأسيساً على ثبوت خطأ المدعي عليه المتمثل في تقاعس المستأنف عليه في رفع دعوى تعويض نيابة عن الورثة مما أضع عليهم فرصة الحصول على تعويض من شركة التأمين التركية أسوة ببقية ذوي الضحايا .

ولا يغير من ذلك قيام الحكّمين ببحث المسئولية التقصيرية للطاعن بصفته استناداً لأحكام القانون رقم (2) لسنة 1369و.ر الذي صدر في وقت لاحق للحادث الذي نشأت عنه المسئولية ، ذلك أن أحكامه في هذا الشأن جاءت مطابقة لأحكام القانون رقم (39) لسنة 1977 بإصدار قانون تنظيم وزارة الخارجية والسلك السياسي والقنصلي الذي كان ساري المفعول وقت الحادث مما يكون معه الحكمان قد توصلا إلى نتيجة صحيحة رغم خطئهما في إسنادها إلى قانون غير واجب التطبيق وكان البين من الصورة الضوئية للشهادة الصادرة عن المكلف بالشئون القنصلية بأنقرة والمرفقة بأوراق الطعن أنها تفيد أن دعوى التعويض قد رفعت ضد المسئولين عن وفاة مورث المطعون ضدهم ، وأن الأمر يتطلب إيداع مبلغ ضمان ورسوم الدعوى بما يعادل 1000 دينار .

ولما كان الثابت من مستندات الطعن أن المتوفى كان في مهمة رسمية وتواجده في الخارج كان بحكم وظيفته وهو ما أقرت به الجهة الطاعنة في كتابها المؤرخ في 2002.03.25 الذي حثت فيه المسئولين بالمكتب الشعبي بأنقرة على متابعة الموضوع بشكل جدي لضمان حصول الورثة على التعويض وبالتالي فإنه كان يتعين على المكتب الشعبي بتركيا أداء الرسوم

نيابة عن ورثة المتوفى استناداً إلى أحكام الفقرة (و) من المادة (24) من القانون رقم (39) لسنة 1977 المشار إليه أعلاه ، وعدم المبادرة بسداد هذا الرسم الذي فرض القانون أداءه نيابة عن المضرور يمثل في حد ذاته خطأً تقصيراً موجباً للتعويض متى ثبت أنه يدخل ضمن الأسباب التي حالت دون رفع دعوى التعويض أمام القضاء التركي .

لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر وأيد الحكم الابتدائي فيما قضى به من تعويض المطعون ضدهم عن الضرر المعنوي وقضى لهم بالتعويض الذي رأي أنه مناسب لجبر الضرر المادي ، وكان قضاء هذه المحكمة قد أستقر على أنه تقدير عناصر الخطأ الموجب للتعويض من اطلاقات محكمة الموضوع بلا معقب عليها من محكمة النقض ، فإن ما تنعى به الجهة الطاعنة في هذا الوجه لا يعدو أن يكون جدلاً موضوعياً لا يقبل أمام هذه المحكمة ، بما يجعل الحكم بمنأى عن أي قصور في التسبب ويستوجب رفض الطعن .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً وفي الموضوع برفضه .

تعليق

على المادة 14 من القانون رقم 20 بشأن تعزيز الحرية « قيمتها القانونية - مشروعية القبض والاستجواب والحبس الاحتياطي »

* الأستاذ : طارق محمد الجملي
عضو هيئة التدريس بكلية القانون
جامعة قاريونس

مقدمة

إن الانسجام بين نصوص النظام القانوني الواحد يعد ضرورة لا غنى عنها ، ولذلك فإنه لا يمكن التسليم بوجود نصين متناقضين في نظام قانوني واحد ، فإذا ما أثرت مسألة التعارض فإنه يتعين محاولة التوفيق بين النصوص ، فإن لم يتيسر ذلك ، فاعتبار أحد النصين ملغياً هو السبيل الوحيد لدرء هذا التعارض ، بعد أن يكون المطبق قد استنفذ طرق التوفيق الأخرى ، فرفع التعارض كما أسلفنا أمر لازم للتطبيق ، فما دام التعارض قائماً فلا سبيل لتطبيق أحد النصين إلا على حساب الآخر .
ومع هذا فإن التعارض لا يتصور قيامه إلا بين قاعدتين قانونيتين متفقتين من حيث العمومية والخصوصية .

فإذا كان الأمر كذلك ، فإنه بصدور القانون رقم (20) لسنة 1991 بشأن تعزيز الحرية ذائع الصيت ، وبما نص عليه في مادته (14) من وجوب الحصول على إذن قضائي للقيام بإجراء القبض والتفتيش والاستجواب ، نشأ التعارض بين حكمه وما هو منصوص عليه بقانون الإجراءات الجنائية بشأن هذه الإجراءات ، حيث قيدت صلاحيات مأمور الضبط القضائي بموجب قانون تعزيز الحرية بشأن القبض من حيث ضرورة الحصول على إذن قضائي ، خلافاً لما هو منصوص عليه بقانون الإجراءات الجنائية بالمادة (24) التي تجيز له في حالات محددة القيام بالقبض دون الحصول على مثل هذا الإذن .

كما أن قانون تعزيز الحرية أجاز لمأمور الضبط القضائي إجراء الاستجواب بعد الحصول على الإذن بذلك من جهة قضائية ، على الرغم من أن قانون الإجراءات الجنائية يحظر على غير سلطة التحقيق القيام بهذا الإجراء (م54) فيما عدا حالة الضرورة المنصوص عليها بالمادة (55) .

وإذا كان قانون تعزيز الحرية يُعنى بحماية الحرية الفردية ، فإنه تجسيداُ لذلك نص في المادة (14) أيضاً على تقييد صلاحيات جهات التحقيق في الأمر بالحبس الاحتياطي من حيث تحديد مبرراته والمدد التي يجوز أن يستغرقها ، فهل هذه الأحكام تقبل التطبيق ويترتب على مخالفتها البطالان ، أم أن قانون الإجراءات الجنائية هو المرجع في هذا الشأن ؟ .

يمكن القول إن هناك تعارضاً بين نص المادتين 14 و 24 المذكورتين ؟ وما الحكم في هذه الحالة ؟

إن الإجابة عن ذلك تقتضي بالضرورة تحديد القيمة القانونية لنص المادة (14) حتى يمكن التسليم بداية بقابليتها للتطبيق ليتسنى بعد ذلك بحث مسألة التعارض ، إذ التعارض - كما قدمنا - لا ينشأ إلا بين قاعدتين قانونيتين ، فهل مضمون المادة (14) يعتبر قاعدة قانونية تقبل التطبيق المباشر ؟

إن تحديد القيمة القانونية لهذا النص سوف تمكن من الفصل في مسألة التعارض بين أحكامه وما هو مقرر بقانون الإجراءات الجنائية ، بشأن القبض والاستجواب والحبس الاحتياطي ، وما يترتب على ذلك من تحديد شروط المشروعية لاتخاذ هذه الإجراءات ، على أن ما سنصل إليه بشأن إجراء القبض سيطبق حكمه من باب أولى على التفتيش .

إذن فالمادة (14) المذكورة تثير إشكاليتين هما :

الأولى : مدى تمتعها بالقيمة القانونية .

الثانية : مشروعية القبض والاستجواب والحبس الاحتياطي .

ولذا سنتناول هاتين الإشكاليتين في مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول : القيمة القانونية لنص المادة (14) من قانون تعزيز الحرية .

المطلب الثاني : مشروعية القبض والاستجواب والحبس الاحتياطي في ضوء

المادة (14) من قانون تعزيز الحرية .

إدارة القضايا

فيها“، فهذا النص لا يمكن على أساسه - حسب رأينا - إضفاء القيمة القانونية لنصوص الوثيقة، فهو - أي هذا النص - إنما أشار إلى الحقوق الواردة في الوثيقة بعدما يتدخل المشرع - برضاه - لصياغتها في قوالب تشريعية لها قوة القانون، إذ هذا النص لا ينصرف إلى ما تضمنته نصوص الوثيقة في وضعها الراهن، وإنما إشارته تنصرف إلى النصوص التي يفترض صدورها لاحقاً تطبيقاً لما ورد بالوثيقة، فنصوصها كما أسلفنا، لا تتمتع - بالنظر لطبيعتها المنهاجية - بأي قيمة قانونية.

إن هذا الفهم يتأكد بما ورد بالقانون رقم (5) لسنة 1991 ف بشأن تطبيق مبادئ الوثيقة الخضراء الكبرى⁽¹⁾، حيث قرر هذا القانون في مادته (1) ضرورة الالتزام بما ورد في الوثيقة الخضراء الكبرى لحقوق الإنسان من مبادئ عند إصدار التشريعات، وقرر ضرورة تعديل القوانين القائمة بما يتفق وحكمها، إن هذا الذي أورده القانون رقم (5) المذكور يؤكد تماماً مذهبنا إليه من أن الوثيقة تفتقد لأي قيمة قانونية ذاتية توهل نصوصها للتطبيق المباشرة، إذ لو كان لنصوصها مثل هذا الشأن لما كانت هناك بالمشرع حاجة لإصدار القانون رقم (5) الذي بدوره أضفى على مبادئها طابع الإلزامية، ليس للقاضي، وإنما للمشرع.

فلو كانت لنصوص الوثيقة قيمة قانونية، لكان من شأنها أن تنسخ كل النصوص التي كانت قائمة قبل صدورها متى كانت متعارضة معها، أما إذا كان القانون رقم (5) قد أوعز إلى ضرورة تعديل مثل تلك النصوص، فإن ذلك يعني بأنها مازالت قائمة، فالتعديل لا يطال إلا النصوص السارية، ما يعني إنها رغم تعارضها مع الوثيقة لم تنسخ، ما يؤكد انعدام القيمة القانونية لنصوص الوثيقة بشهادة المشرع نفسه في القانون رقم (5)، فإذا كان هذا هو الشأن بالنسبة لنصوص إعلانات حقوق الإنسان بما في ذلك الوثيقة الخضراء الكبرى، فإن القيمة القانونية للنص إذن لا تتأتى إلا إذا ورد في متن وثيقة تأخذ شكل القانون، سواء كان دستورياً أو عادياً أو لائحياً، وهذا هو النوع الثاني من النصوص، فهذه فقط التي تتمتع بالقيمة القانونية، فإذا صدر النص في متن قانون اعتبر ذلك النص ذا قيمة قانونية، غير

(1) القانون رقم (5) لسنة 1991 ف بشأن تطبيق مبادئ الوثيقة الخضراء الكبرى لحقوق الإنسان في عصر الجماهير، منشور بالجريدة الرسمية، العدد 20، السنة 29.

أن هذه القيمة قد لا تؤهله دائماً لأن يكون قابلاً للتطبيق أمام المحاكم ، فمن النصوص القانونية ما يكون الخطاب فيه موجهاً للمشرع لا للقاضي ، ومنها ما يكون الخطاب موجهاً فيه لهذا الأخير ، فبعض نصوص الدساتير يوجه الخطاب فيها للمشرع ، فلا شأن للقاضي بها ، فلا تلزمه ، فما هو المعيار الذي يمكن أعلى أساسه تحديد وجهة الخطاب للمشرع أم للقاضي ؟

في تقديرنا إن مضمون النص نفسه هو الذي يحدد وجهه الخطاب ، فإذا كان مضمون النص يتعلق بتكوين القاعدة القانونية ، أي بمصادرها المادية ، فإن الخطاب لا يمكن فهمه إلا على أنه موجه للمشرع ، فالقاضي لا شأن له بصناعة القاعدة القانونية ، ولذا فالنصوص التي تقضي باعتبار القرآن الكريم شريعة المجتمع ، نصوص تتعلق بالمصادر المادية للقاعدة القانونية ، فالخطاب فيها بالضرورة لا يكون موجهاً إلا للمشرع ، باعتباره المختص بصناعة التشريع ، أما القاضي فلا شأن له بذلك ، فهذا النوع من النصوص غير قابل بطبيعته للتطبيق أمام المحاكم ، فالخطاب فيه إذاً يكون موجهاً للمشرع لا للقاضي⁽¹⁾ ، أما النصوص التي بطبيعتها وبحسب ما تضمنته من حقوق يمكن أن تكون قابلة للتطبيق أمام المحاكم ، فإن الخطاب فيها لا يمكن أن ينصرف إلا للقاضي ، فيكون الأخير ممن يلزم بإعمالها بوصفها نصوصاً تطبيقية .

إذن فالنصوص نوعان ، نصوص فاقدة لأي قيمة قانونية ، لتبدو باعتبارها إعلاناً عن مبادئ سامية غير ملزمة ، وهي النصوص التي ترد في وثائق حقوق الإنسان ، ونصوص ذات قيمة قانونية ، وهذه تختلف قيمتها القانونية ، فنصوص يتوجه الخطاب فيها للمشرع ولا تلزم القاضي ، وآخر الخطاب فيها يكون موجهاً للقاضي ، فإلى أي طائفة ينتمي نص المادة (14) من قانون تعزيز الحرية ؟

(1) خلافاً لذلك يرى البعض إن النفاذ الذاتي للنص يتوقف على مدى اعتبار مضمونه ذا قيمة قانونية وفقاً لاجتهادات الفقه والقضاء .. حول الآراء التي طرحت في المسألة راجع د. عادل عمر شريف ، مرتبة الشريعة الإسلامية في تدرج القواعد القانونية ومدى إمكان اعتبار هذه المبادئ مرجعاً للرقابة الدستورية ، بحث منشور بمجلة المحامي ، العددان 31 ، 32 ، السنة الثامنة ، 1990م ، ص 56 وما بعدها .

ولذلك يرى البعض أن النص الذي يرد في الدستور بشأن اعتبار القرآن شريعة للمجتمع ، يعتبر الخطاب فيه موجه للقاضي ، بحيث يكون قابلاً للتطبيق بذاته أمام المحاكم ، د. عبدالعزيز محمد سلمان ، رقابة دستورية القوانين ، ط الأولى ، دار الفكر العربي ، 1995 م ، ص 395 .

إن تحديد القيمة القانونية لهذا النص يقتضي وفقاً للمنهج الذي اعتمده أن نحدد طبيعة القانون الذي ورد فيه ، فقانون تعزيز الحرية قد صدر تجسيدا للمبادئ التي وردت بالوثيقة الخضراء الكبرى ، لتكون تلك المبادئ قابلة للتطبيق ، فهو إذن قد صدر باعتباره قانوناً تطبيقياً لما ورد بالوثيقة الخضراء التي أكدت على حماية الحرية في مادتها (18)⁽¹⁾ ، فهو قانون تطبيقي ، ورد تطبيقاً للقانون رقم (5) بشأن تطبيق مبادئ الوثيقة الخضراء الكبرى ، وهو بهذه المثابة سوف يبدو قانوناً لتمتع النصوص الواردة في متنه بالقيمة القانونية .

ولكن هل يعتبر من قبيل التناقض في قناعتنا إقرارنا بالقيمة القانونية لهذا القانون - أي قانون تعزيز الحرية - مع تجاهل ما ورد في المادة (35) منه والتي نصت على أنه " أحكام هذا القانون أساسية ، ولا يجوز أن يصدر ما يخالفها ، ويعدل كل ما يتعارض معها من تشريعات " فهل يصح تجاهل هذا النص على الرغم من أننا قد اعتبرنا الوثيقة الخضراء الكبرى فاقده للقيمة القانونية استناداً إلى أن القانون رقم (5) قد أشار إلى ضرورة تعديل النصوص القائمة وقت صدورها ، أليس النصين متطابقين في المعنى ، ويؤديان إلى ذات الفهم ؟ فهل النص في متن قانون تعزيز الحرية على ضرورة تعديل القوانين النافذة وقت صدوره بما يتطابق وأحكامه ، دليل على أن نصوصه لم تلغها ما يعني أنها ليست قانونية ؟

يمكننا الإجابة عن هذا التساؤل بالنفي ، فإنكار الطبيعة القانونية لنصوص الوثيقة الخضراء لم يكن معتمداً فيه ما أورده القانون رقم (5) ، فالذي ورد في هذا القانون قد اتخذناه سنداً لتأكيد مذهبنا إليه من نفي لأي قيمة قانونية للوثيقة ، وهي نتيجة قررتها على أساس أن الوثيقة قد صدرت بوصفها إعلاناً عن حقوق ، وهذا النوع من الوثائق يكون فاقداً للقيمة القانونية على ما قدمنا ، إذن نحن لم نستند على ما ورد بالقانون رقم (5) بوصفه أساساً لنفي الصفة القانونية عن الوثيقة ، فهي بحسب طبيعتها ليست قانوناً ، وأكدنا ذلك بما ورد في هذا القانون المذكورة ، أما قانون تعزيز الحرية فعمدنا في وصفه بالقانون هو بكونه قد صدر تطبيقاً لما ورد بالوثيقة ، فهو بذلك قانوناً تطبيقياً ، فضلاً عن كونه قد صدر باسم قانون ،

(1) الوثيقة الخضراء الكبرى لحقوق الإنسان في عصر الجماهير ، الجريدة الرسمية ، عدد خاص ، لسنة 26 .

حيث أدرج تحت اسم " القانون رقم (20) لسنة 1991 بشأن تعزيز الحرية "، فهذا دليل على طبيعته القانونية، إذ ليس من المنطق القول إن قانون تعزيز الحرية ليس قانوناً، فذلك تناقض لغوي قبل أن يكون تناقضاً قانونياً، وهو - أي قانون تعزيز الحرية - بهذه المثابة سوف يتمتع بكل خصائص القانون، بما في ذلك إلغاء القوانين السابقة على صدره متى كانت متعارضة معه، باعتبار تلك نتيجة قانونية تقررها نصوص القانون الليبي (المادة 2 من القانون المدني)، أما ما ورد بالمادة (35) السالف بيانها، فهو - من وجهة نظرنا - لا قيمة له من الناحية العملية، فالتعديل يرد على نص ساري، أم النصوص الملغاة فلا قيمة لها، بل تعتبر هي والعدم سواء، فبصدور قانون تعزيز الحرية تكون النصوص المتعارضة معه ملغاة في حدود هذا التعارض ما يعني شطبها من قائمة النصوص التطبيقية، ما يجعل من فكرة تعديلها مرفوضة من الناحية القانونية.

هذا المعنى أكدته محكمة النقض المصرية في مناسبة مشابهة لما نحن بصددده حيث قضت: [ما نصت عليه المادة 19 من الدستور من أن " كل ما قرره القوانين واللوائح من أحكام قبل صدور هذا الدستور يبقى صحيحاً نافذاً، ومع ذلك يجوز إلغاؤها أو تعديلها وفقاً للقواعد والإجراءات المقررة في هذا الدستور " لا ينصرف حكمها بدهاءة إلا إلى التشريع الذي لم يعتبر ملغياً بقوة نفاذ الدستور ذاته بغير حاجة إلى تدخل من الشارع]⁽¹⁾.

بمجازة الفهم المتقدم، فإن قانون تعزيز الحرية سيبدو باعتباره قانوناً بالمعنى الفني للكلمة، ومن ثم فإن نصوصه ستمتع بقيمة قانونية، ليكون بذلك نص المادة (14) من النصوص التي تتمتع بقيمة قانونية، ولكن ما حدود هذه القيمة؟ بمعنى هل الخطاب في هذه المادة موجه للمشرع أم للقاضي؟

في ظل النظام الجماهيري قد يُرفض أن يكون هناك نص قانوني يتوجه فيه الخطاب للمشرع، باعتبار أن هذا الأخير هو نفسه ممثلاً في الشعب من يصدر القانون، فلا يتصور أن يخاطب نفسه، وهو فهم بتقديرنا لا يخلو من تجاهل للواقع، فمن الممكن أن يوجه الشعب

(1) محكمة النقض المصرية، نقض رقم 1027 / 36 ق: مشار إليه عند حسن علم، قانون الإجراءات الجنائية، ط2، منشأة المعارف، ص 155.

الخطاب لنفسه ككيان قائم ولمن سيوجد من بعده ، لوضع ضوابط أساسية قد لا يكون الشعب نفسه في مثل هذا النظام يملك مخالفتها كما سنرى لاحقاً ، فضلاً عن أن المشرع مفهوم يشمل كل جهة تملك إصدار التشريع بمعناه الواسع ، بما فيه اللاتحي ، ما يعني أن الخطاب الموجه للمشرع في النظام الجماهيري لا ينصرف للجماهير المؤتمرات فقط ، وإنما ينصرف أيضاً للجنة الشعبية العامة بوصفها الجهة التي تمارس دوراً تشريعياً في حدود إصدارها للوائح .

فما طبيعة المادة (14) إذن ؟

في حدود إشكالية هذا البحث نجد أن المادة (14) قد تناولت حكم كل من القبض و الاستجواب و الحبس الاحتياطي مبينة شروطها ، وهذا المضمون للنص لا يتعلق بصناعة القاعدة القانونية ، وإنما يتعلق بتطبيق القاعدة القانونية الخاصة بالقبض و الحبس الاحتياطي و الاستجواب ، ولذا فإن الخطاب في هذا النص يجب أن يُفهم على أنه موجه للقاضي ، بوصفه نص تطبيقي لا يحتمل توجه الخطاب فيه للمشرع ، ولذا فإن القاضي ملزم بتطبيقه ، هذا المعنى كانت أكدته محكمة النقض المصرية في مناسبة مشابهة حينما قضت : " ... فإن ما قضى به الدستور في المادة (44) منه من صون حرمة المسكن وإطلاق حظر دخوله أو تفتيشه إلا بأمر قضائي مسبب وفقاً لأحكام القانون ، يكون حكماً قابلاً للإعمال بذاته ... " ⁽¹⁾ ، وعلى ذلك فإن هذا النص - أي نص المادة 14 - يُعد نصاً قانونياً من النوع القابل للتطبيق أمام المحاكم ، فلا يسوغ للقاضي تجاهله ، وإلا كان حكمه معيباً لمخالفة القانون في حدود تلك المخالفة للنص كما سنرى تفصيله في المطلب الثاني .

ولكن ألهذا النص قيمة قانونية سامية ، وبكلمة أخرى أيعتبر هذا النص نصاً دستورياً يترتب على مخالفة حكمه الخروج عن هذا الدستورية ؟

(1) مشار إليه عند د. عند حسن علام ، مرجع سبق ذكره ، ص 155 .

الفرع الثاني

القيمة الدستورية لنص المادة 14 من قانون تعزيز الحرية

لقد دار في أوساط الفقه الليبي جدل حول مدى قبول النظام السياسي في ليبيا لفكرة الدستور ، ما دعا البعض إلى إنكار فكرة وجود دستور في ليبيا ، بمقولة إن النظام الجماهيري يرفض وجوده ، ولعل الراجح في هذا الشأن هو أن مثل هذا النظام وإن كان يرفض الدستور الشكلي ، إلا أنه يقبل بالدستور على الأساس الموضوعي⁽¹⁾، بحيث يكون النص نصاً دستورياً متى كان متضمناً لأحد الموضوعات ذات الطبيعة الدستورية ، ل يتمتع مثل هذا النص بالسمو والرفعة في مواجهة نصوص القانون الأدنى⁽²⁾، فالنص يعتبر - تبعاً لذلك - نصاً دستورياً إذا تضمن أحد الموضوعات الدستورية ، فما طبيعة نص المادة (14) من قانون تعزيز الحرية ؟ أيعتبر نصاً دستورياً طبقاً للمعيار الموضوعي ؟

لقد جاء هذا النص لصيانة حق الشخص في الحرية ، فقد قرر في جملة ما قرره أن القبض والاستجواب والحبس الاحتياطي كإجراءات ماسة بالحرية لا يجوز اللجوء إليها إلا بإذن من السلطة القضائية ، فموجب هذا النص أضيف شرط من شأنه تأكيد الحرية الفردية ، فهل هذا النص بما تضمنه هذا المعنى يصلح أن يكون نصاً دستورياً ؟

يتفق الفقه الدستوري على اعتبار الحريات العامة من قبيل المسائل الدستورية وفقها للمعيار الموضوعي ، والتي تضيف على الوثيقة التي وردت بها طابعاً دستورياً ، وتعرف الحرية بأنها " القدرة التي تعود إلى كل فرد في ممارسة وتطوير نشاطه الجسماني والذهني والمعنوي من دون أن تستطيع الدولة أن تصيب مثل هذه القدرة بأي نوع من التغييرات إلا تلك التي تبدو

(1) فقد طرح في الفقه معياران في التمييز بين الدستور والقانون العادي ، حيث يذهب أنصار المعيار الشكلي إلى اعتبار النص نصاً دستورياً إذا كان إصداره وتعديله يحاط بإجراءات خاصة غير تلك التي تتبع في شأن إصدار التشريع العادي ، أما أنصار المعيار الموضوعي فيرون أن النص سيكون دستورياً إذا كان موضوعه أحد الموضوعات الدستورية ، أي متى كان يعنى ببيان شكل الدولة ونظام الحكم فيها والمؤسسات المعمارس للسلطة ، والحريات العامة ، بصرف النظر عن جهة إصداره ، راجع د. عبدالعزيز محمد سلمان ، مرجع سبق ذكره ، ص 35 وما بعدها .

(2) د عبدالرضا حسين الطعان ، مرجع سبق ذكره ، ص 190 .

ضرورية من أجل حرية الآخرين⁽¹⁾، هذا تعريف الحرية ، فمتى تكون الحرية عامة ؟ أي ما المقصود بالعموم هنا ؟

يقصد بالعموم تدخل الدولة لتنظيم هذه الحرية ، فكلما كانت الدولة طرفاً منظماً لتلك الحرية ، اعتبرت من الحريات العامة ، ولما كانت الدولة تدخل لتنظيم سلوك الأفراد ، فإن الحرية بطبيعتها دائمة عامة ، سواء تعلق الأمر بعلاقات الأفراد فيما بينهم ، أو بعلاقتهم بالدولة ، فالحرية دائماً عامة ، ولا وجود للحرية الخاصة⁽²⁾.

ولذا فإن حق الإنسان في التنقل وحقه في عدم تقييد حريته ولو مؤقتاً هو بلا شك من قبيل الحريات العامة ، ومن ثم فهو سيبدو باعتباره موضوعاً دستورياً ، وهو ما يصدق تماماً على ما تضمنته المادة (14) من قانون تعزيز الحرية بشأن ما أوردهته بخصوص القبض والحبس الاحتياطي والاستجاب كإجراءات ماسة بالحرية ، إذن فهو نص دستوري وفقاً للمعيار الموضوعي ، فالحرية كما قدمنا هي قدرة الشخص على ممارسة وتطوير نشاطه الجسماني ، وهي بهذا الفهم دائماً عامة ، فحماية الحق في الحرية من خلال تقييد صلاحيات مأمور الضبط القضائي في ممارسة الإجراءات الماس بالحرية ، هو حماية لهذه الحرية قررتها المادة (14) المذكورة ما يجعلها نصاً دستورياً .

إن وجود دستور في ليبيا يؤكد جانب من الفقه الدستوري ، على سند قوامه أن النظام القانوني الليبي يقر بوجود الدستور ، فالمادة (1) من القانون رقم 17 لسنة 1994 ف بتعديل القانون رقم 6 لسنة 1986 بإعادة تنظيم المحكمة العليا ، حينما نصت على اختصاص المحكمة العليا بالنظر في الطعون المتعلقة بأي تشريع يكون مخالفاً للدستور ، إنما كان محتوى النص ينصرف للدستور القائم حالياً ، ما يعني أن هذا النص عند صدوره كان هناك دستور قائم في ليبيا ، فهذا النص لا يمكن القول إنه يتناول حكماً مستقبلاً ، فهو ينصرف لحالة قائمة⁽³⁾، ما يعني أن في ليبيا دستور يتمثل في مجموعة القوانين الدستورية ، ومنها قانون تعزيز الحرية بما

(1) نفس المرجع ، ص 299 .

(2) د.عبدالرضا حسين الطعان ، ص 310 .

(3) نفس المرجع ، ص 387 إلى 389 .

تضمنه من موضوعات ذات طبيعة دستورية وفقاً للمعيار الموضوعي ، وليس في ذلك أي خروج عن المنطق الذي يسلم به الفقه الدستوري ، فالدستور ليس بالضرورة أن يكون صادراً في وثيقة واحدة ، فمن الممكن أن يصدر في عدة وثائق ومع ذلك يصح الاصطلاح عليه بالدستور⁽¹⁾.

فالوضع في ليبيا هو وجود قوانين دستورية ، تتمتع بصفاتها هذه بالنظر إلى طبيعة الموضوعات التي تتضمنها ، فالتمييز بين النص القانوني العادي ، والنص الدستوري في ليبيا يكون بالنظر إلى طبيعة الموضوعات التي ينظمها كلا النصين ، إذن ، لا فارق إجرائي بين هذين النصين إلا من حيث طبيعة الموضوعات التي ينظمها كل نص ، فتكون النصوص ذات الطبيعة الدستورية أسمى من تلك العادية ، فلا يجوز أن تخالف الأخيرة مضمون ما قضت به النصوص الدستورية ، وهذا التمايز لا تنفرد به النظم السياسية التي تنكر الدستور في صورته الشكلية كالنظام الليبي ، بل إن وجود تمايز بين القوانين العادية والقوانين الأساسية تعرفه حتى النظم ذات الدستور الشكلي ، إذ في ظلها توجد إلى جانب الدستور قوانين تتميز عن القوانين العادية بموضوعات ذات طبيعة دستورية ، مع ملاحظة أن تلك القوانين الأساسية تكون قيمتها القانونية في هذه الدول مساوية للقانون العادي ، فلا تتميز بأي رفعة في مواجهته⁽²⁾. فهل الوضع في ليبيا كذلك ؟ أي هل تتساوى القوانين الأساسية والقوانين العادية ، بحيث يجوز للأخيرة أن تخالف ما قرره الأولى ؟

إن طبيعة النظام الجماهيري ، الذي يقوم على أساس فكرة حكم الشعب لنفسه بنفسه ، ما يعني أنه هو صاحب جميع السلطات ، فهو من يصدر القانون ، وهو من يلغيه ، إن تلك الطبيعة قد تعني أن الشعب حينما يريد تقييد نفسه فإنه يخضع لهذا القيد طواعية ، وفقاً لما يعرف بفكرة التحديد الذاتي للإرادة ، بحيث يملك الشعب أن يتحلل من أي التزام كان قد ألزم نفسه به ، مادام هو صاحب السلطة ، بل إن مثل هذا الفهم لسلطة الشعب قد يقود إلى أبعد من ذلك ، إلى حد القول إن وجود قوانين تقييد إرادة الشعب بعيداً عن فكرة التحديد الذاتي

(1) د.عبدالعزيز محمد سالم ، مرجع سبق ذكره ، ص 38 .

(2) د.محمد عبدالحميد أبو زيد ، سيادة الدستور وضمان تطبيقه ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، 1989 ، ص 49 ، 50 .

