

دراسات قانونية

مجلة علمية محكمة تصدر عن كلية القانون بجامعة قارونس



رئيس التحرير

أ.د. موسى مسعود ارحومة

مدير التحرير

د. سليمان محمد إبراهيم

هيئة التحرير

د. سعد خليفة العبار

د. هالة أحمد الأطرش

د. ابتسام أحمد بحیح

أ. طارق محمد الجملي

أ. نورية الساعدي المقریف

أ. رافع محمود الفاخري

أ. الصالحين محمد العيش

العدد 18 - 2009م

الهيئة الاستشارية :

- أ.د. محمد حسن الجازوي .
- أ.د. أحمد عمر بوزقية .
- أ.د. عبد القادر محمد شهاب .
- أ.د. سليمان محمد الجروشي .
- أ.د. مفتاح عبدالسلام المهدي .
- أ.د. سالم ارجيعة سالم .
- أ.د. عبد الله زايد الكاديكي .
- أ.د. سليمان صالح الغويل .
- أ.د. موسى مسعود ارحومة .
- أ.د. أحمد الصادق الجهاني .
- أ.د. عمر محمد السيوي .
- أ.د. عبدالقادر عبدالله قدورة .
- د. سالم محمد الأوجلي .

• مجالات النشر بالمجلة :

تُعنى هذه المجلة بنشر البحوث والدراسات القانونية والشرعية وعرض الكتب والرسائل الجامعية والتقارير العلمية عن الندوات والمؤتمرات العلمية ، والتعليق على القوانين وأحكام المحاكم .

• ضوابط النشر بالمجلة :

1. ألا تكون الدراسة أو البحث المقدم للنشر قد سبق نشره بمجلة أخرى ، أو يكون جزءاً من كتاب منشور أو رسالة جامعية أعدها الباحث .
2. يتعين ألا تتعدى صفحات البحث 30 صفحة من القطع المتوسط .
3. يجب أن يكون البحث مطبوعاً على ورق (A4) ، ويُراعى أن يكون مصححاً لغوياً ومستوفياً الشروط العلمية والمنهجية المتعارف عليها .
4. يُرفق بالبحث قرص مدمج (CD) .
5. في حالة ما يكون البحث المقدم للنشر بلغة أجنبية يجب إرفاق ملخص له باللغة العربية .
6. تخضع البحوث المقدمة للنشر للتقويم العلمي ، وعلى الباحث الالتزام بإجراء التعديلات وفق الملاحظات التي يبيدها المحكمون .
7. يتعهد كل باحث بعدم نشر بحثه بعد إخطاره بقبول نشره بهذه المجلة بأية دورية أخرى دون إذن مسبق من هيئة التحرير .
8. على الباحث أن يرفق ببحثه نبذة تعريفية موجزة عن مؤهلاته ومصدرها ، فضلاً عن إسهاماته العلمية .
9. يُمنح كل باحث يُقبل بحثه للنشر بهذه المجلة نسخة من عدد المجلة أو مستلآت من البحث .
10. البحوث المقدمة للنشر بالمجلة لا ترد إلى أصحابها سواء قُبلت أم لم تُقبل .

تنبيه : إن البحوث والدراسات التي تُنشر بهذه المجلة تعبر عن رأي كاتبها فحسب وليس بالضرورة أن تكون معبرة عن رأي المجلة .

المراسلات تُقدّم باسم رئيس التحرير على العنوان التالي :

كلية القانون / جامعة قارونس (بنغازي)

هاتف : 00218 - 61 - 2229029 فاكس : 00218 - 61 - 2229029

E.mail: Jols@garyounis.edu

افتتاحية

بسم الله الرحمن الرحيم

يسرّ هيئة التحرير أن تقدم إلى القراء الفضلاء العدد (الثامن عشر) من مجلة "دراسات قانونية" الذي يحوي طائفة متنوعة من البحوث والمقالات العلمية ذات العلاقة بمختلف حقول العلوم القانونية (الجنائي والمدني والتجاري والإداري والدولي) فضلاً عن بعض الأبحاث المتصلة بالشرعية الإسلامية أعدها نخبة من الأساتذة الأجلاء الذين ينتمون إلى جامعات مختلفة ليبية وعربية .

وقد حرصت هيئة التحرير باستمرار على إصدار هذه الدورية في الميعاد المحدد لها سنوياً لكي تكون في متناول المهتمين بها من ذوي الاختصاص ممن دأبوا على اقتنائها ومتابعة ما يُنشر بها في صورتها الورقية والالكترونية (عبر شبكة الانترنت)، وهي تنتهز فرصة ميلاد هذا العدد لطمأننة البحاّث الذين لم يتسنّ نشر أبحاثهم التي وردت إليها عبر البريد الالكتروني أو سواء بأن إسهاماتهم لم تُهمل قط - كما قد يتبادر إلى أذهان البعض - ونأمل أن تأخذ طريقها إلى النشر في الأعداد القادمة إن شاء الله تعالى متى ما تمت إجازتها من هيئة التحكيم . ومن أجل تلبية رغبات القراء والبحاّث على حدّ سواء فإن هيئة التحرير قد تفكّر جدياً في المستقبل في زيادة الإصدارات إلى أكثر من عدد واحد في السنة .

وختاماً نلتمس من قرائنا الأعزاء ألا يبخلوا علينا بملاحظاتهم التي من شأنها أن تُسهم في الرفع من مستوى هذه المجلة المتخصصة والنّهوض بها شكلاً وموضوعاً .

والله الموفق...

رئيس التحرير

صُفِّتْ هَذِهِ الْمَجْلَةُ بِطَرِيقِ الْجَمْعِ الضَّوئِيِّ
فِي مَكْتَبِ الشُّعْمُومِيِّ (الصَّابِرِيِّ - بَنْخَازِي)

محتويات العدد

أولاً - البحوث والمقالات :

- أثر التوبة في جرائم الحدود 9
د. غيث محمود الفاخري
- أثر خيار الرؤية في حماية المستهلك الإلكتروني 40
د. علي أحمد المهداوي
- أساس العقوبة المخففة لقتل الوليد صيانةً للعرض 88
د. سعد خليفة العبار
- ضوابط التشريع اللائحي في القانون الليبي 130
د. عمران عبدالسلام الصفراني
- الضوابط التي تحكم تنفيذ الوسيط في سوق الأوراق
المالية وأمر العميل 151
د. موسى رزيق
- العلاقة بين المحكمة الجنائية الدولية ومجلس الأمن الدولي ... 180
د. جمعة سعيد سرير
- الحماية القانونية لنسخ المصنفات في ظل النشر الإلكتروني ... 217
أ. الصالحين محمد العيش

• التشريعات الصحية والمناطق الاقتصادية الحرة 232

أ. صالح مفتاح العلام الزوي

• إشكالية حقوق الممول في ضوء أحكام التشريع الضريبي الليبي 270

د. منصور الفيتوري حامد

ثانياً - التعليقات :

• تعليق على قرار اللجنة الشعبية العامة رقم (435) لسنة

1376 و.ر بتحديد مرتبات أعضاء هيئة التدريس الذين

تتعاقد معهم الجامعات ومؤسسات التعليم العالي 296

أ. طارق محمد الجملي

ثالثاً - المؤتمرات والندوات العلمية :

• توصيات المؤتمر المغربي الأول حول (المعلوماتية والقانون)

أكاديمية الدراسات العليا - طرابلس 28 - 29 / 10 / 2009م 331

أثر التوبة في جرائم الحدود

د. غيث محمود الفاخري
عضو هيئة التدريس
بقسم الشريعة الإسلامية
كلية القانون - جامعة قاريونس

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين ، وصلى الله وسلم على سيدنا محمد وآله وصحبه

أجمعين ..

ويعد ..

فإنه لما كانت جرائم الحدود ومن بينها حداً السرقة والحرابة يُقضى فيهما بأحكام الشريعة الإسلامية وفقاً لأحكام القانون رقم 148 لسنة 1972م بشأن السرقة والحرابة ، والقانون رقم 13 لسنة 1425م والذي بموجبه ألغى القانون السابق ، وقد نصّت المادة السادسة منه على سقوط حد الحرابة بالتوبة .. إلا أن القانون لم يتعرض بالبيان للتوبة ، ولا لشروطها ، ولا لما يمكن أن يسقط من الحدود الأخرى التي يمكن أن تقع من المحارب أثناء الحرابة ، ولا لرد المال إلى المقطوع عليه من عدمه ..

إضافةً إلى الكلام عن الحدود الأخرى كالسرقة والقذف والزنا ، وما إذا كان للتوبة أثر في سقوطها ، وآراء الفقهاء وأدلتهم حولها ..

للتظرف في هذه المسائل وغيرها ، فإننا سنقسم هذا البحث إلى مطالب

ثلاثة :

نتناول في الأول منها الكلام على التوبة ، وحقيقتها ، وحكمها ، وعلاقتها بالعقوبة ، وفلسفتها ، وذلك بصورة مجملّة بقدر ما يخدم الموضوع الذي نحن بصدده . أما المطلب الثاني فينصب الكلام فيه على تأثير التوبة على عقوبة

الحرابة وما يسقط بها من جرائم تتصل بالحرابة، وما لا يسقط، وخلاف الفقهاء في ذلك. أما المطلب الثالث والأخير فنخصه لبيان أثر التوبة في غير حد الحرابة كالقذف والسرقه والزنا، ونظرات الفقهاء في المسألة، ومداركهم فيها.

المطلب الأول

أولاً. تعريف التوبة لغةً واصطلاحاً :

التوبة لغةً : الرجوع عن المعصية⁽¹⁾، واصطلاحاً : هي الرجوع إلى الله بحل عقدة الإصرار عن القلب ، ثم القيام بكل حقوق الرب⁽²⁾، أو هي : عبارة عن ندم يورث عزمًا وقصدًا على عدم العود أو تكرار الخطيئة⁽³⁾، وتتحقق بأن يرجع الخاطئ عن الفعل القبيح شرعاً وعقلاً ، أو عن الإخلال بالواجب في الحال ، والندم على ما مضى ، والعزم على تركه في المستقبل⁽⁴⁾، قال عليه الصلاة والسلام : (الندم توبة)⁽⁵⁾.

قال الغزالي : إن التوبة عبارة عن معنى ينتظم ويلتئم من ثلاثة أمور مرتبة : علم وحال وعمل ، فالعلم معرفة عظم ضرر الذنوب ، فيؤدي هذا العلم إلى حال من الحسرة والندامة ، تدفع المذنب إلى البعد عن السيئات ، وإلى تدارك ما فاتته من أعمال صالحات . فهذه ثلاثة معانٍ مرتبة في الحصول فيطلق اسم التوبة على مجموعها⁽⁶⁾.

(1). مختار القاموس ، ص 79 .

(2). التعريفات للجرجاني ، ص 95 .

(3). إحياء علوم الدين للغزالي ، 235/4 وما بعدها .

(4). روح المعاني للألوسي ، 35/25 وما بعدها .

(5). رواه ابن ماجه ، كتاب الزهد ، باب ذكر التوبة ، ص 713 ، حديث رقم 4252 . وقال الحاكم : صحيح الإسناد.

(6). إحياء علوم الدين ، 235/4 .

ثانياً. أركان التوبة :

اشترط العلماء لصحة التوبة شروطاً محددة تختلف بحسب نوع

المعصية ، أهي بين العبد ربه أم هي بينه وبين الناس ؟

فإذا كانت المعصية بين العبد وربّه ، فأركانها ثلاثة⁽¹⁾ :

1 . الإقلاع عن المعصية في الحال ، فإذا كان يقارف ذنباً ، وجب الإقلاع عنه فوراً ،

أما إذا سوف في توبته فهو ليس بتائب لعدم إقلاعه .

2 . الندم على ما حصل منه ، وهو غم يصيب الإنسان يتمنى أن ما وقع منه لم

يقع أو هو توجع القلب وشعوره بالحسرة على اقتراف الذنوب والمعاصي⁽²⁾ .

فالندم هو فعل القلب باعثة الإحساس والشعور بالذنب مع إدراك عظم

ضرره ، ويتمثل ذلك في تأنيب الضمير ، وتوجع القلب ، والشعور بالحسرة

والغم الذي يصيب الإنسان مع تمنى أن ما وقع منه لم يقع .

3 . عقد القلب وتأکید العزم على ألا يعود إلى ما صنع ، وهو فعل للنفس بانعقاد

الإرادة المؤكدة على ألا يعود إلى اقتراف المعاصي والذنوب أبداً⁽³⁾ .

وقد أضاف القرطبي ركناً آخر ، وهو أن تكون توبته حياً من الله تعالى

لا من غيره⁽⁴⁾ ، فإذا اختل أي من هذه الأركان فلا تصح التوبة .

وإذا تعلقّت المعصية بحقوق العباد ، فيلزم فيها بالإضافة إلى ما سبق

الخروج من المظالم ، فإن كان الذنب أخذ مال بغير حق رده لصاحبه ، وإن كان

غيبية استحلّه منها ، وطلب عفوّه عنها ، وإن كانت قذفاً مكن المقذوف من نفسه ،

أو طلب منه عفوّه .

(1) . إحياء علوم الدين للغزالي ، 4/236 . تفسير القرطبي ، 5/91 .

(2) . التعريفات للجرجاني ، ص308 .

(3) . المرجع السابق ، ص96 .

(4) . تفسير القرطبي ، 5/91 .

فإذا اكتملت أركان التوبة ، كانت نصوحاً على ما قال القرطبي :
التوبة النصوح يجمعها أربعة أشياء : الاستغفار باللسان ، والإقلاع بالأبدان ،
واضمار ترك العود بالجنان ، ومهاجرة سيئ الخلان⁽¹⁾ .

ثالثاً . حكم التوبة :

دلت نصوص القرآن والسنة وإجماع الأمة على وجوب المبادرة إلى التوبة فور وقوع المعصية ، فمن آخرها صار عاصياً بتأخيرها ، وذلك ليتحقق المقصود منها بالتخلص من الأوزار ، والفوز بمغفرة الغفار ، ولتطهير المجتمع من المعاصي وأثارها .

فمن القرآن قوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا التَّوْبَةُ عَلَى اللَّهِ لِلَّذِينَ يَعْمَلُونَ السُّوءَ بِجَهَالَةٍ ثُمَّ يَتُوبُونَ مِنْ قَرِيبٍ ﴾⁽²⁾ ، وقوله : ﴿ وَتُوبُوا إِلَى اللَّهِ جَمِيعاً أَيُّهَا الْمُؤْمِنُونَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴾⁽³⁾ ، وقوله : ﴿ وَمَنْ يَعْمَلْ سُوءاً أَوْ يَظْلِمْ نَفْسَهُ ثُمَّ يَسْتَغْفِرِ اللَّهَ يَجِدِ اللَّهَ غَفُوراً رَحِيماً ﴾⁽⁴⁾ وغير ذلك من آي القرآن كثير .

ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم : (إني أستغفر الله وأتوب إليه في اليوم مائة مرة)⁽⁵⁾ ، وقوله : (والله إني لأستغفر الله وأتوب إليه في اليوم أكثر من سبعين مرة)⁽⁶⁾ .

(1) . تفسير القرطبي ، 198/18 .

(2) . النساء ، الآية : 17 .

(3) . النور ، الآية : 31 .

(4) . النساء ، الآية : 110 .

(5) . رواه ابن ماجه ، كتاب الأدب ، باب الاستغفار ، 559/4 ، حديث رقم 3815 .

(6) . رواه البخاري ، كتاب الدعوات ، باب استغفار النبي . صلى الله عليه وسلم . في اليوم واللييلة ، 104/11 ، حديث رقم 6307 .

وقد استنبط العلماء من هذين الحديثين استحباب تجديد التوبة عند تذكر الذنب ، ومما يرغب في التوبة أيضاً قول النبي . صلى الله عليه وسلم . (لله أفرح بتوبة عبده من أحدكم استيقظ على بعيره ، وقد أضله في أرض فلاة)⁽¹⁾ .

رابعاً . التوبة والعقوبة :

تقر الشريعة الإسلامية نوعين من العقاب ، دنيوي وأخروي ، فالدنيوي هو الذي تقيمه السلطة الزمنية ، والأخروي هو الذي يتولاه الله تعالى على العصاة في الدار الآخرة .

والجنايات الموجبة للعقاب في الدنيا ثلاثة عشرة كما أوردها ابن جزوي هي : القتل ، والجرح ، والزنا ، والقذف ، وشرب الخمر ، والسرقه ، والبغي ، والحرابة ، والردة والزندقه ، وسب الله ، وسب الأنبياء والملائكة ، وعمل السحر ، وترك الصلاة والصيام⁽²⁾ .

ويتنوع العقاب بحسب كل جريمة ، حمايةً للأنظمة والأخلاق والفضائل وقمعاً للردائل ، فمن أفلت من عقاب الدنيا ، كان عقاب الآخرة في انتظاره ، وكذا من لم يكن لذنبه عقاب دنيوي كالكذب والغيبة ، وخلف الوعد ، فإن عقاب الآخرة كفيل برده عند من لا تخفى عليه خافية .

والتوبة قد تساعد على تطبيق العقوبة في الدنيا بالإقرار أمام القضاء ، وقد تُسقط الجزاء الأخروي فتساهم في إصلاح المجرم فيتحقق تلقائياً الهدف من تشريع العقاب .

(1) . رواه مسلم ، صحيح مسلم بشرح النووي ، كتاب التوبة ، 64/17 .

(2) . القوانين الفقهية لابن جزوي ، ص 360 .

خامساً. الهدف من العقوبة :

الفقه الإسلامي في أساسه العام يلتقي مع أفضل المبادئ والنظم التي توصلت إليها المدرستان التقليدية والوضعية لتحديد أساس العقاب ، ووظائف العقوبة قانوناً .

ونظام العقاب في الإسلام لا يدانيه نظام ، إذ إنه يستوعب كل النظريات الفلسفية لفكرة العقوبة .

ففي مواجهة المدرسة التقليدية التي تقيم حق العقاب على الصالح الاجتماعي عن طريق منع الجريمة والوقاية منها مستقبلاً ، نرى فقهاء الإسلام يقررون أن مناط العقاب شرعاً هو مصلحة الناس وسعادتهم ، فكل ما يحقق مصلحة الجماعة ويقطع دابر الفساد فيها فهو مشروع ، وعلى ذلك تأسست عقوبات الحدود والقصاص والتعازير⁽¹⁾ ، قال ابن عابدين : إن مدار الشريعة بعد قواعد الإيمان على حسم مواد الفساد لبقاء العالم⁽²⁾ .

وحرصاً من الشريعة على منع الفساد وتحقيق المصالح فهي تقطع سبل الإجرام بحظر ما يؤدي إليه ، كالمسكرات والمخدرات ، بل تعتبرها جرائم في ذاتها ، بل وقد تحرم ما يؤدي إلى المحظور سداً لذريعته ، كما حرمت النظر إلى الأجنبية لأنه ذريعة الفاحشة .

وفي مواجهة المدرسة التقليدية الجديدة التي تؤسس العقاب على العدالة المطلقة ، مجردة عن فكرة المنفعة ، نرى الفقهاء المسلمين يقررون ضرورة التناسب بين الجرم والعقاب في التعزير دون فصل بين مبدأ العدالة ومراعاة المصلحة .

(1). الأحكام السلطانية للماوري ، ص 219 وما بعدها .

(2). حاشية ابن عابدين ، 262/3 .

وفي مواجهة المدرسة الوضعية التي تتفق مع المدرسة التقليدية من حيث ارتكازها على المبدأ النفعي ، ولكنها تطالب بالعناية بشخص المجرم بتقدير درجة خطورته ، ومدى قابليته للإصلاح ، نجد فقهاءنا يقررون ذلك عند تقدير القاضي للعقوبات التعزيرية المطبقة على معظم الجرائم ، مراعيًا في ذلك حالة الجاني ، ومقدار جنايته .

وفوق ذلك يمتاز الفقه الإسلامي بفتح باب التوبة في الحدود والتعازير ترغيباً في الإصلاح لبيادر المذنبون إلى ذلك بحرية واختيار .

سادساً . فلسفة التوبة :

لما كانت أحكام الشريعة . دنيوية وآخروية . هدفها حفظ مصالح الدنيا ومقاصد الآخرة ، فإنه من غير المتصور في المنظور الإسلامي أن تكون التوبة سبباً في ضياع مصالح الخلق ، ولا أداة للإغراء بالجريمة ، بل إن التوبة الصادقة ركيزة مهمة في استئصال الإجرام ، ومنع الفساد في المجتمع الذي هو غاية تشريع العقاب ، ذلك أن التوبة أقوى أثراً في تحقيق صالح الجماعة لأن المحرك إليها أمر داخلي ، ورقابة ذاتية .

ومع ذلك فإن مجال الاعتداد بالتوبة في الجرائم هو حقوق الله الخالصة ، كما سنبين ، أو بالتعبير القانوني حق المجتمع أو الحق العام ، وذلك ما لم تعرض القضية على القضاء ، أما بعد العرض على القضاء فلا أثر للتوبة ، كما أن لا أثر لها في حقوق الأفراد .

المطلب الثاني

أثر التوبة في حد الحرابة

أولاً . اتفق الفقهاء على أن التوبة لا تسقط الحدود بعد الرفع إلى الحاكم ، بل يجب إقامة الحد على المجرم أياً كان الحد الذي اقترفه : قطع طريق أو سرقة أو زنا أو غير ذلك ؛ لأنه لا يجوز تعطيل الحدود لا بعفو ولا بشفاعة ولا بهدية⁽¹⁾ ، حيث الحدود تمس مصلحة الجماعة ، وليس من المصلح إسقاط الحدود بعد رفعها ؛ لأن تصرف ولي الأمر على الرعية منوط بالمصلحة ، ودليل ذلك أن النبي . صلى الله عليه وسلم . لم يقبل العفو بعد رفع الأمر إليه ، فلما أراد صفوان أن يعفو عن سرق رداءه ، قال له . صلى الله عليه وسلم . : (فهلا كان قبل أن تأتيني به ؟)⁽²⁾ .

فلو كان العفو جائزاً بعد الرفع لقبه ، لكنه قطع يد السارق .

وروى مالك في الموطأ أن عثمان . رضي الله عنه . قال : إذا بلغت الحدود السلطان فلعن الله الشافع والمشفع⁽³⁾ .

وأخرج النسائي أيضاً عن عبد الله بن عمرو أن رسول الله . صلى الله عليه وسلم . قال : (تعافوا الحدود فيما بينكم فما بلغني من حد فقد وجب)⁽⁴⁾ .

كما اتفقوا على قبول توبة المحارب قبل القدرة عليه ، إذا أتى السلطان طائعاً مختاراً مظهر توبته ، فإنه تسقط عنه عقوبة الحرابة إذ لا معنى لها مع التوبة⁽⁵⁾ ، ودليلهم على ذلك صريح قوله تعالى في شأن المحاربين : ﴿إِلَّا الَّذِينَ

(1) . السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية لابن تيمية ، ص 82 .

(2) . الموطأ ، الإمام مالك بن أنس ، كتاب الحدود ، 49/3 .

(3) . المرجع السابق ، الموضع نفسه .

(4) . سنن أبي داود ، كتاب الحدود ، 122/4 ، حديث رقم 4376 .

(5) . بدائع الصنائع ، 143/7 . بداية المجتهد ، 447/2 . المغني لابن قدامة ، 295/8 .

تَأْبُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدُرُوا عَلَيْهِمْ فَأَعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ عَفُوٌّ رَحِيمٌ»⁽¹⁾ .

ومفهوم الآية أنه لا يسقط شيء بالتوبة بعد القدرة عليه ؛ لأن الظاهر أن توبته قبل القدرة هي توبة إخلاص ، وترغيباً له في التوبة ، أما بعد القدرة عليه ، فظاهر الحال أنها تقية يتخلص بها من الحد ، فلا حاجة لترغيبه في التوبة ؛ لأنه قد عجز عن الفساد والمحرابة .

ثانياً . ما تسقطه التوبة :

إذا ارتكب المحارب جرائم معاقباً عليها حداً قبل حرابته ثم جاء تائباً قبل القدرة عليه ، فإنه يؤخذ بعقوبات تلك الجرائم مادام اقتراها كان قبل الحرابة ؛ لأن الذي يسقط بالتوبة من الحدود هو حد الحرابة دون سواه⁽²⁾ .

أما إذا وقعت منه تلك الجرائم كالسرقة والزنا والقتل في أثناء حرابته ، ثم جاء تائباً قبل القدرة عليه ، فهل يؤخذ بتلك الجرائم ؟ أم تسقط عنه بتوبته تبعاً لجريمة الحرابة ؟

اختلفت آراء الفقهاء في ذلك :

1 . التوبة تسقط كل ما أتاه المحارب حال حرابته من حدود لله تعالى وحقوق للأدميين ، كالقتل والجرح ، والأموال إلا ما كان قائم العين ، وهذا قول الليث بن سعد وهو قول للهادوية من الزيدية ، وهو رواية عن الشافعي بالعراق ، لكن قال عنه صاحب الروضة : إنه وجه شاذ ، رجح عنه الشافعي بمصر⁽³⁾ .

وحجة هذا القول ما جاء في قصة ماعز أنه لما مسته الحجارة خرج يشتم

(1) . المائدة ، الآية : 34 .

(2) . حاشية الدسوقي ، 310/4 . بدائع الصنائع ، 143/7 .

(3) . روضة الطالبين ، 159/10 . المحلى ، 126/11 . تفسير الطبري ، 287/1 .

فضربه عبدالله بن أنس بوظيف⁽¹⁾ فصرعه ، فلما أخبروا النبي . صلى الله عليه وسلم . قال : (هلا تركتموه يتوب فيتوب الله عليه)⁽²⁾ .

والحاقاً لسائر الحدود بحد الحرابة لأنها حدود وقعت التوبة منها قبل القدرة على فاعلها ، ولأن الحكمة من فتح باب التوبة للمحاربين هي ترغيبهم في الإقلاع عن الفساد ، والانضمام إلى صفوف الجماعة ، فإذا علم قاطع الطريق أن توبته تسقط عنه العقاب أقلع ورجع ، أما إن علم أن توبته لن تسقط عنه كل العقاب ، فمن المشكوك فيه أن يرغب في توبة لا تفتح له باب النجاة من العقوبة⁽³⁾ .

لكن هذا الرأي نقضه ابن العربي ، وقال عنه صاحب الروضة : إنه وجه شاذ في المذهب وليس بشيء⁽⁴⁾ .

وهذا رأي شاذ - كما قال صاحب الروضة - ؛ لأن القول به فيه إغراء للمجرمين بالتمادي في الجرائم ، وارتكاب الشبهات ، والوقوع في حماقات ، إذا ما علموا أن توبتهم ترفع عنهم كل عقاب .

2 . التوبة تسقط بعض الحقوق دون بعض ، فقد اتفق الفقهاء على أن المحارب إذا أتى تائباً قبل القدرة عليه ، ولم يرتكب غير حد الحرابة بإخافة السبيل وأشهار السلاح . فإن عقوبة الحرابة تسقط عنه .

أما إذا ارتكب ما يوجب حداً أو قصاصاً فوق الحرابة ، فإن للفقهاء في ذلك مذاهب ثلاثة :

أ . لا يسقط عن المحارب سوى حد الحرابة ، ويؤخذ بما سواه من حقوق الله وحقوق الأدميين من قصاص وأموال .

(1) . الوظيف : خف البعير .

(2) . أحكام القرآن لابن العربي ، 2/604 .

(3) . المحلى ، 11/126 . 127 .

(4) . روضة الطالبين ، 10/159 . 160 . أحكام القرآن لابن العربي ، 2/603 .

وهذا قول أبي حنيفة ومالك، وأظهر قول الشافعي، ورواية عن أحمد، وهو مذهب أهل الظاهر.

فإن قتل عمداً فالخيار لولي الدم في القصاص أو العفو، وإن قتل خطأ فللولي الدية.

وإن قتل وأخذ نصاباً، أو أخذ نصاباً ولم يقتل، فإنه يلزم برد المال عند الأحناف، الذين يرون رد المال من شروط التوبة إلا إذا عفا صاحب المال.

أما إن تاب قبل القدرة عليه، ولم يرد المال، فإن للأحناف في ذلك رأيين، رأي يقول بعدم سقوط الحد، كسائر الحدود فإنها لا تسقطها التوبة عندهم وقيل بسقوط الحد؛ لأن التوبة تسقط الحد في السرقة الكبرى فقط للاستثناء الوارد فيها، وغيرها لا يقاس عليها.

أما ما يقع من المحارب من الحدود التي لا تختص بالحرابة كالزنا والقذف وشرب الخمر، فإنها لا تسقط بالتوبة عند جمهور الأحناف بومالك، وأظهر قول الشافعي؛ لأن هذه الحدود لما كانت لا تختص بالحرابة كانت في حقه كهي في حق غيره⁽¹⁾.

ب. تسقط التوبة حد الحرابة، وجميع حقوق الله من الزنا والشرب والسرقة؛ لأنها حقوق الله تعالى فتسقط بالتوبة كالحرابة ولأن في إسقاطها ترغيباً له في التوبة.

ويتبع بجميع حقوق الناس كأموال والقذف والدماء، إلا إذا عفا عنها صاحب الحق فيها. وهذا مذهب الصاحبين من الحنفية وقول الشافعي القديم وهو المرجوح في مذهبه، وهو مذهب أحمد إلا أن من الحنابلة من استثنى حد القذف، وقال بعدم سقوطه لما فيه من حق واضح للعبد⁽²⁾.

(1). الهداية، 181/5. بدائع الصنائع، 143/7. المدونة الكبرى، 430/4. بداية المجتهد، 680/2. روضة

الطالبين، 158/10. المغني لابن قدامة، 298/10. المحلى، 131. 130/11.

(2). شرح فتح القدير، 182/5. روضة الطالبين، 158/10. المغني، 300/18. بداية المجتهد، 681/2.

3 . التوبة تسقط كل الحدود الخالصة لله تعالى ، دون الدماء فلا تسقط
ولصاحب الحق استيفاؤها أو العفو عنها ، أما الأموال فما كان منها قائماً
بعينه بأيدي المحاربين فلا يسقط ، ولا تتبع ذمهم فيما هلك أو
استهلكوه⁽¹⁾ .

والأرجح من هذه الآراء هو آخرها ، القاضي بسقوط حقوق الله تعالى
الخالصة ، فإذا تاب المحارب قبل القدرة عليه ، وقد شرب الخمر أو زنا أو سرق
أثناء حرابته ، فالأولى هو إسقاطها عنه ؛ لأنها حقوق الله تعالى ، والله غني عن
استيفاء ما كان حقاً خالصاً له ، ولأن في إسقاطها ترغيباً للمحارب في التوبة ،
وتشجيعاً له على ذلك ، ولأنه إذا كان حد الحرابية يسقط بالتوبة فالسرقة
والزنا كذلك مادامت كلها خالصة لله تعالى ، ولأن في عدم إسقاطها منعاً
للمحارب من التوبة مادام يعلم أنه سيؤاخذ بجريرة ما صنع .

إلا أنه يلزم برد المال كما هو رأي بعض الحنفية ؛ لأن المال من حقوق
الآدمي الخالصة .

ثالثاً . وقانون السرقة والحرابية لم يتعرض صراحةً لسقوط ما يرتكبه المحارب
من حدود خالصة لله تعالى أثناء حرابته ، كما لم يتعرض لمسألة رد المال من
عدمها .

إلا أن القول بسقوط الحدود كلها دون الدماء والأموال . وهو الذي
رجحناه . هو المتسق مع خطة المشرع في جرائم الحدود .
أولاً : لأن القانون رقم 13 لسنة 1925 م . نص في البند (ب) من المادة

(1) . بداية المجتهد ، 681/2 .

السادسة على أنه : "لا يخل سقوط الحد بالتوبة بحقوق المجني عليهم من قصاص ودية ، كما لا يخل بالعقوبات المقررة في قانون العقوبات عن الجرائم التعزيرية التي يكون المحارب قد ارتكبها".

ومفاد هذا النص أن الدماء والأموال لا تسقط بالتوبة لأنها حقوق خالصة للعباد .

ثانياً : يستأنس في ذلك بما جاء في المذكرة الإيضاحية في القانون رقم 148 لسنة 1972م الملغى بالقانون رقم 13 ، إذ جاء فيها أن أثر التوبة هو سقوط الحد الذي قرره الآية الكريمة ، أما ما وراء ذلك مما عساه يكون من حقوق العباد كقتل أو قطع قصاصاً ، أو رد مال أو نحو ذلك من جرائم تستوجب التعزير ، فإنه لا أثر للتوبة في سقوط شيء من ذلك .

ولهذا أوجب القانون على النيابة حين يتبين لها وجود مثل هذه الحقوق أو الجرائم أن تحيل الأمر إلى المحكمة المختصة لتقضي فيه⁽¹⁾ .

ثالثاً : أن القول بسقوط الحدود الخالصة لله تعالى بالتوبة تبعاً لحد الحرابة هو الأيسر في حق المتهم ، ولأن خلاف العلماء في سقوط تلك الحدود من عدمه يورث شبهة في إقامتها ، والحدود تدرأ بالشبهات .

رابعاً . شروط التوبة :

لا يترتب على التوبة أثرها ، ويسقط حد الحرابة بها ، إلا إذا توافرت فيها شروط ثلاثة :

1. رد المال : إذا تضمنت الحرابة أخذ نصاب من المال ، وتاب المحارب قبل القدرة عليه سقطت عنه عقوبة الحرابة ، أما المال فلا يسقط ، ويجب رده لصاحبه ، على ما سبق بيانه من أن حقوق الأدميين لا تسقط ، ولكن هل يضمنها

(1). المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 148 لسنة 1972م بشأن المادة السادسة .

- المحارب إذا استهلكت ، أم أنه لا يؤخذ إلا بما كان قائم العين ، كما سبق .
 وفي كل الأحوال فإن رد المال شرط في التوبة ؛ لأن من شروطها الإقلاع
 عن الذنب في الحال ، واجتنابه في المآل ، والندم على ما مضى ، والعزم على
 عدم العود إليه أبداً ، ورد الحقوق إلى أصحابها أو تحللهم منها⁽¹⁾ .
- 2 . حصول توبة المحارب قبل القدرة عليه ، وهذا أمر متفق عليه لنص الآية : ﴿ إِلَّا
 الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ ﴾⁽²⁾ ، فالآية أفادت وجوب الحد على
 كل محارب ، ثم استثنت من تاب قبل القدرة عليه ، ولأن التوبة قبل القدرة
 ظاهرها أنها توبة إخلاص ، أما بعد القدرة فظاهرها أنها للتقية .
 ولأن في إسقاط الحد قبل القدرة ترغيباً في التوبة والرجوع عن المحاربة ، وإذا
 ادعى المحاربون التوبة قبل القدرة عليهم ، ينظر فإن لم تقترن بدعواهم
 أمارات تدل على التوبة لم تقبل لما فيها من سقوط الحد بعد وجوبه .
 أما إن اقترنت بدعواهم أمارات تدل على التوبة فصي قبولها وجهان أحدهما
 تقبل ليكون ذلك شبهة تسقط بها الحدود ، والثاني لا تقبل إلا ببينة عادلة
 تشهد لهم بالتوبة قبل القدرة عليهم لأنها حدود قد وجبت ، والشبهة ما
 اقترن بالفعل لا ما تأخر عنه⁽³⁾ .
- 3 . صفة المحارب الذي تقبل توبته : وهذا شرط اختلف الفقهاء فيه على أقوال ،
 فقول أنها في غير المسلمين ، أما سائر الأقوال فهي في المسلمين .
- أ . فعن ابن عباس والحسن ومجاهد وقتادة أن الآية في المحاربين المفسدين من
 أهل الكفر إذا تابوا من شركهم بالإسلام ، أما المسلمون فلا تسقط التوبة
 عندهم حداً ، ولا حقاً .
- ب . أما القول الثاني ، فالآية عنده واردة في المسلمين إلا أن القائلين بهذا اختلفوا

(1) . شرح فتح القدير ، 181/5 . بدائع الصنائع ، 143/7 . يوسف قاسم ، نظام التوبة ، ص 14 ، 15 .

(2) . المائدة ، الآية : 34 .

(3) . الأحكام السلطانية ، الماوردي ، ص 64 .

في صفة المحارب المسلم الذي تُقبل توبته على أقوال :

1 . أن المقصود من المحارب في الآية المسلم إذا لحق بدار الحرب ثم عاد تائباً

قبل القدرة عليه ، وهذا قول عروة بن الزبير .

2 . المسلم في دار الإسلام إذا كانت له منعة وقوة ، كأن تكون له فئة ، أو يكون

في جبل أو صحراء ، بحيث يمتنع بذلك ، ولا تصل إليه يد السلطة إلا

بجر الجيوش ، وكثرة النفقات ، فلا يكون مقدوراً عليه حينئذ ، فتقبل

توبته إن تاب قبل القدرة عليه ، أما إن لم يكن في منعة ، وأخذ بعد ترك

المحاربة لم يسقط عنه شيء ، وهذا قول ابن عمر وربيعة والحكم بن

عبيدة .

3 . عدم القدرة عليه تعني عدم وقوعه في قبضة السلطة ، فما لم تمتد إليه

يد السلطان بالقبض لا يكون مقدوراً عليه ، سواء أكانت له فئة تمنعه

أو لم تكن ، وسواء ألحق بدار الحرب أم لا ، وسواء تعذر القبض عليه

بسبب منه كقدرته أو هربه أو اختفائه ، أو كان ذلك بسبب من جهة

السلطة كاستخفافها به ، وهذا قول الشافعي⁽¹⁾ .

4 . أن المقصود به المحارب المسلم إذا أمّنه الإمام قبل القدرة عليه ، فله الأمان

ويسقط عنه حد الحرابة ، أما التائب بغير أمان ، فلا أثر لتوبته في

سقوط حد ولا حق ، وهذا قول علي بن أبي طالب والشعبي .

وتحقيق المسألة أن الآية في المحاربين من المسلمين ، ويمكن جمع الأقوال

الثلاثة الأول: بأنه يعد محارباً كل من كانت له قوة ومنعة ، إما بقوة فئته ،

وإما بامتناعه بجبل ونحوه ، بحيث يصعب أن تمتد إليه يد السلطة ، إما لمنعته أو

(1) . الأحكام السلطانية ، الماوردي ، ص 63 . الأحكام السلطانية ، أبو يعلى ، ص 59 . بداية المجتهد ، 2/680 . 681 .

أحكام القرآن ، ابن العربي ، 2/603 . الجامع لأحكام القرآن ، القرطبي ، 6/158 .

لضعف السلطان ، أو لأنه لحق بدار الحرب ، إن تاب قبل القدرة عليه في كل هذه الأحوال .

وهذا مجمل قول الشافعي ، وهو الذي عليه جماهير أهل العلم .
ويؤيد هذا ، ما روي عن علي رضي الله عنه أنه كتب إليه عامله بالبصرة في حارثة بن بدر أنه خرج محارباً ساعياً في الأرض فساداً ، وكان حارثة قد أتى الإمام علياً تائباً ، فقبل منه ، وكتب له أماناً ، وكتب إلى عامله أن حارثة قد تاب قبل أن تقدر عليه ، فلا تتعرض له إلا بخير⁽¹⁾ . وهذا فيه دليل على أن مجرد الإتيان إلى الإمام والقاء السلاح طائعاً كافٍ في سقوط الحد ، وإن لم يصحب ذلك شيء من مظاهر التوبة .

خامساً . مظاهر توبة المحارب :

اتفق الفقهاء على أن توبة المحارب قبل القدرة عليه تسقط عنه حد الحاربة لنص آية الحاربة ، لكنهم اختلفوا في صورة هذه التوبة أو مظهرها ، على آراء ثلاثة :

- 1 . توبة المحارب تكون بإلقائه السلاح وإتيانه الإمام طائعاً مختاراً ، مُظهراً توبته عنده ، فيسقط عنه حد الحاربة ، ولكن اشترط الأحناف مع ذلك أن يُرد المال إلى أهله إن كان قد أخذ مالاً ، فلا يعتد بالتوبة عندهم إلا ببرد المال⁽²⁾ .
- 2 . أن التوبة تكون بترك الحاربة ، وإن لم يأت الإمام بل يكفي أن يبقى مكانه ، ويظهر لجيرانه حتى يأمنه الناس ، فيسقط عنه الحد مادام قد أقلع في الحال ، واجتنب في المآل ، وندم على ما مضى ، وعزم على عدم العود أبداً ، فإن

(1) . بدائع الصنائع ، 143/7 .

(2) . بداية المجتهد ، 680/2 . شرح الزرقاني على خليل ، 112/8 . مواهب الجليل ، 317/6 . بدائع الصنائع ،

143/7 . تبين الحقائق ، 238/3 .

أتى الإمام قبل أن تظهر توبته أقام عليه الحد (1) .

3 . أن التوبة تكون بأي من الوجهين السابقين ، إما بإتيان الإمام طائعاً مختاراً ، أو بمجرد ترك ما هو عليه ، وإن لم يأت الإمام ، وهذا قول ابن القاسم من المالكية (2) .

وحاصل هذه الآراء أن كلاً منها ينظر للتوبة من وجهة نظره ، مع اتفاق الجميع على أن الحد لا يسقط إلا بحصول التوبة قبل أن تنال المحارب يد السلطان ، فبعضهم اعتبر التوبة حاصلة بمجرد ترك ما هو عليه ، وبعضهم لم يكتف بذلك بل اشترط إتيان الإمام ليكون عنواناً على التوبة ، وبعضهم توسع في فهم التوبة الواردة في آية الحرابة ، فاكتمى بأي من الوجهين .

سادساً . وقد أخذ المشرع في القانون رقم 13 لسنة 1425 بما قال به ابن القاسم من أن التوبة تتحقق بوجهين ، هما ترك ما هو عليه وإن لم يأت الإمام ، أو إلقاء سلاحه وإتيان الإمام طائعاً .

فقد نصّت المادة السادسة من القانون المشار إليه على أنه "يسقط حد الحرابة بتوبة الجاني قبل القدرة عليه ، وذلك بإحدى الطريقتين الآتيتين :
أ . إذا ترك الجاني فعل الحرابة قبل علم السلطات بالجريمة وبشخص مرتكبها ، بشرط إعلان توبته إلى النيابة العامة بأية وسيلة كانت .
ب . إذا سلم نفسه طائعاً إلى الشرطة أو النيابة العامة ، قبل ظهور السلطة عليه... "

ورغم أن التوبة أمر تعبدية ، إلا أن المشرع اشترط في كلتا الحالتين أن يتحقق لها مظهر خارجي .

(1) . بداية المجتهد ، 680/2 . روضة الطالبين ، 159/10 .

(2) . بداية المجتهد ، 680/2 . شرح الزرقاني على خليل ، 112/8 . التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل ، 317/6 .

ففي الحالة الأولى يكون الجاني قد ارتكب الحرابة ، لكنه أقلع عنها وتاب منها قبل أن تعلم السلطات بشخصه وبجريمته . فإن علمت السلطات بالجريمة أو بمرتكبها من مصدر آخر كشكوى أو بلاغ ، فلا تتحقق التوبة في هذه الحالة .

كما اشترط المشرع لسقوط الحرابة عن التائب أن يعلن بتوبته النيابة العامة بأية وسيلة كانت شفاهة أو كتابة ، غاية ما في الأمر أن تتضمن توبته الندم والعزم على ألا يقارف شيئاً من أعمال الحرابة مستقبلاً . أما إعلان غير النيابة فلا يكفي لإسقاط حد الحرابة عنه .

وفي الحالة الثانية يلزم أن يكون المحارب قد سلم نفسه طائعاً مختاراً إلى الشرطة أو النيابة العامة ، قبل ظهور السلطات عليه ، مع افتراض أن السلطات قد علمت بالجريمة أو بمرتكبها أو بهما معاً ، أما إذا تم القبض عليه من قبل السلطات ، أو جاء به المجني عليه أو غيره إليها فإن الحد لا يسقط .

وكذلك إذا سلم نفسه إلى جهة أخرى غير ما نص عليه في القانون ، ومجرد تسليم المحارب نفسه إلى الشرطة أو النيابة يعتبر توبة ، ولو لم يصحبه عمل آخر كإعلان توبته أو إبداء ندامته ، وذلك على خلاف الحالة الأولى التي اشترط فيها المشرع إعلان التوبة صراحة .

والمقصود بالقدرة عليه ، ألا تكون قد امتدت إليه يد السلطة ، فإن علمت به ، وسعت في القبض عليه ثم سلم نفسه فلا يعد ذلك توبة تسقط عقوبته .

المطلب الثالث

أثر التوبة في غير حد الحرابة

اتفق الفقهاء على أن التوبة تسقط حد الحرابة ، إذا كانت من المحارب قبل القدرة عليه ، على النحو الذي بيّنا ، ولكنهم اختلفوا في إسقاطها للحدود الأخرى بين مجيز ومانع ، كما فرّقوا بين الحدود ، فمنها ما اتفقوا على عدم إسقاطه بالتوبة ، ومنها ما كان محل خلاف بينهم .

أولاً . حد القذف :

أوجب الله تعالى في شأن القاذف عقوبات ثلاث : الجلد ثمانين جلدة ، وعدم قبول الشهادة ، والحكم بتفسيقه ، حيث قال : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴾⁽¹⁾ ، ثم استثنى من ذلك الذين تابوا وأصلحوا بقوله : ﴿ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾⁽²⁾ . فاختلف الفقهاء في أثر هذا الاستثناء هل يشمل كل العقوبات المذكورة ، أم هو قاصر على بعضها .

وليس لتوبة القاذف صورة محددة ، فقد تكون بأن يكذب نفسه كما فعل عمر رضي الله عنه مع الذين قذفوا المغيرة بن شعبة ، فقد قال لهم : من أكذب نفسه أجزت شهادته فيما استقبل ، ومن لم يفعل لم أجز شهادته ، فأكذب الشبل بن معبد ونافع بن الحارث بن كلدة نفسيهما وتابا ، وأبى أبو بكر فكان لا تقبل شهادته .

(1). النور، الآية : 4 .

(2). النور، الآية : 5 .

وقال جماعة من أهل العلم منهم مالك رحمه الله ، وابن جرير الطبري :
يكفي في توبة القاذف أن يصلح ، ويحسن حاله وإن لم يرجع عن قوله بتكذيب ،
وحسبه الندم على قذفه والاستغفار منه وترك العود إلى مثله⁽¹⁾ .

فإذا تاب القاذف فأبي العقوبات يسقط عنه ؟

1 . أما الجلد : فقد اتفق الفقهاء على أنه ليس للتوبة أثر فيه ؛ لأنه عند
الأحناف من الحقوق المشتركة بين الله تعالى والآدمي ، ولكن حق الله فيه
غالب ، فلا تسقطه التوبة كسائر الحدود عندهم ، وعند المالكية والشافعية
هو حق مشترك كذلك ، لكن حق العبد فيه غالب ، وما كان حقاً للعبد
فلا يسقط بالتوبة . وعند الحنابلة هو حق للآدمي ، فلا تسقطه التوبة
أيضاً⁽²⁾ ، وعند أهل الظاهر هو محض حق لله تعالى ، وحقوق الله لا تسقطها
التوبة كسائر الحدود ؛ إذ لا يسقط عندهم إلا حد الحرابة للنص عليه .
قال ابن حزم : لو أراد الله تعالى إسقاط الحد بالتوبة لقال : إلا الذين تابوا ،
ولم يقل : من بعد ذلك ، فلما قال تعالى : ﴿ من بعد ذلك ﴾ بيّن لنا تعالى
أن هذه التوبة لا تكون إلا بعد الجلد ثمانين جلدة ، واستحقاق اسم الفسوق
ورد الشهادة ، لا قبل الجلد بنص القرآن ، وإنما سقط بالتوبة بعد الجلد
ماعداً الجلد ؛ لأن الجلد قد نفذ فلا يسقط بعده بالتوبة إلا الفسق ، وحكم
قبول الشهادة فقط⁽³⁾ .

2 . وأما ردّ الشهادة والفسق : فقد اختلف الفقهاء فيه ، وتحرير محل النزاع
بينهم هل الاستثناء عامل في كل ما تقدّم ، أم أنه لا يعود إلا على أقرب
مذكور ، فأجمعوا على أن الاستثناء عامل في فسقه ، واختلفوا في عمله في
الشهادة⁽⁴⁾ .

(1) . تفسير القرطبي ، 179/12 .

(2) . بداية المجتهد ، 657/2 . شرح فتح القدير ، 98/5 . المغني ، 296/8 .

(3) . المحلى ، 130/11 .

(4) . تفسير القرطبي ، 179/12 . بداية المجتهد ، 657/2 .

فذهب الأحناف إلى أن القاذف متى حُدَّ في القذف سقطت شهادته ، ولا تقبل وإن تاب، وممن قال بذلك القاضي شريح ، والحسن البصري ، وإبراهيم النخعي ، وسفيان الثوري ؛ لأن الاستثناء عندهم لا يعمل في رد الشهادة ، فلا تقبل أبداً ، ولو تاب وأكذب نفسه ، وأما الفسق فيزول عند الله تعالى .

وذهب الجمهور من المذاهب الثلاثة ، ومعهم أهل الظاهر ، إلى أن الاستثناء عامل في رد الشهادة والفسق معاً ، فإذا تاب القاذف قبلت شهادته ، وإنما كان ردها لعلة الفسق ، فإذا زال بالتوبة قبلت شهادته مطلقاً ، قبل الحد وبعده⁽¹⁾ .

واختلف العلماء في وقت سقوط شهادة القاذف ، فقال ابن الماجشون : تسقط بنفس القذف ، وقال ابن القاسم وأشهب وسحنون : لا تسقط حتى يُجلد ، فإن منع من جلده مانع كعفو أو غيره لم ترد شهادته ، وهذا هو المذهب .

واختلفوا كذلك فيما تُقبل فيه شهادته بعد التوبة ، فعن مالك روايتان ، رواية بجواز شهادته مطلقاً ، وكذلك كل من حُدَّ في شيء من الأشياء ، والرواية الأخرى : عدم قبول شهادته فيما حُدَّ فيه ، وقبولها فيما سوى ذلك⁽²⁾ .

ثانياً . السرقة والزنا وشرب الخمر :

للفقهاء في هذه المسألة مذهبان :

1 . ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية ، والمالكية ، والشافعية في الأظهر ، وإحدى الروايتين عن أحمد ، والزيدية ، وهو مذهب الظاهرية⁽³⁾ : أن التوبة لا تسقط

(1) . تفسير القرطبي ، 179/12 . بداية المجتهد ، 657/2 . المحلى ، 130/11 .

(2) . تفسير القرطبي ، 179/12 .

(3) . بدائع الصنائع ، 143/7 . فتح القدير ، 272/4 . الفروق للقرايبي ، 181/4 . تفسير القرطبي ، 174/6 . مغني المحتاج ، 227/4 . القوانين الفقهية ، ص 285 .

شيئاً من الحدود الخالصة لله تعالى غير الحرابة . كالسرقة والزنا والخمر ، لا قبل الرفع إلى الحاكم ولا بعده ، واستدلوا لرأيهم بما يلي :

أ . أن التطهير من هذه الجرائم يكون بإقامة الحد نفسه ، ولذلك الذين يرتكبون هذه الجرائم يأتون للنبي . صلى الله عليه وسلم . طالبين التطهير بإقامة الحد عليهم ، فلو كانت التوبة كافية لإسقاط الحدود ما أقيم حد على معترف ، لكن النبي . صلى الله عليه وسلم . أقام الحد على ماعز حين جاء معترفاً بجرمه طالباً تطهير نفسه⁽¹⁾ ، وأقامه على الغامدية ، وسُمِّيَ فعلهم توبة ، وقال عن الغامدية : (لقد تابت توبة لو قسمت على سبعين من أهل المدينة لوسعتهم)⁽²⁾ .

وكذلك أقام الحد على سمرة بن جندب لما جاء قائلاً : "يا رسول الله سرقتُ جملاً لبني فلان فطهرني"⁽³⁾ .

ففي كل هذه الحالات تبدوا توبة الجناة واضحة ، ومع ذلك لم يعفهم . صلى الله عليه وسلم . من العقاب .

ثم إن هذه الحدود للزجر العام ، فلو فُتِحَ هذا الباب لأدى إلى تعطيلها ، إذ قد يدعي التوبة كل مرتكب جرماً خصوصاً إذا أيقن أن سيف العذاب واقع عليه ، فلا يجد سبيلاً من إظهار التوبة تقية فتكون توبة عابرة لما يعانیه من هول العقاب ، وما يراه من سوء المغبة ، فإذا زال ما به عاد إلى سيرته الأولى .

ب . عموم الآيات التي قررت عقاب هؤلاء العصاة ، كقوله تعالى : ﴿ الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ ﴾⁽⁴⁾ وقوله : ﴿ وَالسَّارِقُ

(1) . رواه أبو داود ، كتاب الحدود ، 137/4 ، حديث 4419 .

(2) . نصب الراية لأحاديث الهداية ، كتاب الحدود ، 321/3 ، حديث 12 .

(3) . رواه ابن ماجه ، كتاب الحدود ، باب السارق يعترف ، 155/3 ، حديث رقم 2588 .

(4) . النور ، الآية : 2 .

- وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا⁽¹⁾ ، فهذه النصوص جاءت عامة في التائبين وغيرهم ولم يستثن منها إلا حد الحرابة .
- ج . أن العقوبة لا تسقط بالتوبة لأنها كفارة عن المعصية ككفارة اليمين والقتل ، ولو جاز إسقاط الحد بالتوبة لتمكن كل مجرم من إسقاط العقوبة بادعاء التوبة ، وفي ذلك تشجيع على الإجرام والفساد .
- د . ثم إنه لا شبه بين المحارب وغيره من المجرمين حتى يقاس أحدهما على الآخر ، فالمحارب غير مقدور عليه فجعلت التوبة قبل القدرة عليه مسقطاً للعقوبة في حقه تشجيعاً على التوبة وترك الفساد في الأرض .
- أما غيره من المجرمين كالسارق والزاني فهو شخص مقدور عليه إذ ليس لديه منعة ولا قوة ، فليس ثمة ما يدعو لإسقاط الحد عنه بالتوبة ، بل إن العقوبة هي التي تزجره عن الجريمة ، فضلاً عن ذلك فإن القول بإسقاط العقوبة بالتوبة يؤدي إلى تعطيل العقوبات لأن كل مجرم لا يعجز عن ادعاء التوبة⁽²⁾ .
- 2 . ذهب الحنابلة في الأرجح ، والصاحبان ، والشافعي في القديم ، والشيعة الإمامية والزيدية . إلى أن التوبة قبل القدرة تسقط ما كان حقاً خالصاً لله تعالى كحد الزنا والشرب والسرقه⁽³⁾ ، واستدلوا لذلك بما يلي :
- أ . ما رُوِيَ عن أنس أنه قال : كنت مع النبي . صلى الله عليه وسلم . فجاء رجل ، فقال : يا رسول الله إنني أصبت حداً فأقمه عليّ ، قال : ولم يسأله عنه ، فحضرت الصلاة ، فصلى مع النبي . صلى الله عليه وسلم . ، فلما قضى النبي . صلى الله عليه وسلم . الصلاة ، قام إليه الرجل ، فأعاد قوله ، قال :

(1) . المائدة ، الآية : 38 .

(2) . بدائع الصنائع ، 7/143 . شرح الزرقاني ، 8/110 . المغني ، 18/296 .

(3) . المغني ، 8/296 . حاشية ابن عابدين ، 3/154 . المهذب ، 2/285 . المختصر النافع في فقه الإمامية ص 297 .

.203 . البحر الزخار ، 5/158 .

أليس قد صليت معنا ؟ قال : نعم ، قال : فإن الله عز وجل قد غفر لك ذنبك⁽¹⁾ .

فهذا دليل على غفران ذنب التائب متى اعترف به ، وقاب عنه ، فلا حاجة لإقامة الحد عليه .

ب . قول النبي . صلى الله عليه وسلم . : (التائب من الذنب كمن لا ذنب له) ومن لا ذنب له لا حد عليه ، وقوله لما أخبر بهرب ماعز : هلا تركتموه يتوب فيتوب الله عليه⁽²⁾ .

واقامة النبي . صلى الله عليه وسلم . الحد على ماعز والغامدية إنما كان لرغبتهما في التطهير ، قال ابن تيمية : إن الحد مطهر والتوبة مطهرة ، وهما اختارا التطهير بالحد على التطهير بمجرد التوبة ، وأبيا إلا أن يظهر بالحد فأجابهما النبي . صلى الله عليه وسلم . إلى ذلك⁽³⁾ .

ج . صريح النصوص من القرآن الكريم في إسقاط حد الزنا والسرقه على التائبين ، فقد قال الله تعالى : ﴿ وَاللَّذَانِ يَأْتِيَانَهَا مِنْكُمْ فَادُّوهُمَا فَإِنْ تَابَا وَأَصْلَحَا فَأَعْرِضُوا عَنْهُمَا ﴾⁽⁴⁾ ، وقال عن إسقاط حد السرقه بالتوبة : ﴿ فَمَنْ تَابَ مِنْ بَعْدِ ظُلْمِهِ وَأَصْلَحَ فَإِنَّ اللَّهَ يَتُوبُ عَلَيْهِ ﴾⁽⁵⁾ .

فهذه النصوص تفيد أن التوبة النصوح تكفر الحدود ؛ لأنها عقوبة دنيوية على الذنوب ، وهي تكفرها في الآخرة ، فأولى أن تكفرها في الدنيا .

د . ثم إنه لا فرق بين الحرابة وغيرها بجامع أنها جميعاً حقوق خالصة لله تعالى ، فإذا جاء النص بإسقاط حد الحرابة بالتوبة مع شدة الحرابة ،

(1) . البخاري ، كتاب الحدود ، 136/12 ، حديث رقم 6823 .

(2) . سنن أبي داود ، كتاب الحدود ، باب رجم ماعز ، 137/4 ، حديث رقم 4419 .

(3) . أعلام الموقعين ، 79/2 .

(4) . النساء ، الآية : 16 .

(5) . المائدة ، الآية : 39 .

وضررها على المجتمع وأمنه، فالأن تسقط التوبة ما دون الحرابة من باب أولى⁽¹⁾، وقد قال تعالى: ﴿ قُلْ لِلَّذِينَ كَفَرُوا إِنْ يَنْتَهُوا يُغْفَرْ لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ ﴾⁽²⁾.

قال ابن القيم: إن الله تعالى جعل الحدود عقوبة لأرباب الجرائم، ورفع العقوبة عن التائب شرعاً وقدرًا، فليس في شرع الله ولا قدره عقوبة تائب البتة، وقال أيضاً: إذا كان الله لا يعذب تائباً، فهكذا الحدود لا تقام على تائب، وقد نص الله سبحانه وتعالى على سقوط الحد عن المحاربين بالتوبة قبل القدرة عليهم مع عظيم جرمهم، وذلك تنبيه على سقوط ما دون الحرابة بالتوبة الصحيحة بطريق الأولى⁽³⁾.

ولكن اختلف القائلون بسقوط الحدود بالتوبة في اشتراط صلاح العمل من عدمه فللحنابلة في ذلك وجهان:

أحدهما: تسقط الحدود بمجرد التوبة، وهو ظاهر المذهب: لأنها توبة مسقطه للحد، فأشبهت توبة المحارب قبل القدرة عليه.

ثانيهما: لا بد من صلاح العمل لقوله تعالى: ﴿ فَإِنْ تَابَ وَأَصْلَحًا فَأَعْرِضُوا عَنْهُمَا ﴾⁽⁴⁾ وقوله: ﴿ فَمَنْ تَابَ مِنْ بَعْدِ ظُلْمِهِ وَأَصْلَحَ فَإِنَّ اللَّهَ يَتُوبُ عَلَيْهِ ﴾⁽⁵⁾، وعلى هذا، فلا بد من مضي مدة يعلم بها صدق التوبة وصلاح النية، دون تقدير بأجل محدد⁽⁶⁾.

وقد رد الجمهور أدلة المخالفين بما يلي:

1. أما قوله تعالى: ﴿ فَإِنْ تَابَ وَأَصْلَحًا فَأَعْرِضُوا عَنْهُمَا ﴾، فإنما هو بشأن عقوبة

(1). المغني، 296/18.

(2). الأنفال، الآية: 38.

(3). اعلام الموقعين، 79/2.

(4). النساء، الآية: 16.

(5). المائدة، الآية: 39.

(6). المغني، 297/8.

الإيذاء بالتقريع والتوبيخ للرجال والنساء ، والحبس للنساء خاصة حتى الموت ، وذلك كان عقوبة هذه الجريمة في صدر الإسلام ثم نسخت برجم المحسن وجلد البكر ، واليقين أنه . صلى الله عليه وسلم . رجم ماعزاً والغادية بعد توبتهما .

2 . لقد أجمع المفسرون على أن حد السرقة لا يسقط بالتوبة بعد الرفع للقضاء⁽¹⁾ ، أما قبل الرفع فلا قطع ، إذا ما تاب ورد المال لأن الخصومة شرط في السرقة دون الحرابة ، لأن الجنائية في السرقة واقعة على خالص حق العباد ، ونهاية الخصومة فيها برد المال ، فإذا رد المال إلى صاحبه لم يبق له حق في الخصومة بخلاف سائر الحدود⁽²⁾ .

والفرق بين سقوط الحرابة بالتوبة ، وبين السرقة ، أن الحرابة ظاهرة للناس فإذا كف أذاه لم يبق لقتله فائدة ، أما السرقة فأخذ المال فيها خفية ، والتوبة أمر خفي ، فلا يزال شيء خفي بأمر خفي .
أما عند المالكية فلا يسقط حد السرقة بتوبة ولا عدالة⁽³⁾ .

3 . وأنه ليبدو أن قياس الحدود الأخرى على حد الحرابة ، هو قياس مع الفارق الكبير ، إذ إن المحاربين لهم قوة وصول ، فيجب أن يشجعوا على التسليم حتى تكفي الدولة مئونة إعداد القوة لنزالهم ، وأنه إذا فك جمعهم سهلت مراقبة أحادهم ، وأصبح الشر في حدود ضيقة يمكن القضاء عليها في مواطنها⁽⁴⁾ .

وقد قال ابن العربي . موجهاً كلامه لبعض الشافعية ممن أيد قول الشافعي القديم بسقوط الحد عن التائب في غير الحرابة وغيرها . : "يا معشر

(1) . التفسير الوسيط ، 777 . 776/8 .

(2) . شرح فتح القدير ، 181/5 .

(3) . شرح الزرقاني ، 112/8 .

(4) . أبو زهرة ، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي . الجريمة ، ص 402 .

الشافعية سبحانه الله : أين الدقائق الفقهية والحكم الشرعية التي تستنبطونها من غوامض المسائل ؟ ألم تروا إلى المحارب المستبد بنفسه ، المعتدي بسلاحه الذي يفتقر الإمام معه إلى الإيجاف بالخييل والركاب كيف أسقط جزاءه بالتوبة استنزالاً عن تلك الحالة ، كما فعل بالكافر في مغفرة جميع ما سلف استئلاً على الإسلام ، فأما السارق والزاني ، وهما في قبضة المسلمين ، وتحت حكم الإمام ، فما الذي يسقط عنهم حكم ما وجب عليهم ؟ أو كيف يجوز أن يقال : يقاس على المحارب ، وقد فرقت بينهما الحكمة والحالة ، هذا ما لا يليق بمثلكم يا معشر المحققين" (1) .

لكن بعض علماء العصر يميل إلى سقوط الحدود بالتوبة ، حيث يقول : إن ظواهر القرآن والسنة ، والعمل بمبدأ الستر في الإسلام تؤيد الرأي الثاني الذي يسقط الحدود بالتوبة ، إذا كانت خالصة لله تعالى أي لمصلحة الجماعة ، ولم تكن متعلقة بالحقوق الشخصية للناس ، وليس في هذا الرأي إخلال بمصالح المجتمع ؛ لأن التائب بتوبته يحقق المصلحة المنشودة ، لاسيما إذا لاحظنا اشتراط كون التوبة صادقة نصوحاً (2) .

(1) . تفسير القرطبي ، 6/175 .

(2) . د. د. وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، 9/769 .

فهرس المصادر والمراجع

1. الأحكام السلطانية ، أبو الحسن بن حبيب الماوردي ، دار الكتب العلمية . بيروت ، 1402هـ . 1982م .
2. الأحكام السلطانية ، أبو يعلى الفراء ، دار الكتب العلمية . بيروت ، 1403هـ . 1982م .
3. أحكام القرآن ، أبو بكر بن العربي ، مطبعة عيسى البابي الحلبي ، تحقيق : علي البجاوي ، بدون تاريخ .
4. إحياء علوم الدين ، حجة الإسلام محمد أبو حامد الغزالي ، دار الجيل . بيروت ، ط1 ، 1412هـ . 1992م .
5. أعلام الموقعين عن رب العالمين ، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية ، المكتبة العصرية . بيروت ، 1407هـ . 1987م .
6. البحر الزخار ، أحمد بن يحيى بن المرتضى ، مطبعة أنصار السنة المحمدية ، 1367هـ . 1948م .
7. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، الإمام علاء الدين الكاساني ، دار الفكر . بيروت ، ط1 ، 1417هـ . 1996م .
8. بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد ، المكتبة التوفيقية . القاهرة ، بدون تاريخ .
9. التاج والإكليل لمختصر خليل ، أبو عبد الله محمد بن يوسف العبدري المواق ، بهامش مواهب الجليل ، دار الفكر ، ط2 ، 1398هـ . 1978م .
10. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ، فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي ، دار الكتاب الإسلامي . القاهرة ، ط2 ، 1313هـ .
11. التعريفات ، علي بن محمد بن علي الجرجاني ، دار الكتاب العربي . بيروت ، ط4 ، 1418هـ . 1998م .

- 12 . التفسير الوسيط للقرآن الكريم ، تأليف : لجنة من العلماء ، بإشراف :
مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر الشريف ، ط1 ، 1973م .
- 13 . جامع البيان في تفسير القرآن ، الطبري ، طبع بولاق ، 1323هـ .
- 14 . الجامع لأحكام القرآن ، أبو عبدالله محمد بن أحمد القرطبي ، دار الشام
للتراث . بيروت ، ط2 ، بدون تاريخ .
- 15 . الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي ، الشيخ محمد أبوزهرة ، دار الفكر
العربي ، بدون تاريخ .
- 16 . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، شمس الدين محمد عرفة الدسوقي ،
دار الفكر . بيروت ، بدون تاريخ .
- 17 . رد المحتار على الدر المختار ، (حاشية ابن عابدين) ، المطبعة الميمنية . القاهرة ،
1327هـ .
- 18 . روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني ، الألوسي ، المطبعة
الأميرية ببولاق ، 1301هـ .
- 19 . روضة الطالبين ، أبو زكريا بن شرف النووي ، المكتب الإسلامي ، بدون تاريخ .
- 20 . سنن أبي داود ، أبو داود سليمان بن الأشعث ، دار الفكر ، ط3 ، 1420هـ . 1999م .
- 21 . سنن ابن ماجه ، أبو عبدالله محمد بن يزيد القزويني ، دار المعرفة . بيروت ،
ط1 ، 1419هـ . 1998م .
- 22 . السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية ، ابن تيمية ، دار الجيل . بيروت ،
ط1 ، 1413هـ . 1993م .
- 23 . شرح الزرقاني على مختصر خيل ، عبد الباقي الزرقاني ، دار الفكر . بيروت .
- 24 . شرح فتح القدير ، كمال الدين محمد بن عبدالواحد بن الهمام ، دار التراث
العربي ، بدون تاريخ .
- 25 . الشرح الكبير ، أبوالبركات أحمد الدردير ، دار الفكر . بيروت ، بدون تاريخ .

- 26 . صحيح البخاري مع فتح الباري ، الإمام البخاري ، دار الريان للتراث .
القاهرة، ط1 ، 1407هـ . 1987م .
- 27 . صحيح مسلم بشرح النووي ، الإمام مسلم بن الحجاج ، مكتبة القدس ، بدون
تاريخ .
- 28 . الفروق ، شهاب الدين القرافي ، دار المعرفة . بيروت .
- 29 . الفقه الإسلامي وأدلته ، د . وهبة الزحيلي ، دار الفكر . دمشق ، ط1 ، 1996م .
- 30 . قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية ، محمد بن أحمد بن جزي ،
عالم الفكر . القاهرة ، ط1 ، 1405هـ . 1985م .
- 31 . المحلى ، ابن حزم ، منشورات دار الآفاق الجديدة . بيروت .
- 32 . مختار القاموس ، الطاهر الزاوي ، الدار العربية للكتاب . ليبيا ، ط2 ، 1397هـ
1977م .
- 33 . المختصر النافع في فقه الإمامية ، أبو القاسم نجم الدين الحلبي ، دار الكتاب
العربي . القاهرة ، بدون تاريخ .
- 34 . المدونة الكبرى ، الإمام مالك بن أنس ، دار الفكر ، بدون تاريخ .
- 35 . المغني ، ابن قدامة المقدسي ، عالم الكتب . بيروت ، بدون تاريخ .
- 36 . مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، الخطيب الشربيني دار الفكر .
بيروت، ط1 ، 1419هـ . 1998م .
- 37 . المهذب ، أبو إسحاق الشيرازي ، دار الكتب العربية الكبرى . القاهرة ، 1333هـ .
- 38 . مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن
الخطاب ، دار الفكر . بيروت ، ط2 ، 1398هـ . 1978م .
- 39 . الموطأ ، الإمام مالك بن أنس ، مع شرحه تنوير الحوالك ، مكتبة المشهد
الحسيني ، بدون تاريخ .
- 40 . نصب الراية لأحاديث الهداية ، جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف
الزليعي ، المكتبة الإسلامية ، ط2 ، 1393هـ . 1973م .

- 41 . نظام التوبة وأثره في العقوبات ، د. يوسف قاسم ، بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد ، العدد الثالث ، سبتمبر . 1973 م .
- 42 . الهداية شرح بداية المبتدي مطبوع مع فتح القدير ، برهان الدين المرغيناني ، دار التراث العربي ، بدون تاريخ .

أثر خيار الرؤية في حماية المستهلك الإلكتروني

دراسة تحليلية في قانون المعاملات المدنية الاتحادي، والقانون الاتحادي رقم 1 لسنة 2006م بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية، والقانون الاتحادي رقم 24 بشأن حماية المستهلك

د. علي أحمد صالح المهداوي
أستاذ القانون المدني المشارك
كلية القانون - جامعة الشارقة

مقدمة :

يشهد عالمنا المعاصر تحولاً كبيراً لصالح التعاقد عن بُعد بواسطة الوسائل الإلكترونية، ومردّد ذلك سهولة التعامل بها، وأنها وسائل أصبحت في متناول الجميع، وأنّ مناهج استعمالها انتشرت عالمياً، وأنّ التعامل بها تخطى الحدود الإقليمية حتى صار وجهاً من وجوه العولمة. هذا فضلاً عن كون التعامل بها يختصر كثيراً في الجهد والتفقات والزمن الذي يكاد أن يكون معدوماً، مع ما توفره هذه الوسائل من سرعة فائقة في الأداء، وسعة واسعة في حفظ المعلومات، وثقة في استرجاعها، ومعالجتها ...

فكان من شأن ذلك تزايد عدد المستعملين للشبكة العنكبوتية العالمية، الانترنت، طردياً من 10 ملايين مستخدم في عام 1995م إلى 140 مليون مستخدم في عام 1999م ليقفز الرقم إلى 320 مليون مستخدم عام 2002م، ومتوقع وصوله إلى مليار مستخدم في الزمن القريب، بحسب إحصائيات معتمدة¹.

والتنظيم القانوني لهذه المعاملات والتجارة الإلكترونية أخذ بُعدين، بُعد التنظيم الدولي لها، ولكن دون أن يصل الأمر فيه إلى حدّ قيام اتفاقية دولية

1 . انظر في الإحصائيات : نبيل محمد أحمد صبيح، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية "دراسة مقارنة"، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد 2- السنة 32، يونيو 2008م، والمراجع المشار إليها في الهوامش، ص 164.

تنظم التعامل في القنوات المفتوحة عالمياً¹، ويُعد التنظيم الداخلي أو الوطني لها، ولا يمكن الاعتماد على أحدهما دون الآخر، فهما متضافران لتغطية جزئيات هذا الواقع المستجد، ومنها حماية المستهلكين الإلكترونيين، والذين يمثلون الشريحة الأوسع في التعامل الإلكتروني، والأضعف بالنظر إلى طريفي المعاملة أو العقد الإلكتروني، لأن الطرف الآخر هو تاجر مهني، والقوة الاقتصادية لكثير منهم مؤثرة في اقتصاديات الدول الكبيرة فضلاً عن غيرها من الدول. ومن وسائل الحماية الضرورية للمستهلك الخيارات التي منحتها القوانين الداخلية له، واعترف بكثير منها التنظيم الدولي لحماية المستهلك في المعاملات والتجارة الدولية². ومع الاعتماد بالخيارات إلا أننا لم نلاحظ مجالاً يذكر لتنظيم أحكام خيار الرؤية فيها، وهو خيار ثابت بقوة القانون، فيثبت لصاحبه دون حاجة إلى اشتراطه في العقد، مما اقتضانا البحث في أثره في حماية المستهلك الإلكتروني.

على أن هذا التنظيم الثنائي يقتضي ترجيحاً في بيان الأولى منهما في التطبيق، ولا شك أن التنظيم القانوني الداخلي مقدم على التنظيم الدولي لهذا التعامل بحكم خصوصيته ونطاق تطبيقه الإقليمي³، حال عدم الاتفاق بين المتعاقدين على تحديد قانون واجب التطبيق يحكم عقدهما، وحتى حال

1 . انظر: علي كحلون، الجوانب القانونية لقنوات الاتصال الحديثة والتجارة الإلكترونية، دار إسهامات في أدبيات المؤسسة، تونس، 2002م، ص 207.

2 . يعتبر الحق في العدول عن العقد الذي سبق إبرامه، أحد الأليات القانونية الحديثة التي لجأ إليها المشرع بقصد توفير حماية للمستهلك، هذا الحق يمثل في الواقع خروجاً على مبدأ القوة الملزمة للعقد، هذا الخروج يجد مبرره الأساسي في ضرورات حماية المستهلك باعتباره الطرف الضعيف في مواجهة المهني أو المحترف، لذلك فإن هذا الحق لم يرتبط وجوده بتنظيم التعاقد عن بُعد، وإنما ارتبط هذا الوجود ببداية التشريعات الهادفة إلى حماية المستهلك. (محمد حسن قاسم، التعاقد عن بُعد قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأوروبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ص 55).

3 . انظر بهذا المعنى: علي كحلون، مرجع سابق، ص 207.

اتفاقهما على ذلك فإن أعمال إرادتهما ليس مطلقاً بل مقيداً بما قيده قانون المتعامل إلكترونياً، وبحسب ما سنراه في طيات هذا البحث.

وفي دولة الإمارات العربية المتحدة نجد أن المشرع الوطني سار في مواكبة التطور في انتشار التعامل الإلكتروني، وتنظيمه الدولي، وكان من ثمرة ذلك تشريع القانون الاتحادي رقم 1 لسنة 2006م بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية، والقانون رقم 24 لسنة 2006م بشأن حماية المستهلك¹، فضلاً عن قواعد الإسناد المنصوص عليها في قانون المعاملات المدنية الاتحادي رقم 5 لسنة 1985م المعدل بالقانون الاتحادي رقم 1 لسنة 1987م، من حيث إنها قواعد يتحدد بموجبها القانون الواجب التطبيق على الواقعة المتنازع فيها، وهي قواعد تعمّ بأحكامها هذا التعامل لعدم وجود المنايا لها بتقديرنا من قواعد خاصة في قوانين خاصة². وهذه القوانين الثلاثة هي محل الدراسة في بحثنا هذا.

ولاستيفاء مقتضيات بحث الموضوع تم تقسيم البحث إلى مبحث

تمهيدي ومبحثين، وخاتمة، وبحسب الآتي:

المبحث الأول: التعريف بالمستهلك الإلكتروني وموجبات حمايته.

المبحث الثاني: خيار الرؤية وإشكالات حماية المستهلك الإلكتروني وطرق رفعها

الخاتمة: وأذكر فيها أبرز نتائج البحث، والتوصيات.

1 . وعلى صعيد التشريعات المحلية صدر قانون منطقة دبي الحرة للتكنولوجيا والتجارة الإلكترونية والإعلام رقم 1 لسنة 2000م، والقانون رقم 2 لسنة 2002م بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية، في إمارة دبي. ويكاد يطابق القانون الأخير القانون الاتحادي رقم 1 لسنة 2006م.

2 . اعتمدت القوانين الداخلية جملة من النصوص تتعلق بحماية المستهلك من خلال الضوابط المنصوص عليها في إطار إبرام العقود الإلكترونية... وهي مبادئ رأى فيها الفقهاء السبيل الأهم في حماية المستهلك في إطار العقود الإلكترونية. والحقيقة أنها مبادئ لا تختص بها التجارة الإلكترونية بل أنها مبادئ اعتمدت في البيع عن بُعد عموماً مهما كانت الوسيلة. (علي كحلون، مرجع سابق، ص 208).

مبحث تمهيدي

أحكام عامة

يقوم العقد على أساس التراضي بين طرفيه، والتراضي من باب التفاعل، وهو هنا ارتباط التعبير الصادر من أحد المتعاقدين بتعبير مطابق له، والتعبير دالّ على رضا صاحبه بإبرام العقد، أي توجه إرادته نحو إحداث أثر قانوني يتوقف قيامه على تطابق التعبيرين في هذا التوجه الإرادي إلى إحداث الأثر القانوني، والتعبير الذي صدر أولاً إيجاب، والثاني قبول، ولذلك عرّف العقد بموجب المادة 125 من قانون المعاملات المدنية بأنه: (ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في العقود عليه، ويترتب عليه التزام كلّ منهما بما وجب عليه للآخر. ويجوز أن تتطابق أكثر من إرادتين على إحداث الأثر القانوني).

والأصل في العقود أنها رضائية، بمعنى أنها تنعقد بأيّ تعبير قاطع في دلالته على توجه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني، سواء أكان التعبير قولياً أم فعلياً أم عن طريق السكوت في القبول. وفي ذلك نصت المادة 131 من القانون المذكور على: (الإيجاب والقبول كلّ تعبير عن الإرادة يستعمل لإنشاء العقد، وما صدر أولاً فهو إيجاب والثاني قبول)، ونصت المادة 132 منه على: (التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو الكتابة، ويجوز أن يكونا بصيغة الماضي، كما يكونا بصيغة المضارع أو الأمر إذا أُريد بهما الحال، أو بالإشارة المعهودة عرفاً ولو من غير الأخرس، أو بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي، أو باتخاذ أي مسلك آخر حتى لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على التراضي)، ونصت المادة 135 منه على:

1. لا ينسب إلى ساكت قول، ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان ويعتبر قبولاً.
2. ويعتبر السكوت قبولاً بوجه خاص إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل بالإيجاب بهذا التعامل أو تمخض الإيجاب لمصلحة من وجّه

إليه).

وإذا كان الأصل الرضائية في العقود فإنه قد تدعو مصالح معتبرة عند المشرع القانوني إلى تقييد التعبير عن الإرادة، وعندئذ لا يعتد بمطلق التعبير بل بالتعبير الذي افترضه، وهذا التعبير المقيد يعرف بالشكل، وتعرف العقود التي يفترض فيها الشكل بالعقود الشكلية. وقد نصت المادة 1/210 من القانون المذكور على: (العقد الباطل ما ليس مشروعاً بأصله ووصفه بأن اختل ركنه أو محله أو الغرض منه أو الشكل الذي افترضه القانون لانعقاده، ولا يترتب عليه أي أثر، ولا ترد عليه الإجازة).

وقد يوجب القانون التسليم لتمام العقود، وتعرف هذه العقود بالعقود العينية، مثالها عقد الرهن الحيازي¹، وعقد الهبة على اختلاف فيه²... وقد يكون تقسيم العقود عندها ثلاثياً، وقد يصح القول أن التقسيم ثنائي اعتباراً بأن التسليم قيد ورد على التعبير عن الإرادة فدخل في مفهوم العقد الشكلي.

والتعبير عن الإرادة لا يفقد قيمته إذا تمّ بواسطة إلكترونية لأنّ العبرة بالثبوت من انصراف الإرادة إلى التعاقد، وهذه الوسيلة صالحة للكشف عن ذلك، وفي ذلك نصت المادة 11 من القانون لإتحادي رقم 1 لسنة 2006م بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية على: (1. لأغراض التعاقد يجوز التعبير عن الإيجاب والقبول جزئياً أو كلياً بواسطة المراسلة الإلكترونية. 2. لا يفقد العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد أنه تمّ بواسطة مراسلة إلكترونية واحدة أو أكثر)، فقضت بصحة العقد وبترتيب آثاره عليه وبوجوب تنفيذ الالتزامات الناشئة به.

1. نصت المادة 1453 من قانون المعاملات المدنية على: (يشترط لتمام الرهن الحيازي ولزومه أن يقبضه الدائن أو العدل، وللراهن أن يرجع عن الرهن قبل التسليم).

2. نصت المادة 1/615 من قانون المعاملات المدنية على: (تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالقبض)، فكانت عبارة (وتتم بالقبض) محل خلاف في مكانة القبض من العقد.

والعقد الإلكتروني لا يباين التقسيم المذكور، إلا أنه قد يثار بشأنه أنه عقد رضائي أو عقد شكلي باعتبار الأصل، وبعبارة أخرى هل استعمال وسيلة تقنية المعلومات قيد على التعبير عن الإرادة أم أنها ليست كذلك؟
والعقد الإلكتروني تعاقداً عن بُعد، وهذا بحكم التباين في مكان المتعاقدين، ولكن باعتبار النظر إلى الوسيلة المستعملة في إيصال التعبير وقع الاختلاف في كون العقد الإلكتروني تعاقداً بين غائبين أو بين حاضرين¹، ومردّ الاختلاف النظر إلى تحقق مجلس العقد، فمن ذهب إلى أنّ التعاقد بواسطة الانترنت تعاقداً بين حاضرين برر مذهبه أنّ مجلس العقد حاضراً أو قائماً حال التعاقد، لأنّ التعاقد بهذه الوسيلة يتم بالصوت والصورة دون فاصل زمني يذكر في ذلك، فكان حكم التعاقد الإلكتروني تعاقداً بين حاضرين¹. بينما يذهب اتجاه فقهي آخر إلى أنّ التعاقد بالوسائل الإلكترونية تعاقداً بين غائبين، لأنه تعاقداً عن بُعد²، والتعاقد عن بعد يثير مشاكل قانونية عديدة، منها ما يتعلق بهوية المتعاقد وأهليته وصفته في التعاقد، وتحديد لحظة انعقاد العقد ومكانه، ولازم ذلك البحث عن القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة بنظر النزاع حال ثار نزاع بشأن العقد أو تنفيذه..

ويظاهر النظر في قانون المعاملات المدنية الاتحادي نجد أنّه لم يعتبر التعاقد عن بُعد بغير الوسيلة الإلكترونية عقداً شكلياً، كالتعاقد بواسطة التلفزيون والفاكس ونحوهما من الوسائل المستحدثة في التعاقد بين غائبين، لأنّ العبرة في افتراض الشكل في بعض العقود هو مراعاة مصالح معتبرة في نظر القانون لما تصطبغ به من مصلحة عامة بتقدير المشرع، وهذا يفترض أنّ الشكلية

1 . انظر: عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1/2002، ص 49.

2 . انظر: محمد المرسي زهرة، الحماية المدنية للمستهلك، مجلة الحق، جمعية الحقوقيين بالشارقة، العدد السابع، 2001م، ص25.

لا تفترض في العقود بل لا بدّ من نص القانون عليها أو اتفاق الأطراف على اعتبار العقد غير منعقد بدونها، وفي الدلالة على هذه الأحكام جاء نص المادة 143 من قانون المعاملات المدنية على: (يعتبر التعاقد بالهاتف أو بأية طريقة مماثلة بالنسبة للمكان كأنه تمّ بين متعاقدين لا يضمهما مجلس واحد حين العقد، وأما فيما يتعلق بالزمان فيعتبر كأنه تمّ بين حاضرين في المجلس)، ونصت المادة 1/141 منه على: (لا ينعقد العقد إلا باتفاق الطرفين على العناصر الأساسية للالتزام وعلى باقي الشروط المشروعة الأخرى التي يعتبرها الطرفان أساسية)، ومنها اعتبارهما الشكلية شرطاً أساسياً لا ينعقد العقد بدونها. ومن جانب آخر نصت المادة 142 منه على: (1. يعتبر التعاقد ما بين الغائبين تمّ في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك. 2. ويفترض أنّ الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك)، وظاهر من منطوق الفقرة الأولى من المادة 142 أنّ المشرع أعتمد نظرية العلم بالقبول، وأقام وصول القبول إلى الموجب قرينة على علم الموجب بالقبول بموجب منطوق الفقرة الثانية منها، ولكنها قرينة بسيطة يستصحب حكمها حتى يقوم الدليل على خلافها، ويقع عبء إثبات عدم العلم على الموجب لأنه يدعي خلاف ما هو ثابت فرضاً. وهذا الاتجاه راجح بحسب ما سيأتي بيانه في المطلب الأول من المبحث الثاني.

ولقد أورد القانون الاتحادي رقم 1 لسنة 2006م تفصيلاً في استلام الرسالة الإلكترونية وما يتعلق بها من أحكام، يأتي بيانه في المطلب الأول من المبحث الثالث في هذا البحث.

لكن يقاس العقد الإلكتروني على العقد العادي في اشتراط القانون الكتابة، لاشتراكهما في علّة الحكم، ورغم ذلك حرص المشرع على النص على هذا الحكم لمنع الاجتهاد بشأنه، وما قد يتبع هذا الاجتهاد من اختلاف الآراء

الفقهية والأحكام القضائية، فنصت المادة 7 من القانون الاتحادي رقم 1 لسنة 2006م على: (إذا اشترط القانون في أي بيان أو مستند أو سجل أو معاملة أو بينة أن يكون مكتوباً، أو نص على ترتيب نتائج معينة على عدم الكتابة، فإن المستند أو السجل الإلكتروني يستوفي هذا الشرط ..)¹.

والخيارات إذا دخلت على العقد أثرت على لزمه، فتجعله عقداً غير لازم لمن شرط له الخيار، وقد يكون مصدر الخيار القانون، كما في خيار الرؤية، وفي ذلك نصت المادة 226 من قانون المعاملات المدنية على: (يثبت خيار الرؤية في العقود التي تحتمل الفسخ لمن صدر له التصرف ولو لم يشترطه إذا لم ير المعقود عليه وكان معيناً بالتعيين)، وخيار العيب، وفيه نصت المادة 237 منه على: (يثبت حق فسخ العقد بخيار العيب في العقود التي تحتمل الفسخ دون اشتراطه في العقد)، أي دون الحاجة إلى اشتراطه في العقد لأن مصدر ثبوت الخيار القانون. وقد يكون مصدره الاتفاق، كما في خيار الشرط، وخيار التعيين، والبيع بشرط التجربة، وبشرط المذاق، وفي ذلك نصت المادة 219 من قانون المعاملات على: (في العقود اللازمة التي تحتمل الفسخ يجوز للمتعاقدين أو لأيهما أن يشترط في العقد أو بعده خيار الشرط لنفسه أو لغيره المدة التي يتفقان عليها، فإن لم يتفقا على تحديد المدة جاز للقاضي تحديدها طبقاً للعرف)، ونصت المادة 231 منه على: (يجوز الاتفاق على أن يكون المعقود عليه أحد شئين أو أشياء ثلاثة، ويكون خيار تعيينه من بينها لأحد المتعاقدين، بشرط بيان بدل كل منها ومدة الخيار)، ونصت المادة 233 منه على: (يكون العقد غير لازم لمن له حق الخيار حتى يتم إعمال هذا الحق، فإذا تم الخيار صراحةً أو دلالةً أصبح العقد نافذاً لازماً فيما تم فيه)، ونصت المادة 1/495 منه على: (يجوز للمشتري في مدة

1 . انظر في إعطاء حجية الكتابة الإلكترونية نفس حجية الكتابة على دعامة ورقية: أسامة احمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005م، ص212 والهامش 2 فيها.

التجربة إجازة البيع أو رفضه ولو لم يجرب المبيع، ويشترط في حالة الرفض إعلام البائع)، ونصت المادة 501 منه على: (تسري أحكام البيع بشرط التجربة على البيع بشرط المذاق، إلا أن خيار المذاق لا يورث ويعتبر البيع باتاً)، أي بموت المشتري صاحب الخيار لأنه حق يغلب فيه الطابع الشخصي على الطابع المالي، ولا ينتقل بالميراث إلا الحقوق المالية.

وفي هذا البحث نقتصر على بيان أثر خيار الرؤية في حماية المستهلك الإلكتروني وفق خطة البحث المتقدم ذكرها، لأهمية هذا الخيار في حماية المستهلك، ولما يكتنزه من إشكالات في تطبيقه في ميدان التعامل الإلكتروني، ولأن استيفاء بحث جميع الخيارات لا يناسبه بحث واحد، لكثرتها وكثرة أحكامها الفرعية. ونظرية العقد غير اللازم بسبب الخيار الداخلة عليه حماية للمستهلك هي الحل الذي انتهى الفقه والتشريع القانونيين الحديثين على صعيد التنظيم القانوني الدولي في تنظيم التعاقد عن بُعد¹.

1 . وفي فقه القانون المدني (الفرنسي) ثارت التساؤلات خصوصاً بصدد الضمانات التي يجب أن تتوفر حماية لإرادته من الضغط الإعلامي والإعلاني الذي يمثله التلفزيون، وهو يعرض للسلع والخدمات، (ويقاس على ذلك الإعلان والعرض بواسطة الانترنت لاتحاد العلة)، وخاصة أن الحماية التقليدية المتمثلة في نظرية عيوب الإرادة لا تنطبق على البيع بالتلفزيون. فالفرض أن المشتري قد عبّر عن إرادته تعبيراً صحيحاً مطابقاً، فلم يجب إرادته غلط أو تدليس، فضلاً عن عدم توافر أركان الإكراه على التعاقد، وهكذا ساد الاقتناع أن للبيع بواسطة التلفزيون أسلوب للتعاقد غير تقليدي، ينبغي أن يواجه وسائل غير تقليدية ضماناً لسلامة إرادة المشتري. وهكذا عرض مشروع بقانون لتنظيم البيع بواسطة التلفزيون. وعلى عكس التوقعات السائدة فإن النص التشريعي، كما جرى التصويت عليه، قد تعدى عمليات البيع بواسطة التلفاز، والراديو لتنظيم بيوع المسافات .. ونص بصفة خاصة على منح المشتري الحق في إعادة النظر في المبيع بواسطة رده إلى البائع، واسترداد الثمن أو استبدال السلعة بأخرى خلال سبعة أيام من تاريخ تسلم المبيع. (أحمد السعيد الزقرد، حق المشتري في إعادة النظر في عقود البيع بواسطة التلفزيون، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الثالث، السنة التاسعة عشرة، سبتمبر 1995م، مع تصرف توضيحي فيما وضع بين قوسين، ص183). أقول: التجأ الفقه القانوني المدني الفرنسي إلى نظرية الخيارات لحماية المستهلك لعدم كفاية عيوب الإرادة أو الرضا في حمايته، وبذلك يظهر فضل الفقه الإسلامي في حماية المستهلك بواسطة منحه الخيارات التي تجعل العقد غير لازم له، وعلى هذا سار المشرع الإماراتي في قانون المعاملات المدنية الاتحادي، وكذلك القوانين العربية التي أخذت بالفقه الإسلامي مصدراً تشريعياً لها.

المبحث الأول

التعريف بالمستهلك الإلكتروني وموجبات حمايته

المستهلك الإلكتروني اصطلاح قانوني، بمعنى أن له دلالة عرفية خاصة، أي عند القانونيين، وأن حمايته جاءت مراعاة لمصالح عامة وخاصة أوجبت حمايته بتشريعات قانونية، وهذا اقتضى منا بحث موضوع المبحث في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول

التعريف بالمستهلك الإلكتروني

المستهلك اسم فاعل، مستند إلى الاستهلاك¹، وهو قيد خرج به غير المستهلك، وهناك قيد ثانٍ ورد عليه، وهو وصفه بالإلكتروني، خرج به المستهلك غير الإلكتروني. وفائدة إعمال القيد إثبات حكمه، وصرف حكم الإطلاق أو العموم المطلق قبل دخول القيد عليهما. وإذا كان القيد الأول حصر الحكم بالمستهلك دون غيره، لأن الصفة قيد، فإن القيد الثاني حصر الحكم بالمستهلك الإلكتروني دون سواه. وهذان القيدان في حقيقتهما مخصصان للعموم²، وليس

1 . ويعرف الاستهلاك لدى رجال الاقتصاد بأنه آخر العمليات الاقتصادية التي تخصص فيها القيم الاقتصادية لإشباع الحاجات. (حسن عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك " الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996م، ص8).

2 . العام: لفظ عام موضوع لمعنى واحد بحيث يشمل جميع ما من شأنه أن يندرج تحته من أفراد دفعة واحدة ما لم يتم الدليل على خلاف ذلك... ومن صيغ العموم الفرد المعرف بال الاستغراق، (كما في المستهلك الواردة في متن البحث)، والتخصيص قصر العام على بعض أفرادها بإخراج بعض مما يتناوله بدليل متصل بالنص أو مستقل عنه. فالتخصيص بمثابة عملية الطرح في الرياضيات. (مصطفى إبراهيم الزلي والباحت، أصول الفقه في نسجه الجديد " وتطبيقاته في التشريعات القانونية وخاصة القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976م"، المركز القومي للنشر، الأردن، ط1/1999م، ص294 و304 و314).

مقيدان للفظ مطلق. والفارق أن المطلق من دلالة الخاص، وهو فرد شائع في جنسه¹، بخلاف اللفظ العام. بمعنى أن الحكم لا يشمل كلّ متعامل بالواسطة الإلكترونية، وإنما قاصر على المستهلك منهم، وهذا أثر القيد الأول، وأنّ الحكم محصور بالمستهلك الإلكتروني وليس كلّ مستهلك، وهذا فائدة القيد الثاني. والمستهلك بموجب المادة 1 من القانون الاتحادي رقم 24 لسنة 2006م بشأن حماية المستهلك هو: (كلّ من يحصل على سلعة أو خدمة بمقابل أو بدون مقابل إشباعاً لحاجته الشخصية أو حاجات الآخرين)، فجاء النص مقيداً بإشباع الحاجة، وهي الصفة المميزة للمستهلك، لكنه جاء من وجه آخر مطلقاً عن قيد الوسيلة الإلكترونية.

وتعريف المستهلك يقتضي تعريف المزود، وقد عرفته المادة المذكورة بأنه: (كلّ شخص طبيعي أو معنوي يقدم الخدمة أو المعلومات أو يصنع السلعة أو يوزعها أو يتاجر بها أو يبيعها أو يوردها أو يصدرها أو يتدخل في إنتاجها أو تداولها). ومن خلال الجمع بين التعريفين نجد أن عبارة (أو حاجات الآخرين) الواردة في ذيل تعريف المستهلك ليس المراد بها إشباع حاجات الآخرين بواسطة إعادة بيع السلعة أو تقديم الخدمة لأنّ ذلك سيخرجه من مفهوم المستهلك

1 . المطلق: لفظ دال على ماهية مشتركة بين عدة أنواع أو أصناف (أو أفراد)، يصلح لأن يراد به أي واحد منها على سبيل التناوب قبل التقييد. وعلى سبيل المثل، إذا قيل فلان ارتكب جريمة، أو زرع زراعة، أو اشترى حيواناً، أو عمل تزويراً، أو باع سيارة، أو غرس نخلة، يكون كل من (جريمة، وزراعة، وحيوان) مطلقاً وجنباً شاملاً لكل نوع من أنواعه على سبيل المناوبة، كما يكون كل من (تزوير، وسيارة، ونخلة) أيضاً مطلقاً ونوعاً. يحتمل كل صنف مندرج تحته على سبيل التناوب. وبهذا التعبير يعتبر المطلق من الخاص باعتبار معناه، ومن المشترك المعنوي باعتبار ما يندرج تحت هذا المعنى من الأنواع والأصناف. حكم المطلق: من المسلم به أنّ اللفظ إذا ورد في نص من النصوص مطلقاً غير مقيد بقيد فالأصل أن يعمل به على إطلاقه، ولا يجوز للمجتهد أو القاضي أن يقيد ما لم يثبت لديه دليل شرعي على تقييده، وفقاً للقاعدة العامة (المطلق يجري على إطلاقه إذا لم يقم دليل التقييد نصاً أو دلالة).... والمقيد عبارة عن المطلق مع إضافة قيد أو أكثر يقلل من شيوعه، ويبين أنّ المراد منه نوع من أنواعه أو صنف من أصنافه.... وقال جمهور الأصوليين: التقييد بيان للمعنى الوارد من المطلق، كما أنّ التخصيص بيان للعام. "المرجع السابق، ص 279 و281 و292".

ويدخله في مفهوم المزود، لكن المراد بها إشباع حاجة من يعولهم ممن تجب إعالتهم عليه أو ممن لا تجب عليه كالفقراء من أقاربه أو غير أقاربه وتعهد بإشباع حاجاتهم، كإيتام أو عجزة لمرض أو شيخوخة..

أما السلعة فتم تعريفها بالمادة المذكورة أيضاً بأنها: (منتج صناعي أو زراعي أو حيواني أو تحويلي بما في ذلك العناصر الأولية للمواد والمكونات الداخلة في المنتج)¹. وجاء فيها أيضاً تعريف الخدمة بأنها: (كل عمل تقدمه أية جهة للمستهلك سواء تم ذلك بأجر أو بدون أجر).

أما المستهلك الإلكتروني فهو وإن لم يرد تعريف له في القانونين المذكورين إلا أن ذلك لا يمنع إيراد التعريف الذي سبق للمستهلك، من حيث أنه مستهلك حقيقة فلم يخرج عن معناه، ولكن يضاف له قيد تعامله بالوسيلة الإلكترونية، ولذلك أمكن تعريفه بأنه: (كل من يحصل، بواسطة التعاقد بالوسائل الإلكترونية، على سلعة أو خدمة بمقابل أو بدون مقابل إشباعاً لحاجته الشخصية أو حاجات الآخرين)، وقريب من ذلك تم تعريفه بأنه كل: (من يقوم باستعمال السلع أو الخدمات لإشباع حاجاته أو حاجات من يعولهم، ولا يهدف لإعادة بيعها أو تحويلها أو استخدامها في نشاطه المهني، وأن يتم التعاقد

1. إن القانون المصري جمع بين مفهومي السلع والخدمات تحت مصطلح المنتجات بحيث تشمل (السلع والخدمات المقدمة من أشخاص القانون العام أو الخاص، وتشمل السلع المستعملة التي يتم التعاقد عليها من خلال مورد). أن الكلام في القانون الإماراتي (منتج صناعي أو زراعي أو حيواني ..) قد يعني أن الأمر يقتصر على المال المنقول دون العقار، وهو ما لا نجد له مسوغاً، ونرجح ما ذهب إليه القانون اللبناني من اعتبار السلعة (كل مال غير منقول وكذلك الأموال المنقولة سواء كانت غذائية أو طبيعية أو محولة أو مصنعة). وندعو إلى مراجعة القانون الإماراتي وفق ذلك مع تأكيدنا على اختلاف مناهج التشريعات الغربية بهذا الخصوص. وبالإجمال نرى بسط مفهوم السلعة على العقار والمنقول. (عدنان ولي العزاوي، النظام القانوني لحماية المستهلك في القانون الإماراتي "دراسة مقارنة بالقانونين المصري واللبناني"، ندوة حماية المستهلك، كلية القانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، بالتعاون مع وزارة الاقتصاد، غرفة تجارة وصناعة أبو ظبي، المنعقدة خلال الفترة من 23 - 24 أكتوبر 2007م، ص152).

بشأن تلك السلع أو الخدمات بالوسائل الإلكترونية الحديثة)¹. ونرى أنّ التعريف الأخير يؤخذ عليه تقييده لمفهوم المستهلك باستعماله السلعة أو الخدمة، وهذا بتقديرنا ليس بقيد معتبر في تعريف المستهلك، فالأصل فيه أنه يحصل على السلعة أو الخدمة بغرض استعمالها في إشباع حاجته أو حاجة الآخرين ممن تقدم ذكرهم، فكان هذا التعريف تعريف بالغاية، وهذه الغاية ذكرت في تعريف المشرع ولكن بعد تحديد ماهية المستهلك من حيث هو شخص طبيعي أو معنوي، لشمولهما بكلمة (كلّ)، وهي من صيغ العموم، ويقصد استعمالها، سواء وقع هذا الاستعمال أم لم يقع، كأن يهلك المحل قبل استعماله، أو يظهر للمستهلك خيار الفسخ أو الرد قبل استعماله، وظاهر أنّ ذلك لا يخرج عن مفهوم المستهلك. ويؤخذ على التعريف المذكور أيضاً ما ختم به تعريف المستهلك بوصفه الوسائل الإلكترونية بالحديثة، وهذا قد يثير لبساً في تحديد الوسائل الإلكترونية الحديثة وتمييزها من غير الحديثة، وليس الأمر كذلك.

وفائدة التمييز بين المستهلك العادي أو التقليدي والمستهلك الإلكتروني تظهر في تحديد القانون الواجب التطبيق على الواقعة، فالمستهلك تحكمه القوانين الداخلية الخاصة بحماية المستهلك، والقواعد العامة فيما لم يرد به نص خاص. أما المستهلك الإلكتروني فتحكمه القواعد القانونية الخاصة بحماية المتعامل بالوسائل الإلكترونية، والقواعد العامة في حماية المستهلك العادي، فيما لم يرد ببعض الوقائع نص خاص، والقواعد الدولية المنظمة للمعاملات والتجارة الإلكترونية.

والعلة في تمييز المستهلك الإلكتروني بمزيد حماية عن المستهلك

1 . إبراهيم عبيد علي آل علي، رسالة ماجستير بعنوان (الحماية المدنية للمستهلك الإلكتروني طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية)، أكاديمية شرطة دبي، 2005م، ص15.

العادي تبرز في أن المستهلك الإلكتروني يتعامل عادة بواسطة شبكة الانترنت من خلال أحد المواقع الإلكترونية فيها أو عبر المحادثة والمشاهدة المباشرة بواسطة الشبكة أو بالبريد الإلكتروني مع محترفين في عرض السلع والخدمات وتسويقها، وهي خدمة تقدمها الشبكة أيضاً¹، وغالباً ما يكون تعاقدهم بناءً على عقود يجهزونها مسبقاً، ليس على المستهلك إلا قبولها في ضوء احتياجه للسلعة أو الخدمة². والمستهلك الإلكتروني يتعاقد على سلعة لم يرها كما هو حال المستهلك العادي في الغالب الأعم في تعامله، وهذا كفيل بأن يجعل المستهلك الإلكتروني عرضة للغش والاحتيال واستغلاله لضعف خبرته في هذا المجال التعاقدية، والذي عرف بالأوساط الفقهية بالعقد الإلكتروني، هذا فضلاً عن المخاطر التي تصحب تسليم السلعة أو تقديم الخدمة وفق ما تمّ التعاقد عليه، وتنفيذ الالتزام طبقاً لمبدأ حسن النية. فكان لازم ذلك التثبيت من قيام العقد الإلكتروني، ومن التوقيع الإلكتروني، على سبيل المثال.

ورغم أهمية التعامل الإلكتروني لما يتمتع به من مزايا سرعة الاتصال والانتشار على نطاق عالمي يتخطى به النطاق الإقليمي للدول، وسعة نطاق المعروض من السلع والخدمات.. إلا أنّ هذه المزايا لها وجه آخر يمثل المخاطر في التعامل مع جهات غير معلومة للمستهلك الإلكتروني (المزودين)، وغير مثبت من مصداقيتها وجديتها في التعامل، وأنها غير خاضعة للرقابة الكافية التي تكفل حماية المتعاملين معها، وهي غير خاضعة للقانون الوطني حال كونها جهات تقع خارج النطاق الإقليمي للدولة، وأنها قد تكون وهمية..

وهذه مخاطر لا يتعرض لها المستهلك العادي بسبب تعامله مع جهة معلومة، وعلى سلعة أو خدمة معلومة لديه ومثبت من وجودها، وأنّ المعاملة

1 . انظر: آلاء يعقوب يوسف النعيمي، الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهدين، بغداد، المجلد الثامن، العدد 14، أيلول 2005م، ص 75-76.

2 . انظر: حسن عبد الباسط جميعي، مرجع سابق، ص 4.

محكومة عادةً بالقانون الوطني. ولكن ذلك يدعو إلى تنظيم هذا الواقع وليس الانصراف عنه ومنع التعامل به سناً لتلك المخاطر النسبية، فالحاجة إليه تنزل منزلة الضرورة في المعاملات والتعامل التجاري المعاصر، وفي تنظيم عمل المؤسسات الحكومية والقطاع المصرفي، وفي ذلك جاء تشريع القانون الاتحادي رقم 1 لسنة 2006م بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية، وسأتي في المبحث القادم على ذكر أبرز الغايات التي سعى هذا القانون إلى تحقيقها في ميدان المعاملات والتجارة الإلكترونية، مع استثناء ما ورد بشأن تنظيم العمل الإلكتروني للمؤسسات الحكومية، لخروج ذلك عن نطاق البحث.

المطلب الثاني

موجبات حماية المستهلك الإلكتروني

موجبات حماية المستهلك الإلكتروني تستند بتقديرنا إلى اعتبارين، أحدهما باعتبار النظر إلى القابل أو المستهلك، فكونه مستهلكاً يوجب حمايته، والثاني باعتبار النظر إلى العقد الذي أبرمه المستهلك، فكون عقداً إلكترونياً يوجب مزيد حماية نظراً لخصوصية وحدائث هذا التعامل أو التعاقد الذي يتم بواسطة إلكترونية تتمثل بالشبكة العنكبوتية العالمية (الانترنت)، وبالمراسلات الإلكترونية.

وبالنظر إلى المستهلك نجد أنّ حمايته، فضلاً عن مقتضيات العدالة في إضفاء الحماية له لكونه الجانب الأضعف في العلاقة التعاقدية وكون المستهلكين هم القطاع الأكبر في المجتمع والشريحة الأوسع فيه، تفضي إلى منع التحايل والغش واستغلال حاجة المستهلك¹، وهي أفعال غير مشروعة لا ينبغي

1 . انظر بهذا المعنى: جمال النكاس، حماية المستهلك وأثرها على النظرية العامة للعقد في القانون الكويتي،

مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الثاني، السنة الثالثة عشرة، يونيو 1989م، ص 48، 50.

لقانون إضفاء حماية عليها بالسكوت عن الحكم بعدم مشروعيتها والنهي عن التعامل بها، ولازم ذلك التقليل من حالات التناحر والتخاصم بين المستهلكين والمزودين، وإذا كان لهذه الحماية بعدها الخاص لتحقيقها مصلحة للمستهلك، إلا أن النظر العام فيها يوجب القول بأن الحفاظ على النظام القائم في المجتمع، وهو مصلحة عامة عليا، أثر مترتب على حماية المستهلكين من خلال التنظيم القانوني. وهذا ما سيتضح لنا من أهداف تشريع القانون الاتحادي رقم 1 لسنة 2006م الآتي ذكرها قريباً.

وحماية المستهلك تتمثل في الالتزامات الملقاة على عاتق المزود قانوناً أو اتفاقاً. ومن صور الحماية القانونية ما ورد في المادة 4/4 و5 من القانون رقم 24 لسنة 2006م بشأن حماية المستهلك، ونصها: (4. وجوب مراقبة حركة الأسعار، والعمل على الحد من ارتفاعها. 5. العمل على تحقيق مبدأ المنافسة الشريفة ومحاربة الاحتكار)، وجاء في المادة 5 منه: (يلتزم المزود برد السلعة أو إبدالها في حال اكتشاف المستهلك لعيب فيها ..)، ونصت المادة 6 منه على: (لا يجوز للمزود عرض أو تقديم أو الترويج أو الإعلان عن أية سلعة أو خدمات تكون مغشوشة أو فاسدة أو مضللة بحيث تلحق الضرر بمصلحة المستهلك أو صحته عند الاستعمال العادي)، وجاء في المادة 7 منه: (... يلتزم المزود لدى عرض أية سلعة للتداول بأن يلصق على غلافها أو عبوتها وبشكل بارز بطاقة تتضمن بيانات عن نوع السلعة وطبيعتها ومكوناتها، واسم المنتج وتاريخ الإنتاج أو التعبئة والوزن الصافي وبلد المنشأ وبلد التصدير إن وجد، وبيان كيفية الاستعمال إن أمكن، وتاريخ انتهاء الصلاحية....)، وهذا ما يعرف بالالتزام بالإفضاء¹، وهي تتضمن

1 . عملت النظم القانونية المختلفة على جسر الهوة بين معلومات المستهلك والمحترف، واستخدمت لذلك وسائل عديدة، منها ما يوفر حماية سلبية، كمنع الدعاية الكاذبة والمضللة للسلع والخدمات، ومنها ما يوفر حماية ايجابية عن طريق تزويد المستهلك بالمعلومات. وكان التطور الأهم في هذا المجال، الإبداع القضائي المتمثل بالالتزام الذي يوقع على المحترف في دائرة المساءلة إن لم يزود عميله بمعلومات واضحة مفهومة وكاملة =

إعلام المستهلك بكل ما يتعلق بالسلعة أو الخدمة، حماية لرضا المستهلك. وقضت المادة 10 منه على ضرورة مطابقة السلعة أو الخدمة للمواصفات القياسية المعتمدة، وقضت المادة 12 منه بالالتزام المزود بتضمن عقودها بالالتزام بالإصلاح أو الصيانة أو الخدمة بعد البيع، وقضت المادة 13 منه بالالتزام مزود الخدمة بضمان الخدمة التي قام بها خلال فترة زمنية تتناسب مع طبيعة تلك الخدمة... ومع أنّ النصوص المتقدمة من النظام العام لأنّ قواعدها أمرية، إلا أنّ القواعد العامة في المسؤولية تقضي بصحة الاتفاق على تشديد الحماية للمستهلك، لاتفاقها في تحقيق حكمة حمايته قانوناً¹.

وباعتبار النظر إلى العقد الإلكتروني فمعلوم أنه يمتاز عن مفهوم العقد

= تسمح له بإصدار رضاء تام ومستنير بالعقد. وهذا الالتزام يتفرع إلى فرعين، فمنه ما يسبق التعاقد ويهدف إلى حماية كل الزبائن المحتملين للمدين به، ومنه ما يرتبه العقد المبرم بين المحترف والمستهلك بهدف حماية الأخير. (عدنان إبراهيم سرحان، التزام المحترف بتزويد المستهلك بالمعلومات "دراسة في القانونين الفرنسي والإماراتي"، ندوة حماية المستهلك، مرجع سابق، ص 113 - 114).

1. ومما جرى العمل به على في كثير من الدول منح مدة سبعة أيام يكون للمستهلك فيها أن ينظر في أمره، ويكون له ردّ العقود عليه، لاستبداله بغيره أو فسخ العقد، ولكن ليس بإطلاق بل وفق ضوابط، (فجاء في الشروط العامة للمركز التجاري Infonie ما نصه: يكون لك مدة سبعة أيام كاملة محسوبة من وقت التسليم لإعادة القطعة لنا من أجل استبدالها أو استرداد الثمن، وذلك دون أي مقابل باستثناء نفقات النقل. وننصحك أن تعيد أو ترسل إلينا بالبريد الموصى عليه على العنوان التالي ... ويتعين عليك أن ترد لنا السلعة جديدة كما هي، وفي عبوتها الأصلية في حالة جيدة أيضاً، وسوف نرد لك الثمن الذي دفعته في مقابلها، وعليك أن تتحمل نفقات إعادة التصدير إلا إذا كان هناك خطأ من جانبنا، وننوه إلى أننا سوف نرفض الرسائل إذا كانت من النوع الذي يتحمل المرسل إليه نفقاتها. ولا يجوز ردّ القطع التي تلفت أو اتسخت بسبب من قبل المشتري. فإذا حدث وأعيدت إلينا مثل هذه القطع، فسوف نحتفظ بها وتظل بتصرف المشتري الذي يظل ملتزماً بالوفاء بقيمتها. ولا يجوز إرجاع شرائط الكاسيت المسموعة والمرئية المسجلة، أو الاسطوانات أو برامج الكمبيوتر أو المنتجات الصحية أو أدوات التجميل إلا إذا ظلت مغلقة دون فتح. وفي أي حال فإننا نحتفظ بحقنا في رفض طلبات الشراء المستقبلية من طرفكم، وذلك في حالات الإرجاع غير المألوفة أو المشوبة بالتعسف)، وانظر البند التاسع من العقد النموذجي (الأونسترال). عبد الرحمن عبد الله السند، الأحكام الفقهية للتعاملات الإلكترونية "الحاسب الآلي وشبكة المعلومات الانترنت"، دار الوراق، بيروت، ط1/ 2004م، ص 209 - 210.

(غير الإلكتروني) بأنه من طائفة العقود التي يكون فيها التعاقد عن بُعد، وأنه عقد دولي على الراجح فقهاً خاصة عندما يكون المزود والمستهلك الإلكتروني وشركة تكنولوجيا معالجة البيانات وتحميلها عبر الشبكة كل واحد منهم في دولة غير دولة الآخر، بل يذهب اتجاه فقهي إلى أنّ العقد الإلكتروني عقد دولي مطلقاً، أي وإن كان المزود والمستهلك الإلكتروني في بلد واحد اعتماداً على أنّ الشبكة الإلكترونية تعدّ تجسيداً حقيقياً لفكرة العولمة، ومن ثمّ يصعب توطينها أو توطين المعاملات القانونية التي تجري بواسطتها¹. وهذا يثير مشاكل سبق ذكرها، متعلقة بتحديد هوية المتعاقدين وأهليتهم وصفتهم التعاقدية، وزمان ومكان انعقاد العقد، وطرق إثباته، والقانون الواجب التطبيق، والمحكمة المختصة بالنظر بالنزاع بشأن العقد وتنفيذه. ويضاف إلى ذلك أنّ المستهلك يتعاقد على سلعة أو خدمة ليست حاضرة، وبالتالي غير مرئية له وقت التعاقد، وغير مثبتة من مدى مطابقة العقود عليه لما تمّ وصفه به ومدى تحقيقه للمقصد الأصلي للمستهلك الإلكتروني. وهناك إشكالات تنفيذ الالتزام من تسليم المحل أو أداء الخدمة وما يقابله من عوض، والمعبر عنها فقهاً بالوفاء الإلكتروني، فعلى سبيل المثال التعاقد بواسطة الانترنت على شراء معلومات أو برامج إلكترونية بواسطة تحميلها عن بُعد، وهي تمثل عملية نسخ لتلك المعلومات أو البرامج إلى جهاز المستقبل، وهو المستهلك، فإنّ التنفيذ قد يتم بواسطة تحميلها إلى جهاز المستهلك بشكل مباشر، وقد تتم العملية بشكل غير مباشر من خلال تنفيذ التحميل خارج الشبكة الإلكترونية، الانترنت، بالوسائل التقليدية، فيقع الاختلاف في طريقة تنفيذ العقد، ففي الحالة الأولى كان العقد وتنفيذه بواسطة الشبكة الإلكترونية، فكانت الوسيلة الإلكترونية شرطاً في قبول التعاقد

1 . انظر: صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة،

الإلكتروني، وهذا الشرط ينزل منزلة الباعث على التعاقد أو اعتباره من المسائل الأساسية في انعقاد العقد، وحكم ذلك بطلان العقد إذا لم يتحقق الشرط المذكور. أما الشبكة الإلكترونية في الحالة الثانية فحكمها حكم الوسيلة في إبرام العقد دون تنفيذه بواسطتها، فإذا لم يتم التنفيذ بواسطتها فإن ذلك لا يؤثر على صحة العقد ووجوب تنفيذه طبقاً لما تم الاتفاق عليه¹. فكان وصف العقد بالإلكتروني كفيلاً بإضفاء الحماية على المستهلك الإلكتروني لخصوصية هذا العقد التي تقتضي تنظيمه بأحكام تقضي صراحة أو دلالة بحماية المستهلك الإلكتروني.

وقد أبرز القانون الاتحادي رقم 1 لسنة 2006م بشأن المعاملات والتجارة

الإلكترونية في المادة 3 الأهداف التي يسعى هذا القانون إلى تحقيقها، ومنها:

1. حماية حقوق المتعاملين إلكترونياً، وتحديد التزاماتهم.
2. تشجيع وتسهيل المعاملات والمراسلات الإلكترونية بواسطة سجلات إلكترونية يعتمد عليها.
3. تسهيل وإزالة أية عوائق أمام التجارة الإلكترونية والمعاملات الإلكترونية الأخرى، والتي قد تنتج عن الغموض المتعلق بمتطلبات الكتابة والتوقيع، ولتعزيز التطور القانوني والتجاري، ولتطبيق التجارة الإلكترونية بصورة مضمونة.
5. التقليل من حالات تزوير المراسلات الإلكترونية والتغييرات اللاحقة على تلك المراسلات، والتقليل من فرص الاحتيال في التجارة الإلكترونية والمعاملات الإلكترونية الأخرى.
6. إرساء مبادئ موحدة للقواعد واللوائح والمعايير المتعلقة بتوثيق وسلامة المراسلات الإلكترونية.

1 . انظر بهذا المعنى: أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، بحث مقدم لمؤتمر القانون والكومبيوتر والانترنت، جامعة الإمارات، من 1-3/5/2000م.

7. تعزيز الثقة في سلامة وصحة المعاملات والمراسلات والسجلات الإلكترونية.
8. تعزيز تطور التجارة الإلكترونية والمعاملات الأخرى على الصعيدين المحلي والعالمي، وذلك عن طريق استخدام توقيعات إلكترونية).

ويامعان النظر في الفقرات المذكورة نجد أن الغاية من تشريع القانون المذكور تنحصر في أمور ثلاثة، هي:

1. تشجيع التعامل الإلكتروني وتعزيز الثقة به وإزالة العوائق عنه لكونه التعامل الأكثر انتشاراً في زماننا المعاصر، ومميزاته الإيجابية التي يصعب إن لم يتعدر في كثير من جوانب التعامل، خاصة التعامل التجاري الدولي وعمل المصارف، الاستغناء عنه.
2. التقليل من حالات التزوير وفرص الاحتيال في هذا الميدان الحيوي في المعاملات والتجارة الإلكترونية.
3. حماية حقوق المتعاملين إلكترونياً، وتحديد التزاماتهم.

وهذا أفاد أن حماية المستهلك الإلكتروني أشر لانتشار التعامل الإلكتروني، لأن عدم التنظيم القانوني الدقيق للتعامل والتجارة الإلكترونية، وعدم إرساء مبادئ موحدة للقواعد واللوائح والمعايير المتعلقة بتوثيق وسلامة المراسلات الإلكترونية.. يفضي إلى العزوف عن هذا الميدان لما يكتنزه من غموض حال عدم تنظيمه، وما يصاحبه من مخاطر.

المبحث الثاني

خيار الرؤية وإشكالات حماية المستهلك

الإلكتروني وطرق رفعها

يقتضي بحث موضوع هذا المبحث توزيعه على ثلاثة مطالب، هي:

المطلب الأول

تحديد القانون الواجب التطبيق لحماية المستهلك الإلكتروني

البحث في أثر خيار الرؤية في حماية المستهلك الإلكتروني يقتضي تعيين قانون المعاملات المدنية قانوناً واجباً لحكم العلاقة التعاقدية بين المستهلك الإلكتروني والمزود، وموجب هذا التلازم هو أنّ العقد الإلكتروني من طائفة التعاقد عن بُعد، وأنّ التعاقد عن بُعد، خاصة عن طريق الانترنت أو المراسلات الإلكترونية، فيه احتمال كبير كون أحد المتعاقدين أو كليهما أجنبياً، أو أنّ العقد وإن كان المستهلك الإلكتروني مثلاً مواطناً قد تمّ خارج النطاق الإقليمي لدولة الإمارات العربية المتحدة، أو أن يكون تنفيذ المزود لالتزامه يقع خارج إقليم الدولة سنداً لاتفاق المتعاقدين على ذلك .. وهذا ونحوه يوجب تحديد القانون الواجب التطبيق.

والمشروع الإماراتي لم ينظم تحديد القانون الواجب التطبيق في القانونين رقم 24 لسنة 2006م بشأن حماية المستهلك، والقانون رقم 1 لسنة 2006م بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية، والتي تضمنت أهدافه بموجب المادة 1/3 حماية حقوق المتعاملين إلكترونياً وتحديد التزاماتهم، والمستهلك الإلكتروني أحد المتعاملين إلكترونياً. وهذا أوجب بتقديري أمرين؛

أحدهما: الرجوع إلى القواعد العامة في تحديد القانون الواجب

التطبيق، والتي تعرف بقواعد الإسناد، وهي واردة في الفصل التمهيدي لقانون المعاملات المدنية.

والثاني: اعتماد القواعد المعتمدة على صعيد دولي في تحديد القانون الواجب التطبيق فيما لم يرد به نص، أو حتى حال ورود قاعدة إسناد في قانون المعاملات المدنية إذا قضى المشرع بتطبيق تلك القواعد على التعامل الإلكتروني بنص صريح، أو وجدت اتفاقية دولية تقضي بتحديد القانون الواجب التطبيق بشأن المعاملات الإلكترونية، وكانت دولة الإمارات طرفاً فيها، لأنّ قواعدا أخصّ من قواعد الإسناد، والقواعد الخاصة بتنظيم واقع معيّن مقدمة على القواعد العامة في تنظيمه وغيره من الوقائع.

وهذا الإشكال لا يثور حال الاستناد إلى قواعد الإسناد وكان المستهلك الإلكتروني مواطناً، ومن باب أولى إذا كان كلاهما مواطناً، أو كان كلاهما مقيماً في دولة الإمارات، أو أنّ العقد تمّ في دولة الإمارات، أو أنّ المتعاقدين اتفقا على حكم العقد بالقانون الإماراتي، أو كان تنفيذه أو محله في دولة الإمارات، أو تعذر إثبات القانون الأجنبي الواجب التطبيق بموجب قواعد الإسناد أو تحديد مدلوله، ففي كلّ ذلك تطبق القوانين الوطنية ذات الصلة. وفي ذلك نصت المادة 18، وهي من قواعد الإسناد في قانون المعاملات المدنية على: (1. يسري على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون الموقع فيما يختص بالعقار، ويسري بالنسبة إلى المنقول قانون الجهة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية أو فقدها. 2. ويحدد قانون الدولة التي يوجد بها المال ما إذا كان هذا المال عقاراً أو منقولاً) ونصت المادة 19 منه على: (1. يسري على الالتزامات التعاقدية شكلاً وموضوعاً قانون الدولة التي يوجد فيها المواطن المشترك للمتعاقدين إن اتحدا مواطناً، فإن اختلفا مواطناً يسري قانون الدولة التي تمّ فيها العقد ما لم يتفق المتعاقدان أو يبين من الظروف أنّ قانوناً آخر هو المراد تطبيقه. 2. على أنّ قانون موقع العقار

هو الذي يسري على العقود التي أبرمت بشأنه)، ونصت المادة 24 منه على: (يطبق قانون دولة الإمارات العربية المتحدة في حالة مجهولي الجنسية أو الذين ثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد. على أن الأشخاص الذين تثبت لهم جنسية دولة الإمارات العربية المتحدة و جنسية دولة أخرى فإن قانون دولة الإمارات هو الذي يجب تطبيقه)، وظاهر من منطوق هذه المادة أن المشرع وسَّع من نطاق تطبيق القانون الإماراتي عند نصه على أنه هو القانون الواجب التطبيق على متعدد الجنسيات دون التقيّد بالجنسية الفعلية أو الأكثر استناداً إليها في استعمال الحقوق، ونصت المادة 28 منه على: (يطبق قانون دولة الإمارات العربية المتحدة إذا تعذر إثبات وجود القانون الأجنبي الواجب التطبيق أو تحديد مدلوله)، وفيما لم يرد بشأنه نص خاص نصت المادة 23 منه على: (تتبع مبادئ القانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين).

ويتقديرنا فإن المادة 1/2 من القانون الاتحادي رقم 1 لسنة 2006م بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية، ونصها: (تسري فيما لم يرد به نص خاص في هذا القانون قواعد العرف التجاري الدولي المتعلقة بالمعاملات والتجارة الإلكترونية والمبادئ العامة في المعاملات المدنية والتجارية) لا تفيد إبعاد العمل بقواعد الإسناد الواردة في قانون المعاملات المدنية، وذلك أن القانون المذكور ورد بشأن تنظيم المعاملات والتجارة الإلكترونية وفقاً للأهداف التي نص على أن القانون شرع لتحقيقها في المادة 3 منه، وليس فيها تحديد القانون الواجب التطبيق، وأن هذا القانون شرع لينظم المعاملات والتجارة الإلكترونية لا ليحيل تنظيمها إلى قانون آخر، وهذا واضح من خلال إمعان النظر في أهداف القانون الوارد ذكرها في المادة 3 منه، ونصها: (يهدف هذا القانون إلى تحقيق ما يأتي:

1. حماية حقوق المتعاملين إلكترونياً، وتحديد التزاماتهم.

2. تشجيع وتسهيل المعاملات والمراسلات الإلكترونية بواسطة سجلات إلكترونية يعتمد عليها.
 3. تسهيل وإزالة أية عوائق أمام التجارة الإلكترونية والمعاملات الإلكترونية الأخرى، والتي قد تنتج عن الغموض المتعلق بمتطلبات الكتابة والتوقيع، ولتعزيز التطور القانوني والتجاري، ولتطبيق التجارة الإلكترونية بصورة مضمونة.
 4. تسهيل نقل المستندات الإلكترونية بين الجهات والمؤسسات الحكومية وغير الحكومية، وتعزيز توفير خدمات هذه الجهات والمؤسسات بكفاءة عن طريق مراسلات إلكترونية يعتمد عليها.
 5. التقليل من حالات تزوير المراسلات الإلكترونية والتغييرات اللاحقة على تلك المراسلات، والتقليل من فرص الاحتيال في التجارة الإلكترونية والمعاملات الإلكترونية الأخرى.
 6. إرساء مبادئ موحدة للقواعد واللوائح والمعايير المتعلقة بتوثيق وسلامة المراسلات الإلكترونية).
- بل إن مقتضى منطوق الفقرة الأولى من المادة المذكورة يتنافى مع القول بتطبيق قانون أجنبي على المتعاملين إلكترونياً، لأنه يغلّ هذا القانون عن وظيفته في تحقيق الحماية لهما أو لأحدهما.
- وقد تأكد الاتجاه الفقهي والتشريعي بتطبيق قانون إقامة أو توطن المستهلك بالمادة 2/5 من اتفاقية روما الموقعة في 19 يونيو 1980م، وهي بمنزلة قانون أوروبي موحد للعقود¹، والخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، ونصها: (اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق لا يمكن أن يترتب عليه حرمان المستهلك من الحماية التي تؤكد لها النصوص

1 . انظر: حسام الدين فتحي ناصف، حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين، دار النهضة العربية، مصر، 2004م، ص63.

الأمرة في قانون بلد إقامته المعتاد)، وبالمادة 1/6 من اتفاقية لاهاي 1980م الخاص بالقانون الواجب التطبيق على بعض بيوع المستهلكين، ونصها: (يحكم القانون الذي اختاره الأطراف البيوع الواردة في هذه الاتفاقية، ولا يجوز أن يترتب على هذا الاختيار حرمان المستهلك من الحماية التي تقرها له النصوص الأمرة في قانون بلد محل إقامته المعتاد)، وجاء في المادة 7 منها: (يخضع العقد لقانون الدولة محل الإقامة المعتاد للمستهلك في حالة عدم الاختيار الصريح أو الضمني للقانون الواجب التطبيق). و"قوانين حماية المستهلك تنص بوجه عام على أن عقود الاستهلاك الإلكتروني تعتبر قد أبرمت في محل إقامة المستهلك، ويترتب على ذلك أن المحكمة المختصة بنظر النزاع ستكون تابعة لمحل إقامته"¹.

وإذا تعيّن القانون الإماراتي قانوناً واجب التطبيق فإن أحكام خيار الرؤية في قانون المعاملات المدنية الاتحادي ستطبق على العقد الإلكتروني، من حيث هو عقد يصدق عليه ما يصدق على غيره من العقود من قواعد عامة، وأن كون انعقاده بوسيلة إلكترونية لا يستثنيه عن تطبيق القواعد العامة في نظرية العقد، وإن كان خصوصية الوسيلة أضفت عليه أحكاماً خاصة شرّع القانون رقم 1 لسنة 2006م على سبيل المثال لتنظيمها، وبعبارة أخرى لا تعارض بين الأمرين، بل أن حقيقة القواعد الخاصة بتقديرنا هي صورة تطبيق القواعد العامة خاصة على التعامل الإلكتروني في الانعقاد والتنفيذ والإثبات، وحتى لا يترك هذا الأمر إلى محض الاجتهاد الفقهي والقضائي، وذلك مظنة الاختلاف فيه، تمّ تشريع قوانين خاصة تنظم هذا التعامل الإلكتروني بقواعد خاصة.

وفي تحديد زمان ومكان العقد تقدم نص المادة 142 من قانون المعاملات المدنية على: (1. يعتبر التعاقد ما بين الغائبين تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك.

1. نبيل محمد صبيح، مرجع سابق، ص 167 هامش 3.

2. ويفترض أنّ الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك)، وهو اتجاه اعتمد نظرية العلم بالقبول، وأقام قرينة على حصول علم الموجب بالقبول بمجرد تسلّم القبول، وافترض هذه القرينة جعلت بتقديرنا اتجاه المشرع الإماراتي متفقاً مع الراجح في تحديد زمان ومكان العقد الإلكتروني. فقد تبنت نظرية تسليم القبول عن طريق دخول رسالة القابل صندوق البريد الإلكتروني على جهاز الحاسوب الخاص بالموجب أو لحظة تسلّم الرسالة بواسطة متعهد الدخول الخاص بالموجب حال كون الاتصال غير مباشر، التوجيه الأوروبي الصادر في 2 مايو 1997م، والخاص بحماية المستهلكين في مجال التعاقد وبصفة خاصة في التجارة الإلكترونية في السوق الداخلية، والاتفاق الأوروبي النموذجي للتبادل الإلكتروني للبيانات، واتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع (فيينا 1980م)¹.

وقد جاء في المادة 2/14 من القانون الاتحادي رقم 1 لسنة 2006م بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية ما يؤيد هذا الاتجاه، بنصها: (2. إذا لم يكن المنشئ قد اتفق مع المرسل إليه على أن يكون الإقرار بالاستلام وفق شكل معين أو بطريقة معينة، يجوز الإقرار بالاستلام عن طريق:

أ. أية رسالة من جانب المرسل إليه، سواء كانت بوسيلة إلكترونية أو مؤتمتة أو بأية وسيلة أخرى.

ب. أي سلوك من جانب المرسل إليه يفيد أنه قد أخطر المنشئ باستلام الرسالة الإلكترونية)².

ونصت الفقرة 3 من المادة المذكورة على حكم اشتراط تلقي إقرار

1 . انظر: صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 413 - 415.

2 . وهي تقابل المادة 2/14 من قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية 1996م.

بالاستلام بنصها على: (إذا كان المنشئ قد ذكر أن الرسالة الإلكترونية مشروطة بتلقي إقرار بالاستلام، فلا يترتب عليها أي أثر قانوني حتى يتسلم المنشئ الإقرار)¹.

وتأكيداً على مبدأ حرية المتعاقدين إلكترونياً على اختيار طريقة تعاقدتهما نصت المادة 15 من القانون المذكور على: (أولاً: ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك:

1. يكون إرسال الرسالة الإلكترونية قد تمّ عندما تدخل نظام معلومات لا يخضع لسيطرة المنشئ أو الشخص الذي أرسل الرسالة نيابة عن المنشئ.
2. يتحدد وقت استلام الرسالة الإلكترونية على النحو الآتي:
- أ. إذا كان المرسل إليه قد عيّن نظام معلومات لغرض استلام الرسالة الإلكترونية يكون الاستلام قد تمّ وقت دخول الرسالة الإلكترونية نظام المعلومات المعين أو وقت استخراج المرسل إليه الرسالة الإلكترونية إذا كانت قد أرسلت إلى نظام معلومات تابع له غير نظام المعلومات المعين لاستقبال الرسالة.

ب. إذا لم يعين المرسل إليه نظام معلومات، يقع الاستلام عندما تدخل الرسالة الإلكترونية نظام معلومات تابع للمرسل إليه.

ثانياً: يسري البند 2 من " أولاً " من هذه المادة رغم اختلاف المكان الذي يوجد فيه نظام المعلومات عن المكان الذي يعتبر الرسالة الإلكترونية استلمت فيه بموجب الفقرة " ثالثاً " من هذه المادة.

ثالثاً: ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك، تعتبر الرسالة الإلكترونية قد أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ وأنها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه.

1. وهي تقابل المادة 3/14 من قانون الأونسترال النموذجي.

رابعاً: في تطبيق أحكام هذه المادة:

أ. إذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقر عمل واحد، يكون مقر العمل هو المقر الأوثق علاقة بالمعاملة المعنية، أو مقر العمل الرئيسي إذا لم توجد مثل هذه المعاملة.

ب. إذا لم يكن للمنشئ أو المرسل إليه مقر عمل، يشار إلى محل إقامته المعتاد.

ت. مقر الإقامة المعتاد فيما يتعلق بالشخص الاعتباري، يعني مقره الرئيسي أو المقر الذي تأسس فيه¹.

وخلاصة الأمر أن للمتعاقدين إلكترونياً تحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهما، صراحةً أو ضمناً، ولكن ذلك مقيد بقيدتين، أحدهما عام وهو انتفاء المنع القانوني من أعمال القانون الأجنبي المتفق عليه، مثل ما قضت به المادة 24 من قانون المعاملات المدنية، ونصها: (يطبق قانون دولة الإمارات العربية المتحدة في حالة مجهولي الجنسية أو الذين تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد. على أن الأشخاص الذين تثبت لهم جنسية دولة الإمارات العربية المتحدة وجنسية دولة أخرى فإن قانون دولة الإمارات هو الذي يجب تطبيقه). والثاني ما تقدم ذكره أن حماية المستهلك تطبق بشأنها القواعد الأمرة في قانون محل إقامته المعتاد وإن تم الاتفاق بين الطرفين على قانون أجنبي واجب التطبيق، وإذ تحدد قانون حماية المستهلك الإلكتروني حسب ما ذكر فإن المحكمة المختصة بنظر النزاع هي محكمة محل إقامة المستهلك الإلكتروني، وذلك توجبه الحكمة من حماية المستهلك الإلكتروني بأن لا يترك لقانون أجنبي ومحكمة أجنبية تحكمان تعاقدته الإلكتروني.

1 . وهي تقابل المادة 15 من قانون الأونسترال النموذجي، والخاصة بشأن زمان ومكان إرسال واستلام رسائل البيانات.

المطلب الثاني

ماهية خيار الرؤية، وشروطه

المراد بالرؤية: (الوقوف على حال المحل الذي يعرف به المقصود الأصلي من المبيع، ففي القماش مثلاً تكفي رؤية ظاهره، وفي المأكولات والمشروبات يكفي مذاق طعمها، وفي الأشياء التي تباع على أنموذجها تكفي رؤية الأنموذج، وهكذا)¹. وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الاتحادي: (يذهب الفقه الحنفي إلى أنه يثبت للمشتري ونحوه خيار الرؤية إن لم يكن قد رأى المعقود عليه، بحيث يكون له عندما يراه أن يمضي العقد أو أن يفسخه. والدليل على ذلك ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: " من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه ". وهذا الخيار يثبت بالشرع لا بالشرط، أي دون حاجة إلى شرط خاص يدرج في العقد، بخلاف خيار الشرط وخيار التعيين فلا بدّ لثبوتهما من شرط خاص بحيث إذا انعدم هذا الشرط لم يقيم الخيار.)²

وسنداً لما تقدم فإنّ المشرع الإماراتي أخذ بالمذهب الحنفي في خيار الرؤية، وهو خيار مصدره القانون، فهو يثبت لصاحبه، وهو من صدر له التصرف، دون حاجة إلى اشتراطه، وأنه يجعل العقد غير لازم من وقت انعقاده إلى وقت حصول الرؤية، وبالتالي فهو خيار يثبت حال كون المعقود عليه غائباً، وكان معيناً بالتعيين، وإن تمّ وصفه، وأنه لا يثبت إلا في العقود التي تحتمل الفسخ، كعقد البيع، لأنّ ذلك هو مقتضى اللالزوم، فالعقد مع الخيار سيؤول إلى أحد أمرين، أحدهما إمضاء العقد، والثاني فسخه. وفي ذلك قضت المادة 226 من قانون

1 . المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية، ص 210.

2 . المرجع السابق، ص 208.

المعاملات المدنية، ونصها: (يُثبت خيار الرؤية في العقود التي تحتمل الفسخ لمن صدر له التصرف ولو لم يشترطه إذا لم يرَ المعقود عليه وكان معيناً بالتعيين). وهو خيار لا يمنع نفاذ العقد¹، فملكية المبيع في عقد البيع مثلاً تنتقل إلى المشتري بالعقد، أي بمجرد انعقاده، ويثبت الملك للبائع في الثمن، ليقصر أثر خيار الرؤية على منعه تمام حكم العقد، فلا يتم حكم البيع إلا إذا رأى المشتري المبيع ولم يردّه²، وعلى ذلك نصت المادة 228 من قانون المعاملات المدنية: (خيار الرؤية لا يمنع نفاذ العقد وإنما يمنع لزومه بالنسبة لمن شرط له الخيار)³، ومعنى شرط له الخيار ثبت له الخيار.

1 . ذهب جانب من الفقه الفرنسي استناداً إلى حق العدول للمشتري في البيع بالمنزل، إلى أنّ البيع المتضمن هذا الحق لا يبرم بصفة نهائية بمجرد التوقيع عليه، وإنما في الحقيقة ما زال في دور التكوين، ولا يتم إلا بعد انقضاء مهلة الرجوع " نظرية الانعقاد التدريجي للعقد أو التكوين المتتابع للعقد". ومعنى ذلك أنّ رضاء المشتري، في نظر أنصار هذا الرأي، يمر بمرحلتين متتابعتين: في المرحلة الأولى يولد البيع بتطابق إرادتي المتبايعين، وهي مرحلة لا تكفي بذاتها لتمام العقد لأنّ المشرع يتشكك في رضاء المشتري في هذه المرحلة. إذ من المحتمل أن يكون هذا الأخير مدفوعاً ومتسرعاً إلى إبرام العقد دون علم كافٍ أو إرادة متبصرة تحت تأثير وجاذبية عرض البائع للمبيع، وخاصة العرض عن طريق التلفزيون، ولذلك منحه المشرع مهلة سبعة أيام من تاريخ تسلم المبيع ليعيد النظر في البيع، بحيث لا يكتمل الوجود القانوني للبيع إلا بانتهاء هذه المهلة الزمنية، وعندها تبدأ المرحلة الثانية التي يكتمل بها وجود العقد ... بيد أنّ محكمة النقض الفرنسية رفضت نظرية التكوين المتتابع للعقد في مجال التعاقد في المنزل، وقررت أنّ العقد كان تاماً منذ إجراء المشتري طلب الشراء لأنه الوقت الذي حدث فيه تقابل الإرادتين، وبذلك يكون العقد تاماً قبل التنفيذ المحتمل لخيار العدول. (عبد العزيز المرسي حمود، الحماية القانونية الخاصة لرضاء المشتري في عقود البيع التي تتم عن بُعد مع التطبيق على البيع عن طريق التلفزيون بوجه خاص، مصر، 2005م، ص 100-102).

2 . انظر المذكرة الإيضاحية، ص 210.

3 . وأما حكمه فهو التخيير بين الفسخ والإجازة إذا رأى المبيع، ولا يمنع ثبوت الملك في البديلين، ولكن يمنع لزوم بخلاف خيار الشرط. وإنما يثبت الخيار في بيع العين بالعين لكل واحد منهما. وفي بيع العين بالدين تثبت للمشتري. ولا يثبت في بيع الدين بالدين، وهو الصرف، لأنه لا فائدة فيه. فأما إذا كان الحق عيناً، فللناس أغراض في الأعيان، فكان ثبوت الخيار فيه لينظر أنه هل يصلح له، فإن شاء أجاز إن صلح، وإن شاء فسخ إن لم يصلح. (علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، ج 81/2).

ونصت المادة 229 منه على: (1. لا يسقط خيار الرؤية بالإسقاط¹. 2. ويسقط برؤية المعقود عليه² وقبوله صراحةً أو دلالة³، كما يسقط بموت صاحبه، وبهلاك المعقود عليه كله أو بعضه، ويتعيبه، ويتصرف من له الخيار فيه تصرفاً لا يحتمل الفسخ، أو تصرفاً يوجب حقاً لغيره). أما كون خيار الرؤية لا يسقط بالإسقاط لا قبل الرؤية ولا بعدها فلائته لا خيار قبل الرؤية، لأن وقت ثبوته هو وقت رؤية المعقود عليه. وأما بعده فلائته خيار ثبت بالقانون وليس باشتراط المتعاقدين⁴. وأما في غير الرضا بالمعقود عليه بعد رؤيته فعلة سقوط خيار الرؤية هو تعذر إعادة الحال إلى ما كانت عليه عند التعاقد، وإمكان إعادة الحال إلى ما كانت عليه عند التعاقد هي الأرضية التي يقوم عليها الفسخ.

وبخصوص وقت الرؤية نصت المادة 227 من قانون المعاملات المدنية على: (يبقى خيار الرؤية حتى تتم الرؤية في الأجل المتفق عليه أو يوجد ما يسقطه). وجاء في المذكرة الإيضاحية، صفحة 213 ما نصه: (وهل خيار الرؤية

1. والتصريح بإسقاط خيار الشرط صحيح من المشتري وبإسقاط خيار الرؤية باطل قبل أن يراها. (السرخسي، المبسوط، دار الكتب العلمية، 1993م، ج14/154). لو قال «أبطلت خيارى قبل الرؤية»: لم يبطل خيار الرؤية، فلا يبطل بدلالة الإبطال). أي من باب أولى. (السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج3/49). إن خيار الرؤية لا يسقط بالإسقاط صريحاً، بأن قال المشتري: أسقطت خيارى. كذا روى ابن رستم عن محمد: لا قبل الرؤية ولا بعدها، بخلاف خيار الشرط وخيار العيب. والفرق أن هذا الخيار ثبت شرعاً، لحكمة فيه، فلا يملك العبد إسقاطه، كما في خيار الرجعة: فإنه لو قال: أسقطت الرجعة وأبطلت لا تبطل، ولكن إن شاء راجع، وإن شاء تركها حتى تنقضي العدة، فتبطل الرجعة، حكماً، بخلاف خيار الشرط، فإنه يثبت شرطهما، فجاز أن يسقط بإسقاطهما وكذلك خيار العيب: فإن السلامة مشروطة من المشتري، عادة، فهو كالمشروط صريحاً. (السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج2/81).

2. ورؤية جزء من المعقود عليه كروية الكل في إسقاط خيار الرؤية. (السرخسي، المبسوط، ج13/28).

3. ثم خيار الرؤية إنما يسقط بصريح الرضا، ودلالة الرضا، بعد الرؤية، لا قبل الرؤية، ويسقط بتعذر الفسخ، ويلزم العقد، حكماً وضرورة، قبل الرؤية، وبعدها، لما ذكرنا أنه لا يثبت في الأصل إلا بعد الرؤية، فلا يجوز أن يسقط بالرضا، صريحاً ودلالة، إلا بعد ثبوته، حتى إنه إذا رأى وصلاح له يجيزه، وإن لم يصلح له يرده، لأنه شرع نظراً له، ولكن إذا تعذر الفسخ بأي سبب كان، أو لزم العقد بطريق الضرورة، سقط قبل الرؤية خياره أو بعدها، لأنه لا فائدة في ثبوت حق الفسخ، فالتزم العقد ضرورة. (السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج2/81).

4. انظر المذكرة الإيضاحية، ص 211.

مؤقت بوقت؟ ذهب بعض الفقهاء إلى أنه مؤقت بعد الرؤية بقدر ما يتمكن فيه من الفسخ، فإذا تمكن بعد الرؤية فلم يفسخ بطل خياره ولزم العقد. والمختار أنه لا يتوقف بل يبقى إلى أن يوجد ما يسقطه. وقد روي في المشروع تقييد الفسخ بالوقت الذي يتمكن فيه صاحب الخيار من الفسخ رغبة في استقرار المراكز).

ويفهم من ذلك أنّ خيار الرؤية يبقى لصاحبه بعد رؤيته المعقود عليه، ليعبر فيه عن رأيه في قبول المعقود عليه أو فسخ العقد، إلى؛ نهاية الأجل المتفق عليه بين المتعاقدين لإعلان صاحب الخيار عن رأيه بعد رؤيته المعقود عليه، وإذا لم يتم الاتفاق بينهما أمكن تحديده عند النزاع بالوقت الذي يتمكن فيه صاحب الخيار من الفسخ، وإلا بقي إلى وقت قيام سبب من أسباب سقوطه المتقدم ذكرها في المادة 229 .

أما شروط ثبوت خيار الرؤية فقد بينتها المذكرة الإيضاحية بالقول:
(ويشترط لثبوته:

1. أن يكون العقد واحداً من عقود أربعة هي؛ البيع وإجارة الأعيان وقسمة غير المثليات والصلح على مال هو عين بالذات، وهي عقود تحتمل الفسخ..
2. أن يكون مشترياً أو نحوه، وبعبارة أخرى متملكاً لا مملكاً، فمن باع ما لم يره بأن ورث مثلاً عيناً في بلد بعيد فلم يتمكن من رؤيتها قبل بيعها فليس له خيار الرؤية.
3. ألا يرى المعقود عليه عند العقد، ففي البيع مثلاً يشترط ألا يكون المشتري قد رأى المبيع عند العقد. فإن اشتراه وهو يراه فلا خيار له. وإذا كان رآه قبل ذلك فإن ظلّ المبيع على حاله ولم يتغير فلا خيار له، وإن كان قد تغير عن حاله فله الخيار، لأنه إذا تغير عن حاله فقد صار شيئاً آخر فكان مشترياً شيئاً لم يره فله الخيار إذا رآه....

4. أن يكون المعقود عليه مما يتعين بالتعيين، فلو تباع العاقدان عيناً بعين ثبت الخيار لكل منهما، وذلك لأن المبيع إذا كان مما لا يتعين بالتعيين لا ينسخ العقد برده، لأنه إذا لم يتعين للعقد لا يتعين للفسخ فيبقى العقد، وقيام العقد يقتضي ثبوت حق المطالبة بمثله، فإذا قبض يرده وهكذا إلى ما لا نهاية له، فلم يكن الرد مفيداً. بخلاف ما إذا كان عيناً، لأن العقد ينسخ برده لأنه يتعين بالعقد فيتعين بالفسخ أيضاً، فكان الرد مفيداً، ولأن الفسخ إنما يرد على المملوك بالعقد وما لا يتعين بالتعيين لا يملك بالعقد وإنما يملك بالقبض، فلا يرد عليه الفسخ...¹

وللمذهب الحنفي خصوصية في أحكام خيار الرؤية تتجلى في أمرين،

هما:

1. أن خيار الرؤية يثبت لمن صدر التصرف له حتى ولو طابق وصف العين الغائبة ما عليه المعقود عليه من أوصاف. وقد برر ذلك بقولهم: (لأن جهالة الوصف تؤثر في الرضا فتوجب خللاً فيه واختلال الرضا في البيع يوجب الخيار، ولأن من الجائز اعتراض الندم لما عسى لا يصلح له إذا رآه فيحتاج إلى التدارك فيثبت الخيار لإمكان التدارك عند الندم نظراً له كما ثبت خيار الرجعة شرعاً نظراً للزوج تمكيناً له من التدارك عند الندم)².
2. أن خيار الرؤية عندهم من الخيارات التي يغلب فيه الطابع الشخصي على الطابع المالي، وبالتالي لا ينتقل بالميراث حال وفاة المتصرف إليه قبل استعمال الخيار، كما هو الحال في البيع بشرط المذاق. وقد قالوا في ذلك: (خيار الرؤية .. لا يورث، وكذا روى ابن سماعة عن محمد أنه لا يورث، احتج الشافعي رحمه الله بظواهر آيات المواثيق حيث أثبت الله عز وجل الإرث

1. المذكرة الإيضاحية، ص 208 - 210.

2. علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الفكر، ج 345/5.

في المتروك مطلقاً، والخيار متروك فيجري فيه الإرث، وبما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال: «مَنْ تَرَكَ مَالاً أَوْ حَقّاً فَلوَرثَتِهِ» والخيار حق تركه فيكون لورثته، ولأنه حق ثبت بالبيع فيجري فيه الإرث كالمالك الثابت، وهذا لأن الإرث كما يثبت في الأملاك يثبت في الحقوق الثابتة بالبيع، ولهذا يثبت في خيار العيب وخيار التعيين، كذا هذا. ولنا: أن الخيار لو ثبت للوارث لم يخل من أن يثبت ابتداءً أو بطريق الإرث لا سبيل إلى الأول لأن الشرط لم يوجد من الوارث ابتداءً وإثبات الخيار له من غير وجود شرط الخيار منه خلاف الحقيقة، ولا سبيل إلى الثاني لأن الوارث يعتمد الباقي بعد موت المورث وخياره لا يبقى بعد موته، لأن خياره يخيره بين الفسخ والإجازة ولا يتصور ذلك منه بعد موته فلا يورث، بخلاف خيار العيب والتعيين، لأن المورث هناك محتمل للإرث وهو العين المملوكة، وأما الآية والحديث فنقول بموجبهما، لكن لم قلتم إن الخيار متروك، وهذا لأن المتروك عين تبقى والخيار عرض لا يبقى فلم يكن متروكاً فلا يورث، والله عز وجل أعلم¹.

المطلب الثالث

الحماية بواسطة خيار الرؤية، وإشكالاتها، وطرق رفعها

وأورد أوجه حماية المستهلك الإلكتروني بواسطة خيار الرؤية في الآتي:

1. إن خيار الرؤية ثابت حتماً في المعاملات الإلكترونية، لأن العقد فيها عقد عن بُعد، وذلك يوجب ضرورة أن العقود عليه غائب وقت التعاقد².

1. الكاساني، المرجع السابق، ج5/345.

2. إن المستهلك الإلكتروني قد يجد، بعد تمام العقد وتسلم السلعة، أنها لا توافق رغباته أو أنه تصورهما خلافاً لما تبدو عليه، إذا لا يتيح العقد الإلكتروني للمستهلك رؤية السلعة حقيقة أو تجربتها. (آلاء النعيمي، مرجع سابق، ص94-95).