للإرادة ، يعني أن الشعب ليس هو الحاكم ، وإن إرادته ليست حرة ، وهذا يتناقض وفلسفة سلطة الشعب ، فهل مثل هذا الفهم له قيمة تستحق التقدير ؟

إن مثل هذا الفهم لا يمكن أن يكون محل قبول في الجملة ، ولا محل رفض في الجملة أيضاً ، ذلك أن المسألة تحتاج إلى التمييز بين نوعين من القيود تفرضها الجماعة - الشعب - على نفسها من خلال المؤتمرات الشعبية ، فإذا كان أصل نشأة القيد هو الشعب ، فإن ذلك يعني أن الشعب أراد أن يخضع نفسه لذلك القيد طواعية ، أي وفقاً لمفهوم التحديد الذاتي للإرادة ، فإن هذا سوف يقود بالضرورة إلى نتيجة مفادها أن الشعب يملك أن يخالف هذا القيد مادام خضوعه له كان خضوعاً إرادياً ، مهما كانت القيمة الدستورية لذلك القيد ، فمثل تلك النصوص لا يمكن الاحتجاج لها بأي قيمة دستورية في مواجهة ما يصدر من قوانين عن المؤتمرات الشعبية .

أما إذا كان القيد الذي ارتضته الجماعة - الشعب - هو من قبيل القيود المتصلة بالحقوق الطبيعية ، كالحق في الحرية والعدالة والمساواة ، فإن دور الجماعة لا يعدو مجرد الكشف عن هذه الحقوق لا إنشاؤها ، فمادامت هذه الحقوق موجودة قبل تدخل إرادة الشعب ، فإن مثل هذه الحقوق سوف تتمتع بالسمو متى كانت من قبيل الحقوق ذات الطبيعة الدستورية ، ومن ثم فإن النصوص التي تتضمن كشافاً عن هذه الحقوق بما تفرضه من قيود سوف تمثل - وبحق - قيوداً دستورية لا يحق للشعب نفسه أن يخالفها ، بل إنه حتى وإن صدر دستور ينبغي ألا يتجاوز ما لهذه النصوص من قيمة دستورية ، لكونها تعبر عن المشروعية الدستورية ، وهي دائماً فوق الدستور نفسه إن وجد⁽¹⁾، إذن حتى في ظل النظام الجماهيري

(1) راجع في شأن ذلك د. محمد عبد الله الحراري ، القيمة العملية للمبادئ المتعلقة بالحقوق والحريات الأساسية ، (دراسة تحليلية للواقع التشريعي والقضائي الليبي) ، بحيث منشور في مجلة الجديد للعلوم الإنسانية ، عدد ممتاز 1 - 2 ، 1997 ، ص 14 - 15 . ويرى د. الحراري إن مخالفة مثل هذه المبادئ في النظام الجماهيري يجب أن يصحح عن طريق المؤتمرات الشعبية ، لا عن طريق القضاء ، فهو يؤمن أن هذه المبادئ تمثل قيوداً إجبارياً على إرادة الشعب ، ولكنه يرفض وفقاً لفلسفة النظام الجماهيري وجود جهة تمارس اختصاصاً رقابياً على الشعب من خارج الشعب ، نفس المرجع ، ص 26 - 27 ، وردا على مثل هذا الفهم لدور المحكمة العليا كمحكمة تمارس الاختصاص بالرقابة على دستورية ما تصدره المؤتمرات من قوانين يؤكد أستاذنا د. الطعان ، إن المحكمة العليا لا يمكن أن تمثل حينما تمارس مثل هذا الدور جهة منافسة للشعب في ممارسة السلطة ، فهو يؤكد أنه إذا كانت المؤتمرات الشعبية الأساسية تمارس سلطتها ، فإنه لا بد من وجود أشخاص فنيين قادرين على وضع

الذي يحكم فيه الشعب نفسه بنفسه ، توجد نصوص دستورية لا يمكن تجاوزها ، هي تلك التي تتضمن حقوقاً ذات طبيعة دستورية ، نشأت قبل نشو الجماعة ، واقتصر دور الأخيرة على مجرد الكشف عنها لا إنشاؤها، ولذا هناك نصوص لا تجوز مخالفتها ، فهي ذات قيمة سامية ، هي تلك المتعلقة بالحقوق الطبيعية للإنسان ، ومن ذلك الحق في الحرية الذي نصت عليه المادة (14) من قانون تعزيز الحرية ، فالقيد الذي أورده هذا النص يعد قيوداً دستورياً لا يجوز للشعب الخروج عنه ، إلا في حدود ما تقتضيه حماية حرية الآخرين ، فخضوعه له ليس خضوعاً طوعياً ، وإنما هو خضوع إجباري يحكم ما لهذا الحق من وجود سابق على اتجاه إرادة الأفراد إلى الكشف عنه ، فهو محدد لإرادتهم سلفاً ، ودورهم اقتصر على مجرد الإفصاح عن وجوده ، وعلى ذلك يتمتع نص المادة (14) المذكور بقيمة دستورية مطلقة لا يجوز معها مخالفة حكمه .

من كل ما تقدم نخلص إلى أن لنص المادة (14) المذكور قيمة قانونية تجعله مؤهلاً للتطبيق أمام المحاكم ، باعتبار نصاً يخاطب السلطتين القضائية والتنفيذية ، فالخطاب فيه ليس موجهاً للمشرع .

إن قيمة نص المادة (14) لا تقف عن حد القيمة القانونية التطبيقية ، فهو نص دستوري لا يجوز للمشرع - الشعب - مخالفته لكون مضمونه من قبيل الحقوق الطبيعية التي لم يخضع الشعب نفسه لها بإرادته ، وإنما هو خاضع لها بحكم ودوره اقتصر على مجرد الكشف عنها فلا يجوز له مخالفتها .

إذا كانت هذه هي القيمة القانونية لهذا النص ، فما الأثر الذي أحدثه صدوره في النظام القانوني الليبي ، وبكلمة أخرى ، هل لهذا النص أثر فيما يتعلق بشروط القبض

إرادة الشعب موضع التطبيق ، ولذا فإن اللجان الشعبية المختصة وجدت لهذا الغرض دون أن تعتبر منافسة للشعب في ممارسة السلطة ، فالمحكمة العليا حينما تمارس اختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين فهي تمارس اختصاصاً فنياً ، فهي سوف تضع رقابة الشعب على نفسه موضع التنفيذ ، فالمحكمة العليا وفقاً لذلك تمارس اختصاصها هذا بناء على إرادة الشعب الذي منحها إياه بموجب القانون الصادر عنه ، إذن فالمحكمة العليا حينما تلغي قانوناً غير دستوري ، فهي تمارس اختصاصاً نوعياً أسنده لها الشعب صاحب السلطة وفق فلسفة النظرية بموجب قانون صادر عنه ، وهذا الفهم تنتفي معه فكره التناقض بين ما للمحكمة العليا من دور في الرقابة على دستورية القوانين وما للشعب من سلطة لا يناقضه عليها أحد ، د. عبد الرضا حسن الطعان ، مرجع سبق ذكره ، ص 369 إلى 398 .

وحول القيمة القانونية للمبادئ الدستورية غير المكتوبة ، مالها وما عليها ، راجع د. عبد العزيز محمد سالم ، مرجع سبق ذكره ، ص 57 ، 58 ، 59 .

والاستجواب والحبس الاحتياطي كإجراءات ماسة بالحرية ، فهذه الإجراءات قد نضمها
المشرع الليبي بموجب قانون الإجراءات الجنائية ، فما حقيقة التعارض بين ما هو مقرر في هذا
القانون الأخير و ما نصت عليه المادة (14) المعنية ؟ إن هذا السؤال هو ما سنحجب عنه في
المطلب التالي.

المطلب الثاني مشروعية القبض والاستجواب والحبس الاحتياطي في ضوء المادة (14) من قانون تعزيز الحرية

بعد أن انتهينا إلى أن المادة (14) موضوع البحث من المواد ذات القيمة القانونية التطبيقية الدستورية ، فإن التساؤل الذي يطرح بعد هذه النتيجة ، ما الأثر الذي أحدثه صدور هذه المادة في النظام الإجرائي الجنائي الليبي ، فهذه المادة أشارت إلى أن القبض والاستجواب لا يكونان إلا ضد شخص متهم وبعد صدور إذن من السلطة القضائية ، كما أشارت إلى أن الحبس الاحتياطي يجب أن يلجأ إليه لغرض محدد وهو ضرورة التحقيق وحفظ الدليل وذلك بأقصر مدة .

فما أشارت إليه من ضرورة صدور إذن قضائي بالقبض والاستجواب واشتراط كون الشخص متهماً لاتخاذ هذه الإجراءات ضده ، يثير مسألة التعارض مع ما نصت عليه المادة (24) من قانون الإجراءات الجنائية ، والتي تحيز لمأمور الضبط القضائي في حالات محددة ستعرض لها في حينه ، أن يباشر القبض بغير إذن من السلطة القضائية، فما حقيقة هذا التعارض ، وما الأثر المترتب عليه ؟

وهل يجوز الاستجواب بمجرد الحصول على إذن لمأمور الضبط القضائي في غير الأحوال المحددة في المادة (55) .

إن المادة (14) المذكورة قد جعلت للحبس الاحتياطي مبرراً لا يتخذ إلا في حالة توافره ، كما حددت له أمداً بحيث يكون لأقصر مدة ، فماذا لو أن جهة التحقيق قد تجاوزت هذا القيد ، وأمرت بالحبس تحقيقاً لغاية غير تلك التي توختها المادة (14) ، أو أن الحبس قد طال مداه دون مبرر ، ألك ذلك أثر قانوني ؟

إن هذه التساؤلات هي ما سنحاول الإجابة عنها في الفروع التالية :

- الفرع الأول : مشروعية القبض بمعرفة مأمور الضبط القضائي .
- الفرع الثاني : مشروعية الاستجواب بمعرفة مأمور الضبط القضائي .
- الفرع الثالث : مشروعية الحبس الاحتياطي .

إدارة القضايا

الفرع الأول مشروعية القبض بمعرفة مأمور الضبط القضائي

في ظل المادة (14) من قانون تعزيز الحرية يتور التساؤل حول صلاحية مأمور الضبط القضائي في القيام بالقبض ، فبعد أن كان يملك القيام بهذا الإجراء دون حاجة للحصول على إذن بذلك من أي جهة قضائية في الحالات المحددة حصراً في المادة (24) والتي تخوله القبض على المتهم الحاضر إذا وجدت دلائل كافية على اتهمه في الأحوال الآتية :

1. الجنايات عموماً .
 2. الجح المتلبس بها⁽¹⁾ والمعاقب عليها بالحبس مدة تزيد على ثلاثة أشهر .
 3. إذا كانت الجريمة جنحة معاقباً عليها بالحبس وكان المتهم موضوعاً تحت مراقبة البوليس أو كان قد صدر إليه إنذار باعتباره متشرداً أو مشتبهاً به ، أو لم يكن له محل ثابت ومعروف في ليبيا .
 4. في جنح السرقة والنصب والتعدي الشديد ، ومقاومة رجال السلطة العامة بالقوة أو بالعنف والقوادة وانتهاك حرمة الآداب ، والمواد المخدرة .
- فإنه بصدور المادة (14) أصبح القبض لا يجوز من قبل مأمور الضبط القضائي إلا بعد الحصول على إذن من النيابة العامة أو أي جهة من الجهات القضائية ، وقيل أن نستعرض المشكلة فإننا نرى ضرورة تحديد ما عنته المادة (14) بقولها " لا يجوز سلب أو تقييد حرية أي إنسان إلا في حالة اتهمه بارتكاب فعل معاقب عليه قانوناً ... " فهل القبض لا يجوز إلا ضد من اتهمته النيابة العامة بارتكاب الجريمة ، بحيث يمتنع قبل ذلك اتخاذ هذا الإجراء ؟

(1) عرفت المادة (20) من قانون الإجراءات الجنائية التلبس بأنه " تكون الجريمة متلبساً بها حال ارتكابها أو عقب ارتكابها ببرهنة يسيرة ، وتعتبر الجريمة متلبساً بها إذا اتبع المجني عليه مرتكبها وتبعته العامة مع الصياح إثر وقوعها ، أو إذا وجد مرتكبها بعد وقوعها بوقت قريب حاملاً آلات أو أسلحة أو أمتعة أو أوراقاً أو أشياء أخرى يستدل منها على أنه فاعل أو شريك فيها ، إذا وجدت به في هذا الوقت آثار أو علامات تفيد ذلك "

إذا كان الاتهام بالمعنى الفني للكلمة ، يعني مواجهة المتهم من قبل النيابة العامة بالتهمة المسندة إليه أو باتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق ضده⁽¹⁾ ، فإن اشتراط الاتهام في سياق المادة (14) قد يفرغ إجراء القبض من محتواه في كثير من الأحوال ، فالمتهم المائل أمام النيابة قد يكون من العبث الأمر بالقبض عليه ، فالقبض يكون ضرورة لمن عداه ممن لم يمثل طواعية أمامها ، والمتهم غير الحاضر لا يمكن عده متهماً إلا باتخاذ إجراء من إجراءات التحقيق وهو ما يستبعد القبض من دائرة هذه الإجراءات رغم أهميته في مثل هذه الحالة ، لا لشيئ إلا لأن الشخص لم تثبت له صفة المتهم ، وهو ما من شأنه أن يفرغ إجراء القبض من محتواه .

وعلى ذلك نعتقد أن فهم عبارة الاتهام الواردة بالنص إنما يقصد بها الدلائل الكافية على ارتكاب الجريمة ، خصوصاً إذا علمنا أن المادة (24) إجراءات جنائية قد استعملت عبارة المتهم الحاضر الذي توجد دلائل على اتمامه ، فلفظ المتهم هنا لم يختلف الفقه على أن قصد المشرع ينصرف به للمعنى العام ، أي الشخص الذي توجد دلائل على اتمامه ، ولذا فإننا نعتقد أن المادتين 14 و 24 المذكورتين متفقتان بشأن هذا الشرط ، دون أن تفهم عبارة المادة (14) بأكثر من ذلك ، وإلا أفرغ النص من محتواه.

إذا كان هذا الشأن بالنسبة لهذا الجزء من النص ، فما حقيقة التعارض بين النصين ونطاقه وما الأثر المترتب على ذلك ؟

1) حقيقة التعارض بين نصي المادتين 14 - 24 المعنيتين ونطاقه في شأن إجراء القبض :

عرفنا مما سبق أن المادة (24) إجراءات تجيز لمأمور الضبط القضائي القبض على المتهم في حالات ووردت حصراً ، وأن المادة (14) من قانون تعزيز الحرية أوجبت في العموم أن يصدر إذن بالقبض من جهة قضائية ، فهل هناك من تعارض بين النصين ؟

لقد أتيت محكمة النقض المصرية أن تقول رأياً في مسألة مشاهمة أثرت بشأن التعارض بين نص المادة (47) إجراءات جنائية مصري ، والمادة (44) من الدستور المصري ، حيث

(1) يعتبر الشخص متهماً إذا وجه له الاتهام بواسطة تحريك الدعوى الجنائية ضده ، د. أحمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية ، المجلد الأول ، الجزء الأول والثاني ، ط 4 ، 1981 ف ، ص 212 .

تجبر المادة (47) لمأمور الضبط القضائي تفتيش منازل المتهمين في حالة التلبس بجناية أو جنحة وفق شروط محددة دون الحصول على إذن بذلك من أي جهة قضائية ، وجاء الدستور فيما بعد مخالفاً لمقتضى هذا النص ، حيث قررت المادة (44) أن " للمساكن حرمة فلا يجوز دخولها أو تفتيشها إلا بأمر قضائي مسبب وفقاً لأحكام القانون "، فقررت المحكمة بشأن هذا التعارض أنه ((ولما كان الدستور قد نص في المادة (44) منه على أن " للمساكن حرمة فلا يجوز دخولها أو تفتيشها إلا بأمر قضائي مسبب وفقاً لأحكام القانون " وهو نص عام مطلق لم يرد عليه ما يخصصه أو يقيد به ما مؤداه أن هذا النص الدستوري يستلزم في جميع أحوال تفتيش المساكن صدور الأمر القضائي المسبب ... ولما كان مفاد ما قضى به نص المادة (47) من قانون الإجراءات الجنائية من تخويل مأمور الضبط القضائي الحق في إجراء تفتيش مسكن المتهم في حالة التلبس بجناية أو جنحة دون أن يصدر له أمر قضائي مسبب ممن يملك سلطة التحقيق ، يخالف حكم المادة (44) من الدستور على النحو السالف بيانه⁽¹⁾، فالواضح من حيثيات هذا الحكم أن المحكمة قد اعتبرت أن عموم نص المادة (44) من الدستور كافٍ للقول إن نص المادة (47) إجراءات رغم صدوره في شأن حالة التلبس ، متعارضاً وأحكام الدستور، فهل وفقاً لهذا الفهم يمكن القول إن نص المادة (14) من قانون تعزيز الحرية بعمومه سيكون متعارضاً مع ما قضت به المادة (24) إجراءات ليبي رغم ورود النص فيها على حالة التلبس ، بحيث تكون هذه الحالة الأخيرة مخالفة لحكم المادة (14) ؟

إن من المتفق عليه حتى يقال إن نصاً مخالفاً أو متعارضاً مع نص لاحق يجب أن يتساوى النصفان من حيث العموم والخصوص ، فالنص مهما علا شأنه كنص دستوري لا يكون ما سبقه من النصوص متعارضاً معه إلا إذا كان كلا النصين قد تناولا حكماً واحداً من حيث العموم والخصوص ، وتطبيق ذلك في شأن نص المادتين 14 - 24 موضعاً البحث ، نلاحظ أن المادة (14) قد أشارت في عمومها إلى عدم جواز القبض إلا بصدور إذن قضائي ، أما المادة (24) / ثانياً فقد أشارت إلى جواز القبض في حالة التلبس ، وبتقديرنا فإن التعارض بين النصين يكون فيما عدا هذه الحالة ، أي فيما عدا حالة التلبس ، فالقبض في الجنايات عموماً وفقاً

(1) محكمة النقض المصرية ، طعن جنائي رقم 1027 ق . جلسة 1985/11/20 م . مشار إليه عند د.حسن علام ، مرجع سبق ذكره ، ص 155 .

للمادة (24) يكون متعارضاً مع حكم المادة (14) وكذلك ما ورد النص عليه بشأن المتهم الموضوع تحت مراقبة البوليس ... وجنح السرقة والنصب ... راجع المادة (24) إجراءات ، فما ورد بهذا النص بشأن ذلك يكون متعارضاً مع نص المادة (14) من حيث وجوب الحصول الإذن من الجهة القضائية ، ولكن متى كانت الجريمة جنحة متلبس بها وكان القانون يعاقب عليها بالحبس مدة تزيد على ثلاثة أشهر ، فإن القبض في هذه الحالة بمعرفة مأمور الضبط القضائي دون الحصول على إذن بذلك من جهة قضائية ليس فيه مخالفة لنص المادة (14) ، فاشتراط حالة التلبس في مثل هذه الحالة وفقاً لما نصت عليه المادة (24) / ثانياً ، يعتبر حكماً خاصاً في مواجهة نص المادة (14) فلا يقوم التعارض بينهما ، فالتلبس كظرف عيني يجعل من اشتراطه بمثابة صفة خاصة بالجريمة تميزها بالخصوصية في مواجهة الجرائم المعنية بالمادة (14) ، فالتخصيص عند الأصوليين من حالاته استلزام صفة معينة ، والتلبس صفة خاصة استلزمها المشرع في المادة (24) لتمييز بذلك عن الطائفة التي عنتها المادة (14) ، أما ما ورد بالمادة (24) / أولاً وثالثاً ورابعاً ، لا يمكن اعتباره حكماً خاصاً في مواجهة نص المادة (14) فالعبرة دائماً بصفة الجريمة في تقرير جواز القبض من عدمه ، ولذا حتى يقال إن هناك خصوصية للنص ، لا بد أن يضيفي شرط للجريمة ليتمكن القول بالخصوصية التي نعنيها لنفي التعارض بين النصين ، ولذا فإن التعارض لا ينشأ بين نصي المادتين إلا في حدود ما نصت عليه المادة (24) أولاً ، ثالثاً ، رابعاً ، أما بشأن حالة التلبس فهي حكم خاص ، ولا هداية هنا بما قضت به محكمة النقض المصرية ، لاعتقادنا أن المحكمة لم توفق حينما تجاهلت خصوصية نص المادة (47) إجراءات لكونها تتعلق بحالة التلبس ، والدستور في المادة (44) قد ورد نصه عاماً ، ما كان يقتضي تجاوز فكرة التعارض واعتبار المادة (47) نصاً خاصاً يطبق كاستثناء في مواجهة نص المادة (44) ، دون أن يكون في ذلك انتهاك لحرمة الدستور ، فالنص يكون مارقاً على الدستور أو مخالفاً له إذا نشأ بينهما التعارض ، أما قيام صفة الخصوصية للنص الأدنى تمنع شبهة التعارض بينهما ، فالمحكمة حينما قررت في حكمها المذكور أن نص الدستور قد ورد عاماً لم يرد ما يخصصه ، فإنها قد تجاهلت أن القيد على النص لا يشترط وروده في النص نفسه ، فالتقييد يتحقق بوجود نص مستقل يتمتع بالخصوصية ، ما من شأنه تقييد النص العام ، ولا

يصح - بتقديرنا - القول إن النص الأدنى لا يقيد النص الدستوري ، إذ في ذلك خلط بين التقييد والتعارض ، فالتقييد يعني أن النص العام لا يتناول الحكم الذي نظمته النص الخاص ، وهذا فهم يتعد عن معنى التعارض ، ما يُقبل معه وجود نص خاص لا يتعارض مع الدستور ولا يخضع في نفس الوقت لحكمه .

إذن ؛ في حدود القانون الليبي لا يكون هناك تعارض بين نصي المادة (24) والمادة (14) فيما يتعلق بحالة التلبس بالنسبة للجنح وفقاً لما حدده النص .

ولكن هل يمكن الاعتراض على مثل هذا الفهم بأن المشرع في المادة (35) من قانون تعزيز الحرية حينما أراد أن يعتد بحالة التلبس بشأن تفتيش المنازل نص على ذلك صراحة ، فلو كان يريد استثناء حالة التلبس من لزوم الحصول على إذن بالنسبة للقبض ، لنص على ذلك كما فعل بالنسبة لتفتيش المنازل ، أما وأنه لم يفعل ، فإن ذلك يدل على أن المشرع لم يعتد بحالة التلبس بشأن القبض ؟

إن هذا الاعتراض يمكن الرد عليه بأن المشرع حينما أجاز تفتيش المنازل في حالة التلبس دون الحصول على إذن رغم خطورة هذا الإجراء بالقياس على القبض ، فإن ذلك يؤكد أنه يعتد بحالة التلبس بالنسبة للقبض أيضاً ، فمادامت حالة التلبس تجيز تفتيش المنازل دون إذن وهو إجراء خطير ، فإن القبض يكون جائزاً في مثل هذه الحالة لكونه أقل خطورة ، فالنص على حالة التلبس بالنسبة لتفتيش المنازل ، لا يقدر في الاعتداد بها بالنسبة للقبض رغم عدم النص عليها صراحة في قانون تعزيز الحرية بالنسبة لهذا الإجراء .

ولكن ما هو الشأن بالنسبة للجنابة المتلبس بها ، فالمادة (24) / أولاً ، أشسارت إلى جواز القبض في الجنابات عموماً دون تخصص لحالة التلبس ، فهل القبض على المتلبس بالجنابة دون إذن قضائي يعد مخالفاً لنص المادة (14) ؟

لم يكن المشرع بحاجة للنص على حكم الجنابات المتلبس بها بصدد تحديده لحالات القبض بالمادة (24) ، باعتبار أن الجنابات عموماً يجوز فيها القبض سواء في حالة التلبس أو فيما عداها متى توافرت الشروط الأخرى المنصوص عليها بذات النص ، و ذلك خلافاً للجنح

التي لا يجوز كأصل عام القبض على مرتكبيها بمعرفة مأمور الضبط إلا في الحالات المحددة في النص المذكور ، لذا كانت حالة التلبس من ضمن الحالات التي ورد ذكرها ، ومن ثم فإن مسلك المشرع في عدم اختصاص الجنايات المتلبس بها بحكم مرده عموم النص بشأنها بحيث يستوعب الحالتين دون تمييز، وبصدور القانون رقم 20 بشأن تعزيز الحرية قام التعارض بين النصين ، ولعلنا قد أشرنا آنفاً أن نص المادة (14) من هذا القانون هو نص عام في شأن القبض ، فلم يحدد نوع الجريمة ، ولذا فإننا نعتقد أنه لا يتعارض حكمه وصلاحيته مأمور الضبط القضائي في شأن الجنايات المتلبس بها ، إذ سيظل حكمها حكماً خاصاً ، فإذا كان المشرع لم يعطها حكماً خاصاً ، فإن ذلك مرده ما أشرنا إليه آنفاً ، ولذا فإن خصوصية الجناية المتلبس بها تستمد من مقتضى هذا الفهم ، فإن لم يكن مثل هذا التفسير مقبولاً فإن القياس على ما ورد بشأن الجناح المتلبس بها يبدو لنا هو السند في استثناء الجناية المتلبس بها من حكم المادة (14) ، فإذا كنا قد انتهينا إلى أن نص المادة (24) إجراءات يعتبر نصاً خاصاً بشأن الجناح المتلبس بها في مواجهة المادة (14) آنفة الذكر ، بحيث يتعدم التعارض بينهما ، فإنه ومن باب أولى أن يعطى هذا الحكم للجناية في حالة التلبس ، فيكون للمأمور الضبط القضائي صلاحية القبض على المتهم الحاضر دون حاجة للحصول على إذن بذلك ، ولا يقدر في هذا الفهم أن حكم المادة (24) بشأن الجناح المتلبس بها بصدور المادة (14) من قانون تعزيز الحرية يعد حكماً استثنائياً ، بمقولة إن الأصل عدم جواز القبض إلا بإذن ، والاستثناء جوازه في حالة التلبس ، بحيث يمتنع بذلك القياس ، إذ الاستثناء لا يقاس عليه ، فهذا يرد عليه بأن حظر القياس على الاستثناء ليس قاعدة مستقرة ، إذ شرطها ألا تكون العلة متعدية ، فإن كانت كذلك فجاز القياس⁽¹⁾ ، أي حينما لا تكون العلة قاصرة على الحالة المستثناء ، فإن القياس يكون جائزاً ، وهذا الفهم يمكن تطبيقه بشأن الجناية المتلبس بها ، فإجازة القبض بالنسبة للجناح المعنية علته حالة التلبس ، فإذا كانت هذه الأخيرة تميز عند توافرها القبض على مرتكب الجناحة ، فإنه من باب أولى أن تميز ذلك بالنسبة لمرتكب الجناية ، ولا يطعن في ذلك بالقول إن القياس لا يكون في مجال الإجراءات لغير مصلحة المتهم ، ذلك أن المتهم لا مصلحة له تستحق الرعاية في هذه

(1) د. عوض محمد ، قانون العقوبات والقسم العام ، دار المطبوعات الجامعية ، 1998 ، ص 13 .

الحالة ، بدليل أن القانون أجاز القبض عليه دون إذن في حالة تلبسه بجنحة ، ما يعني أنه في حالة التلبس لا يكون للمتهم مصلحة ترعى في مواجهة إجراء القبض ، ما يجعل من القياس في مثل تلك الحالة مشروعاً ، إذ في حالة التلبس تدر مصلحة المتهم ، ولذا فإن مأمور الضبط القضائي لا يحتاج لإذن قضائي للقبض على مرتكب الجنحة المعاقب عليها بالحبس مدة تزيد عن ثلاثة أشهر، وكذلك حال الجناية المتلبس بها من باب أولى .

إن إجازة القبض في حالة التلبس أساسه حالة الضرورة الإجرائية التشريعية ، والتي تقتضي التضحية ببعض حقوق المتهم ، دون أن يكون في ذلك خروج عن الشرعية الإجرائية ، ولا مساس بالقيمة الدستورية للحق في الحرية⁽¹⁾ .

وخلاصة ما تقدم أنه لا تعارض بين نصي المادتين (24) إجراءات والمادة (14) من قانون تعزيز الحرية ، بشأن الجناية والجنحة عند التلبس بهما ، باعتبار أن نص المادة (24) بشأنهما يعد نصاً خاصاً⁽²⁾ يقيد عموم نص المادة (14) ، فالتعارض إذن ينشأ بين المادتين في شأن الجنائيات غير المتلبس بها ، والجنح المنصوص عليها في المادة (24) / ثالثاً ، رابعاً ، باعتبار أن هذه الحالات لا تتمتع بخصوصية في مواجهة المادة (14) .

وعلى ذلك يجوز لمأمور الضبط القضائي في حالة التلبس القبض على المتهم إذا توافرت الشروط المنصوص عليها بالمادة (24) سالفة الذكر .

2) الأثر المترتب على التعارض بين نصي المادتين 24 ، 14 المعنيتين :

كنا قد انتهينا إلى أنه لا تعارض بين هاتين المادتين بشأن القبض في حالتي الجنح المتلبس بها والمعاقب عليها بالحبس مدة تزيد عن شهر ، والجنائيات المتلبس بها ، ولذا فإننا حينما نتناول الأثر المترتب على التعارض بطبيعة الحال نستبعد هاتين الحالتين ، ليكون البحث منصرفاً لما عداهما من حالات نصت عليها المادة (24) إجراءات ، فإذا كانت هذه المادة الأخيرة عند

(1) حول مفهوم الضرورة الإجرائية راجع أ.المبروك الفاخري ، العمل بنظرية الضرورة في ظل الشرعية الإجرائية ، بحث منشور بمجلة دراسات قانونية ، المجلد السادس عشر ، السنة السادسة عشر ، 2007 ، ص 288 .

(2) وهو ما يوافق ما نصت عليه المادة (41) من الدستور المصري ، والتي تجيز لمأمور الضبط القضائي القبض في حالتي التلبس بجنابة أو جنحة ، دون الحصول على إذن قضائي .

صدورها موافقة للنظام القانوني القائم إلى أن صدر القانون رقم (20) لسنة 1991م بشأن تعزيز الحرية بما تضمنه من أحكام تعارض وإياها ، فإن ذلك يثير التساؤل حول أثر هذا التعارض ، فهل يترتب عليه فقدان المادة (24) في حدود التعارض لدستوريتها لتبدو نصاً غير دستوري نظراً لصدور نص دستوري لاحق عليها متعارض معها جزئياً ، أم أن صدور مثل هذا النص الأخير يترتب عليه إلغائها جزئياً في حدود التعارض ؟

لقد أتيح للمحكمة الدستورية العليا المصرية فرصة الفصل في مثل هذا المسألة بمناسبة قضية مماثلة من الناحية القانونية لما نحن بصدده ، حيث قررت المحكمة أنه بصدور الدستور تصبح القوانين القائمة قبل نفاذه والتعارضه معه في الحكم قوانين غير دستورية ، بحيث تكون معطلة إلى أن يطعن فيها بعدم الدستورية لإلغائها ، ومما جاء في حيثيات حكمها في هذا الشأن " ... لما كان ذلك وكانت المادة (47) من قانون الإجراءات الجنائية الصادر بالقانون رقم 150 لسنة 1950 - المطعون فيها - تنص على أن لمأمور الضبط القضائي في حالة التلبس بجناية أو جنحة أن يفتش منزل المتهم ويضبط فيه الأشياء والأوراق التي تفيد في كشف الحقيقة إذا اتضح له من أمارات قوية أنها موجودة فيه ، ما مفاده تخويل مأمور الضبط القضائي الحق في إجراء تفتيش مسكن المتهم في حالة التلبس بجناية أو جنحة دون أن يصدر له أمر قضائي مسبب ممن يملك سلطة التحقيق ، وهو ما يخالف حكم المادة (44) من الدستور على ما سلف بيانه ، الأمر الذي يتعين معه الحكم بعدم دستورية المادة (47) من قانون الإجراءات الجنائية"⁽¹⁾ . فالملاحظ أن الدستور الذي تحدثت عنه المحكمة صدر سنة 1971 ف ، وقانون الإجراءات الجنائية الذي تضمن المادة (47) صادر قبل نفاذ الدستور المعني . أي سنة 1950 ف ، ومع ذلك قررت المحكمة عدم دستورية هذا النص .