2. إن لازم غياب المعقود عليه استعمال الخيار عند رؤية المعقود عليه، وذلك يقتضي تنفيذ المزود لالتزامه، فكان للمستهلك الإلكتروني ردّ المعقود عليه عند فسخه العقد بإرادته المنضدة، دون حاجة إلى حصوله على رضا المزود لأنه ليس بفسخ اتفائي، ولا إلى اللجوء إلى القضاء للكشف عن توفر شروط الخيار، كما هو الحال في خيار العيب، فهو خيار متعلق بمشيئة المستهلك الإلكتروني. وفي ذلك حماية للمستهلك الإلكتروني من إنزاهه بمعقود عليه لم يره عند التعاقد، والمراد بالرؤية التثبت أو الوقوف على حال المحل الذي يعرف به المقصود الأصلي من المبيع.

3. على افتراض رؤية المستهلك الإلكتروني للمعقود عليه فإن خيار الرؤية لا يسقط إذا تغير المعقود عليه عن حاله وقت التعاقد لأنه يأخذ حكم معقود عليه جديد أو مغاير، بحسب ما تقدم.

أن حماية المستهلك الإلكتروني تظهر من جانب آخر متمثل بعدم سقوط خياره برؤية المعقود عليه حال اشتراط المزود عليه تنازله عن هذا الخيار، لأنه خيار لا يسقط بالإسقاط، وذلك مانع من استغلال حاجة المستهلك الإلكتروني أو طيشه أو عدم خبرته.

إشكالات خيار الرؤية في حماية المستهلك الإلكتروني:

والإشكالات يمكن إيرادها بتقديرنا في الآتي:

1. إن المعقود عليه قد يتم توريده للمستهلك طبقاً للمواصفات التي أعلم بها، أو التي حددها هو ابتداءً في عقده مع المورد، فإذا جاء المعقود عليه مستوفياً تلك المواصفات كان فسخ العقد من قبل المستهلك سناً لخيار الرؤية صورة من صور التعسف في استعمال الحق.

2. إن خيار الرؤية يثبت في عقود معينة، هي البيع وإجارة الأعيان وقسمة غير المثليات والصلح على مال هو عين بالذات، وهي عقود تحتل الفسخ، وبالتالي خرج بهذا القيد غيرها من العقود. فأنحصرت حماية المستهلك الإلكتروني بواسطة خيار الرؤية في العقود المذكورة دون سواها، بل قد لا نجد مجالاً في إعمال عقدي قسمة غير المثليات والصلح على مال هو عين بالذات في نطاق المعاملات والتجارة الإلكترونية، وفي حماية المستهلك الإلكتروني فيها، لأن من الظاهر أنه لا مستهلك في أطراف العلاقة التعاقدية في العقدین المذكورين.

3. إن خيار الرؤية يثبت في العقود عليه المعين بالتعيين، فخرج به العقود عليه الذي لا يتعين بالتعيين، ومن باب أولى الخدمات¹. فأنحصرت حماية

1. وجاء في دراسة محمد حسن قاسم في التجربة الفرنسية، مرجع سابق، ص58-62، بتصرف يسير، قوله: (.. أن المادة 121-2/20 من تفتين الاستهلاك، " والمادة مقرة بالمرسوم الفرنسي رقم 2001 - 741، ونصها: للمستهلك، خلال سبعة أيام كاملة أن يمارس حقه في العدول عن العقد دون إبداء أسباب أو دفع أية جزاءات، باستثناء مصاريف الرد "، قد استبعدت من نطاق الحق في العدول العديد من العقود التي تدخل في مفهوم التعاقد عن بُعد وفقاً للنصوص المنظمة له، وذلك ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك. هذه العقود المستبعدة من نطاق الحق في العدول هي الآتية:

1. عقود توريد الخدمات التي يبدأ تنفيذها بالاتفاق مع المستهلك، قبل انتهاء المدة المقرر ممارسة الحق في العدول خلالها؛ وذلك لتفادي أن يبدأ المستهلك في الاستفادة من الخدمة المقدمة له ليعدل بعد ذلك عن العقد مما يلحق الضرر بالمهني..
2. عقود توريد السلع والخدمات التي تتحدد أثمانها وفق ظروف السوق.
3. عقود توريد السلع التي يتم تصنيعها وفقاً لخصوصيات المستهلك، أو بالمطابقة لشخصيته، أو التي بحسب طبيعتها لا يمكن إعادةتها للبائع، أو التي يسرع إليها الهلاك أو التلف.
4. عقود توريد التسجيلات السمعية أو البصرية أو البرامج المعلوماتية عندما يكون قد تم نزع الأختام عنها بمعرفة المستهلك؛ والهدف الأساسي من وراء هذا الاستبعاد هو حماية حقوق الملكية الفكرية، فمنح المستهلك حق العدول بشأن هذه السلعة قد يمكنه من الحصول عليها دون دفع مقابلها، كما هو الحال مثلاً إذا قام المستهلك بإعادة البرنامج المعلوماتي أو التسجيلات بعد نسخها أو إعادة إنتاجها.
5. عقود توريد الصحف والدوريات والمجلات: لنفس التبرير المذكور في الحالة السابقة.
6. عقود خدمات الرهان وأوراق اليانصيب المصرح بها: لأن المتعاقد في هذه العقود يقدم عليها انطلاقاً من روح المجازفة والمغامرة على نحو يتناقض معه أن يقر له بالحق في العدول عنها بعد إبرامها. =

المستهلك الإلكتروني بواسطة خيار الرؤية في العقود التي يكون المعقود عليه فيها معيناً بالتعيين.

4. إن رؤية المعقود عليه في المعاملات وعقود التجارة الدولية يثير مشكلة متمثلة في أنّ رؤية المبيع تتم بتسليمه عادةً في موطن المستهلك الإلكتروني، فإذا رفضه ظهرت مشكلة تحمل نفقات التسليم ونفقات الإعادة، وتحمل تبعة هلاك المعقود عليه بعد فسخ العقد وقبل تسلمه من قبل المتصرف. وكذلك الحكم في تعيب المعقود عليه في تلك الفترة.
5. وقد تظهر المشكلة حال عدم الاتفاق على مدة استعمال خيار الرؤية، وفي هذه الحالة سيبقى الخيار إلى وقت قيام سبب من أسباب سقوط الخيار، بموجب منطوق المادة 227 من قانون المعاملات المدنية المتقدم ذكرها، إن لم يرفع الأمر إلى القضاء لتحديد المدة. ولاشك أنّ طول المدة الممتدة بين رؤية المعقود عليه واستعمال صاحب الخيار، المستهلك الإلكتروني، حقه بالفسخ قبل تحقق سبب من أسباب السقوط، وذلك حال عدم الاتفاق على مدة استعمال الخيار، سيفوت على المزود منفعة المعقود عليه أو فرصة بيعه ثانية خلال تلك المدة.

= ولا يكون للمستهلك حق في العدول إعمالاً لنص المادة 121 - 4/20 من تقنين الاستهلاك في حالات العقود التي يكون محلها:

1. توريد سلع استهلاكية عادية، والتي تتم في مكان سكن أو عمل المستهلك من خلال موزعين يقومون بجولات متكررة ومنظمة.
2. أداء خدمات الإقامة، النقل، المطاعم، الترفيه، والتي يجب أداؤها في تاريخ معين أو على فترات دورية محددة). وانظر في الاتجاهات الفقهية في المساواة بين عقود بيع المنتجات وعقود البيع التي يكون محلها تقديم خدمة أو عدم المساواة بينهما: محمد حسن رفاعي العطار، البيع عبر شبكة الانترنت " دراسة مقارنة في ضوء قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004م، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ط1/ 2007م، ص55-57.

الحلول المقترحة لحل هذه الإشكالات:

نبني الحلول على مبادئ ثلاثة، هي؛ علة إقرار الحق في خيار الرؤية للمتصرف إليه، نطاق أعمال خيار الرؤية، قاعدة رفع التعارض بين المصالح.

1. علة إقرار الحق في خيار الرؤية للمتصرف إليه:

إن العلة الباعثة على إقرار حق المتصرف إليه في العدول عن العقد سناً لخيار الرؤية هو عدم تحققه من مقصده الأصلي في المعقود عليه، وليس عدم علمه بالمعقود عليه، والتحقق يفيد حصول العلم بالوصف لا بالمعقود عليه، ذلك أن العلم في بيع الغائب حاصل بوصفه وصفاً نافياً للجهالة الفاحشة به، وأن العقد على غير المعلوم باطل، والخيارات نطاقها العقد الصحيح، فهي تأثر في لزوم العقد وليس في انعقاده أو صحته. وهذا هو المفهوم بل الظاهر من قول فقهاء الحنفي في خيار الرؤية، من ذلك قولهم: (لأن جهالة الوصف تؤثر في الرضا فتوجب خللاً فيه واختلال الرضا في البيع يوجب الخيار، ولأن من الجائز اعتراض الندم لما عسى لا يصلح له إذا رآه فيحتاج إلى التدارك فيثبت الخيار لإمكان التدارك عند الندم نظراً له كما ثبت خيار الرجعة شرعاً نظراً للزوج تمكيناً له من التدارك عند الندم)¹، وقولهم: (فأما إذا كان الحق عيناً، فللناس أغراض في الأعيان، فكان ثبوت الخيار فيه لينظر أنه هل يصلح له، فإن شاء أجاز إن صلح، وإن شاء فسخ إن لم يصلح)². والحكم يدور مع علته وجوداً وعدمًا، وبالتالي وجب بتقديري إثبات خيار الرؤية لتحقيق الباعث على تشريعها، وهو العلم بالوصف والذي يتحقق صاحب الخيار منه عن طريق المشاهدة أو التجربة أو رؤية النموذج أو التذوق، أو بأية وسيلة يحصل له العلم بالوصف،

1. الكاساني، مرجع سابق، ج345/5.

2. السمرقندي، مرجع سابق، ج81/2.

فإذا تعاقد المستهلك على معقود عليه بمواصفات معينة أو تمّ تعيين المعقود عليه بالمواصفات التي حددها المستهلك الإلكتروني عند تعاقدته مع المزود، وجاء المعقود عليه مطابقاً لذلك، انتفت علة ثبوت الخيار للمستهلك، ولزم العقد ابتداءً. وهذا غير مستبعد عن مسار الفقه الحنفي بتقديري، لأنهم لم يعملوا خيار الرؤية في عقود الاستصناع، ويمكن تخريج ذلك على أن المعقود عليه تمّ تصنيعه وفقاً للمواصفات التي حددها المشتري ابتداءً. وكذلك الحكم في البيع بالنموذج حال مطابقته للمبيع لأن رؤية بعض المعقود عليه كرؤية كل المبيع، بحسب ما تقدم ذكره.

2. نطاق إعمال خيار الرؤية:

إن نطاق إعمال خيار الرؤية في العقود التي تحتل الفسخ يوجب عدم تقييدها بالعقود الأربعة التي ورد ذكرها في الفقه الحنفي، وهي: البيع وإجارة الأعيان وقسمة غير المثليات والصلح على مال هو عين بالذات، بل حماية المستهلك الإلكتروني تنحصر في التعامل الإلكتروني في عقدي البيع وإجارة الأعيان، بحسب ما تقدم، وذلك بتقديري منحج المشرع الإماراتي الذي لم يذكر هذه العقود في المادة 226 من قانون المعاملات المدنية، ونصها: (يثبت خيار الرؤية في العقود التي تحتل الفسخ لمن صدر له التصرف ولو لم يشترطه إذا لم ير المعقود عليه وكان معيناً بالتعيين)، فلم يقيد العقود التي يثبت فيها خيار الرؤية إلا بثلاثة قيود، أحدها أنها تقبل الفسخ، والثاني عدم التحقق من المقصد الأصلي في المعقود عليه، وذلك واقع بدلالة مفهوم الإشارة في قوله (لم ير المعقود عليه)، والثالث أن المعقود عليه معين بالتعيين، أي معين بالذات. فتطورات التعامل المالي سواء في الميدان التعامل المدني أم التعامل التجاري في حالة حركة كبيرة ومتسارعة، وذلك يوجب ظهور عقود جديدة بسيطة كانت أو مركبة تقتضي فيها حماية المستهلك ثبوت خيار الرؤية فيها، وفي ذلك

توسيع وإدانة لحماية المستهلك والمستهلك الإلكتروني دون حاجة إلى تشريع نصوص قانونية جديدة أو تعديل النصوص النافذة.

ومن جانب آخر فإنه يجب تحديد كون المعقود عليه مما يتعين بالتعيين أو مما لا يتعين بالتعيين طبقاً لطبيعة المعاملة ومقصد المتعاقدين لا بالنظر إلى المحل مستقلاً عما ذكر، فعقد شراء سيارة حديثة معروض نموذج منها في وكالات بيع السيارات الحديثة محله بحسب النظر إلى المحل معيّن بالتعيين، وبالنظر إلى طبيعة المعاملة ومقصد المتعاقدين فإنّ المحل غير معيّن بالتعيين، بل ورد على سيارة تحمل مواصفات السيارة المعروضة في الوكالة، وقد رآها المشتري حقيقة أو حكماً كأن رأى صورتها ومواصفاتها على بريده الإلكتروني أو من خلال مفاتحته الشركة المصنّعة بواسطة الانترنت، والمعقود عليه في هذه الحالة سيارة من ضمن سيارات تحمل نفس المواصفات المطلوبة في المعقود عليه، وبعبارة أخرى لم يرد العقد على سيارة بعينها بل على سيارة من ضمن سيارات، بخلاف لو عرض بيعها إلكترونياً بعد استلامها، فإنّ العقد انصب عليها دون غيرها من السيارات فثبت خيار الرؤية هنا دون الحالة السابقة. وكذلك الحكم في شراء أجهزة إلكترونية أو أجهزة تبريد أو أجهزة كهربائية منزلية كالثلاجات والطباخات ونحوها مما جرى العمل به على الوجه المذكور. ولا يعارض ذلك مع حق المستهلك إلكترونياً في العدول عن العقد حال استلامه معقوداً عليه مغايراً في مواصفاته للمواصفات الواردة بالعقد، لأنّ فسخه العقد هنا أساسه عدم تنفيذ المزود لالتزامه تجاه المستهلك، أو التنفيذ المعيب لالتزامه، وليس خيار الرؤية الذي يفترض فيه تنفيذ المزود لالتزامه تنفيذاً سليماً.

3. قاعدة رفع التعارض بين المصالح:

إنّ قاعدة رفع التعارض بين مصالح المستهلك الإلكتروني والمزود تقتضي عدم إطلاق الحكم بخيار الرؤية في كلّ معقود عليه معيناً بالتعيين، ولم

يره المستهلك عند التعاقد، وكان العقد محتملاً للفسخ، بل يجب تقييده بعدم إلحاق الضرر بالمزود، ضرراً يفوت على المزود مصلحة تفوق في تقديرها مصلحة المستهلك في قبوله مبيعاً يتحقق فيه من الوصف في العقود عليه. وهو أمر يوجبه إعمال مبدأ رفع تعارض المصالح في قواعد أصول الفقه الإسلامي، وكثير من مصالح المتعاقدين إن لم يكن أكثرها يكشف عنها عرف التعامل المالي، ولا قيد في ذلك إلا أن تكون مصالح معتبرة في ميزان الشريعة الإسلامية أو القانون، وهي تكون معتبرة إذا لم يثبت أنها ملغاة بعرف الشرع أو القانون، بمعنى أن الأصل اعتبارها إلا إذا قام الدليل على إلغائها، وذلك إعمالاً لمبدأ أن الأصل في الأموال والمعاملات الإباحة، تحقيقاً لعلة التشريع فيها والمتمثلة برفع الحرج عن العباد ودفق المشقة عنهم.

وتطبيقاً لذلك نرى عدم إعمال خيار الرؤية إذا كان استعمال المستهلك الإلكتروني له أو المستهلك عموماً يتعارض مع حقوق الملكية الفكرية بعمومها، لأنها حقوق محمية قانوناً لا يجوز نقضها مراعاة لمصلحة المستهلك على حساب مصلحة صاحب هذا الحق، وسواء في هذا الحكم حقوق المؤلف والحقوق المجاورة له وحقوق الملكية الفكرية في النطاق التجاري.

وتطبيقاً لهذه القاعدة يجب تحميل المستهلك الإلكتروني نفقات إعادة العقود عليه إذا ثبت له فيه خيار الرؤية وكان خياره فسخ العقد، وتحميله تبعة هلاكه قبل استلام المزود له، لأن العقود عليه كان في حيازة المستهلك الإلكتروني، ولزمه إعادة الحال إلى ما كانت عليه، وذلك مقتضى الفسخ، بحسب ما تقدم. ولأن المزود نفذ التزامه فكان ما بعد الفسخ من التزام المستهلك الإلكتروني، إلا إذا كان العقد عليه عند وكيل المزود، وتمت رؤية المستهلك له واستعماله حقه بالفسخ وما زال العقد عليه عند وكيل المزود، فإن تبعة الهلاك بعد الفسخ يتحملها المزود، أو وكيله حال هلاك المحل بتعديه أو تقصيره فيلزم

بالتعويض تجاه المزود، وذلك طبقاً للقواعد العامة في تحمل تبعه الهلاك والمسؤولية الناشئة عنها.

وكذلك الحكم في منع خيار الرؤية ترجيحاً لمصلحة المزود على مصلحة المستهلك الإلكتروني والمستهلك عموماً إذا علم المستهلك وقت التعاقد بأن المزود لن يقدر على إعادة بيعه مرة ثانية، أو أنه يفوت عليه منفعة المعقود عليه بما يلحق به ضرراً جسيماً، كما في رفض العين المؤجرة وقت انتهاء موسم استغلالها.

خاتمة البحث

بات من المعلوم أنّ التعامل المالي عبر الوسائل الإلكترونية ضرورة من ضرورات النشاط الاقتصادي، فكان العزوف عنه متعذراً أو متعسراً جداً لما يثيره ذلك من مشاكل قد لا يمكن تجاوزها، خاصة في نطاق العمل المصرفي والتجارة الإلكترونية. وإنّ العقد الإلكتروني هو من طائفة العقود التي يكون التعاقد فيها عن بُعد، وذلك يوجب البحث في تحديد هوية المتعاقدين، وأهليتهما، والتوقيع الإلكتروني، والإثبات، ولحظة انعقاد العقد، ومكان انعقاده، وتحديد القانون الواجب التطبيق، والمحكمة المختصة بنظر النزاع بشأنه. وللبحث نتائج أوردها في الآتي:

أولاً - نتائج البحث :

1. أنّ العقد الإلكتروني تحكمه القواعد العامة التي تحكم العقود، والقواعد الخاصة التي هي بتقديرنا تفسير تشريعي لقواعد التعامل عن بُعد، وموجب تشريع القواعد الخاصة أو القوانين الخاصة تعود إلى خصوصية هذه الوسائل وانتشار التعامل بواسطتها عالمياً، بحيث صدق على ميدان التعامل الإلكتروني أنه مظهر من مظاهر العولمة.
2. إنّ ارتباط المستهلك الإلكتروني بواسطة العقد الإلكتروني بتاجر مهني أو محترف (المزود) جعله الطرف الضعيف في هذا العقد، وذلك أوجب النظر له بمزيد حماية، محاولة لخلق تكافؤ مقبول بين المتعاقدين، ودفعاً لاستغلال قلة خبرته مقارنة بخبرة المزود.
3. أنّ التنظيم القانوني لحماية المستهلك الإلكتروني أخذ بُعدين، بعد التنظيم القانوني الدولي، الذي لم يصل بعد إلى حدّ تشريع اتفاقية دولية عامة، والتنظيم القانوني الداخلي. وأنّ التنظيم القانوني الداخلي مقدم في

التطبيق على التنظيم القانوني الدولي سنداً لقواعد الإسناد والقوانين الخاصة ذات الصلة. وكان من مظاهر تطبيق هذا المبدأ تشريع القانون الاتحادي رقم 1 لسنة 2006م بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية، والقانون رقم 24 لسنة 2006م بشأن حماية المستهلك.

4. أن من صور حماية المستهلك الإلكتروني الخيارات التي أعطيت له لتدارك أمره في ميدان التعامل الإلكتروني، ومنها خيار الرؤية محل البحث. وقد ورد حكم خيار الرؤية في قانون المعاملات المدنية الاتحادي، وفيه أخذ المشرع الإماراتي باتجاه المذهب الحنفي في خيار الرؤية. وفيه أنه يثبت في العقود التي تحتل الفسخ إذا كان المعقود عليه فيها معيناً بالتعيين ولم يره المستهلك وقت التعاقد.

5. وخيار الرؤية ثبت في كتب الفقه الحنفي في عقود أربعة، هي؛ البيع وإجارة الأعيان وقسمة غير المثليات والصلح على مال هو عين بالذات، بل أن ما يصدق منها بشأن المستهلك الإلكتروني عقدان منها، هما البيع وإجارة الأعيان.

6. لكن وجدنا المشرع الإماراتي لم يقيد نص المادة 226 بهذه العقود، فأطلق العبارة بأن خيار الرؤية يثبت في العقود التي تحتل الفسخ إذا وردت على محل معين بالذات لم يره المتصرف إليه وقت التعاقد. وقد رجحنا هذا الإطلاق ودعونا له، على خلاف ما ورد في المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية، تحسباً لما يستجد من عقود بسيطة أو مركبة في نطاق المعاملات والتجارة الإلكترونية تصدق عليها علة الحكم بخيار الرؤية، وهو نطاق واسع حركة التطور فيه متسارعة ودائمة.

7. وإذا كان في منح خيار الرؤية للمستهلك الإلكتروني حماية له، إلا إن إطلاق الحكم به مثار لإشكالات عديدة، مردها إلى تعارض إطلاق الحكم

بشوت خيار الرؤية للمستهلك الإلكتروني مع مقتضيات وحكمة المعاملات والتجارة الإلكترونية، ومع مصلحة المزود.

8. وقد عرضنا في آخر البحث صور حماية المستهلك الإلكتروني بواسطة خيار الرؤية، والإشكالات الناشئة عن حكم إطلاق العمل بخيار الرؤية، وحلول مقترحة بينهاها على ثلاثة قواعد، هي؛ علّة إقرار الحق في خيار الرؤية للمتصرف إليه، ونطاق أعمال خيار الرؤية، وقاعدة رفع التعارض بين المصالح.

ثانياً - التوصيات :

نتمنى على المشرع القانوني ثلاثة أمور، هي:

1. استمراره في مواكبة حركة التطور الكبيرة في ميدان المعاملات والتجارة الإلكترونية.
2. أن يدرج الخيارات التي تمنح للمستهلك الإلكتروني وشروط أعمالها والاستثناءات الواردة بشأنها، ومدة استعمال الخيار، وكذلك قواعد الإسناد في تحديد القانون الواجب التطبيق في ميدان التعامل الإلكتروني، في القوانين الخاصة ذات الصلة، أسوة بما جاء في التوجيه الأوربي الصادر في 2 مايو 1997م، والخاص بحماية المستهلكين في مجال التعاقد وبصفة خاصة في التجارة الإلكترونية في السوق الداخلية، والاتفاق الأوربي النموذجي للتبادل الإلكتروني للبيانات، واتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع (فيينا 1980م)، وتقنين المستهلك " الفرنسي".
3. أن يعمم مفهوم السلعة لتشمل المال غير المنقول بالإضافة إلى المال المنقول، لورود المعاملات والتجارة الإلكترونية على النوعين على السواء.

مراجع البحث

1. إبراهيم عبيد علي آل علي، رسالة ماجستير بعنوان (الحماية المدنية للمستهلك الإلكتروني طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية)، أكاديمية شرطة دبي، 2005م.
2. أحمد السعيد الزقرد، حق المشتري في إعادة النظر في عقود البيع بواسطة التلفزيون، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الثالث، السنة التاسعة عشرة، سبتمبر 1995م.
3. أسامة احمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005م.
4. أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، بحث مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، جامعة الإمارات، من 1. 3/5/2000م.
5. آلاء يعقوب يوسف النعيمي، الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، بغداد، المجلد الثامن، العدد 14، أيلول 2005م.
6. جمال النكاس، حماية المستهلك وأثرها على النظرية العامة للعقد في القانون الكويتي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الثاني، السنة الثالثة عشرة، يونيو 1989م.
7. حسام الدين فتحي ناصف، حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين، دار النهضة العربية، مصر، 2004م.
8. حسن عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك " الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك "، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996م.
9. السرخسي، المبسوط، دار الكتب العلمية، لبنان، دون سنة طبع.

10. السمرقندي، علاء الدين ، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، لبنان، دون سنة طبع.
11. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006م.
12. عبد الرحمن عبد الله السند، الأحكام الفقهية للتعاملات الإلكترونية "الحاسب الآلي وشبكة المعلومات الانترنت"، دار الوراق، بيروت، ط1/ 2004م.
13. عبد العزيز المرسي حمود، الحماية القانونية الخاصة لرضاء المشتري في عقود البيع التي تتم عن بُعد مع التطبيق على البيع عن طريق التلفزيون بوجه خاص، مصر، 2005م.
14. عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1/ 2002.
15. عدنان إبراهيم سرحان، التزام المحترف بتزويد المستهلك بالمعلومات " دراسة في القانونين الفرنسي والإماراتي"، ندوة حماية المستهلك، كلية القانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، بالتعاون مع وزارة الاقتصاد، غرفة تجارة وصناعة أبو ظبي، المنعقدة خلال الفترة من 23 - 24 أكتوبر 2007م.
16. عدنان ولي العزاوي، النظام القانوني لحماية المستهلك في القانون الإماراتي "دراسة مقارنة بالقانونين المصري واللبناني"، ندوة حماية المستهلك، كلية القانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، بالتعاون مع وزارة الاقتصاد، غرفة تجارة وصناعة أبو ظبي، المنعقدة خلال الفترة من 23 - 24 أكتوبر 2007م.
17. علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الفكر، لبنان، دون سنة طبع.
18. علي كحلون، الجوانب القانونية لقنوات الاتصال الحديثة والتجارة الإلكترونية، دار إسهامات في أدبيات المؤسسة، تونس، 2002م.

19. محمد حسن رفاعي العطار، البيع عبر شبكة الانترنت " دراسة مقارنة في ضوء قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004م، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ط1/ 2007م.
20. محمد حسن قاسم، التعاقد عن بُعد قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأوربي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.
21. محمد المرسي زهرة، الحماية المدنية للمستهلك، مجلة الحق، جمعية الحقوقيين بالشارقة، العدد السابع، 2001م.
22. المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الاتحادي.
23. مصطفى إبراهيم الزلي والباحت، أصول الفقه في نسيجه الجديد "وتطبيقاته في التشريعات القانونية وخاصة القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976م"، المركز القومي للنشر، الأردن، ط1/1999م.
24. نبيل محمد أحمد صبيح، حماية المستهلك في التعاملات الإلكترونية "دراسة مقارنة"، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد 2 - السنة 32، يونيو 2008م.

القوانين:

25. القانون الاتحادي رقم 24 لسنة 2006م بشأن حماية المستهلك.
26. القانون الاتحادي رقم 1 لسنة 2006م بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية.
27. قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية 1996م. النسخة العربية، من ملاحق كتاب "الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية"، محمد حسام محمود لطفي، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، 2002م.
28. قانون المعاملات المدنية الاتحادي رقم 5 لسنة 1985م المعدل بالقانون الاتحادي رقم 1 لسنة 1987م.

أساس العقوبة المخففة لقتل الوليد صيانةً للعرض

د. سعد خليفة العبار
عضو هيئة التدريس
كلية القانون - جامعة قاريونس

تصبغ مجتمعاتنا الشرقية حماية على الشرف العائلي تتجاوز في مداها في أحوال عدة حق الفرد في الحياة⁽¹⁾، فممارسة امرأة لعلاقة جنسية محرمة بحسب تقاليد المجتمع ودينه أو وقوعها حاملاً من جراء ذلك يعرضها لرد فعل اجتماعي عنيف⁽²⁾، وواداً لهذه الفضيحة في مهدها تلجأ هذه المرأة - مساعدة ربما في ذلك من قبل عشيقها أو أحد أفراد أسرتها - إلى التخلص من دليل إثبات جرمها ممثلاً في ذلك الطفل حديث الولادة، مرتكبين بذلك جريمة تظهر قدرتهم على فقد كل إحساس بالإنسانية والرحمة، إذ كي لا يقع مرتكبو الزنى ضحية على يد أحد ذوي القربى يتطوعون هم أو أحد ذوي قرياهم، تحت ذريعة حماية عرضه أو عرض أسرته، للتخلص من ثمرة تلك العلاقة الجنسية غير المشروعة⁽³⁾، فبحسب وجهة نظر هؤلاء هذا الطفل المولود خارج نطاق الزواج هو محروم من كل حماية قانونية أو بمعنى آخر ليس له أي حق في شغل مكانه في

(1) الملاحظة الظاهرية توحي لنا بأن حماية الشرف هي السبب الأول بل وربما الأحدث لجرائم الدم المرتكبة ضد الأطفال حديثي الولادة في بلاد الشرق ورغم أنه لا إحصائيات لدينا تؤكد هذا الزعم فإن دراسة قديمة بعض الشيء تؤكد إلى حد ما صحته، هذه الدراسة نشرت في مصر من قبل المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية عن جرائم القتل المرتكبة ضد الأطفال خلال سنة 1955 م إذ من بين 136 ضحية قتلوا قبل نهاية عامهم الأول 56.17% منهم قتلوا من قبل أقاربهم بذريعة صيانة الشرف. محمد عثمان نجاتي وآخرون: ملامح جريمة القتل، منشورات المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية، 1970، القاهرة، ص 171.

(2) Y - B . Brissaud : L'infanticide à la fin du Moyen Âge, ses motivations psychologiques et sa répression, Revue historique de droit français et étranger, L^e année, 1972, p. 229.

(3) Ibid, p. 239.

المجتمع، فلكي لا تطل الفضيحة بعنقها ينبغي قتل ذلك الوليد طالما أن الظروف أبت أن يولد ميتاً، فالخشية من انتقام المحيط الاجتماعي وما يترتب على ذلك من عار يدفع المرأة أو أحد ذوي قرباها إلى التخلص من الحمل أو الوليد ولو بطريقة تنطوي على كثير من الوحشية ومع هذا فهؤلاء يرون وربما تحت ضغط المجتمع ومباركته - ولو بصورة غير مباشرة - أن فعلهم مبرر، إذ العار لا يغسله إلا الدم ولو كان دم أحد فلذات الكبد.

فإن ارتكبت هذه الجريمة عوقب مرتكبها بعقوبة القتل العمدي المخفف⁽¹⁾، وفق ما حددته المادة 373⁽²⁾ من القانون الجنائي الليبي، والتي يقابلها نص المادة 211 جنائي تونسسي، 261 جزائري، 326 أردني، 397 مغربي، 551 لبناني، 537 سوري، 407 عراقي، 159 كويتي⁽³⁾. والملاحظ أن القانون الجنائي المصري هو

(1) يرى غالبية الفقه الجنائي أن قتل الوليد صيانة للعرض هو ظرف مخفف للعقاب ولكن رأياً آخر مؤازراً من قبل القلة يرى أن قتل الوليد صيانة للعرض هو جريمة خاصة مستقلة عن جريمة القتل العمدي بالنظر لاستلزام - بالإضافة إلى الأركان العامة لجريمة القتل العمدي - توافر أركان خاصة بهذه الجريمة ويرتب هذا الجانب على رأيه أن ظروف تشديد العقوبة لا تنطبق على مرتكبي هذه الجريمة. وأياً ما كان الرأي فإن القول بأي من الرأيين لا يبدو له من أثر إذا شاعنا الرأي القائل وإن كان ضعيفاً بأن المادة 373 عقوبات ليبي ملفاة ضمناً بنصوص قانون القصاص والدية رقم 6 لسنة 1994 م. محمد رمضان باره : القانون الجنائي الليبي، قانون العقوبات - القسم الخاص، ج 1، جرائم الاعتداء على الأشخاص، ط 1، 2005، الدار العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، ص 17، 95.

(2) هذه المادة تنص على أنه "يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على سبع سنوات كل من قتل حفضاً للعرض طفلاً إثر ولادته مباشرة أو جنيناً أثناء الوضع إذا كان القاتل هو الأم أو أحد ذوي القربى ويكون عرضة للعقوبة ذاتها كل من اشترك في الفعل وكان قصده الأوحد مساعدة الأشخاص المذكورين في حفظ العرض وفي سائر الأحوال الأخرى يعاقب من اشترك في الفعل بالسجن مدة لا تزيد على عشر سنوات" وقد سار المشرع الليبي على نفس هذه السياسة المخففة للعقاب إن ارتكب الجرم صيانة للعرض الجنائي أو عرض أحد ذوي قرياه وذلك في المواد 389 والخاصة بتسييب الوليد صيانة للعرض والمواد 390 بشأن إسقاط الحامل دون رضاها، 391 بشأن إسقاط الحامل برضاها، 392 بشأن إسقاط الحامل لنفسها والمادة 393 بشأن إسقاط الحامل أو إيذائها حيث خفف العقوبة بمقدار النصف إن ارتكب الفعل صيانة للعرض الفاعل أو أحد ذوي قرياه.

(3) وكان يقابلها كذلك المواد 300 - 302 من القانون الجنائي الفرنسي السابق وكذلك المادة 578 من القانون الجنائي الإيطالي الصادر سنة 1930 م. إدوار غالي الذهبي : شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، ط 2، 1976م، مطبعة غريب، القاهرة، ص 80. بارة ص 198. محمد محيي الدين عوض : قانون العقوبات السوداني معلقاً عليه، المطبعة العالمية، 1970 م، القاهرة، ص 388.

القانون العربي الوحيد الذي لم يتضمن نصاً مماثلاً، ولذا فإن عقوبة قتل الوليد لأي سبب كان ولو بقصد صيانة العرض هي ذاتها عقوبة القتل العمد كما هو الحال في صدد أية جريمة قتل أخرى إذ لا فرق بين قتل الأم لابنها وقتلها شخصاً آخر ولا أثر لهذه العلاقة بينهما أو الباعث على ارتكاب الجريمة في تخفيف العقوبة وإن كان ذلك لا يحول دون تطبيق الظروف القضائية المخففة وفقاً للمادة 17 عقوبات⁽¹⁾.

فما أساس تخفيف العقاب؟ هل هذه العقوبة ذات أصول تاريخية تضرب في أعماق تاريخ الحضارات أم أن العقل يبرر ذلك التخفيف؟ وهل نجد لها أصلاً في الفقه الإسلامي؟ فهذه إذا أسس ثلاث نحاول من خلال دراستها تلمس السند لهذه العقوبة المخففة بحيث نخوض في كتب تاريخ القانون لنستشف من خلالها تطور عقوبة قاتل الوليد بغية صيانة العرض وذلك في مبحث أول ثم نعرض في الثاني الأدلة العقلية والأسانيد التي رُئي أنها منطقية من قبل القائلين بها لتبرير ذلك التخفيف للعقوبة أما المبحث الثالث فنخصصه لمبحث موقف الفقه الإسلامي مستقى من أدلته من هذه العقوبة.

(1) محمود أحمد طه : الحماية الجنائية للطفل المجني عليه، ط1، الرياض، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية،

المبحث الأول

الأساس التاريخي لتخفيف عقوبة

قتل الوليد صيانة للعرض

ينبئنا التاريخ أن قتل الأطفال infanticide في المجتمعات والجماعات البدائية كان مباحاً في أحوال كثيرة⁽¹⁾ إذ كانوا يقدمون كقرابين للآلهة⁽²⁾، أو يسقطون ضحايا لممارسة الآباء لسلطتهم الأبوية المطلقة⁽³⁾، بل أن قتلهم في تلك المجتمعات كان وسيلة مشروعة لخفض عدد الأفواه غير النافعة، حيث يقتل الأطفال حديثو الولادة وكذلك الطاعنون في السن للعجز عن سد أفواههم⁽⁴⁾، وإن كنا نلاحظ أن الضحايا المفضلات كن هن البنات، إذ لما كانت القوة الجسدية آنذاك هي معيار التفاضل بين الذكور والإناث، ولما كن يقدمن خدمة أقل في المجال الزراعي لمصلحة الأسرة وربها، فقد كان الخلاص منهن أولى من التخلص من ذكور العائلة، عمادها في الحرب وعونها في أعمال الزراعة، وينظرة خاطفة يظهر لنا أن وسائل التخلص من الأطفال حديثي الولادة كانت من التعدد والقسوة ما يعجز العقل عن تصوره، إذ كانت تتراوح بين صدم الجمجمة بالأرض مقابل جدار سميكة أو إلقاء الوليد في البحر أو النهر الأقرب مع ربط عنقه بحجر ثقيل أو طعنه بسكين أو إلقائه في غار موحش وبالأخص إن

(1) محمد صبحي نجم : الجرائم الواقعة على الأشخاص، ط 1، 1999م، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص68.

(2) بل إن محاولة إبراهيم عليه السلام ذبح ابنه إسماعيل عليه السلام تمثل أحد صور الخضوع للأوامر الإلهية.

(3) René Garraud : Traité théorique et pratique du droit pénal français, Librairie de la société du Recueil (3) Sirey, III' éd, 1913, tome V, p. 182.

Ibid . (4)

وُلِدَ مشوهاً⁽¹⁾، أما في جزيرة العرب، فوَأَد البنات كان في العهد الجاهلي هو الوسيلة الشائعة تخلصاً من عارهن أو من نفقات معيشتهم، وعندما شَعَّ نور الإسلام حرم القرآن هذه العادة بنص صريح بقوله تعالى ﴿ وَإِذَا الْمَوْؤُودَةُ سُئِلَتْ بِأَيِّ ذَنْبٍ قُتِلَتْ ﴾⁽²⁾، بل إن القرآن الكريم عمد إلى سلسلة من الإجراءات بغرض تحسين وضع المرأة عموماً، توصي بل وتأمركلها بحسن معاملة المرأة أما وبنات وأختا وزوجة.

وعموماً فقط الضراعة واليهود من بين الشعوب القديمة لم يقبلوا أي صورة من صور قتل الأطفال حديثي الولادة تحت أي عذر كان، أما عند الإغريق القدماء، فالأب كان له حق مطلق في التخلص من ابنه ولو كان نتاج زواج شرعي، وهذا الحق يمكن استنتاجه من صمت القانون عن تقرير عقوبة للأب في هذه الحالة⁽³⁾.

هذه السلطة الأبوية معترف بها في أثينا القديمة وفي روما كذلك، إذ الولد يعتبر مملوكاً ملكية مطلقة لرب الأسرة، والذي له حق حياة أو موت un droit de vie et de mort على هذا الوافد الجديد أعلى من حق الدولة (المدينة)، باعتباره أحد أعضائها، بمعنى أن الأب له الحق في التخلص منه بقتله، وله حق الإنعام عليه بالحياة دون معقب عليه في الحالتين، ولكن تطور الحياة والأخلاق

(1) حسب التشريعات الجنائية العربية المعاصرة الركن المادي للجريمة يمكن أن يتحقق بكل فعل أو امتناع من شأنه أن يؤدي إلى الموت إذ الجاني ينعم بالعقوبة المخففة إن ترك وليده يموت جوعاً أو من البرد أو قام بتسميمه أو خنقه أو تحطيم جمجمته أو حرقه أو كتم أنفاسه بقطعة من القماش أو الامتناع عن ربط حبله السري أو قتله باستعمال مادة كيماوية أو يقطع عنقه أو تمزيق أوصاله ولكن الصورة الأكثر شيوعاً هي ترك الطفل في مكان منعزل وإن كان قريباً من محل إقامة الجاني. الذهبي ص 81 . محمد محيي الدين عوض ص 385. عبد الوهاب البطراوي : شرح القانون الجنائي المقارن الليبي والمصري والأردني والعراقي، القسم الخاص، ط 1، 1997 م، دار الفكر العربي، القاهرة، ص 390.

(2) سورة التكويد الآياتان : 8 ، 9.

(3) Dominique Sourdel : L' Islam, Presses Universitaires de France, Paris, XXI éd, 2002, p. 61.

في روما القديمة هذب هذا الحق وجعله قاصراً على حق الأب في طرد ابنته أو بيعها إن ارتكبت ما لا يروق له، ولم يعد القتل حقاً إلا للأب إن هُجرت أو طُردت من قبل أسرتها بعد ولادتها للطفل، فإن كانت الأم جارية عاد هذا الحق لسيدها فقط.

وكقاعدة عامة عند الرومان، الأم لها حق حياة أو موت على طفلها الناشئ من غير زواج، ولذا فإن الجوازي كن - نظراً للخشية من إضافة أعباء إلى عملهن اليومي خدمة لساتتهن - يتخلصن من عبء العناية بأطفالهن بقتلهم بالمشاركة أحياناً مع آبائهم، ولكن بالتأكيد بعيداً عن مسامح السيد، الذي كان لا يرى ضيراً في زيادة عدد عبيده، إذ له وحده - حسب رأيه - الحق في ملكية جواريه وذريتهن، ولو كانوا ثمرة علاقة مع عبيد أو سادة آخرين.

لكن الأمر في مرحلة لاحقة متأخرة انقلب إلى الضد، إذ أقر القانون الروماني عقوبة لمن يقتل وليده هي عقوبة الموت، ولكنها ليست الإعدام شنقاً، والذي هو العقوبة العادية التي يواجهها كل قاتل، أو هي الإعدام حرقاً عقوبة القاتل إن كان من النبلاء، بل إن قاتل ابنه أو ابنته تطاله عقوبة من قتل أحد أصوله، إذ يربط داخل كيس مع كلب وديك وثعبان وقرد ويقذف في اليم ليفقد بذلك كل أمل في النجاة من الهلاك، فالأب أو الأم إن ارتكبا جريمة قتل طفلهما حديث الولادة لم يكن لهما حق الهلاك بطريقة مشرفة طعنا بالسيف أو حرقاً بالنار أو على أعواد المشنقة، لأن هذه الوسائل من القتل لا ينعم بها إلا القتلة النزهاء⁽¹⁾.

منذ سنة 374 قبل ميلاد المسيح، اعتبر قتل الوليد جريمة قتل عادية homicide ordinaire معاقب عليها عند الرومان بالإعدام، ومع هذا فإنه في أحوال محصورة لرب الأسرة حق الحياة أو الموت يمارسه على ذريته، ولكن لا ينبغي أن

(1) Brissaud, p. 246.

يفهم من ذلك أن التشريع الروماني لم يول عناية لحق الأطفال في الحياة، لأن هذا القانون لم يعامل قتل الأطفال خلال مدة طويلة من تاريخه كجريمة خاصة، إذ أن تطور القانون الروماني يؤكد لنا أنه منذ عهد شيرون (106 Cicéron - 43 قبل الميلاد) للأب الحق في التخلص من ابنه، إن ولد مشوهاً، وهذا يعنى أن الأصل أن قتل الأطفال حديثي الولادة لأي سبب آخر كان معاقباً عليه قانوناً، وإلا لما جاز استثناء هذه الحالة الخاصة⁽¹⁾.

أما الفقه الكنسي، فإنه اعتبر ومنذ وقت طويل قتل الوليد جريمة قتل عادية، أوكل رجال الكنسية أمر العقاب عليها، وحق ملاحقة الجناة بصدها إلى السلطة الزمنية⁽²⁾.

أما في ألمانيا، ومنذ انتشار المسيحية بها، فإن قتل الوليد اعتبر جريمة قتل خاصة معاقبا عليها بعقوبة الإعدام المشددة *la peine capitale aggravée* ممثلة في عقاب المرأة القاتلة بالخازوق ثم دفنها حية⁽³⁾.

في العصور الوسطى دفع الفقر الكثير من النسوة إلى اتخاذ الدعارة كحرفة، ودفعهن أيضا إلى التخلص من أطفالهن حال ولادتهم، وذلك بتركهم خفية في أحد الأماكن العامة عند عدم طرقها من قبل العامة، ليكون العثور على الوليد من قبل أهل الخير ميسوراً، ولكن إن عثر على الجانية عوقبت بالموت⁽⁴⁾، لأن الجريمة اعتبرت آنذاك مرتكبة ضد ضحية بريء محروم من كل وسائل الدفاع عن نفسه، ولأن الجريمة تعكس صورة المرأة الداعرة، التي لم تفكر في عاقبة فعلتها عندما كانت في أحضان عشيقها .

بداية من القرن الثامن عشر - في أوروبا - كيفت هذه الجريمة كقتل

Ibid. (1)

Ibid. (2)

Garraud , tome V , p . 182, note n°3 (3)

Renée Martinage; Histoire du droit pénal, l' éd, 1998, Presses universitaires de France, Paris, p 34. (4)

عادي بل هي في نهاية القرن عينه اعتبرت صورة خاصة للقتل مقترنة بظرف مخفف للعقاب *une circonstance atténuante* ⁽¹⁾ إن اقترن ارتكابها بإحدى حالات الإهمال أو الثورة النفسية أو الغضب المفاجئ، بل إنه في ألمانيا - وفق شروط معينة وفي حالات خاصة - حُقَّ للجنة تقديم عريضة لطلب عضو المستشار الملكي *une requête de grâce* والذي كانوا ينعمون بعفوه بصورة آلية تحت مبررات عدة، ولو لم يتوافق ذلك مع الواقع، إذ كانت الأحكام بالعفو تصدر في حالة موت الطفل فجأة، أو ارتكاب الجريمة من أم عانت من مرض نفسي أو عقلي، أو صغيرة السن لم تدرك تماماً عواقب جرمها ⁽²⁾، وإذا لم يكن ممكناً الادعاء بتوافر أي من هذه المبررات، والتي كانت تخلق خلقاً دون دليل يعززها في حقيقة الأمر، فإن العفو ينال بقرار من ذلك المستشار أو أحد الأمراء حماية لعرض العائلة المسفوح ودرءاً لفضيحة تطاله، بسبب أن الحمل هو ثمرة زنى وقع بين محارم ⁽³⁾.

أما في فرنسا فإنه، وحتى سنة 1750 م، لم يقيم الفقه الجنائي أي اعتبار خاص لجريمة قتل الوليد صيانة للعرض، بل كانت تكيف كقتل عادي وقع ضد أحد فروع الجاني ⁴، ولذا كانت الأم الجانية، ولو كانت غايتها الوحيدة كتم أنفاس طفلها درءاً للفضيحة، تستحق عقوبة القتل العمد، أما في ألمانيا في نفس الفترة، فإنه في حال عدم الحصول على العفو، فإن الجرم يستحق عقوبة يقدرها القاضي *une peine arbitraire* ولكنها في كل الأحوال ليست هي عقوبة القتل العمد في صورته العادية ⁵، ومع هذا فإن العقوبة كانت وبصدد كل الجرائم تخفف تحت ذريعة عدم وجود سبق إصرار *l'absence de préméditation*، أو

(1) Brissaud, p. 247.

(2) Ibid.

(3) Op. cit. p. 248.

(4) Yvonne Bongert ; L'infanticide au siècle des Lumières, Revue historique de droit français et étranger, (4) LVII^e année, avril-juin, 1979 n°2. p. 248.

(5) Op. cit. p. 249.

بسبب الحالة النفسية السيئة للأم الجانية، أو تحت مبررات أخلاقية ممثلة في الحفاظ على شرف الجانية أو شرف أسرتها⁽¹⁾.

وعموماً في نهاية العصور الوسطى، في أوربا، المرأة التي تقتل وليدها حماية للعرض، ولو كان جرمها مصحوباً بسبق إصرار، لم تكن تتعرض إلا لعقوبة السجن، مع ترك تحديد مدته لتقدير القاضي، ولكنها في حال العود قد تتعرض لعقوبة الإعدام حرقاً⁽²⁾.

البحث التاريخي كشف لنا عن وجود عرف قانوني قديم في إقليم نورماندي Normandie بشمال فرنسا يميز بين قتل الوليد بغير عمد، والذي لا يستحق إلا عقوبة دينية ممثلة في إظهار الندم والتوبة أو الاعتكاف للعبادة بأحد الأديرة، وبين الجريمة المرتكبة عمداً، والتي تستحق عقوبة دنيوية موقعة من قبل السلطة الزمنية ممثلة في الحرق وسط كومة من الحطب⁽³⁾، بشرط أن تكون الجريمة قد أودت بحياة طفل غير شرعي، وأن تكون الجانية هي أم الضحية⁽⁴⁾، ومع أن الوأد هو العقوبة الشائعة الاستعمال بالنسبة للنساء المدانات بارتكاب القتل العمد إبان العهد الإقطاعي، فإن الإحراق بالنار هو العقوبة الأثيرة عند القضاة في ذلك العصر، إن كانت الضحية وليداً قُتل من قبل والدته حماية للعرض⁽⁵⁾.

وعلى أي الحال فقد استقر الأمر في القرن الثامن عشر على اعتبار قتل الوليد صيانة للعرض جريمة مستحقة لعقوبة القتل العمد المخفف، بسبب حالة الأم النفسية، وما عانتها من ضيق وهلع خشية اكتشاف علاقتها الجنسية غير

Ibid. (1)

Garraud, tome V, p. 18, note n°12. (2)

Brissaud, p. 247. (3)

Op. cit. p. 250. (4)

Op. cit. p. 249. (5)

المشروعة، أو بسبب عدم أهليتها قانوناً لاستحقاق العقاب، لارتكابها القتل تحت تأثير عوامل نفسية واجتماعية أخرجتها عن طورها، أو بسبب الظروف المصاحبة للحمل أو الوضع، أو بسبب الحالة الصحية للوليد، كما لو ولد مشوهاً، أو غير ذلك من الأسباب والتبريرات⁽¹⁾، ومع هذا فإن القانون الجنائي الفرنسي الصادر بعيد الثورة سنة 1791م لم يقرر أي حكم خاص لهذه الجريمة، مما يعني أن مرتكبها كان يعاقب كأى قاتل آخر، بحسب ما إذا كان جرمه قد اقترن بسبق إصرار أم لا⁽²⁾، أما القانون الجنائي الصادر سنة 1810م، فقد أدرج هذه الجريمة في الفصل الخاص بالقتل المرتكب بين الأقارب، وتحديداً جاءت هذه الجريمة تالية للقتل المرتكب ضد أحد الأصول، وعوقبت مثلها بالإعدام، وهذا يعني أن قتل الوليد، وإن كان بغرض صيانة العرض، هو قتل عمدي مشدد، وسبب تشديد العقوبة هو صفة الضحية وعلاقته بالجاني، إذ كان يكفي للإدانة بالموت إثبات توافر هذه العلاقة، ولا يهم بعد ذلك إن كان الفعل قد اقترن أو لا بسبق إصرار⁽³⁾.

أيا ما كان، فإنه أخذاً في الاعتبار السرية التي تحاط بها هذه الجريمة عند ارتكابها، والظروف الاجتماعية والنفسية التي تدفع الجانية لارتكابها، فقد أوكل في فرنسا النظر في مدى الإدانة من عدمها إلى هيئة من المحلفين، والذين كانوا يفضلون، تحت وطأة الظروف التي دفعت الأم لقتل وليدها، إعلان براءة الأم القاتلة، وبالتالي عدم خضوعها لأية عقوبة⁴، فهياة المحلفين كان يتراءى لها أن العقوبة قاسية جداً، ولا تتناسب مع جسامة الجرم، وبهذا فهي غير عادلة، إذ إن المحلفين، حتى ولو لم تدع لهم الأدلة مفرأ من الإدانة، كانوا يفضلون

(1) Op. cit, p. 250.

(2) Garraud, tome V, p. 186.

(3) Merle et Vitu : Traité de droit criminel, Paris, 1967, p. 1698.

(4) محمد صبحي نجم، ص 68.

إعلان أن الجانية غير مذنبية، لأنه لا خيار لهم إلا بين الإدانة بالموت أو البراءة⁽¹⁾، وبهذا كانت الدعوى المدعمة بأدلة قوية لا يتطرق إليها أي شك تنتهي بإعلان براءة المتهم، رغم قناعة المحلفين بإذئاب الجانية، لأنهم قدروا أن العقوبة بلغت حداً من القسوة لم تعد معها في رأيهم قابلة للتطبيق، ومن باب أولى، فإن العثور على أي دليل للبراءة، ولو كان واهياً يمكن أن يفسر، ولو بكثير من التعسف، لمصلحة المتهم، لإثبات براءتها، فكل ما كان يثبت البراءة هو مقبول، كما لو كان هناك شك في حياة الوليد، وصولاً لإقرار أن الجريمة قد ارتكبت ضد جثة الوليد لا الوليد ذاته، أو التعلل بعدم توافر القصد الجنائي، وصولاً إلى تطبيق عقوبة القتل الخطأ، وهذا كله يمثل في الحقيقة نوعاً من الاحتجاج، وإن كان بصورة غير مباشرة ضد النصوص القانونية المعاقبة على قتل الوليد صيانة للعرض⁽²⁾، وبهذا كان غالب المتهمين يفرون من الموت شتقاً، المطبق كعقوبة لجريمة القتل العادية، وحتى وإن تم تكييف فعلهم بأنه قتل فإنهم - بالنظر للظروف المحيطة بارتكاب الجريمة - لا يخضعون إلا لعقوبة تقديرية تلعب قناعة هيئة المحلفين دوراً في تحديدها، بل في الغالب الأعم من الأحوال، لا ينال الجاني إلا عقوبة النفي المسبوق بالجلد⁽³⁾، وقد لعب عدم تحديد أركان الجريمة وشروط تطبيق العقوبة بدقة دوراً إيجابياً - بعد أن كان سلبياً - لمصلحة المتهم، إذ كانت هذه الأركان والشروط من السعة ما ترك المجال واسعاً أمام تفسيرات عدة، وآل الأمر في نهاية القرن الثامن عشر إلى انقلاب مضمون النصوص الخاصة بهذه الجريمة في فرنسا إلى عكس معناها الذي كانت عليه في بداية القرن⁽⁴⁾.

(1) Pierre Pouzat et Jean Pinatel : Traité de droit pénal et de criminologie, III éd, 1970, Paris, tome I p. 512.

(2) Garraud, tome V, p. 191.

(3) Bongert, p.255.

(4) H.Donnedieu De Vabres : Traité de droit criminel et de législation pénale comparée, III' éd, 1947,

Librairie du Recueil Sirey, Paris, p.42. Maurice Patin : La poursuite des crimes, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 1950, p. 154.

تلافياً لذلك أعلن المشرع الفرنسي في المادة الخامسة من القانون الصادر في 25 يونيو 1824 م عن عذر مخفف *une excuse atténuante* بحيث صارت عقوبة الجاني الأشغال الشاقة المؤبدة *les travaux forcés à perpétuité* بدلاً من الموت شنقاً، ولكن هذا التخفيف العقابي قُصر على الأم فقط، دون شركائها أو غيرها من الجناة، مهما كانت علاقتهما بالضحية⁽¹⁾.

هذا النص ما لبث أن ألغى بالقانون الصادر في 28 أبريل 1832 م، فعاد الأمر إلى سابق عهده⁽²⁾، ولكن جريمة خاصة أنشئت بالقانون الفرنسي الصادر في 21 نوفمبر 1901 م صارت تعرف بقتل الوليد صيانة للعرض، حيث حددت في هذا القانون أركان الجريمة وشروط تطبيق العقوبة، بغية جعل العقاب على هذا الجرم ممكن التطبيق، مما استوجب تقرير عقوبة مخففة *une peine atténuée* له، ولذا أنشأ المشرع الفرنسي بهذا القانون ظرفاً مخففاً للعقاب *une circonstance atténuante* يطبق فقط على أم الطفل المغدور، سواء كانت فاعلاً أصلياً أم شريكاً⁽³⁾، والواضح أن الاختلاف الوحيد بين أركان هذه الجريمة وجريمة القتل العادية هو صفة الجاني ممثلة في وجوب كونه أماً للضحية، وفي كون المجني عليه وليداً اغتيل بعد ولادته مباشرة⁽⁴⁾، ومع هذا فإن جانباً من الفقه الفرنسي آنذاك رأى أن المشرع لم ينشئ جريمة خاصة، بل أن قتل الوليد صيانة للعرض هو جريمة قتل عادية، اقتضت ظروف ارتكابها تخفيف العقوبة⁽⁵⁾.

وعلى أي حال بناء على نصوص هذا القانون ينبغي التمييز بين حالتين،

(1) Garraud, tome V, p. 187.

(2) Émile Garçon : Code pénal annoté, Librairie Sirey, Paris, 1959, tome II, p. 36. Serge Portelli : Crimes et délits de famille, l'état du droit, in Violences en famille, conflits privés, pudeurs publiques, les cahiers de la sécurité intérieure, l'Institut des Hautes études de la Sécurité Intérieure, 1997, p. 84.

(3) Jean Brouchet ; La loi du 13 avril 1954 relative à la répression des crimes et délits contre les enfants, (3)

Revue de science criminelle et droit pénal comparé, tome X, 1955, p. 1. Garraud, tome V, p. 187.

(4) Garçon, tome II, p. 37.

(5) Francisque Goyet : Précis de droit pénal spécial, Librairie de la société, 1925, Paris, p. 130.

بحسب ما إذا كان الفعل مقترنا بسبق إصرار أم لا :

- إذا اقترن القتل بسبق إصرار، فإن الأم تعاقب بالأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة، وغيرها من الجناة يعاقبون بالإعدام، فاعلين أصليين كانوا أم شركاء.
- إذا لم يقترن القتل بسبق إصرار، فإن الأم تعاقب بالأشغال الشاقة المؤقتة، ويعاقب غيرها من الجناة بالأشغال الشاقة المؤبدة⁽¹⁾.

ورغم كل هذا، فإن ندم المتهمه ودموعها المدرارة وتوسلاتها أمام هيئة المحلفين كانت تلعب دورها في هذا النوع من القضايا، بل إنها صارت حجة معتبرة عند بعض المحلفين لإعلان براءة المتهمه، وربما حتى شريكها، حتى ولو أن الفضيحة التي أريد درؤها قد وصلت إلى كل المسامح⁽²⁾.

أما تحت الاحتلال الألماني، فقد عمد المشرع الجنائي الفرنسي لحكومة فيشي سنة 1941 م، بقانون أصدره في الثاني من سبتمبر إلى تجنيح correctionalisation هذه الجنائية⁽³⁾، ليس بغرض تخفيف عقوبتها، بل لكي تصبح قابلة للتطبيق⁽⁴⁾، وبصورة أوضح بغية تضادي محكمة الجنائيات وما يصدر عنها من أحكام براءة، تمنح بصورة آلية للمتهمين، فالغاية من إصدار هذا القانون إذا هو سلب اختصاص هيئة المحلفين ومحكمة الجنائيات بنظر الدعوى، لقناعة المشرع آنذاك بأن البراءة ستكون هي الحكم النهائي⁽⁵⁾، وبهذا فإن قتل الوليد صيانة للعرض صار جنحة عقوبتها فقط الحبس أو الغرامة، دون أن يحول ذلك دون أعمال النصوص الخاصة بالرفقة، أو النزول بالعقوبة إلى ما دون

(1) Garraud, tome V, p. 193. Garçon, tome II, p. 37. Jean Larguier et Anne-Marie Larguier : Droit pénal spécial, II' éd, 1976, Dalloz, Paris, p. 10.

(2) Garraud, tome V, p. 200.

(3) Garçon, tome II, P. 36. De Vabres, p. 441. Brouhot, p. 1. Bouzat et Pinatel, tome I, p. 68.

(4) Portelli, p. 85.

(5) محمد صبحي نجم، ص 68.

حدها الأدنى، إن رأى القاضي ذلك⁽¹⁾.

في سنة 1954 م أعاد المشرع الجنائي الفرنسي لهذه الجريمة وصف الجنائية⁽²⁾، وذلك بالقانون الذي أصدره في 13 أبريل والخاص بالعقاب على الجنايات والجنح المرتكبة ضد الأطفال⁽³⁾، وبهذا صارت العقوبة :
- بالنسبة للأمر (فاعلا أصليا أم شريكا) السجن من عشر إلى عشرين سنة.

- بالنسبة لغيرها (فاعلا أصليا أم شريكا) عقوبة القتل العمد بحسب اقترانه بسبق الإصرار من عدمه⁽⁴⁾.

هذه الجريمة وعقوبتها لم يعد لهما محل في القانون الجنائي الفرنسي الحالي، بل إن الأمور بصدهما انقلبت إلى الضد إذ صارت صفة الوليد سبباً لتشديد عقوبة القتل العمد بحسب المادة 221 - 4، إذ المشرع الجنائي الفرنسي تبين له أن حماية حالة الضعف المتسم بها الضحية توجب تشديد العقوبة كلما كان المجني عليه قاصراً لم يتجاوز الخامسة عشرة من عمره.

أما التشريعات الجنائية العربية فلا زالت متمسكة بالأفكار التي سادت التشريع الجنائي الفرنسي في فترة ما بين الحربين وما بعدها، ولذا اعتبرت الجاني جديراً بتخفيف العقوبة، إذ بحسبها ما ارتكبه الجاني ليس له من الخطورة ما يوجب تشديد العقوبة، أو اعتبار الجريمة جنائية، بل أنها ليست إلا جنحة تستحق تخفيف العقوبة⁽⁵⁾.

مما سبق نتبين أن تخفيف العقوبة بصدد قتل الوليد، إن تم بغرض صيانة العرض، نشأ وما في ظل ظروف تاريخية مرتبطة بنظام الإقطاع الذي

(1) Jean Larguier et Anne-Marie Larguier, p. 11. Bouzat et Pinatel, tome I, p. 68.

(2) محمد صبحي نجم، ص 69.

(3) Brouchet, p. 4. Garçon, tome II, p. 38.

(4) Jean Larguier et Anne-Marie Larguier, p. 11. Portelli, p. 85.

(5) Patin, p. 154. Garraud, tome V, p. 189, note n°18.

ساد في أوروبا، وبالأخص في فرنسا، إبان العصور الوسطى، وارتبط هذا التخفيف، في القرن العشرين، بتطورات النظام القضائي الفرنسي، وهذه كلها عوامل لا علاقة لنظامنا القضائي ولا مجتمعنا الليبي بها، مما يقطع أية صلة تاريخية بين نظام تخفيف العقوبة بسبب قتل الوليد حماية للعرض وظروف مجتمعنا، بل إن ذلك نظام مستورد سيق لنا مع موجة ترجمة القوانين الغربية إلى العربية واعتبارها النموذج الأمثل الجدير بأن يتخذ قدوة، بل إن اتّباع هذا المنهج التقليدي يوجب علينا - مادامنا قد ارتضينا لأنفسنا أن نكون تابعين - أن نُسقط هذه الجريمة وعقوبتها المخففة من نصوص قانوننا الجنائي، مادام المتبوعان وهما المشرعان الفرنسي والإيطالي قد ألغياها من نصوص قوانينهم الجنائية.

المبحث الثاني

الأساس العقلي لتخفيف عقوبة

قتل الوليد صيانة للعرض

البحث التاريخي أوضح لنا أن التكييف القانوني لقتل الوليد صيانة للعرض مر بمراحل عدة من التطور، تراوحت ما بين اعتباره جريمة قتل عادية، إلى تشديد العقوبة أو تخفيفها، ولكن السؤال الذي يطرح هنا هو هل ينبغي اعتبار قتل الأطفال صيانة لعرض ذويهم جريمة خاصة لها أحكامها المتميزة أم هو قتل عمدي وإن ارتكب في ظروف معينة ؟

مواقف التشريعات الجنائية المعاصرة تفرعت حول هذه المسألة، فبعضها وهو الجانب الأقل، ويمثله في القوانين العربية القانون الجنائي المصري، لا يتضمن أية أحكام خاصة بهذه الجريمة، بل يطبق عليها الأحكام العامة لجريمة القتل العادية دون تشديد للعقوبة أو تخفيفها بسبب صفة الجاني أو المجني عليه، وبعضها الآخر، ويمثله أغلب القوانين الجنائية المعاصرة، خص قتل الوليد

صيانة للعرض بأحكام معينة، ولكن موقف هذه القوانين تضرع إلى شعبتين، بحسب الزاوية التي نظر من خلالها المشرع لقتل وليد بُعيد أو أثناء ولادته على يد أحد ذويه، إذ كانت هذه العلاقة في نظر البعض - ومن ضمنهم المشرع الليبي والمشرعون العرب إلا المشرع المصري - سببا لتخفيف العقوبة، بالنظر لأن الجريمة ارتكبت صيانة لعرض الجاني أو أحد ذوي قرياه، وبالنظر للضغط النفسي والاجتماعي الذي عاناه مرتكب الجريمة، ولكن هذه العلاقة ذاتها هي السبب في تشديد العقوبة في نظر مشرعين آخرين، يمثلهم هنا المشرع الجنائي الفرنسي، لأن الجريمة ارتكبت ضد كائن ضعيف لا قدرة له على حماية نفسه أو الدفاع عنها، بل هو أحوج للحماية من طرف قاتله، والذي استغل ضعف الضحية ليسهل عليه ارتكاب جريمته.

والظاهر من النصوص المخففة لعقوبة القتل المرتكب صيانة للعرض أنها تتفق في نقاط ثلاث هي وجوب أن يكون المجني عليه وليداً *un nouveau-né*، قتل بعيد ولادته مباشرة، أو جنينا *un embryon* قتل أثناء ولادته⁽¹⁾، وأن القاتل هو أحد ذوي قريى المجني عليه بحسب درجة محددة في كل تشريع، ما بين مضيّق لها في هذا الصدد⁽²⁾ وموسع⁽³⁾، وأن يكون هدف القاتل حماية عرضه أو عرض أحد ذوي قرياه⁽⁴⁾.

(1) مع ملاحظة أنه في حال قتل الوليد يكون الاعتداء موجهاً لإنسان مكتمل النمو أما في الحالة الأخرى فالفعل يقترب من الإجهاض لأن الاعتداء موجه ضد الجنين وأمه في نفس الوقت والتي قد تقع هي نفسها ضحية لهذا الاعتداء.

(2) فمثلا تحصر قوانين لبنان وسوريا والأردن هذه العلاقة في أم المجني عليه فإن ارتكب الجريمة غيرها فالعقاب يكون مشدداً مهما كانت درجة القرابة بالمجني عليه ولو كان دافعه للقتل هو حماية الأم من عار الفضيحة. محمد صبحي نجم ص 72.

(3) إذ بحسب المادة 373 عقوبات ليبي الجاني يمكن أن يكون أم المجني عليه أو أحد أقاربها بمعنى أحد أصولها أو فروعها أو زوجها أو أختها أو أخواتها أو أحد أقاربها بالمصاهرة في نفس الدرجة أو أحد أخواتها أو أعمامها أو عماتها سواء ارتكبوا الجريمة بالاتفاق مع الأم أو ضد إرادتها. بارة ص 92. الذهبي ص 82. البطراري ص 390.

(4) بارة ص 98. الذهبي ص 80.

ف العقوبة القتل يتوجب تخفيفها إن كان ضحية الجريمة جنينا مكتمل النمو⁽¹⁾، قتل حال الولادة، أو وليداً بعد ولادته مباشرة، إن وُلِدَ حياً⁽²⁾، ولو لم يكن بحسب الظروف قابلاً للحياة، بل ولو جاء الرأي الطبي جازماً بأنه لن يعيش إلا للحظات أو ساعات معدودة⁽³⁾، لأن القانون يسبغ حمايته على كل حياة آدمية، مهما كانت قصيرة ولو كانت مهددة بالموت بصورة جدية⁽⁴⁾، سواء كان المولود ذكراً أم أنثى⁽⁵⁾، ولا بد أخيراً أن ترتكب الجريمة عن عمد، إذ إن حب الأم الطبيعي لفلذة كبدها وحنوها عليه يحول غالباً - ما لم يتأكد عكس ذلك بدليل قطعي - دون توافر ركن العمدية⁽⁶⁾.

فأركان الجريمة هي ذاتها أركان جريمة القتل العمد، لكن الصفة الخاصة في المجني عليه، ممثلة في كونه وليداً أو جنينا قتل حال الولادة وقبل أن يشيع أمر الولادة هي سبب تخفيف العقوبة.

وفي كل الأحوال يجب أن يكون المجني عليه ثمرة علاقة جنسية غير مشروعة⁽⁷⁾، سواء كانت الأم متزوجة أم لا⁽⁸⁾، أرملة أم مطلقة أم ذات زوج

(1) فإن بلغ التشويه حداً خرج به عن كونه طفلاً اعتبرت الجريمة إيذاءً أو إجهاضاً مرتكب ضد الأم. محمد أبو العلا عقيدة : المجني عليه ودوره في الظاهرة الإجرامية (دراسة في علم المجني عليه) دار الفكر العربي، 1988 م، القاهرة، ص 255.

(2) لأنه عملاً وقانوناً لا يمكن قتل من لم يكن متمتعاً بالحياة إذ الركن المادي يقع في هذه الحالة على جثة لا حياة فيها لأن نية القتل وحدها ولو أعلن عنها بكل وضوح ولو كانت عمدية لا تكفي لوحدها للإدانة بالقتل لأن إزهاق الروح هنا يكون مستحيلاً. Jean Larguier et Anne-Marie. Garçon, tome II, p. 39. Goyet, p. 130. Larguier, p. 11.

(3) Garraud, tome V, p. 196 et 200.

(4) Op. cit, tome V, p. 198.

(5) البطرأوي ص 388.

(6) Brissaud, p. 245. الذهبي ص 80. البطرأوي ص 391. بارة ص 94.

(7) محمود أحمد طه ص 38. أحمد رفعت خفاجة : جريمة قتل الأم طفلها اتقاءً للعار، مجلة الأمن العام، ع 57، ص 15، 1972 م، ص 93.

(8) الذهبي ص 80. بارة ص 92.

عقيم⁽¹⁾، وسواء كان المجني عليه ثمرة علاقة جنسية رضائية أو ثمرة اغتصاب⁽²⁾، وهذا ما تتفق فيه القوانين العربية⁽³⁾ ولا يشذ عنها في هذا إلا القانون الأردني (م331) والذي يجيز للأب التمتع بالعقوبة المخففة، ولو كان وليدها ثمرة زواج شرعي مكتمل الشروط والأركان، إذا كانت حالتها الصحية أو النفسية قد ساءت بسبب الحمل أو الإنجاب أو الإرضاع، وهذا ما كان عليه الفقه في ظل القانون الفرنسي قبل إلغاء نص المواد 300 - 302 من القانون الجنائي، إذ كان يستوي لتخفيف العقوبة أن يكون الضحية ثمرة زواج أو علاقة جنسية غير مشروعة⁽⁴⁾.

والواضح مما سبق كله أن المشرع عند تخفيفه للعقوبة لم يأخذ في اعتباره ضعف المجني عليه في مواجهة الجاني، ولا حتى علاقة القرابة التي تربط بين القاتل والقتيل، بل أن سبب تخفيف العقاب هو ارتكاب الجريمة بهدف صيانة عرض الجاني أو أحد ذوي قرابته⁽⁵⁾، فهذا هو الغرض الأوحد الذي من أجله خفضت العقوبة، أما غيره من البواعث، مهما كانت درجة نزاهتها ونبيلها، فلا تصلح في نظر المشرع مبرراً لتخفيف العقاب⁽⁶⁾، ولذا لا يستفيد القاتل من العذر

(1) محمد صبحي نجم، ص 73.

(2) المرجع السابق.

(3) البطراوي ص 389. علي محمد جعفر: قانون العقوبات الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 1987، م، بيروت ص 143.

(4) Bongert, p. 257

(5) الذهبي ص 82. بارة ص 94. خفاجة ص 93.

(6) وهذا ما عليه كل التشريعات العربية إلا القانون الجنائي المغربي في مادته 739 حيث لم يشترط إلا توافر علاقة قرابة بين القاتلة (الأم) والضحية ولذا فإن الأم تستمتع بالعقوبة المخففة إن قتلت وليدها بهدف تفادي افتضاح علاقتها الجنسية غير المشروعة أو لكونه ولد مشوها أو لمجرد الانتقام من والده أو بسبب الفقر أو لحرمان الطفل من الميراث أو تخلصاً من نفقات معيشته وهذا الموقف هو ما كان عليه الفقه في ظل نص المادة 300 من القانون الجنائي الفرنسي قبل إلغائها. Garçon, tome II, p. 38. أبو المعاطي حافظ أبو الفتوح: شرح القانون الجنائي المغربي، القسم الخاص، ط 1، 1983، م، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ص 115.

المخفف إذا كان دافعه إلى القتل هو ضيق الرزق أو التخلص من المولود لأنه أنتى أو الانتقام من الوالدة⁽¹⁾، ولا يمكن تصور توافر هذا الشرط إلا في وسط اجتماعي يحرم الزنى، بل وكل علاقة جنسية خارج الزواج، فلو كان المجتمع الذي ينتمي إليه الجاني لا يقيم أي وزن للترفة بين الابن الشرعي والابن من الزنى أو أن الجانية (أو الجاني) تعتقد في (قيم) ولها قناعة راسخة بمبادئ دفعتها للاستهتار بالشرف فلا مبرر في هذه الحالة لتخفيف العقوبة، وكذا الأمر لو أن القاتلة كانت إحدى بنات الهوى، أو لم تكن تخفي حملها، بل كانت تعلنه أو تتباهى به أو تدافع عن أحقيتها في ممارسة علاقات غير شرعية مع من تشاء، أو كان قريبها القاتل هو من دفعها للدعارة⁽²⁾.

ويجب أن تكون الجريمة قد ارتكبت أثناء ولادة الطفل pendant l'accouchement أو بعد ولادته مباشرة à la suite de la naissance⁽³⁾، بمعنى أنه يجب ألا يمر وقت طويل بين الولادة والقتل، وقد عبر المشرع الليبي عن ذلك في المادة 373 عقوبات بقوله "بعد ولادته مباشرة"، وهذا مصطلح مرن يسمح بعدة تفسيرات⁽⁴⁾، ولكن تشريعات جنائية عدة حددت المدة ما بين الولادة وارتكاب الجريمة بصورة قاطعة، كما كان يفعل المشرع السوداني عندما حددها بثمانية أيام في المادة 253/1 من القانون الجنائي⁽⁵⁾، وكان الفقه الجنائي الفرنسي قد حدد تلك المدة بصورة موضوعية، عندما اشترط أن يكون القتل قد ارتكب خلال أحد الأيام الثلاثة التالية للولادة، مستنتجاً ذلك من كون هذه الأيام الثلاثة هي المدة المتطلبية لتسجيل المولود في السجلات الرسمية⁽⁶⁾، فإن انقضت هذه المدة

(1) الذهبي ص 82. البتراوي ص 391.

(2) محمود أحمد طه ص 38. الذهبي ص 82. علي محمد جعفر ص 109. محمد صبيح نجم ص 74.

(3) الذهبي ص 81.

(4) البتراوي ص 388. الذهبي ص 80.

(5) محمد محيي الدين عوض ص 510.

(6) Merle et Vitu, p. 1697. Bongert, p. 257. Garraud, tome V, p. 197. Garçon, tome II, p. 41.

أحيطت حياة الطفل بضمانات أخرى مستمدة من النصوص الجنائية المجرمة للقتل غير المخفف العقوبة، وهذا يعني بمفهوم المخالفة أن تسجيل الوليد في سجلات الحالة المدنية، ولو قبل انقضاء مدة الثلاثة أيام، يحول دون تمتع قاتله بالعقوبة المخففة⁽¹⁾، لأن ولادة الطفل صارت أمراً مشتهراً، إذ التسجيل بسجلات الحالة المدنية أذاع حالة يريد القاتل إخفاءها⁽²⁾، ورغم هذا فإن غالب الفقه الجنائي يرى أن الجريمة ذات العقوبة المخففة يمكن ارتكابها حال الولادة أو الحمل، وذلك إذا لم يكن أمر الولادة قد اشتهر وذاع، فبحسب هذا الجانب الفقهي يتوجب ترك تحديد أمر هذه المسألة لقاضي الموضوع وما يتراءى له من خلال ملاسبات كل دعوى على حدة⁽³⁾، ومع هذا فإن الفقه الجنائي الفرنسي كان يعتبر مدة سبعة أيام طويلة، لأن خبر الولادة يكون قد سرى في المجتمع، ولأن الأم تكون خلالها قد استعادت عافيتها، وأن توازنها الصحي والنفسي قد عاد لسابق عهده فلم يعد إذا هناك سبب لتخفيف العقوبة⁽⁴⁾، وبالمقابل فإن المشرع الأردني في المادة 331 من قانونه الجنائي خفض عقوبة الأم إن قتلت طفلها قبل انقضاء سنة على ولادته، إذا كانت حالة الأم الصحية أو النفسية سيئة بسبب الحمل أو الولادة أو الإرضاع، ولو كان الطفل ثمرة زواج شرعي، بمعنى أنه إذا كانت الأم لم تستعد كامل عافيتها أو لا زالت تعاني من آثار الحمل أو الولادة أو الإرضاع⁽⁵⁾.

وفي كل الأحوال فإن الفقه الجنائي العربي استقر على أن هذه المدة

(1) Merle et Vitu, p. 1698.

(2) Garraud, tome V, p. 197. Garçon, tome II, p. 41.

(3) Jean Larguier et Anne-Marie Larguier, p. 11. Garraud, tome V, p. 200. علي محمد جعفر ص 143،

الذهبي ص 81.

(4) Garçon, tome II, p. 41.

(5) محمد صبحي نجم ص 75.

تختلف من حالة لأخرى، وأنه يتوجب أن تكون قصيرة جداً⁽¹⁾، وهو في هذا يستند إلى ما يلي⁽²⁾:

- إخفاء الفضيحة هو السبب الذي دعا الأم وأقاربها إلى التخلص من الوليد باعتباره الدليل المثبت لتلك العلاقة الجنسية غير المشروعة، وهذا يقتضي التخلص سريعاً من ثمرة تلك العلاقة قبل انتشار خبر الحمل أو الولادة، لأن الجريمة المرتكبة صيانة للعرض تصبح غير مبررة إن كان خبر الولادة قد ذاع وانتشر، لأنه لا معنى ولا مبرر للقتل لإخفاء خبر سبق إن سرى في المجتمع⁽³⁾.

- الخشية من تلوث الشرف تضع الأم تحت ضغط نفسي شديد، وهذا سبب آخر لتخفيف العقوبة، ولكن انقضاء مدة طويلة يخمد أو يلطف على الأقل هذا الإحساس بالخوف ويقطع كل علاقة بين الجريمة والخشية من انتشار الفضيحة بتلويث الشرف، مما لا يعد معه هناك مبرر لتخفيف العقوبة.

ويبدو أن محكمتنا العليا تشايح هذا الرأي إذ قضت بأن مرور أربعة أيام بعد الميلاد هو مدة طويلة وكافية لتلاشي حالة الخوف من تلوث الشرف، ولهذا فقد قضت بعدم إمكانية تطبيق نص المادة 337 إذا كانت الأم قد قتلت وليدها بعد مرور أربعة أيام على ولادته⁽⁴⁾.

والملاحظ أن الجنائيين العرب - مستمدين أفكارهم من الفقه الجنائي الفرنسي - حاولوا بالاستناد إلى الأركان الخاصة لهذه الجريمة تبرير تخفيف عقوبتها، إذ بحسب بعضهم تخفيف العقوبة سببه أن الجاني يهدف بفعله إلى

(1) محمود أحمد طه ص 37. علي حسن الشريفي: الباعث وأثره في المسؤولية الجنائية، دراسة مقارنة بأحكام الشريعة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1986 م، ص 466.

(2) محمد أبو العلا عقيدة ص 255. بارة ص 93.

(3) محمد أبو العلا عقيدة ص 11، بارة ص 93.

(4) طعن جنائي رقم 35 - 30، 24 سبتمبر 1985 م، مجلة المحكمة العليا، السنة 23، العدد رقم 3، 4، 1987 م، ص 158.

أبعاد العار عن نفسه وعن أسرته، ففعله إذاً ذو هدف نبيل، لأن غايته حماية شرفه وسمعة العائلة والذود عنهما⁽¹⁾، وكل فعل هذه غايته يستحق تخفيف العقوبة، لأن المجتمع هو من حظر على المرأة وأقاربها ممارسة أي فعل جنسي خارج إطار الزواج المشروع، فكان ما ارتكبه الجاني من جرم يحقق رغبة المجتمع وينسجم مع أهدافه في عدم إشاعة الفاحشة فيه، فالقتل هنا هو وسيلة مكافحة وإن بصورة غير مباشرة ضد انتشار الفساد في المجتمع⁽²⁾، فكان ما قام به الجاني من التخلص من ثمرة ذلك الحمل غير المشروع، بغية تفتاد إشاعة الفضيحة أو لحوق العار يستحق، وفق هذا المنطق، أن يؤخذ في الاعتبار عند تقدير العقوبة بالنظر لنبل غايته⁽³⁾.

ولكن آخرين يرون أن تخفيف العقوبة يجد مبرره في الإحساس بالرحمة تجاه الأم المذنبة التي تقتل وليدها بغية حماية شرفها وصيانة سمعتها⁽⁴⁾، بينما سبب تخفيف العقاب حسب وجهة نظر جانب آخر من الفقه الجنائي العربي هو وقوع الجاني، وتحديد الأُم، تحت ضغط ظروف نفسية واجتماعية بل وجسدية تدفعها أحيانا لفعل كل ما هو ممكن لإبعاد تلك الفضيحة المتوقعة، ولو بالتخلص من دليل الإدانة بالزنى قبل أن يفتضح الأمر من قبل آخرين ويصل علم ذلك إلى الكافة⁽⁵⁾.

ولكن جانباً آخر من الفقه القانوني يبرر تخفيف العقوبة بالصدمة

(1) علي الشريفي ص 464. علي الحوات : الجرائم الجنسية، ط 1، 1997 م، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، الرياض، ص 86.

(2) خفاجة، ص 93.

(3) الحوات، ص 86.

(4) محمد أبو العلا عقيدة ص 254. أحلام النهوي : مركز الأنثى في قانون العقوبات الليبي، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير - كلية القانون بجامعة قاريونس، 2004، ص 84.

(5) Voir, Bongert, p. 257. Garraud, tome V, p. 189. محمد صبحي نجم ص 71. بارة ص 93. علي الشريفي ص 466.

النفسية التي تصيب الأم أو أقاربها، حينما يرون أمام أعينهم ثمرة تلك العلاقة الجنسية غير المشروعة، مما يدفعهم، وقد أعماهم الغضب، إلى ارتكاب ما ارتكبه من جرم⁽¹⁾، وقد كان جانب من الفقه الجنائي الفرنسي يقر هذا التعليل، إذ كان يرى أن العقوبة المخفضة لا يمكن تطبيقها إلا إذا كان القتل قد ارتكب أثناء فترة الاضطراب والتوتر الناجمة عن حالة الوضع، فهذا له تأثيره على إرادة الجاني وحرية اختياره⁽²⁾، وهو بهذا ما يمكن أن يبرر تخفيف العقوبة، لأنه يُظهر أن الجاني أقل خطورة ممن يرتكب ذات الجرم دون أن يكون متأثراً بأي اضطراب أو توتر نفسي، بل بعد تفكير وتدبر عميقين⁽³⁾، ويبدو هذا التبرير مستساغاً من قبل محكمتنا العليا إذ قررت في حكمها الصادر في 24 سبتمبر 1985 م أنه يشترط لتطبيق نص المادة 373 أن يكون القتل حفظاً للعرض، وذلك لا يتحقق إلا إذا بوشر فعل القتل عقب الولادة بحيث لا تفصل بين المدتين فترة طويلة من الزمن، تقطع في الدلالة على أن الأم قد اجتازت اللحظات التالية للولادة مباشرة بما يصاحبها من ألم مادي وحالة انفعال طارئة، نتيجة المجابهة بثمره الخطيئة التي بادرت لتوها لإخماد أنفاسها للقضاء بذلك على شبح الفضيحة ودليلها، فإن فصلت بينها فترة زمنية من شأنها أن تتيح للأم فرصة التروي والتفكير الهادي في ماهية ما تنوي الإقدام عليه من فعل، وتخرجها عن حالة الانفعال الطارئة التي هي علة هذا العذر ومناطه، وتراخي فعل القتل إلى ما بعد ذلك، فإن شرط انطباق النص يكون متخلفاً⁽⁴⁾.

جانب آخر من الفقه الجنائي يبرر هذا التخفيف للعقوبة بالاعتماد على وجهة نظر الجاني، والذي وإن لم ينكر تماماً وجود الضحية ككائن حي

(1) علي محمد جعفر ص 143. خفاجة ص 94.

(2) Bongert, p. 257

(3) Garraud, tome V, p 189

(4) طعن جنائي رقم 35 - 30 ق، مجلة المحكمة العليا، س 23، ع 3، 4، 1987 م، ص 158.

لكنه اعتبره شيئاً تافه القيمة، بل هو في نظره عديمها، وهذا ما يسميه البعض بتتفیه الضحية dévalorisation de la victime، إذ بناء على وجهة نظره، الجاني يقنع نفسه بأن فعله لن يسبب أي ضرر أو إيذاء للمجني عليه، مما يعرّيه من أي إحساس بالذنب، وبهذا فإن هذا المجني عليه عديم القيمة ولا حق له في أي حماية قانونية، وهذا ما يقوى في نفس الجاني تبريرات جرمه، بل إنه يرى، في بعض الأحيان، أن هذه الضحية لا تستحق العيش بل الأولى ألا يولد ذلك الطفل حياً⁽¹⁾.

ورغم كل هذا فإننا نرى أن أياً من هذه التبريرات لا يصلح مبرراً لتخفيف العقوبة، وذلك للأسباب التالية :

- كيف يمكن للمشرع إغماض عينيه عن جريمة ارتكبت ضد برئ لا حول له ولا طول وكأنه لا حق له في الحياة وذلك بغية صيانة شرف شخص هو نفسه من فرط فيه، إن من لوّث شرفه لا نظنه جديراً بهذه الرعاية القانونية، بل هو بالعقاب أجدر.

- هل قتل ذلك الوليد سيحول دون افتضاح أمر الزانية ؟ إن الغالب من الأحوال أنه بعد إدانتها قضائياً سيصل علم جرمها إلى من لا علم له، وسيطير خبر فضيحتها بين أفراد المجتمع، فإخفاء الأمر إذا لم يعد ممكناً، بل هو مستحيل بعد أن تم توثيقه بحكم قضائي⁽²⁾.

- إن شايعنا منطق المشرع وقبلنا بأن للأمم القاتلة حق في ألا تعاقب إلا بعقوبة مخففة، أليس للمجني عليه كل الحق في أن يعيش، وحقه في الحياة هذا يتعارض مع حق الأم في تخفيف العقوبة، ولا شك أن حقه أقوى، فهو إذاً أولى بالاعتبار.

(1) Garçon, tome II, p. 37

(2) البطراوي ص 387 .

- إن قبلنا أن من أجهضت نفسها أو من أجهض إحدى قريباته بعد زنى ارتكب هو معذور في فعله، وبالأخص إن ارتكب جرمه حال علمه بالحمل وكان ذلك قبل افتضاح الأمر، وتحديدًا قبل مضي ثلاثة أشهر على الحمل، فما هو عذر من انتظر تسعة أشهر، وهو يرى خلالها ثمرة الزنى بارزة أمام ناظريه، ثم يدعي أنه قد فوجئ بالوضع وأن هدفه هو الحيلولة دون افتضاح أمر الحمل، فعنصر المفاجأة يقتضي حدوث العلم بأمر لم يكن متوقعًا بحسب المجرى العادي للأمور، ولكن الجاني، وبالأخص الأم، لديه علم يقيني بالحمل.

- لا يمكن لا عقلا ولا منطقيًا قبول ما ساقته محكمتنا العليا من تبرير لتخفيف العقوبة عندما قالت بأن الجانية قد ارتكب ما ارتكبته تحت تأثير عاطفة استثنائية، ممثلة في حالة الانفعال الناتجة عن علمها بالحمل، أو أن قريبها قد قتل الوليد بسبب تلك العاطفة الجياشة التي اعترته حال علمه بالحمل، أي يمكن أن نصدق أن الأم أو أحد ذوي قرياتها، وبالأخص إن كان يعيش معها في المنزل قد فوجئ بالحمل وهو يرى آثاره على الأم بادية للعيان طوال أشهر عديدة، فهذا التبرير لا يمكن قبوله إلا إذا كان القاتل غائبًا ولمدة طويلة عن محل إقامة الأم الحامل، إذ هذه هي الحالة الوحيدة التي يمكن فيها تصور مفاجأة القاتل بالحمل رغم مرور أشهر عدة على تكونه.

- الجريمة في الحقيقة لا تعبر إلا عن أنانية مفرطة وأقصى درجات الاستهتار بحياة الغير، فالجاني ينتظر عدة أشهر لكي يحول دون لحوق أي ضرر به، لقد كان يمكنه ممارسة الإجهاض ولن يكتشف جرمه وبالأخص إن كان الحمل في مراحل الأولى، ولكن ذلك فيه من الخطر على حياة المرأة الحامل ما فيه، ولذا فهي تفضل الانتظار تحاشياً للخطر أو الضرر الذي قد يلحقها ولو كان ذلك على حساب حياة فلذة كبدها.

- إن أقنعنا أنفسنا بأن الجريمة لا تستحق إلا عقوبة مخففة إن ارتكبت من قبل شخص يحمل للشرف في نفسه قيمة كبيرة، فما هو تبرير تخفيف

العقوبة إن ارتكبت الجريمة ضد طفل امرأة سيئة السمعة لا تقيم للشرف وزناً، وذلك من قبل أحد ذوي قرباها بدعوى حماية شرفه هو ألا يبدو ذلك تناقضاً لا يقبله العقل أن تخفف عنه العقوبة في هذه الحالة؟ ولما لم تثر ثائرتة ضد قريبتة حال ارتكابها للفاحشة؟ ولما انتظر ميلاد الطفل لارتكاب جريمته؟

- المشرع الليبي وسّع دائرة الأقارب الذين سينعمون بالعقوبة المخفضة، وبهذا فإن حياة ذلك الجنين أو الوليد ستكون مهددة من قبل جمع من الأقارب، ربما يريو عددهم عن العشرات، مع أنه لم يرتكب أي جرم، ولا ندري هنا كيف سوّج المشرع لنفسه القول بأن أقارب من الدرجة الثالثة أو الرابعة - وبالأخص إن كانوا أقارب بالمصاهرة - سيرتكبون جريمة قتل بغية فقط حماية شرف غيرهم، مع أن ذلك الغير هو من فرط فيه، أتبرر العلاقة الأسرية بين الزانية وذلك القريب رغم هشاشتها ارتكاب هذا الجرم الشنيع؟ أبدو من الحكمة احترام عادات وتقاليد لا تتعارض فقط مع أحكام الشرع بل ومع ما يقتضيه العقل ومبادئ الرحمة والعطف؟ أليس من العدل والحكمة احترام حياة أطفال أبرياء بدلاً من تقديس تقاليد بالية؟

- لا يبدو لنا مفهوماً ولا معقولاً القول بأن سبب تخفيف العقوبة هو حماية شرف الأم القاتلة، فإن كانت صيانة شرفها هي السبب الذي دفعها للقتل خشية تلويثه أليست هي نفسها من لطمخه بارتكابها الزنى بإرادتها؟ فإن كانت هذه الأم ترى أن الزنى، كفعل غير مشروع، هو سبب للعار فهي الوحيدة المسؤولة إذاً عن تلويث سمعتها، فلا يعقل والحال كذلك مساعدتها عن طريق القانون على إتلاف دليل إدانتها، فما حالها هنا إلا كحال من سرق مالا مملوكاً لغيره، وإلخفاء جرمه لم يتورع عن قتل الشاهد الوحيد الذي اكتشف فعلته، قد يبدو منطقياً العقاب على الجريمة الثانية، ما دامت قد اقترنت بالجريمة الأولى، بعقوبة أشد مما لو ارتكبت منفردة، ولكن العكس هو ما نراه هنا في حال القتل

صيانة للعرض، مع أنه لا مبرر لتخفيف عقوبة جريمة ارتكبت عن عمد وتبصر ويسبق إصرار، لأنه كما نعلم قتل الوليد أو الجنين لا يكون بغية صيانة العرض إلا إذا أرتكب عن عمد، بل وغالبا بسبق إصرار، لأن القاتل ينتظر مدة قد تصل لعدة أشهر حتى ينفذ مشروعه الإجرامي بإحكام.

بناء على ما سبق يمكننا أن نقرر أن تخفيف العقوبة بصدد هذه الجريمة ليس إلا أحد آثار استيراد القوانين وترجمتها دون النظر لتوافقها مع دين مجتمعنا، أو هو تمسك بعادات اجتماعية وحمية جاهلية تدعي أن الشرف الرفيع لن يسلم إلا إذا أريق دم على جوانبه، ولو كان دم الضحايا الأبرياء.

المبحث الثالث

الأساس الشرعي لتخفيف عقوبة

قتل الوليد صيانة للعرض

يرى قلة من رجال الفقه الإسلامي المعاصرين أن القتل المرتكب من قبل الأم حماية لشرفها يتوجب إخضاعه لذات أحكام قتل الوالد لولده، بعله أن الشريعة الإسلامية لا تعاقب قصاصاً على قتل الأصول لفروعهم⁽¹⁾، ولكن غالب الفقه المعاصر يرى أنه وإن وجدت بعض الأحاديث النبوية والتي يمكن تفسيرها بكثير من التعسف للإدعاء بأن الشريعة لا تعاقب الأب على قتله لابنه، فإنه لا يوجد نص قرآني أو حديث نبوي يجيز عدم عقاب الأم حال ارتكابها لذات الجرم ضد ابنها (أو بنتها)، كما أنه لا يوجد أي نص شرعي يقرر تخفيف عقوبة هذه الجريمة.

(1) مناع القطان : التشريع والفقه الإسلامي، التاريخ والمنهج ، ط 1، 1976 م، مكتبة وهبه ، القاهرة، ص 23.

فمن يقرر⁽¹⁾ أن الشريعة لا تعاقب على قتل الأصول لفروعهم يستند في رأيه، لإقرار أن نصوص الشريعة لا تقبل تطبيق القصاص وتستبدله بالدية في حال القتل العمد المرتكب من قبل أحد الأصول ضد أحد فروعهم مهما كان سبب القتل وأياً كانت سن المجني عليه⁽²⁾، إلى الأدلة التالية :

- الحديث الذي يرويه عمر بن الخطاب وابن عباس رضي الله عنهم، ومفاده أن الأب ينبغي ألا يقاد بالولد⁽³⁾.

- ما روي أن رجلاً يدعى قتادة ينتمي لقبيلة بني مدلج قد أصاب ساق ابنه بطرف سيفه وأن هذا الابن قد مات بعد أيام من إصابته، فما كان من الخليفة آنذاك، وهو عمر بن الخطاب رضي الله عنه، إلا أن قضى بالدية لأقارب القتيل، ولكنه حرم منها والده القاتل، وقد برر حكمه بالاستناد إلى حديث نبوي ورد فيه أن القاتل لا حق له في الدية⁽⁴⁾.

- حديث أنت ومالك لأبيك⁽⁵⁾، والذي يفيد أن الابن (أو البنت) مملوك

-
- (1) وهؤلاء هم الحنفية والشافعية والحنابلة والزيدية والإمامية. إبراهيم بن علي الشيرازي : المهذب في فقه الإمام الشافعي، شركة مكتبة أحمد بن سعد بن نبهان، اندونيسيا، ج 2، ص 186. عبدالله بن أحمد بن قدامة : المغنى على مختصر أبي القاسم عمر بن الحسين الخرقى، مكتبة الجمهورية العربية ومكتبة الكليات الأزهرية، مصر، ج 9، ص 359. محمد بن أحمد بن رشد : بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الفكر، بيروت، ج 1، ص 400. جعفر بن الحسن الهذلي : شرائع الإسلام في الفقه الإسلامي الجعفري، 1978 م، دار مكتبة الحياة، بيروت، ج 4، ص 214.
- (2) مناع القطان : التشريع الجنائي الإسلامي، القسم الخاص، كلية الملك فهد، الرياض، 1425 هـ، ص 23. محمد أبو زهرة . العقوبة، دار الفكر العربي، ص 316. حسن الشاذلي : الجنايات في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالقانون الوضعي، ط 2، 1977 م، دار الكتاب الجامعي، القاهرة، ص 281.
- (3) محمد بن عيسى الترمذي : سنن الترمذي بشرح الإمام ابن العربي، ط 1، 1931 م، المطبعة المصرية بالأزهر، ج 6، ص 175.
- (4) سليمان بن الأشعث : سنن أبي داود، ط 1، 1952 م، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ج 2، ص 496.
- (5) محمد بن يزيد بن ماجه : سنن ابن ماجه، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، 1952 م، دار إحياء الكتب العربية، مصر، ج 4، ص 34.

للوالد، وهذا المالك - ككل مالك - له مطلق الحرية في التصرف في ملكه، فكان القتل - حسب هذا الفهم للحديث - المرتكب من الأب والمرتكب من أجنبي عن القتل غير متماثلين، لأن الوالد فقط هو من له الحق في التصرف في ملكه أي في ابنه⁽¹⁾.

ولما كان هذا الرأي الفقهي يجعل قتل الأب لابنه فعلاً غير معاقب عليه، فإن بعض الفقه المعاصر يرى أنه يتوجب تطبيقه على كل حالات القتل المرتكب بين الأقارب، سواء كانوا فروعاً أم أصولاً، قياساً على هذه الحالة المنصوص عليها، ويخلص هذا الجانب الفقهي إلى أن القصاص لا يمكن تطبيقه على من قتل جدته أو حفيده أو حتى حفيد حفيده، ومن باب أولى لو قتل ابنه أو بنته⁽²⁾.

ويؤكد هذا الجانب الفقهي شرعية وجهة نظره بالاستناد إلى عدة حجج عقلية يمكن تلخيصها بالقول أن القصاص ما شرع كعقوبة إلا للردع، والأصل لا حاجة لتهديده بالعقوبة كي لا يقتل أحد فروعه، إذ مع ما يحمله لضرعه من عطف ورحمة ومحبة يستبعد أن يقتله عمداً أو حتى يفكر في ذلك، ليس هو من كان السبب في مجيء ابنه لهذا العالم، فلا يعقل إذا أن يكون هذا الابن هو سبب خروجه من هذه الدنيا، بتطبيق القصاص عليه⁽³⁾.

وبالمقابل فإن رأياً فقهياً آخر⁽⁴⁾ له اعتباره وإن لم يجد إلا القلة من الأنصار من بين الفقهاء القدامى يقرر أن قتل الأصول للفرع يوجب تطبيق القصاص إعمالاً للآيات القرآنية والأحاديث النبوية المبينة لأحكام القصاص، والتي يوجب عمومها عدم استثناء أي حالة منها إلا بدليل قطعي لا يحتمل أي

(1) مناع القطان: التشريع الجنائي الإسلامي، ص 23. حسن الشاذلي ص 282.

(2) حسن الشاذلي ص 283.

(3) المغنى ج 8، ص 226. بداية المجتهد ج 2، ص 401. أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص: أحكام القرآن الكريم، دار الكتاب العربي، بيروت، طبعة مصورة عن الطبعة الأولى، ج 1، ص 169. علي بن أحمد بن حزم:

المحلى، ط 1، 1355 هـ، إدارة الطباعة المنيرية، مصر، ج 10، ص 478.

(4) المهذب ج 2، ص 174. محمد أبو زهرة ص 316. حسن الشاذلي ص 175.

تأويل أو تعليل⁽¹⁾، وهذا هو الرأي الذي يتبناه جانب من الفقه المعاصر⁽²⁾. ومع هذا فإن الرأي الراجح لدى الفقه المعاصر هو رأي الإمام مالك، والذي يميز بين حالتين، الواجب في الأولى منهما عدم تطبيق القصاص، وذلك إن ثبت بالدليل القاطع أو بقرينة راجحة انعدام نية القتل العمد، لأن الشعور بالمحبة والعطف والحنان الذي يربط الأصول بضرعهم يرجح بل وربما يقطع بأن القتل غير عمدي، بينما يتوجب في الحالة الثانية تطبيق القصاص، وذلك إذا ثبت بدليل قاطع أو قرينة راجحة أن القتل قد ارتكب عن عمد، كما لو أضجع الأب ابنه وقطع عنقه أو مرقّ أوصاله أو طعنه طعنات قاتلة بسكين كان يحمله⁽³⁾.

والواضح من هذا أن المالكية لم يقبلوا حديث عمر رضي الله عنه السابق ذكره والمتعلق بالمدلجى بسبب ضعفه، حسب رأيهم، وهذا ما يؤكد الإمام الترمذي، والذي لا تخفي مكانته بين رجال علوم الحديث⁽⁴⁾، ومن جانبه يؤكد ابن عبد البر، وهو من هو في مجال نقد الأحاديث والآثار وبيان درجتها، أنه قد تتبع كل روايات هذا الأثر ولم يثبت لديه صحة أي منها، وحتى بافتراض صحة الحديث، فإن المالكية يؤولونه بالقول أن القصاص لم يجب على الوالد لأن القتل، كما هو واضح، غير عمدي لأنه لو كان عمدياً ما وجبت الدية إلا بعد التنازل عن القصاص⁽⁵⁾.

(1) انظر المراجع المذكورة عند أحمد فتحي بهنسي: القصاص في الفقه الإسلامي، دار الشروق، 1970 م، ص 60. محمد أبو زهرة ص 317.

(2) محمد سليم العوا: في أصول النظام الجنائي الإسلامي، دار المعارف، القاهرة، 1979 م، ص 233.

(3) بداية المجتهد ج 2، ص 400. مالك بن أنس: المدونة الكبرى برواية سحنون بن سعيد التنوخي عن ابن القاسم، دار صادر، بيروت، ج 6، ص 306.

(4) سنن الترمذي ج 8، ص 260.

(5) انظر محمد سليم العوا ص 233. حسن الشاذلي ص 281. محمد عرفة الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات أحمد الدردير، دار إحياء الكتب العربية، ج 4، ص 486. أحمد الدردير: الشرح الصغير على مختصره المسمى أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ط 1، 1962 م، مكتبة محمد علي صبيح، مصر، ج 6، ص 481.

ويبدو لنا أن هذا الرأي الأخير هو ما تدعمه الأدلة الشرعية، إذ القرآن الكريم يحث بل ويأمر في آيات عدة على احترام حق الغير في الحياة وقديسية هذا الحق وأولويته على غيره من الحقوق، وحرمة قتل النفس إلا في أحوال مخصوصة وردت على سبيل الحصر في أحاديث شريفة وآيات قرآنية، فها هي الآيات والأحاديث تحرم القتل العمد دون تمييز بين ضحية وأخرى، ولم يرد بها أي استثناء يقر قتل الوليد أو الجنين، ولو بهدف صيانة العرض، وها هو طرف منها يؤكد ذلك :

- قوله تعالى ﴿مَنْ أَجَلَ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا﴾⁽¹⁾.

- قوله تعالى ﴿وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا﴾⁽²⁾.

- قوله تعالى ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصًا﴾⁽³⁾.

- ما رواه عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما قال : رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يطوف بالكعبة وهو يقول : " ما أطيبك وأطيب ريحك، وما أعظمك وأعظم حرمتك، والذي نفس محمد بيده لحرمة المؤمن أعظم عند الله حرمة منك ماله ودمه"⁽⁴⁾ وهذا ما أكده عليه الصلاة والسلام بقوله في خطبة الوداع : "إن الله قد حرم عليكم دماءكم وأموالكم وأعراضكم إلا

(1) سورة المائدة الآية 34.

(2) سورة النساء الآية 93.

(3) سورة المائدة الآية 47.

(4) سنن ابن ماجه ج 2، ص 459.

بحقها" (1).

ولعظم جريمة التعدي على الأرواح، كانت الدماء أول ما يقضى فيه بين الناس يوم القيامة (2)، وكان قتل النفس التي حرم الله بغير حق ثالث السبع الموبقات (3)، لأن الإنسان بنیان الله سبحانه وتعالى والملعون هو من هدم ذلك البنیان (4)، ولم يكن القتل جائزاً إلا بحق، وفي أحوال محصورة ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾ (5) "ولزوال الدنيا أهون على الله من قتل مؤمن بغير حق" (6) وهذه الأحوال حددها عليه الصلاة والسلام بقوله "لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله إلا بإحدى ثلاث النفس بالنفس والثيب الزاني والمارق من الجماعة" (7) ولما لم يذكر الحديث الشريف قتل الوليد صيانة للعرض من بين الأحوال التي يعتبر فيها القتل بحق فهو إذاً اعتداء غير مشروع يستوجب القصاص.

بل إن القرآن الكريم يحظر بنص صريح على الآباء قتل أبنائهم ويرجع ذلك إلى عادة جاهلية ﴿قَدْ خَسِرَ الَّذِينَ قَتَلُوا أَوْلَادَهُمْ سَفَهًا بِغَيْرِ عِلْمٍ وَحَرَمُوا مَا رَزَقَهُمُ اللَّهُ افْتِرَاءً عَلَى اللَّهِ قَدْ ضَلُّوا وَمَا كَانُوا مُهْتَدِينَ﴾ (8).

وعموماً أياً ما كان الرأي بصدد قتل الوالد لابنه فإن الأدلة الشرعية

(1) سنن الترمذي، ج 9، ص 3.

(2) مقتبس من حديث أخرجه البخاري في صحيحه، محمد بن إسماعيل البخاري : صحيح البخاري، 1378 هـ، مطابع دار الشعب، مصر، ج 8، ص 138 وراجع سنن ابن ماجه، ج 2، ص 133.

(3) مقتبس من حديث أخرجه البخاري في صحيحه، ج 9، ص 4.

(4) أنظر الفائق في غريب الحديث، جار الله الزمخشري، ج 1، ص 510، نقلاً عن عوض أحمد إدريس، الدية في الفقه الإسلامي المقارن، ط 1، 1986 م، دار مكتبة الهلال، بيروت، ص 9.

(5) سورة الإسراء الآية 33.

(6) صحيح البخاري، ج 9، ص 2.

(7) سنن ابن ماجه، ج 2، ص 111. صحيح البخاري، ج 9، ص 6.

(8) سورة الأنعام الآية 141. وانظر محمد بن أحمد القرطبي : الجامع لأحكام القرآن، ط 2، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج 7، ص 96.

- حتى ولو رجحنا رأي الجمهور الذي يرى عدم تطبيق القصاص إن قتل الأب ابنه - لا تخص قتل الأم لابنها فهي قاصرة على قتل الأب لابنه، ومن باب أولى فهي لا تخص فعل غير الأم، مهما كانت درجة قرابته بالضحية، ففعله مجرم خاضع للعقاب، كما أن تطبيقنا للرأي الذي يقر عدم تطبيق القصاص في حال قتل الأصل لفرعه يجعلنا نلزم القاتل بأداء الدية لأولياء القتيل، إذ لم يرد في نص شرعي أو رأي لأي فقيه، ولو كان رأيه غير معتبر، بل ولو كان من ذوى الآراء الشاذة أو المردودة، ما يدل على وجوب تطبيق عقوبة مخفضة في حال قتل الأم لوليدها صيانة لعرضها.

وبهذا نتبين أنه لا دليل من الفقه الإسلامي يقر شرعية هذه العقوبة المخفضة، وخاصة أن حديث "أنت ومالك لأبيك" لا تناسب بينه وبين موضوع الخلاف بل إن علاقته به منقطعة، إذ لم يثبت في أي من رواياته أنه ورد بمناسبة قتل الأب لابنه، بل إن الخلاف بين الأب وابنه كان مالياً، وحتى لو أجزنا تأويل ذلك الحديث بغية تطبيقه على قتل الأصول لفرعهم، فإن العقل والأصول الشرعية لا يقبلان ذلك، لأن الحديث ورد بخصوص حالة استثنائية فينبغي إذا عدم القياس عليها ولا التوسع في تفسيرها، بل الواجب تطبيق الحديث على ما ورد فقط بخصوصه وترك ما عداه من حالات للقواعد العامة المستقاة من النصوص الشرعية المبينة لأحكام القصاص لتحكمها.

بل إن القرآن الكريم يحرم بنص خاص وأد البنات في قوله تعالى ﴿وَإِذَا الْمَوْؤُودَةُ سُئِلَتْ بِأَيِّ ذَنْبٍ قُتِلَتْ﴾¹، إذ الواد، على ما يذكر علماء التفسير وأهل الأخبار، هو دفن البنت حية خشية العار أو لوجود نقص فيها أو مرض أو قبح، كأن تكون زرقاء أو كسحاء أو غير ذلك من الصفات التي يتشاءم منها العرب، ويرجع القرطبي أسباب الواد إلى خصلتين: الأولى أن أهل الجاهلية كانوا

(1) سورة التكوير الآيات 8، 9.

يقولون أن الملائكة بنات الله فألحقوا البنات به، والثانية مخافة الحاجة والفقراو السبي والاسترقاق⁽¹⁾، ويضيف غيره إلى هذين السببين سبباً آخر، وهو أن سنين شديدة كانت تنزل بالعرب فتضطرهم إلى وأد بناتهم حذر الوقوع في الغواية واحترافهن الدعارة مما يلحق العار بأهل البنت وقبيلتها⁽²⁾.

ومما يؤكد شناعة الجرم، ما روي أن رجلاً قال للنبي عليه الصلاة والسلام، عندما سأله عن شدة غمه وطول حزنه : يا رسول الله أذنبت ذنباً في الجاهلية فأخاف ألا يغفره الله لي وإن أسلمت، فقال له عليه الصلاة والسلام : أخبرني عن ذنبك، فقال : يا رسول الله إني كنت من الذين يقتلون بناتهم، فولدت لي بنت فتشفت إليّ امرأتي أن أتركها فتركتها حتى كبرت وأدركت وصارت من أجمل النساء، فخطبوها فدخلتني الحمية، ولم يحتمل قلبي أن أزوجها أو أتركها في البيت بغير زوج، فقلت للمرأة إني أريد أن أذهب إلى قبيلة كذا وكذا في زيارة أقربائي فابعثها معي، فُسرتَ بذلك وزينتها بالثياب والحلي وأخذت عليّ الموائيق بألا أخونها، فذهبت إلى رأس بئر فنظرت في البئر فظننت الجارية إني أريد أن ألقبها في البئر فالتزمتني وجعلت تبكي وتقول : يا أبت أيش تريد أن تفعل بي ؟ فرحمتها ثم نظرت في البئر فدخلت عليّ الحمية ثم التزمتني وجعلت تقول : يا أبت لا تضيع أمانة أمي ! فجعلت مرة أنظر في البئر ومرة أنظر إليها فأرحمها حتى غلبني الشيطان فأخذتها وألقيتها في البئر منكوسة وهي تنادي في البئر : يا أبت قتلتني . فمكثت هناك حتى انقطع صوتها فرجعت . فبكى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه وقال : لو أمرت أن أعاقب أحداً بما فعل في الجاهلية لعاقبتك⁽³⁾.

(1) القرطبي، ج 19، ص 232.

(2) جواد علي : الفصل في تاريخ العرب قبل الإسلام، ط 3، 1980، دار العلم للملايين، بيروت، مكتبة النهضة، بغداد، ج 5، ص 89.

(3) لم نتمكن من تخريجه ولكننا عثرنا عليه عند القرطبي في تفسيره ج 7، ص 97 كما أن الدارمي ذكر في مسنده في باب ما كان عليه الناس قبل مبعث النبي عليه الصلاة والسلام من الجهل والضلالة حديثاً قريباً من هذا.

والظاهر أن الواد كان فاشياً بين قبائل العرب قاطبة، ولكنه قل فيهم قبيل الإسلام، وإن كان وأد البنات أكثر فشواً لديهم من قتل الذكور، وهذا ما يؤكد ورود آيات تنهى عن الواد عموماً واختصاص وأد البنات بآيات أخرى، إذ جاء في القرآن الكريم آيات تنهى عن وأد الأولاد ذكوراً كانوا أم إناثاً، ومنها قوله تعالى ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُهُمْ وَإِيَّاكُمْ إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطْئًا كَبِيرًا﴾⁽¹⁾ وقوله ﴿وَكَذَلِكَ زَيْنٌ لِكَثِيرٍ مِّنَ الْمُشْرِكِينَ قَتَلُوا أَوْلَادَهُمْ شُرَكَاءَهُمْ لِيُرْذَوْهُمْ وَيَلْبِسُوا عَلَيْهِمْ دِينَهُمْ وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ مَا فَعَلُوهُ فَذَرْهُمْ وَمَا يَفْتَرُونَ﴾⁽²⁾ وقوله ﴿قَدْ خَسِرَ الَّذِينَ قَتَلُوا أَوْلَادَهُمْ سَفَهًا بِغَيْرِ عِلْمٍ وَحَرَّمُوا مَا رَزَقَهُمُ اللَّهُ افْتِرَاءً عَلَى اللَّهِ قَدْ ضَلُّوا وَمَا كَانُوا مُهْتَدِينَ﴾⁽³⁾ وقوله تعالى ﴿قُلْ نَعَالُوا أَثْلُ مَا حَرَّمَ رَبِّيَ عَلَيْكُمْ أَلَّا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ مِّنْ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُكُمْ وَإِيَّاهُمْ﴾⁽⁴⁾، وظاهر لفظ هذه الآيات هو النهي عن جميع أنواع قتل الأولاد مهما كانت صورة القتل، ومهما كانت وسيلته، سواء كان الأولاد ذكوراً أم إناثاً⁽⁵⁾، إذ المتفق عليه بين أهل الفقه والتفسير أن قتل الأولاد محرم شرعاً مهما كان الباعث عليه، وما ذكر الإملاق كسبب للقتل إلا لأنه كان السبب الغالب فقط عند نزول تلك الآيات.

وأخيراً نؤكد أنه لا أساس شرعي لهذه العقوبة المخفضة للقتل صيانة

للعرض نرى أنه ينبغي الإشارة لملاحظتين :

الأولى أن تخفيف العقوبة هو وبكل بساطة مكافأة للزناة وبالأخص الأم

على ارتكابها فاحشة الزنى، وهذا ما لم يعهد في الشرع، ولا في نصوص القانون،

(1) سورة الإسراء الآية 31.

(2) سورة الأنعام الآية 137.

(3) سورة الأنعام الآية 140.

(4) سورة الأنعام الآية 151.

(5) أبو بكر محمد بن عبدالله المعروف بابن العربي : أحكام القرآن، تحقيق علي محمد البجاوي، دار المعرفة

للطباعة والنشر، بيروت، ج 3، ص 1206.

إذ لو قتلت الأم ابنها الشرعي لاستحقت عقوبة القتل العمد، وإن قتلت ابنها من الزنى لن تطالها إلا عقوبة القتل العمد المخفف، فكان ارتكابها للفاحشة هو سبب تخفيف العقوبة⁽¹⁾.

الثانية أن نص المادة 373 من قانون العقوبات ملغى ضمناً بنصوص القانون رقم 6 لسنة 1994 م بشأن القصاص والدية⁽²⁾، والذي تنص مادته الأولى على الإعدام قصاصاً كعقوبة لكل من قتل غيره عمداً، دون النظر لباعثه على ارتكاب جريمته، ولا يستقيم القول بعدم إلغاء المادة 373 ضمناً بالقانون رقم 6 لسنة 1994 م إلا إذا اعتبرنا قتل الوليد صيانة للعرض جريمة خاصة لها أركانها التي تميزها عن جريمة القتل في صورتها العادية وليست جريمة قتل مخففة العقوبة، ولكن هذا الرأي لم يقل به إلا القلة⁽³⁾ من الفقه الجنائي الليبي، ولا يبدو له سند في الفقه الأجنبي ولا حتى العربي، رغم أنهما المصدر المباشر لنص المادة 373.

(1) محمود أحمد طه ص 266.

(2) منشور في الجريدة الرسمية، السنة 32، العدد رقم 6.

(3) بارة ص 17.

الخلاصة

امتدح بعض الجنائيين المصريين⁽¹⁾ نصوص القانون الجنائي الليبي وما يقابلها في التشريعات الجنائية العربية، والتي تخفف عقوبة القتل المرتكب صيانة للعرض، إن كان ضحيته وليداً أزهقت روحه بعد ولادته مباشرة أو جنيناً حال ولادته منتقدين بذلك سياسة مشرعهم الجنائي، والذي جاء قانونه خلواً من نص مماثل للمادة 373 جنائي ليبي ولكن البحث المتأنى أثبت لنا أن سياسة مشرعنا الليبي لا تستحق إلا النقد والاستهجان بل والإدانة، مما يتطلب حذف هذه المادة من المدونة الجنائية، وسبب ذلك واضح وجلي، إذ كيف يمكن الحديث عن حقوق الطفل أو عن أي صنف من حقوق الإنسان إن سلبناه حقه في الحياة، فما تلك الحقوق إلا آثار وفروع لحقه في الحياة، فإن فقدها صار الحديث عن حقوق الإنسان لغواً من القول لا يستحق إلقاء بال له .

ولذا فإننا نأمل أن يأتي قانوننا الجنائي الجديد، وقد أوشك على الإطلال علينا، خالياً من نص يقابل المادة 373 تاركاً المجال لتطبيق القصاص إن رغب فيه أولياء القتيل، فإن تنازلوا عن حقهم فيه فلا مانع شرعاً من تطبيق عقوبة تعزيرية يترك للقاضي تحديد مداها بين حديها المنصوص عليهما كأعلى وأدنى لها، فذلك أجدى في الردع وأقرب لتطبيق شرع الله تعالى .

وهذا الرأي الذي نقترحه نراه يحقق مزايا ثلاث هي :

- تطبيق أحكام الشريعة، والذي فوق أنه مطلب جماهيري هو الأجدى لتطبيق العدالة وإحقاق الحقوق.
- توسيع سلطة القاضي في تفريد العقوبة بين حديها الأعلى والأدنى، ولما كان القاضي عالماً بظروف المجتمع وقيمه ومثله فهو بالتأكيد سيراعي،

(1) ومنهم د . خفاجة في مقاله السابق الإشارة إليه.

عند تقديره للعقوبة، البواعث على ارتكابها، ويخفها كلما كان الباعث شريفاً، ولكن ذلك لن يكون لكل الجناة وبنات المقدار، بل سيختلف من حالة إلى أخرى.

- محو الفكرة السائدة بأن للأم (أو أحد الأقارب) الحق في قتل الوليد أو الجنين دفعاً للفضيحة، إذ لا شك أن تطبيق القصاص أو حتى التهديد بتطبيقه سيحول دون الإسراف في القتل.

والله أعلم .

المصادر

أولاً - بالعربية :

- إبراهيم بن علي الشيرازي : المهذب في فقه الإمام الشافعي، شركة مكتبة أحمد ابن سعد بن نبهان ، أندونيسيا.
- أبوبكر أحمد بن علي الرازي الجصاص : أحكام القرآن الكريم، دار الكتاب العربي، بيروت، طبعة مصورة عن الطبعة الأولى.
- أبوبكر محمد بن عبدالله المعروف بابن العربي : أحكام القرآن، تحقيق علي محمد البجاوي، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت.
- أبو المعاطي حافظ أبو الفتوح : شرح القانون الجنائي المغربي، القسم الخاص، ط 1، 1983 م، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء.
- أحلام النهوي : مركز الأنثى في قانون العقوبات الليبي، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير من كلية القانون بجامعة قاريونس، 2004.
- أحمد الدردير : الشرح الصغير على مختصره المسمى أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ط 1، 1962 م، مكتبة محمد علي صبيح، مصر.
- أحمد رفعت خفاجة : جريمة قتل الأم طفلها اتقاء للعار، مجلة الأمن العام، ع 57، س 15، 1972 م.
- إدوار غالي الذهبي : شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، ط 2، 1976 م، مطبعة غريب، القاهرة.
- جعفر بن الحسن الهذلي : شرائع الإسلام في الفقه الإسلامي الجعفري، 1978 م، دار مكتبة الحياة، بيروت.
- جواد علي : المفصل في تاريخ العرب قبل الإسلام، ط 3، 1980، دار العلم للملايين، بيروت، مكتبة النهضة، بغداد.

- حسن الشاذلي . الجنايات في الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة بالقانون الوضعي، ط 2، 1977 م، دار الكتاب الجامعي، القاهرة.
- سليمان بن الأشعث : سنن أبي داود، ط 1، 1952 م، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر.
- عبدالله بن أحمد بن قدامة : المغني على مختصر أبي القاسم عمر بن الحسين الخرقى، مكتبة الجمهورية العربية ومكتبة الكليات الأزهرية، مصر.
- عبدالوهاب البطراوي : شرح القانون الجنائي المقارن الليبي والمصري والأردني والعراقي، القسم الخاص، ط 1، 1997 م، دار الفكر العربي، القاهرة.
- علي بن أحمد بن حزم : المحلى، ط 1، 1355 هـ، إدارة الطباعة المنيرية، مصر.
- علي حسن الشريفي : الباعث وأثره في المسؤولية الجنائية، دراسة مقارنة بأحكام الشريعة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1986 م.
- علي الحوات : الجرائم الجنسية، ط 1، الرياض، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، 1997 م.
- علي محمد جعفر : قانون العقوبات الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 1987 م، بيروت.
- مالك بن أنس : المدونة الكبرى برواية سحنون بن سعيد التنوخي عن ابن القاسم، دار صادر، بيروت.
- محمد أبو العلا عقيدة : المجني عليه ودوره في الظاهرة الإجرامية (دراسة في علم المجني عليه) دار الفكر العربي، 1988 م، القاهرة.
- محمد أبو زهرة : العقوبة، دار الفكر العربي
- محمد بن أحمد القرطبي : الجامع لأحكام القرآن، ط 2، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- محمد بن أحمد بن رشد : بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الفكر، بيروت.

- محمد بن إسماعيل البخاري : صحيح البخاري، 1378 هـ، مطابع دار الشعب، مصر.
- محمد بن عيسى الترمذي : سنن الترمذي بشرح الإمام ابن العربي، ط 1، 1931 م، المطبعة المصرية بالأزهر.
- محمد بن يزيد بن ماجه : سنن ابن ماجه، تحقيق محمد فؤاد عبدالباقى، 1952م، دار إحياء الكتب العربية، مصر.
- محمد رمضان باره : القانون الجنائي الليبي، قانون العقوبات - القسم الخاص، ج 1، جرائم الاعتداء على الأشخاص، ط 1، 2005، الدار العربية للنشر والتوزيع، القاهرة.
- محمد سليم العوا : في أصول النظام الجنائي الإسلامي ، 1979 م، دار المعارف، القاهرة.
- محمد صبحي نجم : الجرائم الواقعة على الأشخاص، ط 1، 1999م، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.
- محمد عثمان نجاتي وآخرون : ملامح جريمة القتل، منشورات المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية، 1970، القاهرة.
- محمد عرفة الدسوقي : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات أحمد الدردير، دار إحياء الكتب العربية.
- محمد محي الدين عوض : قانون العقوبات السوداني معلقاً عليه، المطبعة العالمية، 1970 م، القاهرة.
- محمود أحمد طه : الحماية الجنائية للطفل المجني عليه، ط 1، 1999م، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، الرياض.
- مناع القطان : التشريع والفقہ الإسلامي، التاريخ والمنهج، مكتبة وهبه، القاهرة، ط 1، 1976 م.
- مناع القطان : التشريع الجنائي الإسلامي، القسم الخاص ، كلية الملك فهد ، الرياض ، 1425 م.

ثانياً - بالفرنسية :

- Y – B . Brissaud : L'infanticide à la fin du Moyen Âge, ses motivations psychologiques et sa répression, Revue historique de droit français et étranger, L^e année, 1972.
- René Garraud : Traité théorique et pratique du droit pénal français, Librairie de la société du Recueil Sirey, III^e éd, 1913.
- Dominique Sourdel : L'islam, XXI^e éd, 2002, Presses Universitaires de France, Paris.
- Renée Martinage; Histoire du droit pénal, I^e éd, 1998, Presses universitaires de France, Paris.
- Yvonne Bongert ; L'infanticide au siècle des Lumières, Revue historique de droit français et étranger, LVII^e année, avril-juin, 1979, n°2.
- Merle et Vitu : Traité de droit criminel, 1967, Paris.
- Pierre Pouzat et Jean Pinatel : Traité de droit pénal et de criminologie, III^e éd, 1970, Paris.
- H. Donnedieu De Vabres : Traité de droit criminel et de législation pénale comparée, III^e éd, 1947, Librairie du Recueil Sirey, Paris.
- Maurice Patin : La poursuite des crimes, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 1950.
- Émile Garçon : Code pénal annoté, Librairie Sirey, 1959, Paris.
- Serge Portelli : Crimes et délits de famille, l'état du droit, in Violences en famille, conflits privés, pudeurs publiques, les cahiers de la sécurité intérieure, l'Institut des Hautes études de la Sécurité Intérieure, 1997.
- Jean Brouhot ; La loi du 13 avril 1954 relative à la répression des crimes et délits contre les enfants, Revue de science criminelle et droit pénal comparé, tome X, 1955.
- Francisque Goyet : Précis de droit pénal spécial, Librairie de la société, 1925, Paris.
- Jean Larguier et Anne-Marie Larguier : Droit pénal spécial, II^e éd, 1976, Dalloz, Paris.

ضوابط التشريع اللائحي في القانون الليبي

د. عمران عبدالسلام الصفراني
عضو هيئة التدريس
كلية القانون . جامعة الفاتح

مقدمة :

يُقصد بالتشريع اللائحي القرارات الإدارية المنشئة لقواعد قانونية عامة⁽¹⁾. فهي قرارات إدارية بالمعيار الشكلي بحكم جهة إصدارها و الإجراءات المتبعة في ذلك، وهي تشريعات بحكم المعيار الموضوعي لأنها تتضمن قواعد عامة ومجردة تخاطب جميع الأشخاص في الدولة أو طائفة منهم بصفاتهم لا بذواتهم وبالتالي فهي تنشئ مراكز قانونية عامة⁽²⁾.

وتقسّم اللوائح حسب موضوعها أو حسب الظرف الموجب لإصدارها أو حسب صلتها بالقانون⁽³⁾. وهي من حيث صلتها بالقانون - وهو التقسيم الذي يعيننا هنا - تنقسم إلى لوائح تنفيذية تتضمن القواعد التفصيلية أو التكميلية اللازمة لتنفيذ القانون ، ولوائح مستقلة تتضمن قواعد متعلقة بموضوعات لا ينظمها القانون أصلاً ، أو تنظمها اللائحة بمعزل عن القانون⁽⁴⁾.

-
- (1) محمد فؤاد مهنا ، مبادئ وإحكام القانون الإداري ، الإسكندرية : مؤسسة شباب الجامعة ، ب.ت ، ص715 .
(2) انظر تعريف المحكمة الإدارية العليا في مصر للقرار التنظيمي : مجموعة مجلس الدولة ، س9 ، ع2 . 1964م . ص107 .
(3) انظر سليمان محمد الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية . دار الفكر العربي ، د.ت ، ص472 .
(4) مثال ذلك اللوائح التنظيمية التي تتناول تنظيم المرافق العامة وهي لوائح مستقلة لأن هذا الأمر لا ينظمه القانون أصلاً . ومثال اللوائح التي تنظم أموراً بمعزل عن القانون لوائح الضرورة و اللوائح التفويضية ، فهذا النوع من اللوائح له قوة القانون وهي بالتالي تعدل القوانين أو تلغيها . انظر مزيداً من التفصيل : سليمان محمد الطماوي . النظرية العامة للقرارات الإدارية . مرجع سابق . ص 472 وما بعدها . وكذلك . محمد فؤاد مهنا . مرجع سابق . ص715 وما بعدها .

ويعد اختصاص الجهات التنفيذية بإصدار اللوائح استثناءً على القاعدة العامة ، حيث القاعدة أن إنشاء أو تعديل أو إلغاء القواعد القانونية هو من اختصاص الجهات التشريعية ويتم ذلك في صورة قانون ؛ لأن القانون الصادر عن أداة التشريع يعبر عن الإرادة العامة للشعب صاحب السيادة، سواء كان ذلك بشكل مباشر أم بشكل غير مباشر في الأنظمة النيابية .

وبالتالي فإن اختصاص الجهات التنفيذية وغيرها من الأجهزة الإدارية بإصدار اللوائح مخالف - من حيث الأصل - لمبدأ الفصل بين السلطات (التشريعية - التنفيذية) في أنظمة الحكم النيابية⁽¹⁾ . كما أنه من باب أولى مخالف لمبدأ تركيز السلطة في يد أداة التشريع في النظام الجماهيري ؛ لأن إصدار قواعد عامة ومجردة (تشريعات) أبرز مظاهر السلطة السياسية في الدولة، التي من المفترض احتكارها من قبل أداة التشريع (المؤتمرات الشعبية الأساسية) . إلا أن القبول - على سبيل الاستثناء - باختصاص الجهات التنفيذية أو الإدارية بإصدار التشريع اللائحي مبني على مبررات تقتضيها الضرورات العملية وحسن السياسة الإدارية⁽²⁾ .

ولما كانت سلطة إصدار اللوائح مبنية على مبررات عملية ويؤخذ بها على سبيل الاستثناء ، فإن التوسع فيها يؤدي إلى تركيز السلطة السياسية في يد الجهات التنفيذية والإدارية ، لأنها بذلك تنفرد بمهام تنفيذ القوانين وتسيير مؤسسات الدولة وتشارك في وضع التشريعات . ولهذا فإن الدول التي تتبنى نظام الفصل بين السلطات تحيط الاختصاص بإصدار اللوائح بضوابط دستورية للحد من تعسف الجهات التنفيذية في استعمالها لهذه السلطة .

وكان الأحرى بالمشرع الدستوري في ليبيا أن يكون أكثر تشدداً في

(1) سليمان الطماوي ، مرجع سابق . ص 471 .

(2) المرجع السابق والصفحة نفسها .

مجال اختصاص الجهات الإدارية أو التنفيذية بإصدار اللوائح ؛ لأن النظام القانوني لممارسة السلطة السياسية يقوم على تركيز هذه السلطة في يد الجهة التشريعية (المؤتمرات الشعبية الأساسية) إلا أن مراجعة الوثائق الدستورية والقوانين الأساسية ذات الطابع الدستوري تنبئ بعكس هذا الاتجاه .

وسوف نتناول ضوابط التشريع اللائحي في القانون الليبي من هذا المنظور في فقرتين اثنتين :

الأولى : تتناول أهمية الضوابط الدستورية للتشريع اللائحي .

الثانية : تتناول قصور ضوابط التشريع اللائحي في النظام القانوني الليبي .

الفقرة الأولى

أهمية الضوابط الدستورية للتشريع اللائحي

تتجلى أهمية ضبط التشريع اللائحي في الدستور أو ما يقوم مقامه في

مجالين :

الأول : أن هذا الضبط يسهم بشكل كبير في تكريس التمييز بين الوظيفتين التشريعية والتنفيذية ، وبالتالي بدون وجود ضوابط على التشريع اللائحي من الصعب تكريس الأسس التي يقوم عليها توزيع الوظائف في الدولة ، والعلاقة فيما بين الأدوات التي توكل إليها ممارسة هذه الوظائف .

الثاني : أن ضبط التشريع اللائحي في الدستور أو ما يقوم مقامه من شأنه توفير الضمانة الأساسية لاحترام الجهات التنفيذية أو الإدارية لإرادة المشرع وفقاً للأسس التي يقوم عليها توزيع وظائف الدولة .

أولاً - دور الضوابط الدستورية للتشريع اللائحي في توزيع وظائف الدولة: بغض النظر عن الشكل القانوني لممارسة السلطة السياسية في الدولة، من حيث إتباعه لنظام الفصل بين السلطات أو لنظام وحدة السلطة، فإن التمييز بين الوظيفتين التشريعية والتنفيذية له أهمية بالغة في بناء الهياكل المؤسسة للدولة ونظام عملها والعلاقة فيما بينها، سواء كانت علاقة تراتبية أم علاقة توازن ومساواة .

والتشريع اللائحي باعتباره من الناحية الموضوعية بمثابة القانون، ويصدر عن الجهات التنفيذية في الدولة كقاعدة عامة، يشكل خروجاً على قاعدة توزيع وظائف الدولة؛ لأنه يلغي التمييز بين الجهات التشريعية والجهات التنفيذية من حيث الاختصاص والوظيفة، ويقوض الأساس الفلسفي لتوزيع وظائف الدولة، سواء في ظل نظام الفصل بين السلطات أم في ظل نظام تركيز السلطة ووحدها .

فإذا كان إصدار القواعد القانونية هو أهم مظاهر السلطة السياسية ومن اختصاصات صاحب السيادة أو من يمثله، فإن المفترض أن لا تمارس الجهات التنفيذية هذا الاختصاص إلا استثناءً ولضرورات عملية. والقاعدة أن الاستثناء لا يتوسع في تفسيره ولا يقاس عليه، والضرورة تقدر بقدرها .

وعلى هذا الأساس تحيط الدساتير عادة اختصاص الجهات التنفيذية بإصدار اللوائح بقيود وضوابط تضمن أن يبقى هذا الاستثناء في حدود الضرورات التي أملت وجوده. وتعد درجة تقييد الجهات التنفيذية في الاختصاص بإصدار اللوائح مؤشراً على مدى التوازن في السلطة بين أداتي التشريع والتنفيذ في الدول التي تأخذ بنظام الفصل بين السلطات. وتأخذ دساتير هذه الدول بإحدى طريقتين - وفقاً للعلاقة بين السلطات فيها - إما بتحديد مجال اللوائح بطريق الحصر (بالنسبة اللوائح المستقلة) وتقييد اللوائح التنفيذية بضرورة عدم تعديل أو تعطيل القوانين أو الإغفاء من تنفيذها

وأما بتحديد مجال معين للقانون لا يجوز للأئحة أن تنظمه وجعل ما عداه من اختصاص اللائحة، مع ضرورة تقييد اللوائح التنفيذية بالقانون الصادرة لتنفيذه فهي في كل الحالات لوائح أسيرة القانون⁽¹⁾.

ولهذا فإن ضبط التشريع اللائحي باعتباره استثناء على قاعدة توزيع وظائف الدولة يسهم في ترسيخ الفلسفة التي يبنى عليها الشكل القانوني لممارسة السلطة، ويعد مؤشراً على مدى توازن السلطات في الدول التي تأخذ بنظام الفصل بين السلطات.

وقيام الشكل القانوني لممارسة السلطة في الجماهيرية على أساس تركيز السلطة السياسية في يد المؤتمرات الشعبية الأساسية - باعتبارها أداة ممارسة هذه السلطة وهي التي تضع " ... السياسات العامة وتسنع القوانين وتتخذ القرارات في مختلف المجالات " (م 1 من القانون رقم 1 لسنة 1375 ور . 2007م) - لا يمنع أن تمارس اللجان الشعبية الوظيفة التنفيذية "فهي أداة المؤتمرات الشعبية في تنفيذ قراراتها" (م 10 من القانون رقم 1 لسنة 1375 ور - 2007م). وبالتالي فإن التمييز بين الوظيفتين التشريعية والتنفيذية مقنن في النظام القانوني الليبي مع تأكيد علاقة التبعية التي تربط اللجان بالمؤتمرات⁽²⁾.

ويقدر أهمية التمييز بين وظيفتي التشريع والتنفيذ ووجوب تبعية الثانية للأولى (تأكيداً لسمو أداة التشريع)، فإن وضع ضوابط دستورية على اختصاص الأدوات التنفيذية بإصدار اللوائح يكرس هذا التمييز بين الوظيفتين، ويقيم العلاقة بين أدوات التشريع والتنفيذ على أسس واضحة تعكس فلسفة النظام السياسي في الدولة. كما أنه من جهة أخرى يكرس النتائج المترتبة على

(1) شمس مرغني علي، "القرارات الإدارية التنظيمية في دولة الإمارات العربية المتحدة"، مجلة العلوم الإدارية السنة 28، العدد الثاني، ديسمبر 1986م، ص 172.

(2) إبراهيم أبو خزام - شرح القانون الدستوري الليبي. الكتاب الثاني. طرابلس. مكتبة طرابلس العلمية العالمية 1997. 1، ص 329.

طبيعة هذه العلاقة بحيث تكون سلطة إصدار القواعد القانونية العامة المجردة - بقدر الإمكان - من اختصاص الجهة التي تملك وضع السياسات العامة في الدولة وفقاً لفلسفة النظام السياسي في ممارسة السلطة ؛ وذلك حتى تكون هذه السياسات - إذا ما صدرت في صورة قوانين - ملزمة لمختلف الجهات بما فيها الجهات التنفيذية نفسها . وهذا الأمر لا يتم إلا عن طريق ضبط التشريع اللائحي بالشكل الذي يضمن شمولية مبدأ المشروعية في الدولة . وبدون تحديد مجال عمل اللوائح وضوابط التشريع اللائحي يصبح وضع السياسات العامة عملية مشتركة بين أداة التنفيذ وأداة التشريع ، وتبقى أداة التنفيذ أقدر على تكييف هذه السياسات وفق رؤيتها، وتغييرها أو تعديلها متى شاءت ، وينعدم التمييز بالتالي موضوعياً بين القانون واللائحة، وبين الوظيفتين بالتبعية .

ثانياً - دور ضبط التشريع اللائحي في ضمان احترام الإدارة للقانون:

ضرورة ضبط التشريع اللائحي ليست أساسية فقط من أجل تكريس التمييز بين وظائف الدولة ، أو باعتبارها نتيجة للرؤية السياسية لتوزيع وظائف الدولة ، بحيث تكون الهيئة التنفيذية في وضع التبعية للهيئة التشريعية ، بل هي أساسية كذلك لضمان احترام الهيئة التنفيذية للقانون . وتأكيد مبدأ تدرج التشريعات دستورياً يعد عاملاً أساسياً لضمان كفاءة الرقابة السياسية والقضائية على مشروعية اللائحة .

فعند النص في الوثيقة الدستورية - كما هو الحال في نصوص دساتير مختلف الدول - على ضوابط نوعي التشريع اللائحي (اللوائح التنفيذية- اللوائح المستقلة) يتم تقييد الهيئة التنفيذية في تعاملها مع القانون ، كما أنه من جهة أخرى يضع ضوابط للتفويض التشريعي الصريح أو الضمني . فمثلاً عندما يتم النص على أن الهيئة التنفيذية "تضع اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها أو الإغناء من تنفيذها " تصبح

الهيئة التنفيذية وكذلك الهيئة التشريعية مقيدة بمفهوم محدد لللائحة التنفيذية . ولا تستطيع أي منهما الخلط بين مفهوم اللائحة التنفيذية واللائحة التفويضية ، كما نجده في بعض القوانين واللوائح الصادرة في الجماهيرية ، بأن يفوض المشرع الجهة التي تصدر اللائحة التنفيذية بتنظيم بعض المسائل الجوهرية التي من المفترض تناولها في القانون . وبهذا تكون اللائحة التنفيذية " ليس لها من الطابع التنفيذي إلا الاسم " كما أشار أحد الفقهاء⁽¹⁾ .

كما أن تحديد مجال عمل اللائحة مهم لضبط اللوائح المستقلة غير المرتبطة بقانون سابق ، بحيث تكون الجهة التنفيذية المختصة بإصدارها على دراية بحدود اختصاصها . وتبنى الجهات القضائية حكمها بمشروعية اللائحة من عدمه على أسس واضحة في الوثيقة الدستورية بدل اللجوء إلى المبادئ العامة أو الأعراف الدستورية السائدة في القانون المقارن ، والتي قد لا تسعف القضاء الليبي في ظل الاختلاف في أسس تنظيم وممارسة وظائف الدولة بين الجماهيرية والدول الأخرى .

وعلى ذلك فإن وجود الضوابط الدستورية للتشريع اللائحي عامل أساسي لتيسير الرقابة القضائية على مشروعية اللوائح ، سواء من حيث رقابة الدستورية أو من حيث رقابة الإلغاء⁽²⁾ .

(1) الكوني إعبودة ، "أضواء على القانون رقم 10 لسنة 1990م بشأن إعادة تنظيم مهنة المحاماة" ، مجلة المحامي .

السنة التاسعة . العددان (33 ، 34) ، 1991م ، ص 73 .

(2) انظر بشأن رقابة دستورية اللوائح : محمود عاطف البنا ، "الرقابة القضائية على دستورية اللوائح" ، مجلة

القانون والاقتصاد ، السنة 48 . العددان (2،1) ، 1978م ، ص 98 وما بعدها .

الفقرة الثانية

قصور الضوابط الدستورية

للتشريع اللائحي في ليبيا

اتسمت الوثائق الدستورية في الجماهيرية بالإيجاز ، فوثيقة إعلان قيام سلطة الشعب اكتفت بمبادئ عامة تضمنت الأساس القانوني والشكل القانوني للسلطة السياسية⁽¹⁾ . كما أن الوثيقة الخضراء لحقوق الإنسان وقانون تعزيز الحرية لم ترد بهما أية تفاصيل متعلقة بالشكل القانوني لممارسة السلطة السياسية في الجماهيرية . وبالتالي فإن هذا الأمر لا يجد له مصدراً دستورياً إلا في القوانين المتعلقة بالمؤتمرات الشعبية واللجان الشعبية التي تعد قوانين أساسية بحكم الموضوع الذي نظمته - وهو ممارسة السلطة وتوزيع وظائف الدولة - بغض النظر عن ورود النص فيها على أنها أساسية أم لا⁽²⁾ .

ويمكن تسجيل ملاحظتين أوليتين على قوانين المؤتمرات الشعبية واللجان الشعبية - خصوصاً - القانون رقم (1 لسنة 1369 ور - 2001 م) والقانون رقم (1 لسنة 1375 ور - 2007 م) .

الأولى : أن هذه القوانين موجهة لكافة جهات الدولة من تشريعية وتنفيذية وقضائية ورقابية ، وهي ملزمة لهذه الجهات ، وبالتالي فهي تكتسب السمة الدستورية . وليس من المألوف أن تعد لوائح تنفيذية للسلطات ، فالمتراض أن الأحكام التفصيلية للوثائق الدستورية هي ما تتناوله القوانين العادية ، لأنه ليس من المبادئ الدستورية أن يكون هناك وسيط بين الدستور والقانون العادي .

(1) عبد الرضا حسين الطعان ، التنظيم الدستوري في ليبيا بعد الثورة . بنغازي منشورات جامعة قاريونس - ط1 . 1995 م ، ص 235 وما بعدها .

(2) ورد النص على أن قانون تنظيم المؤتمرات الشعبية و اللجان الشعبية قانون أساسي في المادة (55) من القانون رقم 1 لسنة 1369 ور . (2001 م) . ولم يرد مثل هذا النص في القانون رقم 1 لسنة 1375 ور (2007 م) .

أما أن تصدر اللوائح التنفيذية لهذه القوانين عن جهات إدارية وتتضمن الكثير من المسائل الجوهرية، فإنه بمثابة مساهمة من الجهات الإدارية في التشريع الأساسي .

الثانية : أن هذه القوانين لم تتضمن ضوابط للتشريع اللائحي ، ماعدا اختصاص الجهة التشريعية (المؤتمرات الشعبية الأساسية) بسن القوانين والقرارات في مختلف المجالات . الأمر الذي يجعل مجال القانون عاماً وينفي المجال المحفوظ للوائح كما هو الحال في بعض الدساتير (الدستور الفرنسي 1958م). إلا أنها من جهة أخرى لم تحدد مجال اللوائح ولا الجهات المختصة بإصدارها ولا شروط مشروعيتها، سواء كانت اللائحة تنفيذية أو مستقلة . ولقد أدى إغفال النص على ضوابط دقيقة للتشريع اللائحي إلى الغموض في المجالين السابق ذكرهما، وهما التمييز بين وظيفتي التشريع والتنفيذ من جهة، وضمان احترام الجهات التنفيذية للقانون من جهة أخرى .

أولاً - غموض التمييز بين وظيفتي التشريع والتنفيذ :

تركز السلطة السياسية في يد المؤتمرات الشعبية الأساسية يمثل الشكل القانوني للسلطة السياسية في الجماهيرية . هذا ما تؤكد المرجعية الفكرية والوثائق الدستورية ، وهو ما نصت عليه قوانين تنظيم المؤتمرات الشعبية واللجان الشعبية . وباعتبار التشريع أهم مظاهر السلطة السياسية في الدولة ، فإن الوظيفة التشريعية هي من مهام المؤتمرات الشعبية الأساسية، ودور الأدوات التنفيذية والجهات الإدارية الوسيطة لا يتجاوز تنفيذ الإرادة العامة التي تبلورها قرارات المؤتمرات الشعبية الأساسية في صورة قوانين .

ومضمون تركيز السلطة السياسية في يد أداة التشريع يعني الأولوية

التي تتمتع بها هذه الأداة بالقياس إلى الجهات التنفيذية أو الإدارية⁽¹⁾، والتي تنعكس على سمو الأعمال الصادرة عنها في مواجهة ما يصدر عن الجهات الأخرى من الأعمال .

ولما كانت اللوائح - كما أشرنا فيما سبق - هي تشريعات من الناحية الموضوعية ، فإن عدم تحديد ضوابط واضحة ودقيقة تحكمها سوف يؤدي إلى نقض فكرة تركيز السلطة السياسية في يد أداة التشريع ، أو على الأقل نسبيتها ، خصوصاً وأن الجهات التنفيذية تملك الاختصاص بإصدار العديد من اللوائح، التنفيذية منها والمستقلة وفقاً لقوانين تنظيم المؤتمرات الشعبية واللجان الشعبية .

وعلى ذلك لا يكفي النص في القوانين الأساسية على ما يفيد تركيز السلطة السياسية في يد المؤتمرات الشعبية من خلال اختصاصها بوضع السياسات العامة وسن القوانين في مختلف المجالات ، إذا كان اختصاص جهات أخرى بوضع اللوائح غير مقيد ، كما لا يكفي النص على أن "اللجان الشعبية هي أداة المؤتمرات الشعبية في تنفيذ قراراتها .. وتكون مسؤولة أمام المؤتمر الشعبي عن تنفيذ ما يوكله إليها القانون من اختصاصات وصلاحيات " (م10 من القانون رقم 1 لسنة 1375 ور) ثم يكون اختصاصها في مجال إصدار اللوائح غير مقيد ويشمل جميع أنواع اللوائح مهما كانت الموضوعات التي تنظمها . فوفقاً للمادة (12 من القانون رقم السنة 1375 ور) تختص اللجنة الشعبية العامة بإصدار اللوائح في المجالات التالية :

1 . اللوائح المتعلقة بالهيكل التنظيمية للجان الشعبية العامة للقطاعات (لوائح تنظيمية مستقلة) .

(1) عبد الرضا حسين الطعان ، تركيز السلطة السياسية لصالح الهيئة التنفيذية (نموذج - فرنسا) . بنغازي ، منشورات جامعة قاريونس . ط 1 . 2001م . ص 106 .

2. اللوائح المتعلقة بوضع الضوابط بشأن الإيفاد للعمل أو الدراسة أو التدريب أو العلاج أو المهام بالخارج (لوائح تنفيذية أو مستقلة حسب وجود قوانين بهذا الشأن) .
3. اللوائح التنفيذية للقوانين (دون تحديد الشروط اللوائح التنفيذية)
4. اللوائح المتعلقة بتنظيم التعاقد على تنفيذ الأعمال وتقديم الخدمات بالنسبة للعقود التي تمول من الميزانية العامة (لوائح مستقلة) .
5. إنشاء وحل ودمج وتنظيم وإعادة تنظيم الهيئات والمؤسسات والأجهزة والمصالح والشركات العامة وتحديد اختصاصها (لوائح مستقلة) .
6. الموافقة على منح حق اللجوء وتحديد معاملة اللاجئين (لوائح مستقلة)⁽¹⁾ .

هذا بالإضافة إلى اختصاص الأمانة العامة للمؤتمرات الشعبية الأساسية بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون المؤتمرات الشعبية واللجان الشعبية (وفقاً للقانون رقم (1) لسنة 1369 و) والذي انتقل إلى أمانة المؤتمرات الشعبية غير الأساسية بموجب القانون رقم (1) لسنة 1375 و). .

ويتضح من خلال استعراض أنواع اللوائح الصادرة عن الجهات التنفيذية أو الإدارية نتائج قصور الضوابط الدستورية للتشريع اللائحي.

1 - عدم تحديد مفهوم اللوائح التنفيذية والجهات المختصة بإصدارها:

أ - عدم تحديد مفهوم اللوائح التنفيذية :

أشرنا فيما سبق إلى أهمية ضبط مفهوم اللائحة التنفيذية دستورياً ، حتى لا تتحول الجهات المختصة بإصدار مثل هذه اللوائح إلى جهات تشريعية،

(1) مدونة التشريعات . العدد 1 السنة السابعة . 1375 و (2007 م) . ص 6 .

ولا تتحول هذه اللوائح إلى تشريعات بمسميات أخرى. وفي غياب هذه الضوابط نجد صورتين لعدم تحديد مفهوم اللائحة التنفيذية .

الأولى : عدم تقيد اللائحة التنفيذية بإحكام القانون الصادرة بمقتضاه وذلك عن طريق تعديل أحكام القانون (بالإضافة أو الحذف)، أو عن طريق الحد من نطاق تطبيقه . فمثلاً ورد النص في القانون رقم (6 لسنة 1987م) بشأن تنظيم دخول وإقامة الأجانب في ليبيا وخروجهم منها المادة (3) على أن "يتمتع مواطنو الدول العربية بحق الدخول إلى الأراضي الليبية بموجب البطاقات الشخصية"⁽¹⁾. وصدرت اللائحة التنفيذية الثانية⁽²⁾. لهذا القانون بقرار اللجنة الشعبية العامة رقم (125) لسنة 1373 ور - 2005م " حيث تضمنت حكماً مخالفاً لنص المادة (3) من القانون السابق الإشارة إليه بأن اشترطت الحصول على تأشيرات دخول لجميع الأجانب مع مراعاة مبدأ المعاملة بالمثل وما تنص عليه الاتفاقيات الدولية. مع النص على أن المقصود بالأجنبي هو من لا يحمل الجنسية الليبية وفقاً لقانون أحكام الجنسية رقم (18 لسنة 1980م) (م3) . كما نصت على إلغاء اللائحة التنفيذية للقانون رقم (10 لسنة 1989م) بشأن حقوق وواجبات العرب في الجماهيرية العظمى⁽³⁾. علماً بأن هذا القانون يتكون من ثلاث مواد فقط ولا يمكن تنفيذه بدون وجود اللائحة التنفيذية⁽⁴⁾. ونفس الأمر بشأن اللائحة التنفيذية للقانون رقم (21 لسنة 1369 ور) بشأن مزاولة الأنشطة الاقتصادية⁽⁵⁾ الصادرة بموجب القرار رقم (171 لسنة 1374 ور)⁽⁶⁾.

(1) الجريدة الرسمية ، العدد 15 ، سنة 1987.

(2) الجريدة الرسمية ، العدد 2 ، 13/3/1425 (1995م) .

(3) مدونة التشريعات ، العدد 1 . السنة السابعة (2007م) .

(4) مدونة التشريعات ، العدد 2 - السنة الثالثة (2003م) .

(5) الجريدة الرسمية ، العدد (15) 10/8/1987م .