ونحن من جانبنا لا نتفق مع المحكمة في فهمها هذا ، ذلك أنه يلزم لو صم القانون بعدم الدستورية أن يكون وقت صدوره جاء بأحكام مخالفة للدستور النافذ ، أما إذا كان وقت ذلك متفقاً وأحكام الدستور ثم صدر نص دستوري مخالف له ، فإننا في هذه الحالة لا نكون بصدد

(1) المحكمة الدستورية العليا بمصر ، طعن رقم (5) ، لسنة 4 ق دستورية ، مشار إليه عند د.حسن علام ، مرجع سبق ذكره ، ص 154 .

عدم دستورية ، وإنما بصدد إلغاء ضمني للنص المخالف للدستور ، ذلك أن مجازاة المحكمة في فهمها هذا يؤدي إلى نتائج في غاية الشذوذ تتمثل في الآتي :

1. إن التسليم بفهم المحكمة يعني أن الدستور حينما يصدر لا يترتب على صدوره إلغاء القوانين النافذة قبله إذا خالف حكمها ، وإنما يقتصر أثر ذلك على مجرد وضمها بعدم الدستورية ، ما يعني أن إلغائها يقتضي تدخلاً قضائياً من خلال الطعن عليها بعدم الدستورية . فقبل ذلك الإجراء تظل هذه القوانين نافذة ، وإن كانت غير قابلة للتطبيق لعدم دستورتها ، وفي ذلك - حسب رأينا - إنقاص من شأن النص الدستوري ، فإذا كان من المسلم به أن النص القانوني العادي اللاحق يلغي النص السابق المتعارض معه في الحكم - مع مراعاة العموم والخصوص - الغاءً ذاتياً ، فإن تجريد الدستور من هذه الخاصية التي يفترض تمتعه بها كتشريع له خصائص التشريع العادي وزيادة بوصفه الأسمى ، يعد فاقداً للسند القانوني والمنطقي ، لاسيما وأن الاكتفاء بالنصي على مثل تلك القوانين بعدم الدستوري فيه مجافاة للواقع ، إذ أنها وقت صدورها - وهو المعتد به - لم تكن مخالفة لأحكام الدستور النافذ .

2. إن ما تذهب إليه المحكمة من شأنه - لو سايرناه فيه - أن يؤدي إلى نتائج غير مقبولة ، فإذا قبلنا أن القانون النافذ قبل صدور الدستور سيصبح غير دستوري إذا خالف الدستور الجديد حكمه ، فإن ذلك يعني أن هذا القانون سوف يكون محلاً للطعن عليه بعدم الدستورية لأنه - حسب فهم المحكمة - لم يبلغ تلقائياً ، فيلغى بحكم قضائي ، ومن المعلوم أن إلغاء القانون لعدم الدستورية يمتد أثره إلى إعدام التشريع من تاريخ صدوره ، بحيث يعتبر هو والعدم سواء ، فلا يعتد بالمراكز القانونية التي نشأت في ظلها ما لم تكن قد تحصنت بالتقادم⁽¹⁾ ، فإذا طبقنا هذا المعنى على ما تقدم فإن

(1) راجع في هذا المعنى ، د. محمد عبدالواحد الجميلي ، آثار الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا ، دار النهضة العربية ، 2002 ف ، ص 62 وما بعدها.

لم يضع المشرع الليبي نصاً يقرر هذا الحكم خلافاً للمشرع المصري ، غير أن تطبيقه يتأتى بإعمال القواعد العامة للبطلان ، فإذا كان النص غير الدستوري يلغى لعدم الدستورية بوصفه قانوناً باطلاً ، فإن أثر هذا البطلان يمتد للماضي تطبيقاً للقواعد التي تحكم البطلان ، ما يعني اعتبار هذا القانون كأن لم

ذلك يعني إلغاء القانون السابق على صدور الدستور عند مخالفته لهذا الأخير لعدم الدستورية عن طريق القضاء ، ومن ثم عدم الاعتداد بجمع المراكز القانونية التي نشأت بالاستناد إليه ، حتى تلك التي نشأت في ظل الدستور الذي يوافق القانون أحكامه ، وهي نتيجة في غاية الشذوذ لا يمكن قبولها ، ومردّها في الواقع فهم المحكمة لفكرة عدم الدستورية على نحو يخالف معناها الصحيح ، فلكي تطبق أحكام عدم الدستورية يجب أن يكون القانون المخالف للدستور قد صدر في وقت لاحق لنفاذ هذا الأخير ، أما العكس ، أي حالة صدور الدستور متضمناً أحكاماً تخالف ما تضمنته القوانين القائمة ، فإن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى إلغاء تلك القوانين إلغاءً ضمياً ، وبطريقة تلقائية ، تطبيقاً لأحكام الإلغاء الضمني ، بحيث تشطب تلك القوانين في حدود التعارض من قائمة القوانين النافذة .

إن هذا المعنى هو الذي تبنته محكمة النقض المصرية بشأن نظرها في مدى دستورية المادة (47) إجراءات - في مناسبة أخرى - مخالفة بذلك موقف المحكمة الدستورية ، حيث قضت : « ... ولما كان مفاد ما قضى به نص المادة (47) من قانون الإجراءات الجنائية من تخويل مأمور الضبط القضائي الحق في إجراء تفتيش في حالة التلبس بجناية أو جنحة دون أن يصدر له أمر قضائي مسبب ممن يملك سلطة التحقيق ، يخالف حكم المادة (44) من الدستور على النحو السالف بيانه ، فإن حكم المادة (47) من قانون الإجراءات الجنائية يعتبر منسوخاً ضمناً بقوة الدستور نفسه منذ العمل بأحكامه ، دون تربع صدور قانون أدنى ، ويكون دخول المسكن وتفتيشه بأمر قضائي مسبب لا مندوحة عنه منذ ذلك التاريخ »⁽¹⁾.

وعلى ذلك فإن صدور الدستور - أو النص الدستوري - يترتب عليه إلغاء القوانين النافذة وقت صدوره إلغاءً ضمياً في حالة التعارض ، وهذا الحكم هو ما نرى تطبيقه بشأن التعارض بين المادتين (24) إجراءات و (14) تعزيز الحرية ، بحيث تعتبر المادة (24) ملغاة جزئياً في حدود التعارض ، فلا يجوز لمأمور الضبط القضائي القبض إلا بإذن من جهة قضائية ،

يكن .
(1) محكمة النقض المصرية ، طعن رقم 1027 ، 36 ق ، جلسة 20 - 11 - 1985 ، مشار إليه عند د.حسن علام ، مرجع سبق ذكره ، ص 155.

ولا يستثنى من ذلك إلا حالة التلبس بجناية أو جنحة وفقاً لما قدمنا .

على أنه إذا صدر قانون لاحق لقانون تعزيز الحرية مخالف لمقتضاه ، بأن يميز لمأمور الضبط القضائي القبض دون إذن في جميع الأحوال ، فإن هذا القانون سيبدو باعتباره قانوناً غير دستوري يستأهل الطعن عليه بالإلغاء لعدم الدستورية ، ومن ذلك ما قضت به المادة (54) من القانون رقم (2) لسنة 1375 و.ر بتنظيم التفتيش والرقابة الشعبية⁽¹⁾، حيث منح هذا النص لمأمور الضبط القضائي ممارسة جميع الصلاحيات المخولة للنيابة العامة مما نص عليه في الباب الرابع من الكتاب الأول من الإجراءات الجنائية ، متى أسفر التحقيق عن اكتشاف جريمة جنائية ، ما يعني أن مأمور الضبط القضائي بموجب هذا النص يملك القبض على المتهم دون إذن ، وذلك وفقاً للمادة (111) بدلالة المادة (172) إجراءات جنائية ، وهذا النص يعد مخالفاً لما تقضي به المادة (14) من قانون تعزيز الحرية ، ما من شأنه أن يصم نص المادة (54) المذكور بعدم الدستورية ، ما يقتضي الطعن عليه بالإلغاء بهذه المثابة⁽²⁾.

-
- (1) القانون رقم (2) بشأن تنظيم التفتيش والرقابة الشعبية ، مدونه التشريعات ، العدد الأول ، السنة 7 .
(2) في هذا المعنى راجع د. الهادي أبو حمرة . نظرة في نظام الحبس الاحتياطي ، بحث منشور بمجلة إدارة القضايا ، العدد (11) السنة السادسة ، 2007 ف ، ص 93 .

الفرع الثاني مشروعية الاستجواب بمعرفة أمور الضبط القضائي

الذي نفهم عليه نص المادة (14) من قانون تعزيز الحرية ، إن ما ورد بشأن الاستجواب الخطاب فيه موجهة لمأمور الضبط القضائي لا للنيابة العامة ، بدليل أن المشرع استعمل مصطلح الحصول على إذن من جهة قضائية ، فالمشرع في المادة المذكورة حينما استلزم للقيام بالاستجواب الحصول على إذن من جهة قضائية فإنه كان يخاطب جهة غير قضائية ، حيث جاء في المادة (14) بهذا الشأن " لا يجوز ... أو استجوابه إلا في حالة إقامه بارتكاب فعل معاقب عليه قانوناً من جهة قضائية مختصة " ما يعني أن ظاهر النص يعطي لمأمور الضبط القضائي صلاحية الاستجواب بشرط الحصول على إذن قضائي ، وإذا كان قانون تعزيز الحرية يهدف إلى حماية الحرية الشخصية ، فإنه بهذا النص وحسب الفهم الظاهر قد يكون خالف حكمته ، لكونه وسع في صلاحيات مأمور الضبط القضائي في شأن الاستجواب ، إذ المستقر وفقاً لقانون الإجراءات الجنائية أن مأمور الضبط القضائي لا يملك مباشرة إجراء الاستجواب حتى في حالة ندبه للتحقيق (م54) ، فالاستجواب محظور على مأمور الضبط القضائي في حالة الندب متى كان يخشى فوات الوقت ، وكان الاستجواب متصلاً بالعمل المندوب له ولازماً في كشف الحقيقة ، ولاشك أن إجازة الاستجواب في هذه الحالة ما هي إلا تطبيق لحالة الضرورة الإجرائية التشريعية⁽¹⁾ ، فمأمور الضبط القضائي وفقاً لنصوص قانون الإجراءات لا يجوز له القيام بهذا الإجراء إلا عند الضرورة ، فهل يكون قانون تعزيز الحرية وسع من صلاحيات مأمور الضبط القضائي ؟

في البداية علينا أن نؤكد أن الاستجواب لا يبدو فقط باعتباره إجراء مرهقاً للمتهم ، فهو - أي الاستجواب - فضلاً عن كونه إجراءً يقصد به إثبات الجريمة ، فهو حق للمتهم ليثبت براءته من خلال الرد على الأدلة المطروح ضده⁽²⁾.

(1) أ.المبروك الفاخري ، مرجع سبق ذكره ، ص 288 .

(2) د.أحمد فتحي سرور ، مرجع سبق ذكره ، ص 393 ، والاستجواب نوعان ، حقيقي ، وهو يتمثل في توجيه التهمة ، ومناقشة المتهم تفصيلاً عنها ، ومواجهته بالأدلة القائمة ضده . =

ولذا يجب ألا ينظر دائماً للاستجواب باعتباره يمس حرية المتهم ، ولكن تبدو خطورة هذا الإجراء في كونه يتضمن مناقشة المتهم تفصيلاً في الأدلة المطروح ضده ، ما قد يسفر عنه اعترافه ، ولذا فإن المشرع في قانون الإجراءات الجنائية قصر القيام بهذا الإجراء على جهات التحقيق ، دون مأمور الضبط القضائي ، اللهم إلا في حالة الضرورة المنصوص عليها بالمادة (55 إجراءات) ، ونظراً لهذه الخطورة نتساءل ، هل وسّع قانون تعزيز الحرية من صلاحيات مأمور الضبط القضائي في الاستجواب ، بحيث أصبح من الجائز له القيام به بمجرد الحصول على الإذن بذلك ولو في غير أحوال الضرورة ، خلافاً لما تقضي به نصوص قانون الإجراءات الجنائية ؟

إن الحكمة التي يتوخاها المشرع من نص المادة (14) هي الحد من صلاحيات مأمور الضبط القضائي ، ولذلك فإن هذه الحكمة هي التي يجب أن تعتمد في تفسير هذا النص طبقاً لأحكام التفسير الغائي . ولذا يمكن القول إن المشرع في هذا النص لم يقصد فصم القيود الواردة في قانون الإجراءات الجنائية ، وإنما هو يتغني تأكيدها بوصفها تنسجم والحكمة التي وجد من أجلها النص في قانون تعزيز الحرية ، ولذلك فإن التفسير الصحيح - في تقديرنا - لنص المادة (14) في شأن الاستجواب هو أن المشرع عني في هذا النص حظر الاستجواب على مأمور الضبط القضائي - حتى في الأحوال التي يجوز له القيام بذلك وفقاً لقانون الإجراءات - إلا بعد الحصول على إذن من جهة قضائية ، ولذلك فإنه إذا كان مأمور الضبط القضائي لا يملك إجراء الاستجواب وفقاً لقانون الإجراءات الجنائية إلا في حالة واحدة ، وهي حالة الخشية من فوات الوقت المناسب للحصول على دليل معين من خلال الاستجواب عند ندبه للتحقيق ، فإن هذه الحالة هي التي أراد المشرع تقييدها بحصول الإذن بالاستجواب من الجهة القضائية المختصة ، فهذا التفسير - بتقديرنا - هو الذي نراه أقرب للصواب في ضوء الحكمة التي توخاها نص المادة (14) على ما ذكرنا آنفاً ، والقول بغير ذلك يؤدي إلى توسع دائرة اختصاص مأمور الضبط القضائي في إجراء الاستجواب رغم خطورته خلافاً لما هو

= أما الاستجواب الحكمي ، فهو يتمثل في مواجهة المتهم بغيره من المتهمين أو الشهود ، نفس المرجع ، ص 392 ، 393 .

منصوص عليه في قانون الإجراءات م (54) ، وفي ذلك مخالفة للفلسفة التي وجد من أجلها قانون تعزيز الحرية ، وهي صيانة الحريات .

وطبقاً لهذا الفهم فإن مأمور الضبط القضائي لا يملك إجراء الاستجواب إلا في حالة الضرورة المذكورة آنفاً ، و في هذا الحالة يجب حصوله على إذن خاص بذلك من جهة قضائية ، ولا يعني عنه مجرد الندب للتحقيق وحالة الضرورة ، ومن ثم إذا كان القانون رقم (2) لسنة 1375 و.ر. بتنظيم التفتيش و الرقابة الشعبية⁽¹⁾ آنف الذكر ، في مادته (54) يعطي لمأمور الضبط القضائي في حالة التحقيق في جريمة صلاحيات النيابة العامة ، بما فيها الاستجواب دون إذن ، فإن هذا النص بما تضمنه في هذا الجانب أيضاً يكون متعارضاً والمادة (14) ما يضي عليه سمة من عدم الدستورية ليكون جديراً بالطعن عليه بالإلغاء .

(1) مدونة التشريعات ، سبق الإشارة إليه .

الفرع الثالث مشروعية الحبس الاحتياطي

يعد الحبس الاحتياطي من الإجراءات التي تنطوي على سلب للحرية ، وهو من هذا الجانب تبدو خطورته لكونه يتخذ بهذه المثابة ضد إنسان بريء⁽¹⁾، ولهذا فقد اهتم قانون تعزيز الحرية بالتعرض لهذا الإجراء ، فنص في مادته (14) على أن " ... ويكون العزل الاحتياطي في مكان معلوم يُخطر به ذوو المتهم ولأقصر مدة لازمة للتحقيق وحفظ الدليل " ، فهذا النص حدد المشرع مبررات الحبس الاحتياطي بعد أن كان تحديدها يخضع لاجتهاد الفقه ، حيث لم يتضمن قانون الإجراءات الجنائية بياناً لهذه المبررات ، ولذا يرى البعض أنه أصبح القانون الليبي يعرف نظاماً للحبس الاحتياطي محدد الأهداف⁽²⁾.

إذن الحبس الاحتياطي وفقاً لما جاء به قانون تعزيز الحرية ، يجب أن يكون لازماً للتحقيق ولحفظ الدليل ولأقصر مدة ، فماذا لو تخلف شرط الحبس الاحتياطي ؟ نرى أن نتناول حكم تخلف هذين الشرطين في نقطتين على النحو التالي :

1. أثر تخلف مبررات اللجوء للحبس الاحتياطي :

فالحبس الاحتياطي وفقاً للمادة (14) يجب أن يتخذ من أجل غرض لازم للتحقيق وحفظ الدليل ، فإذا مارست جهة التحقيق هذا الإجراء لغرض بعيد عن الذي حدده النص ، فهناك من يرى إنها سوف تخرج بهذا الإجراء عن إطار الشرعية الإجرائية لما ينطوي عليه ذلك من تجاوز لنص المادة (14) المذكورة⁽³⁾.

ونحن إن كنا لا نختلف مع هذا الفهم في كون أن الحبس الاحتياطي وفقاً للنص المذكور يجب أن يكون في إطار المبررات المحددة ، وتجاوز ذلك يعني مخالفة النص القانوني ،

(1) د.عبدالرحمن محمد أبو توتة ، دراسات قانونية في ضوء قانون تعزيز الحرية وحقوق الإنسان ، ط الأولى ، المركز العالمي لدراسات وأبحاث الكتاب الأخضر ، ص 51 .

(2) الهادي أبو حمرة ، مرجع سبق ذكره ، ص 91 .

(3) نفس المرجع ، نفس الصفحة .

إلا أننا نتساءل عن مدى تصور اتخاذ جهة التحقيق لهذا الإجراء على نحو يتعد به عن غرضه للقول بأنه غير مشروع ، وما الجزاء المقرر في هذه الحالة ؟

بداية ينبغي أن نشير إلى أن أمر الحبس الاحتياطي من قبيل الأوامر المحصنة من الطعن فيها ، و لا يجوز للمتهم حتى الاعتراض عليها وفقاً لمقتضى المادة (139) إجراءات جنائية⁽¹⁾، بل ويرى البعض - وبحق - إن الرقابة القضائية التي تمارس من خلال قاضي التمديد لا تبدو كافية لتحقيق غرضها ، باعتبار أن القضاء الجالس درج على صعيد التطبيق العملي - في الغالب - على رفض طلب الإفراج من جانب المتهم ، بحيث يمكن القول إن تلك الرقابة لا تعدو كونها رقابة نظرية فاقدة لأي معنى على صعيد الواقع⁽²⁾، ومن ثم فإن رقابة قضائية تطبيقية تبدو مفقودة في سبيل مراقبة التزام جهة التحقيق باغراض الحبس الاحتياطي ، وربما يبدو من الصعب بمكان القول بإمكانية الفصل في كون جهة التحقيق قد تجاوزت مبررات الحبس الاحتياطي التي حددها المادة (14) ، فكل إجراء تتخذه جهة التحقيق بالضرورة ترى أنه لازم للتحقيق بما في ذلك الحبس الاحتياطي ، لاسيما وأن تقدير قيام هذه المبررات هو من المسائل التي تخضع لسلطة التحقيق صاحبة الحق في اتخاذ الإجراء⁽³⁾.

فضلاً عن ذلك فإن حبس المتهم احتياطياً لضمان تنفيذ العقوبة عليه أو لبث الطمأنينة في النفوس مثلاً قد لا يكون في الإمكان تحقيق الرقابة - التي هي قاصرة أصلاً - بشأنه على جهة التحقيق من حيث التزامها بمبررات الحبس الاحتياطي . لأن القانون لا يلزم جهة التحقيق بتسبب قراراتها في هذه الحالة ، لذا يبدو من الصعب جداً تحقيق رقابة على عمل جهة التحقيق في هذا الشأن ، خصوصاً إذا علمنا طبيعة المهمة التي يمارسها القضاء الجالس في الرقابة على نحو ما قدمنا ، ولذا فإننا نقول مرة أخرى يظل نص المادة (14) في هذا الشأن بعيداً - من الناحية العملية - عن إلزام جهة التحقيق في الوضع الراهن للنصوص ، لأنها سوف تحتج دائماً بأن الإجراء قد اتخذ لمصلحة التحقيق ، بل إنه لا إلزام عليها في هذا الشأن بأن تفصح عن

(1) د.عبدالرحمن محمد أبو توتة . مرجع سبق ذكره . ص 51 .

(2) د.عبدالرحمن محمد أبو توتة ، مرجع سبق ذكره ، ص 53 .

(3) د.سليمان عبدالمنعم ، بطلان الإجراء الجنائي ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، 2002 ، ص 212 .

ميراتها ، فقرارها في هذه الحالة لا تلزم يتسببه كما قدمنا ، فيظل إجراؤها صحيحاً طبقاً للقاعدة المستقرة ، الأصل في الإجراء الصحة⁽¹⁾ ، ولذلك فإن الحديث عن توافر المبررات الواقعية للحبس الاحتياطي لا تنأى له القيمة القانونية العملية ، إلا إذا ألزمت جهة التحقيق بتسببه ، فإذا كان مثل هذا التسبب لم تكن الحاجة تدعو إليه في السابق حينما كان يترك تحديد مبررات الحبس الاحتياطي لجهة التحقيق ، فإنه في ظل المادة (14) قد بات ضرورياً إلزام جهات التحقيق بتسبب أوامر الحبس الاحتياطي حتى يمكن مراقبتها في هذا الشأن⁽²⁾، آن ذاك يمكن القول إن تجاوز هذه المبررات يترتب عليه انعدام مشروعية الأمر بالحبس ، ومن ثم بطلان ما يتصل به من إجراءات ، مع ملاحظة أن البعض يرى أن تخلف المبررات الواقعية للحبس الاحتياطي - وهي ما نحن بصدد بحثه - ليس من شأنه المساس بصحة أمر الحبس ، باعتبار أن تلك المبررات متروك أمر تقدير توافرها لجهة التحقيق⁽³⁾، غير أننا لا نتفق مع هذا الرأي في شأن الوضع في القانون الليبي ، ذلك أن تحديد مبررات الحبس الاحتياطي في نص قانوني يجعل منها مبررات قانونية لازمة لاتخاذ الأمر ، فإن تخلفت أصبحت أمام إجراء أتخذ دون توافر أسبابه ، فالحبس الاحتياطي ضرورة تقدر بقدرها ، ومن ثم فإن تجاوز هذه المبررات يعني الخروج عن الشرعية الإجرائية التي تعني موافقة الإجراء لنص القانوني ، بإصدار أمر الحبس بعيداً عن هذه المبررات يعني مخالفة نص القانون ، غير أن إثبات هذه المخالفة مرهون بإلزام جهة التحقيق بتسبب أمر الحبس ، ودون ذلك لا تنسى فرصة مراقبتها في هذا الشأن .

2. أثر تخلف شرط المدة " الحبس الاحتياطي لمدة طويلة لا يقتضيها التحقيق ":

بموجب المادة (14) يجب أن يكون الحبس الاحتياطي لأقصر مدة ، و هذا الشرط يرتبط بسابقه ، أي بالمبرر من الحبس ، فإذا كان من الصعب الوقوف على حقيقة المبرر لعدم

- (1) سبق أن أوضحنا أن هذا النوع من الأوامر لا يقبل الطعن عليه ، ولكن إذا ما اعتوره بطلان نتيجة لتخلف أحد أسانيدته القانونية ، كما لو أمر به في غير الأحوال المنصوص ، فإن من شأن ذلك بطلان ما اتصل به من إجراءات .
- (2) إن خاصية عدم وجوب التسبب لقرار الحبس الاحتياطي تتفق وطبيعة النظام الذي وجد فيه النص ، حيث لم يحدد قانون الإجراءات الجنائية في حينه مبررات الحبس الاحتياطي ، كما أنه لم يجز الطعن في هذه الأوامر ، ما يعني أن الحاجة لتسببها كانت منعدمة .
- (3) د. سليمان عبدالمنعم ، مرجع سبق ذكره ، ص 210 .

إلزام جهة التحقيق بالتسبب ، فقد يكون من الصعب أيضاً الفصل فيما إذا كان الحبس طويلاً أم قصيراً ، باعتبار أن ذلك يعد أمراً نسبياً يختلف باختلاف المرر للحبس ، وعلى كل حال فإنه إذا أمكن إثبات أن الحبس الاحتياطي قد طالت مدته على نحو لا تقتضيه ضرورة التحقيق ، فإن ذلك من شأنه أن يصم مدة الحبس الزائدة عن القدر المطلوب بعدم المشروعية لمخالفتها نص القانون ، ما يعني بطلان كل إجراء اتصل بهذه المدة⁽¹⁾ . ويرى البعض أنه استناداً لنص المادة (14) يمكن القول إن القانون رقم (13) لسنة 1371 و.ر بشأن تعديل بعض أحكام قانون الإجراءات الجنائية حينما زاد في مدد الحبس الاحتياطي ، فإن هذا القانون يكون مخالفاً لما قضت به تلك المادة⁽²⁾ . وبتقديرنا إن نص المادة (14) فيما يتعلق بمدة الحبس ، الخطاب فيه ينصرف لجهة التحقيق لا المشرع . لكون مدة الحبس وملاءمتها لمجرى التحقيق وضروراته تدخل ضمن سلطة تقدير المحقق ، وهي تختلف من واقعة لأخرى ، ما يعني أن المشرع وإن وضع مدداً طويلة في القانون المذكور ، إلا أن جهة التحقيق هي التي يجب أن تلتزم بشأن المدة بما تقتضيه ضرورة التحقيق ، لاسيما إن هذا القدر هو من المسائل النسبية التي تختلف من واقعة لأخرى كما أسلفنا ، ما يجعل من الصعب على المشرع تقدير الملاءمة بشأنها ، وهو ما ينجي القانون رقم (13) المذكور من شائبة عدم الدستورية .

التعويض اللجوء عن الحبس الاحتياطي :

تأخذ بعض التشريعات بمبدأ التعويض عن الحبس الاحتياطي في حالة الحكم بالبراءة ، وذلك بعد أن هُجر مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال سلطتها القضائية ، ذلك المبدأ المنفرع عن مبدأ استقلال القضاء عن الدولة ، فما هو موقف القانون الليبي من ذلك ؟

ليس ثمة نص في القانون الليبي يميز صراحة للمضرور اللجوء للقضاء لتعويضه عن مدة الحبس الاحتياطي التي قضاها دون مقتضى بعد أن ثبتت براءته ، ولكن أبقانون تعزيز الحرية ما

(1) نصت الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان في مادتها 3/5 على أن الحبس الاحتياطي لا ينبغي أن يتجاوز «مدة معقولة» ، وقد أكدت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان على أهمية هذا الشرط وقضت ببطلان الحبس الذي تتجاوز مدته القدر المعقول ، راجع في ذلك نفس المرجع ، ص 213 ، 214 ، مشار في هامش هذه الصفحة الأخيرة إلى تطبيقات للمحكمة في هذا الشأن .

(2) د. عبدالرحمن محمد أبو توتة ، مرجع سبق ذكره ، ص 54 ، 55 .

يمكن الاستناد إليه في هذا الشأن ضمناً لتقرير حق المضرور في التعويض عن ذلك الحبس ؟

لقد ورد بالمادة (30) من هذا القانون ما نصه " لكل شخص الحق في الالتجاء إلى القضاء وفقاً للقانون ، والمحكمة تؤمن له الضمانات اللازمة بما فيها المحامي " لقد أكد هذا النص حق التقاضي ، فهل يصلح أساساً للقول إن منع المضرور من الحبس الاحتياطي غير المشروع من اللجوء إلى قضاء للمطالبة بالتعويض يخالف هذا النص ؟

قرر قانون تعزيز الحرية - كما قدمنا - بعض الضمانات في شأن الحبس الاحتياطي ، ومن ثم فإن عدم احترامها من قبل جهات المعنية - متى أفلح المتهم في إثبات ذلك - سيضفي على مسلكها صفة عدم المشروعية ، إلا أنه مع ذلك لا يمكن المطالبة بالتعويض نظراً لمبدأ عدم المسؤولية الذي تتحصن وراءه جهات التحقيق والقضاء ، ولا يمكن الاستناد لنص المادة (30) سالف الذكر للقول بغير ذلك ، لأن هذا النص قيد الحق في اللجوء إلى القضاء بما هو مقرر في القانون وذلك بقوله " لكل شخص الحق في الالتجاء إلى القضاء وفقاً للقانون " ولذلك فما لا يميز القانون اللجوء في شأنه للقضاء لا يمكن قبول الدعوى بشأنه أمام المحاكم ولا يصح الاستناد إلى المادة (30) لأنها أحالت على القانون ، فالحق في التقاضي الذي أراد النص تأكيده لا يلغي القيود التي يقرها النظام القانوني على ذلك الحق كما هو الشأن بالنسبة لأعمال السيادة العليا مثلاً ، فضلاً عن ذلك فإن المادة (30) المذكورة تناول الحق في اللجوء إلى القضاء ، أي أنها تفترض فحوض المسؤولية عن الفعل في جانب المدعى عليه ، في حين أن الدولة غير مسؤولة أصلاً عن أعمال سلطتها القضائية في القانون الليبي ، ومن ثم لا يمكن المطالبة بالتعويض عن الحبس الاحتياطي لا لحصانة أعمال السلطة القضائية فحسب ، وإنما لأن الدولة ليست مسؤولة عن تلك الأعمال بما في ذلك الحبس الاحتياطي .

ومن هنا فإننا ندعو المشرع الليبي إلى ضرورة النص على مبدأ التعويض عن الحبس الاحتياطي أسوة ببعض الأنظمة القانونية ، على أن لا يقتصر حق المضرور في التعويض على مجرد حالة مخالفة مبررات اللجوء لنظام الحبس الاحتياطي المنصوص عليها في قانون تعزيز الحرية فحسب ، بل يجب أن يمتد ذلك لحالة الحكم بالسبيرة أيضاً رغم توافر تلك المبررات .

يمكن أن نؤسس دعوة المشرع لتبني نظام مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية

أو على الأقل فيما يتعلق بالحبس الاحتياطي على المبررات التالية :

أ- إن المشرع الليبي يأخذ بنظام المقاصة بين مدة الحبس الاحتياطي والعقوبة السالبة للحرية المحكوم بها ، بمعنى أن المتهم الذي يقضي مدة في الحبس الاحتياطي سوف يستفيد من احتسابها ضمن مقدار أية عقوبة سالبة للحرية سيحكم عليه بها وهو ما يأخذ حكم التعويض راجع المادة (25) من قانون العقوبات ، في حين أنه إذا ما صدر عليه حكم بالبراءة فلن يعوّض عن تلك المدة التي قضاه في الحبس الاحتياطي ، وهذه مفاضلة لا وجه لها ، إذ سيكون المحكوم عليه بالإدانة في وضع أفضل ممن حُكّم عليه بالبراءة فيما يتعلق بتعويضه عن تلك المدة ، وهذا الوضع يفرض على المشرع التدخل لتسوية المركز القانوني بين الاثنين ، وربما ذلك يبدو باعتباره التزاماً دستورياً على عاتق المشرع تطبيقاً لمبدأ المساواة الذي نص عليه قانون تعزيز الحرية ذو الطبيعة الدستورية .