(6) لقد صدرت اللائحة التنفيذية لهذا القانون بتاريخ 1/3/1989م . الجريدة الرسمية ، العدد (24) 2/11/1989م

ثم ألغيت باللائحة التنفيذية للقانون رقم (6) لسنة 1987م.

ويأتي مثل هذا الأمر في إطار سياسة عامة تجاه دخول وإقامة الأجانب وممارستهم للأنشطة الاقتصادية، يفترض أن يتم إقرارها بقانون وليس عن طريق اللوائح التنفيذية بالمخالفة للقانون .

الثانية : تحول اللائحة التنفيذية إلى لائحة تفوضية. وأوضح مثال على ذلك اللائحة التنفيذية للقانون رقم (10 لسنة 1990) الصادرة بقرار اللجنة الشعبية العامة رقم (885 لسنة 1990م) حيث أحالت المادة الخامسة من هذا القانون على اللائحة أحكاماً جوهرية كان من المفترض تناولها في القانون نفسه، والتي منها حقوق المحامين وواجباتهم وأحكام تأديبهم⁽¹⁾. ونفس الأمر بالنسبة لقانون التعليم العالي رقم (1 لسنة 1992م) حيث يتناول القانون مبادئ عامة ويترك أحكاماً جوهرية لللائحة التنفيذية. وفي هذه الحالة نكون أمام تفويض تشريعي ضمني لا ينظمه القانون الأساسي (قانون مؤتمرات واللجان الشعبية). وهذا ناتج عن عدم تحديد مفهوم اللائحة التنفيذية في القوانين الأساسية .

ب - عدم تحديد الجهة المختصة بإصدار اللوائح التنفيذية :

ورد النص على اختصاص اللجنة الشعبية العامة بإصدار اللوائح التنفيذية للقوانين في جميع قوانين تنظيم المؤتمرات الشعبية و اللجان الشعبية، إلا أن هذا الاختصاص غير مانع، فقد نصت المادة (11) من القانون رقم (1 لسنة 1425 و- 1995م) على اختصاص اللجنة الشعبية العامة "بإعداد وإصدار اللوائح التنفيذية للقوانين، ما لم تنص القوانين على إصدارها من جهة أخرى"⁽²⁾. ونصت المادة (34) من القانون رقم (1 لسنة 1369 و- 2001) على أن تختص اللجنة

(1) الجريدة الرسمية ، العدد (20) 9/10/1989 م .

(2) نصت المادة الثالثة من هذا القانون على أن " تضع اللجنة الشعبية العامة الضوابط اللازمة لتطبيق هذا القانون " .

الشعبية العامة بـ " . إصدار اللوائح التنفيذية للقوانين التي ينص فيها على اختصاصها بها " وفي ذلك إحالة على القوانين لاختيار الجهة التي تصدر عنها اللائحة التنفيذية .

وفي القانون الحالي (1 لسنة 1375 و 2007م) ورد النص مختصراً على أن تختص اللجنة الشعبية العامة بـ " إصدار اللوائح التنفيذية للقوانين . " إلا أن الممارسة العملية تؤكد عدم احتكار اللجنة الشعبية العامة لإصدار اللوائح التنفيذية، وأن هذا الأمر يحدده المشرع وفق طبيعة القانون ذاته، فقد نصت المادة (71) من القانون رقم (2 لسنة 1375 و 2007)⁽¹⁾ بشأن تنظيم التفتيش والمتابعة على أن تصدر لأئحته التنفيذية من أمانة مؤتمر الشعب العام . ونفس الأمر بالنسبة للقانون رقم (2 لسنة 1369 و) بشأن تنظيم العمل السياسي والقنصلي . وأحياناً ينص القانون على الجهة المختصة بإصدار اللائحة التنفيذية له بشكل غير واضح كما هو الحال بالنسبة للقانون رقم (15) لسنة 1371 و (2003م) في شأن حماية وتحسين البيئة حيث تنص المادة (77) منه على أن "تصدر اللائحة التنفيذية لهذا القانون بقرار من الجهة المشرفة بناء على عرض من الجهة المختصة." والجهة المشرفة طبقاً للمادة الأولى من هذا القانون هي "الجهة التي تتبع لها الجهة المختصة وتشرف عليها." والجهة المختصة وفقاً لنفس المادة هي "الجهة المسؤولة عن متابعة شؤون حماية وتحسين البيئة." (2).

جـ - اللوائح التنفيذية للقوانين الأساسية :

صدر لوائح تنفيذية للقوانين الأساسية ذات الطبيعة الدستورية يثير الاستغراب، لأن الأحكام التفصيلية لمثل هذه القوانين تتناولها القوانين العادية.

(1) مدونة التشريعات ، العدد 1 ، السنة الثانية . 1370 و (2002 م) .

(2) مدونة التشريعات ، العدد 10 ، السنة السابعة . 1375 و (2007) .

وممارسة الجهات المختلفة المخاطبة بأحكام هذه القوانين لاختصاصاتها يُعد تنفيذاً لها هذا من جهة ومن جهة أخرى، صدور لائحة لمثل هذه القوانين يجعل أحكام هذه اللائحة ملزمة للجهات التي يخاطبها القانون الأساسي، باعتبار اللائحة التنفيذية مكملة للقانون، مما يعطي للجهة المختصة بإصدار اللائحة التنفيذية منزلة أسمى من منزلة المخاطبين بأحكام هذا القانون . وهذا بالتأكيد غير مقصود ولا يتفق مع مفهوم تركيز السلطة السياسية في يد المؤتمرات الشعبية الأساسية. ومما يزيد الأمر تعقيداً اشتغال هذه اللائحة على أحكام غير منصوص عليها في القانون نفسه، وبالتالي تجاوزها لمفهوم اللائحة التنفيذية .

هذا بالإضافة إلى تعرض مثل هذه اللوائح للتعديل من قبل الجهات التي أصدرتها مما يسبب عدم الاستقرار لأحكام القانون الأساسي .

وهذه اللوائح تضمنت مسائل جوهرية كان يفترض النص عليها في القانون ذاته مثل الشروط اللازم توافرها فيمن يتم اختيارهم شعبياً . حيث نصت المادة (12) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم (1 لسنة 1369 ور . 2001م) على هذه الشروط ومن ضمنها أن لا يكون من يتم اختياره شعبياً " ... ممن مارسوا السمسرة أو المضاربة أو ممن كانوا تجاراً أو مقاولين" (1).

وهذا الشرط ، إضافة لكونه قيداً على الحقوق السياسية مما يستلزم النص عليه في القانون ذاته ، هو شرط غريب لأن ممارسة النشاطات التجارية عمل مشروع وفقاً للتشريعات النافذة، وبالتالي يفترض أن لا يترتب عليها فقدان الحق في الاختيار الشعبي . ولم يرد هذا النص في قانون المؤتمرات واللجان الشعبية الجديد (1 لسنة 1375 ور) ولا في لائحته التنفيذية، إلا أن هذه اللائحة تضمنت في مادتها (125) - بعد تعداد شروط من يتم اختيارهم شعبياً - النص

(1) مدونة التشريعات ، العدد (5) السنة الأولى . 1369 ور . (2001) . ص.225.

على أنه " لأمانة مؤتمر الشعب العام تحديد الضوابط و الأسس التي تراها مناسبة لمن يقترح اختيارهم و التعريف بهم " و لما كان هذا الأمر يعد من المسائل الجوهرية فكان من المفروض أن يرد النص عليه في القانون الأساسي و لا يترك لللائحة التنفيذية أو أي جهة أخرى .

2 - عدم النص على ضوابط اللوائح المستقلة :

أشرنا فيما سبق إلى أن اللوائح المستقلة هي القرارات الإدارية المتضمنة لقواعد عامة ومجردة دون الاستناد على قانون سابق. وهذه اللوائح تشمل اللوائح التنظيمية بما فيها لوائح الضبط الإداري، ولوائح الضرورة، واللوائح التفويضية . وعادة ما يتم النص في الدستور على نطاق عمل اللوائح المستقلة، من خلال تحديد الموضوعات التي يمكن تنظيمها بلوائح وتحديد ضوابط لوائح الضرورة و اللوائح التنفيذية. ونظراً لعدم وجود مثل هذه الضوابط في قوانين المؤتمرات واللجان الشعبية، فقد صدرت لوائح مستقلة في مجالات ليست ضمن الاختصاص التنفيذي، ويفترض أن يصدر بتنظيمها قانون، مثال ذلك تحديد خطوط الأساس لقياس البحر الإقليمي. فهذا الموضوع يدخل ضمن تحديد الإقليم البحري للدولة. إلا أن القانون الليبي لم ينظم هذه المسألة، حيث نص قانون البحر الإقليمي رقم (2 لسنة 1959م) على اتساع البحر الإقليمي بدون تحديد طريقة قياسه على الساحل. وقرار مجلس قيادة الثورة لسنة 1973م المتعلق بالسيادة على خليج سرت، حدد خط الأساس لقياس البحر الإقليمي المواجه للخليج فقط . وتولت اللجنة الشعبية العامة تحديد خط الأساس لبقية الساحل الليبي بموجب قرارها رقم (104 لسنة 1373 وور2005م) بمناسبة إعلانها عن منطقة لحماية الصيد في البحر المتوسط. ونظراً لأن خطوط الأساس هي التي يتحدد بناء عليها قياس اتساع البحر الإقليمي للدولة، وكذلك المجالات البحرية التالية له، فإن هذا الأمر يفترض تنظيمه بموجب قانون. كما أنه في

ظل عدم النص في قوانين المؤتمرات الشعبية واللجان الشعبية على ضوابط اللوائح التفويضية وهي اللوائح التي تصدر عن غير الجهات التشريعية ويكون لها قوة القانون بناء على تفويض سابق من أداة التشريع، فإن الفقه الدستوري في ليبيا يستبعد وجودها⁽¹⁾. إلا أن المحكمة العليا أقرت مشروعيتها بمناسبة الطعن في دستورية القانون رقم (3 لسنة 1988م) الصادر عن القائد الأعلى للقوات المسلحة استناداً إلى القانون رقم (9 لسنة 1981م) بتفويض القائد الأعلى إصدار القوانين العسكرية وتعديلها، وذكرت المحكمة إنه (يجوز وفقاً لما هو مستقر عليه في فقه القانون الدستوري، وفي حالات استثنائية مثل حالة الضرورة وحالة التفويض التشريعي أن تخول المؤتمرات الشعبية اللجان التنفيذية سن قوانين معينة بشرط ألا ينطوي التفويض على نقل الولاية التشريعية بأكملها، أو في جوانبها الهامة إلى اللجان التنفيذية"⁽²⁾. ولا نناقش ما خلصت إليه المحكمة العليا إلا أن هذا الأمر يُفترض أن تستند فيه إلى نص دستوري وليس إلى فقه القانون الدستوري .

وقد نص القانون رقم (6 لسنة 1991م) بشأن إسناد بعض الاختصاصات إلى اللجنة الشعبية العامة في مادته الأولى على أنه "يجوز بقرار من اللجنة الشعبية العامة إلغاء ودمج الشركات العامة المنشأة بقوانين أي كان تاريخ صدورها . وكذلك إعادة تنظيمها وتعديل الأحكام الخاصة بها"⁽³⁾. وهذا القانون يتضمن تفويض اللجنة الشعبية العامة إصدار لوائح لها قوة القانون ، وبناء عليه صدر قرار اللجنة الشعبية العامة رقم (772) لسنة 1993م بتعديل المادة الثالثة من القانون رقم (20 لسنة 1985م) بشأن تأسيس شركة الخدمات

(1) إبراهيم أبو خزام ، مرجع سابق ، ص 447، 448.

(2) طعن دستوري 52/1 ق . بتاريخ 2006/5/6 م . أحكام المحكمة العليا بدوائرها مجتمعة . الجزء الأول . منشورات المحكمة العليا ، ط 1 . 2006 . ف . ص 166.

(3) الجريدة الرسمية ، العدد 21 . بتاريخ 10 / 9 / 1991 م .

الإعلامية .

وعلى الرغم من النص في قوانين المؤتمرات الشعبية واللجان الشعبية على اختصاص اللجنة الشعبية العامة بإصدار اللوائح التنظيمية وهي " اللوائح التي تضعها الجهة المكلفة بالتنفيذ لغرض تنظيم المصالح والمرافق العامة التي تتولى إدارتها"⁽¹⁾ فإن هذا الاختصاص من المفترض أن يقتصر على مسألة التنظيم ولا يتعداها إلى الإنشاء أو الإلغاء ؛ لأن إنشاء المرافق العامة عمل تشريعي نظرا لما يترتب عليه من " تخصيص الأموال لإدارتها، وهذا أمر يقتضي إقراره من قبل السلطة التشريعية التي تتولى إقرار الميزانية العامة للدولة بقانون"⁽²⁾.

ثانياً : صعوبة ممارسة الرقابة القضائية والفنية على صحة التشريع

اللائحي :

ينتج عن عدم تحديد ضوابط للتشريع اللائحي بشكل دقيق في القوانين الأساسية، صعوبة مراقبة تجاوز الجهات المختصة بإصدار اللوائح لاختصاصاتها. فقد ثبت عملياً عدم فعالية الرقابة الفنية في تحفيز المشرع لضبط تجاوزات الجهات التنفيذية عند إصداره لقوانين المؤتمرات الشعبية واللجان الشعبية. فقد تضمنت تقارير اللجنة الشعبية العامة للرقابة والمتابعة الشعبية الإشارة إلى تجاوزات اللجنة الشعبية العامة فيما يتعلق بتعطيل القوانين عن طريق تأخر صدور اللوائح التنفيذية، وعدم التزام هذه اللوائح بأحكام القوانين الصادرة لتنفيذها (التقرير السنوي لجهاز التفيتيش والمتابعة لسنة 1988 ص 136 وما بعدها، و التقرير السنوي للجنة الشعبية العامة للرقابة والمتابعة الشعبية لسنة

(1) الكوني إعبودة ، أساسيات القانون الوضعي الليبي . المدخل إلى علم القانون . طرابلس . المركز القومي

للبحوث والدراسات العلمية . ط 4 . 2003 م . ص 218 .

(2) صبيح بشير مسكوني ، مبادئ القانون الإداري الليبي . د.ط . دن . 1978 م . ص 254 .

1991م ص21 وما بعدها) .

وإن كانت الرقابة القضائية عن طريق دوائر القضاء الإداري والمحكمة العليا قد تصدت في عدد من أحكامها لمشروعية اللوائح⁽¹⁾. إلا أن فاعلية هذه الرقابة يحد منها تحصين اللوائح - باعتبارها قرارات إدارية - من رقابة الإلغاء بمرور ستين يوماً على نشرها⁽²⁾. وعدم إمكانية مخاصمة اللائحة لعيب إساءة استعمال السلطة نظراً لأنها تتضمن قواعد عامة ومجردة ، كما أن الرأي الغالب في القضاء وفي الفقه المقارن هو عدم مسؤولية الدولة عن أعمالها التشريعية بما فيها اللوائح⁽³⁾.

الخاتمة

إن وجود الضوابط الدستورية للتشريع اللائحي ، يحتل أهمية خاصة لتكريس فلسفة التنظيم القانوني لوظائف الدولة. خصوصاً في ظل نظام تركيز السلطة ووحدتها، الذي يعطي أداة التشريع (المؤتمرات الشعبية الأساسية) المكانة الرئيسية ضمن البناء المؤسساتي لممارسة وظائف الدولة. وبالتالي فإن إغفال ضبط التشريع اللائحي يترتب عليه غموض تراتبية التشريعات وعدم فعالية مبدأ المشروعية ودولة القانون .

(1) انظر : طعن جنائي 105 / 34 ق . مجلة المحكمة العليا . السنة 32 . الأعداد (1،2،3،4) ص 124 . كذلك طعن مدني رقم 43/391 ق . بتاريخ 2002/2/4م وطعن جنائي 46/63 ق . بتاريخ 2000/11/22 م . مجلة المحكمة العليا . السنة (36،35) ص 232 ، 328 .

(2) انظر : طعن إداري 46/15 ق بتاريخ 2003/1/19 م . مجلة المحكمة العليا ، السنة (38،37) ص 68 . حيث قضت المحكمة العليا بعدم جواز الطعن في اللائحة التنفيذية للقانون رقم 10 لسنة 1990م بشأن إعادة تنظيم مهنة المحاماة ، نظراً لفوات ميعاد الطعن المقرر قانوناً وهو ستون يوماً .

(3) محمد فؤاد مهنا . مرجع سابق . ص 651 .

المصادر والمراجع

1. إبراهيم أبو خزام ، شرح القانون الدستوري الليبي ، الكتاب الثاني ، طرابلس مكتبة طرابلس العلمية العالمية ، ط 1 ، 1997م .
2. سليمان محمد الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية ، دار الفكر العربي ، د.ت.
3. شمس مرغني علي ، "القرارات الإدارية التنظيمية في دولة الإمارات العربية المتحدة" ، مجلة العلوم الإدارية السنة 28 ، العدد الثاني ، ديسمبر 1986م .
4. صبيح بشير مسكوني ، مبادئ القانون الإداري الليبي ، د.ط ، د.ن ، 1978م .
5. عبد الرضا حسين الطعان ، تركيز السلطة السياسية لصالح الهيئة التنفيذية (نموذج - فرنسا) ، بنغازي ، منشورات جامعة قاريونس ، ط 1 ، 2001م .
6. عبد الرضا حسين الطعان ، التنظيم الدستوري في ليبيا بعد الثورة ، بنغازي منشورات جامعة قاريونس ، ط 1 ، 1995م .
7. الكوني إعبودة ، أساسيات القانون الوضعي الليبي ، المدخل إلى علم القانون طرابلس . المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية . ط 4 ، 2003م .
8. الكوني إعبودة ، "أضواء على القانون رقم 10 لسنة 1990م بشأن إعادة تنظيم مهنة المحاماة" ، مجلة المحامي ، السنة التاسعة ، العددان (33 ، 34) 1991م .
9. محمد فؤاد مهنا ، مبادئ وإحكام القانون الإداري ، الإسكندرية : مؤسسة شباب الجامعة ، ب.ت.
10. محمود عاطف البنا ، "الرقابة القضائية على دستورية اللوائح" ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة 48 ، العددان (1 ، 2) ، 1978م .

- أحكام المحكمة العليا بدوائرها مجتمعة ، الجزء الأول ، منشورات المحكمة العليا ، ط 1 ، 2006م.
- الجريدة الرسمية .
- مجلة المحكمة العليا.
- مدونة التشريعات .

الضوابط التي تحكم تنفيذ الوسيط في سوق
الأوراق المالية أوامر العميل
(دراسة في التشريع الكويتي)

د. موسى رزيق

أستاذ القانون المدني بكلية الحقوق

جامعة الجزائر . أستاذ زائر بكلية

الحقوق . جامعة الكويت

ملخص :

تتناول هذه الدراسة التزام الوسيط في سوق الأوراق المالية بتنفيذ أوامر العميل، في ضوء التشريع الكويتي باعتباره وكيلًا بالعمولة، حيث يخضع في التزامه ذلك لأحكام المرسوم بقانون المتعلق بتنظيم "سوق الكويت للأوراق المالية"، و"اللائحة الداخلية للسوق" بوجه خاص. ويخضع بوجه عام لأحكام الوكالة في كل من قانون التجارة والقانون المدني. وتناقش الدراسة مسألتين:

الأولى : وهي التزام الوسيط بحدود الوكالة.

والثانية : وهي خروج الوسيط عن حدود الوكالة.

والغاية التي ترمي إليها هذه الدراسة هي النظر في مدى كفاية التشريع المنظم لعلاقة الوسيط بالعميل وتنفيذ الوسيط الوكالة. وتخلص الدراسة إلى ضرورة إدراج تعديل في الإطار التشريعي الذي ينظم أعمال الوساطة بما من شأنه أن يحدد بوضوح أكبر مسؤولية الوسيط ويعزز في نفس الوقت المركز التعاقدى للعميل.

مقدمة

ينشأ التزام الوسيط بتنفيذ أوامر العميل كأثر لعقد الوكالة المبرم بين الطرفين، وينصرف التزامه إلى مباشرة الأعمال موضوع الوكالة. ومن السمات البارزة في هذا الالتزام أنه التزام محترف يسأل الوسيط فيه عن عدم تنفيذ أوامر العميل مسؤولية عقدية مبنية على محاذير المهنة باعتباره مدينا محترفا، وهي مسؤولية تختلف في درجة شدتها عن مسؤولية الوكيل في حالات الوكالة التجارية وكذا الوكالة المدنية من باب أولى. ويُرجع في تحديد مقتضيات التزام الوسيط بتنفيذ أوامر العميل، بشكل رئيسي، إلى نصين:

الأول خاص : ويتعلق من جهة بما نصت عليه المواد 25 و 26 و 29 من اللائحة الداخلية لسوق الأوراق المالية، ومن ضمن ما ورد فيها: أن الوسيط يلزم بتنفيذ الصفقات داخل ردهة السوق وفي حدود المواعيد المقررة لذلك، وأن عليه أن يبذل جهده في تنفيذ الصفقات لعملائه بأفضل الشروط، وأن عليه أن يلتزم بمسك سجلات أو دفاتر على النحو الذي تحدده إدارة السوق وذلك لتوثيق كافة البيانات المتعلقة بالصفقات التي يقوم بها، وأن عليه أن يلتزم بالتحقق من صحة الأوامر التي يتلقاها من العملاء ومن مقدرتهم على الوفاء في حال تنفيذ الصفقة لحسابهم. ويتعلق من جهة أخرى بما نصت عليه المادة 262 من قانون التجارة بقولها:

"1 - ليس للوكيل أن يخالف أوامر موكله، وإلا كان مسئولاً عن الأضرار التي تنجم عن ذلك.

2 - على أنه إذا تحقق الوكيل أن تنفيذ الوكالة حسب أوامر الموكل يلحق بالموكل ضرراً بليغاً، جاز له أن يرجئ تنفيذ الوكالة إلى أن يراجع الموكل".

3 - وللوكيل أن يرجئ تنفيذ الوكالة إذا لم تكن لديه تعليمات صريحة

من موكله بشأنها إلى أن يتلقى هذه التعليمات. ومع ذلك إذا قضت الضرورة بالاستعجال، أو كان الوكيل مأذونا في العمل في حدود ما هو مفيد وملائم، كان له أن يقوم بتنفيذ الوكالة بحسب ما يراه على أن يتخذ الحيطة الواجبة".
والثاني عام : ويتعلق بتقيد الوسيط بحدود الوكالة، وذلك استنادا إلى ما نصت عليه المادة 704 من القانون المدني بقولها:

"1- الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة في حدودها المرسومة.

2- على أن له أن يخرج عن حدود الوكالة متى كان من المستحيل عليه إخطار الموكل سلفا وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق على هذا التصرف. وعلى الوكيل في هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الموكل خروجه عن حدود الوكالة".

وفي ضوء أحكام هذه النصوص نتناول التزام الوسيط بتنفيذ أوامر العميل على أساس أن الوسيط يُلزم ابتداء بتنفيذ الوكالة في حدودها المرسومة وذلك باتباع أوامر العميل ما لم يكن مأذونا في التصرف في حدود ما هو ملائم. وفي كل الأحوال لا يجوز للوسيط الخروج عن حدود الوكالة المرسومة إلا استثناء وبشروط معينة. والغاية التي تهدف إليها هذه الدراسة هي النظر في مدى كفاية التشريع الكويتي المنظم لعلاقة الوسيط بالعميل وتنفيذ الوسيط الوكالة.

تقسيم :

نتناول الموضوع في بحثين. نسلط الضوء في الأول على مضمون التزام الوسيط بحدود الوكالة. ونناقش في الثاني حالة خروج الوسيط عن حدود الوكالة.

المبحث الأول

التزام الوسيط حدود الوكالة

تطبيقاً للقواعد العامة للوكالة يُلزم الوسيط بتنفيذ الوكالة في حدودها المرسومة وذلك بإتباع أوامر العميل ما لم يكن مأذوناً في التصرف في حدود ما هو ملائم، وفي كل الأحوال لا يجوز للوسيط الخروج عن حدود الوكالة المرسومة إلا استثناءً وبشروط معينة. ويقتضي الوقوف على مضمون التزام الوسيط بتنفيذ أوامر العميل بحث مسألتين هما: سعة الوكالة، ونوع الوكالة.

المطلب الأول

سعة الوكالة

من وجهة نظر الفقه أن سعة الوكالة تتحدد تبعاً لطبيعة أوامر الموكل التي غالباً ما تتميز بطابع شمولي، فأوامر الموكل تتسع لتشمل التصرف القانوني الموكل به وما يلحق به من أعمال مادية ضرورية له، وتشمل كذلك طريقة تنفيذ التصرف القانوني الموكل به إن رغب الموكل في ذلك⁽¹⁾. ويعكس التشريع هذه الحقيقة حيث أن لفظ "أوامر" في النصين المذكورين سابقاً، (المادة

(1) انظر في ذلك د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج/7، ط/2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989، ص 576؛ د.أكرم أمين الخولي، العقود المدنية (الصلح والهبة والوكالة) (دون جهة النشر) 1957، ص 208؛ د.عبدالعال العلمي، الوكالة في الفقه الإسلامي مع تطبيق على الوكالة بالعمولة، جامعة القاهرة، 1980، ص 28؛ د.شربل طانيوس صابر، عقد الوكالة في التشريع والفقه والاجتهاد، (دون جهة النشر) 1998، ص 167؛ د.قدرى عبد الفتاح، أحكام عقد الوكالة في التشريع المصري والمقارن، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2001، ص 124؛ د. أنور طلبة، العقود الصغيرة: الوكالة والكفالة، المكتبة الجامعية الحديثة، 2004، ص 133؛ د.جمال مرسي بدر، النيابة في التصرفات القانونية طبيعتها وأحكامها، مطابع البصير بالإسكندرية، 1954، ص 20؛ دالوز (Daloz) 1999-2000، منشورات دالوز، 2000، ص 1200.

262 من قانون التجارة، و المادة 704 من القانون المدني)، وردا بدلالة الشمول. فقد ورد في الأولى لفظ " أوامر" بصيغة الجمع وبمعنى الإطلاق. وورد في الثانية لفظ "حدودها" بذات الصيغة وبذات المعنى، مما يدل على أن تعليمات الموكل، وفق تصور المشرع، هي كل لا يتجزأ. وتطبيقا لذلك في العلاقة بين الوسيط والعميل إذا تلقى الوسيط أمرا بالبيع أو الشراء بثمن معين، أو في زمن معين أو على نحو محدد وجب عليه الالتزام بتنفيذ الأمر كما هو بصرف النظر عن الموضوعات التي تتعلق به؛ كتسجيل التصرف المفاوض به أو إيداع وثائق معينة ذات الصلة بالتصرف لدى جهات محددة، .. إلخ.

ولا يُختلف حول أهمية تحديد أوامر الموكل فهي تمثل الأساس الذي يُرجع إليه في تحديد مضمون الوكالة⁽¹⁾، ومن ثم يمكن القول استنتاجا أنه من خلال تحديد التزامات الوسيط يمكن معرفة مدى تقيده بتحقيق مصلحة العميل، بل وفي ضوء ذلك التحديد يمكن التحقق من صحة الوكالة عن طريق التحقق من صحة ما انطوت عليه من التزامات، فصحة أو بطلان الوكالة يبدأ في الواقع من هنا.

ولهذه الأسباب يولي المشرع أهمية خاصة لمسألة سلامة عبارة التوكيل عن طريق إلزام الوسيط بتوثيق الوكالة حالما يقع الاتفاق عليها، فبمجرد ما يتلقى الوسيط أوامر العميل سواء عن طريق اللقاء المباشر معه الذي غالبا ما يتم في داخل السوق أو من خلال وسائل الاتصال الأخرى كالهاتف والفاكس والشبكة البنينية، يتعين عليه توثيق كل المطلوب منه⁽²⁾، والتأكد من بيانات هوية العميل ومقدرته على الوفاء في حال إبرام الصفقة لحسابه، وذلك قبل

(1) د. شريل طانيوس صابر، مرجع سابق، ص154؛ د. قدرى عبد الفتاح، مرجع سابق، ص95؛ د. صلاح جودة، بورصة الأوراق المالية، مطابع الأهرام، 1998، ص 28؛ د. سيد طه بدوي محمد، عمليات بورصة الأوراق المالية الفورية والأجلة من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية - القاهرة، 2001، ص 98 وما بعدها.

(2) انظر المادة 29 من اللائحة الداخلية للسوق.

البدء في تنفيذها. وزيادة في الاستيثاق يُلزم الوسيط بتدوين كافة المعاملات التي يقوم بها حسب تواريخها وتوقيت وصولها في سجل خاص يخضع لرقابة سابقة ولاحقة من قبل إدارة السوق⁽¹⁾. وفي كل الأحوال إذا ثار خلاف حول سعة الوكالة يُرجع إلى قاضي الموضوع استناداً إلى ما جرى عليه قضاء التمييز في ذلك بقوله: " والمقرر أن الوكالة متى ثبت وجودها فإن التعرف على مدى سعتها ليس إلا تفسيراً لمضمونها وذلك من أمور الواقع التي تضطلع بها محكمة الموضوع"⁽²⁾. ويترتب على تحديد سعة الوكالة نتيجتين:

الأولى : أن تتحدد في ضوء سعة الوكالة الصفة القانونية للوسيط في مباشرة أوامر العميل.

والثانية : أن تمتد الصفة القانونية للوسيط إلى مباشرة الأعمال المادية الضرورية للتصرف الموكل به.

أولاً - نشوء الصّفة :

ينشأ التصرف الموكل به للوسيط صفة قانونية محددة يباشر بموجبها التصرف باسمه نيابة عن العميل، فيبيع أو يشتري أو يرهن وفق ما أمر به العميل ولحسابه⁽³⁾. ويترتب على ذلك نتيجة هامة بالنسبة للوسيط هي أن التوكيل في تصرف معين ينشأ للوسيط صفة محددة لمباشرة ذات التصرف دون غيره، وهذه الصفة تختلف عن الصفة التي ينشئها له التوكيل في غيره من أنواع التصرف. فالصّفة التي تنشأ للوسيط بموجب التوكيل بالشراء ليست كالتى تنشأ له بموجب التوكيل بالشراء عند سعر معين أو خلال فترة زمنية محددة، وهي ليست كالتى تنشأ له بموجب التوكيل بالبيع بدلالة

(1) انظر المادة 26 من اللائحة الداخلية للسوق.

(2) تمييز رقم 155، لسنة 1992، جلسة 7 2 1993.

(3) انظر المادة 704 من القانون المدني.

اللاقتضاء⁽¹⁾. والوقوف عند هذه الصفة في غاية الأهمية لأنها الإطار الذي يحدد مشروعية التصرف، ففي حدودها يتمتع الوسيط بصفته وكيلًا أو نائبًا عن العميل في كافة أعمال التداول التي يباشرها باسمه ولمصلحة الأخير.

ثانياً - امتداد الصفة :

والتوكيل للوسيط في تصرف معين يستتبع، بحكم القانون⁽²⁾، نشوء الصفة له في القيام بكافة الأعمال المادية التي تتبع هذا التصرف باعتبارها من ضرورياته، كقيام الوسيط الموكل بالشراء بمباشرة إجراءات تسجيل الصفقة أو إيداع مستنداتها لدى جهة معينة، أو قيامه بأية أعمال أخرى تقتضيها طبيعة التصرف موضوع الوكالة وفقاً لما هو متعارف عليه، أو تبعاً لما قد يوجبه التشريع في ضوء ما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين وقت التعاقد⁽³⁾. غير أن ذلك لا يعني أن الأعمال المادية التي تتبع التصرف الموكل به باعتبارها من مستلزماته تنشئ للوسيط صفة جديدة، وإنما هي الصفة القائمة للوسيط بمقتضى التوكيل تمتد بحكم القانون لتشمل كل الأعمال المادية الضرورية للتصرف.

وتجدر الإشارة هنا إلى فائدة التمييز بين التزام الوسيط بالتصرف القانوني وبطريقة تنفيذه من جهة وبين التزامه بالأعمال المادية الضرورية للتصرف الموكل به من جهة أخرى، وذلك في موضعين:

الأول : أن التزام الوسيط بالتصرف الموكل به وبطريقة تنفيذه ناشئ

(1) د. عجيل جاسم النشمي، الدلالات اللغوية في أصول الفقه وتطبيقاتها في الشريعة والقانون، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، عدد 1، مارس 1989، ص 80. د. سيد طه بدوي محمد، مرجع سابق، ص 115. د. صلاح جودة، مرجع سابق، ص 39.

(2) د. جمال مرسي بدر، مرجع سابق، ص 25. د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 576؛ انظر كذلك المادة 703 من القانون المدني.

(3) انظر المواد 195، 197 من القانون المدني.

عن عقد الوكالة، في حين أن التزامه بالأعمال المادية الضرورية للتصرف الموكل به ناشئ عن القانون. ويترتب على ذلك أن يُرجع في الالتزام الأول، بوجه خاص، إلى إرادة العميل نظرا لارتباط التصرف في نشأته بالإرادة، ويرجع في الالتزام الثاني إلى ما يقتضيه العرف بالدرجة الأولى والقانون بالدرجة الثانية نظرا لارتباط التصرف في نشأته بالقانون.

والثاني، أن التزام الوسيط بالتصرف القانوني وبطريقة تنفيذه ينشئ له، بحكم القانون⁽¹⁾، الحق في التعويض عن الضرر الذي يلحقه بسبب تنفيذ أوامر العميل فقط، دون الضرر الذي قد يصيبه بمناسبة التزامه بالأعمال المادية الضرورية للتصرف الموكل به. غير أن القول بذلك لا يمنع أن الوسيط باعتباره وكيلًا يظل محتفظًا بصفته النيابة في الحالتين؛ عندما يباشر التصرف الموكل به، وعندما يباشر الأعمال المادية الضرورية لذلك التصرف⁽²⁾.

المطلب الثاني

مضمون الوكالة

يتحدد مضمون الوكالة تبعا لطبيعة الأوامر التي تتضمنها. والوكالة إما أن تتضمن أوامر محددة فتوصف بأنها وكالة مقيدة، أو لا تتضمن أوامر محددة فتوصف بأنها وكالة مطلقة⁽³⁾. وعليه يستدعي تحديد طبيعة الوكالة النظر في عبارة التوكيل و نوع الوكالة.

(1) انظر المادة 713 من القانون المدني؛ د. سيد طه بدوي محمد، مرجع سابق، ص 149.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 720 - 721؛ د. شريل طانيوس صابر، مرجع سابق، ص 177.

(3) د. عبد العال العلمي، مرجع سابق، ص 28؛ د. قدرى عبد الفتاح، مرجع سابق، ص 323؛ د. صلاح جودة،

مرجع سابق، ص 43.

أولاً - عبارة التوكيل :

من المحتمل أن تثير عبارة التوكيل في العلاقة بين الوسيط والعميل خلافاً حول مضمونها. ذلك أنه من المتصور أن يوجه العميل أو امره إلى الوسيط من خلال جهاز الهاتف أو الفاكس أو الشبكة البينية، وقد يكون في عجلة من أمره بما قد يفضي في الأخير إلى التباس عبارة التوكيل بغموض، كما إذا أمر العميل الوسيط بالشراء ولم يحدد له الثمن، فهل يعني ذلك جواز تصرف الوسيط بالشراء بثمن المثل، أم بثمن السوق؟ وماذا لو اتضح أن أياً من الثمينين مضر بالعميل؟

أو أمر العميل الوسيط بالتصرف فيما تحت يده من أوراق مالية، فهل يعني ذلك جواز تصرف الوسيط فيها بالبيع أم بالرهن؟ وحتى يحقق الرجوع إلى عبارة التوكيل الغاية منه وهي الكشف عن الإرادة الباطنة المعول عليها في العقد قانوناً⁽¹⁾، لابد من مراعاة مسألتين:

الأولى : وهي التقيّد بعبارة التوكيل في حالة وضوح دلالتها، وهذا هو الوضع المفترض في الوكالة الخاصة تحديداً لأن محل التصرف فيها يكون محددًا بدقة باعتبار أن الوسيط موكل في تصرف ليس من أعمال الإدارة⁽²⁾. وليس المقصود بوضوح الدلالة هنا دلالة اللغة فحسب وإنما دلالة المعنى أيضاً⁽³⁾، لذا يقتضي تحديد محل التصرف بدقة أن ينصرف لفظ التوكيل إلى كل ما من شأنه أن ينشأ عنه التزام قانوني محدد، كأن يُؤمر الوسيط بالبيع أو الشراء عند سعر معين. وفي مثل هذه الحالة يجب الوقوف عند عبارة التوكيل. وبمفهوم

(1) د. ندى البديوي النجار، أحكام المسؤولية، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2001، ص 83؛ وانظر كذلك المادة 193 من القانون المدني.

(2) انظر المادة 702 من القانون المدني.

(3) د. وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، حقوق الإسكندرية، 1961، ط1، مكتبة النهضة المصرية القاهرة، ص 563 وما بعدها.

المخالفة لا يستقيم التوكيل بمطلق التصرف، ولا بجميع أعمال التصرف بيها ورهنا وشراء لأن ذلك يجعل الوسيط غير قادر على مباشرة أي منها، وتبطل بذلك الوكالة⁽¹⁾.

والثانية، وهي الخروج عن عبارة التوكيل عن طريق تفسيرها وذلك إذا شابها غموض أفضى إلى خفاء دلالتها على النحو المبين أعلاه. وفي هذه الحالة يجب أن يكون تفسير عبارة النص في أضيق الحدود، أي في حدود المعاني التي تتحملها عبارتها نظراً لوقوع التوكيل في عمل من أعمال التصرف. فالتوكيل على سبيل المثال بالبيع أو الشراء في زمن محدد لا يعني القيام بذلك في زمن آخر. والتوكيل بالبيع لا يمنح الوسيط حق قبض الثمن. وهنا لا بد من الإشارة إلى أن وجود نص الوكالة يحول دون تجاوز الوسيط حدود الوكالة إلى إضافة أعمال أخرى عن طريق القياس، إذ لا يصح القياس مع وجود النص⁽²⁾.

ثانياً - نوع الوكالة :

ويتحدد نوع الوكالة بحسب طبيعة أوامر الموكل، وفي ضوء ذلك يمكن التمييز بين نوعين من الوكالة هما: الوكالة المقيدة والوكالة المطلقة.

أ - الوكالة المقيدة :

وتوصف الوكالة بأنها مقيدة إذا قامت على أوامر محددة تجرد الوكيل من أية سلطة تقديرية فيما يتصل بمضمون وقيمة التصرف الموكل به بحيث لا يبقى له إلا أن ينفذ أوامر الموكل كما هي، فتلك وكالة مقيدة ولا

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 439 - 440؛ د. سيد طه بدوي محمد، مرجع سابق، ص 138.

(2) من الثابت قانوناً أنه لا يلجأ إلى القياس في ظل وجود النص وفقاً للقاعدة الرومانية:

« Ubi Cadem est ratio, cadem lex esse debe » ؛ وانظر في شأن تفسير الوكالة موسوعة دالوز (Daloz)،

مرجع سابق، ص 1251.

خلاف في ذلك بين الفقهاء⁽¹⁾، ونضيف إلى ذلك أن التقييد هو الأصل العام في الوكالة، وسندنا في ذلك مستمد من مضمون فكرة النيابة والتي تقوم على مبدأ حلول الوكيل محل الأصيل في التصرف فلا يبقى لشخص الأول أثر⁽²⁾. وهذا الأصل ظاهر في النصوص التي تتناول عقد الوكالة، سواء النصوص الأصلية التي استلهم منها المشرع أحكامه⁽³⁾، أو النصوص الحالية التي تنظم الوكالة لاسيما تلك التي تتعلق ببيان أركانها⁽⁴⁾. غير أن تطبيق ذلك في حالة الوسيط في سوق الأوراق المالية غير ممكن لأن الوسيط يباشر العقد باسمه الخاص وليس باسم العميل بحكم عقد الوكالة بالعمولة، ومن ثم فشخص الوسيط يكون محل اعتبار في التعاقد استثناء.

ونظراً لما يتميز به التوكيل في سوق الأوراق المالية من مرونة يوجبها الطابع التجاري الغالب على التصرف اقتضي الحال تسامح المشرع في شأن الخروج عن حدود الوكالة المقيدة بالتعامل في ظل نوعين من الأوامر التي تصدر عن الموكل، النوع الأول ويشمل الأوامر التي تتضمن تعليمات أمرة، والنوع الثاني ويشمل الأوامر التي تتضمن تعليمات اختيارية⁽⁵⁾.

-
- (1) د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 557 - 558؛ د. عبد العال العلمي، مرجع سابق، ص 28؛ د. شربل طانيوس صابر، مرجع سابق، ص 183؛ د. صلاح جودة، مرجع سابق، ص 56.
- (2) د. جمال مرسى بدر، مرجع سابق، ص 31 وما بعدها؛ انظر المادة 57 من القانون المدني التي تقرر انصراف أثر العقد إلى الأصيل إذا التزم النائب حدود نيابته، والمادة 699 من نفس القانون التي تشترط لصحة الوكالة أن يكون الموكل أهلاً لأداء التصرف الموكل به.
- (3) انظر بوجه خاص المواد: 1449 إلى 1505 من مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، والمواد 1987 إلى 1994 المقابلة لها من القانون المدني الفرنسي.
- (4) انظر المواد 698، 699، 1700، من القانون المدني، والمواد: 260، 261، 262 من قانون التجارة.
- (5) د. سيد طه بدوي محمد، مرجع سابق، ص 182؛ د. عبد العال العلمي، مرجع سابق، ص 28؛ د. صلاح جودة، مرجع سابق، ص 61؛ د. محسن شفيق، القانون التجاري الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، 1972، ص 26؛ د. رضا عبيد، القانون التجاري، شركة النصر للتصدير والاستيراد، القاهرة 1983، ص 248.

1 - التعليمات الأمرة :

وتكون تعليمات العميل أمرة، بحكم طبائع الأشياء، إذا كانت لا تتيح خياراً للوسيط في التصرف، كأن يأمر العميل الوسيط بالقيام بالبيع بثمن محدد أو في زمن معين، فيتعين عليه القيام بالبيع عند ذلك الثمن وضمن حدود ذلك الزمن. وعلى الرغم من أن الوسيط يباشر التصرف باسمه إلا أن مركزه القانوني في حالة التعليمات الأمرة يكون أقرب إلى الرسول منه إلى الوكيل، حيث يقتصر دوره على نقل إرادة العميل إلى المتعاقد معه⁽¹⁾، ولا يزيد. غير أن تقيّد الوسيط بأوامر العميل في هذه الحالة لا يعني التزامه حرفية الأوامر، ذلك أنه بإمكان الوسيط الاستفادة مما أجازته المشرع للوكيل، على سبيل الاستثناء، من سلطة تقديرية وذلك في حالتين هما: حالة التعاقد بشروط أفضل للموكل، وحالة تضادي وقوع ضرر بليغ على مصالح الموكل.

ففي الحالة الأولى لم يمنع المشرع الوكيل من التعاقد بشروط أفضل من تلك التي حددها الموكل، وقد ورد ذلك في المادة 289 من قانون التجارة بقولها:

(إذا تعاقد الوكيل بالعمولة بشروط أفضل من الشروط التي حددها الموكل، وجب على الوكيل أن يقدم حساباً إلى الموكل).

وتطبيقاً لذلك يصحّ من الوسيط التصرف بالبيع مع تعجيل الثمن إذا أمر العميل بالبيع مع تأجيل الثمن. واستناداً إلى النص أعلاه لا يتعارض تصرف الوسيط على هذا النحو مع التزامه حدود الوكالة، طالما أن تصرفه يحقق مصلحة أفضل للعميل⁽²⁾.

وفي الحالة الثانية أجاز المشرع للوكيل إرجاء تنفيذ أوامر الموكل إذا

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 547؛ د. ندى البدوي النجار، مرجع سابق، ص 97.

(2) د. قدرى عبد الفتاح، مرجع سابق، ص 93؛ د. صلاح جودة، مرجع سابق، ص 81.

تحقق أن تنفيذها في الحال يلحق بالأخير ضرراً بليغاً، وقد ورد ذلك في المادة 262
فقرة 2 من قانون التجارة بقولها:

(2 - على أنه إذا تحقق الوكيل أن تنفيذ الوكالة حسب أوامر الموكل
يلحق بالموكل ضرراً بليغاً، جاز له أن يرجئ تنفيذ الوكالة إلى أن يراجع
الموكل).

وتطبيقاً لذلك يجوز للوسيط أن يرجئ تنفيذ أوامر العميل إلى حين
مراجعته إذا غلب على ظنه أن تنفيذها في الحال سيتسبب له في ضرر بليغ.
واستناداً إلى دلالة إشارة النص أعلاه⁽¹⁾، أن الوسيط في ترجيحه
لاحتمالية وقوع الضرر وجسامته ملزم باتخاذ "الحيطة الواجبة" كمعيار لعمل
الوسيط، وقد ورد ذلك في الفقرة 3 من نفس المادة، بقولها " .. كان له أن يقوم
بتنفيذ الوكالة بحسب ما يراه على أن يتخذ الحيطة الواجبة .."، بمعنى أن
يكون رجحان وقوع الضرر وجسامته لدى الوسيط قائم عن تقصي دقيق
للحقائق بذل الوسيط في تحصيلها القدر "الواجب من الحيطة". وفي هذه الحالة
لا يسأل الوسيط عن الضرر الذي ينجم جراء تأخير تنفيذ الأوامر كأن تفوت
على العميل فرصة سانحة للكسب. وإعفاء الوسيط من المسؤولية في هذه الحالة
مقيد بتحقق شرطين:

الأول: أن ترجح احتمالية وقوع الضرر. والثاني: أن ترجح جسامته
الضرر على النحو المبين أعلاه. وخارج حدود هذا الاستثناء يسأل الوسيط عن
مخالفة "أوامر موكله" بالامتناع عن تنفيذها أو بالتأخر في تنفيذها استناداً
إلى المادة 262 فقرة 1، المشار إليها سابقاً، والتي تجعله ملزماً بالتعويض عن
"الأضرار التي تنجم عن ذلك". ولا يعفيه من هذه المسؤولية إلا أن تُملَى عليه

(1) د. عجيل جاسم النشمي، مرجع سابق، ص 75.

"ضرورة الاستعجال" التصرف على هذا النحو⁽¹⁾.

2- التعليمات الاختيارية :

وقد تتوافر الوكالة على تعليمات اختيارية أو بيانية⁽²⁾ يستهدي بها الوسيط إلى معرفة التوجه الأمثل عند العميل⁽³⁾. وغالباً ما تكون التعليمات اختيارية في حالة التعامل مع وسطاء الاستثمار والمحافظ الاستثمارية حيث يكون العميل بحاجة إلى الاستفادة من خبرة الوسيط في التداول، فيكتفي بتحديد الشروط المفضلة لديه في التعاقد أو الهدف الذي يسعى إلى تحقيقه من وراء ذلك، ثم يترك للوسيط حرية اختيار الوسيلة التي يراها مناسبة لتحقيق ذلك. ويترتب على كون تعليمات العميل اختيارية أن يتمتع الوسيط بقدر كبير من السلطة التقديرية في اختيار أفضل الأوضاع والشروط المناسبة للتعاقد وفق ما يراه مناسباً في ضوء متطلبات الصفقة أو بحسب ما تمليه عليه الظروف المحيطة بها. والى هذا المعنى أشارت الفقرة 3 من المادة 362 من قانون التجارة بقولها:

(... أو كان الوكيل مأذوناً في العمل في حدود ما هو مفيد وملائم، كان

له أن يقوم بتنفيذ الوكالة بحسب ما يراه على أن يتخذ الحيطة الواجبة).

وتكررت الإشارة إلى ذلك بشكل أكثر تفصيلاً في البند (هـ) من المادة 25

(1) وقد قضت بذلك محكمة التمييز مبينة أنه " من المقرر أنه متى جاوز الوكيل حدود وكالته وأبرم عقداً باسم الموكل فإن آثار هذا العقد لا تنصرف إليه إلا إذا أجازته ، وأن استخلاص إجازة أو عدم إجازة الموكل لعمل وكيله المجاوز لحدود الوكالة هو من قبيل فهم الواقع في الدعوى الذي تستقل به محكمة الموضوع بغير معقب متى كان هذا الاستخلاص سائغاً: تمييز 178 لسنة 1992، جلسة 1993/5/3.

(2) د. سيد طه بدوي محمد، مرجع سابق، ص 182؛ د. صلاح جودة، مرجع سابق، ص 87؛ د. رضا عبيد ، مرجع سابق، ص 249-250؛ د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المسؤولية العقدية للمدين المحترف، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2003، ص 12 وما بعدها.

(3) د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 548.

من اللائحة الداخلية لسوق الأوراق المالية. بقولها:

(يتعين على الوسطاء عند ممارسة مهنة الوساطة مراعاة ما يلي:

(...هـ. عدم القيام بأي عمل من شأنه الإخلال بواجباته كوسيط في

تنفيذ الصفقات لعملائه بأفضل شروط البيع أو الشراء المتاحة له وذلك

اعتمادا على كافة المعلومات التي تتوافر لديه وقت التعامل).

ويتطبيق مقتضى النصين أعلاه على علاقة الوسيط بالعميل يتبين أن الوسيط يتمتع بقدر أكبر من حرية التصرف مقارنة بالحالة السابقة، فيكون له أن يضيف إلى الوكالة من أنواع التصرف ما يراه مناسبا، كما يكون له أن يؤخر تنفيذ الوكالة بالقدر الذي يراه مناسبا، لكن تحقيق مصلحة العميل تظل قيما على حريته تلك، فالوسيط مجبر بحكم القانون على التعاقد بأفضل الشروط، ومرجع ذلك هو ما يستفاد من التخصيص للفائدة والأفضلية الوارد في عبارة النصين المذكورين أعلاه: " ما هو مفيد ملائم "، وما كان " بأفضل شروط "، فالتخصيص مقصور على الموكل المقصود بحيث يُنظر إلى ما هو " مفيد وملائم"، وما هو بـ "أفضل الشروط" بالنسبة للموكل وذلك تحقيقا لغاية الوكالة باعتبار أنها من أعمال التبرع التي يراد منها تحقيق مصالح الموكل⁽¹⁾.

ويترتب على ذلك أن تستبعد من التصرف كل مصلحة في التصرف ترجع على الوسيط، فإذا تبين أن الوسيط تصرف على نحو معين يبغي من خلاله تحقيق مصلحة خاصة به فقد تصرفه مشروعيتها وعد ذلك خروج غير مبرر عن

(1) تستشف غاية الوكالة من كونها عملا تبرعيا؛ حيث يسخر الوكيل نفسه لخدمة مصالح الأصيل. انظر

حول هذا المعنى د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 465؛ د. جمال مرسي بدر، مرجع سابق، ص 51 وما

بعدها؛ وانظر كذلك المادة 698 من القانون المدني وفيها أن الموكل في الوكالة "... يقيم شخصا مقام

نفسه...".

حدود الوكالة حتى ولو تحققت من خلال ذلك التصرف مصلحة العميل. وسندنا في القول بذلك مستمد من غاية الوكالة والتي بمقتضاها تكون العبرة ليست بتحقيق مصلحة الموكل فحسب وإنما بما يهدف إليه تصرف الوكيل، فالوكيل ملزم بأن تكون الغاية من تصرفه هي تحقيق مصلحة الموكل أولاً وأخيراً، وبمعنى أدق يجب أن تكون مصلحة الموكل هي الباعث الدافع إلى التصرف بالنسبة للوكيل لا أن تكون مجرد نتيجة تتحقق، فقد تتحقق تلك المصلحة بالصدفة أو بغيرها من خلال تحقق مصلحة ما للوكيل. وعليه يمكن القول استنتاجاً أنه إذا ثبت أن التصرف يخدم مصلحة الوسيط بالدرجة الأولى فقد مشروعيته ولو تحققت معه مصلحة العميل؛ لأن المفترض في الوسيط وهو نائب عن العميل أن يهدف بتصرفه إلى تحقيق مصلحة عميله أولاً وأخيراً.

وتأكيداً لهذا المعنى عمد المشرع إلى النص على قواعد خاصة لمواجهة أوضاع معينة بذاتها. من ذلك أنه اعتبر سكوت الموكل قبولاً في الحالة التي يبيع أو يشتري الوكيل بثمن أقل أو أكثر ما لم يبادر الموكل بإخطار الوكيل بالرفض، أما إذا قرر الوكيل تحمل الفرق فحينئذ لا قبل للموكل برفض الصفقة. هذا من جهة. ومن جهة أخرى إذا تعاقد الوكيل بشروط أفضل من تلك التي حددها الموكل وجب عليه تقديم حساب إلى الموكل⁽¹⁾.

ونضيف إلى ما سبق أن مبادرة المشرع بوضع هذه القواعد جاءت أيضاً استجابة لطبيعة التعامل في السوق الذي يتميز بالكثير من تقلبات الأسعار الأمر الذي يتطلب إضفاء مزيداً من المرونة على العلاقة بين الوسيط والعميل بما يكفل حرية أكبر ومسؤولية أقل بالنسبة للوسيط، ومصلحة أكبر للعميل.

(1) د. سيد طه بدوي محمد، مرجع سابق، ص182؛ وانظر كذلك المادة 288 من قانون التجارة، في شأن الوكالة بالعمولة.

ب- الوكالة المطلقة :

وتمتد حرية الوكيل في الوكالة المطلقة إلى حدها الأوسع بحيث يرجع إليه تقدير التصرف القانوني المناسب وكل ما يتصل به من تفاصيل⁽¹⁾ ويتطابق ذلك على علاقة الوسيط بالعميل نجد أن الوكالة المطلقة تنعقد غالباً في الحالات التي يكون العميل مستثمراً دخيلاً على سوق الأوراق المالية، قليل الخبرة بأسرار التداول فيها، فيلجأ إلى الاعتماد كلياً على خبرة الوسيط والثقة التي يتمتع بها عنده، فيحدد له طبيعة العمل المطلوب منه بيعاً أو شراءً ويترك له تحديد كافة التفاصيل التي يقتضيها إنجازها. فإذا فوّض العميل الوسيط في البيع مثلاً يتولى الأخير تحديد سعر البيع وزمنه ونوعه الخ. وفي هذا النوع من الوكالة تنقلص مسؤولية الوسيط إلى حدها الأدنى فلا يسأل عن الامتناع عن التنفيذ، ولا عن التأخير فيه من باب أولى طالما أن الأمر برمته متروك لتقديره.

المطلب الثالث

حماية مصلحة العميل

ولا يعني إفساح المجال أمام الوسيط لاختيار التصرف المناسب إغفال مصلحة العميل لأن مناط السلطة التقديرية التي خولها المشرع للوكيل في هذه الحالة هو تحقيق مصلحة الموكل⁽²⁾ وبسبب تباين وجهات النظر من فقيه إلى آخر حول حدود مصلحة الموكل، فمن المتصور أن ينشأ تساؤل حول تحديد مصلحة الموكل؟ ويفرض حصر التساؤل ضمن إطار العلاقة بين الوسيط والعميل، فهل مصلحة العميل هي المصلحة التي تخيلها الوسيط، أم أنها

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 548؛ د. جمال مرسي بدر، مرجع سابق، ص 55.

(2) د. أكثم أمين الخولي، القانون التجاري، منشأة المعارف بالإسكندرية 1980، ص 132؛ د. مصطفى كمال طه،

مرجع سابق، ص 374.

المصلحة التي قصدها العميل؟

واجابة على هذا التساؤل نرى أنه لا سبيل إلى تحديد المصلحة في ضوء العقد طالما أن الوكالة مطلقة، ولا بد من الركون إلى معيار محايد، خارج العقد، يضمن تحقق الحد الأدنى للحقوق عموماً، ويتحقق ذلك إذا التزم الوسيط في تصرفه حدود القانون تشريعاً كان أو عرفاً.

ومن الممكن أن نجد لذلك سندا في المبدأ المعروف "أن ما يقرره المشرع في شأن العلاقات الفردية يمثل الحد الأدنى في حفظ الحق، أما الحد الأعلى فشان خاص"⁽¹⁾. وتأسيساً على ذلك نرى أن ضمان حماية مصلحة العميل يوجب على الوسيط أن يلتزم في تنفيذه الوكالة حدود القانون فيتقيد في ذلك بقيدتين:

الأول عام : وهو مستمد من أحكام اللائحة الداخلية للسوق وفيها أن الوسيط يلتزم بالقواعد القانونية التي تنظم التداول في السوق وأعراف المهنة ويكل ما من شأنه أن يضمن تنفيذ الصفقات لعملائه بأفضل الشروط، ويكون في عمله ذلك خاضعاً لرقابة مستمرة من قبل لجنة السوق⁽²⁾.

والثاني خاص : وهو مستمد من حكم المادة 262، فقرة 3 ، من قانون التجارة والتي تناولت حالة الوكالة المطلقة بإجازتها للوكيل أن: "... له أن يقوم بتنفيذ الوكالة بحسب ما يراه على أن يتخذ الحيطة الواجبة". وتنصرف دلالة لفظ "ما يراه" الواردة في النص إلى مصلحة الموكل، أي بحسب ما يراه

(1) هو المبدأ الذي أقره القضاء في فرنسا في بداية القرن التاسع عشر متأثراً بتداعيات الشرائع الراعية لحقوق الإنسان، ليكون أساساً يصح الاستناد إليه لقياس المصلحة الفردية عند سكوت ذوي الشأن عن بيان ذلك عند التعاقد، انظر في تفاصيل ذلك: G.Ripert et R. Roblot, traite élémentaire de droit commercial, T: 2, Paris, Montchrestien, 1970, PP.32-35، وانظر كذلك في شأن تطبيقات المبدأ موسوعة دالوز Dalloz، مرجع سابق، ص، 1006.

(2) د. سيد طه بدوي محمد، مرجع سابق، ص 111 ؛ د. صلاح جودة، مرجع سابق، ص 93؛ وانظر كذلك المواد (25، 32، 33، 34) من اللائحة الداخلية للسوق.

محققاً لمصلحة الموكل وذلك بمقتضى دلالة الإشارة⁽¹⁾.

وتطبيقاً لذلك يلزم الوسيط بمراعاة الحيطة الواجبة في التصرف حتى يتجنب الإساءة المحتملة إلى مصالح العميل.

ويلاحظ أن الفقه بوجه عام قد اختلف جزئياً حول المعيار الذي تقاس به "الحيطة الواجبة" في هذه الحالة، بين من قال أن على الوكيل بذل عناية الرجل المعتاد، ومن قال بعناية الرجل الحريص⁽²⁾. وفي ضوء نصوص التشريع ذات العلاقة فإن الأخذ برأي الفريق الأول يحتمه القانون لخصوص النص على تلك الدرجة من العناية في الفقرة 2 من المادة 705 من القانون المدني بقولها:

"2 - فإن كانت بأجر وجب على الوكيل أن يبذل دائماً في تنفيذها عناية الشخص العادي".

غير أننا نفضل مخالفة التخصيص المنصوص عليه بالمادة 705 فقرة 2 أعلاه والأخذ برأي الفريق الثاني القائل بعناية الرجل الحريص لأن إلزام الوسيط بهذه الدرجة من العناية أوفى بالنسبة للموكل الذي يضع مصلحته بين يدي مدين محترف⁽³⁾.

وفي ظننا أن اعتبارات العدالة تلمي على القاضي في مثل هذه الحالة أن ينظر من هذه الزاوية إلى أن مسؤولية الوسيط، وإن كانت أساسها العقد، فكونه مديناً محترفاً يتوجب عليه الالتزام بما يقتضيه احترافه من حيطة وحذر إضافيين. ولا شك أن هذه النظرة تجعل الخطأ في تصرف الوسيط يقدر بمعيار أشد. وما يحملنا على هذا القول أن معيار "الشخص العادي" الوارد في نص الفقرة 2 من المادة 705 أعلاه، لا يضيق بما يمكن أن يحمله به القاضي من مسائل

(1) د. عجيل جاسم النشمي، مرجع سابق، ص 75؛ د. ندى البدوي النجار، مرجع سابق، ص 103.

(2) د. مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص 374؛ د. رضا عبيد، مرجع سابق، ص 247؛ د. صلاح جودة، مرجع

سابق، ص 109؛ د. جمال مرسي بدر، مرجع سابق، ص 56 وما بعدها.

(3) د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 14 وما بعدها.

تتصل بحرفة المدين والتي تعتبر شأنا عاديا بالنسبة له.
ويخرج الوسيط عن حدود القيد المذكورين أعلاه ينشأ افتراض
لمصلحة العميل مفاده أن الوسيط أساء التصرف في الوكالة، فإذا ثبت الضرر
قامت مسؤولية الوسيط التقصيرية والتي قد تمتد إلى مسئوليته التعاقدية تبعا
لطبيعة وحجم المخالفة⁽¹⁾. فأما المسؤولية التقصيرية فتقوم على أساس أن
الوسيط مدين محترف يوحي لعملائه بضرورة الاطمئنان إلى كفاءته أكثر
من غيره مما يدفعهم إلى تفويضه في التصرف في مصالحهم دون قيد أو شرط؛
وعليه يُعد مجرد الإخلال بالعقد من جانب الوسيط فعلاً تقصيرياً إذا خرج عن
حدود الاستثناء المبينة أعلاه. وأما المسؤولية التعاقدية فأساسها الإخلال بالعقد
وتتقرر تلقائياً من باب أولى عند ثبوت المسؤولية التقصيرية في حق الوسيط.

المبحث الثاني

خروج الوسيط عن حدود الوكالة

يجوز للوسيط الخروج عن حدود الوكالة بحكم ما قرره المشرع للوكيل
في المادة 704 فقرة 2 من القانون المدني بقوله:
"2 - على أن له أن يخرج عن حدود الوكالة متى كان من المستحيل
عليه إخطار الموكل سلفاً وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما
كان إلا ليوافق على هذا التصرف. و على الوكيل في هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ
الموكل خروجه عن حدود الوكالة".
ويظهر من هذا النص أن جواز خروج الوكيل عن حدود الوكالة هو

(1) د. مصطفى مرعي، المسؤولية المدنية في القانون المصري، 1936، ص 12 وما بعدها؛ د. مصطفى كمال طه،
مرجع سابق، ص 374؛ د. أنور طلبية، مرجع سابق، ص 142 وما بعدها.

استثناء من الأصل الذي يلزم الوكيل حدود الوكالة⁽¹⁾، وهو استثناء مقيد بتحقق شرطين، وملحق بالالتزام.

فأما الشرطان فهما:

- استحالة إخطار الموكل سلفاً بضرورة الخروج عن حدود الوكالة،
 - ووجود ظروف ترجح موافقة الموكل على التصرف.
- وأما الالتزام فهو إبلاغ الوكيل الموكل بواقعة خروجه عن حدود الوكالة.

وواضح أن مبرر الاستثناء وحدّه هو تحقيق مصلحة جديدة للموكل تتمثل في عدم تفويت فرصة الكسب عليه، ويتضح ذلك أكثر من خلال النظر فيما قرره المشرع من شروط للاستثناء وفيما ألزم به الوكيل من إبلاغ للموكل بواقعة خروجه عن حدود الوكالة، وهي المسائل التي نبينها تباعاً فيما يلي.

المطلب الأول

شرط الاستثناء

بحسب نص المادة 704 أعلاه يتحقق شرط الاستثناء المذكورين أعلاه حينما تستجد أمور في الواقع لا صفة للوكيل في التعاطي معها، لكن تحقيق مصلحة الموكل تملّي على الوكيل التصرف خارج حدود الوكالة، ولا تسعف الظروف المحيطة القيام بإخطار الموكل سلفاً بذلك. ويتطبيق ذلك على علاقة الوسيط بالعميل نجد أنه من المتصور أن يتناول النص افتراض وقوع

(1) انظر الفقرة 1 من المادة 704 من القانون المدني، وقد جاء فيها أن: "الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة في حدودها المرسومة".

ومن المفيد الإشارة هنا إلى أننا لم نجد لهذا الاستثناء أصل في القانون المدني الفرنسي، وقد بحثنا في أحكام القضاء المحلي فلم نجد حالات تذكر في خروج الوكيل عن حدود الوكالة، وتبين أن النص على هذا الاستثناء يندرج ضمن المسائل التي تجاوز فيها التشريع المحلي نطاقه المعتاد دون مبرر.

توكيل للوسيط بالبيع أو الشراء لأوراق مالية عند سعر معين، وعند تعذر البيع أو الشراء بذلك السعر يقوم العميل بإلغاء التوكيل الأول عن طريق إصدار توكيل جديد بتصرف آخر غير البيع وليكن رهناً. غير أن الوسيط لم يلبث أن عثر على مشتر للأوراق بالسعر الذي حدده العميل في التوكيل الأول، فلم يكن بيده إلا أن يوافق فوراً على البيع تحت ضغط المشتري المستعجل، وضنا منه أنه بذلك يحقق رغبة العميل في الوكالة الأولى.

فتصرف الوسيط بالبيع يُعد، من جانب شكلي خروجاً عن حدود الوكالة المرسومة لأن التوكيل الثاني يقضي بغير ذلك. لكنه من جانب موضوعي يُعد تصرفاً محققاً لمقتضى الوكالة لأنه يحقق رغبة العميل التي تعذر تحقيقها في التوكيل الأول، وهذا هو مقتضى عبارة النص "وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق على هذا التصرف" بدلالة الاقتضاء⁽¹⁾. وتصرف الوسيط دون إخطار العميل تم تحت ظرف الاستعجال ويدافع الحرص على اغتنام فرصة البيع خصوصاً إذا كان المشتري في عجلة من أمره⁽²⁾، وهذا هو مقتضى عبارة النص "متى كان من المستحيل عليه إخطار الموكل سلفاً". بدلالة العبارة⁽³⁾. وينصرف مدلول الاستحالة الواردة في النص إلى السبب الأجنبي الذي يندرج ضمن إطار القوة القاهرة⁽⁴⁾ وما في حكمها مما لا يرجع في كل الأحوال إلى فعل الوسيط باعتباره المدين في العقد.

(1) د. عجيل جاسم النشمي، مرجع سابق، ص 80.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 580 وما بعدها؛ د. شريل طانيوس صابر، مرجع سابق، ص 169 وما بعدها؛ د. ندى البدوي النجار، مرجع سابق، ص 114.

(3) د. عجيل جاسم النشمي، مرجع سابق، ص 83.

(4) د. سيد طه بدوي محمد، مرجع سابق، ص 202؛ د. صلاح جودة، مرجع سابق، ص 129؛ د. عبد المنعم البدرأوي، النظرية العامة في الالتزامات، (دون جهة النشر) 1989، ص 510 وما بعدها.

أولاً - تحقق الاستثناء :

ولتحقق الاستثناء المشار إليه أعلاه يستوجب المشرع تحقق الشرطين السابقين معاً، متلازمين في الإطار الزمني، ذلك أن خروج الوكيل عن حدود الوكالة غايته تحقيق مصلحة الموكل ووسيلته ظرف الاستعجال، ولا بد في ذلك من تلازم الغاية والوسيلة وإلا فقد الاستثناء مغزاه. وقد جاءت عبارة النص أعلاه معبرة عن ذلك التلازم بين الشرطين بصيغتها، "متى كان من المستحيل عليه إخطار الموكل سلفاً وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ..."، حيث تفيد واو العطف وجوب تلازم الشرطين معاً. أما تقرير تحقق الشرطين الواجبين للاستثناء فيقع ضمن اختصاص قاضي الموضوع باعتبار أن ذلك يندرج ضمن مسائل الواقع⁽¹⁾، فإذا تبين تحققهما وجب القول بانصراف أثر العقد إلى الموكل فيما جاوز فيه الوكيل حدود الوكالة. وبمفهوم المخالفة إذا كان باستطاعة الوسيط إخطار العميل قبل مباشرة التصرف بضرورة خروجه عن حدود الوكالة المرسومة ولكنه لم يفعل. أو إذا تعذر عليه إثبات ظرف الاستعجال. أو إذا اتضح من ملابسات التصرف أن العميل ما كان ليوافق عليه، عد تصرف الوسيط غير مشمول بالاستثناء.

ويترتب على اعتبار تصرف الوسيط غير مشمول بالاستثناء أن يلزم التصرف الوسيط إذا لم يقبله العميل، وفي هذا قضت محكمة التمييز بأنه متى جاوز الوكيل حدود وكالته فإن آثار هذا العقد لا تنصرف إلى الموكل إلا إذا أجازته⁽²⁾.

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 582؛ وانظر كذلك تمييز رقم 155 لسنة 1992، جلسة

1993/2/7.

(2) تمييز رقم 178 لسنة 1992، جلسة 1993/5/3.

ثانياً - مجال الاستثناء :

سبق لنا أن أشرنا إلى أن سعة الوكالة تشمل التصرف القانوني الموكل به وطريقة تنفيذه⁽¹⁾. فالتوكيل بالبيع الآجل يوجب على الوسيط القيام بالبيع بنفس الأسلوب. وسند ذلك مستمد من الصفة المطلقة للوكالة والذي بمقتضاها يقوم الوكيل مقام الموكل في مباشرة التصرف القانوني موضوع الوكالة⁽²⁾. بمعنى أن خروج الوكيل عن حدود الوكالة استثناء يشمل مخالفة الوكيل لأوامر الموكل المتعلقة بالتصرف الموكل به وبطريقة تنفيذه. وعلى نفس النسق جرى الاستثناء في خروج الوكيل عن حدود الوكالة حيث تفيد دلالة اللفظ "أن يخرج" الواردة في النص أعلاه مطلق الخروج⁽³⁾.

فمن حيث موضوع التصرف يُعد خروجاً عن حدود الوكالة المرسومة لمباشرة الوسيط كافة الأعمال المغايرة لجنس أو نوع التصرف المفوض فيه، كما إذا كان الوسيط مفوضاً في البيع عند ثمن معين فيبيع بثمن مغاير، أو كان مفوضاً في البيع فقام بالرهن.

وأما من حيث شكل التصرف فيعد خروجاً عن حدود الوكالة المرسومة كل مخالفة لتعليمات الموكل سواء تعلقت بالأعمال محل الوكالة أو بطريقة تنفيذها، حيث لا مبرر للتفريق في تعليمات الموكل بين تعليمات تخص التصرف وتعليمات تخص طريقة تنفيذ التصرف، فتعليمات الموكل كل لا يتجزأ، وهذا محل إجماع الفقه⁽⁴⁾.

والقول بجواز خروج الوسيط عن حدود الوكالة على النحو المبين أعلاه

(1) انظر المبحث الثاني، المطلب الأول من هذه الدراسة.

(2) انظر المادة 698 من القانون المدني.

(3) د. عجيل جاسم التشمي، مرجع سابق، ص 74.

(4) د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 576؛ د. شريل طانيوس صابر، مرجع سابق، ص 171؛ د. سيد طه

بدوي محمد، مرجع سابق، ص 162؛ د. عبد المنعم البدرابي، مرجع سابق، ص 218 وما بعدها.

بسند من التشريع لا يعني الوصول إلى الحد الذي يتحمل فيه العميل ما يتجاوز القدر الذي يوجبه التصرف الموكل فيه أساسا. وفي رأينا أنه على الرغم من عدم وجود نص صريح يقرر جزاء على تجاوز الوسيط القدر الذي يوجبه التصرف الموكل به، فإن إلزام الوسيط بعدم تجاوز ذلك الحد يمكن أن يجد له سندا عاماً في المادة 195 من القانون المدني التي تقرر الالتزام بمبدأ حسن النية في الالتزامات التعاقدية. ويتطبيق ذلك على علاقة الوسيط بالعميل نجد أنه من المتصور أن يلزم الوسيط بتحمل ما يتجاوز القدر الذي يوجبه التصرف الموكل فيه، هذا من جهة. ومن جهة أخرى يمكن أن نجد لإلزام الوسيط تحمل ما يتجاوز القدر الذي يوجبه التصرف سندا خاصا في المادة 704 من القانون المدني التي توجب على الوكيل تلمس رجحان موافقة الموكل على التصرف قبل مباشرته، وإلا اعتبر ذلك خروج غير مبرر عن حدود الوكالة.

يضاف إلى ما سبق أن كل محاولة لتحميل العميل بما يتجاوز القدر الذي يوجبه التصرف الموكل به يعد بذاته خروجاً غير مبرر عن حدود الوكالة لما فيه من تعارض مع غاية الوكالة التي تلزم الوكيل على الدوام بتحقيق كل ما فيه مصلحة للموكل⁽¹⁾.

المطلب الثاني

إبلاغ العميل بالخروج عن حدود الوكالة

ويلتزم الوسيط الذي يكون قد خرج، للأسباب التي بينها سابقا، عن حدود الوكالة بإبلاغ العميل بما آلت إليه الوكالة، وقد ورد هذا الالتزام في عجز المادة 704 المذكورة آنفا بقولها: "وعلى الوكيل في هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الموكل خروجه عن حدود الوكالة".

(1) انظر المادة 698 من القانون المدني؛ وانظر كذلك د. أكثم أمين الخولي، مرجع سابق، ص 193؛ د. جمال

مرسي بدن، مرجع سابق، ص 61.

وواضح من عبارة النص أن الغاية من إلزام الوكيل إبلاغ الموكل بخروجه عن حدود الوكالة هو تحقق علم الموكل بما ترتب في ذمته دون علمه حتى يتفادى، في أقل تقدير، ما يمكن أن يقع عليه من ضرر في حالة التزامه تجاه الغير بما يتجاوز يسار ذمته. وحرصاً على تحقق هذه الغاية نرى أن لفظ "يبادر" الوارد في نص المادة 704 أعلاه يجب أن يحمل بدلالة الاقتضاء⁽¹⁾ على معنى السرعة والاستعجال. وعليه يتوجب على الوسيط أن يسارع فور زوال المانع إلى إبلاغ العميل بخروجه عن حدود الوكالة، ونرى الوفاء بهذا الالتزام من قبل الوسيط لا يتم إلا بتحقيق أمرين:

الأول: أن يبلغ الوسيط الموكل بمضمون التصرف الذي خرج فيه عن حدود الوكالة، كما إذا كان مأموراً بالبيع فتصرف بالرهن.

والثاني: أن يقوم بالإبلاغ بمجرد تمام خروجه عن حدود الوكالة، على اعتبار أنه لم يكن في استطاعته الإبلاغ قبل ذلك.

وإذا سلمنا بتفسير لفظ "يبادر" الوارد في النص أعلاه بمعنى السرعة والاستعجال فيتعين على الوسيط القيام بالإبلاغ وعلى وجه السرعة، فلا يعفيه من المسؤولية تحقق أحد هذين الأمرين دون الآخر. وفي حالة وقوع ضرر بالعميل جراء عدم قيام الوسيط بواجب الإبلاغ أو أنه تأخر في القيام به اعتبر ذلك خطأ في حقه يوجب مساءلته طبقاً لقواعد المسؤولية الخطئية⁽²⁾، لأن التزامه بذلك يقع خارج حدود الوكالة، وهو التزام، بطبيعة الحال، ببلوغ غاية فلا يعفيه من المسؤولية بذل العناية.

(1) د. عجيل جاسم النشمي، مرجع سابق، ص 80.

(2) انظر المادة 227 وما بعدها من القانون المدني.

خاتمة

نخلص من هذه الدراسة إلى أن التشريع المنظم لسوق الكويت الأوراق المالية بحاجة إلى مراجعة لاسيما ما تعلق منه بمسؤولية "وسطاء" التداول في السوق، حيث يجب التشدد في محاسبة الوسيط باعتباره مدينا محترفاً، بأن يُلزم في تصرفه ببذل عناية "التاجر الحريص" بدلاً من عناية "الشخص العادي" وذلك حفاظاً على مصلحة الموكل. ومبرر ذلك مستمد من طبيعة التعامل في سوق الأوراق المالية ذلك أن الموكل، من جهة، مجبر بحكم القانون على التعامل من خلال وسيط. ومن جهة أخرى أن الوساطة مقررة لفائدة النظام العام لتحقيق مصلحة الموكل أولاً.