ب- تتأكد جدية دعوة المشرع الليبي لتبني نظام التعويض عن الحبس الاحتياطي انطلاقاً من أن أساس عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية بما فيها الحبس الاحتياطي والذي يتمثل في مبدأ استقلال القضاء يبدو منتفياً في ظل نظامنا القانوني⁽¹⁾ الذي يتشكل فيه المجلس الأعلى للهيئات القضائية - وهو الجهة التي يتبعها جهاز القضاء - من عناصر ممثلة للدولة " فهذا المجلس يرأسه أمين العدل " ، ما يقتضي اعتبار ذلك أساساً لإقرار مسؤولية الدولة في ليبيا عن أعمال السلطة القضائية ، فما دامت هذه السلطة وفقاً لهيكلها التنظيمي تخضع فعلياً لرئاسة المجلس المذكور وهو بدوره يخضع لرئاسة أمين العدل ، فإنها لا تعدو كونها أحد أجهزة الدولة ، فذلك كله يجعل تنصل هذه الأخيرة من المسؤولية عن أعمال هذه السلطة غير مبرر ولا أساس له .

ج- أخيراً فإن إقرار مسؤولية الدولة عن التعويض عن الحبس الاحتياطي عند قيام مقتضى ذلك يتفق وفلسفة قانون تعزيز الحرية الذي صدر أساساً لحماية الحرية ، فإذا كان

(1) نقصد هنا الاستقلال بمعنى انتفاء التبعية الوظيفية .

الحبس الاحتياطي ينطوي على معنى المساس بالحرية ، فإن اكتمال دائرة الحماية التي يهدف إليها ذلك القانون يقتضي إقرار مبدأ التعويض ومسؤولية الدولة ، فإذا كانت المادة (14) موضوع البحث قد نصت على ضمانات تكفل ولو في الحد الأدنى حماية الحرية في مواجهة هذا الإجراء . فإن التعويض هو السبيل لإزالة ما عسى أن تقع فيه السلطة القضائية من مخالفة لتلك الضمانات ، وبدون ذلك تكون تلك الضوابط غير ذات قيمة عملية سيما إذا ما تذكرنا عدم قابلية هذا الإجراء " الحبس الاحتياطي " للطعن فيه عند اتخاذه ، فيكون التعويض هو السبيل لإزالة آثاره .

د- لقد نصت المادة (18) من الوثيقة الخضراء على أنه " أبناء المجتمع الجماهيري يحمون الحرية ويدافعون عنها في أي مكان من العالم " ما يقتضي القول إن الحق في الحرية هو من الحقوق المنصوص عليها في هذه الوثيقة ، وقد نصت المادة (26) من ذات الوثيقة على أنه " لكل فرد الحق في النجوء إلى القضاء لإنصافه من أي مساس بحقوقه وحياته الواردة فيها " ، فهذا النص وإن لم يكن صالحاً بذاته للاحتجاج به نظراً للطبيعة غير القانونية للوثيقة على ما قدمنا في محله ، إلا أن ما ورد بالمادة (1) من القانون رقم (5) لسنة 91 بشأن تطبيق مبادئ الوثيقة الخضراء⁽¹⁾ من ضرورة التقيد بتلك المبادئ فيما يصدر من قوانين وتعديل القوانين النافذة بما يتفق وأحكامها ، فذلك يلقي على عاتق جهة التشريع في ليبيا واجب النص على مبدأ التعويض عن الحبس الاحتياطي باعتبار ذلك يتفق مع ما ورد بالمادتين 18 - 26 المذكورتين تطبيقاً لنص المادة الأولى من القانون رقم (5) سالف الذكر .

ومما تقدم نخلص إلى أن إقرار مسؤولية الدولة عن التعويض عن الحبس الاحتياطي في النظام القانوني الليبي ليست مطلباً أخلاقياً فحسب ، فهي ضرورة تفرضها طبيعة تكوين نظامنا القانوني على ما قدمنا .

(1) سبقت الإشارة إليه .

نصت المادة (1) من هذا القانون على أنه " تعدل التشريعات المعمول بها قبل صدور الوثيقة الخضراء الكبرى لحقوق الإنسان في عصر الجماهير بما يتفق ومبادئ هذه الوثيقة . ولا يجوز إصدار تشريعات تتعارض مع تلك المبادئ " .

الخاتمة

من خلال هذه الورقة توصلنا إلى النتائج والتوصيات التالية :

(أولاً) النتائج

1. إن المادة (14) من قانون تعزيز الحرية لها قيمة قانونية تؤهلها للتطبيق أمام المحاكم ، وتسمو بها على ما عداها من قوانين عادية ، باعتبارها نص دستوري وفقاً للمعيار الموضوعي .
2. إن مأمور الضبط القضائي ليس له اختصاص أصيل للقيام بإجراء القبض إلا في حالتين ، الجنائيات المتلبس بها ، والجنح المتلبس بها والمعاقب عليها بالحبس مدة تزيد عن ثلاثة أشهر ، وفيما عدا ذلك لا بد له من إذن من جهة قضائية .
3. إن مأمور الضبط القضائي لا يملك القيام بإجراء الاستجواب إلا في حالة واحدة ، وهي إذا ندب للتحقيق و خُشي فوات الوقت إذا تُرك الأمر في ذلك لسلطة التحقيق ، وحتى يكون له القيام بالاستجواب في هذه الحالة ، لا بد من حصوله على إذن من سلطة قضائية ، فلا يغني ندبه للتحقيق وقيام الضرورة عن حصوله على إذن خاص بالاستجواب .
4. إن الحبس الاحتياطي لا يجوز لجهة التحقيق اللجوء إليه إلا لتحقيق أحد غرضين : حفظ الدليل أو لضرورة التحقيق ، ولأقصر مدة لازمة ، فالإجراء الذي اتصل بمدة الحبس الزائدة عن الحد المعقول أو المخالف لشرط المبرر ، يكون باطلاً، مع الإشارة إلى صعوبة إثبات مخالفة هذه الشروط في ظل نظام قانوني لا تلزم فيه جهة التحقيق بتسيب أوامر الحبس الاحتياطي .
5. لا مسؤولية للدولة عن التعويض عن الحبس الاحتياطي في القانون الليبي .

(ثانياً) التوصيات

1. إخضاع أوامر الحبس الاحتياطي لنظام الطعن على الأوامر ، إذ أن الرقابة القضائية المعمول بها في هذا الشأن تبدو غير كافية .
2. ضرورة النص على إلزام جهات التحقيق بتسيب أوامر الحبس الاحتياطي ، حتى تتسنى مراقبتها بشأن توافر مبرراته ، ومدى التزامها بشرط المدة .
3. ضرورة النص على مبدأ مسؤولية الدولة عن التعويض عن الحبس الاحتياطي عند قيام مقتضى ذلك .

المراجع

أولاً : الكتب :

1. د.أحمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية ، المجلد الأول ، الجزء الأول والثاني ، ط 4 ، 1981ف .
2. د.حسن علام ، قانون الإجراءات الجنائية ، ط2 ، منشأة المعارف .
3. د.سليمان عبدالمنعم ، بطلان الإجراء الجنائي ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، 2002 ف .
4. د.عبدالرحمن محمد أبوتوتة ، دراسات قانونية في ضوء قانون تعزيز الحرية و حقوق الإنسان ، ط الأولى ، المركز العالمي لدراسات وأبحاث الكتاب الأخضر .
5. د.عبدالرضا حسين الطعان ، التنظيم الدستوري في ليبيا بعد الثورة ، ج 2 ، ط الأولى ، 1995 ف .
6. د.عبدالعزيز محمد سالم ، رقابة دستورية القوانين ، ط الأولى ، دار الفكر العربي ، 1995 ف .
7. د.عوض محمد ، قانون العقوبات ، القسم العام ، دار المطبوعات الجامعية ، 1998ف .
8. د.محمد عبدالحميد أبو زيد ، سيادة الدستور وضمن تطبيقه ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، 1989 ف .
9. د.محمد عبدالواحد الجميلي ، آثار الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا ، دار النهضة العربية ، 2002 ف .

ثانياً : البحوث :

1. د.عادل عمر شريف ، مرتبة الشريعة الإسلامية في تدرج القواعد القانونية ومدى إمكان اعتبار هذه المبادئ مرجعاً للرقابة الدستورية ، بحث منشور بمجلة المحامي ، العددان 31 ، 32 ، السنة الثامنة ، 1990ف .
2. أ.عزة كامل المقهور ، القانون الدولي لحقوق الإنسان والتشريعات ذات العلاقة ، تناغم أم تجاهل ، بحث منشور بمجلة المحامي ، العددان 61 ، 62 ، (السنة 16) ، 2005 ف .
3. د.الهادي علي أبوحمرة ، نظرة في نظام الحبس الاحتياطي ، بحث منشور بمجلة إدارة القضايا ، العدد (11) ، السنة (6) ، 2007 ف .
4. أ.المبروك الفاخري ، العمل بنظرية الضرورة في ظل الشرعية الإجرائية ، بحث منشور بمجلة دراسات قانونية ، المجلد السادس عشر ، السنة السادسة عشر ، 2007 ف .
5. د.محمد عبدالله الحراري ، القيمة العملية للمبادئ المتعلقة بالحقوق والحريات الأساسية ، (دراسة تحليلية للواقع التشريعي والقضائي الليبي) ، بحث منشور بمجلة الجديد للعلوم الإنسانية ، عدد ممتاز 1 - 2 ، 1997م .

ثالثا : أهم التشريعات :

1. القانون رقم (20) لسنة 91 بشأن تعزيز الحرية ، الجريدة الرسمية ، العدد 22 ، السنة 29 .
2. القانون رقم (5) بشأن تطبيق المبادئ الواردة في الوثيقة الخضراء الكبرى ، الجريدة الرسمية ، العدد 20 ، السنة 29 .
3. القانون رقم (2) بتنظيم التفتيش و الرقابة الشعبية ، مدونة التشريعات ، العدد الأول ، السنة السابعة .

رابعا : الوثائق :

1. الوثيقة الخضراء الكبرى لحقوق الانسان في عصر الجماهير ، الجريدة الرسمية ، عدد خاص ، السنة 26 .

إدارة القضاة

10/10/2020

10/10/2020

10/10/2020

الأحكام

إدارة القضاة

إدارة القضاة

باسم الشعب
المحكمة العليا
دوائر المحكمة مجتمعمة

بالجلسة المنعقدة علناً صباح يوم الأربعاء 24 ذي القعدة الموافق
1377. II . II و.ر (2009م) بمقر المحكمة العليا بمدينة طرابلس .

برئاسة المستشار الدكتور : عبدالرحمن محمد أبوتوته " رئيس المحكمة "
وعضوية المستشارين الأساتذة :

- | | |
|------------------------|---------------------------|
| - يوسف مولود الحنيش | - د. خليفة سعيد القاضي |
| - محمد إبراهيم الورفلي | - فرج يوسف الصلاي |
| - المقطوف بلعيد إشكال | - عزام علي المديب |
| - جمعة صالح الفيتوري | - د. صالح مصطفى البرغثي |
| - الطاهر خليفة الواعر | - صالح عبدالقادر أبو زيد |
| - الهاشمي علي الطربان | - د. جمعة محمود الزريقي |
| - رجب أبو راوي عقيل | - المبروك عبدالله الفاخري |
| - د. سعد سالم العسيلي | - د. حميد محمد القماطي |

وبحضور المحامي العام

بنيابة النقض الأستاذ : محمد القمودي الحسافي

ومدير إدارة التسجيل الأخ : ونيس أحمد الجدي

أصدرت القرار الآتي

في الطلب المحال من الدائرة المدنية الأولى المجتمعمة المتعلقة بقضية الطعن المدني رقم
52/250 ق بخصوص العدول عن المبادئ التي تقر اختصاص القضاء العادي بالتعويض عن
الضرر الناشئ عن القرارات الإدارية المعيبة دون أن تشترط إلغاء تلك القرارات من الدائرة

الإجراءات

صدر هذا الحكم بتاريخ 2004.12.30 مسيحي ، وأعلن للطاعنين في 2005.02.14 مسيحي ، وبتاريخ 2005.03.15 مسيحي ، قرر أحد أعضاء إدارة القضايا الطعن فيه بطريق النقض بتقرير لدى قلم كتاب المحكمة العليا نيابة عن الطاعنين بصفتهم ، وأودع مذكرة بأسباب الطعن وأخرى شارحة وصورة رسمية من الحكم المطعون فيه وأخرى من الحكم الابتدائي .

وبتاريخ 2005.03.24 مسيحي ، أودع أصل ورقة إعلان الطعن معلنة إلى المطعون ضدهم بتاريخ 2005.03.20 مسيحي .. وبتاريخ 2005.04.09 مسيحي ، أودع محامي المطعون ضدهم سندات إنابته ومذكرة بدفاعهم .

وأودعت نيابة النقض مذكرة أبدت فيها الرأي بقبول الطعن شكلاً وفي الموضوع نقض الحكم المطعون فيه والحكم بعدم اختصاص القضاء المدني ولانياً بنظر الدعوى .

حددت الدائرة المدنية الأولى جلسة 2007.05.07 مسيحي لنظر الطعن وفيها تمسكت نيابة النقض برأيها ، وتم حجز القضية للحكم بجلسة 2007.05.21 مسيحي ، ومد أجل النطق بالحكم بجلسة 2007.06.04 مسيحي .

وحيث إنه بصدد الرد على دفع نيابة النقض بعدم اختصاص القضاء المدني ولانياً بنظر الدعوى تبين للدائرة أن دوائر المحكمة لم تلتزم فحجاً واحداً في هذا الشأن إذ قضى بعضها : ((بأن المحاكم العادية لا ينعقد لها الاختصاص بالفصل في طلبات التعويض عن القرارات الإدارية إلا إذا رفعت إليها بصفة أصلية وكانت دعوى إلغاء القرار المطالب بالتعويض عن الضرر الناشئ عنه قد فصل فيها من الدائرة الإدارية المختصة وهو ما ترى الدائرة المنظور أمامها الطعن الأخذ به وقد أقرته الأحكام في الطعون أرقام :

39/61 ق ... جلسة 1991.11.18 مسيحي .

38/179 ق ... جلسة 1993.11.29 مسيحي .

49/553 ق ... جلسة 2005.07.13 مسيحي .

وقضت بعض الدوائر الأخرى باختصاص القضاء العادي بالتعويض عن الضرر الناشئ عن القرارات الإدارية المعيبة دون أن يشترط إلغاء تلك القرارات الإدارية من الدائرة الإدارية المختصة .

الطعن رقم 45/284 ق ... جلسة 1999.05.29 مسيحي

الطعن رقم 50/93 ق ... جلسة 2006.02.15 مسيحي

لذلك قررت الدائرة إحالة الأمر إلى الدوائر المجتمعة لحسم هذا الخلاف .

وأودعت نيابة النقض مذكرة بالرأي انتهت فيها إلى الأخذ بالمبدأ الذي يقرر أن المحاكم العادية لا ينبغي لها الاختصاص بالفصل في طلبات التعويض عن القرارات الإدارية إلا إذا رفعت إليها بصفة أصلية وكانت دعوى إلغاء القرار المطالب بالتعويض عن الضرر الناشئ عنه قد فصل فيها من الدائرة الإدارية المختصة والعدول عما سواه وبالجلسة المحددة لنظر الطلب أصرت على رأيها .

حيث إن المادة الثانية من القانون رقم (88) لسنة 1971 مسيحي ، بشأن القضاء

الإداري تنص على أن :

” تختص دائرة القضاء الإداري دون غيرها بالفصل في المسائل الآتية : - الطلبات التي يقدمها الأفراد أو الهيئات بإلغاء القرارات الإدارية النهائية “ ، وتنص المادة الثالثة من ذات القانون على أن تفصل دائرة القضاء الإداري في طلبات التعويض عن القرارات المنصوص عليها في المادة السابقة إذا رفعت إليها بصفة أصلية أو تبعية ويترتب على رفع دعوى التعويض إلى دائرة القضاء الإداري عدم جواز رفعها أمام المحاكم العادية كما يترتب على رفع دعوى التعويض أمام المحاكم العادية عدم جواز رفعها إلى دائرة القضاء الإداري .

ويستفاد من نص المادتين المذكورتين أن الاختصاص بنظر دعاوي التعويض عن الأضرار الناشئة عن القرارات الإدارية مشترك بين دوائر القضاء الإداري والمحاكم المدنية كل ما هنالك أن رفع دعوى التعويض أمام إحدى جهتي القضاء يجعل من غير الجائز رفعها أمام الجهة الأخرى .

باسم الشعب
المحكمة العليا
دوائر المحكمة مجتمعة

بالجلسة المنعقدة علناً صباح يوم الأربعاء 24 ذي القعدة الموافق
11. 11. 1377 و.ر (2009م) بمقر المحكمة العليا بمدينة طرابلس .

برئاسة المستشار الدكتور : عبدالرحمن محمد أبوتوته " رئيس المحكمة "
وعضوية المستشارين الأساتذة :

- | | |
|------------------------|---------------------------|
| - يوسف مولود الحنيش | - د. خليفة سعيد القاضي |
| - محمد إبراهيم الورفلي | - فرج يوسف الصلاحي |
| - المقطوف بلعيد إشكال | - عزام علي الديب |
| - جمعة صالح الفيتوري | - د. صالح مصطفى البرغثي |
| - الطاهر خليفة الواعر | - صالح عبدالقادر أبو زيد |
| - الهاشمي علي الطربان | - د. جمعة محمود الزريقي |
| - رجب أبو راوي عقيل | - المبروك عبدالله الفاخري |
| - د. سعد سالم العسبلي | - د. حميد محمد القماطي |

وبحضور المحامي العام

بنيابة النقض الأستاذ : محمد القمودي الحافي

ومدير إدارة التسجيل الأخ : ونيس أحمد الجدي

أصدرت القرار الآتي

في قضية الطعن الدستوري رقم 54 / 2 ق

المقدم من : 1) (..... 2) (.....

ضد :

..... مطعون ضدها

الأسباب

حيث إن المادة (23) من القانون رقم (6) لسنة 1982م بإعادة تنظيم المحكمة العليا المعدلة بالقانون رقم (17) لسنة 1423 ميلادية تنص على أنه " تختص المحكمة العليا دون غيرها منعقدة بدوائرها الجمعية برئاسة رئيسها أو من يقوم مقامه بالفصل في المسائل الآتية :

أولاً : الطعون التي يرفعها كل ذي مصلحة شخصية مباشرة في أي تشريع يكون مخالفاً للدستور .

ثانياً : أية مسألة قانونية جوهرية تتعلق بالدستور أو بتفسيره تثار في قضية منظورة أمام أية محكمة " .

وتنص الفقرة الثالثة من المادة من المادة (51) من القانون المشار إليه على أن " تتولى الجمعية العمومية وضع لائحة داخلية للمحكمة تتضمن بوجه خاص بيان القواعد والإجراءات الخاصة برفع الطعون الدستورية ونظرها ... " .

وقد أصدرت الجمعية العمومية هذه المحكمة بجلستها رقم 283 بتاريخ 28 من شهر ناصر 1372 و.ر (2004 م) قراراً باللائحة الداخلية للمحكمة - ثم أصدرت بتاريخ 2005.06.25م قرارها رقم (285) بتعديل المادة (19) من اللائحة المشار إليها بحيث أصبحت تنص على أنه " إذا كانت المسألة القانونية المتعلقة بالدستور أو تفسيره أثرت من أحد الخصوم في دعوى منظورة أمام أية محكمة ورأت جوهريتها أجلت نظر الدعوى وحددت لمن أثار هذا الدفع ميعاداً لا يتجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة العليا وتسري في شأن رفع الدعوى في هذه الحالة إجراءات الطعون الدستورية المقررة في هذه اللائحة ، فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد اعتبرت إثارة المسألة كان لم تكن " .

وبين مما تقدم أن اللائحة الداخلية للمحكمة قد بينت القواعد والإجراءات الخاصة برفع الدعوى الدستورية ونظرها ورسمت للمتقاضين السبل الواجب إتباعها عند ممارسة حقهم في رفع هذه الدعوى ، كما حددت للمحاكم الأوضاع الواجب مراعاتها إذا ما أثار الخصوم

أمامها أية مسألة تتعلق بالقواعد الدستورية أو بتفسيرها وهو ما يوجب على هذه المحكمة بحث ما إذا كانت هذه الإجراءات الجوهرية قد روعيت من قبل محكمة الموضوع والمتقاضين أم أن الأمر خلاف ذلك ، إذ - أن عدم مراعاتها يمنع هذه المحكمة من نظر الدعوى ويؤدي إلى عدم قبولها .

لما كان ذلك ، وكان الثابت من الأوراق أن محكمة المرح الابتدائية التي أثير أمامها الدفع بعدم دستورية نص المادة الثالثة عشر من القانون رقم 1984/10م بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وأثارهما المعدلة بالقانون رقم 1423/9 ميلادية أصدرت قرارها بوقف السير في الدعوى بتاريخ 2007.06.16م وإحالتها إلى هذه المحكمة أي بعد صدور قرار الجمعية العمومية بتاريخ 2005.06.25م بتعديل المادة (19) من اللائحة على نحو ما سلف بيانه ، والذي بمقتضاه لم يعد للمحكمة الحق في إحالة المسألة الدستورية إلى المحكمة العليا للفصل فيها ، وإنما عليها إذا ما أثيرت أمامها مسألة دستورية من أحد الخصوم أن تتأكد من جوهريتها ، ثم توقف السير في الدعوى ، وعلى من أثار الدفع أن يرفع دعواه خلال ميعاد لا يتجاوز ثلاثة أشهر أمام المحكمة العليا وفق الإجراءات التي رسمتها اللائحة الداخلية بذلك لرفع الطعون الدستورية ، وكانت محكمة المرح الابتدائية قد أحالت المسألة الدستورية التي أثيرت أمامها إلى هذه المحكمة بعد تاريخ نفاذ قرار الجمعية العمومية رقم 2005/285م بتعديل المادة (19) من اللائحة الداخلية مخالفة بذلك القواعد الإجرائية الجوهرية التي رسمتها لرفع الدعوى الدستورية ، وهو ما يتعين معه عدم قبولها .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بدوائرها مجتمعة بعدم قبول الدعوى الدستورية وبإعادة الدعوى الموضوعية إلى محكمة المرح الابتدائية لاستئناف السير فيها .

باسم الشعب

المحكمة العليا

دوائر المحكمة مجتمعاً

بالجلسة المنعقدة علناً صباح يوم الأربعاء 24 ذي القعدة الموافق

11. 11. 1377. و.ر (2009م) بمقر المحكمة العليا بمدينة طرابلس .

برئاسة المستشار الدكتور : عبدالرحمن محمد أبوتوته " رئيس المحكمة " وعضوية المستشارين الأساتذة :

- | | |
|------------------------|---------------------------|
| - يوسف مولود الحنيش | - د. خليفة سعيد القاضي |
| - محمد إبراهيم الورفلي | - فرج يوسف الصلاي |
| - المقطوف بلعيد إشكال | - عزام علي الديب |
| - جمعة صالح الفيتوري | - د. صالح مصطفى البرغثي |
| - الطاهر خليفة الواعر | - صالح عبدالقادر أبوزيد |
| - الهاشمي علي الطربان | - د. جمعة محمود الزريقي |
| - رجب أبوراوي عقيل | - المبروك عبدالله الفاخري |
| - د. سعد سالم العسيلي | - د. حميد محمد القمطي |

وبحضور الخامي العام .

بنيابة النقض الأستاذ : محمد القمودي الحافي

ومدير إدارة التسجيل الأخ : ونيس أحمد الجدي

أصدرت الحكم الآتي

في قضية الطعن الدستوري المقيّد بالسجل العام تحت رقم 55 / 2 ق
بعدم دستورية المادة السادسة وعجز الفقرة الثانية من المادة التاسعة والتسعين
من القانون رقم 2006/6 ف بشأن نظام القضاء الصادر في 2006.03.05 ف

المقدم من :

ينوب عنه محاميه الأستاذ : علي عمر الشقروني

ضد :

1. أمين مؤتمر الشعب العام بصفته .
 2. أمين اللجنة الشعبية العامة بصفته .
- وتنوب عنهم (إدارة القضايا)

بعد الإطلاع على الأوراق ، وتلاوة تقرير التلخيص ، وسماع المرافعة ، ورأي نيابة

النقض .

الوقائع

تخلص الوقائع في أن الطاعن أقام الطعن الدستوري المائل قال فيه أنه بتاريخ 1977.05.08 قضت الدائرة المدنية الثانية بمحكمة المدينة الجزئية في الدعوى رقم 1997/279 المرفوعة من الطاعن ضد مصلحة الأحوال المدنية ببلدية طرابلس بحكمها القاضي بالزام المدعي عليه بصفته بتعديل واقعة تاريخ ميلاد المدعي - الطاعن الحالي - وجعله من مواليد 1947 بدلاً من سنة 1940 والتأشير بذلك في سجلاته الخاصة بالأحوال المدنية مع إلزامه بالمصاريف وشمول الحكم بالنفاذ المعجل .

وقد أقام الطاعن بتسجيل الحكم وتعديل عمره وفقاً لذلك في كتيب العائلة الخاص به فأصبح من مواليد 1947 كما قام ببناء على ما تقدم بإخطار الإدارة العامة للشئون المالية والإدارية بأمانة اللجنة الشعبية العامة للعدل بهذا التعديل الوارد على واقعة تاريخ ميلاده .

وبتاريخ 2007.07.01 ف أحيل الطاعن على التقاعد باعتباره من مواليد سنة 1940 وليس كما جاء في الحكم الصادر بتعديل واقعة تاريخ ميلاده إلى عام 1947 وقد جاء في الإحالة على التقاعد أعمالاً لعجز الفقرة الثانية من المادة التاسعة والتسعين من القانون رقم (6) لسنة 2006 بشأن نظام القضاء والتي نصت على أن " تحسب السن وفق شهادة الميلاد المقدمة عند التعيين دون غيرها " قام الطاعن بالطعن على قرار إحالته على التقاعد أمام

دائرة القضاء الإداري الأولى بمحكمة استئناف طرابلس وقيد طعنه تحت رقم 36/259 ق .
وأثناء نظر الطعن المذكور دفع الطاعن بعدم دستورية المادتين السادسة والتاسعة والتسعين من القانون رقم 2006/6 ف بشأن نظام القضاء وطلب أجلا من المحكمة لرفع الدعوى بعدم الدستورية وفقاً لنص المادة (19) من اللائحة الداخلية للمحكمة العليا ، وقد استجابت المحكمة لهذا الدفع عندها قام الطاعن بالتقرير بالطعن بعدم دستورية المادتين المشار إليهما وقيد طعنه تحت رقم 55/2 ق .

الإجراءات

بتاريخ 2007.12.08 ف قرر محامي الطاعن الطعن بعدم دستورية المادتين السادسة وعجز الفقرة الثانية من المادة التاسعة والتسعين من القانون رقم 2006/6 ف بشأن نظام القضاء وذلك أمام قلم كتاب المحكمة العليا مسدداً الرسوم ومودعاً كفالة الطعن مع سند وكالته عن الطاعن ومذكرة بأسباب الطعن موقعة منه ومن المودع لديه وحافضة بالمستندات تشمل على نص المادتين المطعون فيهما وصورة من الطعن الدستوري رقم 14/1 ق .

- وصورة من الطعن الإداري رقم 22/6 ق .
- وصورة من الطعن المدني رقم 17/49 ق .
- وصورة من الطعن المدني رقم 20/926 ق .
- وصورة من الحكم الصادر في الطعن الإداري رقم 48/41 ق .
- وصورة من الحكم الصادر في الطعن الإداري رقم 51/66 ق .

وجميعها صادرة عن المحكمة العليا .

وبتاريخ 2007.12.17 ف أودع الطاعن أصل ورقة إعلان الطعن معلنة إلى المطعون ضدهما بتاريخ 2007.12.12 ف .

وبتاريخ 2007.12.25 ف أودع أحد أعضاء إدارة القضايا مذكرة بدفاع المطعون ضدهما تمسك فيها برفض الطعن .

وبتاريخ 2008.01.23 ف أودع محامي الطاعن مذكرة رادة على مذكرة دفاع المطعون ضدهما .

وحيث تمسك الطاعن في مذكرة أسباب طعنه والمذكرة الرادة بقبول الطعن الدستوري شكلاً وفي الموضوع بالحكم بعدم دستورية المادة السادسة وكذلك بعجز الفقرة الثانية من المادة التاسعة والتسعين من القانون رقم 2006/6 بشأن نظام القضاء .

وحيث قدمت نيابة النقض مذكرة برأيها القانوني انتهت فيها إلى قبول الطعن شكلاً وفي الموضوع بعدم دستورية المادة السادسة وكذلك بعجز الفقرة الثانية من المادة التاسعة والتسعين من القانون رقم 2006/6 بشأن نظام القضاء .

أسباب الطعن

وحيث إن الطاعن ينعي على المادتين السادسة وعجز الفقرة الثانية من المادة التاسعة والتسعين من القانون رقم 2006/6 بشأن نظام القضاء بعدم الدستورية من وجهين :

أ) عدم دستورية المادة السادسة من قانون نظام القضاء حيث نصت هذه المادة على ما يلي : يختص المجلس ” وهو هنا المجلس الأعلى للهيئات القضائية دون غيره بالفصل في الطلبات التي يقدمها أعضاء الهيئات القضائية المتعلقة بالمسائل الآتية : أ- إلغاء القرارات الإدارية النهائية المتعلقة بأي شأن من الشئون الوظيفية لأعضاء الهيئات القضائية مما يدخل أصلاً في اختصاص القضاء الإداري وبطلبات التعويض المترتبة عنها وتكون قرارات المجلس في هذه الشئون نهائية ولا يجوز الطعن فيها بأي طريق أمام أية جهة “

وهذا النص غير دستوري للأسباب الآتية :

أولاً : قصر هذا النص الاختصاص في المسائل التي أشار إليها على مجلس القضاء دون غيره وقرر أيضاً نهائية هذه القرارات وهذا إخلال بالضمانات الواجب توافرها لأعضاء الهيئات القضائية وأهمها حق التقاضي مما يجعل النص غير دستوري .

ثانياً : إن هذا النص قد سلب اختصاص القضاء الإداري صاحب الولاية في هذا الخصوص وبذلك أصبح باقي موظفي الدولة في وضع أفضل من أعضاء الهيئات القضائية وبذلك يكون النص قد خالف مبدأ المساواة الذي تقرره كافة دساتير العالم .

ثالثاً : إن النص على فئانية قرار مجلس القضاء الأعلى يجعله فاقداً لإحدى خصائص القرار الإداري وهو جواز الطعن عليه حماية لحقوق الأفراد في مواجهة الدولة .

ب) عدم دستورية المادة (99) من القانون ذاته .

حيث نصت المادة (99) المشار إليها على : " تنتهي خدمة أعضاء الهيئات القضائية ببلوغهم سن الخامسة والستين سنة شمسية كاملة وفي الحالتين تحسب السن وفق شهادة الميلاد المقدمة عند التعيين دون غيرها " .

ومناطق عدم الدستورية هو مخالفة نص هذه المادة لمبادئ العدالة ولقاعدة عدم سرريان القانون على الماضي وإهدارها للحجية التي تكتسبها الأحكام النهائية .

حيث أهدرت المادة المشار إليها الحقوق المكتسبة للطاعن بموجب الحكم النهائي الصادر بتاريخ 1997.05.28 ف ، وقد أصبح هذا الحكم باتاً واكتسب الحجية المطلقة قبل العمل بأحكام قانون نظام القضاء ، وحتى لو كانت المادة متعلقة بالنظام العام فإن حجية الأحكام تعلقو على النظام العام في الدولة وهو ما قررتة المحكمة العليا في الطعن الإداري رقم 22/6 ق بجلسة 1976.11.04 .

كما استشهد الطاعن بحكم صادر في النقض المصري قرر فيها سمو الحكم الذي حاز قوة الأمر المقضي على اعتبارات النظام العام كما استشهد أيضاً بحكم للمحكمة العليا ينص على عدم سرريان القانون على الماضي .

وخلص الطاعن إلى قبول طعنه شكلاً وفي الموضوع ، الحكم بعدم دستورية المادتين (6) و (99) من القانون رقم 2006/6 ف بشأن نظام القضاء .

والمحكمة

بعد تلاوة تقرير التلخيص وسماع رأي نيابة النقض والإطلاع على الأوراق والمداولة .
وحيث إن الطعن حاز أوضاعه الشكلية فهو مقبول شكلاً .

وحيث إنه عما يعاه الطاعن بعدم دستورية المادة السادسة من القانون رقم 2006/6 بشأن نظام القضاء والتي نصت على أن قرارات المجلس الأعلى نهائية ولا يجوز الطعن فيها بأي طريق أمام أية جهة ، فإن هذا النعي سديد ، ذلك أن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أنه وأن كان الأصل في القرارات الإدارية المشروعية والصحة ويجب أن تستند رقابة القضاء عليها بالإلغاء إلى نص صريح في القانون فلا تلغى إلا بتصريح من المشرع ، إلا أن هذه الرقابة لا يجوز تقييدها أو الحد منها إذا تعلق الأمر بالحقوق الأساسية والحريات العامة المكفولة في الدستور ، فإذا ما صدر قانون متضمناً نصاً مانعاً من اللجوء إلى القضاء صاحب الولاية العامة يصح أن يكون محل نظر القضاء الدستوري الذي له أن ييسر رقابته على كل قانون يتضمن هذا القيد لكي يقدر ما إذا كانت هناك ضرورة معينة أو ظروف استثنائية أو مصالح عليا أو اعتبارات تتعلق بالأمن والنظام العام تسمح بإسباغ الحصانة على مثل هذه القرارات الإدارية القابلة بطبيعتها للإلغاء والتي تمس حقاً أصيلاً مقررأ في الدستور ، ومهمة القضاء الدستوري في هذا المقام أن يزن كل قانون بظروفه واعتباراته فإذا تبين للقضاء وهو يمارس الرقابة الدستورية جدية الأسباب التي تبرر التقييد من الطعن أو حصانة القرارات الإدارية كان القانون الذي تستند إليه بمنجاة من أي طعن و إذا لم تكن هناك جدية تبرر هذا التقييد كان هذا القانون محلاً للطعن بعدم الدستورية .

ولما كان القانون رقم 2006/6 بشأن نظام القضاء نص في المادة السادسة على أن يختص المجلس دون غيره بالفصل في الطلبات التي يقدمها أعضاء الهيئات القضائية المتعلقة بالمسائل الآتية : 1- 2- ” وتكون قرارات المجلس في هذه الشئون نهائية ولا يجوز الطعن فيها بأي طريق أمام أي جهة أخرى “ وكانت الوثيقة الخضراء الكبرى لحقوق الإنسان في عصر الجماهير قد نصت في عجز البند (26) من المبادئ التي

أوردتها على أن : ” ولكل فرد الحق في اللجوء إلى القضاء لإنصافه من أي مساس بحقوقه وحرمانه الواردة فيها “ كما ردد القانون رقم 1991/20 بشأن تعزيز الحرية هذا المبدأ في المادة الثلاثين منه والتي جاء فيها : ” لكل شخص الحق في الالتجاء إلى القضاء وفقاً للقانون وتؤمن له المحكمة كافة الضمانات اللازمة “.

وورد بالمادة الخامسة والثلاثين من ذات القانون أن ” أحكام هذا القانون أساسية ولا يجوز أن يصدر ما يخالفها ويعدل كل ما يتعارض معها من تشريعات “.

ومفاد ذلك أن القضاة وهم من ضمن فئات المجتمع يكون من حقهم كباقي الأفراد اللجوء إلى المحاكم لإنصافهم أو لأي مساس بحقوقهم ولا يسوغ القول بغير ذلك لما ينطوي عليه ذلك من إخلال بمبدأ المساواة والمساس بوظيفة القاضي الذي يجب أن يقضي بين الناس بالعدل والعدل وهو يعلم أنه محروم من هذا الحق إذا حدث مساس بحقوقه .

وحيث إنه لا يستشف من نص المادة (6) المشار إليها على عدم جواز الطعن في قرارات المجلس الأعلى للهيئات القضائية ، أن هناك ضرورة أو ظرفاً استثنائية أو مصلحة عليا أو اعتبارات للأمن أو النظام العام يستند إليها هذا المنع ، مما يكون معه قرار المجلس في هذا الشأن هو قرار إداري تسري بشأنه الأحكام المنظمة للقرارات الإدارية ، من حيث إصدارها أو سحبها أو إلغائها أو الطعن فيها أمام المحكمة المختصة - وان وصفه المشرع بأنه حكم - ويكون ما ينعى الطاعن في هذا الشأن في محله ويتعين الحكم بعدم دستورية الفقرة الأخيرة من المادة السادسة من قانون نظام القضاء محل الطعن .

وحيث إنه عن النعي بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة (99) من قانون نظام القضاء والتي جاء فيها : ” وفي الحالتين (أي حالة التقاعد الوجوبي والاختياري) تحسب السن وفق شهادة الميلاد المقدمة عند التعيين دون غيرها “ فإن هذا النعي غير سديد ، ذلك أنه وان كان الأصل هو عدم سريان القوانين والتشريعات التي تصدرها السلطة التشريعية على الماضي إلا أن المصلحة العامة قد تقضي الخروج على هذه القاعدة مراعاة للمصالح السياسية أو الاقتصادية والاجتماعية للدولة وفي غير مساس بالحقوق الأساسية والحريات العامة للأفراد ، ومن ضمن اعتبارات المصلحة العامة استقرار المراكز القانونية لرجال القضاء من حيث بدء

وانتهاء مدد خدمتهم في الهيئات القضائية وحتى لا تتزعزع هذه المراكز بإجراءات لاحقة ، ولا شك في أن النص على وجوب الاعتداد بتاريخ الميلاد الوارد بالشهادة المقدمة عند التعيين يحقق مصلحة عامة الدستورية في غير محله مستوجب الرفض .

فلهذه الأسباب

- حكمت المحكمة بدوائرها مجتمعة :
- أولاً : بقبول طعن الطاعن شكلاً .
- ثانياً : بعدم دستورية الفقرة الأخيرة من المادة السادسة من قانون نظام القضاء رقم 2006/6 ف .
- ثالثاً : برفض الطعن بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة التاسعة والتسعين من قانون نظام القضاء رقم 2006/6 ف .

باسم الشعب
المحكمة العليا
دوائر المحكمة مجتمعاً

بالجلسة المنعقدة علناً صباح يوم الأربعاء 24 ذي القعدة الموافق
11.11.1377 و.ر (2009م) بمقر المحكمة العليا بمدينة طرابلس .

برئاسة المستشار الدكتور : عبدالرحمن محمد أبوتوته " رئيس المحكمة "
وعضوية المستشارين الأساتذة :

- | | |
|------------------------|---------------------------|
| - يوسف مولود الحنيش | - د. خليفة سعيد القاضي |
| - محمد إبراهيم الورفلي | - فرج يوسف الصلاي |
| - المقطوف بلعيد إشكال | - عزام علي الديب |
| - جمعة صالح الفيتوري | - د. صالح مصطفى البرغثي |
| - الطاهر خليفة الواعر | - صالح عبدالقادر أبوزيد |
| - الهاشمي علي الطربان | - د. جمعة محمود الزريقي |
| - رجب أبوراوي عقيل | - المبروك عبدالله الفاخري |
| - د. سعد سالم العسلي | - د. حميد محمد القماطي |

وبحضور الخامي العام

بنيابة النقض الأستاذ : محمد القمودي الحافي

ومدير إدارة التسجيل الأخ : ونيس أحمد الجدي

أصدرت الحكم الآتي

في الطعن الدستوري المقيّد بالسجل العام تحت رقم 3 / 55 ق
بعدم دستورية القانون رقم (5) لسنة 1375 بتعديل بعض أحكام القانون رقم
1984/16 بشأن الشركة العامة للبريد والاتصالات السلكية واللاسلكية وتقرير حكم في
شأن رسوم الاشتراك مقابل المكالمات الهاتفية

ثالثاً : بالزام الشركة المدعي عليها بأن تدفع لكل واحد من المدعين مبلغ خمسمائة دينار تعويضاً شاملاً عن الضرر الأدي ورفض ما عدا ذلك من طلبات .

أستأنف الطرفان هذا الحكم أمام محكمة استئناف مصراته ، واستندت الشركة المحكوم عليها في استئنافها إلى صدور القانون رقم (5) لسنة 2007 بتعديل بعض أحكام القانون رقم 1984/16 بشأن إنشاء الشركة العامة للبريد والاتصالات السلكية واللاسلكية ، ودفعت الحاضر عن المدعين المحكوم لهم بعدم دستورية القانون المذكور ، وطلب وقف السير في الدعوى ، وقررت المحكمة وقف السير في الدعوى لمدة ثلاثة أشهر من تاريخه وتنبه الدفاع إلى أنه سيتم استئناف السير في الدعوى إذا لم يرفق ما يفيد الطعن أمام المحكمة العليا خلال المدة المذكورة .

الإجراءات

صدر القرار بوقف السير في الدعوى بتاريخ 2008.01.12 ف ، وقرر محامي الطاعنين الطعن بعدم دستورية القانون رقم (5) لسنة 2007 ف لدى قلم كتاب المحكمة العليا بتاريخ 2008.02.05 ف مسدداً الرسم ومودعاً الكفالة ومذكرة بأسباب الطعن وسندات وكتلته وصورة رسمية من محضر الجلسة التي صدر فيها قرار وقف السير في الدعوى ، ثم أودع بتاريخ 2008.02.13 ف أصل ورقة إعلان الطعن معلنة على الجهة المطعون ضدها عن طريق إدارة القضايا بتاريخ 2008.02.07 ف ، وبتاريخ 2008.02.27 ف أودع أحد أعضاء إدارة القضايا مذكرة بدفاع الجهة المطعون ضدها ، وأودعت نيابة النقض مذكرة أبدت فيها رأيها أصلياً بعدم قبول الطعن شكلاً واحتياطياً في حالة قبوله شكلاً برفضه موضوعاً ، وبالجلسة المحددة لنظر الطعن تمسكت برأيها .

الأسباب

حيث إن نيابة النقض أسست رأيها بعدم قبول الطعن شكلاً على أن قرار محكمة الموضوع الصادر بجلسته 2008.01.12 ف لا يبين منه سبب الإحالة والمسألة الدستورية المثارة جدتها .

وحيث إن هذا الرأي غير سديد ، ذلك أن الثابت من الصورة الرسمية لمحاضر جلسات محكمة الموضوع المودعة ضمن حافظة مستندات الطاعن أنه دفع بملسة 2008.01.12 بعدم دستورية القانون رقم (5) لسنة 2007 ف ، وأوضح الأسباب التي بني عليها هذا الدفع ، واستجابات المحكمة لطلبه وقف السير في الدعوى ، وهو ما يعني اقتناعها بجديّة هذا الدفع ، ولا يوجد في القانون ما يلزمها بإيراد أسباب لقرارها بهذا الشأن .

لما كان ذلك ، وكان الطعن قد استوفى أوضاعه المقررة في القانون فإنه يكون مقبولاً شكلاً .

وحيث أسس الطاعنون طعنهم بعدم دستورية القانون رقم (5) لسنة 2007 ف على الأسباب الآتية :

1. إن القانون خالف مبادئ الشريعة الإسلامية وما ورد في القرآن الكريم شريعة المجتمع تسعيرة الخدمات الهاتفية وفق معايير باطلة وماسة بالتالي بحقوق الطاعنين المكتسبة في ظل تشريعات نافذة .

2. إن القانون خالف مبدأ حجية الأحكام القضائية وما تتمتع به من حجية الأمر المقضي فيه ، ذلك أنه سبق صدور أحكام قضائية نهائية بإلغاء القرارات الصادرة بشأن تحديد تسعيرة الخدمات الهاتفية ، واعتبر القانون أن ما أخذته الشركة زيادة عن المستحق رصيد يبقى لها مخالفاً قاعدة أنه لا يجوز لأي شخص أو جهة أن تأخذ مبالغ غير مستحقة لها أو زيادة عما هم مستحق لها ، ولم يوضح كيفية علاج الأمر إذا أراد الطاعنون الاستغناء عن الخدمات الهاتفية .

3. إن القانون خالف أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق أطرافه ، وقد تعاقد الطاعنون مع الشركة وفقاً لأحكام اللائحة رقم (57) لسنة 1982 ف ، واكتسبوا بموجب ذلك حقهم في الخدمة الهاتفية مقابل الرسم المحدد قانوناً ، إلا أن القانون اعتدى على حقوقهم وسلب إرادتهم ونص على تشكيل لجنة لتحديد التسعيرة بأثر رجعي رغم إرادتهم .

4. إن القانون خالف قاعدة عدم سريان القانون بأثر رجعي ، خاصة إذا كان ذلك يتعلق

بالموضوع وليس بالإجراءات ، فالحقوق التي يطالب بها الطاعنون سابقة لصدور القانون المطعون بعدم دستوريته ، وبالتالي فإن الوقائع التي تمت في ظل قانون معين تحكمها قواعد هذا القانون واللوائح الصادرة بمقتضاه ، وكل تعديل أو إلغاء للقانون أو لوائحه لا يكون له أثر إلا على الوقائع التي تمت بعد التعديل أو الإلغاء عملاً بنص المادة (21) من القانون المدني .

وحيث إن هذه الأسباب جميعها في غير محلها ، ذلك أن الطعن بعدم دستورية تشريع معين يستلزم مخالفة التشريع المطعون فيه لقاعدة دستورية تسمو على ذلك التشريع ، أما ما يرد في أي تشريع من أحكام تخالف تشريعاً آخر من ذات المرتبة ، فإنه لا يصمه بعدم الدستورية ، ولا ينطوي على أي تجاوز لاختصاص المشرع بسن ما يراه من تشريعات تتلاءم مع ما يستهدف تحقيقه من مصالح

وحيث إن ما تضمنه القانون المطعون فيه لا يتجاوز تشكيل لجنة فنية لمراجعة حسابات تسعيرة رسوم الاشتراك ومقابل المكالمات الهاتفية ، وتنظيم طريقة السداد في حالة وجود فارق بالزيادة لصالح المشترك ، دون أن يلغي حق المشترك في الاستفادة من هذا الفارق ، أو يصادر حقه في استرداده في حالة إلغاء التعاقد ، أو يمنعه من اللجوء إلى القضاء إذا امتنعت الجهة المتعاقدة عن ذلك .

كما أن القانون المذكور لم يبلغ حكماً قضائياً أو يهدر حججه ، بل أقر الحكم القضائي الصادر ببطالان اللائحة التي تم تطبيقها ، واعترف بالمديونية المترتبة على ذلك ، وما تضمنه من إجراء مرحلي لتنظيم كيفية سداد هذه المديونية لا يرقى إلى درجة المخالفة الدستورية ، الأمر الذي يتعين معه رفض الطعن .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة - بدوائرها مجتمعة - بقبول الطعن شكلاً وفي الموضوع برفضه وبإعادة الدعوى إلى محكمة استئناف مصراته للفصل فيها وبالزام الطاعنين بمصروفات الطعن .

باسم الشعب
المحكمة العليا
دوائر المحكمة مجتمعمة

بالجلسة المتعددة علنا صباح يوم الأربعاء 24 ذي القعدة الموافق
11. II. 1377. و.ر (2009م) بمقر المحكمة العليا بمدينة طرابلس .

برئاسة المستشار الدكتور : عبدالرحمن محمد أبوتوته " رئيس المحكمة "
وعضوية المستشارين الأساتذة .

- | | |
|------------------------|---------------------------|
| - يوسف مولود الحنيش | - د. خليفة سعيد القاضي |
| - محمد إبراهيم الورفلي | - فرج يوسف الصلابي |
| - المقطوف بلعيد إشكال | - عزام علي الديب |
| - جمعة صالح الفيتوري | - د. صالح مصطفى البرغثي |
| - الطاهر خليفة الواعر | - صالح عبدالقادر أبوزيد |
| - الهاشمي علي الطربان | - د. جمعة محمود الزريقي |
| - رجب أبو راوي عقيل | - المبروك عبدالله الفاخري |
| - د. سعد سالم العسلي | - د. حميد محمد القماطي |

وبحضور الخامي العام

بنيابة النقض الأستاذ : محمد القمودي الخافي

ومدير إدارة التسجيل الأخ : ونيس أحمد الجدي

أصدرت الحكم الآتي

في الطعن الدستوري المقيّد بالسجل العام تحت رقم 55 / 5 ق
بعدم دستورية المادة (93) من القانون رقم (6) بشأن نظام القضاء

المقدم من :

((بمثله الخامي : فتحي أحمد المهدي))

ضد :

1. أمين مؤتمر الشعب العام .
2. أمانة مؤتمر الشعب العام .
3. أمين اللجنة الشعبية العامة .
4. أمين اللجنة الشعبية العامة للعدل .

وتنوب عنهم (إدارة القضايا)

بعد الإطلاع على الأوراق ، وتلاوة تقرير التلخيص وسماع المرافعة ورأي نيابة النقض وبعد المداولة قانوناً .

الوقائع

أحيل الطاعن بصفته قاضياً بمحكمة شمال بنغازي الابتدائية على المجلس الأعلى للهيئات القضائية بوصفه مجلساً للتأديب وصدر بحقه بتاريخ 2007.01.01 ف قرار عن المجلس المذكور يقضي بنقله إلى وظيفة غير قضائية - ولما كان القرار المذكور وفقاً لنص المادة (93) من قانون نظام القضاء لا يجوز الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن فإنه ينتهي إلى طلب الحكم بعدم دستورية نص المادة (93) المشار إليه .

الإجراءات

بتاريخ 2008.05.21 ف قرر محامي الطاعن أمام قلم كتاب المحكمة العليا الطعن بعدم دستورية المادة (93) من قانون نظام القضاء رقم 2006/6 ف مختصماً أمين وأمانة مؤتمر الشعب العام وأمين اللجنة الشعبية العامة وأمين اللجنة الشعبية العامة للعدل ورئيس المجلس الأعلى للهيئات القضائية بصفاتهم ، وسدد الرسم وأودع الكفالة وسند وكالته ومستندات أخرى ، وأودع بتاريخ 2008.05.22 ف أصل ورقة إعلان معلنة على المطعون ضدهم بذات التاريخ ، وبتاريخ 2008.06.07 ف أودع أحد أعضاء إدارة القضايا مذكرة بدفاع الجهات المطعون ضدها انتهى فيها إلى عدم قبول الطعن لعدم المصلحة وعدم إتباع الإجراءات المقررة قانوناً لرفع الدعوى ، وأودعت نيابة النقض مذكرة بالرأي انتهت فيها إلى قبول الطعن شكلاً ، وفي الموضوع عدم دستورية المادة (93) محل الطعن .

نظرت الدوائر المجتمعة للمحكمة العليا الطعن بجلسة 2009.06.29 م وتم حجز

القضية للحكم بجلسة اليوم .

الأسباب

حيث إن الطعن استوفى أوضاعه المقررة قانوناً فهو مقبول شكلاً .
وحيث ينعي الطاعن على النص محل الطعن مخالفته للدستور والإعلانات والوثائق الدستورية المعمول بها ولأحكام الشريعة الإسلامية ذلك أن الإعلان الدستوري الصادر سنة (1969) قرر حماية واسعة للحقوق والحريات وتلاه صدور إعلان قيام سلطة الشعب في شهر مارس (1977) والذي أكد على أن القرآن الكريم شريعة المجتمع وان السلطة الشعبية المباشرة هي أساس النظام السياسي بالجمهورية ثم صدرت الوثيقة الخضراء الكبرى سنة (1988) التي كرست حق كل فرد في اللجوء إلى القضاء لإنصافه من أي مساس بحقوقه وحرياته ، وصدر قانون تعزيز الحرية رقم (20) لسنة 1991 مؤكداً على المبادئ ذات الصلة بحقوق الأفراد وحرياتهم والتي بينها المشرع بإصداره القانون رقم 1991/5 بشأن تطبيق مبادئ الوثيقة الخضراء وبالتالي فإن كلمة دستور تنصرف على جملة الإعلانات الدستورية المشار إليها وإلى العرف وقواعد الشريعة .

ولما كان نص المادة (93) من قانون نظام القضاء - محل الطعن - فيما تضمنه من عدم جواز الطعن في الحكم الصادر عن مجلس القضاء في الدعوى التأديبية هو نص مخالف للدستور لحرمانه الطاعن من حق التقاضي وإهداره كافة الحقوق المنصوص عليها في الوثائق الدستورية التي كفلت حق المساواة أمام القانون وحق اللجوء على القضاء وتقييده للسلطة القضائية في مباشرة ولايتها وكان المشرع الدستوري وأن أجاز للمشرع العادي تنظيم ممارسة حق التقاضي بقانون فإنه لا يقصد تفويضه في نقض هذا الحق والانتقاص منه فإن فعل يكون قد خرج عن أحكام الدستور - ويتضح من قضاء المحكمة العليا - كما ذكر الطاعن وأورد بعض المبادئ - انه استقر على أن النصوص المانعة من التقاضي تخالف الدستور وهو قضاء يتفق وصحيح القانون لأن النصوص المانعة من التقاضي تعد انتهاكاً صارخاً لحقوق الأفراد وإخلالاً بمبدأ المساواة بين المواطنين وهو ما اجمع عليه الفقه أيضاً .

وحيث إن نص المادة (93) المطعون بعدم دستوريته جاء ترديداً لما ورد بالتشريعات المانعة من التقاضي والتي عرضت على المحكمة العليا وقضت بعدم دستورتها فإنه يتعين الحكم بعدم دستورية هذا النص لأنه أضفى حصانة على قرارات مجلس التأديب وهي قرارات إدارية من الطعن عليها بأي وجه .

وحيث إن جميع هذه المناهي تدور حول مدى دستورية نص المادة (93) من القانون رقم 2006/6 بشأن نظام القضاء فيما تضمنه من عدم جواز الطعن بأي طريق في الحكم الصادر في الدعاوي التأديبية عن المجلس الأعلى للهيئات القضائية بوصفه مجلساً للتأديب ، وكان قضاء هذه المحكمة قد جرى على أنه وإن كان الأصل في القرارات الإدارية المشروعية والصحة ويجب أن تستند رقابة القضاء عليها بالإلغاء إلى نص صريح في القانون فلا تلغى إلا بتصريح من المشرع إلا أن هذه الرقابة لا يجوز تقييدها أو الحد منها إذا تعلق الأمر بحق من الحقوق الأساسية المكفولة في الدستور - فإذا ما صدر قانون متضمناً نصاً مانعاً من اللجوء إلى القضاء صاحب الولاية العامة يصح أن يكون محل نظر القضاء الدستوري ، وللقضاء أن يناقش كل قانون يتضمن هذا القيد لكي يقدر ما إذا كانت هناك ضرورة معينة أو ظروف استثنائية أو مصالح عليا أو اعتبارات تتعلق بالأمن والنظام العام تسمح بإسباغ الحصانة على مثل هذه القرارات الإدارية القابلة بطبيعتها للإلغاء والتي تمس حقاً أصيلاً مقررراً في الدستور ، ومهمة القضاء الدستوري في هذا المقام أن يزن كل قانون بظروفه واعتباره فإذا وجد القضاء وهو يمارس الرقابة الدستورية جدية الأسباب التي تبرر التقييد من الطعن أو حصانة القرارات الإدارية كان القانون الذي تستند إليه بمنجاة من أي طعن وإذا لم تكن هناك جدية تبرر هذا التقييد كان القانون محلاً للطعن بعد الدستورية .

لما كان ذلك ، وكان القانون رقم 2006/6 بشأن نظام القضاء نص في المادة (93) منه على أن " تنظر الدعوى التأديبية ويحكم فيها في جلسات سرية - ويجب أن يكون الحكم في الدعوى التأديبية مشتملاً على الأسباب التي يبنى عليها وأن تتلى أسبابه عند النطق به - ويكون الحكم نهائيًا ولا يجوز الطعن عليه بأي طريق "

وكانت الوثيقة الخضراء الكبرى لحقوق الإنسان في عصر الجماهير قد نصت في عجز

البند (26) من المبادئ التي أوردتها " ولكل فرد الحق في اللجوء إلى القضاء لإنصافه من أي مساس بحقوقه وحرياته الواردة فيها " ، وكما ردد القانون رقم 1991/20 بشأن تعزيز الحرية هذا المبدأ في المادة (الثلاثين) منه والتي جاء فيها " لكل شخص الحق في الالتجاء إلى القضاء وفقاً للقانون وتؤمن له المحكمة كافة الضمانات اللازمة ... " .

وورد بالمادة الخامسة والثلاثين من ذات القانون أن " أحكام هذا القانون أساسية ولا يجوز أن يصدر ما يخالفها ويعدل كل ما يتعارض معها من تشريعات " .

ومفاد ذلك أن القضاة وهم من ضمن فئات المجتمع يكون من حقهم كباقي الأفراد اللجوء إلى المحاكم أو لأي مساس بحقوقهم ولا يسوغ القول بغير ذلك لما ينطوي عليه ذلك من إخلال بمبدأ المساواة والمساس بوظيفة القاضي الذي يجب أن يقضي بين الناس بالحق والعدل وهو يعلم أنه محروم من هذا الحق إذا حدث مساس بحقوقه .

وحيث أنه لا يستشف من نص المادة (93) محل الطعن بعدم جواز الطعن في قرارات المجلس الأعلى للهيئات القضائية باعتباره مجلساً للتأديب أن هناك ضرورة أو ظرفاً استثنائياً أو مصلحة عليا أو اعتباراً للأمن أو النظام العام يستند إليها هذا المنع ، بما يكون معه قرار المجلس في هذا الشأن وان وصفه المشرع بأنه حكم ، هو قرار إداري تسري بشأنه الأحكام المنظمة للقرارات الإدارية من حيث إصدارها أو سحبها أو إلغائها أو الطعن فيها أمام المحكمة القضائية المختصة ، ويكون ما يعنى به الطاعن في هذا الشأن في محله . ويتعين بالتالي الحكم بعدم دستورية عجز المادة (93) من القانون رقم 2006/6 بشأن نظام القضاء فيما تضمنه من عدم جواز الطعن فيما يصدره المجلس الأعلى للهيئات القضائية بوصفه مجلساً للتأديب وفقاً للنصوص المنظمة لذلك بقانون نظام القضاء رقم 2006/6 .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بدوائرها مجتمعة بقبول الطعن شكلاً وبعدم دستورية المادة (93) من القانون رقم 2006/6 بشأن نظام القضاء فيما تضمنه من عدم جواز الطعن في الأحكام التي يصدرها المجلس الأعلى للهيئات القضائية في الدعاوي التأديبية بوصفه مجلساً للتأديب بأي طريق .

**باسم الشعب
المحكمة العليا
دوائر المحكمة مجتمعمة**

بالجلسة المنعقدة علناً صباح يوم الأربعاء 24 ذي القعدة الموافق
11 . 11 . 1377 و.ر (2009 م) بمقر المحكمة العليا بمدينة طرابلس .

برئاسة المستشار الدكتور : عبدالرحمن محمد أبوتوته " رئيس المحكمة "
وعضوية المستشارين الأساتذة :

- | | |
|------------------------|---------------------------|
| - يوسف مولود الحنيش | - د. خليفة سعيد القاضي |
| - محمد إبراهيم الورفلي | - فرج يوسف الصلابي |
| - المقطوف بلعيد إشكال | - عزام علي الديب |
| - جمعة صالح الفيتوري | - د. صالح مصطفى البرغثي |
| - الطاهر خليفة الواعر | - صالح عبدالقادر أبوزيد |
| - الهاشمي علي الطربان | - د. جمعة محمود الزريقي |
| - رجب أبوراوي عقيل | - المبروك عبدالله الفاخري |
| - د. سعد سالم العسبلي | - د. حميد محمد القماطي |

وبحضور الخامي العام

بنيابة النقص الأستاذ : محمد القمودي الحاسفي
ومدير إدارة التسجيل الأخ : ونيس أحمد الجدي

أصدرت الحكم الآتي

في الطعن الدستوري رقم 1 / 56 ق

المقدم من :

((وتوب عنه إدارة المحاماة الشعبية))

بتاريخ 1376.10.20 ور. أودعت إدارة القضايا مذكرة بدفاع المطعون ضدهم .

بتاريخ 1376.10.29 ور. أودعت محامية الطاعن مذكرة دفاع رادة وحافضة مستندات أخرى أشارت إلى محتواها على غلافها .

قدمت نيابة النقص مذكرة انتهت فيها إلى الرأي بقبول الطعن شكلاً والحكم بعدم دستورية النص محل الطعن ، وعللت رأيها بأن حق الالتجاء إلى القضاء من الحقوق الأساسية التي نصت عليها معظم قوانين دول العالم الوطنية والإعلانات والمواثيق الدولية ، وأن هذا الحق منصوص عليه في الوثيقة الخضراء الكبرى لحقوق الإنسان في عصر الجماهير وفي القانون رقم (20 لسنة 1991 بشأن تعزيز الحرية ، وأكدت عليه المحكمة العليا في الطعين الدستوريين 14/1 ق و 19/1 ق ، والمحكمة الدستورية العليا المصرية في الطعن الدستوري رقم 20/98 ق والدائرة الدستورية بالمحكمة العليا اليمنية في الدعوى الدستورية رقم 2000/2 والجلسة الدستوري الموريتاني في قراره رقم (7) لسنة 1993 م .

وأودع المستشار المقرر تقرير التلخيص ، وسمعت الدعوى على النحو المبين بمحضرها وحجزت للحكم جلسة اليوم .

الأسباب

حيث إن الطعن استوفى أوضاعه القانونية فهو مقبول شكلاً .