ونظراً لتعلق الموضوع بوسطاء سوق الأوراق المالية دون غيرهم يفضل إدراج التعديل في اللائحة الداخلية للسوق يُخصّص بموجبه المعيار المعمول به في كل من قانون التجارة والقانون المدني، وهو معيار "الشخص العادي"، ليصبح الوسيط ملزماً استثناءً ببذل عناية "الشخص الحريص" بدلاً من عناية الشخص العادي.

مراجع البحث

1. د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المسؤولية العقدية للمدين المحترف، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2003.
2. د. أكثم أمين الخولي، العقود المدنية "الصلح والهبة والوكالة" (دون جهة النشر)، 1957.
3. د. أنور طلبة، العقود الصغيرة ، "الوكالة والكفالة"، المكتب الجامعي الحديث، 2004.
4. د. جمال مرسي بدر، النيابة في التصرفات القانونية طبيعتها وأحكامها، مطابع البصير بالإسكندرية، 1954.
5. د. رضا عبيد، القانون التجاري، شركة النصر للتصدير والاستيراد، القاهرة، 1983.
6. د. سيد طه بدوي محمد، عمليات بورصة الأوراق المالية الفورية والآجلة من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
7. د. شريل طانيوس صابر، عقد الوكالة في التشريع والفقہ والاجتهاد، (دون جهة النشر)، 1998.
8. د. صلاح جودة، بورصة الأوراق المالية، مطابع الأهرام، 1998.
9. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج/7، ط/2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989.
10. د. عبد العال العلمي، الوكالة في الفقه الإسلامي مع تطبيق على الوكالة بالعمولة، دراسة جامعة القاهرة، 1980.
11. د. عبد المنعم البدر اوي، النظرية العامة في الالتزامات، (دون جهة النشر) 1989.

12. د. عجيل جاسم النشمي، الدلالات اللغوية في أصول الفقه وتطبيقاتها في الشريعة والقانون، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد 1، مارس 1989.
13. د. قدرى عبد الفتاح، أحكام عقد الوكالة في التشريع المصري والمقارن. منشأة المعارف بالإسكندرية، 2001.
14. د. محسن شفيق، القانون التجاري الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، 1972.
15. د. مصطفى كمال طه، القانون التجاري، منشأة المعارف، بالإسكندرية 1980.
16. د. مصطفى مرعي، المسؤولية المدنية في القانون المصري، (دون جهة النشر) 1936.
17. د. ندى البدوي النجار، أحكام المسؤولية، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2001.
18. د. وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، حقوق الإسكندرية. 1961. ط/ 1 مكتبة النهضة المصرية القاهرة.
19. G. Ripert et R. Roblot, traite élémentaire de droit commercial, T: 2, Paris, - Montchrestien, 1970.
- دالوز (Dalloz) 1999-2000، منشورات دالوز، 2000.
 - اللائحة الداخلية لسوق الكويت للأوراق المالية الصادرة بالقرار الوزاري رقم: 35 لسنة 1983.
 - المرسوم الأميري بتنظيم سوق الكويت للأوراق المالية المؤرخ في 5 ذي القعدة 1403، الموافق 14 أغسطس 1983.
 - المرسوم بقانون رقم 67 لسنة 1980، المتضمن القانون المدني.
 - المرسوم بقانون رقم 68 لسنة 1980، المتضمن قانون التجارة.

العلاقة بين المحكمة الجنائية الدولية ومجلس الأمن الدولي

د. جمعة سعيد سرير
عضو هيئة التدريس
كلية القانون - جامعة قاريونس

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

على الرغم من أن المجتمع الدولي قد تطور تطوراً عظيماً في عهد التنظيم الدولي ، وفي ظل المنظمات الدولية ، وأصبح خاضعاً لمعايير دولية واضحة ، إلا أن تطبيق تلك المعايير كان حتى وقت قريب يواجه عجزاً بسبب غياب الآليات الدولية القادرة على تحقيق العدالة الجنائية الدولية ..

ومن جهة أخرى فقد أثمرت الجهود والمساعي الدولية التي ترمي إلى تحديد الجرائم الدولية ، ووضع تشريع دولي جنائي قد تكملت أخيراً بالتوقيع على بعض الاتفاقيات الدولية التي تخفف من المعاناة الإنسانية الناتجة عن الجرائم المرتكبة ضد الإنسانية ..

وفي محاولة أخرى لتخفيف المعاناة الإنسانية الناتجة عن أشد الجرائم الإنسانية فظاعةً فقد حاول المجتمع الدولي القيام بمهام محدودة لمحاكمة مرتكبي الانتهاكات الخطيرة لأحكام القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي العام أمام المحاكم الوطنية وكذلك محاكم جنائية دولية شكلها مجلس الأمن الدولي في عدة حالات مختلفة مثل يوغسلافيا السابقة عام 1993، ورواندا

عام 1995 .

ولما كان دور المحاكم الوطنية أو المحاكم الجنائية الدولية غير كاف كما أبانت عنها التجارب السابقة ، ولتفادي ثغرات العدالة في النظم الوطنية أو الدولية الخاصة ، فكان لابد من التفكير في إنشاء محكمة جنائية دولية دائمة .. ونتيجة لكل هذه الأحداث فقد تكلفت جهود الأمم المتحدة والمجتمع الدولي أخيراً بتوقيع الأطراف المتفاوضة على النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية في روما عام 1998 ، وتحققت مع هذه الخطوة قفزة عظيمة في مجال تطور القضاء الجنائي الدولي ، خاصة بعد دخول النظام الأساسي لهذه المحكمة حيز التنفيذ في الأول من شهر يوليو عام 2002 .

يأتي إنشاء هذه المحكمة في إطار مساعي المجتمع الدولي لسد الفجوة الموجودة في القانون الجنائي الدولي ، ومواجهة الانتهاكات الخطيرة للقيم الإنسانية ، وتجاوز حالات الخلل والقصور التي كشفت عنها التجارب الدولية السابقة في التعامل مع أشد الجرائم الدولية خطورةً ..

وعلى الرغم من الدور الإيجابي الهام الذي ستؤديه هذه المؤسسة القضائية الدولية في محاكمة الأشخاص المتورطين في ارتكاب الجرائم التي تختص هذه المحكمة بالنظر فيها ، فإننا نجد أن هناك عقبات قانونية عديدة تواجه هذه المحكمة ، بالإضافة إلى ضغوط قوية ومعارضة شديدة من بعض الدول للدور الذي ستقوم به ..

ومن هذا المنطلق جاءت فكرة الندوة الدولية حول : (المحكمة الجنائية الدولية) التي ترعاها أكاديمية الدراسات العليا في طرابلس يومي 10 - 11 يناير 2007 ، بهدف مناقشة أوجه الصراع القائم بين الطموحات ، والواقع ، والتنظرات المتعلقة بمستقبل المحكمة ، والوقوف على أبعاد التحديات التي تواجهها ..

أهمية البحث :

تتمثل أهمية البحث - في ضوء ما تقدم - في الآتي :

أولاً : الوقوف على مدى أهمية إنشاء المحكمة الجنائية الدولية . وهل سيؤدي إلى إضفاء الفعالية على قواعد القانون الدولي العام .

ثانياً : توضيح أبعاد الصعوبات والمعوقات التي تتمثل في وضع قيود قانونية على النظام الأساسي للمحكمة من شأنها الحد من فاعلية المحكمة والوقوف دون أن تطال عدالتها كل مرتكبي الجرائم الأشد خطورة .

ثالثاً : توضيح مدى انعكاسات منح مجلس الأمن الدولي سلطات استثنائية أمام المحكمة الجنائية الدولية تمكن الدول دائمة العضوية في مجلس الأمن من الانحراف بالشرعية الدولية على غرار التعامل مع قضية لوكربي .

أهداف البحث :

يهدف هذا البحث في إطار التحديات التي تواجه المحكمة الجنائية الدولية إلى الآتي: تحديد القيود التي تعيق ممارسة المحكمة الجنائية الدولية لاختصاصاتها ، التي تتمثل في:

- 1 . سلطة مجلس الأمن الدولي في الإحالة إلى المحكمة الجنائية الدولية وعمّا إذا كان إسناد هذه السلطة إلى مجلس الأمن سيؤثر في استقلال المحكمة وحيادها .
- 2 . سلطة مجلس الأمن الدولي في إيقاف التحقيق أو المحاكمة أمام المحكمة الجنائية الدولية لمدة سنة قابلة للتجديد لفترات غير محدودة .
- 3 . توضيح أبعاد الحملة التي تقودها الدول دائمة العضوية في مجلس الأمن الدولي ، وخاصة الولايات المتحدة الأمريكية لإخضاع المحكمة لهيمنة مجلس الأمن بهدف التحكم فيما يصدر عنها من أحكام عن طريق

استخدام حق النقض (الفيتو) الذي تتمتع به هذه الدول في مجلس الأمن الدولي .

خطة البحث :

في ضوء ذلك تمّ تقسيم البحث إلى :

مطلب تمهيدي : التعريف بالمحكمة الجنائية الدولية وأهميتها .

المبحث الأول : طبيعة العلاقة بين المحكمة الجنائية الدولية ومنظمة الأمم المتحدة .

المبحث الثاني : سلطات مجلس الأمن الدولي أمام المحكمة الجنائية الدولية .

المبحث الثالث : الجهود الرامية لإخضاع المحكمة الجنائية الدولية لهيمنة مجلس الأمن الدولي .

المطلب التمهيدي

التعريف بالمحكمة الجنائية الدولية وأهميتها

إنشاء المحكمة الجنائية الدولية جاء بعد جهود دولية مضيئة استغرقت فترة زمنية طويلة ، أثمرت في نهاية المطاف عن التوقيع والتصديق على النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ودخوله حيز النفاذ .
يُعد تبني هذا النظام حدثاً تاريخياً مهماً ؛ إذ تحوّل من خلاله الحلم إلى حقيقة ، وتحققت معه خطوة عظيمة في مجال تطور القضاء الجنائي الدولي بشكل خاص والقانون الدولي بشكل عام⁽¹⁾ .

(1) . انظر : د. مخلد الطراونة : القضاء الجنائي الدولي ، مجلة الحقوق ، العدد (3) ، السنة (27) الكويت ،

اعتبر العديد من فقهاء القانون عموماً أن إنشاء المحكمة الجنائية الدولية يُعد خطوة كبرى في طريق الاحترام العالمي لحقوق الإنسان ، وتُعد هذه المحكمة في رأي الكثير رمزاً للتضامن الإنساني⁽¹⁾ .. وخاصة التضامن والتعاون الدولي من أجل مكافحة الجرائم الدولية الخطيرة⁽²⁾ .

وحتى تتمكن من بيان أهمية المحكمة الجنائية الدولية في ضوء الوضع الدولي الراهن، فإنه لا بد لنا في هذه الفقرة من التعريف بهذه المحكمة الجديدة . ثم توضيح ما إذا كان إنشاؤها سيؤدي إلى إضفاء الفعالية على قواعد القانون الدولي في ظل عجز الأمم المتحدة ، وعدم التوازن القائم حالياً على المستوى الدولي .

الفرع الأول

نشأة المحكمة الجنائية الدولية وتعريفها

لا بد من النظر إلى المحكمة الجنائية الدولية من زاوية أن تأسيسها في حد ذاته يعبر عن المراحل التي قطعها النظام القانوني الدولي في تطوره ، وانعكاس لتزايد الوعي العام بأهمية هذه المؤسسة الدولية الحديثة .. استناداً إلى مختلف التجارب الدولية السابقة في المجال الجنائي⁽³⁾ .

لن نتناول في هذا البحث المراحل التاريخية لنشأة المحكمة الجنائية

(1) . انظر : د. محمود شريف بسيوني : المحكمة الجنائية الدولية ، الطبعة (3) ، 2002 ، ص 135 .

(2) . انظر : د. إبراهيم محمد العناني : إنشاء المحكمة الجنائية الدولية (دراسة في ضوء نظام روما الأساسي عام 1998) ، مجلة الأمن والقانون ، كلية شرطة دبي ، الإمارات العربية المتحدة ، العدد (الأول) ، يناير 2000 ، ص 267 .

(3) . انظر : د. أحمد قاسم الحميدي : مدى الحاجة إلى المحكمة الجنائية الدولية في ضوء الوضع الدولي الراهن ، بحث مقدّم إلى مؤتمر القانون الدولي الإنساني : الواقع والأبعاد والرؤى ، كلية الحقوق ، جامعة جرش الأهلية . الأردن ، 14 . 11 . مايو 2004 ، ص 3 .

الدولية ، أو تقديم شرح مفصل لنظامها الأساسي⁽¹⁾ . وإنما سنحاول التعرض لأبعاد العلاقة بين المحكمة ومجلس الأمن الدولي ، وإمكانية تغلب المجتمع الدولي على الضغوط التي تواجه هذه المحكمة وتحد من فعاليتها ..

أولاً . إنشاء المحكمة الجنائية الدولية :

بعد خمسة عقود من العمل الجاد ، تكللت جهود الأمم المتحدة بالنجاح ، حيث توصل المجتمع الدولي أخيراً إلى إقرار النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ..

لقد نجح المؤتمر الدبلوماسي للأمم المتحدة الذي عقد في العاصمة الإيطالية روما خلال الفترة من 15 يونيو إلى 17 يوليو عام 1998 بحضور ممثلي مائة وستين دولة⁽²⁾ ، وأكثر من مائة وأربعين منظمة دولية حكومية وغير حكومية ومشاركاتهم جميعاً في تبني ومناقشة النظام الأساسي الذي أقر إنشاء المحكمة الجنائية الدولية ..

لقد دخل النظام الأساسي للمحكمة بعد استيفاء إجراءات التصديق المطلوبة في الأول من شهر يوليو عام 2002 .. وعقدت الدورة الافتتاحية للمحكمة الجنائية الدولية في لاهاي في 11 مارس 2003 ، وأول شخص أُحيل إلى المحكمة بتاريخ 2006/3/18 هو توماس لوبنغا من الكونغو الديمقراطية متهماً بارتكاب جرائم إبادة جماعية وجرائم ضد الإنسانية .

(1) . يتضمن النظام الأساسي (128) مادة مقسّمة إلى (13) باباً ، وتبنى مؤتمر روما عام 1998 عدة قرارات مكملة .

(2) . أقر النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية بأغلبية مائة وعشرين دولة ، واعتراض سبع دول ، وامتناع إحدى وعشرين دولة عن التصويت .

ثانياً. تعريف المحكمة الجنائية الدولية :

المحكمة الجنائية الدولية ، وبحسب نظامها الأساسي ، هي :
 ((هيئة قضائية جنائية دولية دائمة ومستقلة ، ومكملة للولايات
 القضائية الوطنية، أنشئت باتفاقية دولية ، وتمارس سلطاتها القضائية على
 الأشخاص الطبيعيين المسؤولين عن ارتكاب الجرائم الدولية الأشد خطورة ،
 والمدرجة في نظامها الأساسي))⁽¹⁾.

الفرع الثاني

أهمية المحكمة الجنائية الدولية

في ضوء الوضع الدولي الراهن

إن أهمية المحكمة الجنائية الدولية تنبع من أهمية أهدافها ، وقدرتها
 على تحقيق هذه الأهداف ترتبط بما زودتها به الدول من سلطات ، وما يمكن أن
 تواجهه هذه المحكمة في المستقبل من صعوبات⁽²⁾ ..

وعلى ذلك ، يمكن القول بأن أهمية المحكمة الجنائية الدولية تنحصر
 في الآتي :

أولاً. تطوير قواعد القانون الدولي :

إن إنشاء المحكمة الجنائية الدولية تعني نشأة قواعد قانونية دولية
 جديدة ، حيث إن النظام الأساسي لهذه المحكمة قد تجاوز في تعريفه الشامل
 للجرائم المختلفة ما ورد في النصوص القانونية الدولية .. فنذكر على سبيل

(1). انظر: د. أحمد قاسم الحميدي ، مرجع سابق ، ص 1 .

(2). انظر: د. عمران عبدالسلام الصفراني : دور المحكمة الجنائية الدولية في ضمان جدية المحاكمة عن جرائم
 الحرب ، بحث مقدّم إلى مؤتمر القانون الدولي الإنساني (الواقع والأبعاد والرؤى) ، كلية الحقوق ،
 جامعة جرش الأهلية. الأردن ، 11 . 13 مايو 2004 ، ص 2 .

المثال : (توصيف جرائم الحرب) ، فبموجب المادة (8) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ، لم يقتصر على ما تتضمنه الحروب الدولية من جرائم ، وتجاوزات قانونية .. بل امتدَّ ليشمل بالإضافة إلى ذلك تجاوزات أخرى تحدث في النزاعات الداخلية والحروب الأهلية .. ويعتبر هذا في سياق قواعد القانون الدولي تطوراً وتوسيعاً لمفهوم جرائم الحرب حسب النصوص السابقة، مما يعني تثبيت تطور حديث في القانون الدولي الإنساني⁽¹⁾.. ولا بد أن يؤدي إنشاء هذه المحكمة في هذه المرحلة إلى إضفاء الفاعلية على قواعد القانون الدولي وإحداث تطوير واسع في قواعده.

ثانياً . سد الفراغ في النظام القضائي الدولي :

شهد المجتمع الدولي في أواخر القرن الماضي وأوائل القرن الحالي نشوب حروب دولية ووقوع صراعات داخلية ، وقد رافق هذه الحوادث في الحالتين : انتهاكات صارخة لحقوق الإنسان ، وارتكاب جرائم دولية خطيرة بالمخالفة لقواعد القانون الدولي الإنساني.

لقد أدت هذه المآسي إلى ضرورة إيجاد آلية أو هيئة قضائية دولية دائمة تختص بالنظر في الانتهاكات التي شهدتها البشرية في تلك المرحلة ، والسعي إلى معاقبة مرتكبيها ، وذلك باعتبار أن ملاحقة المسؤولين عن ارتكاب تلك الجرائم وإثبات مسؤوليتهم عنها ومقاضاتهم تبعاً لذلك ، تُعد أهم وسيلة من وسائل الوقاية من تلك الجرائم التي يسعى النظام القضائي الدولي كأى نظام قانوني آخر إلى تحقيقها .

لقد أثبت التاريخ أن استمرار وقوع تلك الجرائم وتزايدها يرجع في المقام الأول إلى غياب مسؤولية الفرد عن تلك الجرائم ، الأمر الذي شكّل غياباً

<http://www.Islamonline.net/Arabic/Politics/2001/02/artic/e.12.Shtml> .

(1) . انظر : شبكة الإنترنت :

للرداع الذي يتطلبه أي نظام قانوني يسعى إلى توفير نوع من الاحترام لما تقضي به قواعده⁽¹⁾.

يمثل إنشاء المحكمة الجنائية الدولية ودخول نظام روما الأساسي حيز التنفيذ ، التجسيد الفعلي للقضاء الجنائي الدولي المعاصر الذي كان يتطلع إليه المجتمع الدولي منذ زمن طويل ، ولاشك أن من مصلحة البشرية أن تنضم جميع الدول إلى هذا النظام الأساسي لكي تصبح المحكمة الدولية محكمة جنائية عالمية⁽²⁾.

إن إنشاء محكمة جنائية دولية دائمة سوف يحقق المصلحة الدولية المشتركة ، ويعمل على تثبيت دعائم القانون الدولي الجنائي الذي شاركت جميع الدول والنظم القانونية المختلفة في صياغته وإقرار أحكامه .. لقد كان القانون الدولي الجنائي قبل إنشاء المحكمة الجنائية الدولية في أشد الحاجة إلى جهاز قضائي دولي دائم ومستقل ليعمل على تأكيد احترام هذه الأحكام ويحدد مسؤولية كل من يخرج عليها ويخالفها ..

إن مصادقة الدول على الاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي تحظر أشد الجرائم خطورة وخاصة ما أبرم منها بعد تأسيس الأمم المتحدة عام 1945 ، والتي تتمثل في مجموعة من الإعلانات والاتفاقيات الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري وقمع جريمة الفصل العنصري ومنع جريمة الإبادة الجماعية، واتفاقيات جنيف الأربع لعام 1949 بشأن القانون الدولي الإنساني .. إن هذه الاتفاقيات وغيرها لم تحد من الانتهاكات الخطيرة لقواعد القانون الدولي

(1) - انظر : د. محمد حسن القاسمي : إنشاء المحكمة الجنائية الدولية الدائمة : هل هي خطوة حقيقية لتطوير

النظام القانوني الدولي ؟ مجلة الحقوق ، العدد (1) ، السنة (27) ، الكويت ، مارس 2003 ، ص 82 .

(2) - انظر : د. أحمد فتحي سرور : ملاحظات حول مشروع النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ، مجلة

مركز بحوث الشرطة ، أكاديمية الشرطة ، العدد الصادر في يوليو 1998 ، ص 7.

بسبب غياب الآليات الدولية المناسبة⁽¹⁾ .. لذلك كان تأسيس المحكمة الجنائية الدولية خطوة في الاتجاه الصحيح نحو قانون دولي جنائي مدعوم بآليات دولية لتنفيذ أحكامه على نحو كامل وصحيح ..

ثالثاً : تلافي سلبات المحاكم الوطنية والمحاكم الدولية الخاصة :

توجب اتفاقيات القانون الدولي الإنساني عموماً على الدول الأطراف أن تضع هذه الاتفاقيات موضع التنفيذ ، حيث تلتزم الدول بقمع الأفعال التي تشكل انتهاكات صارخة لنصوص تلك الاتفاقيات ، إما عن طريق محاكمة مرتكبيها أمام محاكمها الخاصة ، أو تسليمهم بقصد محاكمتهم أمام طرف متعاقد آخر وفقاً لمبدأ المحاكمة أو التسليم .. أو إنشاء محاكم جنائية خاصة لمحاكمتهم⁽²⁾ ..

ونقتصر فيما يلي على أبرز الانتقادات الموجهة إلى المحاكم الوطنية عند قيامها بمحاكمة مواطني الدولة المتهمين بارتكاب جرائم دولية ، وكذلك المحاكم الجنائية الدولية الخاصة التي يتم إنشاؤها لمثل هذا الغرض .

1 . سلبات المحاكم الوطنية :

تلزم القواعد الدولية الأمرة كل الدول بضرورة قمع ومحاكمة الأشخاص الذين تُنسب إليهم ارتكاب جرائم دولية أو انتهاكات خطيرة لنصوص الاتفاقيات الدولية التي تحمي حقوق الإنسان وحياته الأساسية أمام محاكمها الوطنية .. ولكن التعويل على المحاكم الوطنية في الواقع غير كافٍ في جميع

(1) . انظر : د. عبدالواحد الفار : الجرائم الدولية وسلطة العقاب عليها ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1996 ، ص 606 .

(2) . انظر : د. أحمد قاسم الحميدي ، مرجع سابق ، ص 4 .

الأحوال ؛ ذلك أنه لا يمكن مثلاً تصور حدوث جريمتي العدوان أو الإبادة بدون تدخل مباشر أو مساعدة أو إيعاز من قِبَل إحدى السلطات الوطنية⁽¹⁾ ..

فلقد كشفت المحاكمات الصورية أو الشكلية للجنود الأمريكيين أمام المحاكم الأمريكية - الذين اتُّهموا بارتكاب مثل هذه الجرائم في أفغانستان والعراق والبوسنة والهرسك ، وتوقيع عقوبات هزيلة بحقهم - عن مدى الاستخفاف بمشاعر الضحايا ، وإثارة سخط الرأي العام العالمي ، مما يؤكد عدم صلاحية المحاكم الوطنية في بعض الدول لمقاضاة مواطنيها كما في الحالة الأخيرة .

2. سلبيات المحاكم الجنائية الدولية الخاصة :

أما بخصوص المحاكم الجنائية الدولية الخاصة ، فإضافة إلى الانتقادات الشديدة الموجهة لمحاكمات الحريين بسبب عدم توفر الحيطة القضائية اللازمة ، وعدم توفر الضمانات القضائية التي قررتها العديد من المواثيق الدولية لحقوق الإنسان والديساتير الوطنية ، وكذلك غلبة الطابع السياسي على هذا النوع من المحاكمات ، وإهدارها الواضح للكثير من المبادئ القانونية المعمول بها في الأنظمة القانونية الوطنية والدولية ، الأمر الذي ينطوي على إخلال واضح بمبدأ الشرعية الدولية⁽²⁾ ..

وقد وُجِهُت إلى محكمتي نورمبرج وطوكيو عدة انتقادات⁽³⁾ .. فقد وصفهما البعض بأنهما محاكمات المنتصرين في الحرب العالمية الثانية لرعايا

(1) - انظر : د. أحمد قاسم الحميدي ، مرجع سابق ، ص 5 .

(2) - انظر : د. رمسيس بهنام : الجرائم الدولية ، بحث مقدّم إلى المؤتمر الأول للجمعية المصرية للقانون الجنائي ، القاهرة ، 14 . 17 مارس 1987 ، ص 19 .

(3) . بخصوص الانتقادات الموجهة إلى محاكمتي نورمبرج وطوكيو ، انظر : د. حسنين عبيد : القضاء الجنائي الدولي : تاريخه ، تطبيقاته ، مشروعيته ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1977 ، ص 92 .

الدول المهزومة ، بدليل عدم محاكمة الأمريكيين عن استخدام القنبلة الذرية ضد اليابان .

هذا ، وقد كشفت من ناحية ثانية محاكمات الأشخاص المسؤولين عن الانتهاكات الخطيرة في يوغسلافيا السابقة ورواندا عن عدم فاعلية وجدوى المحاكمات الدولية الخاصة التي غالباً ما يكون تأسيسها خاضعاً لأهداف الواقع السياسي وتحت تأثير وسيطرة الاعتبارات السياسية⁽¹⁾ ..

المبحث الأول

طبيعة العلاقة بين المحكمة الجنائية الدولية

ومنظمة الأمم المتحدة

مسألة إنشاء محكمة جنائية دولية من أهم المسائل التي كانت مطروحة على أجندة الأمم المتحدة منذ إنشائها عام 1945 ، وحتى اعتماد النظام الأساسي لهذه المحكمة في مؤتمر الأمم المتحدة الدبلوماسي للمفوضية في روما عام 1998 ..

إن أمر إنشاء المحكمة الجنائية الدولية كان أحد أهم المقاصد الرئيسية للأمم المتحدة التي أكدت على مبادئ محكمة نورمبرج ، منها المبدأ الأول الذي قضى بأنه : ((أي شخص يرتكب أية جريمة حسب القانون الدولي يكون مسؤولاً عن ذلك ، ويعرضه للعقاب)) ..

ولهذا فمن العدالة ألا يفلت الجناة من العقاب على ما يرتكبونه من

(1) . أثار مسألة قيام مجلس الأمن الدولي بتشكيل المحاكم الجنائية الدولية الخاصة لمواجهة حالات معينة حدثت في بعض الدول . أثار إشكالية ما يُعرف بالعدالة المختارة .. فعلى سبيل المثال سارع مجلس الأمن الدولي تحت تأثير الضغوط الأمريكية والغربية بإنشاء محكمتي يوغسلافيا السابقة ورواندا .. في حين وقف عاجزاً أمام مطالبات العديد من الدول بتشكيل مثل هذه المحاكم في حالات مماثلة من أهمها قيام إسرائيل بممارسات خطيرة ضد القانون الدولي في فلسطين ولبنان حتى كتابة هذه السطور .

جرائم خطيرة تلحق ضررها بالإنسانية جمعاء ، كجرائم الحرب ، والجرائم ضد السلام ، والجرائم ضد الإنسانية ، وهو ما لا يتحقق حتماً دون إنشاء هيئة قضائية جنائية دولية تختص بالنظر في تلك الجرائم⁽¹⁾ .

المطلب الأول

دور الأمم المتحدة في إنشاء

المحكمة الجنائية الدولية

- في خطوة مهمة نحو إنشاء محكمة جنائية دولية دعت الجمعية العامة للأمم المتحدة عام 1947 لجنة القانون الدولي إلى إمكانية إعداد مشروع مدونة للجرائم المخلة بالسلم والأمن الدوليين .
- وفي خطوة أخرى دعت الجمعية العامة للأمم المتحدة لجنة القانون الدولي عام 1948 إلى إمكانية بحث إنشاء جهاز قضائي دولي لمحاكمة الأشخاص المتهمين بارتكاب جرائم إبادة جماعية وغيرها من الجرائم الدولية الأخرى⁽²⁾ .
- وفي عام 1952 ، أعدت لجنة القانون الدولي مشروعاً للنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ، إلا أن الجمعية العامة للأمم المتحدة قررت عام 1953 تأجيل البث في تأسيس المحكمة الجنائية الدولية الدائمة إلى حين الاتفاق على وضع تعريف لجريمة العدوان .. والاتفاق على مشروع قانون الجرائم ضد أمن وسلامة البشرية .. وتوالت التأجيلات لأسباب أخرى عديدة حتى عام 1965 ، حيث بدأت جهود الأمم المتحدة تتواصل من أجل تأسيس هذه المحكمة .

(1) . انظر : د. فائزة يونس الباشا : الجريمة المنظمة في ظل الاتفاقيات والقوانين الوطنية ، رسالة دكتوراه ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة 2001 ، ص 393 .

(2) . انظر : قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (260 / 3 / ب) ، الصادر في 1948/12/9 .

- وعلى إثر المعاناة الإنسانية الناتجة عن الحروب الدولية وأعمال التطهير العرقي ، وجرائم الإبادة والجرائم المرتكبة ضد الإنسانية التي شهدتها البشرية في عدة مناطق من العالم⁽¹⁾ وتحت تأثير كل هذه الأحداث استكملت لجنة القانون الدولي صياغة مشروع النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ، وقدمته عام 1994 إلى الجمعية العامة ، التي قررت في دورتها الثانية والخمسين عقد المؤتمر الدبلوماسي للأمم المتحدة .
- عقد المؤتمر الدبلوماسي الدولي للمفوضية في مقر الأمم المتحدة للأغذية والزراعة (الفاو) في العاصمة الإيطالية روما عام 1998 ، وتم في هذا المؤتمر الإعلان عن إنشاء المحكمة الجنائية الدولية وإقرار نظامها الأساسي⁽²⁾ .

المطلب الثاني

مدى تبعية المحكمة الجنائية الدولية للأمم المتحدة

في مناقشات إعداد النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ، أثير جدل طويل وعميق بشأن تحديد طبيعة علاقة المحكمة بالأمم المتحدة⁽³⁾ ، حيث انقسم الرأي في لجنة القانون الدولي واللجنة التحضيرية التي شكلتها الجمعية العامة للأمم المتحدة لدراسة مشروع النظام الأساسي ، وإعداد التقرير النهائي بشأن أحكامه إلى اتجاهين⁽⁴⁾ :

الاتجاه الأول : يطالب بضرورة أن تكون المحكمة من أجهزة الأمم المتحدة .

- (1) . نذكر على سبيل المثال أحداث كمبوديا ويوغسلافيا السابقة ورواندا .
- (2) . انظر : د. جمعة سعيد سرير ، مباشرة الدعوى أمام المحكمة الجنائية الدولية ، مجلة إدارة القضايا ، العدد (9) السنة (5) ، سبتمبر 2006 ، ص 118 .
- (3) . انظر : تقرير اللجنة المخصصة لإنشاء المحكمة الجنائية الدولية . الجمعية العامة . الوثائق الرسمية . الدورة (50) الملحق رقم (22) ، (A / 50 / 22) .
- (4) . انظر : د. علي يوسف الشكري : القانون الجنائي الدولي في عالم متغير ، الطبعة الأولى ، إيتراك للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ص 127 .

الاتجاه الثاني : ذهب إلى ضرورة استقلال المحكمة المزمع إنشاؤها بشخصية دولية على أن ترتبط بالأمم المتحدة برابطة وصل تعاونية .

لم يقدر لأي من الاتجاهين أن يسود بسبب عدم حصوله على الأغلبية اللازمة لإقراره .. ومع ذلك فإن المناقشات أوضحت أن هناك توجهاً عاماً بشأن إقامة علاقة وثيقة بين المحكمة والأمم المتحدة ، بشرط ألا تنتهي هذه العلاقة إلى المساس باستقلال المحكمة وحيادها بأي حال من الأحوال⁽¹⁾.

تنص المادة (الثانية) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على أن : ((تنظم العلاقة بين المحكمة والأمم المتحدة بموجب اتفاق تعتمده جمعية الدول الأطراف في هذا النظام الأساسي ، ويبرمه بعد ذلك رئيس المحكمة نيابة عنها)) .

وتطبيقاً لهذا النص كُلفت اللجنة التحضيرية التي أعدت النظام الأساسي بإعداد مشروع هذه الاتفاقية على أن تعتمد اللجنة في تحديد العلاقة بين المحكمة والأمم المتحدة على ذات المعايير المعتمدة في تحديد علاقة الأمم المتحدة بالهيئات الأخرى التي تكون لها أهداف قريبة من الأمم المتحدة⁽²⁾.

صاغت الأمم المتحدة النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ، وأشرفت على جميع مراحل إعداده ، وهي التي دعت أعضائها إلى عقد المؤتمر الدولي لاعتماده .. ونصّ النظام الأساسي على أن يكون مقر الأمم المتحدة للأغذية والزراعة (الفاو) مكاناً تُودع فيه وثائق التصديق أو القبول أو الموافقة وبروتوكولات الانضمام لدى الأمين العام للأمم المتحدة⁽³⁾.

(1). د. علي يوسف الشكري ، مرجع سابق ، ص 128 .

(2). من بين هذه الاتفاقيات : الاتفاقية التي أبرمتها الأمم المتحدة مع لجنة منع التعذيب ، لجنة القضاء على جميع أشكال التفرقة العنصرية ، لجنة القضاء على التفرقة ضد المرأة ، لجنة القضاء على التفرقة العنصرية ، لجنة حماية حقوق العمال المهاجرين وأعضاء عائلاتهم ...

وفي ذلك انظر : د. علي يوسف الشكري ، مرجع سابق ، ص 128 .

(3). انظر نص المادة (125) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية .

إذاً ، واستناداً إلى ذلك يمكن القول بأنه وعلى الرغم من أن المحكمة الجنائية الدولية هيئة قضائية مستقلة من الناحية القانونية ، لها شخصية قانونية دولية تتبع بشكل غير مباشر الأمم المتحدة إدارياً .. ومما يؤكد تبعية هذه المحكمة للأمم المتحدة أيضاً إعطاء الأمين العام للأمم المتحدة حق النظر في أية تعديلات لهذا النظام بعد مرور سبع سنوات من بدء نفاذ هذا النظام الأساسي عن طريق مؤتمر استعراضي للدول الأطراف بناءً على طلب أي دولة طرف، أو بموافقة أغلبية الدول الأطراف في الجمعية العمومية لهذه المحكمة⁽¹⁾.

إن ما يقلل من أهمية سيطرة الأمم المتحدة التي هي أداة في يد الدول الكبرى على المحكمة الجنائية الدولية ، وخاصة من خلال السلطات الاستثنائية الممنوحة لمجلس الأمن الدولي أمام المحكمة .. وكذلك ما يقلل من حدة الانتقادات الموجهة إلى النظام الأساسي للمحكمة هو السلطة التي منحها هذا النظام الأساسي لجمعية الدول الأطراف في مراجعة هذا النظام بعد سبع سنوات من تاريخ دخوله حيز النفاذ لإمكانية إعادة النظر في بعض أحكامه وتطويرها لتفادي ما أظهرته الممارسة من عيوب وقصور⁽²⁾.

المبحث الثاني

سلطات مجلس الأمن الدولي

أمام المحكمة الجنائية الدولية

عرفنا من خلال علاقة المحكمة الجنائية الدولية بالأمم المتحدة أن هناك نوعاً من علاقات التعاون بين المؤسستين من كون الأخيرة هي الجهة التي أعدت النظام الأساسي للمحكمة ، مما أتاح الفرصة أن يكون لها دور مهم في

(1). راجع الفقرتين (1) ، (2) من المادة (123) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية .

(2). المرجع السابق .

نشاطها ..

هذا وتأتي الصورة الأوضح لهيمنة الأمم المتحدة على المحكمة الجنائية الدولية من خلال طبيعة وأبعاد العلاقة التي تربط هذه المحكمة بمجلس الأمن الدولي ، كما كشفت عنها العديد من أحكام النظام الأساسي .. وإذا كان قد قدر لواقعي نظام روما الأساسي الوقوف في وجه الضغوطات الأمريكية الساعية إلى ضمان دور مهم لمجلس الأمن الدولي في مجالات مختلفة أمام المحكمة الجنائية الدولية ، إلا أنهم لم يتمكنوا من إنكار تبوء مجلس الأمن مركز الادعاء أمام المحكمة جنباً إلى جنب مع الدول الأطراف والمدعي العام⁽¹⁾ .. وكذلك الرضوخ لإرادة الولايات المتحدة بمنح مجلس الأمن سلطة إرجاء وإيقاف التحقيق والمحاكمة أمام المحكمة بقرار من الأخير استناداً إلى الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة لفترة غير محدودة⁽²⁾.

هذا ، وعلى الرغم من حصول الولايات المتحدة على كل هذه التنازلات ، فقد تقدمت إلى مجلس الأمن خلال البحث في تجديد بعثة حفظ السلام في البوسنة والهرسك بطلب إعفاء قوات حفظ السلام التابعة للأمم المتحدة . التي تنتسب لدول ليست طرفاً في نظام روما الأساسي . من الولاية القضائية للمحكمة الجنائية الدولية⁽³⁾ ، وبالفعل صدر قرار مجلس الأمن الدولي رقم (1422) بضغط هائل من الولايات المتحدة الأمريكية ، وتمّ تجديده فيما بعد لمدة عام آخر بموجب القرار رقم (1487) ..

ودون الخوض في جدل حول الاستخدام السيئ لمجلس الأمن الذي

(1) . انظر : د. علي يوسف الشكري ، مرجع سابق ، ص 91 .

(2) . المرجع السابق ، ص 92 .

(3) . عندما واجه طلب الولايات المتحدة في أول الأمر بالرفض من قبل باقي أعضاء مجلس الأمن الدولي ، استخدمت الولايات المتحدة (الفيتو) ضد قرار تمديد فترة عمل البعثة في البوسنة والهرسك .

تسيطر عليه التيارات السياسية المختلفة .. فإنه من المتوقع أن تعمل إحدى الدول الكبرى دائمة العضوية كما نراه الآن من ممارسات الولايات المتحدة الأمريكية على الهيمنة على مجلس الأمن الدولي وتوجيه قراراته إلى ما يخدم سياستها الخارجية ، وذلك إما بتوجيه هذا المجلس لإصدار قرار متصرفاً وفقاً للفصل السابع من الميثاق بإحالة حالة ما إلى المحكمة الجنائية الدولية خدمة للسياسة الأمريكية الانفرادية ، على الرغم من أن هذه الحالة لا تدخل ضمن اختصاص هذه المحكمة أو ليست مقبولة أمامها وفقاً لنظامها الأساسي ، أو أن هذا القرار على هذا النحو وعلى هذه الكيفية يتضمن طلباً موجهاً إلى هذه المحكمة بتأجيل نظر قضية مرفوعة أمامها هي من صميم اختصاصاتها ومقبولة وفقاً لنظامها الأساسي⁽¹⁾ .. أو تسخير مجلس الأمن الدولي على هذا النحو لإصدار قرارات غير شرعية من شأنها تعطيل عمل المحكمة وشلّ يدها وإعاقتها عن تحقيق العدالة الجنائية الدولية لمدة زمنية غير محددة ، كما في حالة القرار رقم (1422)، ورقم (1487) المشار إليهما أعلاه .

وياختصار شديد فإنه يمكن القول بأن أبعاد علاقة المحكمة بمجلس الأمن الدولي تبرز في جوانب سلبية عديدة نذكر من أهمها على سبيل المثال :

- 1 . سلطة الإحالة إلى المحكمة .
- 2 . سلطة إيقاف التحقيق أو المحاكمة .

(1) . انظر : د. مدوس فلاح الرشيدى : آلية تحديد الاختصاص وانعقاده في نظر الجرائم الدولية وفقاً لاتفاق روما لعام 1998 ، مجلس الأمن الدولي . المحكمة الجنائية الدولية والمحاكم الوطنية ، مجلة الحقوق ، العدد (2) ، السنة (27) ، الكويت ، يونيو 2003 ، ص 33 .

المطلب الأول

سلطة الإحالة إلى المحكمة الجنائية الدولية

حاولت الولايات المتحدة الأمريكية من خلال المناقشات في مؤتمر روما لاعتماد النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية إلى ضمان أن يكون المجلس الأمن الدولي منفرداً بسلطة الادعاء أمام المحكمة ، غير أن مواقف الدول الأخرى - ولاسيما الأعضاء الدائمين الآخرين وبالرغم من اتفاقهم على المبدأ . لم تتطابق بصورة كاملة ، حيث رأت هذه الدول أن يسند إلى مجلس الأمن سلطة الإحالة إلى المحكمة بالتوازي مع الأطراف المعنية من جهة والمدعي العام للمحكمة من جهة ثانية⁽¹⁾ .. وعلى ذلك سنبحث في هذه الفقرة عن أساس اختصاص مجلس الأمن بإحالة حالة إلى المحكمة ، ثم الأثر الذي يترتب عن منح المجلس هذه السلطة .

الفرع الأول

أساس اختصاص مجلس الأمن الدولي

بإحالة حالة إلى المحكمة الجنائية الدولية

يستمد مجلس الأمن الدولي - أساساً - اختصاصه في إحالة قضية ما إلى المحكمة الجنائية الدولية من نصوص ميثاق منظمة الأمم المتحدة كأحد أجهزة هذه المنظمة المختصة بحفظ السلام والأمن الدوليين ، وكذلك من نصوص النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، هذا النظام الأساسي الذي حدد على سبيل الحصر الجرائم الدولية التي تندرج تحت اختصاص هذه المحكمة ، أي

(1) - انظر: د. علي يوسف الشكري ، مرجع سابق ، ص 130 .

الاختصاص النوعي ، والاختصاص المكاني⁽¹⁾ .

وفي هذا الخصوص ينص النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على أن للمحكمة أن تمارس اختصاصها فيما يتعلق بجريمة مشار إليها في المادة (5) وفقاً لأحكام هذا النظام الأساسي في الأحوال التالية⁽²⁾ :

"ب . إذا أحال مجلس الأمن متصرفاً بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة حالة إلى المدعي العام يبدو فيها أن جريمة أو أكثر من هذه الجرائم قد ارتكبت" ..

انقسمت الآراء حول منح مجلس الأمن الدولي سلطة الادعاء أمام المحكمة الجنائية الدولية .

فقد ذهب البعض إلى القول بأن منح المجلس هذه السلطة لها ما يبررها انطلاقاً من مسؤولية المجلس الأساسية في المحافظة على السلم والأمن الدوليين، استناداً لميثاق الأمم المتحدة ، الذي يبدو أنه يخول المجلس صلاحية إنشاء محاكم مخصصة لهذه الغاية⁽³⁾ ، وحيث إن الأمر كذلك فمن المنطق أن يكون لمجلس الأمن الحق في طلب التدخل وتحريك الإجراءات الجنائية أمام المحكمة عندما يتعلق الأمر بإحدى الجرائم المحددة وفقاً للمهام والسلطات التي يخولها الميثاق للمجلس⁽⁴⁾ ..

يضاف إلى ذلك أن هيئة المحكمة وسمعتها تقتضي تخويل المجلس صلاحية اللجوء إليها ؛ لأن اضطرار المجلس . بالرغم من وجود المحكمة . إلى إنشاء محاكم مخصصة لحالات معينة ، يرى فيها ضرورة انتهاج هذا المسار

(1) . انظر نص المادة (13) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية .

(2) . انظر : د. مدوس فلاح الرشيد ، مرجع سابق ، ص 18 .

(3) . تذهب بعض الآراء إلى أن إعطاء مجلس الأمن الدولي سلطة الإحالة إلى المحكمة من شأنه أن يجعل المجلس ليس في حاجة إلى إنشاء محاكم جنائية خاصة لنظر جرائم محددة كما كان يجري في السابق ، الأمر الذي يدعم دور المحكمة الجنائية الدولية .

(4) . انظر : د. علي يوسف الشكري ، مرجع سابق ، ص 131 .

يضعف دون شك مكانة المحكمة ويثير التساؤلات بشأن مبرر وجودها⁽¹⁾.
 وفي المقابل انتقدت بعض الدول والمنظمات غير الحكومية إسناد هذه
 السلطة لمجلس الأمن على أساس أنه يمكن أن يؤثر في استقلال المحكمة وحيادها،
 وبالتالي على دورها في تحقيق العدالة الدولية ، ويمكن أن ينال من إرادة الدول
 المعنية وسيادتها⁽²⁾..

الفرع الثاني

النتائج المترتبة على منح مجلس الأمن الدولي سلطة الإحالة إلى المحكمة الجنائية الدولية

على الرغم من وجاهة الأسباب الداعية لمنح مجلس الأمن الدولي حق
 الادعاء أمام المحكمة الجنائية الدولية .. وعلى الرغم من صحة الادعاء القائل
 بأن إعطاء مجلس الأمن الدولي هذه السلطة في مواجهة المحكمة الجنائية
 الدولية من شأنه أن يوسع من دائرة الاختصاص الإجباري للمحكمة بحيث
 يشمل اختصاصها حتى الدول التي لم تنضم إلى النظام الأساسي لها .. إلا أن
 الشيء المؤكد هو أن منح مجلس الأمن هذه السلطة ومتصرفاً وفقاً للفصل
 السابع من ميثاق الأمم المتحدة من شأنه إتاحة الفرصة أمام الدول دائمة
 العضوية في مجلس الأمن الدولي . كما نراه الآن . في ممارسات هذه الدول على
 المجلس وتوجيه قراراته خدمة لسياسة هذه الدول الانفرادية .. مما يؤدي إلى
 الحد من استقلالية المحكمة والسيطرة عليها من قبل هذه الدول . لاسيما وأن
 النظام الأساسي لهذه المحكمة لم يأتِ بألية معينة تمنع مجلس الأمن الدولي

(1) .د. علي يوسف الشكري ، مرجع سابق ، ص 132 .

(2) . انظر : د. شريف سيد كامل ، اختصاص المحكمة الجنائية الدولية ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ،
 القاهرة ، 2004 ، ص 57 .

من تكرار ما حدث في قضية لوكربي ، وهي القضية التي خلط فيها مجلس الأمن الدولي بين اختصاصاته السياسية واختصاص محكمة العدل الدولية القانوني بأن قام بإصدار القرارين (731) و (748) عام 1992 ، وفقاً للفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة ، مما غير تماماً طبيعة وظروف القضية التي كانت منظورة أمام محكمة العدل الدولية في ذلك الوقت مما أدى إلى منع المحكمة عن القيام بوظيفتها ، على الرغم من أن ميثاق الأمم المتحدة يقوم على التعاون والتكامل بين عمل أجهزة الأمم المتحدة لتحقيق أهداف المنظمة وفق مبادئها الواردة في الميثاق ، في حين أن النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لم يبين بشكل واضح آلية منح مجلس الأمن سلطة كهذه أمام المحكمة ، ولم يحدد طبيعة العلاقة بين الاثنين حتى لا يحدث تناقض واحتكاك بين المجلس والمحكمة الجنائية الدولية على غرار قضية لوكربي .

انطلاقاً من إدراكنا للدوافع الحقيقية وراء إعطاء مجلس الأمن الدولي السلطات التي أرادت لها الولايات المتحدة الأمريكية .. وإيماننا بأن مجلس الأمن الدولي سيعمل بدون شك على التوظيف الانتقائي لهذه المسألة في مواجهة الدول التي لا تتوافق مع المفكرة السياسية للأعضاء الدائمين فيه⁽¹⁾ .. يمكننا القول بأن كل ذلك يضي بظلال من الشك حول مصداقية مجلس الأمن الدولي في معالجة الحالات المختلفة التي تنطوي على انتهاكات لقواعد القانون الدولي ، وعلى وجه الخصوص الحالات التي تختص المحكمة الجنائية الدولية بالنظر فيها ، وتستدعي التدخل القضائي أمام هذه المحكمة لوضع حد لتلك الانتهاكات .. إن كل ذلك يمكن الاستدلال عليه إذا ما حاولنا تفحص الحالات المختلفة من الانتهاكات الخطرة لقواعد القانون الدولي في العديد من القضايا التي تعاطى معها المجتمع الدولي بمعايير مختلفة .. وتأكيداً لصحة

(1). انظر : د. محمد حسن القاسمي ، مرجع سابق ، ص 74 .

هذا التحليل يمكن تلمس ذلك إذا ما بدلنا أدنى درجات المقارنة بين حالات مختلفة حدثت ولا توجد بينها فوارق من حيث التكييف القانوني لها ، وكذلك من حيث انطباق المعايير الإنسانية والأخلاقية عليها ..

أولاً : كل من الرئيس اليوغسلافي السابق سلوبودان ميلوسيفيتش والإرهابي أرييل شارون متهمان بارتكاب جرائم حرب وجرائم ضد الإنسانية .. ففي حين اهتم المجتمع الدولي كثيراً بضرورة تسليم الأول إلى المحكمة الجنائية بلاهاي ودفع بكل جهوده نحو الضغط على الحكومة اليوغسلافية لإرغامها على تسليم ميلوسيفيتش إلى المحكمة ، غض المجتمع الدولي الطرف عن النداءات المتكررة والأخذة في الازدياد التي تطالب بتقديم الإرهابي شارون للمساءلة القانونية⁽¹⁾ .. أو حتى مجرد التحقيق في الجرائم التي نُسبت إليه من خلال اعتدائه المتكررة على لبنان أو داخل الأراضي الفلسطينية المحتلة ..

ثانياً : إصرار الولايات المتحدة وحلفائها على التدخل في الشؤون الداخلية للسودان بشكل سافر ، والضغط على الحكومة السودانية بضرورة قبول إرسال قوات حفظ سلام دولية إلى إقليم دارفور بحجة عجز الدولة عن حماية سكان الإقليم الذين يتعرضون لجرائم حرب وجرائم ضد الإنسانية حسب وجهة نظر هذه الدول التي تعمل جاهدة على إقحام مجلس الأمن الدولي لإصدار قرارات غير شرعية وتهدد باللجوء إلى فرض عقوبات ضد السودان إن لم يقبل مطالب الدول الغربية ، استناداً إلى الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة بحجة أن الحالة في السودان تشكل خطراً يهدد السلام والأمن الدوليين⁽²⁾ ..

(1) .د. محمد حسن القاسمي ، مرجع سابق .

(2) . انظر: قرارات مجلس الأمن أرقام: 1556 ، 1591 ، 1651 لسنة 2005. والقرارات أرقام: 1665 ، 1713 لسنة 2006

ومن جانب آخر نرى مجلس الأمن الدولي يقف عاجزاً أمام حالات أكثر تهديداً للسلم والأمن الدوليين وأدعى إلى التدخل الدولي ، مما يؤدي إلى الازدواجية أو الانتقائية في التعامل مع الحالات المختلفة التي ينطوي عليها وهي تلك الجرائم الأشد خطورة التي تمارسها إسرائيل منذ قيامها عام 1948 ، وحتى الآن في الأراضي الفلسطينية المحتلة والحروب العدوانية التي شنتها هذه الدولة على الدول العربية ، التي كان من آخرها حرب (2006) على لبنان لمدة شهر كامل ، مما نتج عنها وفاة أكثر من ألف لبناني وإصابة عدة آلاف آخرين بإصابات خطيرة نتيجة لاستخدام إسرائيل لأسلحة محرمة دولياً . وقيام الدول الفاعلة في مجلس الأمن الدولي بتوفير حماية للصهاينة المسؤولين عن هذه الجرائم بالطوق الحديدي الذي تلفهم به الحسابات السياسية غير الأخلاقية وغير الإنسانية البعيدة عن الشعارات الخاوية التي تطلقها الدول المؤثرة في مجلس الأمن فيما يتعلق بحماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية⁽¹⁾ ..

المطلب الثاني

سلطة مجلس الأمن الدولي

بإيقاف التحقيق أو المحاكمة

لم تكتفِ الولايات المتحدة الأمريكية بفرض إرادتها على المؤتمرين في روما لمنح مجلس الأمن سلطة الإحالة إلى المحكمة ، بل سعت جاهدة لإقرار نص في النظام الأساسي للمحكمة يخول مجلس الأمن الدولي استناداً إلى الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة مكنة تقرير إرجاء النظر في الدعوى التي قد تُرفع أمام المحكمة من قبل دولة طرف في النظام الأساسي أو المدعي العام ..

(1). انظر: د. محمد حسن القاسمي ، مرجع سابق ، ص 73 .

الفرع الأول

الأساس القانوني لسلطة مجلس الأمن

بتأجيل نظر قضية أمام المحكمة

كشف النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الذي تم إقراره في المؤتمر الدبلوماسي في روما عام 1998 ، عن مظهر آخر من مظاهر العلاقة بين المحكمة ومجلس الأمن ..

فقد أجاز هذا النظام الأساسي للأخير أن يطلب إلى المحكمة إرجاء أو إيقاف التحقيق أو المقاضاة بشروط معينة⁽¹⁾ ..

فقد نصت المادة (16) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على أنه : "لا يجوز البدء أو المضي في تحقيق أو مقاضاة بموجب هذا النظام الأساسي لمدة اثني عشر شهراً ، بناءً على طلب مجلس الأمن إلى المحكمة بهذا المعنى يتضمنه قرار يصدر عن المجلس بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة ، ويجوز للمجلس تجديد هذا الطلب بالشروط ذاتها"⁽²⁾ ..

يُشترط لممارسة مجلس الأمن هذه السلطة الاستثنائية إزاء المحكمة أن تكون القضية موضوع الدعوى معروضة على مجلس الأمن وأن يؤكد المجلس أن هذه القضية قد تشكل تهديداً للسلم والأمن الدوليين . وأن يكون الطلب الخاص بإيقاف التحقيق أو المقاضاة الموجه إلى المحكمة بمقتضى قرار صادر عن المجلس استناداً إلى أحكام الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة ولمدة عام قابل للتجديد دون حد أقصى ..

(1) . انظر نص المادة (16) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية .

(2) . انظر : د. عبدالعظيم مرسي وزير ، قراءة في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية (المحكمة والجرائم الداخلة في اختصاصها) ، بحث مقدم إلى المؤتمر العاشر للجمعية المصرية للقانون الجنائي ، حول (المحكمة الجنائية الدولية والتشريعات الوطنية) ، القاهرة ، 23 . 24 ديسمبر / 2001 ، ص 7 .

الفرع الثاني

أثر سلطة مجلس الأمن في إيقاف

إجراءات التحقيق أو المحاكمة

أثارت مسألة اختصاص المحكمة الجنائية الدولية على الجرائم الدولية جدلاً حاداً بين ممثلي الدول المتفاوضة في مؤتمر روما حتى اللحظات الأخيرة من إقرار النظام الأساسي للمحكمة .. لقد كان هناك انقسام واضح في الآراء المطروحة بين اتجاهين :

الأول : وتبنته الدول الخمس دائمة العضوية ، وبعض حلفائها ، ويدعو إلى منح مجلس الأمن الدولي دوراً قوياً في عمل المحكمة .

الثاني : وتبنته مجموعة من الدول الأخرى ويدعو إلى ضرورة ألا تؤدي العلاقة بين المجلس والمحكمة إلى المساس باستقلالية الأخيرة أو الحد من فاعليتها ونجاحها في ممارسة اختصاصاتها .

وأثارت مسألة منح مجلس الأمن سلطة الإحالة إلى المحكمة أو إيقاف التحقيق أو المحاكمة أمامها بمقتضى قرار صادر عن مجلس الأمن الدولي استناداً إلى الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة انقساماً واضحاً في الآراء بين مؤيد ومعارض .. فالقرار الصادر عن المجلس في الحالتين يتطلب موافقة الدول الخمسة الأعضاء الدائمين بالمجلس ، وبالتالي فإن استعمال حق النقض من قبل إحدى هذه الدول سيمنع مجلس الأمن من إيقاف التحقيق أو المحاكمة أمام المحكمة في قضية أو أكثر .. فمن جانب يرى البعض أن حق النقض هنا يقوم بدور إيجابي لصالح المحكمة والعدالة الجنائية الدولية بعكس الوضع في حالة إحالة قضية إلى المحكمة من قبل مجلس الأمن الدولي ، وبالتالي فقد أقر النظام الأساسي صلاحيات المجلس المبينة في ميثاق الأمم المتحدة ولاسيما الواردة في الفصل السابع بشأن حفظ السلام والأمن الدوليين⁽¹⁾ ..

(1). انظر : د. محمود شريف بسيوني ، المحكمة الجنائية الدولية ، مرجع سابق ، ص 198 .

فمن جهة ينتقد جانب من الفقه نص المادة (16) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ، ويكشف عن مفارقات ، وجانب عن عدم الدقة في هذا النظام الأساسي عندما نص في الديباجة على أن الجرائم الدولية تهدد السلم والأمن والرفاه في العالم ، ومقتضى المادة (16) من النظام الأساسي يعني التحقيق أو المحاكمة عن جرائم من هذا الصنف أمام المحكمة الجنائية الدولية يمكن أن تهدد السلم والأمن الدوليين⁽¹⁾ ..

ومن جهة ثانية يرى جانب آخر من الفقه أن منح مجلس الأمن هذه السلطة سينعكس بصورة سلبية على نشاط المحكمة ، لاسيما وأنه قد تتدخل الاعتبارات السياسية في القرار الصادر عن مجلس الأمن بإيقاف التحقيق أو المحاكمة ، ويوصف هذا القرار بأنه ليس مجرد إيقاف مؤقت لعمل المحكمة ، وإنما هو في الحقيقة إغلاق الطريق أمامها ، أي منعها من ممارسة اختصاصاتها ، وبالتالي فإن قراراً مثل هذا سيشكل خطورة على ضمانة الاستقلال اللازم توفرها في المحكمة كهيئة قضائية إزاء مجلس الأمن كهيئة أو جهاز سياسي⁽²⁾ ..

إن ممارسة المحكمة الجنائية الدولية لاختصاصاتها المقررة بموجب نظامها الأساسي تعترضه العديد من العقبات التي من أهمها إمكانية التعارض بين اختصاصات المحكمة القانونية وممارسات مجلس الأمن السياسية ، لاسيما تطبيقاته لنص المادة (16) من النظام الأساسي الذي يتضمن دون شك منح مجلس الأمن الدولي سلطات غير محددة في تفسير وتحديد المسائل التي من شأنها تهديد السلم الدولي .. ولا يتسع المقام هنا لمراجعة شرعية العديد من قرارات مجلس الأمن التي تستخدم مصطلح تهديد السلم الدولي بشكل يثير الجدل حول فحواها .. وإن كان ليس هناك ثمة ما يمنع من نظر حالة ما أمام مجلس الأمن الدولي والمحكمة الجنائية الدولية في الوقت نفسه وهو ما لم

(1) . انظر : د. عمران عبدالسلام الصفراني ، مرجع سابق ، ص 9 .

(2) . انظر : د. شريف سيد كامل ، مرجع سابق ، ص 163 .

يحدث في معالجة قضية لوكربي Lockerbie أمام محكمة العدل الدولية
ومجلس الأمن الدولي عام 1992 ..

المبحث الثالث

جهود الولايات المتحدة لعرقلة المحكمة وإخضاعها لسلطة مجلس الأمن الدولي

على الرغم من أن الولايات المتحدة الأمريكية تصف نفسها براعية
السلام في العالم .. إلا أنه قد لوحظ أنها أكثر دولة بذلت جهوداً مضيئة لعرقلة
إقامة قضاء جنائي دولي دائم ينظر في جرائم الحرب ، ويعمل على تحقيق مبدأ
الشرعية الدولية في المجتمع الدولي ..
لقد بذلت الولايات المتحدة جهوداً جبارة لمنع الدول من التصويت
لاعتقاد قانون روما الأساسي لعام 1998 ..
وبعد إقرار النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ودخوله حيز
النفاذ عام 2002، بدأت الولايات المتحدة حملة عالمية لإضعاف المحكمة ، ثم
حاولت وضع الترتيبات اللازمة لإخضاع هذه المحكمة لسلطة مجلس الأمن
الدولي .

المطلب الأول

معارضة الولايات المتحدة لإنشاء المحكمة الجنائية الدولية

الولايات المتحدة الأمريكية هي الدولة الوحيدة التي تبدي معارضة
فعلية للمحكمة الجنائية الدولية الجديدة .. وتعود معارضة الولايات المتحدة
للمحكمة إلى فترة اعتماد قانون روما الأساسي لعام 1998 ، حيث كانت الولايات

المتحدة إحدى سبع دول⁽¹⁾ قد صوتت ضد إقرار النظام الأساسي في مؤتمر روما عام 1998 ، حيث أبدت الحكومة الأمريكية اعتراضاً كبيراً على مسألة الاختصاص الذي ستمارسه المحكمة على الدول غير الأطراف في النظام .. ويبدو جلياً أيضاً أنه ثمة حساسية أمريكية كبيرة تجاه المؤسسات الدولية التي تسعى إلى تحقيق المساواة بين دول وشعوب العالم⁽²⁾ .. ولكون ما يصدر عن هذه المحكمة من أحكام غير خاضع بحال من الأحوال لحق النقض (الفيتو) فقد جعل هذا الأمر الولايات المتحدة الأمريكية أكثر الدول معارضة لقيام محكمة جنائية دولية دائمة لأسباب خاصة بها من أهمها تفاذي أي خطر أو تهديد قد يلحق مواطنيها وتفاذي فكرة مثول جنودها الذين يوجدون في القواعد الأمريكية في بعض الدول ، أو الذين يشتركون في قوات حفظ السلام الدولية خشية أن تخضع مثل هذه المحاكمات إلى اعتبارات وأهداف سياسية⁽³⁾ ..

ومن جهة أخرى تعتبر الولايات المتحدة الأمريكية أكثر دول العالم اقتراحاً للجرائم الدولية الأشد خطورة ، إضافةً إلى السياسات الأمريكية المؤيدة للإجرام الصهيوني في فلسطين والدول العربية منذ عام 1948 ..

المطلب الثاني

محاولات الولايات المتحدة لإخضاع

المحكمة لسلطة مجلس الأمن

حاولت الولايات المتحدة الأمريكية ، ومعها الدول دائمة العضوية في مجلس الأمن الدولي السعي لضمان دور قوي للمجلس في مجال الادعاء

(1) . هذه الدول هي : الولايات المتحدة ، وإسرائيل ، والصين ، والهند ، والعراق ، وليبيا ، ومصر .

(2) . انظر : د . علي يوسف الشكري ، مرجع سابق ، ص 89 .

(3) . انظر : د . أمين مكي مدني ، المسؤولية الشخصية والمحكمة الجنائية الدولية ، ورقة عمل مقدمة إلى الندوة العربية ، حول المحكمة الجنائية الدولية ، عمان . الأردن ، 18 ديسمبر 2000 ، ص 8 .

الدولي⁽¹⁾ أمام المحكمة الجنائية الدولية .. وأبدت الولايات المتحدة من جهة أخرى اعتراضات شديدة على مسألة الاختصاص الذي ستمارسه المحكمة على الدول التي لم تنضم إلى النظام الأساسي ، وأكدت على ضرورة أن يعترف النظام الأساسي بدور مهم لمجلس الأمن الدولي في تقرير حالة العدوان⁽²⁾ .. ويفعل الضغوط الأمريكية الشديدة على واضعي النظام الأساسي فقد تبوأ مجلس الأمن مركز الادعاء الدولي أمام المحكمة استناداً لنص المادة (13) من النظام الأساسي وتخويل مجلس الأمن الدولي استناداً إلى الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة مكنة تقرير إيقاف التحقيق أو المقاضاة أمام المحكمة ..

ومن جانب آخر تأكد الموقف الأمريكي الرفض لأي دور فاعل للمحكمة الجنائية الدولية عندما أصرت الولايات المتحدة الأمريكية على إعطاء حصانة كاملة لجنودها العاملين ضمن قوات حفظ السلام في البوسنة والهرسك في شهر يوليو 2002 ، الذي تمخض عنه إصدار مجلس الأمن الدولي بضغط هائل من الولايات لقراره رقم (1422) بتاريخ 2002/7/12 ، يُعيد دخول النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية حيز النفاذ ، الذي لبي المطالب الأمريكية ، وقضى وفقاً للمادة (16) من النظام الأساسي للمحكمة بعدم التحقيق أو المقاضاة فيما يتعلق بأفراد قوات حفظ السلام التابعة للأمم المتحدة من رعايا الدول التي لم تصادق على قانون روما الأساسي ، عندما يشارك هؤلاء الأشخاص في عمليات تقوم أو تصرح بها الأمم المتحدة .. وبتاريخ 2003/7/12 ، صدر قرار آخر عن مجلس الأمن الدولي تحت رقم (1487) يقضي بتمديد العمل بالقرار الأول لمدة عام آخر .. إلا أنه وبسبب المعارضة الشديدة ، نتيجة للكشف عن أحداث سجن أبوغريب في بغداد ، والانتهاكات الخطيرة لحقوق الإنسان في معتقل جوانتانامو في كوبا ومعتقل باجرام في أفغانستان ، وكذلك التسريبات الخاصة بقيام

(1) . طلبت الولايات المتحدة أن يكون مجلس الأمن منفرداً بسلطة الادعاء الدولي أمام المحكمة الجنائية الدولية.

(2) . انظر شبكة المعلومات (الإنترنت) : www.un.org/law/icc

الجنود الأمريكيين المتواجدين في بعض القواعد العسكرية خارج أمريكا بارتكاب جرائم ضد القانون الدولي الإنساني فشلت المساعي الأمريكية عام 2004 لتمديد العمل بالقرارين السابقين ، وانتهت بذلك فترة الحصانة التي تمتع بها مواطنو الدول غير الأطراف في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية عند مشاركتهم في عمليات حفظ السلام التي قررتها الأمم المتحدة أو سمحت بها⁽¹⁾ ..

وتقود الولايات المتحدة من جانب آخر محاولة لعرقلة جهود المحكمة الجنائية الدولية، وذلك من خلال الضغط على الدول التي انضمت رسمياً إلى المحكمة الجنائية الدولية لعقد اتفاقيات ثنائية تمتنع بمقتضاها هذه الدول عن تسليم الرعايا الأمريكيين إلى المحكمة ..

تعتبر اتفاقيات الإفلات من العقاب (الحصانة) التي تقوم الولايات المتحدة بإبرامها في الوقت الراهن غير قانونية لأنها تلزم الدول المعنية بعدم تسليم مواطني الولايات المتحدة المتهمين بارتكاب جرائم الإبادة الجماعية ، أو جرائم ضد الإنسانية ، أو جرائم حرب إلى المحكمة الجنائية الدولية ..

لم تكتفِ الولايات بتهديد الدول التي تمتنع عن إبرام اتفاقيات الحصانة هذه بسحب المساعدات العسكرية الأمريكية عنها ، وإنما ذهبت إلى أبعد من ذلك بسحبها المعونات الاقتصادية بتاريخ 8 ديسمبر 2004 من الدول التي أبقت على رفضها التوقيع على اتفاقيات الحصانة ..

وتزعم الولايات المتحدة خطأً أن هذه الاتفاقيات قانونية وتتماشى مع المادة (98) من النظام الأساسي للمحكمة .. ولكن الصحيح هو أن الدول التي ترتبط مع الولايات المتحدة بمثل هذه الاتفاقيات تنتهك بتصرفها هذا الالتزامات المترتبة عليها بموجب مبادئ القانون الدولي العام⁽²⁾ ..

(1) - انظر شبكة الإنترنت : <http://ara.amnesty.org>

(2) - أعلنت الولايات المتحدة بتاريخ 1 يوليو 2003 عن سحب المعونات العسكرية عن 35 دولة طرف في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية رفضت التوقيع على اتفاقية الحصانة من العقاب .

الخاتمة

بهذا ، نصل إلى خاتمة هذا البحث الذي خصصناه لدراسة أبعاد العلاقة بين المحكمة الجنائية الدولية ومجلس الأمن الدولي ، وقد آلينا هذا الموضوع بالدراسة لما يمثله من أهمية بالغة ، للوقوف على بعض الثغرات والقصور في أحكام النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية التي من شأنها إضعاف المحكمة ، والحيلولة دون إسهامها في تحقيق العدالة بالشكل الذي أراده لها مؤسسوها ..

وكذلك الوقوف من جانب آخر على أسباب المعارضة والحملة القوية التي تبديها الولايات المتحدة الأمريكية اتجاه المحكمة .. والاستراتيجية التي تتبعها من خلال تطوير أحكام النظام الأساسي وتفسيرها بالشكل الذي يحد من فاعلية المحكمة ، وما يضيف عليها الطابع السياسي ويجعلها أداة قانونية أخرى طيعة في يد الولايات المتحدة في مواجهة الدول الضعيفة ..

لقد أظهرت الدراسة أن ثمة صعوبات ثارت أمام تطبيق أحكام النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ، بسبب ما تضمنه من ثغرات ، وكذلك لأسباب أخرى مردها التفسير الخاطئ لبعض الأحكام من قبل القوى الكبرى الفاعلة في مجلس الأمن الدولي وعلى رأسها الولايات المتحدة الأمريكية لخدمة المصالح الانفرادية لهذه الدول وخدمة المصالح الخاصة بحلفائها .

وعلى الرغم من عدم انضمام الولايات المتحدة الأمريكية إلى النظام الأساسي للمحكمة فإنها أصرت خلال مناقشات إعداد النظام الأساسي على أن يعطي إلى مجلس الأمن دوراً كبيراً يقود في نهاية الأمر إلى إخضاع المحكمة لقرارها السيادي ..

هذا ، وإذا كانت هذه الدراسة قد بينت جوانب الخلل والقصور في محتوى بعض أحكام النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية .. فإن أبعاد هذه المعوقات تدفع إلى التأكيد على أهمية إلغاء وتعديل بعض هذه الأحكام بعد

سبع سنوات من تاريخ نفاذه ، كما تقضي بذلك المادة (121) من هذا النظام الأساسي ..

ونشير في النهاية إلى بعض التوصيات التالية :

أولاً . تعديل نص المادة (13) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ، ووضع آلية قانونية قادرة على مراجعة قرارات مجلس الأمن الدولي الصادرة بشأن الإحالة إلى المحكمة بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة تفضيلاً للأهواء السياسية داخل مجلس الأمن الدولي واستخدام حق النقض (الفيتو) وفقاً لمصالح الدول دائمة العضوية .

ثانياً . إلغاء السلطات الممنوحة إلى مجلس الأمن الدولي أمام المحكمة الجنائية الدولية المتمثلة في إيقاف التحقيق أو المحاكمة لمدة سنة قابلة للتجديد لفترات غير محددة ، المنصوص عليها في المادة (16) من النظام الأساسي للمحكمة ، حتى يمكن تجنب تدخل الاعتبارات السياسية التي من شأنها التأثير على وظيفة المحكمة في تحقيق العدالة الدولية .

ثالثاً . تعديل نص المادة (98) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية التي من شأنها التحايل على النظام الأساسي وتطبيقها بالشكل الذي يتعارض ومضمون المادة ذاتها .. وكانت الولايات المتحدة أول دولة تنتهج هذه الممارسات غير القانونية بالمخالفة للنظام الأساسي على ضوء الاتفاقيات الخاصة بالحصانة التي أبرمتها مع العديد من الدول الأطراف في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، ويلزم هذه الدول بعدم تسليم مواطني الولايات المتحدة المتهمين بارتكاب جرائم الإبادة الجماعية أو جرائم الحرب أو جرائم ضد الإنسانية إلى المحكمة الجنائية الدولية . والشيء الغريب في الأمر هو زعم الولايات المتحدة بأن هذه الاتفاقيات قانونية وتتماشى مع نص المادة (98) من النظام الأساسي للمحكمة .

ولكن في حقيقة الأمر أن هذه الممارسات من قبل الولايات المتحدة الأمريكية تتعارض ومبادئ القانون الدولي العام .. وميثاق الأمم المتحدة .. ويتنافى هذا السلوك غير القانوني ومبدأ لزوم المعاهدات الدولية ، الذي أكدته اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات الدولية ، الذي نصَّ على ضرورة أن يقوم كل طرف بتنفيذ المعاهدة بحسن نية ، والامتناع عن كل ما قد يحول دون تحقيق أغراض المعاهدة التي تقررت بحكم نصوصها ..

قائمة المراجع

1. د. إبراهيم محمد العناني : إنشاء المحكمة الجنائية الدولية (دراسة في ضوء نظام روما الأساسي عام 1998) ، مجلة الأمن والقانون ، كلية شرطة دبي ، الإمارات العربية المتحدة ، العدد (الأول) ، يناير 2000.
2. د. أحمد فتحي سرور : ملاحظات حول مشروع النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ، مجلة مركز بحوث الشرطة ، أكاديمية الشرطة ، العدد الصادر في يوليو 1998.
3. د. أحمد قاسم الحميدي : مدى الحاجة إلى المحكمة الجنائية الدولية في ضوء الوضع الدولي الراهن، بحث مقدّم إلى مؤتمر القانون الدولي الإنساني : الواقع والأبعاد والرؤى ، كلية الحقوق، جامعة جرش الأهلية . الأردن ، 14.11 مايو 2004.
4. د. أمين مكي مدني ، المسؤولية الشخصية والمحكمة الجنائية الدولية ، ورقة عمل مقدمة إلى الندوة العربية ، حول المحكمة الجنائية الدولية ، عمان . الأردن ، 18 ديسمبر 2000.
5. د. جمعة سعيد سرير ، مباشرة الدعوى أمام المحكمة الجنائية الدولية ، مجلة إدارة القضايا ، العدد (9) السنة (5) ، سبتمبر 2006.
6. د. حسنين عبيد : القضاء الجنائي الدولي : تاريخه ، تطبيقاته ، مشروعياته ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1977.
7. د. رمسيس بهنام : الجرائم الدولية ، بحث مقدّم إلى المؤتمر الأول للجمعية المصرية للقانون الجنائي ، القاهرة ، 14.17 مارس 1987.
8. د. شريف سيد كامل ، اختصاص المحكمة الجنائية الدولية ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2004.

9. د. عبدالعظيم مرسي وزير ، قراءة في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية (المحكمة والجرائم الداخلة في اختصاصها)، بحث مقدم إلى المؤتمر العاشر للجمعية المصرية للقانون الجنائي ، حول (المحكمة الجنائية الدولية والتشريعات الوطنية) ، القاهرة ، 23.24 ديسمبر/2001.
10. د. عبدالواحد الفار : الجرائم الدولية وسلطة العقاب عليها ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1996 .
11. د. علي يوسف الشكري : القانون الجنائي الدولي في عالم متغير ، الطبعة الأولى ، إيتراك للنشر والتوزيع ، القاهرة.
12. د. عمران عبدالسلام الصفراني : دور المحكمة الجنائية الدولية في ضمان جدية المحاكمة عن جرائم الحرب ، بحث مقدّم إلى مؤتمر القانون الدولي الإنساني (الواقع والأبعاد والرؤى) ، كلية الحقوق ، جامعة جرش الأهلية . الأردن ، 11.13 مايو 2004 .
13. د. فائزة يونس الباشا : الجريمة المنظمة في ظل الاتفاقيات والقوانين الوطنية ، رسالة دكتوراه ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة 2001 .
14. د. محمد حسن القاسمي : إنشاء المحكمة الجنائية الدولية الدائمة : هل هي خطوة حقيقية لتطوير النظام القانوني الدولي ؟ مجلة الحقوق ، العدد (1) ، السنة (27) ، الكويت ، مارس 2003.
15. د. محمود شريف بسيوني : المحكمة الجنائية الدولية ، الطبعة (3) ، 2002.
16. د. مخلد الطراونة : القضاء الجنائي الدولي ، مجلة الحقوق ، العدد (3) ، السنة (27) الكويت ، سبتمبر 2003.
17. د. مدوس فلاح الرشيدي : آلية تحديد الاختصاص وانعقاده في نظر الجرائم الدولية وفقاً لاتفاق روما لعام 1998 ، مجلس الأمن الدولي .