ينعى الطاعن على نص المادة (93) من القانون رقم (6) لسنة 1374 ور. بشأن نظام القضاء ، فيما تضمنه من عدم جواز الطعن بأي طريق في الأحكام الصادرة من المجلس الأعلى للهيئات القضائية في الدعاوى التأديبية ، بعدم الدستورية ، بمقولة أن الإعلان الدستوري وإعلان قيام سلطة الشعب والوثيقة الخضراء الكبرى لحقوق الإنسان في عصر الجماهير والقانون رقم (20) لسنة 1991 بشأن تعزيز الحرية وقواعد الشريعة الإسلامية والعرف ، جميعها تشكل شريعة المجتمع الليبي ودستوره الحديث ، وكل هذه المصادر الأساسية تنص على حق الأفراد في الالتجاء إلى القضاء وبعدم جواز الحرمان من هذا الحق ، وهو ما قررت المحكمة العليا في العديد من أحكامها الدستورية ، من ذلك ما قررت في الطعن الدستوري رقم 14/1 ق

من أن حرمان أي مواطن من حق اللجوء إلى القضاء مخالف لكل دساتير العالم المكتوبة وغير المكتوبة وأن هذا الحق مستمد من أوامر العلي القدير ، ومن الحقوق الطبيعية للإنسان منذ أن خلق ، وما قررته في الطعن الدستوري رقم 19/1 ق بعدم دستورية نص المادة (65) من قانون الجامعة الليبية الصادر بالقانون رقم (20) لسنة 1968 فيما تضمنه من عدم جواز الطعن بطريق الإلغاء أو وقف التنفيذ في القرارات الإدارية الصادرة من الهيئات الجامعية في شئون طلابها ، ولما كان النص محل الطعن بعدم الدستورية قد خالف كل تلك النصوص والمبادئ القضائية وصادر حق التقاضي وأخل بمبدأ المساواة بين الأفراد فإنه يكون حرياً بالحكم بعدم دستوريته .

وحيث إن هذا النعي في مجمله شديد ، ذلك أن القانون رقم (5) لسنة 1991 بشأن تطبيق مبادئ الوثيقة الخضراء الكبرى لحقوق الإنسان في عصر الجماهير نص في الفقرة الثانية من ديباجته على ضرورة الالتزام بما ورد في هذه الوثيقة من مبادئ سامية يتعين مراعاتها عند إصدار القوانين والقرارات ، ونص في مادته الأولى على أن تعدل التشريعات المعمول بها قبل الوثيقة الخضراء بما يتفق مع مبادئها ، وعلى عدم جواز إصدار تشريعات تتعارض معها .

وحيث إن المبادئ التي نص عليها القانون رقم (20) لسنة 1991 بشأن تعزيز الحرية من الأحكام الأساسية في التشريع ، التي التزمت المؤتمرات الشعبية الأساسية بعدم إصدار تشريع مخالف لها وتعديل التشريعات التي لا تستقيم معها ، عند ممارستها لحقها المطلق في تنظيم أي موضوع بقانون ، حيث نص في مادته الخامسة والثلاثين على أن أحكام هذا القانون أساسية ، ولا يجوز أن يصدر ما يخالفها ويعدل كل ما يتعارض معها من تشريعات .

وحيث إن حق التقاضي وحق الإنسان في محاكمة عادلة ونزيهة من الحقوق الطبيعية للإنسان منذ أن خلق من المبادئ السامية التي أكدت عليها الوثيقة الخضراء الكبرى لحقوق الإنسان في عصر الجماهير ، حيث نصت مادتها التاسعة على أن المجتمع الجماهيري يضمن حق التقاضي واستقلال القضاء والحق في محاكمة عادلة ونزيهة ونص عجز مادتها (26) على أنه لكل فرد الحق في اللجوء إلى القضاء لإنصافه من أي مساس بحقوقه وحياته الواردة فيها ، كما أكد عليها القانون رقم (20) لسنة 1991 بشأن تعزيز الحرية فنص في مادته الثلاثين على أن

لكل شخص حق اللجوء إلى القضاء .

وحيث إن القانون رقم (6) لسنة 1374 و.ر بشأن نظام القضاء نص في مادته (93) على أن :

” تنظر الدعوى التأديبية ويحكم فيها في جلسات سرية .

ويجب أن يكون الحكم في الدعوى التأديبية مشتملاً على الأسباب التي بني عليها وأن تتلى أسبابه عند النطق به ، ويكون الحكم نهائياً ولا يجوز الطعن عليه بأي طريق “.

وحيث إن مفاد الفقرة الأخيرة من هذا النص أن المشرع أعطى المجلس الأعلى للهيئات القضائية السلطة المطلقة ، بلا معقب عليه من أي جهة ، فيما يصدره من أحكام تأديبية في الدعاوى التي ترفع ضد أعضاء الهيئات القضائية ، وهذا النص مخالف لتلك المبادئ السامية التي أكدت عليها الوثيقة الخضراء الكبرى لحقوق الإنسان في عصر الجماهير والقانون رقم (20) لسنة 1991 بشأن تعزيز الحرية ، لأن المجلس الأعلى للهيئات القضائية بحكم تشكيله والأغلبية المقررة لصحة انعقاده وإصدار قراراته ، يجعل إعطاءه هذه السلطة المطلقة غير محقق للمقصود وهو تحقيق العدالة في نزاعات أطرافها من يعملون على إرسائها ، وذلك أن القانون رقم (6) لسنة 1374 و.ر بشأن نظم القضاء نص في مادته الثالثة على أن :

” يشكل المجلس الأعلى للهيئات القضائية على النحو التالي :

1. أمين اللجنة الشعبية العامة للعدل
 2. رئيس المحكمة العليا
 3. النائب العام
 4. الكاتب العام
 5. رئيس إدارة التفتيش على الهيئات القضائية
 6. أقدم رؤساء محاكم الاستئناف
 7. رئيس إدارة القضايا
 8. رئيس إدارة الحاماة الشعبية
 9. رئيس إدارة القانون
- رئيساً
نائب للرئيس
عضواً
عضواً
عضواً
عضواً
عضواً
عضواً

وإذا لم يحضر رئيس المجلس الأعلى أو نائبه تكون الرئاسة لمن يليهما حسب الترتيب السابق.

ونص في مادته الرابعة على أن :

” يجتمع المجلس بناء على دعوة من رئيسه أو نائبه أو بناء على طلب ثلث أعضائه ، ولا يكون انعقاد المجلس صحيحاً إلا بحضور أغلبية أعضائه ، وتصدر قرارات وتوصيات المجلس بأغلبية أصوات الحاضرين ، وعند التساوي يرجح الجانب الذي منه الرئيس .

ويحدد المجلس الإجراءات التي يسير عليها في مباشرة اختصاصاته بلائحة تصدر عنه .
وباستقراء هذين النصين - فإن المجلس الأعلى للهيئات القضائية بحكم تشكيله ، هو لجنة إدارية عليا ، فوظيفة كل من رئيسة ، وهو أمين اللجنة الشعبية العامة للعدل ، وأحد أعضائه ، وهو الكاتب العام ، إدارية ، وليست قضائية ، وأنه يكفي لصحة انعقاده حضور خمسة من أعضائه ، أي كانوا ، وأنه متى انعقد المجلس بهذا النصاب صحت قراراته متى تمت الموافقة عليها من ثلاثة من أعضائه الحاضرين .

لما كان ذلك ، فإن عجز الفقرة الثانية من المادة (93) من القانون رقم (6) لسنة 1374 و.ر (2006 مسيحي) ، إذ نص على أن الأحكام الصادرة من المجلس الأعلى للهيئات القضائية في الدعاوى التأديبية نهائية غير قابلة للطعن فيها بأي طريق ، يكون قد حصن تلك الأحكام من رقابة القضاء وانطوى على مصادرة حق التقاضي مما يخالف نص المادتين التاسعة والسادسة والعشرين من الوثيقة الخضراء الكبرى لحقوق الإنسان في عصر الجماهير ، ونص المادة الثلاثين من القانون رقم (20) لسنة 1991 بشأن تعزيز الحرية .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بدوائرها مجتمعة بقبول الطعن شكلاً وبعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة (93) من القانون رقم (6) لسنة 1374 و.ر (2006 مسيحي) فيما تضمنه من عدم جواز الطعن بأي طريق في الأحكام التي يصدرها المجلس الأعلى للهيئات القضائية في الدعاوى التأديبية .

باسم الشعب
المحكمة العليا
الدائرة الإدارية

بالجلسة المنعقدة علناً صباح يوم الأحد 08 محرم الموافق
04 . 1377 . 01 و.ر (2009 م) بمقر المحكمة العليا بمدينة طرابلس .

برئاسة المستشار الأستاذ : د. خليفة سعيد القاضي " رئيس الدائرة "
وعضوية المستشارين الأستاذين : الطاهر خليفة الواعر
فوزي خليفة العابد

وبحضور المحامي العام

بنيابة النقض الأستاذ : بالخير ضو سعدالله

ومسجل المحكمة الأخ : الصادق ميلاد الخويلدي

أصدرت الحكم الآتي

في قضية الطعن الإداري رقم 53 / 55 ق

المقدم من :

الممثل القانوني لصندوق التقاعد

وتنوب عنه (إدارة القضايا)

ضد :

.....

وتنوب عنه (إدارة المحاماة الشعبية)

عن الحكم الصادر من محكمة استئناف بنغازي - دائرة القضاء الإداري - بتاريخ

1375.11.20 و.ر (2007) في القضيتين رقمي 34/93 ق و 34/104 ق .

بعد الإطلاع على الأوراق ، وتلاوة تقرير التلخيص ، وسماع المرافعة ، ورأي نيابة النقض ، والمداولة .

الوقائع

تحصل الوقائع كما يبين من الأوراق في أن المطعون ضده قد انتسب للقوات المسلحة بتاريخ 1974.02.01م وقد أصيب بمرض نفسي وتم عرضه على اللجنة الطبية التي قررت عدم لياقته لأداء الخدمة العسكرية وقدرت نسبة عجزه بـ 75% إلا أنه لم يتم تسريحه من الخدمة إلا بتاريخ 1988.08.04م أي أثناء سريان القانون رقم (3) لسنة 1988م المعدل للقانون رقم (43) لسنة 1971م .

وقد تمت تسوية وضعه التقاعدي وفق حكم المادة (20) من القانون رقم (43) لسنة 1971م حيث منحت له مكافأة تقاعد عن مدة خدمته البالغة عشرون سنة .

نازع المطعون ضده في هذه التسوية أمام لجنة المنازعات الضمانية التي قررت إلزام صندوق الضمان الاجتماعي بتسوية المعاملة التقاعدية للمنازع طبقاً لأحكام القانون رقم (43) لسنة 1974م بشأن تقاعد العسكريين قبل تعديله بالقانون رقم (3) لسنة 1988م .

لم يرتض الطاعن قرار اللجنة فرفع دعواه أمام محكمة استئناف بنغازي - دائرة القضاء الإداري ، والمحكمة قضت برفض الطعن رقم 34/93 ق وإلغاء القرار المطعون فيه فيما قرره من عدم أحقية المطعون فيه في المعاش وأحقية في المعاش عن كامل مدة خدمته .

وهذا هو الحكم المطعون فيه .

الإجراءات

صدر الحكم المطعون فيه بتاريخ 1375.11.20 و.ر (2007 م) ، وبتاريخ 1375.11.28 و.ر (2007 م) أعلن الحكم لجهة الإدارة ، وبتاريخ 1376.01.16 و.ر (2008 م) قررت إدارة القضايا الطعن عليه بالنقض بالتقرير به لدى قلم كتاب المحكمة العليا وأودعت مذكرة بأسباب الطعن وأخرى شارحة ، كما أودعت بتاريخ 1376.01.27 و.ر

حافطة مستندات احتوت على صورة من الحكم المطعون فيه مطابقة لأصله ، وبتاريخ 1376.01.17 و.ر أودعت أصل ورقة إعلان المطعون ضده معلنة لشخصيه بتاريخ 1376.01.16 و.ر .

و بتاريخ 1376.01.16 و.ر أودع محامي المطعون ضده حافطة مستندات احتوت سند و كالتة ومذكرة رادة ومستندات أخرى دونت مضامينها على غلافها .قدمت نيابة النقض مذكرة برأيها انتهت فيها إلى قبول الطعن شكلاً وبنقض الحكم المطعون فيه وفي الدعوى الإدارية برفضها واحتياطياً مع الإعادة ، وبالجلسة المحددة لنظر الطعن تمسكت برأيها وحجزت الدعوى للحكم جلسة اليوم .

الأسباب

حيث أن الطعن قد استوفى أوضاعه القانونية فهو مقبول شكلاً .

وحيث أن من بين ما تنعي به الجهة الطاعنة على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون بمقولة أن الحكم المطعون فيه أخطأ عندما أعتبر أن التاريخ المعول عليه هو تاريخ صدور قرار اللجنة الطبية في انتهاء خدمة العسكري المخال على المعاش الضماني في حين أن ما ذهبت إليه أحكام المحكمة العليا أن التاريخ المعول عليه هو تاريخ قرار جهة الإدارة لأن خدمة الموظف قد تستمر إلى ما بعد صدور قرار اللجنة الطبية .

وحيث أن المطعون ضده استمر في الخدمة مدة تقل عن خمسة وعشرين سنة وأن عدم اللياقة الصحية لا يرجع إلى إصابة عمل أو مرض مهنة وحيث أن انتهاء خدمته جاءت في ظل أحكام القانون رقم (3) لسنة 1988م المعدل للمادة (20) من القانون رقم (43) لسنة 1971م بشأن تقاعد العسكريين وبذلك يكون هو الواجب للتطبيق على الواقعة والحكم المطعون فيه لم يلتزم هذا النظر .

وحيث أن هذا النعي سديد ذلك أن تسوية المعاش الضماني للموظف بسبب العجز الصحي تجري من تاريخ انتهاء خدمته .

وحيث أنه من المقرر ، وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة من أن تحديد تاريخ انتهاء خدمة الموظف الذي ثبت عجزه الصحي بقرار من اللجنة الطبية موكول إلى جهة الإدارة التي يتبعها ، فهي صاحبة القول الفصل في ذلك ، ومن ثم فإن ثبوت العجز الصحي بقرار من اللجنة الطبية مجرد سبب لقرار الإدارة الذي تستند إليه في إنهاء الخدمة ، أي أنه الحالة القانونية التي حملتها للتدخل بقصد إحداث أثر قانوني والمتمثل في إنهاء الخدمة وهو محل القرار ، ومؤدى ذلك أن خدمة الموظف الفعلية أو الحكمية قد تستمر إلى ما بعد صدور قرار اللجنة الطبية ولغاية إخطاره بانتهاء خدمته من الجهة التابع لها .

ولما كان الثابت من الأوراق أن المطعون ضده قد أمضى في الخدمة العسكرية مدة تقل عن خمس وعشرين سنة وأن عدم لياقته الصحية ترجع إلى العجز الكلي لغير إصابة عمل أو مرض المهنة ، وأن جهة الإدارة أهت عملته بموجب قرارها الصادر بعد العمل بالقانون رقم (3) لسنة 1988م بشأن تعديل المادة (20) من القانون رقم (43) لسنة 1974م بشأن تقاعد العسكريين ، بحيث صارت هذه المادة تنص على أنه " إذا انتهت خدمة المنتفع بسبب العجز الكلي لغير إصابة العمل أو مرض المهنة أستحق معاشاً تقاعدياً يعادل 80% من مرتبه الفعلي إذا بلغت مدة خدمته خمساً وعشرين سنة فأكثر ، أما إذا قلت مدة خدمته عن هذا القدر استحق مكافأة ، فإنه كان على الحكم المطعون فيه تطبيق هذا النص على واقعة الدعوى الماثلة اعمالاً للأثر الحال والمباشر للقانون رقم (3) لسنة 1988م وليس على الحال الذي كان عليه قبل التعديل ، ومن ثم يكون هذا النعي قائماً على أساس صحيح بما يوجب نقض الحكم الطعين دون حاجة لمناقشة الوجه الآخر من النعي .

وحيث أن مبنى النقض مخالف للقانون ، وإن الدعوى صالحة للفصل فيها ، فإن المحكمة تحكم فيها عملاً بالمادة (358) من قانون المرافعات .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً ، وبنقض الحكم المطعون فيه وفي الدعويين الإداريتين رقمي 93 و 34/104 ق - استئناف بنغازي - بإلغاء القرار المطعون فيه .

باسم الشعب
المحكمة العليا
الدائرة الإدارية

بالجلسة المنعقدة علناً صباح يوم الأحد 01 جمادى الأولى الموافق
1377.04.26 و.ر (2009م) بمقر المحكمة العليا بمدينة طرابلس .

برئاسة المستشار الأستاذ : د. خليفة سعيد القاضي " رئيس الدائرة "
وعضوية المستشارين الأستاذين : الطاهر خليفة الواعر
فوزي خليفة العابد

وبحضور المحامي العام

بنيابة النقض الأستاذ : نصر الدين محمد العاقل
ومسجل المحكمة الأخ : الصادق ميلاد الخويلدي

أصدرت الحكم الآتي

في قضية الطعن الإداري رقم 159 / 55 ق

المقدم من :

وتنوب عنها (إدارة الحاماة الشعبية)

ضد :

1. أمين اللجنة الشعبية العامة للعدل بصفته .

2. الممثل القانوني للهيئات القضائية بصفته .

وتنوب عنه (إدارة القضايا)

عن الحكم الصادر من محكمة استئناف بنغازي - دائرة القضاء الإداري - بتاريخ

1376.02.26 و.ر (2008) في القضية رقم 34/266 ق .

القضايا بذات التاريخ .

بتاريخ 1376.06.02 و.ر أودعت إدارة القضايا مذكرة دفاع .

قدمت نيابة النقض مذكرة رأّت فيها قبول الطعن شكلاً ورفضه موضوعاً وبالجلسة تمسكت برأيها وحجز الطعن للحكم بجلسة اليوم .

الأسباب

حيث أن الطعن قد استوفى أوضاعه القانونية فهو مقبول شكلاً .
تعني الطاعة على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسيب وأية ذلك أنه أسس قضائه بعدم اختصاص القضاء الإداري ولائياً بنظر الدعوى على أن المنازعات المتعلقة بالشئون الوظيفية لأعضاء الهيئات القضائية أصبح معقوداً للمجلس الأعلى للهيئات القضائية وحده دون غيره اعتباراً من تاريخ العمل بأحكام القانون الحالي رقم (6) لسنة 1374 و.ر (2006) الذي أدرك نفاذه الدعوى الماثلة قبل قفل باب المرافعة فيها ، بعد أن كان الاختصاص في هذه المسائل مشتركاً بين المجلس الأعلى للهيئات القضائية ودوائر القضاء الإداري في ظل العمل بأحكام قانون نظام القضاء السابق رقم (51) لسنة 1976م وأن القانونين قد أسبغا على القرارات الصادرة من المجلس المذكور في تلك الشئون حصانة تعصمها من الطعن بأي وجه من الوجوه أمام أية جهة ، وهذا التأسيس من الحكم غير صحيح ذلك أن القوانين التي تتضمن إنشاء أو إلغاء طريق من طرق الطعن على الأحكام التي صدرت قبل العمل بهذه القوانين لا مجال لتطبيقها وإذا كان قد طعن على الأحكام التي صدرت في ظل القانون السابق فإن القانون الجديد لا ينسحب عليها وهو ما قرره المادة 3/1 من قانون المرافعات وكان ينبغي على المحكمة مصدرة الحكم المطعون فيه الاستمرار في نظر الدعوى وفقاً لقانون نظام القضاء القديم الذي أعطاهما الاختصاص بالفصل فيه ، فضلاً على أن ما تقدمت به الطاعة من تظلم كان تظلماً ولائياً وأن المطعون ضدّها لم يجيبا عليه في وقته مما دفعها إلى سلوك طريق القضاء الإداري .

وحيث أن هذا النعي في غير محله ذلك أنه وإن كان قانون نظام القضاء رقم (51) لسنة 1976 لا يمنع عضو الهيئة القضائية سلوك أحد السبيلين لنظر طعنه المتعلق بشؤونه الوظيفية إما أمام المجلس الأعلى للهيئات القضائية أو أمام القضاء الإداري ، إلا أنه بصدد القانون رقم (6) لسنة 1374 و.ر بشأن نظام القضاء الذي أصبح سارياً من تاريخ نشره في 1374.03.13 و.ر لم يعد من الجائز له سلوك طريق القضاء الإداري وهو ما نصت عليه صراحة المادة السادسة منه بقولها " يختص المجلس الأعلى للهيئات القضائية دون غيره بالفصل في الطلبات التي يقدمها أعضاء الهيئات القضائية المتعلقة بالمسائل الآتية :

1. إلغاء القرارات الإدارية النهائية المتعلقة بأي شأن من الشئون الوظيفية لأعضاء الهيئات القضائية مما يدخل أصلاً في اختصاص القضاء الإداري ، وطلبات التعويض المترتبة عليها .
2. المنازعات الخاصة بالمرتبات والمعاشات والمكافأة المستحقة لأعضاء الهيئات القضائية أو لورثتهم . "

وحيث أن الحكم المطعون فيه التزم حدود هذا النص وقضى بعدم اختصاص القضاء الإداري ولائياً للدعوى مؤسساً قضاءه على أن القانون رقم (6) لسنة 1374 و.ر بشأن نظام القضاء عقد الاختصاص في نظر المنازعات المتعلقة بالشئون الوظيفية لأعضاء الهيئات القضائية للمجلس الأعلى للهيئات القضائية منفرداً وأدرك نفاذه هذه الدعوى قبل قفل باب المرافعة فيها .

ولما كان هذا الذي أورده الحكم له أصله الثابت بالأوراق ويكفي لحمل قضائه فإن النعي عليه يكون قائماً على غير أساس متعين الرفض .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً ، ورفضه موضوعاً .

باسم الشعب
المحكمة العليا
الدائرة الإدارية

بالجلسة المنعقدة علناً صباح يوم الأحد 15 جمادى الأولى الموافق
1377.05.10 ر.ر (2009م) بمقر المحكمة العليا بمدينة طرابلس .

برئاسة المستشار الأستاذ : د. خليفة سعيد القاضي " رئيس الدائرة "
وعضوية المستشارين الأستاذين : الطاهر خليفة الواعر
فوزي خليفة العابد

وبحضور المحامي العام

بنيابة النقض الأستاذ : أبو الخير ضو سعد الله
ومسجل المحكمة الأخ : الصادق ميلاد الخويلدي

أصدرت الحكم الآتي

في قضية الطعن الإداري رقم 140 / 55 ق

المقدم من :

الممثل القانوني لصندوق التقاعد بصفته
وتنوب عنه (إدارة القضايا)

ضد :

.....
وكليه المحامي : سالم عبدالسلام عبيده

عن الحكم الصادر من محكمة استئناف بنغازي - دائرة القضاء الإداري - بتاريخ

1376.01.01 ر.ر (2008) في القضية رقم 34/265 ق .

وحجزت للحكم جلسة اليوم .

بتاريخ 1376.06.02 ور. أودعت إدارة القضايا مذكرة دفاع .

قدمت نيابة النقض مذكرة رأيت فيها قبول الطعن شكلاً ورفضه موضوعاً وبالجلسة تمسكت برأيها وحجز الطعن للحكم جلسة اليوم .

الأسباب

حيث أن الطعن قد استوفى أوضاعه القانونية فهو مقبول شكلاً .
تنعى الجهة الطاعنة على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون بمقولة أن سلطة المحكمة في دعوى الإلغاء تقف عند حد إلغاء القرار الطعين إلا أن الحكم المطعون فيه خالف ذلك بما يقضي به في منطوقه واحتسب علاوة التمييز عن الشهر الذي كان فيه المطعون ضده في إجازة سنوية وفي هذا مخالفة لقرار اللجنة الشعبية العامة رقم (700) لسنة 1990 الذي نص صراحة على عدم صرف العلاوات المبينة فيه ، ومن بينها ، علاوة التمييز محل النزاع ، إلا بناء على العمل الفعلي في مجال التخصص ، وكذلك على عدم جواز صرفها في حالة عدم الصلاحية للطيران لمدة تجاوز أسبوعين فضلاً عن أن المطعون ضده عجز عجزاً كلياً عن العمل وأحيل على صندوق التقاعد .

وحيث أن هذا النعي غير سديد ذلك أنه متى كانت المسألة المثارة أمام القضاء الإداري ادعاء شخص بحق معين غير مقرر له به من جهة الإدارة ، فإن إلغاء القضاء لهذا القرار يعني حتماً إلزام جهة الإدارة بذلك الحق . ولما كان طلب المطعون ضده مجرد إدخال علاوة التمييز في عناصر أجره الفعلي الذي يسوى على أساسه معاشه الضماني إلا أن صندوق التقاعد ثم لجنة الفصل في المنازعات الضمانية رفضت طلبه ، فإن القضاء الإداري لهذا القرار يعني حتماً الاستجابة للطلب ، ولما كان الحكم المطعون فيه قد ألغى القرار الطعين فإن ما ألزم به جهة الإدارة هو من باب تحصيل الحاصل ، ومن ثم يكون نعي الإدارة في هذا الشأن في غير محله .

وحيث أن المرجع في استحقاق علاوة التمييز المقررة للطيارين والمهندسين الجويين

وأعضاء أطقم الضيافة الجوية وفنيي الحمولة العاملين بالخطوط الجوية الليبية هو قرار اللجنة الشعبية العامة رقم (700) لسنة 1990 ، وأن هذا القرار قصر صرف هذه العلاوة على العمل الفعلي في مجال التخصص ، وحدد حالات وقف صرفها في :

1. عدم الصلاحية للطيران لمدة تجاوز أسبوعين لأسباب فنية أو صحية .
2. الموقف عن الطيران مدة تجاوز أسبوعين لأسباب تتعلق بالسلامة أو لضرورة التحقيق الفني .

3. سحب الرخصة لمدة تجاوز أسبوعين من الجهات ذات العلاقة .

ويبين مما تقدم أن الإجازة السنوية المقررة لأي مما سلف بياهم ليست حالة من حالات وقف صرف علاوة التمييز سالفة البيان ، ولا يعني التمتع بها خروجاً على العمل الفعلي في مجال التخصص ، كما لا يغير منها ولا يؤثر فيها مرض المستفيد خلالها أيأ كانت درجة مرضه لأنها إجازة سنوية وليست إجازة مرضية . ولما كان الحكم المطعون فيه التزم هذا النظر وأدخل علاوة التمييز كعنصر من عناصر أجر المطعون ضده الفعلي الذي ينبغي أن يسوى على أساسه معاشه الضماني ، فإن النعي عليه في هذا الشأن يكون قائماً على غير أساس حرياً بالرفض .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً ، ورفضه موضوعاً .

باسم الشعب
المحكمة العليا
الدائرة الإدارية

بالجلسة المنعقدة علناً صباح يوم الأحد 29 جمادى الأولى الموافق
1377.05.24 و.ر. (2009م) بمقر المحكمة العليا بمدينة طرابلس .

برئاسة المستشار الأستاذ : د. خليفة سعيد القاضي " رئيس الدائرة "
وعضوية المستشارين الأستاذين : الطاهر خليفة الواعر
فوزي خليفة العابد

ومحضور المحامي العام

بنيابة النقص الأستاذ : أبو الخير ضو سعد الله
ومسجل المحكمة الأخ : الصادق ميلاد الخويلدي

أصدرت الحكم الآتي

في قضية الطعن الإداري رقم 96 / 55 ق

المقدم من :

1. أمين اللجنة الشعبية العامة بصفته .
2. أمين المؤتمر الشعبي لشعبية ترهونه ومسلاته بصفته .
وتنوب عنهما (إدارة القضايا)

ضد :

(1) وآخرين

عن الحكم الصادر من محكمة استئناف مصراته - دائرة القضاء الإداري - بتاريخ
1375.11.2 و.ر. (2007) في القضية رقم 34/4 ق .

بعد الإطلاع على الأوراق ، وتلاوة تقرير التلخيص ، وسماع المرافعة ، ورأي نيابة
النقض ، والمداولة .

الوقائع

حيث تحصل الوقائع كما تبين من الأوراق في أن المطعون ضدهم يعملون بشركة المياه
والصرف الصحي بترهونه / قصر خيار ، وقد فوجئوا بصدور قرار من اللجنة الشعبية لشعبية
ترهونه / مسلاته يقضي بنقلهم إلى قطاع القوى العاملة بالشعبية وقد اعتبر المطعون ضدهم هذا
القرار في حقيقته فصلاً لهم من العمل ، فرفعوا الدعوى الإدارية رقم 34/4 ق أمام محكمة
استئناف مصراته - الدائرة الإدارية - بطلب إلغاء القرار الطعين .

والمحكمة قضت لهم بإلغاء القرار المطعون فيه .

وهذا هو الحكم المطعون فيه .

الإجراءات

صدر الحكم المطعون فيه بتاريخ 1376.11.22 و.ر (2008م) ، وبتاريخ
1376.01.13 و.ر أعلن لجهة الإدارة ، وبتاريخ 1376.03.11 و.ر قررت إدارة القضايا
الطعن فيه بالنقض بالتقرير به لدى قلم كتاب المحكمة العليا وأودعت مذكرة بأسباب الطعن
وأخرى شارحة وصورة من الحكم المطعون فيه مطابقة لأصله ، وبتاريخ 1376.03.27 و.ر
أودعت أصل ورقة إعلان الطعن قلم كتاب المحكمة العليا معلنة للمطعون ضدهم لدى موطنهم
المختار - مكتب الخامي عبدالسلام الصديق القوي - بتاريخ 1376.03.22 و.ر .

ولا يوجد في الأوراق ما يفيد تقديم المطعون ضدهم مذكرة بدفاعهم أو أي مستند .

قدمت نيابة النقص مذكرة برأيها انتهت فيها إلى قبول الطعن شكلاً ، ونقض الحكم
المطعون فيه وإعادة الدعوى إلى محكمة استئناف مصراته - الدائرة الإدارية - لنظرها مجدداً من
هيئة أخرى ، وفي الجلسة المحددة لنظر الطعن تمسكت برأيها وحجزت الدعوى للحكم بجلسة
اليوم .

الأسباب

حيث أن الطعن قد استوفى أوضاعه القانونية فهو مقبول شكلاً .
تنعى الجهة الطاعنة على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون وذلك من وجهتين :

حاصل الأول أن الحكم المطعون فيه قد فصل في موضوع الطعن قبل بحث أوجه قبوله شكلاً ، حيث أنه من المقرر لقبول دعوى الإلغاء شكلاً أن ترفع في الميعاد المقرر قانوناً وهو ستون يوماً وقد خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر مما يستوجب نقضه .

حاصل الثاني لقد ألغى الحكم المطعون فيه القرار الطعين تأسيساً على عيب الانحراف في استعمال السلطة وهذا مخالف للقانون لأن الانحراف في استعمال السلطة هو عيب قصدي ويكون غرضه الانتقام ويجب إثباته - وحيث أن القرار الطعين لا يهدف إلى الانتقام من المطعون ضدهم وقد شمل القرار آخرون غير المطعون ضدهم وأن الإدارة راعت كافة الاشتراطات القانونية عند إصداره ويكون قرارها بذلك جاء وفق القانون وإلغائه جاء في غير محله .

وحيث أن الوجه الأول من النعي في غير محله ذلك أن قضاء هذه المحكمة جرى على أن الحكم الصادر في طلب وقف تنفيذ القرار الإداري يجوز حجية الأمر المقضي به فيما فصل فيه من مسائل فرعية تتعلق باختصاص المحكمة وقبول الدعوى ، فلا يجوز لمحكمة القضاء الإداري أن تعود عند نظر طلب الإلغاء فتفصل فيها من جديد .

ولما كانت المحكمة المطعون في قضائها قد فصلت في الشق المستعجل من الطعن بقبوله شكلاً وصار هذا الحكم نهائياً إذ لا يوجد ما يفيد إلغائه أو الطعن عليه بالإلغاء ، فلا يجوز لها عند نظر طلب الإلغاء التصدي باختصاصها بنظر الدعوى ومن ثم فإن النعي على الحكم المطعون فيه بهذا السبب في غير محله متعين الرفض .

وحيث أن الوجه الثاني من النعي سديد ذلك أن قضاء هذه المحكمة استقر على أن

عيب إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها من العيوب القصدية في السلوك الإداري قوامها أن يكون لدى الإدارة قصد إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها ، فعيب إساءة السلطة الذي يرر إلغاء القرار الإداري يجب أن يشوب الغاية منه ذاتها ، بأن تكون جهة الإدارة قد تنكبت وجه المصلحة العامة التي يجب أن يتغيها القرار أو أن تكون قد أصدرت القرار بباعث لا يمت لتلك المصلحة ، وعلى هذا الأساس فإن عيب إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها يجب إقامة الدليل عليه فيما يؤكد حصوله على وجه اليقين ويقع عبء إثباته على عاتق طالب الإلغاء ما لم يكن القرار بذاته أي باستقراء أسبابه كافياً للدلالة عليه .

وحيث أن الحكم المطعون فيه قد دلل على أن القرار الطعين مشوب بعيب إساءة استعمال السلطة بما أورده في قوله ” أن نقل الطاعنين من أعمالهم بالشركة إلى قطاع القوى العاملة بالشعبية الذي ليس لديه وظائف شاغرة لهم فلا يعد نقالاً من وظيفة إلى أخرى وإنما هو في حقيقته إحالة الطاعنين إلى قوائم العاطلين الباحثين عن عمل وفصل من وظائفهم التي كانوا يشغلونها وفق تخصصاتهم المهنية والفنية ويتحصلون منها على مرتباتهم التي يعولون بها أنفسهم وأفراد أسرهم الذي يتضح معه انحراف جهة الإدارة عن الصالح العام “ ، ولما كان هذا الذي انتهى إليه الحكم المطعون فيه مخالفاً للقانون حيث أن المشرع قد أناط بقطاع القوى العاملة تنفيذ السياسة العامة بشأن القوى العاملة والاستخدام وإعادة التسيب ولا تعد قرارات الإحالة إليها قرارات فصل من الوظيفة أو أنها تنطوي على انحراف بالسلطة عن تحقيق الصالح العام وأن هدفها الانتقام الشخصي وهذا ما أكدته التشريعات النافذة بشأن القوى العاملة ، مما يكون معه الحكم المطعون فيه قد خالف القانون متعين النقض .

وحيث أن مبنى النقض مخالفة القانون ، وأن الدعوى صالحة للحكم فيها ، فإن المحكمة تحكم عملاً بأحكام المادة (358) من قانون المرافعات .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً ، وبنقض الحكم المطعون فيه ، وفي الدعوى الإدارية رقم 34/4 ق - استئناف مصراته - برفضها وإلزام رافعها المصاريف .

باسم الشعب
المحكمة العليا
الدائرة الإدارية

بالجلسة المعقّدة علناً صباح يوم الأحد 13 رجب الموافق
1377.07.05 و.ر (2009م) بمقر المحكمة العليا بمدينة طرابلس .

برئاسة المستشار الأستاذ : د. خليفة سعيد القاضي " رئيس الدائرة "
وعضوية المستشارين الأستاذين : الطاهر خليفة الواعر
فوزي خليفة العابد

ومحضور المحامي العام

بنيابة النقض الأستاذ : ناصر المهدي حمزة
ومسجل المحكمة الأخ : الصادق ميلاد الخويلدي

أصدرت الحكم الآتي

في قضية الطعن الإداري رقم 185 / 55 ق

المقدم من :

وتنوب عنه (إدارة الحمامة الشعبية)

ضد :

1. أمين اللجنة الشعبية العامة بصفته .
2. الممثل القانوني للمؤسسة العامة للإسكان والمرافق بصفته .
3. الممثل القانوني لمراقبة الإسكان والمرافق طرابلس بصفته .
4. أمين قطاع الصحة والبيئة طرابلس بصفته .

وتنوب عنهم (إدارة القضايا)

عن الحكم الصادر من محكمة استئناف طرابلس - دائرة القضاء الإداري - بتاريخ
1376.04.07 و.ر (2008) في القضية رقم 36/78 ق .

بعد الإطلاع على الأوراق ، وتلاوة تقرير التلخيص ، وسماع المرافعة ، ورأي نيابة
النقض ، والمدولة .

الوقائع

أقام الطاعن الدعوى الإدارية رقم 36/78 ق أمام دائرة القضاء الإداري بمحكمة
استئناف طرابلس طالباً إلزام المدعي عليهم متضامين بأن يدفعوا له كافة رواتبه وحقوقه المالية
وإلزامهم بدفع مبلغ ستين ألف دينار كتعويض له عما أصابه من أضرار مادية بسبب حرمانه من
حقوقه تلك وإلزامهم بدفع مبلغ أربعين ألف دينار تعويضاً له عما أصابه من أضرار معنوية ،
قال شارحاً لها أنه أبرم بتاريخ 12.12.1984 مع اللجنة الشعبية العامة للصحة بشعبية
طرابلس عقد استخدام موظف مغترب على وظيفة طبيب بيطري ، وظل مستمراً في عمله حتى
تم تكليفه خلال الفترة من 01.01.1991 وحتى 17.07.1992 من قبل أمانة اللجنة
الشعبية العامة المؤقتة للدفاع للعمل بمنطقة الجنوب ، وبعد انتهاء التكليف قامت الجهات ذات
الاختصاص بإصدار الرسائل والمذكرات بخصوص إعادته لسابق عمله ومباشرته الفعلية وصرف
مرتباته وفعلاً تم ترجييعه إلى سابق عمله وباشر بسلخانة طرابلس المركزية وبعد أن باشر عمله
تقدم بتاريخ 26.10.1992م بطلب صرف مرتباته عن كل المدة السابقة من تاريخ تكليفه
بالعمل بمنطقة الجنوب وإلى تاريخ التحاقه بالعمل المذكور إلا أنه رغم المراسلات لم يتم اتخاذ أي
إجراء بالخصوص وحرم من مرتباته عن تلك الفترة ومع ذلك ظل مستمراً في أداء عمله
وتفاضي مرتباته عن الفترة من تاريخ مباشرته للعمل إلى تاريخ نهاية سنة 1993م وقد فوجئ
منذ حوالي الشهر الرابع من سنة 1994م بتوقف مرتباته عن الصرف من بداية سنة 1994م
وقد ووجه بالمماطلة والتسويف عند مطالبته بصرفها .

نظرت المحكمة الدعوى وقضت فيها أولاً بسقوط الحق في رفع الدعوى بالتقادم
بالنسبة لمطالبة المدعي عن الفترة من 01.01.1991 إلى 17.07.1992 . ثانياً بقبول

الدعوى شكلاً فيما عدا ذلك من طلبات وبرفضها موضوعاً مع إلزام المدعي بالمصاريف .
وهذا هو الحكم المطعون فيه .

الإجـراءات

بتاريخ 1376.04.07 و.ر (2008) صدر الحكم المطعون فيه ، وبتاريخ 1376.06.05 و.ر قررت إدارة المحاماة الشعبية الطعن عليه بالنقض بالتقرير به لدى قلم كتاب المحكمة العليا مودعة سند الإنابة ومذكرة بأسباب الطعن وأخرى شارحة وصورة من الحكم المطعون فيه مسددة الرسم ومودعة الكفالة ، وبتاريخ 1376.06.14 و.ر أودعت أصل ورقة إعلان الطعن معلنة للمطعون ضدهم لدى إدارة القضايا بتاريخ 1376.06.08 و.ر .

بتاريخ 1376.07.15 و.ر أودعت إدارة القضايا مذكرة دفاع .
قدمت نيابة النقض مذكرة رأيت فيها قبول الطعن شكلاً ورفضه موضوعاً .

الأسباب

حيث أن الطعن قد استوفى أوضاعه القانونية فهو مقبول شكلاً .
ينعى الطاعن على الحكم المطعون فيه بالبطلان ومخالفة القانون على النحو التالي :

1. تصدي الحكم المطعون فيه للفصل في موضوع الدعوى دون أن يحكم بقبولها شكلاً .
2. قضى الحكم بسقوط حق الطاعن في رفع الدعوى بالتقادم الخمسي طبقاً للمادة 1/362 مدني في حين أن الطاعن يعمل طبيياً بيظرياً بإحدى سلخانات بلدية طرابلس ويسري بشأنه التقادم المنصوص عليه في المادة (366 مدني) والمتعلقة بسريان التقادم في أحوال خاصة فضلاً على أن جهة الإدارة أقرت صراحة بحقوق الطاعن لديها وفق المستندات المرفقة وأن الطاعن تحقق بشأنه مانع أدبي منعه من المطالبة بحقوقه وينطبق عليه في هذا الشأن نص المادة (369 مدني) .

3. قضى الحكم برفض الدعوى بحجة عدم وجود عقد استخدام وعدم توقيعه في حين أن بلدية طرابلس أصدرت قراراً بتجديد عقده وهو يعد بمثابة عقد استخدام كامل ، لأن الطاعن لا يسأل عن عدم إعداد العقد من طرف الإدارة التابع لها لأنه ظل مستمراً في عمله معها .

4. لم تستجيب المحكمة مصدرة الحكم المطعون فيه إلى طلب الطاعن إحالة الموضوع إلى الخبرة لتحديد المرتبات المستحقة له وبنيت قضائها دون مناقشة مستندات الطاعن الدالة على صحة المطالبة .

وحيث أن الوجه الأول من النعي في غير محله ذلك أنه فضلاً عن أن تصدى الحكم المطعون فيه لموضوع الدعوى يعني ضمناً قبولها شكلاً ، فإن المنازعة موضوع الدعوى تتعلق بتسوية مستحقات ومرتبات وحقوق مالية أخرى للطاعن لدى جهة الإدارة المطعون ضدها وهو ما يدخلها في نطاق دعاوى التسوية التي لم ينص القانون رقم (88) لسنة 1971م بشأن القضاء الإداري على أي ميعاد لرفعها مادام الحق المطالب به لم يسقط بالتقادم وفقاً للقانون وهو ما يكون معه هذا النعي قائماً على غير أساس متعين الرفض .

وحيث أن الوجه الثاني من النعي في غير محله أيضاً ذلك أن المادة 1/362 من القانون المدني تنص على تقادم المطالبة بكل حق دوري متجدد بمضي خمس سنوات من تاريخ استحقاقه ولو أقر به المدين وأن قضاء هذه المحكمة جرى على وجوب تطبيق حكم هذا النص على روابط القانون العام كما يطبق على روابط القانون الخاص سواء بسواء متى توافر في الحق المطالب به خصيقتي الدورية والتجدد . ولما كانت المرتبات بحكم طبيعتها من الحقوق الدورية المتجددة فإن حق المطالبة بها عملاً بحكم النص المذكور يسقط بمضي خمس سنوات من تاريخ استحقاقها ، وأن لجهة الإدارة أن تتمسك بانقضاء هذه المدة ولو بعد إقرارها بوجود الدين في ذمتها ، ومرد ذلك إلى أن التقادم الخمسي لا يقوم على قرينة الوفاء كما هو الشأن فيما عداه من ضرب التقادم وإنما يرجع في أساسه إلى أن المدين يفرض عليه أداء الديون المتجددة من إirاده ، فلو أجبر على الوفاء بما تراكم منها بعد انقضاء خمس سنوات من تاريخ الاستحقاق لأدى إلى تكليفه بما يجاوز السعة ، وهذه قرينة قاطعة لا تقبل الدليل العكسي فتسري في حق أية جهة عامة مليئة كانت أو

غير ملية ، فإن الحكم المطعون فيه إذا قضى بسقوط حق الطاعن في رفع الدعوى عن المدة التي يطالب بصرف مرتباته وعلاوته عنها بالتقادم الخمسي لا يكون مخالفاً للقانون ولا يقدح في ذلك ما أثاره الطاعن بوجود مانع أدبي منعه من المطالبة بحقوقه ذلك أن علاقة الإدارة العامة بموظفيها لا يمكن أن تكون سبباً لوقف سريان التقادم فالصلة التي تربطهما لا تقوم على الرهبة والطاعة العمياء فيمكن للموظفين العموميين مقاضاة الإدارة العامة أثناء مدة خدمتهم إذا هي أخلت بالتزاماتها التي توجبها القوانين واللوائح ، وهو ما يكون معه هذا النعي قائماً على غير أساس متعين الرفض .

وحيث أن الوجه الثالث من النعي في محله ذلك أن الحكم المطعون فيه أورد في مدوناته ” أن مطالبة المدعي بمرتباته عن الفترة اللاحقة ومكافأة نهاية الخدمة وبدل الإجازة السنوية وفارق علاوة السكن فإنه وفقاً لما يظهر من مستندات الدعوى فإن المدعي لم يقدم ما يفيد تجديد عقد استخدامه مستنداً إلى قرار أمين اللجنة الشعبية لبلدية طرابلس رقم (237) لسنة 1988 حيث كان من المفترض أن يتم تجديد عقده الذي كان قد انتهى بتاريخ 1987.12.08 وأنه على فرض ذلك فإن عقده الأصلي يتم تجديده تلقائياً بذات الشرط فإن مدة خدمته مفترض أنها قد انتهت بتاريخ 1998.12.07 وأن عقده من ذلك التاريخ لا يوجد بالأوراق ما يفيد تجديده .. ومن ثم فإن مطالبة المدعي بمستحققاته السابق الإشارة إليها لا سند لها من الواقع وفقاً لما جاء بمذكرة دفاع جهة الإدارة المدعي عليها والتي تأخذ بها المحكمة كأساس لقضائها .. “

وحيث أن هذا الذي أورده الحكم لا يكفي لحمل قضائه بخصوص مطالبة الطاعن المشار إليها إذا كان على المحكمة مصدرته التأكد مما إذا كانت بنود عقد الطاعن مع جهة الإدارة المدعي عليها تضمنت بنداً ينص على تجديد العقد تلقائياً من عدمه وذلك حتى يتسنى لها الوقوف على حقيقة الواقع في الدعوى فضلاً عن أن الطاعن ذكر في وجه نعيه أن بلدية طرابلس أصدرت قراراً بتجديد هذا العقد ، ومن ثم يكون هذا النعي قائماً على أساس من القانون ويتعين نقض الحكم جزئياً في خصوصية مطالبة الطاعن سالفه البيان .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً ، وفي الموضوع بنقض الحكم المطعون فيه نقضاً جزئياً فيما قضى به من رفض الدعوى بخصوص مطالبة الطاعن بمرتباته عن الفترة بعد عودته للعمل ومكافأة نهاية خدمته وبدل الإجازة السنوية وفارق علاوة السكن ورفض الطعن فيما عدا ذلك .

إدارة القضاء

باسم الشعب
المحكمة العليا
الدائرة الإدارية

بالجلسة المنعقدة علناً صباح يوم الأحد 13 رجب الموافق
1377.07.05 و.ر (2009م) بمقر المحكمة العليا بمدينة طرابلس .

برئاسة المستشار الأستاذ : د. خليفة سعيد القاضي " رئيس الدائرة "
وعضوية المستشارين الأستاذين : الطاهر خليفة الواعر
فوزي خليفة العابد

وبحضور المحامي العام

بنيابة النقض الأستاذ : ناصر المهدي حمزة
ومسجل المحكمة الأخ : الصادق ميلاد الخويلدي

أصدرت الحكم الآتي

في قضية الطعن الإداري رقم 55 / 193 ق

المقدم من :

أمين اللجنة الشعبية العامة المؤقتة للدفاع بصفته .
وينوب عنه (إدارة القضايا)

ض ل :

.....

عن الحكم الصادر من محكمة استئناف الجبل الأخضر - دائرة القضاء الإداري -
بتاريخ 1375.11.29 و.ر (2007) في القضية رقم 2007/98 ف .

بعد الإطلاع على الأوراق ، وتلاوة تقرير التلخيص ، وسماع المرافعة ، ورأي نيابة
النقض ، والمدولة .

الوقائع

حيث تحصل الوقائع كما يبين من الأوراق في أن المطعون ضده رفع الدعوى الإدارية رقم 2007/92م أمام محكمة استئناف الجبل الأخضر بطلب تسوية وضعه المالي نتيجة لتسوية وضعه الوظيفي بموجب قرار اللجنة الشعبية لشعبية الجبل الأخضر باستحقاقه الدرجة التاسعة بدل السابعة وقد التحق بالخدمة العسكرية الوطنية بتاريخ 1988.06.07 وحتى تاريخ 2002.05.20 وخلال هذه المدة لم تصرف له مرتباته وكافة الفروق المالية المترتبة على التسوية حتى صدور قرار اللجنة الشعبية لشعبية الجبل الأخضر المشار إليه الصادر بتاريخ 1998.09.01م .

والحكمة قضت :

أولاً : بعدم قبول الدعوى بالنسبة للمدعي عليهما الثاني والثالث لرفعها على غير ذي صفة .

ثانياً : بقبول الدعوى شكلاً بالنسبة للمدعي عليهما الأول والرابع وبالزامها متضامتين بصرف الفروق المالية للمدعي وفقاً للقرار رقم 130 لسنة 2003م بشأن تسوية وضعه الوظيفي .

وهذا هو الحكم محل الطعن بالنقض .

الإجراءات

صدر الحكم المطعون فيه بتاريخ 1375.11.29 و.ر (2007م) ، وبتاريخ 1376.05.04 و.ر أعلن للطاعن بصفته لدى إدارة القضايا ، وبتاريخ 1376.06.09 و.ر قررت إدارة القضايا الطعن فيه بالنقض بالتقرير به لدى قلم كتاب المحكمة العليا مودعة مذكرة بأسباب الطعن وأخرى شارحة وصورة من الحكم المطعون فيه مطابقة لأصله ، وبتاريخ 1376.07.01 و.ر أودعت أصل ورقة الإعلان معلنة للمطعون ضده شخصياً بتاريخ 1376.06.29 و.ر .

ولا يوجد في الأوراق ما يفيد إيداع ضده مذكرة رادة أو أي مستندات .

قدمت نيابة النقص مذكرة برأيها انتهت فيها إلى الرأي بقبول الطعن شكلاً وبسقط الحكم المطعون فيه وفي موضوع الدعوى رقم 92 لسنة 2007 استئناف الجبل الأخضر بإلغاء الحكم المطعون فيه فيما قضى به من إلزام الطاعن بصفته على وجه التضامن من اللجنة الشعبية العامة بأداء الفروق المالية المستحقة وبعدم قبول الدعوى في مواجهته لرفعها على غير ذي صفة ، وبالجلسة المحددة لنظر الطعن تمسكت برأيها وحجزت الدعوى للحكم لجلسة اليوم .

الأسباب

حيث أن الطعن قد استوفى أوضاعه القانونية فهو مقبول شكلاً .

وحيث ينعي الطاعن على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون بمقولة أن الحكم المطعون فيه أخطأ عندما استند على القانون رقم (9) لسنة 1987م الذي نص في مادته العاشرة على أن " يحتفظ للموظف أو من في حكمه أثناء وجوده في الخدمة الوطنية بما يستحقه من ترقية أو علاوات .. " فهذا النص يخاطب جهة عمل المطعون ضده الأصلية ويؤكد ذلك قرار القائد الأعلى للقوات المسلحة رقم 90/32 الذي نص على أن يصرف المرتب وكافة المزايا المالية الأخرى المقررة لمتسبي الخدمة الوطنية والمتحقين بالتدريب وقت صدور هذا القرار من جهات عملهم الأصلية وهذا ما جرى به قضاء المحكمة العليا .

ولما كان المطعون ضده يعمل بقطاع التعليم وقت صدور قرار التسوية فإن هذه الجهة هي جهة عمله الأصلية وتكون ملزمة بدفع الفروق المالية دون غيرها .

وحيث أن ما أثارته نيابة النقص في محله ذلك أن المادة (266) من القانون المدني تنص على أن " التضامن بين الدائنين أو المدينين لا يفترض وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون " .

وحيث أنه لم يرد بالقانون رقم (9) لسنة 1987م الذي أسس عليه الحكم المطعون فيه قضاءه - نص يلزم الطاعن بصفته بأداء مرتبات الموظفين المجندين لأداء الخدمة الوطنية أو

الفروق المالية المترتبة على تسوية أوضاعهم الوظيفية وأن الخطاب في المادة العاشرة منه والتي تنص على أن " يحتفظ للموظف ومن في حكمه أثناء وجوده بالخدمة الوطنية بعمله الأصلي أو بعمل مماثل كما يحتفظ له بما يستحقه من ترقية أو علاوات .. " موجه إلى جهة العمل الأصلية للموظف باعتبار أن الخدمة العسكرية عمل مؤقت يعود المجند بعد انتهائه إلى العمل بجهة عمله الأصلية كما لا يوجد اتفاق بين الطاعن بصفته واللجنة الشعبية العامة على التضامن في أداء الدين لانتفاء العلاقة التبعية بينهما .

ومتى كان ذلك فلا وجه لافتراض مسؤولية الطاعن بصفته طالما لا يوجد اتفاق أو نص في القانون يلزمه بالوفاء بما يستحقه الموظف المجند أو الذي سبق تجنيده من مرتبات أو فروق مالية أو ترفية وظيفية .

ولما كان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وقضى بإلزام الطاعن بصفته على وجه التضامن مع اللجنة الشعبية العامة بأداء الفروق المالية المترتبة على قرار تسوية الوضع الوظيفي للمطعون ضده فإنه يكون بذلك قد خالف القانون يستوجب النقض .

ولما كان مبنى النقص مخالفة القانون ، وأن الدعوى صالحة للفصل فيها فإن المحكمة تقضي فيها عملاً بالمادة 358 من قانون المرافعات .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً ، وبنقض الحكم المطعون فيه فيما قضى به من إلزام الطاعن بصفته على وجه التضامن مع اللجنة الشعبية العامة بأداء الفروق المالية المستحقة للمطعون ضده وفي الدعوى الإدارية رقم (92) لسنة 2007م استئناف الجبل الأخضر بعدم قبول الدعوى في مواجهة الطاعن لرفعها على غير ذي صفة .

باسم الشعب
المحكمة العليا
الدائرة المدنية الأولى

بالجلسة المنعقدة علناً صباح يوم السبت 29 ذو الحجة الموافق
1376.12.27 و.ر (2008 مسيحي) بمقر المحكمة العليا بمدينة طرابلس .

برئاسة المستشار الأستاذ : يوسف مولود الخيش " رئيس الدائرة "
وعضوية المستشارين الأساتذة : علي مختار الصقر
د. جمعة محمود الزريقي
مختار عبد الحميد منصور
فرج أحمد المعروف

وبحضور عضو النيابة

بنيابة النقض الأستاذ : عثمان سعيد الخيشي
ومسجل الدائرة الأخ : عبد الحميد محمد الرومي

أصدرت الحكم الآتي

في قضية الطعن المدني رقم 54 / 91 ق

المقدم من : عن نفسه وبصفته وكيلاً عن :

1. وآخرين

((يمثلهم الخامي : محمد خالد عدالة))

ضد :

الممثل القانوني لشركة ليبيا للتأمين بصفته

ينوب عنه (إدارة القضايا)

عن الضرر الأدنى .

وهو يعني في هذا المقام أن الضرر الأدنى لا يكون له قيمة نقدية بل هو مجرد مفهوم الحكماء لم يثبت له زيادة من عدمه ، وإذ لم يثبت له حكم المالك المبرم الذي من شأنه التحقيق في أمره ٩ حتى لا يجرى الاستحقاق للضرر بل إجراءه على ما يوجب الضرر الذي لا يمكن التمسك به في وقت وقوعه وهو من شأنه أن يدخل تحت دائرة الضرر الأدنى الذي لا يمكن التمسك به في وقت وقوعه وهو من شأنه أن يدخل تحت دائرة الضرر الأدنى الذي لا يمكن التمسك به في وقت وقوعه .

البيان معين القيس .

وهو يعني في هذا المقام أن الضرر الأدنى لا يكون له قيمة نقدية بل هو مجرد مفهوم الحكماء لم يثبت له زيادة من عدمه ، وإذ لم يثبت له حكم المالك المبرم الذي من شأنه التحقيق في أمره ٩ حتى لا يجرى الاستحقاق للضرر بل إجراءه على ما يوجب الضرر الذي لا يمكن التمسك به في وقت وقوعه وهو من شأنه أن يدخل تحت دائرة الضرر الأدنى الذي لا يمكن التمسك به في وقت وقوعه .

هذا الوجه معين القيس .

وهو يعني في هذا المقام أن الضرر الأدنى لا يكون له قيمة نقدية بل هو مجرد مفهوم الحكماء لم يثبت له زيادة من عدمه ، وإذ لم يثبت له حكم المالك المبرم الذي من شأنه التحقيق في أمره ٩ حتى لا يجرى الاستحقاق للضرر بل إجراءه على ما يوجب الضرر الذي لا يمكن التمسك به في وقت وقوعه وهو من شأنه أن يدخل تحت دائرة الضرر الأدنى الذي لا يمكن التمسك به في وقت وقوعه .

البيان معين القيس .

وهو يعني في هذا المقام أن الضرر الأدنى لا يكون له قيمة نقدية بل هو مجرد مفهوم الحكماء لم يثبت له زيادة من عدمه ، وإذ لم يثبت له حكم المالك المبرم الذي من شأنه التحقيق في أمره ٩ حتى لا يجرى الاستحقاق للضرر بل إجراءه على ما يوجب الضرر الذي لا يمكن التمسك به في وقت وقوعه وهو من شأنه أن يدخل تحت دائرة الضرر الأدنى الذي لا يمكن التمسك به في وقت وقوعه .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً وفي الموضوع بنقض الحكم المطعون فيه نقضاً جزئياً فيما قضى به من تعويض عن الضرر المادي وإحالة القضية إلى محكمة استئناف الزاوية للفصل فيها مجدداً من هيئة أخرى وإلزام المطعون ضده بصفته المصروفات .

باسم الشعب
المحكمة العليا
الدائرة المدنية الأولى

بالجلسة المتعددة علناً صباح يوم السبت 28 جمادى الأولى الموافق
23.05.1377 و.ر (2009 مسيحي) بمقر المحكمة العليا بمدينة طرابلس .

برئاسة المستشار الأستاذ : يوسف مولود الحنيش " رئيس الدائرة "

وعضوية المستشارين الأساتذة : علي مختار الصقر

كمال بشير دهان

د. جمعة محمود الزريقي

فرج أحمد المعروف

وبحضور عضو النيابة

بنيابة النقص الأستاذ : جمعة محم الحيريق

ومسجل الدائرة الأخ : عبد الحميد محمد الرومي

أصدرت الحكم الآتي

في قضية الطعن المدني رقم 54 / 710 ق

المقدم من :

((يمثلهم الخامي : محمد النعاس العربي))

ضد :

الممثل القانوني لشركة الزويتينة بصفته

توب عنه (إدارة القضايا)

عن الحكم الصادر من محكمة استئناف بنغازي (الدائرة المدنية) بتاريخ

2006.12.25 م في الاستئناف رقم 2001/205

وحيث يعنى الطاعن على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسبب والإخلال بحق الدفاع من الوجوه الآتية :

1. أن الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه استند في قضائه برفض الدعوى إلى أن صاحب العمل لم يفصل العامل مباشرة حتى يمكن القول بأنه ليس لصاحب العمل أن يفصل العامل إذا كان الحكم موقوفاً تنفيذه أو أن التهمة غير ثابتة وأن الفصل تم من مجلس التأديب وهذا القول من الحكم غير صحيح لأن الحكم الجنائي الذي اعتمد عليه مجلس التأديب لفصل الطاعن قد أُلغى وقضى ببراءة الطاعن مما اسند إليه .

2. أنه لم يورد ضمن أسبابه ما يبرر طرحه للحكم الصادر بالبراءة مكتفياً بعبارات غير واضحة ولا شاملة لموضوع الدعوى .

3. أنه لم يرد على الدفع الواردة في مذكرة الدفاع المقدمة لمحكمة الموضوع .

وحيث إن النعي بوجهيه الأول والثاني غير سديد ، ذلك أن الثابت من الحكمين الابتدائي والمطعون فيه أن قرار إنهاء خدمات الطاعن لم يصدر استناداً إلى الحكم الجنائي وإنما صدر استناداً إلى المحاكمة التأديبية التي تملك جهة العمل تحريكها استناداً إلى أحكام قانون العمل ولوائح الجزاءات الصادرة بمقتضاه ، وهي وحدها تفرد بتقدير صلاحيته للنهوض بأعباء الوظيفة المسندة إليه والاستمرار في تولى أعبائها ، ولها أن تقرر إنهاء خدماته إذا ثبت لديها إخلاله بالتزاماته الأساسية المترتبة على عقد العمل .

وحيث أنه بالرجوع إلى الحكمين الابتدائي والمطعون فيه يبين أنهما أوردا أن فصل الطاعن جاء بالطريق التأديبي للمخالفة التي ارتكبتها وهي مخالفة للالتزامات الأساسية والجوهرية لعقد العمل بصرف النظر عن الحكم الجنائي الصادر ضده وإن الحكم الجنائي الصادر بالخصوص لم يكن سوى مناسبة حركت ضده الإجراءات التأديبية وليست الأساس الذي بني عليه قرار الفصل وذلك لما هو مقرر من استقلال الجريمة التأديبية عن الجريمة الجنائية حتى ولو ثمة ارتباط بينهما ما دام قد تم تحريك كل منهما وفقاً للأوضاع المرسومة لهما وهو ما نصت عليه

المادة (71) من اللانحة الإدارية للشركات والمنشآت المملوكة للمجتمع التي تسري على الشركة المدعي عليها ، ومن ثم فإن ما انتهى إليه الحكمان من أن فصل الطاعن له ما يبرره لا مخالفة فيه للقانون .

وحيث إن النعي في وجهه الثالث في غير محله ، ذلك أن الطاعن لم يوضح ماهية الدفوع التي أبدتها في مذكرة دفاعه أمام محكمة الموضوع والتي لم تكن محل رد منها حتى تبين هذه المحكمة ما إذا كانت من الدفوع الجوهرية التي تلتزم المحكمة بالرد عليها أو غير ذلك ، وهو ما يجعل هذا السبب غامضاً مبهماً لا يقبل أمام هذه المحكمة .

وحيث أنه متى كان ما تقدم فإن الطعن يكون غير قائم على أساس بما يتعين معه رفضه .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً وفي الموضوع برفضه .

باسم الشعب
المحكمة العليا
الدائرة المدنية الثانية

باجلسة المنعقدة علناً صباح يوم الأحد 29 محرم الموافق
1377.01.25 و.ر (2009 مسيحي) بمقر المحكمة العليا بمدينة طرابلس .