المحكمة الجنائية الدولية والمحاكم الوطنية ، مجلة الحقوق ، العدد (2) ،
السنة (27) ، الكويت ، يونيو 2003 .

- تقرير اللجنة المخصصة لإنشاء المحكمة الجنائية الدولية . الجمعية العامة .
الوثائق الرسمية . الدورة (50) الملحق رقم (22) ، (A / 50 / 22) .
- قرارات مجلس الأمن أرقام: 1556 ، 1591 ، 1651 لسنة 2005 . والقرارات
أرقام: 1665 ، 1713 لسنة 2006 .
- قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (260 / 3 / ب) ، الصادر في
1948/12/9 .
- النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية .

- [http://www.Islamonline.net/Arabic/Politics/2001/02/artic/e.12
Shtml](http://www.Islamonline.net/Arabic/Politics/2001/02/artic/e.12Shtml) .
- <http://www.un.org./law/icc> .
- <http://www.ara.amnesty.org> .

الحماية القانونية لنسخ المصنفات في ظل النشر الإلكتروني^(*)

أ. الصالحين محمد العيش
محاضر مساعد بقسم القانون الخاص
كلية القانون - جامعة قاربيونس

تمهيد وتقسيم :

من مدة ليست بالبعيدة كنت بصدد تصفح أحد المواقع القانونية على شبكة المعلومات الدولية (الانترنت) ، حينها استوقفتني استطلاع للرأي كان منشوراً في الصفحة الرئيسية لذلك الموقع ، وكان مفاده : هل يجوز قانوناً نسخ المصنفات المنشورة إلكترونياً ؟

ظل ذلك السؤال حبيس ذهني ، ولم أبدل جهداً - في ذلك الوقت - في بحث المسألة سيما بالرجوع إلي قانون حماية حق المؤلف الليبي الذي نحتفل في هذه السنة بمرور أربعين عاماً على صدوره⁽¹⁾ .

أنعشت مطالعتي لمحاور ندوة النشر الجامعي في ليبيا (الواقع والرؤى المستقبلية) ذاكرتي ، ورأيت أن أقوم بمحاولة للإجابة عن ذلك السؤال ، وذلك كنتيجة منطقية لما أسفر عنه التطور التكنولوجي من وجود وسائط الكترونية يمكنها نقل المصنفات المحمية وبثها عبر أرجاء الفضاء الكوني ، وتترامن تلك النتيجة المنطقية مع القدرة اللامتناهية واللامحدودة لخوارزميات الحاسبات الشخصية في نسخ المصنفات المخزنة إلكترونياً علي شبكة المعلومات الدولية .

(*) ورقة بحثية مقدمة لندوة النشر الجامعي في ليبيا (الواقع والرؤى المستقبلية) ، بنغازي ، الفترة من 2008/5/7.6 .

(1) صدر قانون حماية حق المؤلف الليبي عام 1968 وهو القانون رقم (9) ، ويتكون القانون من (51) مادة ، وقد نشر بالجريدة الرسمية في العدد العاشر الصادر بتاريخ 30 مارس 1968 .

وحيث إن قانون حماية حق المؤلف في ليبيا يسمح لنا بعمل نسخة وحيدة من المصنف للاستعمال الشخصي (المادة 12) ، فأين الضابط لمن يستغل هذه النسخة الوحيدة عن طريق عرضها للتداول ، بعد أن يفرز منها نسخاً كثيرة ؟ فكأن الحق المالي للمؤلف بات مهدداً على طريق المعلومات السريع .

من هنا .. فإني سأتناول في هذه الورقة البحثية إحدى الإشكاليات التي يقف قانون حماية حق المؤلف في ليبيا أمامها عاجزاً⁽¹⁾، وهي مسألة حماية المصنفات التي يتم تداولها ونشرها إلكترونياً .

وأحاول بعد عرض هذه الإشكالية أن أشير إلى بعض الحلول القانونية والتقنية التي اقترحت في هذا الإطار ، وسيكون ذلك حسب التقسيم الآتي :

المطلب الأول : مفهوم حق النسخ وأثر الرقمية على تداول المصنفات .

المطلب الثاني : إشكالية النسخ الرقمي للمصنفات وحلولها المقترحة .

(1) وعجز قانون حماية حق المؤلف الليبي عن حل هذه الإشكالية هو أمر بديهي ، وذلك بسبب قدم هذا القانون ، حيث لم تكن الوسائط الرقمية قد استحدثت وقت صدوره ، ولعلنا نلتمس له العذر في ذلك ، ولكن ما لا نستطيع تبريره هو بقاء نصوص القانون على حالها طوال هذه المدة ، علي نحو مغاير تماماً لما ذهبت إليه معظم الدول - مثل جارتنا مصر حيث أصدرت جمهورية مصر العربية القانون رقم 82 لسنة 2002 بشأن حماية حقوق الملكية الفكرية - من تعديل قوانينها بما يتماشى مع التطورات التكنولوجية ومع الاتفاقيات الدولية المنضدة لها .

المطلب الأول

مفهوم حق النسخ وأثر الرقمية على تداول المصنفات

إن حق استغلال المصنف مالياً هو للمؤلف وحده ، ولا يجوز لغيره مباشرة هذا الحق دون إذن سابق منه أو ممن يخلفه ، وله وحده الحق في أن ينقل إلى الغير الحق في مباشرة حقوق الاستغلال المقررة له أو بعضها⁽¹⁾ .

وقد حددت قوانين حق المؤلف المقارنة الوسائل التي يمكن للمؤلف من خلالها استغلال مصنفه مالياً ، وهي وسائل لم ترد على سبيل الحصر وإنما وردت على سبيل المثال ؛ ذلك لأنه لا يوجد ما يمنع من ظهور وسائل أخرى لاستغلال المصنفات مالياً في المستقبل قد يقتضيها التطور في مجالات الاتصال ووسائل نشر الإنتاج الفكري⁽²⁾ .

وقد كان النسخ حتى وقت قريب الوسيلة الوحيدة لاستغلال المصنفات مالياً ، إلا أن هذه الوسيلة تطورت بتطور وسائل إيصال المصنفات إلى الجمهور .

ونتحدث في هذا المطلب عن ماهية حق النسخ ، وعن الأثر الذي خلفته الرقمية على المفهوم التقليدي لتداول المصنفات .

الفرع الأول

ماهية حق النسخ وتمييزه عن بعض الأمور المشابهة

أولاً . تعريف حق النسخ :

يعرف حق النسخ Reproduction

بصنع نسخ من مصنفه مهما تعددت الوسائط

(1) راجع المادة (2/5) والمادة (38) من قانون حماية حق المؤلف الـ

(2) انظر : د . نواف كنعان ، حق المؤلف (النماذج المعاصرة لحق ،

للنشر والتوزيع ، عمان ، 1992 ، ص 115 .

كان ذلك بالطباعة أو غير ذلك من الوسائل الأخرى⁽¹⁾ .

ويعرف قانون حماية الملكية الفكرية المصري (المادة 138 / 9) حق النسخ بأنه : استحداث صورة أو أكثر مطابقة للأصل من مصنف أو تسجيل صوتي بأية طريقة أو في أي شكل بما في ذلك التخزين الإلكتروني الدائم أو الوقتي للمصنف أو للتسجيل الصوتي .

من خلال التعريفين يتبين لنا أن حق النسخ يتمثل في التثبيت المادي للمصنف بأية وسيلة تقنية ، موجودة أو ستكتشف ، تسمح بنقله إلى الجمهور ، فتخضع من ثم كل عملية نسخ لمصنف محمي لاحتكار المؤلف .

ومن هنا فإن المفهوم الحديث للنسخ يختلف عن مفهومه القديم الذي يرجع إلى الوقت الذي كان فيه الاستنساخ هو الوسيلة الوحيدة لاستغلال المصنف ، سواء كان ذلك من قبل مؤلفه أو ممن كان يعهد إليهم بالانتفاع به .

ثانياً . تمييز حق النسخ عن بعض الأمور المشابهة :

يختلف حق المؤلف في نسخ مصنّفه عن حقه في النشر من جهة ، وعن حق التمثيل من جهة أخرى .

1 . حق النسخ وحق النشر :

يعني النشر في مجال حق المؤلف : وضع مصنف في متناول الجمهور لأول مرة وإعداده في عدد كافٍ من النسخ الملموسة ، ومن هنا يعتبر النشر أحد الوسائل الهامة لاستنساخ المصنف بواسطة الطباعة⁽²⁾ .

د . نواف كنعان ، مرجع سبق ذكره ، ص 117 .

نون الليبي إلى عقد النشر عند اشتراطه لصحة تصرف المؤلف في حقه المالي أن يكون تعاقد مع لال مصنفه مكتوباً ، وأن يتضمن العقد صراحة وبالتفصيل كل حق يكون محلاً للتصرف مع ن منه ومدة الاستغلال ومكانه ، (المادة 38 من قانون حماية حق المؤلف الليبي) .

والنشر بهذا المعنى ينطوي على نشاطات متعددة يقوم بها شخص طبيعي أو معنوي يسمى (الناشر) وذلك من خلال دوره في اختيار وتحرير وإعداد المواد المراد نشرها ، وتنظيم إنتاجها وتوزيعها وتحمل المسؤولية المالية وكافة المسؤوليات الأخرى المرتبطة بعملية النشر ، فعملية النشر تضم نشاطات متعددة يشارك فيها : المؤلف ، والناشر ، والطابع ، والموزع .

من هنا يتضح أن معنى النسخ أوسع في مضمونه من معنى النشر الذي يقتصر مفهومه على الاستنساخ عن طريق الطباعة ، وهذا ما عبرت عنه بعض القوانين العربية من خلال تعريفها لاستنساخ المصنف بأنه : إنتاج نسخة أو أكثر من أحد المصنفات الأدبية أو العلمية أو الفنية في أية صورة مادية بما في ذلك أية تسجيلات صوتية أو مرئية⁽¹⁾ .

2. حق النسخ وحق التمثيل :

للمؤلف حق استثنائي في استغلال مصنفه ويتم هذا الاستغلال عادة بالتمثيل (استغلال مباشر) أو بالنسخ (استغلال غير مباشر) ويكون الاستغلال في هاتين الحالتين موجهاً إلى الجمهور .

وبالتالي فإن حق التمثيل Droit de Représentation هو أمر مختلف عن حق النسخ حيث يتمثل هذا الحق في نقل المصنفات إلى الجمهور بأي شكل خصوصاً بواسطة التلاوة ، أو الأداء ، أو التوقيع الموسيقي ، أو التمثيل المسرحي ، أو تقديم مصنفات الفن بالمعنى الضيق أو الإذاعة .. الخ ، فيتمتع المؤلف بإيجاز ، بحق استثنائي على كل عمل من شأنه نقل مصنفاته إلى الجمهور⁽²⁾ .

(1) المادة (18) من قانون تونس النموذجي لحقوق المؤلف الخاص بالبلدان النامية لعام 1976 .

(2) انظر : د . محمد حسام محمود لطفي ، حقوق الملكية الفكرية ، النشر النهبي للطباعة ، 2004 ، القاهرة ،

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الليبي يستثنى من هذا الاحتكار المقرر للمؤلف في مجال التمثيل العلني ، الأداءات العلنية التي تتم بواسطة فرق الموسيقى العسكرية وغيرها من الفرق التابعة للدولة أو غيرها من الأشخاص العامة ، كما يقرر المشرع السماح باستعمال المصنفات بعد نشرها إذا تم ذلك في اجتماع عائلي أو في جمعية أو في منتدى خاص أو مدرسة بشرط ألا يكون ذلك في نظير مقابل مادي (1) .

الفرع الثاني

أثر الرقمية على المفهوم التقليدي لتداول المصنفات

نتيجة للتقنيات الرقمية في مجال المعلومات والاتصالات ، وجدت الوسائط الالكترونية لتجوب بالمصنفات المحمية كافة أرجاء الكون عبر مواقع الشبكة العنكبوتية العالمية ، التي تتيح لمستخدميها تصفح المصنفات والاستفادة منها ، غير أن المستخدمين قد يتجاوزون هذا الغرض ويقومون بنسخ أية مصنفات منشورة إلكترونياً وذلك لاستغلالها بشكل أو بآخر دون الحصول على تصريح مسبق من مؤلفي هذه المصنفات بوصفهم أصحاب الحقوق الأدبية والمالية عليها ، وبالتالي فإن ذلك يمثل اعتداءً على حقوقهم .

إن من أهم النتائج المترتبة على الرقمية في مجال نسخ المصنفات ، تسليم الفقه والقضاء بأن وضع المصنف في الشكل الرقمي هو في حد ذاته نسخ لذلك المصنف ، ومراعاة حق المؤلف توجب ضرورة الحصول على موافقته قبل

(1) تنص المادة (11) من قانون حماية حق المؤلف الليبي على أنه : ((لا يجوز للمؤلف بعد نشر مصنفه أن يمنع إيقاعه أو تمثيله أو إلقاءه في اجتماع عائلي أو في جمعية أو منتدى خاص أو مدرسة ما دام لا يحصل في نظير ذلك رسم أو مقابل مادي .

ولموسيقى القوات العسكرية وغيرها من الفرق التابعة للدولة أو الأشخاص العامة الأخرى عدا فرق الإذاعة اللاسلكية أو التليفزيون الحق في إيقاع المصنفات من غير أن تلزم بدفع أي مقابل عن حق المؤلف ما دام لا يحصل ذلك رسم أو مقابل مادي)) .

إجراء عملية الترقيم لمصنفه⁽¹⁾ .

ومن ثم فإن الاستنساخ في الشكل الرقمي لمصنف محمي دون ترخيص من مؤلفه والقيام بتوزيعه عبر شبكة الانترنت يعد اعتداءً على حق المؤلف ، فقد قضت محكمة باريس بأن : ((بث وتوزيع أشعار Raymond Queneau من خلال موقع الويب دون الترخيص بذلك يشكل تقليداً أو تزويراً لمصنف أدبي محمي))⁽²⁾ .

إذن نخلص إلى أنه يتعين على الخادم أو المستعمل الراغب في وضع مصنف يحميه القانون على الانترنت الحصول على إذن صريح أو ضمني من صاحب حق المؤلف .

فقد يوافق المؤلف صراحة على نسخ مصنفه بصورة واضحة ومحددة ، حيث تتضمن الموافقة نطاق وكيفية النسخ والمقابل ، فالموافقة على طباعة الكتاب مثلاً لا تتضمن الموافقة على وضعه في ذاكرة الحاسب أو نشره على الشبكة⁽³⁾ .

ويمكن أن يكون الإذن ضمناً ، مثل إرسال المصنف بالبريد الإلكتروني إلى موقع يختص بنشر المصنفات الكترونياً ، حيث يعد ذلك تنازلاً ضمناً عن نشر المصنف .

(1) انظر: د. أسامة أحمد بدر ، تداول المصنفات عبر الانترنت ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، 2004 ، الإسكندرية ص 80 .

(2) ونستخلص من هذا الحكم القضائي أمور مهمة تتمثل في الآتي :

« إن نسخ المصنف المحمي عبر تقنيات الترقيم يعد استغلالاً للمصنف يقتضي ضرورة وجود تصريح بذلك من قبل المؤلف .

« يمثل هذا الحكم خير دليل على دحض الاعتقاد بأن تشريعات حقوق المؤلف لن يتسنى لها التعايش مع مفرزات التقنية الحديثة .

« إن فعل الترقيم يعد نسخاً للمصنف .

(مشار إلى هذا الحكم لدى د . أسامة أحمد بدر ، المرجع السابق ، ص 82) .

(3) انظر: د . محمد حسين منصور ، المسؤولية الالكترونية ، منشأة المعارف ، 2006 ، الإسكندرية ، ص 281 .

المطلب الثاني

إشكالية النسخ الرقمي للمصنفات وحلولها المقترحة

إذا كان قانون حماية حق المؤلف يشترط لإبرام عقد النشر أن يكون مكتوباً ، وأن يحدد فيه بصراحة وبالتفصيل كل حق يعد محلاً للتصرف على حدة ، مع ضرورة بيان نطاق هذا الحق ، والغرض منه ، والنطاق الزمني لاستغلاله ، وطريقة هذا الاستغلال ، (م 38 من قانون حماية حق المؤلف الليبي) ، فإن طريق النشر الإلكتروني المتطور ، قد يكون سبباً في الحد من مكنات الحق المالي للمؤلف ، أو قد يظهر عدم تعادل بين القيم المتبادلة ، بحيث أن ما يحصل عليه المؤلف من حق مالي لا يتناسب مطلقاً مع الأرباح التي يجنيها الناشر الإلكتروني بمناسبة استغلاله للحق المالي المتنازل عنه .

من هنا ، وقبل الحديث عن إشكالية النسخ الرقمي للمصنفات وما يترتب عليها من انتقاص للحق المالي للمؤلف ، وما يمكن اقتراحه من حلول لها ، يجدر بنا بيان الفرق بين المصنف الرقمي وبين الدعامة المثبت عليها .

الفرع الأول

المصنفات الرقمية والدعامات الرقمية

يلاحظ أن الكثير يخلط بين المصنفات الرقمية (أي المصنفات المنشورة إلكترونياً) وبين الدعامة المثبتة عليها أو ما يطلق عليها (الوسائط المتعددة) ، والفرق كبير بين الاثنين ، فالمصنف الرقمي هو الشكل الإلكتروني لمصنف موجود مسبقاً ومعد سلفاً دون تغيير أو تعديل في النسخة الأصلية للمصنف سابق الوجود ، كأن يتم نقل كتاب معين من الوسيط التقليدي الذي كان

معداً عليه - وهو الوسيط الورقي في أغلب الأحيان - إلى وسيط تقني رقمي متطور كالأقراص المدمجة C.D أو الاسطوانات الرقمية المدمجة D.V.D .

وقد يكون المصنف الرقمي ذو شكل الكتروني منذ البداية ، وذلك إذا كان التثبيت المادي الأول للمصنف وعمل نسخ منه قد تم على وسيط تقني رقمي متطور⁽¹⁾ .

أما الدعامة الرقمية فقد تكون مجرد وسيط الكتروني لغرض التثبيت المادي لأي من المصنفات المحمية سابقة الوجود ، وقد تكون في حد ذاتها مصنفاً ، بما تتميز به من برامج تفاعلية عالية المستوى يمكنها الدمج في آن واحد بين النص والصوت والصورة الثابتة أو المتحركة .

في ضوء المعطيات السابقة - ومع مراعاة عدم الخلط بين المصنف الرقمي وبين الدعامات المستخدمة في تثبيته - نرى أنه إذا كانت المصنفات في الشكل الرقمي جديدة أي كان تثبيتها منذ البداية على وسيط الكتروني وأريد بذلك أن تتداول عبر شبكة المعلومات ، وسواء كانت مصنفاً قائمة بذاتها دونما اشتقاق من مصنفاً أخرى أم كانت مصنفاً مشتقة⁽²⁾ من مصنفاً أخرى سابقة الوجود ، فإن استغلال هذه المصنفات يستلزم أن يكون منتجها قد تحصل على إذن من قبل المؤلف عن كل أو بعض الحقوق المالية .

(1) انظر: د. أسامة احمد بدر، مرجع سبق ذكره، ص 53 .

(2) المصنف المشتق: هو الذي يستمد أصله من مصنف سابق الوجود كالترجمات والتوزيعات الموسيقية وتجميعات المصنفات بما في ذلك قواعد البيانات المقروءة سواء من الحاسب أو من غيره ، ومجموعات التعبير الفلكلوري مادامت مبتكرة من حيث ترتيب أو اختيار محتوياتها . (راجع المادة 138 / 6 من قانون حماية الملكية الفكرية المصري لسنة 2002) .

الفرع الثاني

مدى انتقاص التداول الرقمي للمصنفات

من الحق المالي للمؤلف

إن التعاقدات الرقمية بشأن نسخ المصنفات المحمية بمقتضى تشريعات حقوق المؤلف قد يتغير اتجاهها صوب مصلحة المستغلين على حساب مكنتات الحق المالي للمؤلفين ؛ حيث يكفي الدخول إلى أحد المواقع المدرجة على الشبكة⁽¹⁾ لينتقل المصنف وفق شكله الرقمي والمدرج داخل الحاسب الآلي إلى الحواسب الشخصية للمستقبلين ، وكان هؤلاء المستقبلين مصرحاً لهم من قبل صاحب الحق الأصلي يتجاوز مسألة تصفح المصنف والاستفادة منه إلى مسألة استغلاله بما يتعارض والحق المالي للمؤلف⁽²⁾ .

وإذا كانت تشريعات حقوق المؤلف تخول المؤلف حقاً استثنائياً في الترخيص أو المنع لأي استغلال لمصنفه بأي وجه من الوجوه ، (المادة 5 من قانون حماية حق المؤلف آنفة الذكر) ، فهل ثمة ما يضمن له الحصول على حقه المالي في حالة ترخيصه بمثل هذا الاستغلال ، لا سيما وأن التداول الرقمي لمصنفه من خلال شبكات الاتصال الرقمية يتم كل لحظة ؟ .

(1) يجدر بالذكر إنه لا يلزم من الناحية القانونية التصريح المسبق من أصحاب المواقع عند استخدام الوصلات المرجعية المدرجة على صفحاتها ، وإن كانت قد جرت قواعد وآداب السلوك الشبكي على الاستئذان قبل الإقدام على هذا التصرف .

(راجع في ذلك .. أ. بهاء شاهين ، الأنترنت والعوامة ، عالم الكتب ، 1999 ، ص 80 ، 81) .

(2) انظر البحث القيم للدكتور : محمود عبد الرحيم الديب ، الحماية القانونية للملكية الفكرية في مجال الحاسب الآلي والانترنت ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2005 ، ص 71 .

الفرع الثالث

حلول مقترحة لمشكلة النسخ الرقمي للمصنفات

إن إشكالية النسخة الخاصة تمثل محوراً جوهرياً ينال من الحق المالي للمؤلف ، ويجعل حقه الاستثنائي في تثبيت مصنفه مادياً وعمل نسخ منه تسمح بنقله إلى الجمهور خالياً من مضمونه .

وتكمن الأزمة في أن قانون حماية حق المؤلف يسمح بعمل نسخة وحيدة من المصنف دونما حاجة إلى تصريح كتابي أو شفهي مسبق من المؤلف (المادة 12 من قانون حماية حق المؤلف الليبي) ، ومن هنا فإنه بمجرد قيام المؤلف بنشر مصنفه إلكترونياً ، حتى يعلم بأن كل مستخدم الشبكة من خلال وسائلهم الالكترونية قد مارسوا حقهم في عمل نسخة وحيدة من المصنف لأغراض الاستعمال الشخصي وذلك حقهم المشروع الذي كفله لهم قانون حماية حق المؤلف .

والمحصلة : ثراء ومنافع مالية ضخمة لصناع الحاسبات وبرامج الاستنساخ ، على حساب ضياع الثمار المادية لإبداعات المؤلفين الفكرية⁽¹⁾ .

والسؤال : هل هناك أية حلول لهذه الأزمة ؟

نحاول تسليط الضوء على بعض ما اقترحه الفقهاء من حلول فيما

يلي :

أولاً . الحلول التقنية :

يتساءل الفكر القانوني عن إمكانية تصور حلول تقنية إلكترونية يمكنها وضع حد لقرصنة حقوق الملكية الفكرية مادام أن نطاق القانون لا يستطيع

(1) راجع د . أسامة أحمد بدر ، مرجع سابق ، ص 90 .

ملاحقتهم⁽¹⁾ .

حيث قد يكون بالإمكان عن طريق التكنولوجيا الحديثة التحكم في عدم إمكانية الاستنساخ الخاص للمصنفات بمقتضى وسائل حمائية تقف حجر عثرة في هذا السبيل .

ويبدو أن الملاحظ حول تقنيات الأمان التي يتم نشرها بصورة واسعة على شبكات الاتصال أنها تخدم الناشرين ولا شأن لها بحماية الملكية الفكرية ، وتبرير ذلك يكمن في استعمال البينية بين الجهات المرخص لهم بذلك مثل المصارف والمؤسسات المالية الأخرى⁽²⁾ .

ثانياً - الحلول القانونية :

بداية أرى أنه ينبغي على المشرع الليبي أن يعيد النظر في الاستثناء المقرر بنص المادة 12 من قانون حماية حق المؤلف والذي لا أجد تسويغاً منطقياً له⁽³⁾ .
وتبرير ذلك ؛ إن لفظ (الاستعمال الخاص) الذي يستند إليه المشرع هو أمر غير موجود من الناحية الواقعية ، سيما في مجال النشر الإلكتروني .

(1) ما هو منصوص عليه في تشريعات حماية حق المؤلف يتشابه إلى حد كبير مع الصيغ التحذيرية التي جرت العادة على إدراجها في الصفحة الأولى من المصنفات مثل عبارة (حقوق الطبع والنشر محفوظة للمؤلف) ، وحسب اعتقادي فإن الأمر لا يعدو كونه تهديداً ووعيداً بالمساءلة القانونية ولا يعد حماية قانونية بالمعنى الفعلي للكلمة .

(2) راجع : تقرير اليونسكو عن الاتصالات والمعلومات في العالم ، 1999 ، 2000 ، الفصل الحادي عشر ص 162 وما بعدها .

(3) يميز البعض بين وضعين : الأول : أن يكون هدف الناسخ تسويق المصنف أو حتى إهداؤه للغير ، وهنا تنعقد مسؤولية الناسخ المدنية والجنائية في مواجهة المؤلف ، أما الثاني فهو الاستعمال الشخصي للمصنف أو الاحتفاظ به على سبيل الاحتياط ، وهنا يتحرر الناسخ من الالتزام باستئذان المؤلف قبل إجراء عملية النسخ طبقاً للاستثناء التشريعي .

(راجع في ذلك د. محمد حسام محمود لطفي ، الحماية القانونية لبرامج الحاسب الإلكتروني ، دار الثقافة للطباعة والنشر ، القاهرة ، 1987 ، ص 134) .

فلو نسخ (زيد) مصنفاً ما من أحد المواقع الالكترونية ، ثم تبعه (عمر) ثم تبعهما (بكر) الخ ، نلاحظ أن المسألة ليست محددة بشخص فرد ، بل في مجموعة من الأشخاص ، وهم جميع مستخدمي الشبكة التي نشر المصنف عبرها ، ومن هنا فإن الظاهرة جماعية وليست خاصة أو فردية .

ومن هنا فلا مجال للقول بهذا الاستثناء ، ويبدو الحل القانوني الوحيد والفعال لمشكلة نسخ المصنفات المنشورة إلكترونياً هو : إعادة تنظيم وصياغة قانون حماية حق المؤلف على نحو يميل إلى تدارك فوات الريح الذي يعانيه المؤلف .

ونجد بعض التطبيقات في بعض الدول كفرنسا (المادة 37) وتونس (المادة 37) والجزائر (المواد 124 - 129) ، حيث أفرزت التشريعات الثلاثة قاعدة قيام الصانعين والمستوردين للدعائم وأجهزة الاستنساخ بدفع عائد ، كما أنها عالجت مسألة حساب المبلغ أو العائدات عن النسخة الأصلية ، وتطرقت أخيراً لمسألة توزيع العائدات فمن الواجب أن تكون هذه العائدات موزعة بإنصاف⁽¹⁾ .

(1) راجع في ذلك د . أسامة أحمد بدر ، مرجع سابق ، ص 93 ، 94 .

الخاتمة

إن مرور ما يقرب من أربعين عاماً على صدور قانون حماية حق المؤلف الليبي رقم 9 لسنة 1968 دون أن تمس مواده بالتعديل ، لهو كفيل بأن تعتوره العديد من المشكلات والثغرات سيما إذا ما أخذنا في الاعتبار التقنيات الحديثة وتكنولوجيا المعلومات وتأثيرها البالغ على مسائل حقوق الملكية الفكرية . وقد جاءت هذه الورقة البحثية لمعالجة إحدى هذه المشكلات وهي مسألة حقوق النشر الالكترونية ومدى انتقاصها من الحقوق المالية للمؤلف . وقد عرضنا في بادئ الأمر للمفهوم التقليدي لنسخ المصنفات وتداولها ونشرها ، وأتبعنا ذلك بالحديث حول ما أثارته الرقمية من تغيرات في هذا المفهوم ، الأمر الذي استلزم منا بيان اللبس الذي يثور عند البعض بين المصنف المنشور إلكترونياً وبين الدعامة المستخدمة في تثبيته . بعد ذلك قمنا بإبراز إشكالية النسخ الرقمي للمصنفات وهو محور هذه الورقة وخلصنا إلى أنه من الصعوبة بمكان الحصول على تصريح أو إذن باستغلال المصنفات المنشورة إلكترونياً خصوصاً في ظل الاستثناء الذي يقرره قانون حماية حق المؤلف في ليبيا في المادة (12) بشأن جواز عمل نسخة واحدة من مصنف منشور وذلك للاستعمال الشخصي المحض دون حاجة إلى إذن أو تصريح من المؤلف . وفي الفقرة الأخيرة من الورقة حاولنا أن نستعرض بعض الحلول التي اقترحتها التشريعات والفقهاء في هذا الصدد . ولما كان نطاق القانون - في صياغته الحالية - لا يستطيع أن يمتد لملاحقة قرصنة حقوق الملكية الفكرية ، فلا أقل من أن نطمح إلى أن تنتج لنا التكنولوجيا وسائل تقنية حديثة تكون كفيلة بردع أولئك المعتدين على الحق المالي للمؤلف ، أو أن يعلو طموحنا فنتطلع إلى ذلك اليوم الذي يعيد فيه المشرع الليبي النظر في نصوص قانون حماية حق المؤلف الذي بدا كهلاً ولا يستطيع مجابهة العديد من المسائل التي أفرزتها مقتضيات العصر الحديث .

تم بحمد الله وتوفيقه

قائمة بأهم المراجع

كتب وأبحاث :

- د . أسامة أحمد بدر، تداول المصنفات عبر الانترنت ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2004 .
- أ. بهاء شاهين ، الانترنت والعولمة ، عالم الكتب ، 1999 .
- د. محمد حسام محمود لطفي ، الحماية القانونية لبرامج الحاسب الالكتروني ، دار الثقافة للطباعة والنشر ، القاهرة ، 1987 .
- د . محمد حسام محمود لطفي ، حقوق الملكية الفكرية ، النسر الذهبي للطباعة ، القاهرة ، 2004 .
- د . محمد حسين منصور ، المسؤولية الالكترونية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2006 .
- د. محمود عبد الرحيم الديب ، الحماية القانونية للملكية الفكرية في مجال الحاسب الآلي والانترنت ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2005 .
- د . نواف كنعان ، حق المؤلف (النماذج المعاصرة لحق المؤلف ووسائل حمايته) ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 1992 .

تشريعات وتقارير :

- قانون حماية حق المؤلف الليبي رقم 9 لسنة 1968 منشور بالجريدة الرسمية الليبية ، العدد العاشر لسنة 1968 .
- قانون حماية الملكية الفكرية المصري رقم 82 لسنة 2002 .
- قانون تونس النموذجي لحقوق المؤلف الخاص بالبلدان النامية لعام 1976 .
- تقرير اليونسكو عن الاتصالات والمعلومات في العالم ، 1999 ، 2000 ، الفصل الحادي عشر .

التشريعات الصحية والمناطق الاقتصادية الحرة (دراسة نقدية مقارنة)

أ. صالح مفتاح العلام الزوي
محاضر بكلية القانون
جامعة قاريونس

تقديم

دفع البحث عن حلول للمشاكل الاقتصادية التي تواجه الدول إلى أن تسعى إلى جلب الاستثمارات الأجنبية وتشجيعها من خلال فتح الأبواب أمامها بإعطائها امتيازات وحوافز كما هو الحال في المناطق الاقتصادية الحرة .
عرفت المنطقة الاقتصادية في العديد من المصادر. فمثلاً في قانون المناطق الاقتصادية الحرة الليبي عرفت بأنها " المناطق المحررة من القيود الضريبية والجمركية والتجارية والنقدية وغيرها والمعلن عنها لجميع الراغبين في الاستثمار فيها أو في استعمالها في تحقيق أغراض المنطقة الحرة".¹
أما في الفقه الإنجليزي فقد عرف البعض المنطقة الاقتصادية الحرة بأنها "منطقة محددة يتم التعامل معها كما لو كانت خارج الإقليم الجمركي للدولة، حيث يمكن تصنيع ومعالجة وتخزين البضائع وإتمام تصديرها دون دفع الرسوم الجمركية".²
أياً كان تعريف المنطقة الاقتصادية فإن ما يهمنا لغرض هذه الورقة هو تأكيده لرفع القيود أيماً كانت من أمام المستثمرين في هذه الدائرة الجغرافية من إقليم الدولة.

1 . مدونة التشريعات - القانون رقم (9) لسنة 1430 بشأن تنظيم تجارة العبور والمناطق الحرة - السنة 38 - العدد 15

بتاريخ 1430/03/01.

2- Lloyd, M.G& McDougall. 1984. Free zones in the United Kingdom. Local government studies. Vol. 10. No. 6. p 40

هذه الحرية الاقتصادية مطلوبة ومستحبة من أجل إنهاء بل ومساعدة الاقتصاد على النهوض واستيعاب البطالة بإتاحة فرص العمل أمام المواطنين. إلا أن ما تجب الإشارة إليه هنا أن الحرية الاقتصادية شأنها شأن الحريات الأخرى يجب ألا تطلق إلى ما لا نهاية؛ إذ لا بد من تقييدها. وهو وكما يبدو من قراءة القوانين المقارنة ذات العلاقة¹ - ومن ضمنها القانون الليبي موضوع الورقة - قد تنبه له المشرع، حيث قيدت المعاملات الاقتصادية داخل المناطق الحرة بشرط أن لا تكون ماسة بالعقيدة أو الأخلاق أو الأمن الوطني أو القومي أو الصحة أو حماية البيئة... الخ.²

وعلى الرغم من أن الشرع الليبي - وكما أشرنا سابقاً - لم يخرج عن السياق العام الذي أخذت به أغلب الدول، وهو التقييد لهذه المعاملات عند تعارضها أو مساسها بأحد الموضوعات المشار إليها أعلاه. وبالتالي قد يعتقد البعض بأن هذه الورقة لن تأتي بجديد في هذا الخصوص، أود أن أشير هنا إلى أن اتفاق المشرع الليبي مع غيره في التقييد لم يصحبه اتفاق في المعالجة.

إن دراسة القوانين المقارنة ذات العلاقة يمكننا بسهولة من أن نرى الضجوة من حيث المعالجة بين ما نص عليه القانون الليبي وما ورد في القوانين الأخرى مثل القانون الفلبيني على سبيل المثال.

إن الاتفاق على كون الصحة من القيود الهامة التي قد تحد من النشاطات الاقتصادية حتى داخل المناطق الحرة التي يفترض أن ترفع فيها القيود هو أمر جدير بالدراسة في اعتقادنا وذلك لكونه أولاً يبرز مكانة الصحة

1 - تم الاعتماد على القوانين الأوروبية والآسيوية لإعداد هذه الورقة وذلك للاستفادة من تجربتها ذات السبق في هذا الموضوع ولكونها من الممكن الاطلاع عليها من خلال شبكة المعلومات العالمية، إلا أن هذا لا يعني عدم استخدام الدراسة للمصادر ذات العلاقة بالدول العربية ومنطقة البحر المتوسط حيثما أتيحت إمكانية الاستعانة بها. انظر في ذلك على سبيل المثال الهامش رقم 26 والمتعلق بدراسة خاصة بدول العربية.

2 - القانون رقم (9) لسنة 2000 بشأن المناطق الحرة، مادة (5)، ص 518.

كشأن عام في المجتمع ، وثانياً يجب أن نتعرف على نطاق هذا القيد وكيفية الالتزام بتنفيذه ، وكذلك إجراءات هذا التنفيذ. ومن هنا جاءت فكرة هذه الورقة.

في هذه الورقة سنحاول دراسة ما ورد في القانون الليبي المنظم للمناطق الحرة بشأن الصحة كقيد على ممارسة النشاط الاقتصادي داخلها، وذلك بهدف الإجابة عن التساؤلات التالية : أولاً ما هي الإشكالات الصحية التي يمكن أن تُثار في المناطق الاقتصادية الحرة ؟ وثانياً هل النص الليبي قادر على مواجهة هذه الإشكالات الصحية ؟ وإذا لم يكن النص الليبي كافياً فما هي القوانين التي يمكنها سد هذا النقص ؟ وما هي الحلول الممكنة ؟ ومن يملك حق ممارستها ؟

في إطار معالجة هذا الموضوع ستقوم الدراسة باتباع المنهج النقدي المقارن لاستخلاص ووضع الحلول من تجارب الدول التي سبقتنا عملياً في هذا المجال، وفي هذا الشأن سنحاول ألا نغفل - أثناء بحثنا عن هذه الحلول - إمكانات الدولة الليبية وطبيعة العمل الاقتصادي فيها.

ولكن قبل كل ذلك سنبتدئ هذه الورقة بتمهيد يهدف إلى توضيح أهمية الصحة للدول من الناحيتين القانونية والاقتصادية ، وفي ذات الوقت بيان ما يمكن أن يؤدي إليه إنشاء مناطق اقتصادية حرة من خدمة للاقتصاد الوطني. ويهدف هذا التمهيد بالدرجة الأولى إلى أن يكون القارئ على إلمام بإيجابيات وسلبيات الموضوعين ، ويعي معنا أهميتهما ، وبالتالي استيعاب ما يمكن أن يقع بين الموضوعين من تصادم وكيفية الخروج منه أو التوفيق بين الاثنين.

المطلب التمهيدي

أهمية الصحة والاقتصاد للدولة

لا يمكن لأحد - وخاصة في مثل هذا البحث الموجز - أن يجزم أو يرجح أهمية أو مكانة أي من الموضوعين على الآخر. فكلاهما هام وأساسي ومرتبطة بالآخر ارتباطاً غير قابل للانفصام.

ولهذا فدراسة أهميتهما هنا لن تكون بهدف الترجيح لطرف على آخر ولا بقصد التفضيل، وإنما ستكون فقط بقصد إبراز مكانة كل منهما ومحاولة إظهار الرابط بينهما.

الفقرة الأولى

أهمية الصحة في الشأن العام

من المتعارف عليه فقهاً وقضاً أن الصحة تحتل مكانة هامة في الشأن العام لأي دولة، فهي عنصر أساسي من النظام العام فيها¹، وينتج عن اعتبار الصحة عنصراً أساسياً للنظام العام أنها تشكل الأساس لكثير من السلطات الواسعة التي تمتلكها الدولة وخاصة سلطات الضبط الإداري. وتمتلك السلطة التنفيذية وبمباركة القضاء في هذا الإطار أن تتخذ كل ما تراه مناسباً للحفاظ على هذا النظام.

ففي مصر على سبيل المثال قضت محكمة النقض الإداري بأن " لوزارة الصحة أن تتخذ ما تراه لازماً من الإجراءات الضبطية للمحافظة على الصحة العامة للناس ووقايتهم من الأمراض ومنع نشوء الأمراض أو انتشارها متى

1 - لمزيد من التفصيل حول فكرة النظام العام يمكن الرجوع إلى كل من :

د . محمد مختار، مبادئ وأحكام الإدارة الشعبية في الجماهيرية، منشورات جامعة قاريونس، بنغازي، 1991.

د . عاشور شوايل، مسؤولية الإدارة عن أعمال وقرارات الضبط الإداري، منشورات جامعة قاريونس، بنغازي.

كانت لازمة وضرورية لصيانة الصحة العامة".¹

مما تقدم يتضح لنا أن تهديد الصحة العامة يعطي الإدارة سلطات واسعة من أجل صيانتها تمتد لدرجة تقييد حرية الأشخاص أنفسهم وليس فقط نشاطاتهم الاقتصادية أو الاجتماعية. وتحت هذه النقطة وبدون التعمق في مناقشة فكرة النظام العام ينبغي أن نوضح بإيجاز أن النظام العام هو الأساس الذي تتشكل منه هوية المجتمع ، وبدونه لا وجود للمجتمع في صورة الدولة الحديثة ذاتها. ومن هنا سيتبين لنا أن الصحة كعنصر أساسي لهذا النظام إلى جانب كل من الأمن العام والسكينة العامة لا يمكن أن يتم تجاهلها أو التنازل عنها أمام الرغبة في النجاح في الموضوعات الاجتماعية الأخرى.

وعلى المستوى الدولي يمكن الإشارة إلى التقدم الذي حققته الصحة في قمة جوهانسبرغ ، حيث صنفت بأنها عامل مركزي لأي تنمية دائمة مستهدفة وبدونها لن يتم نجاح أي برنامج دائم للتنمية، بل إن الأمين العام وضعها ضمن الأولويات الخمس التي يجب أخذها في الاعتبار قبل أي تحرك.²

وهو ما تم التأكيد عليه من قبل المؤسسات الدولية والوطنية التي دعت في كثير من المناسبات إلى ضرورة أخذ الصحة في الاعتبار عند رسم السياسات العامة وخاصة منها الاقتصادية. وفي هذا الشأن أيضاً انتقد العديد من العلماء سياسات البنك الدولي الاقتصادية التي لا تأخذ في اعتبارها الأوضاع الصحية وخاصة في الدول النامية. ونتيجة لوجود تعارض واضح في بعض الأحيان بين متطلبات الصحة كحق من حقوق الإنسان وسياسات البنك الدولي وصندوق النقد العالمي طالب كل من Hammonds and Ooms بضرورة أن تمارس الدول الأعضاء الضغط اللازم على المؤسسات من أجل أخذ الصحة في الاعتبار عند

1 - مجموعة مجلس الدولة لأحكام القضاء الإداري ، السنة الثالثة ، 1951 ، ص 1015.

2 - Yasmin Von Schirnding, 2005. The world summit on sustainable development: reaffirming centrality of health. Globalization and health. 1. 8. p 3

اقتراح السياسات الاقتصادية أو وضع الشروط اللازمة لإتمام عملية الإقراض أو منح المساعدات. بل ذهب الباحثان إلى أبعد من ذلك حين طالبوا الدول الأعضاء وخاصة في البنك الدولي إلى ضرورة احترام تعهداتها الناتجة عن اتفاقيات حقوق الإنسان وخاصة منها المتعلقة بالصحة.¹

هذه الانتقادات أدت إلى أن يبدي البنك تعاوناً خاصاً مع منظمة الصحة العالمية، بالإضافة إلى أنها دفعت منظمة الصحة العالمية لتشكيل لجنة خاصة بدراسة العلاقة بين الاقتصاد الشامل والصحة. فأهمية الصحة اليوم لا تنبثق فقط من كونها عنصراً من عناصر النظام العام ولكن من كونها حقاً جوهرياً من حقوق الإنسان يجب احترامه وعدم المساس به لأي سبب من الأسباب ولو كان ذلك النمو الاقتصادي.²

ومن الناحية الاقتصادية لا يمكن لأحد أن ينكر العائد الذي قد يتحقق من خلال مراعاة المتطلبات الصحية وأخذها في الاعتبار. فعلى سبيل المثال أخذ برامج صحة الطفولة في الاعتبار هو ما سيؤدي في المستقبل إلى توفير العمالة القادرة على تنفيذ احتياجات الاقتصاد الوطني. وهو ما ينطبق كذلك على برامج الصحة المهنية، حيث تؤدي مراعاتها إلى تمكين العامل من العمل في بيئة سليمة تدفعه للعمل دون توقف مما يزيد الإنتاج ويقلل فرص الإصابة بين العاملين، في حين يؤدي إهمالها إلى تعثر العملية الإنتاجية أو توقفها تماماً. مما تقدم يتضح بلا أدنى شك أن الصحة تتمتع بمكانة هامة من الناحيتين القانونية والاقتصادية. فمن الناحية القانونية هي عامل استقرار

1 - Rachel, Hammond. Gorik, Ooms. 2004. World Bank policies and the obligation of its members to respect, protect and fulfill the right to health. Health and Human Rights. Vol. 8. No. 1. 34 - 42

2 - يمكن الاطلاع على الاتفاقيات الدولية التالية لمعرفة مكانة الصحة كحق من حقوق الإنسان كما وردت في المادة (25) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948، المادة (12) من العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية 1966 والتي يمكن الاطلاع عليها في موقع منظمة الأمم المتحدة التالي : <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/InternationalLaw.aspx>

للمجتمع ومن الناحية الاقتصادية هي عامل محرك للنشاط الاقتصادي.
فمجتمع الأصحاء هو المجتمع القادر على التفكير والإبداع ومن ثم الإنتاج والعطاء، والأهم من ذلك هو المجتمع المكون من أفراد قادرين على المشاركة الحقيقية في تحمل الأعباء العامة.

الفقرة الثانية

أهمية المناطق الحرة للدول

يمكن اختصار أهمية المناطق الاقتصادية الحرة من خلال إيراد نص المادة (3) من القانون المنظم للمناطق الحرة في ليبيا : إذ بينت المادة المشار إليها أن إنشاء هذه المناطق يهدف إلى تحقيق الآتي:

- 1- تشجيع تجارة العبور .
- 2- تشجيع عمليات التصنيع المختلفة والعمليات التحويلية المختلفة التي من شأنها تغيير حالة البضائع أو تهيئتها لمقتضيات التبادل التجاري ومتطلبات السوق.
- 3- تقديم الخدمات المصرفية والتأمينية والاستثمارية والخدمات التابعة لها .
- 4- نقل وتوطين التقنية والمعرفة وتطويرها في بيئة حرة من القيود وذلك لخدمة ودعم الاقتصاد الوطني .
- 5- الاستفادة من هذه التقنية في خلق قاعدة صناعية وخدمية متقدمة .
- 6- تحقيق المصلحة المشتركة للاقتصاد الوطني وللمستثمر أو المستعمل .
- 7- فتح آفاق العمل وتدريب واستيعاب العمالة الوطنية في المشاريع والخدمات داخل المنطقة الاقتصادية .

من خلال ما ورد في المادة المشار إليها أعلاه يتضح أن القانون الليبي كان ناجحاً في تحديد أهداف المنطقة الاقتصادية ، وهو بذلك أخذ بوجهة النظر

السائدة عالمياً في تحديد هذه الأهداف وبيان أهميتها.¹ وهي أهمية تستحق أن يتوقف عندها، فالالاقتصاد الوطني لأي دولة يسعى دائماً لتحقيق النجاح في هدف أو أكثر من هذه الأهداف إن لم يكن جميعها. ولذلك فهو يتبنى ويرسم المشروعات والسياسات التي من الممكن أن تؤدي إلى ذلك ومنها برامج المناطق الاقتصادية الحرة.²

إلا أن سمو هذه الأهداف يجب أن لا يؤدي إلى إغفال السلبيات التي قد تترتب عن إنشائها، وهي سلبيات يمكن التغلب عليها إذا ما وجد التنظيم القانوني الواضح والقادر على التصدي لها. ففتح الآفاق أمام العمالة الوطنية يجب ألا يعنى بحال من الأحوال أن نغض النظر عن الضمانات اللازمة لحمايتها كالحصول على مقابل عادل أو العمل في بيئة صحية، أو تحديد القانون الواجب التطبيق على علاقات العمل الناشئة بينهم وبين المستثمر أو المحكمة المختصة بنظر هذا النزاع... الخ.

مما تقدم يتضح بأن الوضوح الذي تميز به القانون الليبي عند الحديث عن الأهداف افتقده عند ما تناول موضوع القيود التي يهمنها منها كما أشرنا القيود الصحية.

الفقرة الثالثة

العلاقة بين الصحة والاقتصاد

لعل من المهم أن نوضح - قبل الخوض في مسألة الحماية الصحية - موضوع العلاقة بين الصحة والاقتصاد، والتي تشكل نقطة جوهرية بلا شك في

1 - Miklos Csiszarik. 2005. Some specific features of European Free Economic Zones. European Integration Studies. Vol. 4. No. 1. P 45-46

2 - لمزيد من التفصيل حول الفرص التي يمكن أن تخلقها المناطق الاقتصادية الحرة يمكن الاطلاع على المقال التالي :

Nikolay Sberegaev. 2005. Local Free Economic Zones: Engineering Economics. Vol. 41. No. 1

موضوع دراستنا من حيث إنها ستشرح لماذا يجب أن يكون القانون الذي يناقش هذه المسألة واضحاً وهل فقط هذا الوضوح مطلوب من أجل علاجها أم لغرض آخر. من المهم أن نعرف أن الوضوح هنا مطلوب ليس فقط لغرض المعالجة عند وقوع النزاع وإنما أيضاً لمنع وقوع النزاع من الأساس وبالتالي تحقيق الاستقرار المطلوب أصلاً للقيام بالنشاط الاقتصادي من قبل كل الأطراف العامل والمستثمر والدولة.

وبالعودة إلى مسألة العلاقة بين المجالين نجد أن العلاقة بينهما علاقة تبادلية، حيث يمكن للممتتع للشؤون الصحية أن يلاحظ أن الاقتصاد يؤدي دوراً هاماً في تحديد درجة ونوعية الخدمات الصحية في دولة ما، مع ملاحظة أن ذلك لا يعني بالضرورة أن الخدمات الصحية المقدمة في المستوى المطلوب أو أنها تستطيع أن تضمن الحماية الصحية لكافة الأفراد. وهو ما دعا كثيراً من الباحثين إلى القول بأن التمتع بالخدمات الصحية لا يتوقف على القدرات الاقتصادية، أو بمعنى آخر لا يمكن أن يدل الوضع الاقتصادي على الوضع الصحي ومثالهم في ذلك كوبا - بالمقارنة مع غيرها من دول العالم بما فيها المتقدمة - حيث تحتل الصدارة العالمية من الناحية الصحية على الرغم من وضعها الاقتصادي السيئ.¹

أما لو نظرنا للأمر من الناحية المقابلة فإن الصحة تؤدي دوراً أساسياً في تحديد الإمكانيات الاقتصادية، فعلى سبيل المثال يتوقف تحديد القوة العاملة الحقيقية في المجتمع على نسبة عدد القادرين صحياً من أفرادهم على أداء الأعمال المطلوبة. وكما ذكرنا فإن البرامج الصحية المختلفة انطلاقاً من تطعيم الأطفال وانتهاءً بالصحة الغذائية كلها تشارك في زيادة قدرة الاقتصاد

1 - لمزيد من المعلومات حول العلاقة بين الصحة والنظام الاقتصادي وخاصة فيما يتعلق بالأمراض المعدية يمكن

الاطلاع على ما يلي :

Felix P. Amerasinghe and others. Human health: Ecosystem Regulation of Infectious Diseases.
Available at <http://www.millenniumassessment.org/documents/document.283.aspx.pdf>

على الدوران والاستمرار في العمل.¹

فالمستوى الصحي لأي بلد يعطي الاقتصاد الاستقرار المطلوب من جميع النواحي، فمثلاً ظهور أي شائعة عن مرض معدٍ أو إعلان عن وجود منطقة موبوءة سيؤدي إلى تقييد حرية الحركة منها وإليها، وبذلك سيكون هناك توقف لحركة الصادرات والسياحة... إلخ.

من هنا يتبين بأن الصحة عامل داعم للاقتصاد بالقوى العاملة القادرة على العمل وعامل محفز للتعامل مع مخرجات هذا الاقتصاد أو نشاطاته المختلفة.

وأياً كانت العلاقة فإن ما يهمنا لغرض هذه الدراسة هو بيان تأثير الضوابط الصحية على المنطقة الاقتصادية الحرة ومدى أو كيفية أن تؤدي إلى تقييد الحرية الاقتصادية داخلها.

وعلى الرغم من أن القانون الليبي قد اتفق من حيث المبدأ مع المجتمع الدولي في اعتبار الصحة قيماً على الحرية الاقتصادية ولو تمت ممارستها داخل المناطق الحرة. فإن ما يؤخذ على النص الليبي في هذا الشأن هو وروده عاماً ومختصراً بشكل مخل أضعف الهدف منه، وإذا كان ذلك يبدو للبعض مقبولاً على اعتبار أن القانون لا يمكن أن يورد الأشياء بالتفصيل وهو الدور المناط بالدرجة الأولى باللوائح، فإن الرد سيكون من الناحية القانونية مؤلماً، حيث جاءت مسألة تناول هذا الموضوع في اللائحة التنفيذية ضعيفة وعلى استحياء لم يزد عن اقتباس لذات المفردات الواردة في القانون.

من هنا تجد هذه الورقة أهميتها وذلك بمحاولة تفصيل الموضوع ووضع المعالجة القانونية له واقتراح ما يجب في هذا الشأن، وللقيام بذلك يجب أن نحدد أولاً المشاكل القانونية الصحية التي يمكن لموضوع إنشاء منطقة

1 - WHO on health and economic productivity. 1999. Document. Population and development review. Vol. 25. No. 2. p 398

اقتصادية حرة أن يثيرها .

المنطقة الاقتصادية الحرة كمنقطة هدفها التصنيع والتصدير أو أن تكون محوراً لتجارة عبور يمكن أن تثير مسألتين مهمتين من الناحية القانونية على المستوي الصحي ، الأولى تتعلق بالبضائع في حد ذاتها ، وهذه يمكن أن تقسم إلى نقطتين : نقطة البضائع من حيث الاشتراطات الصحية الواجب توافرها في هذه المواد وعلى رأسها المواد الغذائية . أما النقطة الثانية فتتعلق بسلامة هذه البضائع من أية مواد أو مسببات قد تهدد الصحة العامة في منطقة وجودها أو الجهة التي تقصدها .

أما المسألة الصحية الثانية فهي تتعلق بالحماية الصحية للعاملين في المناطق الاقتصادية الحرة ، وهي أيضاً تحتوي على موضوعين أساسيين : الأول الحماية الصحية الشخصية ، والثانية الحماية الصحية لمكان ممارسة العمل . وتهدف دراسة هذه الموضوعات إلى حماية الدولة بالدرجة الأولى من حيث منع أن تكون المنطقة الحرة نقطة عبور للأمراض أو مركز تفريخ للعجزة وفي كلا الحالتين ستجد الدولة نفسها أمام ضرورة مواجهة هذين الموضوعين ولكن للأسف في وقت متأخر في كثير من الأحيان . وتأمل هذه الورقة في أن تسلط الضوء على هذه المشكلة لمعالجتها مسبقاً بالشكل الذي يؤدي إلى تجنب مآسيها ، وتمكين المجتمع الليبي من أن يستفيد من سياسة إنشاء مناطق اقتصادية حرة إلى أقصى درجة ممكنة شأنه شأن غيره من الدول .

المطلب الأول

الضوابط الصحية على البضائع

المبدأ العام داخل المناطق الحرة هو حرية تصنيع وتداول البضائع وتصديرها دون أية قيود أو شروط ، إلا أن هذه الحرية يمكن تقييدها عندما يكون من شأن إطلاقها تعريض الصحة العامة في الدولة المضيفة أو غيرها من الدول

للخطر.

وكما أشرنا سابقاً في عدة مواضع فإن المشرع الليبي لم يخرج عن هذا السياق العام المتبع في أغلب دول العالم.

غير أن تشريعات دول العالم الأخرى نظمت هذا الموضوع بشكل تميز بالدقة من حيث النص صراحة على القوانين التي يجب أن تطبق في هذه الحالة أو بإيراد نصوص خاصة بهذه المسألة في القوانين واللوائح المنظمة لعمل المناطق الاقتصادية ذاتها.

عند مقارنة القانون الليبي بالقانون الفلبيني نجد أن الأخير قد نص صراحة على ضرورة تقييد حرية التجارة وحركة البضائع وتداولها داخل المنطقة الاقتصادية أو خارجها إذا شكلت خطراً على الصحة العامة.

كما أن القانون الفلبيني قد نص على خضوع المستثمر للقوانين الوطنية وما ورد في الاتفاقيات الدولية ذات العلاقة وبشكل خاص اللوائح الصحية الدولية الصادرة عن منظمة الصحة العالمية.¹

هذا الموقف للمشرع الفلبيني يبين أن النص الليبي يعتريه النقص، مما قد يؤدي إلى حصول إشكالية في حال حصول نزاع بين المستثمر والسلطة القائمة على إدارة المنطقة، وهو ما سينعكس على استقرار المنطقة الاقتصادية ذاتها كمنطقة جذب للاستثمارات.

كما أن الوضع الحالي قد يترتب عليه تعارض ما بين قانون المناطق الحرة والقوانين الوطنية الأخرى، وهو ما حدث سابقاً في روسيا عندما تبين أن قانون المنطقة الاقتصادية الحرة في كلينغراد يتضمن نصوصاً تتعارض بشكل جوهري مع التشريعات الفيدرالية الأخرى.

من هنا يتضح أن اتباع الوضوح في التشريعات أمر لا بد أن يتم أخذه في

1 - Article (11) of rules implementing the Cagayan special Economic Zone Act of 1995. Republic of the Philippines. P 38_39 available at <http://www.ceza.gov.ph/pdf/%20files/CEZA%20IRR.pdf>

الاعتبار من قبل المشرع الليبي خاصة فيما يتعلق بالقوانين التي تهدف إلى تحقيق الاستقرار الاقتصادي.

وفيما يتعلق بالضوابط الصحية المتعلقة بالبضائع في المناطق الحرة يمكن دراستها من خلال صورتين.

الصورة الأولى :

الشروط الصحية الواجب توافرها في السلع المصنعة

داخل المنطقة الحرة أو الموردة عن طريقها

وفيما يخص هذه الصورة نود أن نشير إلى أن التأكد من توافر الاشتراطات الصحية اللازمة لتداول أو استهلاك السلع المصنعة أو المستوردة عن طريق المنطقة الحرة لا يؤدي فقط إلى حماية الصحة العامة - وهو الهدف الأساسي - بل يؤدي أيضاً إلى زيادة الثقة في مخرجات المنطقة وجودتها وبالتالي جذب العملاء للتعامل معها.

ويلاحظ فيما يتعلق بهذه المسألة أن القانون الليبي لم يتخذ موقفاً واضحاً بخصوصها من حيث النص على القواعد التي يمكن أن تنظمها أو القوانين التي يمكن العودة إليها في الخصوص، حيث اكتفى بالنص عليها بشكل عام في اللائحة التنفيذية وذلك في المادتين (24) و(35)، حيث نصت الأولى على ما يلي " يسمح بإدخال البضائع بجميع الأنواع ومن جميع المصادر الأجنبية كانت أم وطنية إلى المنطقة الحرة وذلك باستثناء الآتي:

1 - البضائع الفاسدة أو الضارة بالصحة والبيئة..."

أما الثانية - أي المادة الخامسة والثلاثون - فقد ذهبت إلى إمكانية إتلاف البضائع من قبل الإدارة بالتنسيق مع الجمرک المختص إذا ما ثبت عدم

صلاحيتها أو أن بقاءها في المنطقة يعرض الصحة العامة للخطر.¹ وفي هذا الشأن يتضح بأن المشرع الليبي لم يفصل نقاطاً مهمة وذات صلة بهذا الموضوع ، منها على سبيل المثال من يملك سلطة اعتبار بضاعة ما غير صالحة، كما أنه لم يفصل المقصود بالإتلاف أو كيفية إجرائه. بشكل عام القانون الليبي لم يستفد من النصوص الواردة في القوانين ذات العلاقة الصادرة في الدول الأخرى ، وهو ما يدل على أن مؤتمر الشعب العام واللجنة الشعبية العامة لا يملكان مكتبات أو مراكز للمعلومات تحتوي على هذه القوانين، وبالتالي يمكن الاطلاع عليها والاستفادة منها عند وضع قوانين مماثلة أو أن كلا الجهتين تفتقر إلى الخبرات القانونية المؤهلة للاطلاع على مثل تلك القوانين والاستفادة منها، وكلا الأمرين جدير بأن يؤخذ في الاعتبار في نظري ويجب الاهتمام به ومعالجته.

فمن النقاط المهمة التي لا يمكن إهمالها في هذا الشأن - على الرغم من أن المشرع الليبي وللأسف قد أهملها - هي دور مركز الوطني للرقابة الغذائية والدوائية وبالدرجة الأولى أمانة الصحة ونوعية وكيفية مشاركتها في إدارة المناطق الاقتصادية الحرة ، ففي مقدونيا على سبيل المثال تؤدي وزارة الصحة دوراً كبيراً في مراقبة المواد الداخلة للمنطقة الحرة وخاصة منها ما يمكن أن يعرض الصحة العامة للخطر إذ لا بد من أخذ إذنها في هذا الخصوص.²

ولعل أبرز هذه الإشكاليات في هذه الدراسة سيعمل على بيان أهميتها وبالتالي القيام بمعالجتها بشكل سريع وواضح لا يؤدي إلى عرقلة إنشاء المناطق الحرة وإنما إلى التسريع في إنشائها مع توفير الاستقرار اللازم ، حيث يدرك الجميع بأن المستثمر يقبل المجازفة كلما ثبت له أن البيئة الاستثمارية مستقرة

1 - اللائحة التنفيذية للقانون الصحي.

2 - المادة (29) من القانون المقدوني .

وشكل أو متطلبات العمل فيها واضحة ، وهذا يتأتى بدرجة أولى من وضوح التنظيم القانوني الخاص بتلك البيئة.

فمن المهم أن يفهم الجميع (المستثمر والإدارة) بأن رفع القيود أمام حركة البضائع في هذه المناطق لا يعني إهدار الصحة العامة أو التقليل من درجة الجودة أو مقاييس النوعية في السلع المنتجة. فصي تعليق على له على تحويل أوروبا إلى منطقة اقتصادية خاصة ذكر Fritz بأن الاتحاد الأوروبي يبدي اهتماماً كبيراً بالأوروبي فتحت حركة التنقل أمام الأفراد والبضائع (وهنا يمكن أن يفسر الموضوع على أنه يخص البضائع) إلى الانحدار في النوعية والجودة أو إلى المساس بمعايير الجودة والحماية الاجتماعية. وطالب بأن يكون هناك تحديد واضح للحد الأدنى من المعايير المتفق عليها في حقل ما، وهذا - كما يهدف Fritz- سيكون المكسب الحقيقي لكل الاتحاد الأوروبي.¹

وفي الصين لم تتردد إدارة منطقة Shenzhen الاقتصادية الخاصة في ممارسة اختصاصها في إصدار الضوابط الإدارية من أجل إصدار تعليمات إدارية لمراقبة جودة المنتجات والتأكد من التزام منتجها باتباع الاشتراطات الصحية والفنية المنصوص عليها ، وهي ميزة لم ينص القانون الليبي على إعطائها لإدارة المناطق الحرة.²

من هنا فإن إيجاد نصوص توضح الحد الأدنى وكذلك القواعد التي يجب أن يلتزم بها المستعمل هو من الأمور الهامة التي يجب أن لا تترك لنصوص عامة جاءت مكررة لنفسها خاصة أننا نهدف لخلق مناطق اقتصادية حرة يكون الأوروبيون شركاء حقيقيين فيها كمستثمرين أو مستهلكين أو كسوق.

من المهم أن ننوه إلى بعض المتطلبات الصحية التي يمكن أن تدخل ضمن

1 - Fritz, Thomas. 2004. Transforming Europe into a special Economic Zone. Berlin working group on environment and development. P 15

2 - للاطلاع على هذه الضوابط الإدارية يمكن الرجوع للرابط الإلكتروني التالي :
http://fzj.sz.gov.cn/en/136.asp

هذه الصورة وخاصة منها ما هو مطلوب توافره تنفيذاً للقوانين الوطنية الأخرى ذات العلاقة كالقانون الصحي أو قوانين المقاييس والمواصفات أو مراقبة الجودة. لقد عالج القانون الصحي هذه المسألة من ناحيتين : الأولى تناولت الاشتراطات الصحية التي ينبغي توافرها في الأغذية ذاتها ، والثانية تتعلق بالاشتراطات الصحية التي ينبغي توافرها في أماكن تصنيعها بما في ذلك الناحية الصحية الخاصة بالعاملين على تصنيعها .

- في الموضوع الأول نص القانون على الحالات التي يحظر فيها تداول الأغذية وهي كون الأغذية غير صالحة للاستهلاك البشري أو كانت مغشوشة أو غير مطابقة للمواصفات ، وفي هذا الشأن يتفق المشرع الليبي مع المشرع المصري الذي فصلت المادة الثالثة من القانون رقم (10) لسنة 1966م بشأن مراقبة الأغذية وتنظيم تداولها ما المقصود بكون الأغذية غير صالحة للاستهلاك البشري أو مغشوشة أو غير مطابقة للمواصفات ، وهو ما لا نرى داعياً للخوض فيه.¹
- أما فيما يتعلق بالحالة الثانية فهي المتعلقة بأماكن إنتاج هذه السلع فعلى سبيل المثال اشترطت المادة 28 من اللائحة التنفيذية للقانون الصحي على منع الاتجار بالمواد في مكان يمكن أن ينتج عنه تلوث. كما أنها اشترطت أن يكون العاملون في مجال تقديم أو تصنيع الأغذية حاصلين على شهادات طبية تثبت خلوّهم من الأمراض المعدية بصفة دائمة وغير حاملين لمسبباتها وهو شرط دائم ومستمر ، حيث أكدت على ضرورة إخضاعهم للكشف الدوري في هذا الخصوص.

من خلال هذه النقاط يتضح أن القانون الليبي المنظم لعمل المناطق

1 - مجموعة تشريعات حماية البيئة ، الجزء الخامس ، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية . القاهرة ، الطبعة الأولى ، 1992 ، ص 63 .

الحرية قد أغفل تنظيم مسائل مهمة كان الأجدر أخذها في الاعتبار، ولعل ما يؤكد ذلك بيان أن هذا النوع من الأمور إذا ما ترك للتشريعات الوطنية الأخرى كالقانون الجنائي أو الصحي ذاته، فقد يترتب على ذلك نتائج معاكسة تماماً لفلسفة أو سياسة إنشاء المناطق الحرة، حيث تنص تلك القوانين في الغالب على إيقاع عقوبات جنائية كالحبس والسجن ولا تكتفي فقط بالغرامات التي عادة ما يُنص عليها في القوانين الخاصة بالمناطق الحرة. وهذه العقوبات تخيف المستثمر ولا تجذبه للعمل خاصة في ظل الغموض المحيط بمعرفة المطلوب منه بشكل واضح ودقيق. لهذه الأسباب تزداد المطالبة بأن تتم معالجة هذا الموضوع بنصوص خاصة يمكنها أن تقيّد النصوص العامة أو على الأقل النص بشكل واضح على الإحالة للقوانين العامة وتطبيقها في حالة وقوع المساس بالصحة العامة أو تهديدها، وبالتالي يكون المستثمر أو المستعمل على علم مسبق بنوع التزامه وما يمكن أن يترتب عن أي إخلال يقع منه لذلك الالتزام.

الصورة الثانية :

مراقبة انتقال البضائع

يمكن إرجاع أساس هذا الالتزام ليس فقط لنصوص القوانين الوطنية بل أيضاً إلى القانون الدولي. فالمجتمع الدولي أدرك منذ مدة أقلها يمكن أن يعود إلى العام 1956 حيث أصدرت منظمة الصحة العالمية ما يسمى باللوائح الصحية الدولية¹، وطالبت الدول الأعضاء بالالتزام بتطبيقها والتعاون في ذلك مع المنظمة والدول الأعضاء الأخرى؛ وذلك بهدف منع أن يصبح التبادل التجاري وما يترتب عنه من حركة للبضائع بين دول العالم سبباً لانتشار الأمراض

1 - WHO. International health regulations. 2005. available at
http://www.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA58/WHA58_3_ar.pdf

خاصة في الدول المستوردة وهي عادة الدول النامية. وأهمية المراقبة الصحية للبضائع تظهر أيضاً فيما ورد بتقرير منظمة الصحة العالمية من أن الأسواق يجب أن تأخذ في اعتبارها الدول ذات الاقتصاديات النامية وتعتبرها جزءاً منها ليس فقط كمستهلك ولكن كشريك.¹ وهو ما يعني أن النظرة للدول النامية كشريك يتطلب العمل على حمايتها وخاصة من الناحية الصحية، فعلى الأقل بوقف تصدير البضائع غير الصالحة لها، كما أن الدول النامية هي الأخرى مطالبة بإعادة النظر في تحديد أولوياتها، فكما أكد الدكتور كارسزي يجب أن تأخذ الدول النامية الصحة كأولوية هامة وليست مجرد نتيجة للتحرر الاقتصادي. واتخاذ الصحة كأولوية كان يستلزم أن يفرغ لها المشرع الليبي مكاناً مهماً في تشريعاته الاقتصادية، وبالتالي ينحى منحى المشرع الليبي الذي لم ينص فقط على ضرورة تطبيق اللوائح الصحية الدولية الصادرة عن المنظمة الدولية، بل توسع في ذلك ونص على ضرورة الالتزام التام بالقوانين الوطنية الخاصة بحماية الكائنات الحية من الأمراض والأوبئة وعلى رأسها الإنسان، وهو ما حاولت القوانين والاتفاقيات المنظمة للمناطق الحرة في كثير من الأحيان إبرازه.²

وتحت هذا البند ينبغي أن نشيد بموقف اللائحة الخاصة بمنطقة جوجاريت الاقتصادية الخاصة في الهند التي أكدت على ضرورة تقييد استعمال مكان العمل إذا كان من الممكن أن يعرض صحة أو أمن سكان المناطق المجاورة للخطر.³

1 - WHO. Making health central to sustainable development report WHO meeting. Oslo. Norway. 29 Nov .1 Dec 2001

من أمثلة ذلك المادة (14) من القانون البلاروسي

3 - Gujarat Special Economic Zone Development Authority Gandhinagar. P 8 available at http://ic.gujarat.gov.in/pdf/gog_gazette_gdcr.pdf

وعلى أي حال فإن من المهم أن نبين أن هذه المسألة تخضع - في ظل غياب النص بشأنها في قانون المناطق الحرة - في تنظيمها لنصوص القانون الصحي المتعلقة بهذا الموضوع التي جاءت متوافقة تماماً مع ما ورد في اللوائح الصحية الدولية.

حيث نظمت مسائل مهمة ذات علاقة تأتي على في مقدمتها إجراءات الحجر الصحي، كما نصت المادة 252 من اللائحة على إخضاع الشحنات والبضائع للإجراءات الصحية المنصوص عليها في حالة قدومها من منطقة ملوثة واعتقاد السلطة الصحية باحتمال تلوثها. أما فيما يتعلق بالحيوانات ولحومها فإن اللائحة تمنع الإفراج عنها إلا بعد تقديم شهادة صحية معتمدة من السلطة الصحية المختصة تفيد خلوها من أي مرض معد أو أحد مسبباته.

وفي هذا الجانب ينبغي الإشارة إلى أن اعتبار أمراض الحيوانات مانعاً تجارياً ليس بالأمر الجديد وهو أمر متوقع حصوله حتى في المعاملات التجارية التي تتم بين الدول المتقدمة في هذا الخصوص، ومن أمثلة ذلك الحظر الأوروبي على استيراد لحوم الحيوانات الأمريكية المعالجة هرمونياً وهو ما تم رفضه من الولايات المتحدة ومن خلفها منظمة التجارة العالمية على أساس أنه قرار يفتقد لسبب علمي يبرره.¹

وفي إطار حرية التبادل التجاري ونقل البضائع بين الدول يجب أن نعرج قليلاً على بيان موقف منظمة التجارة العالمية في هذا الخصوص وخاصة ما قد يترتب عن ذلك من آثار في المجال الصحي، وهي منظمة تعمل ليبيا في الوقت الحالي على الانضمام لها.

إذ يظهر الاختلاف واضحاً بين اتفاقية منظمة التجارة العالمية ودستور

1 - Jonathan Rushon. Animal health system and status . Are they trade barriers or mechanisms to improve global animal disease control? – available at :

http://www.ilr1.uni_bonn.de/iatrc/iatrc_program/Session%202/J%20Rushton.pdf

منظمة الصحة العالمية، وهو اختلاف لا يمس فقط النصوص والمعاني وإنما يتعمق إلى الغايات والآليات المطروحة من أجل الوصول إليها. فإذا كانت المادة 48 تهدف أساساً إلى تغليب الاتفاقيات الدولية على نصوص القانون واللائحة التنفيذية الخاصة به وهو أمر قد يكون مقبولاً فيما يتعلق باتفاقيات منظمة العمل الدولية أو الصحة العالمية، فإن التوسع في التفسير قد ينتج عنه إهدار لبعض القوانين والاتفاقيات الدولية خاصة في حال انضمام ليبيا لمنظمة التجارة العالمية.

المطلب الثاني

الحماية الصحية للعاملين في المناطق الحرة

ينبغي ألا يؤدي البحث عن سوق لاستيعاب العمالة العاطلة إلى إهمالها وعدم الاهتمام بالمحافظة على حقوقها، ولتجنب حدوث هذا الأمر يجب أن تكون القواعد المنظمة لاستخدام العمالة وبيان حقوقهم منظمة بشكل لا لبس فيه، إذ لا يكفي أن ينص عليها بشكل عام أو اعتبار أنظمة العمل والضمان الاجتماعي المعمول بها في ليبيا الحد الأدنى الواجب على المستثمرين والمستعملين الالتزام به في علاقات العمل القائمة بينهم وبين العاملين.

إن الأنظمة الليبية ذاتها تعاني التشويش والغموض فكيف لها والحال كذلك أن توضع كمعيار للقياس، وإذا تم قبولها من حيث الأجر والواجبات هل فعلاً يمكن الاعتماد عليها فيما يتعلق بالحقوق وخاصة منها الصحية موضوع ورقتنا.

هناك وقائع كثيرة تشكك في ذلك أولها أن المعايير الليبية لم تطبق حتى داخل الإقليم الليبي بصورة تجعلها معياراً لحد أدنى، والناحية الأخرى هو مدى توافق المعايير الليبية مع المعايير الدولية الواجبة الاتباع في هذا الشأن من

كافة الأطراف بما في ذلك الدولة الليبية نفسها .

كما تثير هذه النقطة بالذات تساؤلاً جوهرياً حول أي قانون من القوانين الليبية يجب أن يتم إعماله فيما يتعلق بالنواحي الصحية : هل القانون الصحي أم قانون العمل أو السلامة المهنية أم قانون الضمان الاجتماعي أم اتفاقيات منظمة العمل الدولية التي صادقت عليها ليبيا وكان ينبغي أن تصدر في شكل تشريع وطني أو اتفاقيات وإعلانات منظمة الصحة الدولية وخاصة منها ما يتعلق بالصحة المهنية⁹⁹

هذا الزخم في المصادر ينتج تعدداً في القواعد يرتب تساؤلاً آخر حول أولوية التطبيق ، وهو أمر كان بإمكان المشرع الليبي تجاوزه لو اتبع منهج القانون الروسي في هذا المجال ، حيث نص وبلا تردد على تطبيق المتطلبات الواردة في معاهدات منظمة العمل الدولية والخاصة بالعاملين بما فيها بالطبع الحماية الصحية .