برئاسة المستشار الأستاذ : محمد إبراهيم الورفلي " رئيس الدائرة "
وعضوية المستشارين الأساتذة : الطاهر عبدالرحمن القلاي
صالح عبدالقادر الصغير
محمد عبدالسلام العيان
الشريف علي الأزهري

وبحضور عضو النيابة
بنياية النقص الأستاذ : عبدالمولى أحمد خليفة
ومسجل المحكمة الأخ : أسامة علي مصباح المدهوني

أصدرت الحكم الآتي
في قضية الطعنين المدنيين رقمي 320 ، 336 / 53 ق
أولاً : الطعن رقم 53/320 ق

المقدم من :

- 1- أمين اللجنة الشعبية العامة بصفته .
 - 2- أمين اللجنة الشعبية العامة للصحة والبيئة بصفته .
 - 3- أمين اللجنة الشعبية للصحة والبيئة بشعبية الرقب بصفته .
- وتنوب عنهم (إدارة القضايا)

ضد :

..... عن نفسه وبصفته وكيلاً عن زوجته

عليهم عدا الرابع بان يدفعوا للمدعي عن نفسه وبصفته مبلغاً وقدره ستة عشر ألف دينار تعويضاً عن الضرر المعنوي الذي لحق به وعمّا لحق بموكلته من ضرر مادي ومعنوي نتيجة خطأ الطبيب المعالج التابع للمدعي عليه الثالث مع إلزامهم المصاريف ورفض ما عدا ذلك من طلبات ، استأنف أطراف الخصومة هذا الحكم أمام المحكمة المطعون في حكمها التي قضت بقبول الاستئناف شكلاً وفي الموضوع بتعديل الحكم المستأنف جزئياً وذلك بإلزام المستأنف ضدهم في الاستئناف التحريري رقم 2005/74 بأن يدفعوا للمستأنف مبلغاً وقدره ثلاثمائة دينار أتعاب المحاماة وتأييد الحكم فيما عدا ذلك مع إلزامهم المصاريف .

وهذا هو الحكم المطعون فيه .

الإجـراءات

أولاً : بالنسبة للطعن رقم 53/320 ق :

صدر الحكم المطعون فيه بتاريخ 2006.01.18 وأعلن للطاعن بتاريخ 2006.02.27 وقرر احد أعضاء إدارة القضايا الطعن عليه بالنقض لدى قلم كتاب المحكمة العليا وذلك بتاريخ 2006.03.28 وأودع مذكرة بأسباب الطعن وأخرى شارحة وصورة من الحكم المطعون فيه وأخرى من الحكم الجزئي وحافضة مستندات وبتاريخ 2006.04.11 أودع أصل ورقة التقرير بالطعن معلنة للمطعون ضده إعلاناً إدارياً بتاريخ 2006.04.09 ولم يودع المطعون ضده مذكرة بدفاعه .

وقدمت نيابة النقض مذكرة بالرأي انتهت فيها إلى قبول الطعن شكلاً ورفضه موضوعاً وفي الجلسة المحددة لنظر الطعن تمسكت برأيها .

ثانياً : بالنسبة للطعن رقم 53/336 ق :

صدر الحكم المطعون فيه بتاريخ 2006.01.18 وأعلن للطاعن بتاريخ 2006.03.15 وقرر احد أعضاء إدارة القضايا الطعن عليه بالنقض لدى قلم كتاب المحكمة العليا وذلك بتاريخ 2006.04.03 وسدد الرسم وأودع الكفالة ومذكرة بأسباب الطعن وأخرى شارحة وصورة من الحكم المطعون فيه وأخرى من الحكم الجزئي وحافضة مستندات

وبتاريخ 2006.04.11 أودع أصل ورقة إعلان الطعن معلنة للمطعون ضده بتاريخ 2006.04.09 إعلاناً إدارياً ولم يودع المطعون ضده مذكرة بدفاعه وقدمت نيابة النقض مذكرة بالرأي انتهت فيها إلى قبول الطعن شكلاً زفي الموضوع برفضه وفي الجلسة المحددة للطعن تمسكت برأيها ، والحكمة قررت ضم الطعن رقم 53/336 ق إلى الطعن 53/320 ق ليصدر فيهما حكم واحد .

الأسباب

حيث إن الطعنين استوفيا أوضاعهما القانونية فهما مقبولان شكلاً .
وحيث إن مما يعنى به الطاعنون على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون ذلك أن الحكم المطعون فيه أعتد في إثبات المسؤولية الطبية على تقرير الطبيب الشرعي في حين أن القانون رقم 1986/17 بشأن المسؤولية الطبية قد أوكل الاختصاص بتحديد المسؤولية للمجلس الطبي دون غيره .

وحيث إن النعي سديد ذلك أن المادة (27) من القانون رقم 1986/17 بشأن المسؤولية الطبية تنص على أن يختص بتقرير مدى قيام المسؤولية الطبية لمجلس يتبع أمانة الصحة ويتكون من عدد من ذوي التخصصات العالية في المهن الطبية والمهن المرتبطة بها وقد صدر بإنشاء هذا المجلس قرار اللجنة الشعبية العامة رقم 1989/182 مسيحي الذي بنيت المادة الثالثة منه اختصاص المجلس وهي النظر في القضايا المتعلقة بالمهن الطبية والمهن المرتبطة بها والتي تحال إلى المجلس من الهيئات القضائية ودراستها وتقييمها فنياً وتقرير مدى قيام المسؤولية الطبية المترتبة على الخطأ الطبي الناجم عنها بشكل محدد أو إثبات العكس وإعداد تقرير بذلك يرفع إلى الجهة المخال منها القضية ورسمت المادة المشار إليها خطوات إعداد المجلس للتقرير بأن يكون من واقع ملف المريض الذي لحقه الضرر كما أعطت الحق للمجلس في دعوة من يرى حضورهم ممن اشرفوا على المريض في أية مرحلة من مراحل العلاج للاستماع إلى أقوالهم وأخذ المعلومات المطلوبة منهم والإطلاع وفحص وطلب كافة الوثائق والمستندات الأخرى التي يرى المجلس أنها ذات علاقة بالقضية ومن ثم فإن خطأ الطبيب إنما يقرره المجلس المذكور .

ولما كان ذلك وكان يبين من مدونات الحكم الجزئي فيما يتعلق بالخطأ أنه أقام قضاءه بثبوت خطأ الطبيب المعالج استناداً إلى تقرير الطبيب الشرعي دون عرض الأمر على المجلس الطبي المذكور لتقرير مدى قيام مسؤولية الطبيب من عدمه على ضوء أحكام القانون رقم 1986/17 بشأن المسؤولية الطبية المشار إليها وإذ أيدته الحكم المطعون فيه في ذلك فإنه يكون مخالفاً للقانون بما يوجب نقضه .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الطعين شكلاً وفي الموضوع بنقض الحكم المطعون فيه وإحالة القضية إلى محكمة الخمس الابتدائية للفصل فيها مجدداً من هيئة استئنافية أخرى والزمن المطعون ضده عن نفسه وبصفته المصاريف .

باسم الشعب

المحكمة العليا

الدائرة المدنية الثالثة

بالجلسة المنعقدة علناً صباح يوم الأربعاء 07 ذو القعدة الموافق
1376.11.05 و.ر (2008 مسيحي) بمقر المحكمة العليا بمدينة طرابلس .

برئاسة المستشار الأستاذ : عزام علي الديب "رئيس الدائرة"

وعضوية المستشارين الأساتذة : صالح عبدالقادر الصغير

إدريس عابد الزوي

كمال بشير دهان

لطفي صالح الشاملي

وبحضور الخامي العام

بنيابة النقض الأستاذ : بشير سعد الزباني

ومسجل الدائرة الأخ : أسامة خليفة الشارف

أصدرت الحكم الآتي

في قضية الطعن المدني رقم 53 / 370 ق

المقدم من :

1. أمين اللجنة الشعبية العامة .
 2. أمين اللجنة الشعبية لشعبية إجدابيا .
 3. أمين اللجنة الشعبية للمرافق لشعبية إجدابيا .
 4. أمين اللجنة الشعبية للإسكان والمرافق والبيئة لشعبية إجدابيا .
 5. الممثل القانوني لإدارة وتنفيذ مشروع النهر الصناعي .
- وتتوب عنهم (إدارة القضايا)

ضـــــــــــــــــل :

ورثة
يمثلهم الخامي : عمر مفتاح الساحلي

عن الحكم الصادر من محكمة شمال بنغازي الابتدائية بتاريخ 2005 . 10 . 22 في
الاستئناف رقم 2004/717 ف .

بعد الإطلاع على الأوراق ، وتلاوة تقرير التلخيص ، وسماع المرافعة الشفوية ، ورأي
نيابة النقص ، وبعد المداولة .

الوقــــــــــــــــع

أقام المطعون ضدهم الدعوى رقم (760) لسنة 1991 أمام محكمة بنغازي
الابتدائية اختصموا فيها الجهات الإدارية الطاعنة وآخر قائلين في بيانها أن مورثهم يملك
الكسارة المينة وصفاً وقيمة بصحيفة الدعوى والمدعي عليهم قاموا بتفكيكها ونقلها وملحقاً
إلى موقع آخر لتواجدها في مسار خط أنابيب النهر الصناعي على أن يتم التعويض عنها ، ورغم
المطالبات لم يتم دفع التعويض . وخلصوا إلى طلب إلزام المدعي عليهم متضامين بدفع مبلغ
506850 دينار عن الكسارة وملحقاً ومبلغ 7000000 دينار عما فاقم من كسب وما
لحقهم من خسارة والحكمة قضت بإلزام المدعي عليهم متضامين بأن يدفعوا للمدعين مبلغ
415000 دينار ثمن الكسارة وملحقاً وتعويضاً عما فاقم من كسب وما لحقهم من خسارة .

استأنف المدعون هذا الحكم بالاستئناف رقم (797) لسنة 2004 كما استأنفه
الجهات الإدارية بالاستئناف رقم (717) لسنة 2004 أمام محكمة استئناف بنغازي التي
قضت بقبول الاستئناف شكلاً وفي الموضوع أولاً في الاستئناف رقم (797) لسنة 2004
برفضه . ثانياً في الاستئناف رقم (717) لسنة 2004 بتعديل الحكم المستأنف وبالإلزام
المستأنفين ((جهة الإدارة)) وشركة دونغ آه متضامين بأن يدفعوا للمستأنف عليهم
375000 دينار وبرفض ما عدا ذلك من طلبات .

وهذا هو الحكم المطعون فيه .

الإجراءات

صدر الحكم المطعون فيه بتاريخ 10.22.2005 ، وليس في الأوراق ما يفيد إعلانه وبتاريخ 2006.04.12 قرر أحد أعضاء إدارة القضايا الطعن عليه بطريق النقض نيابة عن الطاعنين لدى قلم كتاب المحكمة العليا مودعاً مذكرة بأسباب طعنه وأخرى شارحة وصورة رسمية من الحكم المطعون فيه وأخرى من الحكم الابتدائي ثم أودع بذات التاريخ أصل ورقة إعلان الطعن معلنة للمطعون ضدهم بتاريخ الإيداع ، وفي 2006.05.22 أودع محامي المطعون ضدهم مذكرة بدفاعهم مشفوعة بسند الوكالة .

وقدمت نيابة النقض مذكرة أبدت فيها الرأي بقبول الطعن شكلاً ورفضه موضوعاً وبالجلسة المحددة لنظره أصرت على رأيها .

الأسباب

حيث أن الطعن قد استوفى أوضاعه الشكلية فهو مقبول شكلاً .
وحيث تنعى الجهات الإدارية على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه من الوجوه الآتية :

1. إن الحكم المطعون فيه لم يقض بعدم صفة الطاعن الثالث " أمين اللجنة الشعبية للإسكان والمرافق والبيئة بشعبية إجدايا " لزوال صفته كشخص اعتباري .
2. إن الكسارة محل الدعوى آلت إلى شركة الأشغال العامة لبلدية إجدايا آنذاك عن طريق الزحف عام 1984 من ثم لم تكن الكسارة مملوكة لمورث المطعون ضدهم وترتب على ذلك انعدام صفتهم في الدعوى .
3. أن الدعوى مرفوعة على غير ذي صفة بالنسبة للطاعن الخامس " الممثل القانوني لإدارة وتنفيذ مشروع النهر الصناعي " لتعاquده مع شركة دونغ آه بموجب عقد مقاوله والمقاول لا يخضع لإدارة رب العمل وإشرافه ويسأل

المقاوم وحده عن التعويض . والمحكمة بذلك لم تتحقق من صفات الخصوم في الدعوى .

4. قضى الحكم بالزام الطاعنين جميعاً بالتضامن رغم أن التضامن لا يفترض .

5. إن الحكم أعتد في تقدير التعويض على تقرير الخبرة رغم أن الخبر ذكر أن تقديره للتعويض كان استناداً إلى أقوال الورثة واللجنة المشكلة من نقابة عمال البناء والمهاجر لم يشتمل على أية أرقام أو تقديرات وبالتالي يخلو التقرير من أسس تقديره للتعويض .

6. إن العلم بالضرر يفترض أن يكون من تاريخ حصوله وهو عام 1984 عند اخذ الكسارة والمطعون ضدهم لم يرفعوا دعواهم إلا عام 1991 بعد مرور أكثر من ثلاث سنوات ، ومع التسليم بصحة ما ذهبت إليه المحكمة من احتساب العلم بالضرر من تاريخ إعادة الكسارة إلى مالكيها فإن إعادة كانت في 18.07.1988 والدعوى رفعت في شهر 9 سنة 1991 أي بعد مضي ثلاث سنوات بما يجعل الحق في رفع الدعوى قد سقط بالتقادم .

وحيث أنه عن السببين الأول والثالث فهما مردودان ذلك أن الحكم المطعون فيه تكفل بالرد عليهما في معرض رده على دفاع الجهات الإدارية بالقول إن المستأنف الثالث أمين اللجنة الشعبية للمرافق شعبية إجدايا خاضع لإشراف المستأنف الأول " أمين اللجنة الشعبية العامة " .

وهذا الذي أورده الحكم يكفي لطرح هذا الدفاع ذلك أن اختصاص اللجنة الشعبية العامة مع الجهات الإدارية الأخرى التابعة لها لا يجعل الدعوى مرفوعة على غير ذي صفة متى زالت شخصية الجهة أو الجهات التابعة لها .

وأضاف الحكم أن الممثل القانوني لمشروع النهر الصناعي حسب التشريعات المنظمة له والقرار رقم (177) لسنة 1987 بتشكيل لجنة للتعويض عن العوائق الواقعة بمسار النهر الصناعي هو الملزم قانوناً بالتعويض عن تفكيك ونقل الكسارة وما أورده الحكم على هذا النحو

بشأن المدفعين يكفي حمل قضائه بإطراحهما .

وحيث أن السبب الثاني غير سديد ذلك أن الحكم المطعون فيه أورد أن جهة الإدارة قامت بضم الكسارة إلى شركة الأشغال العامة بإجدايا ولم تكن أيلولتها للدولة عن طريق زحف المنتجين ، وبعد أربع سنوات أعيدت إلى مالكةا محطة ومنقولة من مكانها ورتب الحكم على ذلك قيام صفة المطعون ضدهم في دعوى المطالبة بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن تصرف جهة الإدارة وهو كاف لحمل قضائه بثبوت صفتهم في الدعوى ، مما يتعين معه الالتفات عن هذا النعي .

وحيث أن السبب الرابع في غير محله ذلك أن عدم جواز أعمال أحكام التضامن قاصر على المسؤولية العقدية ، أما في مجال المسؤولية التقصيرية فإنه متى تعدد المسئولون عن الفعل الضار جاز إلزامهم بالتعويض بالتضامن فيما بينهم وفقاً لنص المادة (172) من القانون المدني ومن ثم فإن قضاء الحكم بإلزام الطاعنين بالتضامن استناداً إلى أحكام المسؤولية التقصيرية عن الفعل الضار لا مخالفة فيه للقانون .

وحيث أن السبب الخامس غير صائب ، ذلك أن قضاء هذه المحكمة استقر على أن محكمة الموضوع لا تلتزم بالرد إلا على الدفع الجوهرية التي من شأنها أن يتغير بها وجه الرأي في الدعوى لو تعرضت لها المحكمة .

وحيث أن المادة (814) من القانون المدني تنص على أنه " لا يجوز أن يجرم أحد من ملكه إلا في الأحوال التي يقرها القانون وبالطريقة التي يرميها ويكون ذلك في مقابل تعويض عادل " .

ومؤدى ذلك أن يكون مصدر التزام الجهة نازعة الملكية بتعويض المالك هو القانون وليس العمل غير المشروع وذلك سواء التزمت تلك الجهة بالإجراءات التي رسمها القانون أو التفتت عنها ولا تخضع دعوى المطالبة بالتعويض المذكور لأحكام التقادم الثلاثي وإنما تقادم بمضي خمس عشرة سنة من تاريخ الاستحقاق ، ومن ثم فإن دفع جهة الإدارة بسقوط الحق في رفع الدعوى بالتقادم الثلاثي يكون من قبيل الدفع القانونية البعيدة عن محجة الصواب ولا

تلتزم المحكمة بالرد عليه أصلاً ، ويبيّن على ذلك أنه كائناً ما كان وجه الرأي في ردها عليه فإنه لا أثر له على النتيجة التي انتهت إليها وليس من شأنه النيل من سلامة حكمها بما تكون معه المناعي برمتها على غير أساس بما يستوجب رفض الطعن .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً وفي الموضوع برفضه .

باسم الشعب

المحكمة العليا

الدائرة المدنية الرابعة

بالجلسة المنعقدة علناً صباح يوم الاثنين 02 جمادى الآخر الموافق
1377.05.05 و.ر (2009 مسيحي) بمقر المحكمة العليا بمدينة طرابلس .

برئاسة المستشار الأستاذ : جمعة صالح الفيتوري " رئيس الدائرة "

وعضوية المستشارين الأساتذة : الهاشمي علي الطربان

علي محمد البوسيفي

د. حميد محمد القماطي

فرج أحمد معروف

وبحضور عضو النيابة

بنياية النقص الأستاذ : محمود رمضان الزيتوني

ومسجل الدائرة الأخ : محمد أحمد نورالدين

أصدرت الحكم الآتي

في قضية الطعن المدني رقم 54 / 474 ق

المقدم من :

الممثل القانوني لشركة لييبا للتأمين

وتتوب عنه (إدارة القضايا)

ضـ لـ :

1.
2. الممثل القانوني لشركة دونغ آه الكورية .

الكفالة وسند الإنابة ومذكرة بأسباب الطعن وأخرى شارحة وصورة من الحكم المطعون فيه وأخرى من الحكم الابتدائي ومستندات أخرى وأودع بتاريخ 2007.04.22 أصل ورقة إعلان الطعن معلنة إلى المطعون ضده الأول بتاريخ 2007.04.18 وإلى الثاني بتاريخ 2007.04.21 وأودعت نيابة النقض مذكرة انتهت فيها إلى قبول الطعن شكلاً ونقض الحكم المطعون فيه ، وبالجلسة المحددة لنظر الطعن أصرت على رأيها .

الأسباب

حيث إن الطعن أستوفى أوضاعه المقررة قانوناً فهو مقبول شكلاً .
وحيث إن مما يعنى به الطاعن بصفته على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون ذلك أنه انتهى إلى عدم سريان التقادم الثلاثي بدعوى أنه لا يبدأ إلا من تاريخ المطالبة القضائية وهو ما يخالف نص المادة (752) من القانون المدني بشأن سقوط الدعاوى الناشئة عن عقد التأمين ولما كان قد مضى على الواقعة المسببة للضرر المطلوب التعويض عنه أكثر من أربع سنوات فإن الحق في رفع الدعوى يكون قد سقط بالتقادم .

وحيث أن هذا النعي سديد ، ذلك أن الاستفادة من نص المادة (752) من القانون المدني أن الدعاوى الناشئة عن عقد التأمين تسقط بانقضاء ثلاث سنوات من تاريخ حدوث الواقعة التي تولدت عنها الدعوى وكان الواقع في الدعوى أن المطعون ضده الأول يعمل مع المطعون ضده الثاني (شركة دونغ آه) في وظيفة سائق وأثناء قيادته لأحدى الشاحنات انفجر إطارها وأختل توازنها وانقلبت فأصيب بعدة إصابات أقام دعواه بالمطالبة بالتعويض عنها - واستناداً إلى عقد التأمين على (مسئولية رب العمل) المرفق بأوراق الطعن طلبت (شركة دونغ آه) إدخال (شركة ليبيا للتأمين) في الدعوى باعتبارها مسنولة عن تغطية الأضرار التي تحدث للعاملين إذا كان المؤمن له مسئولاً عن جبر تلك الأضرار فقضت المحكمة بإلزام الشركتين بالمبلغ المحكوم به وتأييد ذلك بالحكم المطعون فيه .

وكان يبين من مدونات الحكم المطعون أن الطاعن بصفته دفع بسقوط الحق في رفع الدعوى بالتقادم الثلاثي وانتهى الحكم إلى رفض هذا الدفع تأسيساً على " أن التقادم في حالة

التسوية الودية مع المضرور يبدأ من وقت وقوع هذه التسوية وفي حالة الحكم القضائي من وقت المطالبة القضائية من جانب المضرور فمنذ هذا الوقت يكون للمؤمن له أن يقيم دعوى الضمان تجاه المؤمن .“

وحيث أن سند المطعون ضده الثاني (دونغ آه الكورية) في إدخال الطاعن (لبيبا للتأمين) في الدعوى هو عقد التأمين الخاص بمستولية رب العمل ولا يتعلق بالتأمين عن الشاحنة التي نتجت عنها الإصابة بما لا يكون معه مجال لتطبيق أحكام القانون رقم (28) لسنة 1971 في شأن التأمين الإجباري على المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث المركبات الآلية وتعديلاته وأن النص الواجب التطبيق هو حكم الفقرة الأولى من المادة (752) من القانون المدني المشار إليه بحيث يتم احتساب مدة الثلاث سنوات المسقطه للحق في رفع الدعوى من وقت حدوث الواقعة ، فإن ما أورده الحكم المطعون فيه باحتساب مدة التقادم من تاريخ المطالبة القضائية وهي أحد الأسباب القاطعة للتقادم وفقاً لنص المادة (370) من ذات القانون وليست بداية لسريانه وخلطه بين دعوى مطالبة المضرور (محل الطعن) تجاه رب العمل بالتعويض وبين دعوى الضمان من المؤمن له تجاه المؤمن لا يقوى على مواجهة ما دفع به الطاعن بصفته من سقوط الحق في رفع الدعوى واستناده إلى أحد مبادئ محكمة النقض المصرية - كما جاء في مدوناته - لا يصادف محلاً لتعلق المبدأ المذكور بالتأمين الإجباري عن حوادث السيارات - وهو مما ينبئ على عدم إمام المحكمة بوقائع الدعوى الذي انحدر بها إلى التطبيق الخاطئ لأحكام القانون مما يصم حكمها بالقصور بما يتعين معه نقضه دون حاجة إلى مناقشة باقي أسباب الطعن .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً وفي الموضوع نقض الحكم المطعون فيه وإحالة القضية إلى محكمة إجدابيا الابتدائية للفصل فيها مجدداً من هيئة استئنافية أخرى وإلزام المطعون ضدهما المصروفات .

باسم الشعب
المحكمة العليا
الدائرة المدنية الرابعة

بالجلسة المنعقدة علناً صباح يوم الاثنين 09 جمادى الآخر الموافق
1377.06.01 و.ر (2009 مسيحي) بمقر المحكمة العليا بمدينة طرابلس .

برئاسة المستشار الأستاذ : جمعة صالح الفيتوري " رئيس الدائرة "
وعضوية المستشارين الأساتذة : الهاشمي علي الطربان
علي محمد البوسفي
د. حميد محمد القماطي
فرج أحمد معروف

ومحضور عضو النيابة
بنيابة النقض الأستاذ : محمود رمضان الزيتوني
ومسجل الدائرة الأخ : محمد أحمد نورالدين

أصدرت الحكم الآتي
في قضية الطعن المدني رقم 54 / 614 ق

المقدم من :
الممثل القانوني لشركة ليبيا للتأمين بصفته
وتنوب عنه (إدارة القضايا)

ض

..... عن نفسه وبصفته وليا عن ابنه القاصر
يمثله الخامي : يوسف محمد عبدالرحمن

عن الحكم الصادر من محكمة جنوب طرابلس الابتدائية (الدائرة الاستئنافية) بتاريخ
19 . 02 . 2007 م في الاستئناف رقمي 2005/121 و 2006/25 .

بعد الإطلاع على الأوراق وتلاوة تقرير التلخيص ، وسماع المرافعة ، ورأي نيابة
النقض ، والمداولة قانوناً .

الوقائع

أقام المطعون ضده عن نفسه وبصفته الدعوى رقم 2005/53 م أمام محكمة باب
بن غشير الجزئية مختصماً الطاعن والممثل القانوني لمصحة 11 يونيو - بصفتيها ، وأحد الأطباء
بها قال شرحاً لها : إن زوجته أدخلت إلى قسم الولادة بالمصحة المذكورة لتوليدها فأنجبت طفلاً
مصاباً بتلف دماغي عرضه لنوبات صرع متكررة واثراً في نموه حركياً وعقلياً نتيجة خطأ
الطبيب أثناء عملية التوليد وللنقص الشديد في الأكسجين اللازم لذلك ... وانتهى إلى طلب
الحكم بالزام المدعي عليهم متضامين أن يدفعوا له عن نفسه ، وبصفته ولياً على ابنه مبلغ مائة
ألف دينار تعويضاً عما لحقهما من ضرر مادي ومعنوي .

والحكمة قضت بالزام المدعي عليهما الثاني والثالث متضامين أن يدفعوا للمطعون ضده
مبلغ عشرة آلاف دينار تعويضاً عن الضررين ، وبعدم قبول الدعوى بالنسبة للمدعي عليه
الأول لرفعها على غير ذي صفة .

استأنف المطعون ضده عن نفسه وبصفته هذا الحكم بالاستئناف رقم 2005/121
أمام محكمة جنوب طرابلس الابتدائية ، كما استأنفه الطاعن بصفته بالاستئناف رقم
2006/25 أمام ذات المحكمة التي قضت في الاستئناف المرفوع من المطعون ضده بتعديل
الحكم المستأنف إلى إلزام الطاعن بصفته ، والطبيب الذي قام بعملية التوليد متضامين أن يدفعوا
للمطعون ضده بصفته مبلغ عشرة آلاف دينار تعويضاً عن الضرر المادي ، وعشرين ألف دينار
عن الضرر المعنوي ، وأيدت الحكم المستأنف فيما عدا ذلك ، وفي الاستئناف المرفوع من
الطاعن قضت برفضه .

وهذا هو الحكم المطعون فيه .

الإجراءات

صدر هذا الحكم بتاريخ 19.02.2007 وأعلن في 18.04.2007 وبتاريخ 19.05.2007 قرر أحد أعضاء إدارة القضايا الطعن فيه بالنقض نيابة عن الطاعن بصفته بتقرير لدى قلم كتاب المحكمة العليا مسدداً الرسم ومودعاً الكفالة وسند الإنابة ، ومذكرة بأسباب الطعن وأخرى شارحة وصورة من الحكم المطعون فيه ، وأخرى من الحكم أول درجة ضمن حافظة مستندات ، وبتاريخ 28.05.2007 أودع أصل ورقة إعلان الطعن معلنة إلى المطعون ضده في 26.05.2007 .

وبتاريخ 24.06.2007 وأودع محامي المطعون ضده سند توكليه وصورة من ورقة إعلان الحكم المطعون فيه ، ومذكرة دفع فيها بعدم قبول الطعن شكلاً لرفعه بعد الميعاد تأسيساً على أن الحكم المطعون فيه أعلن للشركة الطاعنة أي بعد ثلاثين يوماً ، وأودعت نيابة النقض مذكرة برأيها انتهت فيها إلى قبول الطعن شكلاً ، ورفضه موضوعاً ، وبالجلسة المحددة لنظر الطعن أصرت على رأيها .

الأسباب

حيث إنه عن شكل الطعن فإن ما دفع به المطعون ضده في غير محله ، ذلك أن ميعاد الطعن بطريق النقض ثلاثون يوماً بمقتضى نص المادة (341) من قانون المرافعات على أن يبدأ هذا الميعاد من تاريخ إعلان الحكم عملاً بنص المادة (301) من ذات القانون . وكان الحكم المطعون فيه قد أعلن إلى الشركة الطاعنة في 18.04.2007 بناء على طلب المطعون ضده فإن الميعاد ينتهي بتاريخ 18.05.2007 ، وإذ - كان هذا اليوم يصادف يوم جمعة وهو عطلة رسمية فإن ميعاد الطعن يمتد إلى أول يوم عمل بعده عملاً بنص المادة (19) من قانون المرافعات ، وكانت الشركة الطاعنة قد قررت بالطعن يوم السبت الموافق 19.05.2007 فإن الطعن يكون قد تم في الميعاد بما يتعين معه رفض هذا الدفع .

وحيث إن الطعن استوفى أوضاعه القانونية فهو مقبول شكلاً .

وحيث إن مما تنعى به الشركة الطاعنة على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه بما حصلت أنه قدر التعويض بالمبلغ المحكوم به دون أن يلتزم في تقديره بأحكام قرار اللجنة الشعبية العامة رقم (236) لسنة 1424 بشأن لائحة التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية الناتجة عن الأخطاء المهنية الطبية ، والجدول المرفق به الذي تسري أحكامه دون غيره على الحالات الواردة به ، ودون أن يحيل ملف أبن المطعون ضده على اللجنة الطبية المشككلة بمقتضى أحكام هذا القرار لتقدير نسبة العجز .

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

لما كان ذلك ، وكان الواقع في الدعوى أن المطعون ضده عنه نفسه وبصفته أقامها بطلب التعويض المادي والمعنوي عن الخطأ المدعي عليه الثاني - وهو طبيب - أثناء قيامه بتوليد زوجته فأنجب - طفلاً مصاباً بتلف دماغي عرضه لنوبات صرع متكررة وأثر في نموه حركياً وعقلياً نتيجة لعدم التزام الطبيب بالأصول العلمية في أداء عمله فإن المطالبة على نحو ما سلف بيانه تكون مما تنطبق بشأنها أحكام قرار اللجنة الشعبية العامة رقم 1424/236 المشار إليه - الأمر الذي كان معه على المحكمة أعمال أحكامه على الواقعة ، والفصل فيها وفقاً لما تنتهي إليه من انطباقه عليها طبقاً للضوابط الواردة به ، وإذ -- لم تفعل فإن حكمها يكون مخالفاً للقانون بما يوجب نقضه دون حاجة لمناقشة باقي أسباب الطعن .

وحيث إنه وإن كان مبنى لنقض مخالفة القانون إلا أنه لما كان الموضوع غير صالح للفصل فيه لما يقتضيه الحال من التحقق من مدى توافر ضوابط وشروط التعويض وهو مما يدخل

في اختصاص محكمة الموضوع فإنه من ثم يتعين أن يكون النقص مقترناً بالإحالة .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً وفي الموضوع نقض الحكم المطعون فيه وإحالة القضية إلى محكمة جنوب طرابلس الابتدائية للفصل فيها مجدداً من هيئة استئنافية أخرى وإلزام المطعون ضده المصروفات .

بطاقة دعوة

ترحب هيئة تحرير المجلة بمشاركة كافة الإخوة الزملاء أعضاء الهيئات القضائية وأعضاء هيئة التدريس الجامعي بكليات القانون في الجماهيرية العظمى وغيرهم من المشتغلين في مجال القانون والمهتمين به وذلك بما يقدمونه من دراسات فقهية وأبحاث قانونية وتعليقات على الأحكام القضائية مساهمة منهم في إثراء الفكر القانوني العربي وتطويره ..

هيئة التحرير

إدارة القضاة