وما يجب أن يذكر للقانون الروسي هنا انه لم يكتف فقط بالنص على الالتزام بالمعاهدات المصادق عليها فعلاً من قبل الدولة الروسية ، وإنما امتد بالاختصاص إلى ما لم يتم التصديق عليه بعد ، فنص على ضرورة الالتزام به بعد التصديق.¹

وهي طريقة كان يجب على المشرع الليبي أن يأخذ ، بها حيث استطاع المشرع الروسي باتباعها أن يغلق الباب أمام أي اجتهاد قد يطرح بهذا الخصوص ، إذ يعرف المستثمر مسبقاً بأن أية قواعد تنتج عن قانون أو يصدر في الدولة لحماية العاملين أو معاهدة تصبح الدولة طرفاً فيها هي قواعد قانونية ملزمة له يجب عليه تطبيقها كجزء من العقد وبلا حاجة للنص على ذلك . كما أن مثل هذا النص سيجنب المشرع الليبي الوقوع في الموقف المشار إليه سابقاً والمتعلق

1 - Law of the Kazakh Soviet Socialist Republic on free economic zones. 1991. Review of Socialist law. Vol. 17. No. 1. p 85

بحالة انضمام ليبيا لمنظمة التجارة العالمية وهي المنظمة التي تعطي الأولوية في التطبيق لقواعدها في حال تعارضها مع ما ورد في القوانين الوطنية من نصوص تتعلق بالحماية الصحية أو البيئية للسلع التجارية أو العاملين على إنتاجها.¹ وبالنسبة إلى ليبيا فإن هذه المسألة يجب أن تُعطى الأولوية القصوى، حيث إن حماية اليد العاملة ضرورية وذلك بالدرجة الأولى يعود إلى قلتها من الأساس، وبالتالي فإن إعمال القوانين الصحية والبيئية الضامنة لحقوقهم يجب أن يُعطى الاهتمام الكافي.

وعموماً على الدول المستضيفة أن تبذل ما في وسعها للتأكد من أن الاستثمار المزمع إقامته على جزء من إقليمها لا يؤدي إلى انتقاص أو انحدار معايير استخدام العمالة الجوهرية و في مقدمة المبادئ التي لا يمكن استثناءها المبادئ الصحية والبيئية والاجتماعية.²

وهو ما يعني باختصار أن على الجميع أن يدرك بما في ذلك المشرع أن التقدم في مجال الحريات الاقتصادية أو توفير أجواء مناسبة للاستثمار يجب ألا يكون على حساب الصحة العامة أو صحة العاملين لأن ذلك قد يكلفه أكثر مما يجني في المستقبل.

وهو ما تنبّهت له اتفاقية شمال أمريكا للتجارة الحرة، حيث ذكر Stanford في تعليق له على الاتفاقية بأنها قد نصت على ضرورة حماية العاملين والبيئة التي يعملون بها.³

وعلى أي حال فإن دراسة هذه النقطة تتطلب منا تقسيمها إلى ثلاث

صور :

1 - Roland, Labconte. 2004. Globalization, health and free trade regime. Assessing the links. Perspectives on global development and technology. Vol. 13. No. 1.2. p 58

2 - Hans Christiansen. Working Group 2. Incentives and free zones in the MENA region, p 18, Available at : <http://www.oecd.org/dataoecd/56/22/36086747.pdf> last seen 23/10/2009

3 - Jim, Stanford. The North American free trade agreement. Available at :

<http://www.caw.ca/whatwedo/research/pdf/stanfordnaftatextfigurestable.pdf> last seen 21/ 02/ 2008

الصورة الأولى :

الاشتراطات الصحية المطلوبة كشرط لممارسة العمل

تنص كافة القوانين بما في ذلك القانون الليبي على ضرورة أن تتوافر في العامل اللياقة الصحية اللازمة لممارسة العمل سواء في القطاع العام أم الخاص؛ إذ لا بد أن يكون المرشح أو المتقدم للعمل قادراً على أدائه من الناحية الصحية ، ورغم أن ظاهر هذه المسألة لا يحتاج إلى كثير من التفصيل إلا أن ما يهمننا هنا هو تسليط الضوء على مسألة استخدام الأطفال لأداء بعض الأعمال في المنطقة الحرة ، وهي أعمال في الغالب لا تتناسب مع قدراتهم الجسمانية، بل وفي كثير من الأحيان يكون تأثيرها خطيراً على صحتهم النفسية و قدراتهم العقلية في المستقبل.

ويلاحظ على المشرع الليبي عدم تعرضه لمناقشة مثل هذه المسألة الهامة، حيث لا يوجد نص ينظمها في قانون المناطق الحرة، وبإجراء مقارنة مع اتفاقية التجارة الحرة لدول شمال أمريكا نجد أن الاتفاقية قد نصت صراحة على تحريم استخدام الأطفال في الأعمال داخل المنطقة الحرة ، إذ اتفقت الدول الأعضاء على ضرورة تطبيق اتفاقيات منظمة العمل الدولية في هذا المجال.

وهي اتفاقيات عملت في حدها الأدنى على ضمان حقوق الأطفال العاملين إذا لم يكن بالإمكان منع استخدامهم بشكل نهائي ، حيث أكدت على منع التمييز ضدهم بسبب السن من حيث الأجور والضمانات الصحية ، وبشكل عام احترام المعايير اللازمة لاستخدامهم ، ومن ضمنها حقهم في الانضمام للنقابات ، وإن كان هذا الأمر يقع خارج نطاق هذه الورقة.¹

1 - للاطلاع على ما يتعلق بهذا الموضوع من الناحية القانونية والطبية يمكن دراسة قانون التعليم لسنة 2001 والضوابط التي وضعت بناء عليه بخصوص استخدام الأطفال سواء من أرباب العمل أم الوالدين .

Available at :

= <http://www.gov.im/lib/docs/dti/employmentrights/orders/employmentofchildrenregulations.pdf>

الصورة الثانية :

الضمانات الصحية للعاملين في المنطقة الحرة

من الملاحظات المهمة على القانون الخاص بالمناطق الحرة ولأحثته التنفيذية أنهما لم ينصاً على أية ضمانات صحية للعاملين في المنطقة باستثناء ما ورد في المادة (44) من اللائحة باعتبار أنظمة الضمان الاجتماعي المعمول بها في ليبيا هي الحد الأدنى الذي يجب على المستثمرين والمستعملين الالتزام بها، ورغم وضوح النص المشار إليه إلا أن العودة إلى القانون المحال إليه في النص يعالج في الحقيقة موضوعات كالتقاعد وأنظمة الضمان الأخرى ولا ينصرف بالتحديد وبوضوح إلى الضمانات الصحية التي نقصدها في هذه الورقة.

وكان ينبغي أن تنص اللائحة على الأقل على ضرورة أن يقوم بتوفير التأمين الصحي للعاملين لديه وتحديد كيفية علاجهم والموضوعات التي يتم تغطيتها بناء على ذلك التأمين والجهة المختصة بتقديم تلك الخدمة لهم ، ودور أمانة الصحة أو الأمانة المختصة في هذا الشأن . والأهم من ذلك أن اللائحة أغفلت تماماً موضوع إنشاء أو تنظيم عمل المرافق الصحية داخل المنطقة الحرة أو من يملك حق إنشائها وسلطة قطاع الصحة عليها . وهي مسألة مهمة على الأقل من ناحية منع إمكانية أن يتسبب العاملون

= أما فيما يتعلق بالناحية الطبية والأمراض التي تصيب الأطفال العاملين من الجسدية والنفسية كأمراض الرئة والعيون وتأخر النمو وأمراض العظام والمفاصل انظر كلاً من : تقرير منظمة العمل الدولية :

http://www.ilo.org/ipecinfo/product/viewProduct.do;jsessionid=0a038009cf0794bab2c1ea045cd8bd9c81c43744166.hkzFngTDp6WImOuUaNaLaxD3IN4K_xalah8S.xyln3uKmAiN

[_AnwbQbxaNvzaAml](#)

[_JuKa30xgx95fjWTa3eJpkzFngTDp6WImOuxahySc3yPaxmNcgb48OX3b4Dtgj15eMbynknvrkLOlOzNp65In0_?productId=2419](#)

وتقرير منظمة هيومن ريتس واتش Human Rights Watch

www.hrw.org/about/projects/crd/child_labor.htm

في المنطقة الحرة في نقل الأمراض إلى إقليم ومواطني الدولة المستضيفة وهي في الغالب دولتهم.

كما أنها مهمة لحماية القوى العاملة نفسها في الدولة ، حيث يجب أن تقف السلطات الليبية بجدية للتأكد من احترام الحد الأدنى للمعايير الصحية التي يجب أن يلتزم بها المستثمر تنفيذاً للقوانين الوطنية والاتفاقات التي التزمت بها الدولة على المستوى الدولي ، وألاً تسمح بأن يتعرض مواطنوها للعمل في ظل ظروف صعبة كما هو الحال في البنغلاديش على سبيل المثال.¹

وفى هذا الخصوص يمكن انتقاد قانون المناطق الحرة من حيث إنه لم يرقم حتى بالإحالة إلى القانون الصحي في هذا الخصوص ، فهو في الحقيقة لم يُشير للقانون الصحي حتى في ديباجته.

ولتسليط الضوء أكثر على هذه الضمانات سنقوم فيما يلي بتعداد بعض صور الضمانات الصحية التي كان يجب أن يشير إليها القانون بشكل مباشر وينظمها بنصوص دقيقة وواضحة تمنع أي لبس وتحمي العمال الوطنيين من أي ظلم قد يقع عليهم.

1 - التزام المستثمر أو المستعمل بتوفير وسائل الرعاية الصحية اللازمة للعاملين: ويدخل ضمن هذه الصورة تغطية تكاليف العلاج أو منحهم شهادات تأمين صحي من أجل توفير علاجهم وعلاج أفراد أسرهم عند الحاجة.

2 - الالتزام بتوفير وسائل العلاج والإسعاف العاجل :

وهو التزام ورد في القانون رقم 93 لسنة 1976 بشأن الأمن الصناعي والسلامة العمالية. وهي مسألة مهمة خاصة فيما يتعلق بسلامة العاملين في المهن ذات الخطورة أغفلها قانون المناطق الحرة.²

1 - Asif Dowla. 1997. Export processing zones in Bangladesh. *Asian Survey*, Vol. 37, No. 6. p 571

2 - الجريدة الرسمية ، القانون رقم (93) لسنة 1976 بشأن الأمن الصناعي والسلامة العمالية ، السنة 15، العدد 4، بتاريخ 20 يناير 1977 ، ص 112.

في حين أن القانون المقدموني نص صراحة على عدم جواز تداول المواد الدوائية أو الكيميائية إلا بعد أخذ ترخيص بذلك من وزارة الصحة. وهي نقطة وإن كانت في الأصل تناقش موضوعاً مستقلاً آخر إلا أنها يمكن أن نستدل منها على مدى الحرص الذي أُعطي لتداول مثل هذه المواد ؛ إذ كان ينبغي أن ينص قانون المناطق الحرة على التزام المستثمر بأخذ كافة الاحتياطات الضرورية في الدرجة الأولى لمنع والحيلولة دون إصابة العاملين أو تعرض صحتهم للخطر، وفي الدرجة الثانية بتوفير وسائل إسعافهم بشكل عاجل.

وبذلك يكون منسجماً مع نص المادة (5) من قانون الأمن الصناعي المشار إليه سابقاً خاصة وأن أحد أهداف المناطق الحرة هو خلق قاعدة صناعية للتصدير.

3- الالتزام بإنشاء عيادات داخل الوحدات الإنتاجية :

ويهدف هذا المقترح إلى تعزيز فكرة الحماية الصحية للعاملين داخل المنطقة الحرة ، وهي فكرة تهدف أيضاً إلى توفير الوقت على المستثمر والعاملين ويستوي أن يكون هذا الالتزام بإنشاء العيادات موكلاً للمستثمر أو لإدارة المنطقة الحرة ، وحتى لا يكون هذا الالتزام مرهقاً لأي منهما يمكن أن يقيد تطبيقه بعدد العاملين لدى المستثمر أو نوعية استثماراته.

فمثلاً إذا كان عدد العاملين لديه يتجاوز 50 عاملاً أو كان يستثمر في مجالات عالية المخاطر كالمواد الكيميائية ولو بعدد أقل من المستخدمين ، فهنا قد يحمل بهذا الالتزام ، خاصة أن المناطق الحرة تعد من المناطق الأكثر عرضة للإصابة بالأمراض نتيجة لأعمال الاستيراد وأيضاً لأعمال التصنيع التي تتم بقصد التصدير وهو ما يتطلب أن يكون الوجود الصحي دائماً ومتأهباً للتدخل في أي وقت.

تأسيس مثل هذه العيادات قد يؤدي إلى أن تقوم بعدة أعمال منها :

- الكشف الدوري على العاملين .

- تحصين العاملين ضد الأمراض المعدية .
- نشر الوعي الصحي بين العاملين.¹

4 - الالتزام بتوفير نظام غذائي صحي اللازم لممارسة بعض المهن :

قد يتطلب القيام ببعض الأعمال ضرورة تقديم وجبات غذائية إضافية بقصد رفع مستوى المناعة في الجسم. وهو يطبق عادة في أماكن التصنيع الكيميائي والدوائي وما شابهها .

الصورة الثالثة :

الاشتراطات الصحية الواجب توافرها

في أماكن ممارسة العمل

من أهم النقاط التي اهتمت بها القوانين المقارنة في مجال المناطق الحرة هو توفير البيئة الصحية اللازمة للممارسة العمل وذلك باعتقادنا لتحقيق هدفين أساسيين:

أ - منع أن تكون مثل هذه المناطق معامل لتفريخ العجزة والمعتلين صحياً من أفراد القوى العاملة التي تسعى الدول في الأساس إلى توفير فرص العمل لها ورفع كفاءتها وتدريبها .

ب - أن يتم منع كل ما من شأنه أن يعرض المناطق الحرة للضلل نتيجة لعدم اتخاذ الاحتياطات اللازمة للسلامة الصحية داخلها .

فهي منطقة جذب تحتاج إلى توفير الاستقرار، وهي منطقة توفير لفرص العمل تحتاج إلى الاستمرار، فهي تهدف لوضع الحلول أو هي في الأساس

1 - صالح مفتاح العلام ، النظام القانوني للنشاط الصحي العام في الجماهيرية ، منشورات جامعة قاريونس، بنغازي، 2002، ص 243 وما بعدها .

حل لمشاكل الدولة وليست من أجل خلق لهذه المشاكل.
ولتحقيق ذلك كان ينبغي أن يأخذ المشرع الليبي موقفاً واضحاً
ويتناول موضوع الاشتراطات الصحية بشكل مفصل ويوليه الاهتمام المفروض
شأنه في ذلك شأن تشريعات الدول الأخرى؛ إذ من السهل على الدارس أن يجد
نصوصاً واضحة في القوانين الأخرى كالقانون الروسي أو الفلبيني أو حتى
المقدوني تلزم المستثمر، بل حتى إدارة المنطقة الحرة بان تعطي الأولوية في
التطبيق للمعايير الدولية الخاصة بأماكن العمل الواردة في اتفاقيات منظمة
العمل الدولية وهي نصوص افتقدها القانون الليبي.

ويجب أن نخرج هنا قليلاً على توضيح الفرق بين مراقبة المنتجات
والشروط التي يجب أن تتوافر فيها (وهو ما تناولناه سابقاً) وبين الاشتراطات
الصحية التي يجب أن تتوافر في أماكن العمل ذاتها. فالأولى تهدف إلى حماية
الجميع : عاملين ومستهلكين ومصنعين وموردين ، أما الثانية فهي تهدف
بالدرجة الأولى إلى حماية العاملين وتوفير الضمانات الصحية اللازمة لدفعهم
للإنتاج والعطاء.

وبالرجوع إلى قانون المناطق الحرة ولائحته التنفيذية نجد أنه لا وجود
لنص ينظم هذه المسألة، وبشكل عام يمكن القول بأن القانون الليبي لا يحتوي
على أي نص يعمل على حفظ وسلامة البيئة بما في ذلك حماية الممتلكات
الثقافية والآثار.

ودون الخوض في التفاصيل سنقوم بالتركيز على دراسة الاشتراطات
التي كان ينبغي على المشرع الليبي أن ينظمها في القانون أو اللائحة موضوع
دراسة هذه الورقة.¹

1 - يمكن إجراء مقارنة بين الموقف الليبي والموقف الهندي من خلال الرجوع للوائح الخاصة بمنطقة جوجارات
المشار إليها سابقاً .

إن تحديد الاشتراطات الصحية في أماكن العمل يعتبر من المسائل المهمة التي كان يجب على المشرع الليبي التصدي لها ، خاصة تلك المتعلقة بالمصانع والمعامل التي يعمل فيها العاملون البسطاء بالدرجة الأولى .

حيث إننا نعلم بأن ذلك قد لا يكون ضرورياً بالنسبة لمقار الإدارات فهي إما عامة سيتم الاهتمام بها لإظهار سلطان الدولة ونفوذها وإما خاصة تهدف إلى إبراز قدرات المستثمر أو المستعمل كرجل أعمال ناجح وقادر .

لكن فيما يتعلق بالعاملين وأماكن العمل الحقيقية التي يتم فيها الإنتاج أو التخزين أو التهيئة أو أي من العمليات اللازمة للتصدير فإن الأمر بشأنها يختلف و يحتاج إلى معالجة حقيقية قانونياً وإدارياً .

وكما ذكرنا سابقاً فإن أماكن العمل التي لا تتوافر فيها المعايير الصحية قد تتحول إلى مراكز لتفريخ المرضى والعجزة وبالتالي تزيد من أعباء الدولة بدلاً من التخفيف عنها، فهي ملزمة بمساعدتهم لأنها لم تقم بحمايتهم في الوقت المناسب وبالأدوات القانونية التي تمتلكها آنذاك .

وفي ظل الوضع الراهن لا يمكننا أن نعالج هذه النقطة إلا من خلال الرجوع إلى القوانين الأخرى كالقانون الصحي ولائحته التنفيذية والتي احتوت على عنوان مخصص لهذه المسألة، ويمكن في ظلها أن نتناول النقاط التالية كأمثلة على الاشتراطات الصحية الواجب توافرها في أماكن العمل .

أ - من حيث البناء الهندسي:

حددت المادة (137) وما بعدها من اللائحة التنفيذية الاشتراطات الهندسية التي يجب أن تتوافر في المباني بشكل عام ثم تلا ذلك الاشتراطات الخاصة بالمباني العامة التي تدخل ضمنها المصانع ومقار الإنتاج المختلفة والتي اشترطت بشأنها اللائحة ضرورة أن تكون جميع الجدران الداخلية والخارجية لها والأسقف والسلالم مبنية من مواد غير قابلة للاحتراق وألا يقل عرض المداخل

والمخارج الرئيسية للمبنى عن 2,20 متر، وأن تكون مزودة على الأقل بباب واحد إضافي للاستعمال في حالة الخطر.

وهي اشتراطات في الغالب لا يتم احترامها في ليبيا بشكل عام فما بالك بالمنطقة الاقتصادية الحرة، ففي المنطقة الحرة في الأردن مثلاً يمكن بسهولة ملاحظة أن هذه الاشتراطات لا يتم مراعاتها على الإطلاق حيث لا تعدو المباني والمخازن عن كونها أقرب من حيث التصميم للورش أو الحظائر المفتوحة وإذا كانت في أحسن الأحوال مباني فهي مبانٍ مكوّنة من مواد تصنيع ما يعرف بالتريلات (المساكن المتنقلة) التي تتكون في الأصل من مواد قابلة للاحتراق بل وسهلة الاشتعال وليس العكس.

ب. من حيث الإضاءة :

تماشياً مع ما ورد في اتفاقيات منظمة العمل الدولية وإعلانات منظمة الصحة العالمية نص القانون الصحي في ليبيا على ضرورة توفير الإضاءة الطبيعية أو الصناعية الكافية بالقدر الذي يستطيع معه الإنسان رؤية ما يفعل بسهولة.

وهي نقطة لم يتم التطرق لها في القانون أو اللائحة المتعلقة بتنظيم العمل في المناطق الحرة، مع أن البعض سيذهب إلى القول إن هذه المسألة تفصيلية ولا يمكن للقانون إيرادها ، وهو أمر وإن كان من الممكن قبوله فإن الرد عليه أيضاً من السهل إيجاده وذلك بالقول بأن اللائحة يمكنها فعل ذلك.¹

1 - في القواعد واللوائح التنفيذية المتعلقة بالمنطقة الاقتصادية الخاصة بالسيوبك في الفلبين قامت السلطات بالتوسع في تنظيم شؤون المنطقة حتى من ناحية التخطيط المتعلق بإنشاء الحدائق والمؤسسات التعليمية والصحية كجزء من الخدمات وأيضاً من برنامج حماية البيئة فيها. يمكن الاطلاع على هذه اللوائح من خلال الموقع الإلكتروني التالي :

وعلى أي حال فإن إيراد هذه النقطة جاء بقصد التنبيه إلى أن المستثمر أو المستعمل يهدف بالدرجة الأولى لتحقيق الربح وهو ما قد يدفعه إلى التركيز دائماً على تقليل المصروفات ومن ضمنها تكاليف الإضاءة.

وللحد من ذلك الخوف لديه في هذا الشأن يمكن أن نتصور الحل في اتخاذ احد الموقفين التاليين : الأول وضع تنظيم قانوني ينظم هذه النقطة بشكل واضح وبلا لبس بحيث يلتزم المستثمر بتوفير الإضاءة الكافية واللازمة لإتمام العمل وأن تتم متابعة تنفيذ هذا الالتزام.

والثاني أن ينظم من قبل الدولة في صورة حافز للمستثمر وذلك بمنحه تخفيضاً في رسوم الكهرباء إذا تجاوز استهلاكه حداً معيناً، وهو ما سيشجعه على استهلاك الكهرباء دون تردد بسبب التكاليف وبالتالي تحقيق مصلحة العاملين في الحصول على الإضاءة الضرورية لإنجاز الأعمال دون ضرر أو حصول مخاطر.

ج - من حيث التهوية :

جاء في المادة (153) الفقرة الثالثة من اللائحة التنفيذية النص على ضرورة أن تتوافر وسائل تهوية تتناسب مع السعة المقررة للمبني ويستوي في ذلك أن تكون هذه الوسائل طبيعية أو صناعية.

ويمكن أن تشتمل هذه الاشتراطات كذلك ضرورة توافر دور المياه الصحية والمياه الصالحة للشرب وغير ذلك من الموضوعات التي لا يسع المجال لذكرها.

وقبل أن نختم هذه الورقة من المهم أن نشير إلى أن قانون المناطق الحرة يجب أن يشتمل على قواعد تنظم موضوعين مهمين ومرتبطين بالمناطق الحرة من ناحية ، والجوانب الصحية من الناحية الأخرى.

الأول هو موضوع الحماية الصحية للمرأة العاملة في المنطقة الاقتصادية الحرة¹. أما الثاني فيتعلق بتنظيم كيفية تداول والتعامل مع المواد الخطرة داخل المنطقة الاقتصادية الحرة مثل المواد الدوائية أو الكيميائية أو المتفجرة.

1 Ana S.Q. Liberato and Dana Fennell. 2007. Gender and well being in the Dominican Republic: The Impact of Free Trade Zone employment and Female Headship. World Development. Vol. 35. No. 3. 396 - 400

الخاتمة

مما تقدم ذكره يتضح أن هناك فجوة بين ما ورد في القانون الليبي الخاص بالمناطق الحرة وما ورد في القوانين المقارنة للدول الأخرى وخاصة في مجال تنظيم القواعد المتعلقة بالحماية الصحية، وهي مسألة في نظرنا مهمة ليس فقط للعاملين ولكن أيضاً للدولة وللمستثمر. إذ تعتد الدول وكذلك المستهلكون فيها بمكان إنتاج السلعة ومدى التزام القائمين على إدارته بالمعايير الصحية، وهو ما سيؤدي في الأمد البعيد إلى استقرار المنطقة الحرة وتسريع مبيعات البضائع المنتجة فيها أو المصدرة عن طريقها.

- وفى هذا الخصوص يظهر ضعف القانون الليبي من خلال النقاط التالية :
- إن قانون المناطق الحرة أهمل بشكل كامل القواعد المتعلقة بالشؤون الصحية التي كان يجب أخذها في الاعتبار، بل يمكن القول إنه أهمل القانون الصحي بالكامل، فهو لم يُشير إليه لا من قريب ولا من بعيد ولا حتى من ضمن الديباجة.
 - إن معالجة مسألة ضمانات وحقوق العاملين داخل المنطقة الحرة يجب ألا تترك مفتوحة إلى ما يمكن أن تسفر عنه العقود المبرمة بينهم وبين المستثمر أو المستعمل، بل يجب تنظيمها بموجب قواعد قانونية واضحة تحدد على الأقل الحد الأدنى لها، وفي جميع الأحوال يجب النص على اعتبار هذه القواعد جزءاً لا يتجزأ من العقد سواء نص عليها مباشرة أو لم ينص. وهي قاعدة يمكن تطبيقها كذلك فيما يتعلق بالأجور.
 - يجب ألا يفسر ما جاء في الورقة على اعتبار أنه مضاف أو يدعو إلى منع إقامة المناطق الحرة؛ إذ ينبغي أن تكون الرؤية واضحة بأن المطلوب هو فقط تنظيم المناطق الحرة بشكل يجعلها بيئة صالحة لجذب الاستثمارات والمحافظة على صحة العاملين والمستهلكين بما يؤدي إلى أن تعود مواردها بالفائدة على رفع

المستوى الاقتصادي والاجتماعي للمجتمع ، وليس على نتائج إقامتها دون القيام باتخاذ الإجراءات اللازمة لنجاحها من كافة النواحي ويأتي الجانب القانوني على رأسها .

- نتيجة غموض قانون المناطق الحرة ولائحته التنفيذية فيما يتعلق بالجوانب الصحية والقانونية المتعلقة بها، يجب على السلطات المختصة أن تأخذ في اعتبارها وضع برامج للتوعية بهاتين المسألتين وتوعية كافة الأطراف بما فيهم العمال المرشحون للعمل في مثل هذه المناطق، وفي هذه الدورات التوعوية يجب أن تقدم تلك المعلومات على أساس أنها قواعد قانونية تهتم بحمايتهم وترسيخ مفهوم حقوق الإنسان لديهم وليست فقط قواعد ملزمة تخاطبهم وتتوقع منهم الانصياع لها ، فهي جزء من توضيح مسؤولياتهم باعتبارهم شركاء في الأعمال التي تجري داخل تلك المناطق .
- يجب ألا يكون السبب الأساسي لقدم المستثمرين هو الموقع الجغرافي الذي قد تشاركنا فيه دول الجوار، ولكن ينبغي أن يكون هناك تعدد لهذه الدوافع ومن ذلك غرس الثقة وهو ما يتأتى من وضع القوانين الواضحة من حيث نص والتطبيق .
- إن إقامة مناطق اقتصادية حرة قادرة على جذب الاستثمارات والمستثمرين إليها يتطلب وضع نظم قانونية دقيقة وشاملة، ويمكن أن تصدر في صورة لوائح متفرقة يعالج كل منها موضوعاً معيناً من الموضوعات ذات العلاقة كلائحة أجور وأخرى للاشتراطات الصحية وثالثة لتنظيم نقل البضائع وهكذا بحيث تصبح لكل موضوع قواعد قانونية واضحة ودقيقة .
- يجب أن يتم وضع نصوص لبيان وتنظيم دور السلطات الصحية في هذا المجال بشكل لا يؤدي إلى إغفال أهمية هذا الأمر ويتمشى مع الأهداف المعلنة من إنشاء هذه المناطق .

وفى النهاية ننتظر أن نرى هذه المناطق وقد خرجت للوجود معتمدة على أسس اقتصادية وقانونية وإدارية توفر لها سبل النجاح لتحقيق الأهداف المرجوة منها ، بما يعود على هذا المجتمع بالخير والازدهار ويعزز العلاقات الاقتصادية بين ليبيا ودول الجوار.

المراجع

أولاً. المراجع العربية :

- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948.
- صالح مفتاح العلام، النظام القانوني للنشاط الصحي العام في الجماهيرية، منشورات جامعة قاريونس، بنغازي، 2002.
- د. عاشور شوايل، مسؤولية الإدارة عن أعمال وقرارات الضبط الإداري، منشورات جامعة قاريونس، بنغازي .
- العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية 1966 والتي يمكن الاطلاع عليها في موقع منظمة الأمم المتحدة التالي :
<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/InternationalLaw.aspx>
- القانون رقم (10) لسنة 1959 بشأن المناطق الحرة ، موسوعة التشريعات الليبية ، الجزء السابع.
- القانون رقم (9) لسنة 2000م بتنظيم تجارة العبور والمناطق الحرة ، مدونة التشريعات ، السنة 38 ، العدد 15 ، الربيع 1430 .
- اللائحة التنفيذية لقانون المناطق الحرة ، أمانة اللجنة الشعبية العامة للاقتصاد والتجارة والاستثمار ، المنطقة الاقتصادية الحرة بمصراته ، ب.ن ، ب.ت.
- مجموعة تشريعات حماية البيئة ، الجزء الخامس ، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية ، القاهرة ، الطبعة الأولى ، 1992 .
- مجموعة مجلس الدولة لأحكام القضاء الإداري ، السنة الثالثة ، 1951.
- د. محمد مختار، مبادئ وأحكام الإدارة الشعبية في الجماهيرية، منشورات جامعة قاريونس، بنغازي، 1991.

ثانياً - المراجع الأجنبية :

- Asif Dowla. 1997. Export processing zones in Bangladesh. Asian Survey, Vol. 37, No. 6.
- Fritz, Thomas. 2004. Transforming Europe into a special Economic Zone. Berlin working group on environment and development. P 15
- Hans Christiansen. Working Group 2. Incentives and free zones in the MENA region. Available at :
<http://www.oecd.org/dataoecd/56/22/36086747.pdf>
- Jim, Stanford. The North American free trade agreement. Available at <http://www.caw.ca/whatwedo/research/pdf/stanfordnaftatextfigurestables.pdf>
- Lloyd, M.G& McDougall. 1984. Free zones in the United Kingdom. Local government studies. Vol. 10. No. 6.
- Nikolay Sbergaev. 2005. Local Free Economic Zones: Engineering Economics. Vol. 41. No. 1
- Rachel, Hammond. Gorik, Ooms. 2004. World Bank policies and the obligation of its members to respect, protect and fulfill the right to health. Health and Human Rights. Vol. 8. No. 1.
- Roland, Labconte. 2004. Globalization, health and free trade regime. Assessing the links. Perspectives on global development and technology. Vol. 13. No. 1-2.
- WHO on health and economic productivity. 1999. Document. Population and development review. Vol. 25. No. 2.
- WHO. Making health central to sustainable development report WHO meeting. Oslo. Norway. 29 Nov-1 Dec 2001
- Xavier Barre. 2005. Analysis of the draft federal law "On the special Economic zone of the Oblast of Kaliningrad". Bureau of economic management and legal studies :
http://www.recep.ru/files/documents/SEZ_Kaliningrad_Xavier_en.pdf

- Legislations Gujarat Special Economic Zone Development Authority Gandhinagar. P 8 available at <http://ic.gujarat.gov.in/pdf/gog-gazette-gdcr.pdf>
- Law of the Republic of Belarus. Available at :
http://www.bradford.ac.uk/acad/sbtwc/btwc/nat_imp/leg_reg/belarus/Foreign_Trade.pdf
- Law of the Republic of Moldova of free economic zones. Available at <http://www.imf.md/laws/law-fez-eng.pdf>
- Macedonian free zone law Available at :
<http://www.finance.gov.mk/gb/laws/freezone.pdf>
- Rules implementing the Cagayan special Economic Zone Act of 1995. Republic of the Philippines. available at :
<http://www.ceza.gov.ph/pdf%20files/CEZA%20IRR.pdf>
- Slovenian Economic zones ACT. Available at :
<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/UNTC/UNPAN015973.pdf>
- WHO. International health regulations. 2005. available at :
http://www.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA58/WHA58_3-ar.pdf

إشكالية حقوق الممول في ضوء أحكام التشريع الضريبي الليبي

د. منصور الفيتوري حامد
كلية القانون - جامعة الفاتح

تقديم:

تكتسي دراسة حقوق الممول أهمية خاصة لاعتبارات عديدة، أهمها البعد التاريخي الذي يرجع إلى أحداث تاريخية هامة شكّلت تغيرات جذرية طبعت الخارطة السياسية الدولية، فمنذ إجبار الملك الإنجليزي على التوقيع على وثيقة العهد الأعظم عام 1215م والتي وضعت حداً للاختصاص المطلق للحاكم في فرض الضرائب، والإعفاء منها، وتقاسم هذا الاختصاص مع البرلمان ممثل الشعب، ثم توالى المعارك السياسية والقانونية من أجل وضع حد نهائي لتعسف الحكام، واضطهاد الممولين، حيث تحقق حلم أنصار الحرية والضمانات القانونية مع بزوغ الثورة الفرنسية وصدور إعلان حقوق الإنسان والمواطن بفرنسا عام 1789م⁽¹⁾، ثم توالى زخم الانتصارات مع صدور الدساتير التي نصت على حقوق الممولين، ووضعت ضمانات قانونية دستورية لحماية الممولين من تعسف الحكومات، وقد كان الدستور الأمريكي سابقاً باعتباره أول دستور مكتوب صدر في العالم عام 1781م، ثم أعقبه الدستور الفرنسي عام 1789⁽²⁾.

(1). لمزيد من التفاصيل انظر: علي كريمي، حقوق الإنسان تطورها ومرجعيتها، الناشر مطبعة دار النشر

المغربية الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 1999، ص 34.

وانظر أيضاً: د. إبراهيم أبوخزام، الوسيط في القانون الدستوري، الناشر دار الكتاب الجديد المتحدة، بيروت،

الطبعة الأولى، 2001، ص 37.

وانظر أيضاً: د. ميلود المهدي، د. إبراهيم أبوخزام، الوجيز في القانون الدستوري، الناشر مكتبة طرابلس

العلمية العالمية، الطبعة الأولى، 1996، ص 221.

(2). لمزيد من المعلومات راجع: د. علي الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر والأنظمة الدستورية العربية

والأجنبية، الناشر مكتبة الإشعاع الفنية، 2001، ص 44.

لذا يمكن الجزم بأن القرن الثامن عشر هو قرن الضمانات القانونية للممولين، وقد تعزز هذا الاتجاه مع ظهور المنظمات الدولية، وبالتحديد مع صدور الإعلان العالمي لحقوق الإنسان عام 1948م، الذي وضع طائفة واسعة من الضمانات القانونية لصالح الإنسان عموماً، والممولين خصوصاً.

هذا وقد استمر هذا الزخم، حيث نصّت جميع دساتير دول العالم المعاصر على الضمانات الدستورية للممولين، وقد كانت ليبيا سباقة منذ استقلالها إلى تبني هذا الاتجاه العالمي، فقد نص أول دستور ليبي صدر عام 1951م على ضمانات وحقوق الممولين، كما نص الإعلان الدستوري الصادر عام 1969م على ضمانات وحقوق الممولين من خلال نص المادة السابعة عشر⁽¹⁾. ثم استمر هذا التوجه، فنصّت أغلب القوانين الأساسية على حقوق الممولين، ولعل أهمها قانون تعزيز الحرية رقم (20) لسنة 1991⁽²⁾، إلا أن إشكالية هذا البحث تكمن في وجود عدد كبير من القوانين الأساسية والعادية واللوائح الإدارية المنظمة لحقوق الممولين، إلا أنها لم تصل بعد إلى مستوى الطموح، كما لم يتبنّ المشرع الليبي أفكار وأساليب ومبادئ المدرسة الحديثة في مجال حقوق الممول⁽³⁾، كما يعاني التشريع الضريبي الليبي من فراغ وقصور فيما يتعلق

(1). لمزيد من الاطلاع راجع النص الكامل للإعلان الدستوري المادة (17) (لا يجوز فرض ضريبة أو تعديلها أو إلغاؤها إلا بقانون، ولا يجوز إعفاء أحد من أداء الضرائب في غير الأحوال المبينة في القانون، كما لا يجوز تكليف أحد بتأدية الرسوم إلا في حدود القانون).

انظر: مجموعة التشريعات المالية، اللجنة الشعبية للتخطيط والمالية بشعبية طرابلس، إعداد: علي محمد أبو شهيو، خالد إبراهيم الدويبي، 2002، ص 15.

(2). انظر: د. رجب أبودبوس، د. عبدالله عامر الهماي، الوثيقة الخضراء الكبرى لحقوق الإنسان في عصر الجماهيري، الجزء الثاني، الناشر مركز الدراسات والبحوث بأمانة مؤتمر الشعب العام، 2005، ص 311.

(3). انظر حول المدرسة الحديثة وتوسعها في الضمانات القانونية الخاصة بالمول: القانون الضريبي المغربي دراسة تحليلية ونقدية، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية، إعداد: محمد شكيري، الطبعة الثانية، 2005، الرباط - المغرب، ص 188.

بضمانات وحقوق الممولين ، وهذا ما سنحاول التطرق إليه بالدراسة والتحليل
وفق الخطة المنهجية الآتية:

المبحث الأول : الحقوق المباشرة للممول في ضوء نصوص التشريع

الضريبي الليبي .

المبحث الثاني : الحقوق الضمنية للممول .

المبحث الأول

الحقوق المباشرة للممول في ضوء نصوص

التشريع الضريبي الليبي

يقصد بالحقوق المباشرة للممول الضمانات القانونية التي نص عليها التشريع الضريبي مباشرة ، وبصورة صريحة وقطعية لصالح الممول لحمايته من تعسف الإدارة ، وللحد من صلاحياتها المطلقة وملاحقاتها المستمرة للممول وممارسة شتى الضغوطات عليه لإجباره وإكراهه للامتثال لأوامرها وتعليماتها بشأن كل ما يتعلق بموضوع الضرائب ، لذا سنتطرق بالدراسة والتحليل لأهم هذه الحقوق أو الضمانات القانونية ، من خلال الفقرات التالية:

الفقرة الأولى :

حق التظلم الإداري المشروط ضد قرارات الإدارة الضريبية:

كفل التشريع الضريبي الليبي للممول سواء كان شخصاً طبيعياً أم معنوياً حق التظلم الإداري ضد قرارات الإدارة الضريبية ، التي يجزم أو يعتقد الممول أنها جائرة ومخالفة للقانون ، أو طبقت بتعسف أثر سلباً على المركز المالي للممول مما اقتضى منه التظلم وطلب النجدة والمساعدة ورفع الظلم والحييف عنه وفق مبادئ القانون والعدل والإنصاف ، ويعتبر هذا الحق من الحقوق الطبيعية ، التي يمكن ممارستها حتى لو لم يتم النص عليها مباشرة باعتبارها من الحقوق والحريات العامة الأساسية ، إلا أن المشرع الضريبي الليبي حسناً فعل حيث نص على هذا الحق مباشرة ، ولكن وضع قيوداً واشتراطات تحدد هذا الحق ، وتبين كيفية ممارسته وفقاً للضوابط التي حددها القانون ، حيث نصت المادة (5) من القانون رقم (11) لسنة 1372 و.ر- 2004م بشأن ضرائب

الدخل على (مع مراعاة حكم المادة الثالثة من هذا القانون ، يجب على المصلحة في جميع الأحوال أن تعلن الممول بربط الضريبة ، ومواعيد أدائها ، وللممول حق التظلم من هذا الربط أمام اللجنة الابتدائية خلال خمسة وأربعين يوماً من تاريخ إعلانه)⁽¹⁾.

لذا يتضح من خلال نص هذه المادة بروز أول القيود وهو قيد المدة الزمنية ، حيث يسقط حق الممول بالتظلم بمضي المدة الزمنية المشار إليها ، وقد حدث تعديل إيجابي على المدة الزمنية حيث كانت وفقاً للقانون رقم (64) لسنة 1973م الخاص بضرائب الدخل الملغى الآن مدة شهر فقط ، طبقاً لنص المادة السادسة التي نصت على الآتي : (... حق التظلم من هذا الربط أمام اللجنة الابتدائية خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلانه ..)⁽²⁾.

وفي هذا السياق جاء القانون المصري للضرائب على الدخل والضريبة الموحدة رقم (157) لسنة 1981م والمعدل بالقانون رقم (187) لسنة 1993م في نفس هذا الاتجاه ، حيث نص على ضمانات حق الممول في التظلم ضد قرارات الإدارة ، وحدد مدة شهر كمهلة نهائية لرفع التظلم وإلا سقط حقه في ممارسة هذا الحق ، حيث نصت المادة (65) من القانون الضريبي المصري على : (للممول خلال شهر من تاريخ تسليم الإيراد الخاضع للضريبة أن يعترض على ربط الضريبة ، يقدم إلى الجهة التي قامت بخصم الضريبة)⁽³⁾.

كما جاء قانون ضريبة الدمغة الليبي رقم (12) لسنة 1372 و . ر 2004م

(1) . لمزيد من المعلومات انظر : القانون رقم (11) لسنة 1372 و . ر لسنة 2004م ، بشأن ضرائب الدخل الصادر عن مؤتمر الشعب العام في سرت 6 . 3 . 2004م .

(2) - انظر نص القانون الملغى في مجموعة التشريعات المالية الصادرة عن اللجنة الشعبية للتخطيط والمالية بشعبية طرابلس ، ص 224 .

(3) . لمزيد من المعلومات حول قانون الضريبة المصري انظر : قانون الضرائب على الدخل الضريبة الموحدة رقم (157) لسنة 1981م والمعدل بالقانون رقم (187) لسنة 1993م ولائحته التنفيذية ص 16 ، إعداد : وجدي شفيق فرج ، الناشر دار وليد حيدر للنشر ، 2001 . 2002م .

منسجماً مع قانون ضريبة الدخل ، حيث نصت المادة (18) على ما يأتي: (يجوز لأصحاب الشأن التظلم من قرارات المصلحة خلال خمسة وأربعين يوماً من تاريخ إعلانهم ، ولا يقبل التظلم ما لم يؤد عنه رسم بنسبة (10 %) من الضريبة المتنازع عليها ، لا تقل عن (10) دنانير ..)⁽¹⁾.

ومن هنا يتضح بجلاء التأكيد على هذا الحق بالرغم من الاشتراطات التي من ضمنها قيد المدة الزمنية، ودفع رسم خاص مقابل التظلم ، بالإضافة إلى مسؤولية الممول في إثبات حقه من خلال المستندات والدفاتر الداعمة لموقف الممول ، حيث أقر القانون الخاص بضرائب الدخل رقم (11) في مادته السابعة عشرة صراحة بأن عبء الإثبات ضد الإدارة يقع على مسؤولية الممول شخصياً ، وهذا الشرط مخالف للقاعدة العامة في القانون العام ، وبالتحديد في القانون الإداري حيث يقع عبء الإثبات على الإدارة ، وليس على الموظف باعتبار الإدارة الطرف الأقوى والأقدر الذي يملك إمكانيات مادية كبيرة .

لذا كان من الأفضل أن ينص التشريع الضريبي الليبي على أن عبء الإثبات يقع على الإدارة الضريبية ، وليس على الممول الطرف الأضعف في العلاقة .

كما اشترط القانون التظلم كشرط مسبق لمباشرة الخصومة شبه القضائية ضد الإدارة .

وفي بادرة ايجابية تجاه الممول أعضى قانون ضريبة الدمغة رقم (12) لسنة 1372 و.ر الممول من ضريبة الدمغة على المحررات الخاصة بالتظلم الإداري ضد الإدارة الضريبية ، ويظهر جلياً من خلال هذه الدراسة أهمية حق الممول في التظلم الإداري ، خاصة إذا قامت الإدارة الضريبية بتفعيل هذه الآلية من خلال

(1) . انظر القانون رقم (12) لسنة 1372 و.ر بشأن ضريبة الدمغة، الصادر عن مؤتمر الشعب العام في 6 . 3 . 2004م.

تفعيل الإدارة القانونية ومنحها صلاحيات واسعة في إنصاف الممولين ، وربط جسور متينة مع الممول لكسب ثقته ، مما ينعكس إيجاباً على التزاماته الضريبية.

الفقرة الثانية:

حق الممول المشروط في استرداد المبالغ المستقطعة دون سند

قانوني :

يشكل هذا الحق ضماناً هامة للممول ، حيث تنص جميع دساتير العالم بلا استثناء بالألّا تُفرض ضريبة أو تُلغى أو تُعدل دون قانون ، كما لا تكليف لأي مواطن دون نصّ قانوني صريح ، فالأصل براءة ذمة الممول إلا بتكليف قرره القانون ووفق ضوابط محددة .

لذا لا يحق للإدارة الضريبية استقطاع أي مبلغ مالي مهما كان قدره ، دون سند وتفويض قانوني ، حيث يحق للممول طلب استرجاع أمواله التي استقطعت تجاوزاً سواء كان بقصد أم بغير قصد ، حيث نص القانون رقم (11) لسنة 2004م الخاص بضرائب الدخل على هذا الحق المشروط ، من خلال نص المادة (27) وذلك على النحو الآتي : (يسقط حق الممول في المطالبة باسترداد ما دفعه زيادة عن المستحق عليه بمضي ثلاث سنوات ، تبدأ من تاريخ الدفع ، إلا إذا ظهر الحق في طلب الرد بعد إجراءات اتخذتها المصلحة فيبدأ التقادم من تاريخ إخطار الممول بحقه في الرد ، وتنقطع المدة بالطلب الذي يرسله الممول إلى المصلحة بكتاب مسجل برد الزيادة التي أداها ..)⁽¹⁾.

يتضح من خلال هذا النص القانوني في الاعتراف بحق الممول في

(1) . انظر : القانون رقم (11) لسنة 1372 و.ر لسنة 2004م الخاص بضرائب الدخل ، الصادر عن مؤتمر الشعب العام في 6 . 3 . 2004م.

استرجاع المبالغ المستقطعة دون سند قانوني إلا أن النص جاء مبتوراً وناقصاً ، حيث اشترط مدة ثلاث سنوات كحد أقصى للحصول على حقوقه ، بينما حصن القانون الإدارة الضريبية تجاه الممولين ، حيث اعتبر حقوق الإدارة الضريبية تجاه الممولين لا تسقط أبداً بمضي المدة مهما طالت ، وفقاً لنص المادة (26) من القانون رقم (11) لسنة 2004م التي نصت على (لا يسقط حق الدولة في المطالبة بما هو مستحق لها بمقتضى أحكام هذا القانون ، بمضي المدة ..)⁽¹⁾.

حيث يظهر جلياً من خلال نص هذه المادة عدم التوازن في العلاقة بين طرفي المعادلة الضريبية ، مما يؤدي إلى تعميق الهوة ، وفقدان الثقة بين طرفي العلاقة ، مما ينعكس سلباً على النظرية العامة للضرائب .

وفي هذا السياق جاءت اللائحة التنفيذية للقانون رقم (11) لسنة 2004 متناغمة وموضحة للقانون ، حيث أكدت على حق الممول في استرداد المبالغ المستقطعة تجاوزاً ، من خلال نص المادة (29) من اللائحة وذلك على النحو الآتي : (إذا تبين أن الممول قد دفع مبالغ بالزيادة على المستحق عليه ، فعلى المصلحة أن تخطره بمقدار تلك المبالغ ، ويحقه في استردادها ...)⁽²⁾.

هذا وقد أضافت اللائحة بعداً جديداً للقانون من خلال النص على الحق ، بالإضافة إلى إبلاغ الممول بحقه في استرجاع المبالغ ، مما يساعد على بناء الثقة بين الطرفين وهو الهدف الأمثل لأي سياسة ضريبية ناجحة .

(1) . انظر القانون رقم (11) لسنة 1372و.ر الخاص بضرائب الدخل .

(2) . انظر اللائحة التنفيذية لقانون ضرائب الدخل رقم (11) لسنة 1372و.ر الصادر بقرار اللجنة الشعبية

العامة رقم (157) لسنة 1372 و.ر - 2004م .

الفقرة الثالثة:

حق الممول في الاستعلام الضريبي:

وهو من الحقوق المقررة قانوناً لصالح الممول ، حيث ألزم القانون الإدارة الضريبية بوضع الممول في صورة يقينية بكل ما يتعلق بوضعه الضريبي ، من تحديد التزامات الممول بدقة ، وتحديد آجال ومواعيد دفع الضريبة وقيمتها ، والعقوبات المترتبة عن التأخير ، أو تقديم معلومات غير دقيقة أو خاطئة ، أو عدم الإبلاغ عن المستجدات في مركز الممول المالي ، أو أية تغييرات قانونية أو إدارية قد تطرأ على المركز القانوني ، أو المالي للممول .

وقد أصبح هذا الحق في الدول المتقدمة صلة الوصل بين الإدارة الضريبية والموالين ، حيث تمدهم بجميع المعلومات والبيانات والمتغيرات الجديدة في اللوائح والقوانين ووضع الممول في قلب الحدث ، من خلال عدة وسائل مثل البريد العادي ، والإلكتروني ، والاتصال المباشر ، أو الإعلان في الصحف والإذاعات بكل المستجدات الضريبية .

وفي هذا السياق نصت المادة الخامسة من القانون رقم (11) لسنة 1372 وور على الآتي : (مع مراعاة حكم المادة الثالثة من هذا القانون ، يجب على المصلحة في جميع الأحوال أن تعلن الممول بربط الضريبة ومواعيد أدائها) .

كما جاءت اللائحة التنفيذية للقانون مؤكدة لهذا الحق حيث نصت في المادة (12) وكذلك (13) وأيضاً (14) على حق الممول في الحصول على المعلومات المتعلقة بوضعه الضريبي ، كما نصت على ضرورة إخطار الممول بأي تغييرات أو مستجدات في وضعه الضريبي ، ولا قيمة قانونية لتصرف أحادي من قبل مصلحة الضرائب دون علم أو إخطار الممول ، وحقه في القبول أو الرفض من خلال التظلم الإداري أو اللجوء إلى القضاء لإنصافه ، مما جعل من هذا الحق ضماناً قانونية هامة لحماية الممول من تعسف الإدارة الضريبية .

الفقرة الرابعة:

حق الممول في إعفاء الحد الأدنى للمعيشة من الضرائب:

أصبح هذا الحق من الحقوق الأساسية والتي لا يكاد يخلو من النص عليه أي تشريع ضريبي في العالم ، حيث لا تستهدف الضريبة المس بالحد الأدنى للمعيشة وقد سار المشرع الضريبي الليبي على هذا النهج ، معتبره حقاً أساسياً لكل الممولين ، حيث نصت المادة (37) من قانون ضريبة الدخل الليبي على هذا الحق كالتالي: (يعفي من الضرائب المفروضة على الدخل المشار إليها في البنود (أ . ب . ج . د) من المادة السابقة كل شخص طبيعي لا يجاوز دخله السنوي الخاضع للضريبة (1200) دينار ، إذا كان أعزب أو (1800) إذا كان متزوجاً أو أرملاً أو مطلقاً وله أولاد يعولهم ، وتعامل المرأة الأرملة أو المطلقة معاملة الرجل الذي يعول إذا كانت هي العائل الفعلي الوحيد لأولادها..⁽¹⁾ .

حيث يتضح بجلاء اعتراف المشرع الضريبي الليبي بهذا الحق الإنساني، والذي يجد مرجعيته في مبادئ العدل والإنصاف وتجسيدها مباشرة لحق الإنسان في الحياة الكريمة ، الذي نصت عليه جميع الدساتير والإعلانات العالمية لحقوق الإنسان.

كما تبني المشرع الضريبي المصري هذا الحق ونص عليه مباشرة من

خلال قانون الضرائب على الدخل في مادته رقم (88) التي جاءت كالتالي :

(تكون حدود الإعفاء المقرر للأعباء العائلية على النحو الآتي :

1 - 2000 جنيه سنوياً للممول الأعزب .

2 - 2500 جنيه للممول المتزوج ولا يعول أولاد أو غير متزوج ويعول ولداً أو أكثر .

(1) . لمزيد من الاطلاع حول الإعفاءات الاجتماعية للحد الأدنى للمعيشة انظر : عبدالله عمر البكوش ، الإعفاءات الضريبية ودورها في الاستثمار الأجنبي ، دراسة مقارنة في ضوء أحكام القانون المصري والليبي ، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا الماجستير في القانون ، كلية القانون - جامعة الفاتح ، 2006 ، ص 49 .

3- 3000 جنيه سنوياً للممول المتزوج ويعول ولداً أو أكثر⁽¹⁾

كما سار التشريع الضريبي المغربي على هذا المنوال حيث اعترف صراحة بحق الممول في الحد الأدنى للمعيشة ، حيث نصت المدونة الجديدة للضرائب المحدثة بقانون المالية لسنة 2006 م ، على إعفاءات ضريبية للحد الأدنى للأجور من أجل ضمان مستوى المعيشة في حده الأدنى من خلال نص المادة (75) تحت عنوان (سعر الضريبة جزء الدخل البالغ 20 ، 000 ألف درهم معفى من الضريبة)⁽²⁾.

كما جاءت المادة (76) في نفس السياق حيث نصت (الخصم من الأعباء العائلية .

1 - يخصم ما قدره مائة وثمانون درهماً (180) من المبلغ السنوي للضريبة اعتباراً للأعباء التي يتحملها الخاضع للضريبة عن كل شخص يعوله ...)⁽³⁾.

الفقرة الخامسة:

حق الممول في التمتع بالإعفاءات الضريبية الكلية والجزئية المقررة قانوناً:

أصبح هذا الحق من الحقوق الأساسية للممول الطبيعي أو المعنوي ، حيث لا يكاد يخلوا أي تشريع ضريبي في العالم من هذه المزايا ، التي تهدف إلى تحقيق سياسية ضريبية من خلال هذه الإعفاءات ، والتي قد تكون جزئية ، وأحياناً كلية ، لتحقيق أهداف وسياسات الدولة ، فقد أصبحت سياسة الإعفاءات سياسة عالمية معتمدة لتحقيق التنمية ، واستقطاب رؤوس الأموال

(1) . انظر : قانون الضرائب على الدخل المصري ، مرجع سابق ، ص 79 .

(2) . انظر : مجموعة النصوص القانونية المغربية ، المدونة الجديدة للضرائب المحدثة بقانون المالية لسنة 2006م ،

إعداد وتقديم : امحمد لفروجي ، الطبعة الأولى ، 2006 م ، ص 72 .

(3) . انظر : المرجع السابق ، ص 74 .

الأجنبية ، وتشجيع الممولين على الاستثمار في قطاعات إستراتيجية ، تعود بالنفع العام على اقتصاد الدولة ، وقد ازدهرت سياسة الإعفاءات الضريبية في ظل العولمة لاجتذاب الشركات والمؤسسات العالمية الكبرى ، وتشجيعها على الاستثمار والمساهمة في التنمية⁽¹⁾ .

لذا باتت سياسة الإعفاءات من السياسات الإستراتيجية لمعظم دول العالم ، وقد أثمرت هذه السياسة وانعكست إيجاباً على اقتصاديات كثير من دول العالم .

ولم يشذ المشرع الضريبي الليبي عن هذه السياسة فقد منح إعفاءات جزئية وكلية لأغراض وأهداف اجتماعية وإنسانية ، واقتصادية ، وسياسية ، وعلمية ، وتربوية ، ودينية ، مما جعل من هذا التوجه سياسة راسخة عززت قانونية هذا الحق ، حيث لا يحق للإدارة حتى يرضى الممول أن تستقطع أموالاً

(1) . لمزيد من الاطلاع انظر : د. حلمي مجيد الحمدي ، في المالية العامة الناشر الجامعة المفتوحة ، 1992م . ص208 .

وانظر : د. أسعد ظاهر ، النظم الحديثة في الإعفاءات الضريبية ، 2002م ، ص123 .
وانظر : د. صفوت عبد السلام عوض الله ، الحوافز الضريبية وأثرها على الاستثمار والتنمية في مصر ، الناشر دار النهضة العربية القاهرة ، 2002م ، ص8 .
وانظر : د. الوليد صالح عبد العزيز ، حوافز الاستثمارات وفقاً لأحدث التشريعات الاقتصادية ، الناشر دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2005م ، ص63 .
وانظر : د. حامد عبد المجيد دراز ، دراسات في السياسة المالية ، الناشر الدار الجامعية للطباعة والنشر الإسكندرية ، 1988م ، ص205 .
وانظر : فتح الله مصباح عمران ، الضريبة على الدخل ودورها الاقتصادي في التشريع الليبي ، رسالة ماجستير في القانون العام كلية القانون ترهونة ، جامعة المرقب ، 2005 - 2006م ، ص117 .
وانظر : سارة محمد الفرجاني ، دور الحوافز الضريبية في جذب الاستثمار الأجنبي ، رسالة ماجستير في القانون العام ، كلية القانون - جامعة الفاتح ، 2008م ، ص13 .
وانظر : أمال أحمد محمد البوسيفي ، الإعفاءات الضريبية الاجتماعية في التشريع المالي الليبي والمقارن ، رسالة ماجستير في القانون العام ، كلية القانون - جامعة الفاتح ، 2008م ، ص63 .
وانظر : د. أمين السيد لطفي ، تحليل وتقييم الحوافز والإعفاءات الضريبية ، الناشر دار النهضة العربية القاهرة ، 1997م ، ص8 .

من الممولين شملها الإعفاء الضريبي حيث يعتبر هذا الحق حقاً مقدساً ضمنه القانون لا يجوز للإدارة الضريبية انتهاكه ، أو مناقشة أسبابه أو أهدافه ، وقد يكون الإعفاء جزئياً ، وقد يكون إعفاءً كلياً .

وقد سار المشرع الضريبي المصري في نفس هذا الاتجاه وأقر بحقوق الممولين في التمتع بالإعفاءات الضريبية الجزئية والكلية ، وأيضاً سار على نفس النهج المشرع الضريبي المغربي ، وأيضاً المشرع الضريبي التونسي ، خاصة وأن هذه الدول تشهد انفتاحاً اقتصادياً وإصلاحات اقتصادية جذرية ، مما جعل من سياسة الإعفاءات الضريبية سياسية رسمية لتحقيق الإصلاحات الاقتصادية .

وقد نص المشرع الضريبي الليبي على هذا الحق من خلال قانون ضرائب الدخل رقم (11) لسنة 2004م من خلال المادة (34) ، وأيضاً المادة (37) ، والمادة (58) ، وأيضاً المادة (104) ، والتي نصت على إعفاءات لأسباب إنسانية وظروف قاهرة لا دخل للممول بها .

كما نص قانون ضريبة الدمغة رقم (12) لسنة 2004م على بعض الإعفاءات الكلية والجزئية لصالح الممولين ، من خلال نص المادة (22) .

كما نص القانون رقم (5) لسنة 1426 بشأن تشجيع رؤوس الأموال الأجنبية ، على طائفة واسعة من الإعفاءات الضريبية الكلية والجزئية ، لجذب الاستثمارات الأجنبية تناولتها المواد الآتية : مادة (10) ، (14) والتي منحت إعفاءات ضريبية للممولين شملت رأس المال ، ومعدات الإنتاج والتشغيل . لذا نستنتج من خلال هذه الدراسة رسوخ حق الممول في التمتع بالإعفاءات الضريبية المقررة قانوناً وإن اختلفت الدول في أنواع ومدى هذه الإعفاءات .

المبحث الثاني

الحقوق الضمنية للممول

يقصد بالحقوق الضمنية للممول الحقوق غير المباشرة والتي لم ينص عليها التشريع الضريبي صراحة وبصورة مباشرة ، وقطعية ، وإنما هي حقوق اكتسبت ووجدت مرجعيتها في مبادئ العدل والإنصاف ، والقانون الطبيعي ، وأحكام المحاكم ، وكتابات ونظريات وأفكار الفقه القانوني⁽¹⁾ ، وأيضاً في صلب الممارسات الإدارية وفي بعض القوانين غير الضريبية ، وأحياناً نتيجة تأويل وتفسير بعض النصوص القانونية في محاولة لتأسيس حق غير منصوص عليه صراحة ، وتأتي أهمية دراسة هذه الحقوق في محاولة جادة لتسليط الضوء على حقوق الممول ، وأهمية التوسع فيها وحصرها في صلب وثيقة قانونية واحدة أسوة بالتشريع الضريبي التونسي الذي يعد أنموذجاً حضارياً على مستوى التشريعات العربية الضريبية ، والذي أفرد مجلة خاصة بحقوق الممول على سبيل الحصر .

لذا نأمل من المشرع الضريبي الليبي أن يتبنى سياسة تشريعية ضريبية جديدة ، تقوم على التوازن في العلاقة بين طرفي المعادلة الضريبية الممول والإدارة الضريبية ، كما نأمل من دراستنا للحقوق الضمنية تسليط الأضواء عليها وإدماجها ضمن الحقوق المباشرة والصريحة ، والنص عليها مباشرة في صلب

(1) . انظر حول هذا الموضوع : د. منصور ميلاد يونس ، مبادئ المالية العامة ، منشورات الجامعة المفتوحة ، الطبعة الثالثة ، 1997 ، ص134 .

وانظر أيضاً : هند عبد اللطيف اسكندر ، المنازعات الضريبية من خلال مقارنة بين تشريع الزكاة والضرائب الوظيفية ، بحث مقدم للمؤتمر الضريبي الثامن عنوان إصلاح ضرائب الدخل في ضوء المتغيرات المحلية والدولية ، المنعقد في الفترة من 7 - 10 ديسمبر 2003 م . الناشر دار الدفاع الجوي مدينة نصر القاهرة ، ص3 . وانظر : د. صالح نعوش ، الضرائب المباشرة في المغرب ، الناشر دار المدارس الدار البيضاء ، الطبعة الأولى ، 1986م ، ص5 .

القوانين الضريبية .

ويمكن إجمال أهم حقوق الممول الضمنية في الفقرات الآتية :

الفقرة الأولى:

حق الممول في اللجوء إلى القضاء:

على الرغم من أن حق اللجوء إلى القضاء هو حق دستوري أقرته جميع دساتير العالم ، وهو من الحقوق الأساسية لأي إنسان ، ولا يحتاج النص عليه لضمان ممارسه فهو من الحقوق اللصيقة بالإنسان ، إلا أن التشريع الضريبي الليبي خالف هذه القواعد الدستورية الأساسية ووضع نظاماً شبه قضائي لحسم المنازعات الضريبية ، وهو نظام مختلط يتكون من أعضاء هيئات قضائية وعدد من الموظفين مما يجعل من هذه الهيئة المشتركة هيئة إدارية ، والقرارات الصادرة عنها ليست أحكاماً قضائية بل قرارات إدارية ، وقد حدد التشريع الضريبي الليبي من خلال القانون رقم (11) لسنة 1372 و.ر. 2004م بشأن ضرائب الدخل ، جميع إجراءات الطعن والخصومة ضد الإدارة الضريبية...

حيث نصت المادة (6) على صلاحية اللجان الابتدائية في الفصل في

المنازعات الضريبية ، والتي تتشكل من قضاة وموظفين إداريين.

كما نصت المادة (14) على تشكيل اللجان الاستئنافية ضد قرارات

اللجان الابتدائية ، حيث اعتبر القانون قراراتها نهائية والزامية لجميع الأطراف ، مما يؤكد استبعاد التشريع الضريبي لحق اللجوء إلى القضاء ، وهذه ثغرة ونقطة ضعف في التشريع الضريبي الليبي تحتاج إلى إعادة نظر لضمان العدالة عموماً والعدالة الضريبية خصوصاً .

إلا أن قانون إنشاء دوائر القضاء الإداري رقم (88) لسنة 1971م فتح

نافذة أمام حقوق الممولين ، حيث منح دوائر القضاء الإداري بمحاكم الاستئناف

النظر في الدعاوي ضد القرارات الصادرة عن لجان مختلطة ، التي اعتبرها قرارات إدارية قابلة للطعن فيها أمام القضاء الإداري، مما رسّخ هذا الحق ولو كان منقوصاً حيث حصر القانون قبول الطعن على سبيل الحصر . حيث نصت المادة الثانية على الآتي : ((تختص دائرة القضاء الإداري دون غيرها بالفصل في : 5 - الطلبات التي يقدمها الأفراد ، أو الهيئات ، بإلغاء القرارات الإدارية النهائية ويشترط لقبول الطلبات المنصوص عليها في البنود (2 . 3 . 4 . 5 . 6) من الفقرة السابقة أن يكون مرجع الطعن عدم الاختصاص . أو وجود عيب في الشكل، أو مخالفة القوانين أو اللوائح ، أو الخطأ في تطبيقها أو إساءة استعمال السلطة))⁽¹⁾.

يتضح جلياً من خلال نص القانون الاعتراف بحق الممول في اللجوء إلى القضاء لإنصافه من قرارات الإدارة وإن كان ورد منقوصاً ومشروطاً، مما يضعف من فاعلية هذه الضمانة القانونية الهامة على عكس تشريعات ضريبية لدول أخرى ومنها التشريع الضريبي المغربي ، الذي نص مباشرة على حق الممول في اللجوء إلى القضاء لمنازعة الإدارة الضريبية دون قيود، أو اشتراطات، حيث تطرق الباب الثاني من مدونة الضرائب المغربية تحت عنوان المسطرة القضائية المادة (35)، التي جاء نصها كالتالي : ((يجوز للخاضع للضرائب أن ينازع عن طريق المحاكم في الضرائب المفروضة على إثر المقررات الصادرة عن اللجان المحلية لتقدير الضريبة ، التي أصبحت نهائية ...))⁽²⁾.

كما أكدت المادة (36) من المدونة هذا الحق : ((إذا لم يقبل الخاضع للضريبة القرار الصادر عن الإدارة ، عقب بحث مطالبه ، جاز له أن يرفع الأمر

(1) - لمزيد من الاطلاع حول هذا الموضوع راجع : فرج يوسف الصلابي ، المنازعات الضريبية في القانون الليبي ، منشورات جامعة قار يونس ، الطبعة الأولى ، 1999م ، ص 353.

(2) . انظر المدونة الجديدة للضرائب المغربية المحدثة بقانون المالية لسنة 2006م، مرجع سابق ، ص 210.

إلى المحكمة المختصة (...))⁽¹⁾.

يتضح جلياً من هذه النصوص حقوق الممول في التشريع المغربي في اللجوء للقضاء لإنصافه ، كما سار المشرع الضريبي المصري في نفس الاتجاه حيث نص مباشرة على حق الممول في اللجوء إلى القضاء بعد اعتراضه على قرارات اللجان الضريبية الإدارية ، حيث نصت المادة (161) من قانون ضرائب الدخل المصري رقم (187) لسنة 1993م على الآتي : ((لكل من مصلحة الضرائب ، والممول ، الطعن في قرار اللجنة أمام المحكمة الابتدائية منعقدة بهيئة تجارية خلال ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان بالقرار ...))⁽²⁾.

كما نصت المادة (162) من نص القانون على : ((ليكون الطعن في الحكم الصادر من المحكمة الابتدائية بطريق الاستئناف ، أياً كانت قيمة النزاع ...))⁽³⁾.

يبرز جلياً من خلال هذه النصوص اعتراف المشرع الضريبي المصري بحق الممول في اللجوء إلى القضاء ، لذا نأمل من المشرع الليبي سلك مسلك المشرع المغربي والمصري والاعتراف بحق الممول في اللجوء إلى القضاء ، الذي يُعتبر من أهم الضمانات في التشريعات الضريبية الحديثة .

الفقرة الثانية:

حق الممول في الاطلاع على الملف الضريبي:

تجاهل التشريع الضريبي الليبي النص مباشرة على حق الممول في الاطلاع على جميع المستندات ، والوثائق الخاصة بملفه الضريبي .
وانما تمت الإشارة إلى هذا الحق بصورة غير مباشرة ومشروطة من خلال

(1) . انظر المدونة الجديدة للضرائب المغربية المحدثه بقانون المالية لسنة 2006م، مرجع سابق ، ص 211.

(2) . انظر قانون ضرائب الدخل المصري رقم (187) لسنة 1993م ، مرجع سابق ، ص 149.

(3) . انظر : المرجع السابق ، ص 149.

اللائحة التنفيذية لقانون ضرائب الدخل رقم (11) لسنة 1372 و.ر الصادرة بمقتضى قرار اللجنة الشعبية العامة رقم (157) لسنة 1372 و.ر 2004م، حيث نص الفصل الثالث تحت عنوان إجراءات التظلم والطعن :

(المادة 14) ((للممول أو من يمثله قانوناً، أن يطعن على ملفه ليتبين الأسباب التي استندت إليها المصلحة فيما أجرته من تعديلات ، أو تصحيحات ، على إقراره وأسس احتساب الضريبة ، وعناصر ربطها سواء كان الربط أصلياً أم إضافياً .

يتضح جلياً من خلال نص هذه المادة اعترافها بحق الممول ولكنها وضعت قيوداً واشترطات حددت من فاعلية هذا الحق ، وجرده من مضمونه ومحتواه ، وأدى إلى زعزعة الثقة في العلاقة بين الطرفين ، وهو سلوك غير عملي على الإطلاق حيث يجب على الإدارة الضريبية تسهيل إجراءات الاطلاع الممولين على ملفاتهم من أجل بناء جسر للتواصل والمشاركة بين طرفي العقد الضريبي لذا نأمل من المشرع الضريبي الليبي وأسوة بالتشريعات الضريبية المتقدمة ، النص مباشرة على حق الممول في الاطلاع على جميع الوثائق التي يحتويها ملفه ، حتى يطمئن على سلامة وصحة وقانونية جميع الإجراءات ، مما ينعكس إيجاباً على تعزيز الثقة والمصادقية في الإدارة الضريبية .

الفقرة الثالثة:

حق الممول في المحافظة على أسرار الشخصية والمهنية:

يعتبر هذا الحق من أهم حقوق الإنسان في عصرنا الحاضر ، لذا يجب النص مباشرة وبوضوح على حق الممول في المحافظة على أسرار الشخصية ، وممتلكاته، وحساباته المصرفية ، ودخله والمكافآت والعلاوات والمنح التي يحصل عليها ، وما يملكه من أموال وحسابات مصرفية ، وكذلك جميع مستندات شركاته ، أو مؤسساته التي يملكها أو يكون شريكاً بها .

ويشمل حق سرية المعلومات والبيانات جميع مراحل العملية الضريبية ، وحتى أثناء الخصومات والمنازعات الضريبية وضمنها سرية المحاكمات ، حتى لا تتسرب بيانات أو معلومات عن الممول تؤثر سلباً على مركزه المالي ، مثلما تجري سرية المحاكمات في قضايا الأحوال الشخصية حفاظاً على أسرار وخصوصيات العائلات .

لذا تطرق المشرع الليبي إلى هذا الحق ولكن بصورة عرضية وغامضة وغير دقيقة ، حيث نص القانون رقم (11) لسنة 1372 و.ر بشأن ضرائب الدخل في مادته رقم (101) على الآتي مادة (101) : ((كل شخص له بحكم وظيفته أو اختصاصه ، أو عمله ، شأن وفقاً لأحكام هذا القانون ، أو الفصل فيما يتعلق بها من منازعات ، ملزم بمراعاة أسرار الوظيفة ، ويظل هذا الالتزام قائماً حتى بعد تركه للخدمة (...))⁽¹⁾.

يتضح جلياً من خلال نص هذه المادة غموض النص وعدم وضوحه بحيث يصعب وضعه في خانة ضمانات الممول ، أو ضمانات الإدارة الضريبية .

لذا نأمل من المشرع الليبي إعادة النظر في حقوق الممول والنص صراحة وبصورة واقعية على حق الممول في المحافظة على أسرار الشخصية والمهنية ، والوظيفية ، ودخله وفي جميع مراحل العملية الضريبية ، وأثناء جلسات المحاكمات الضريبية لضمان استقرار المعاملات ، وحفظ التوازن في العلاقة بين طرفي العلاقة الضريبية ، وتحقيق المصلحة العامة . وقد جاء القانون الضريبي المصري أكثر وضوحاً فيما يتعلق بحق الممول في سرية ملفه الضريبي حيث نص قانون ضرائب الدخل المصري رقم (187) لسنة 1993م ، في مادته رقم (146) ، على الآتي : ((كل شخص يكون له بحكم وظيفته ، أو اختصاصه ، أو عمله ، شأن في ربط تحصيل الضرائب المنصوص عليها في هذا القانون ، أو في

(1) . انظر : قانون ضرائب الدخل رقم (11) لسنة 1372 و.ر - 2004م.

الفصل فيما يتعلق بها من منازعات ملزم بمراعاة سر المهنة. ولا يجوز لأي من العاملين بمصلحة الضرائب ممن لا يتصل عملهم بربط أو تحصيل الضرائب إعطاء آلية بيانات، أو اطلاع الغير على أي ورقة، أو بيان، أو ملف أو غيره ألا في الأحوال المصرح بها قانوناً...⁽¹⁾.

كما جاءت المادة (147) من قانون الضرائب المصري لحماية أسرار الممول حيث نصت على : ((لا يجوز إعطاء بيانات من الملفات الضريبية ، إلا بناء على طلب كتابي من الممول ...))⁽²⁾.

يظهر جلياً وضوح ضمانات حماية أسرار الممول في التشريع الضريبي المصري ، وإن لم تصل إلى مستوى التشريعات المتقدمة في هذا المجال ، لذا نأمل من المشرع الضريبي الليبي إعادة صياغة مواقفه تجاه ضمانات وحقوق الممول ، وإبرازها بصورة واضحة وصريحة وقطعية ، لا تحتل أي تأويل أو تفسير مزدوج من قبل الإدارة الضريبية ، وفي هذا السياق جاء التشريع الضريبي المغربي أكثر وضوحاً ودقة في الاعتراف بحق الممول في المحافظة على السر المهني ، حيث نصت المدونة الجديدة للضرائب المحدثه بقانون المالية لسنة 2006م وتحت تقسيم الباب الثاني بعنوان "السر المهني" المادة (38) التي جاء نصها كالتالي ((يلزم بكتمان السر المهني وفق أحكام التشريع الجنائي الجاري به العمل : كل شخص يشارك بمناسبة مزاوله مهامه ، أو اختصاصاته في تحديد الضرائب ، والواجبات والرسوم ومراقبتها ، واستيفائها ، أو المنازعات المتعلقة بها ، وكذا أعضاء اللجان المنصوص عليها في المادتين (16 - 17) أعلاه والمادة (47) من القانون (1789) السالف الذكر ، غير أنه لا يجوز لفتشي إدارة الضرائب أن يسلموا المعلومات أو نسخ العقود ، أو الوثائق ، أو السجلات ، التي في حوزتهم لأشخاص غير

(1). انظر : قانون ضرائب الدخل المصري رقم (187) لسنة 1993م، ص135.

(2). انظر : المرجع السابق ، ص135.

المتعاقدين ، أو الملزمين بالضريبة المعنيين أو خلفهم العام ، إلا بموجب أمر صادر عن القاضي المختص⁽¹⁾.

يبرز بكل وضوح ودقة من خلال نص هذه المادة حق الممول الصريح في حماية أسرارته ، حيث جاء القانون الضريبي المغربي أكثر وضوحاً في النص على هذا الحق من القانون المصري والليبي .

(1) - انظر: المدونة الجديدة للضرائب المحدثه بقانون المالية لسنة 2006م إعداد وتقديم امحمد لفروجي ، أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق الرباط ، الناشر مطبعة النجاح الجديدة ، الطبعة الأولى 2006م، ص211.

الخاتمة

بعد دراسة نقدية تحليلية لأهم حقوق الممول المباشرة والضمنية من خلال أحكام التشريع الضريبي الليبي ، والمقارن ، تم التوصل إلى النتائج الآتية :

أولاً - النتائج :

- 1 - هناك قصور وفراغ تشريعي كبير بالقانون الضريبي الليبي ، على صعيد الضمانات القانونية للممول ، الطرف الرئيسي في النظام القانوني الضريبي .
- 2 - انتهج المشرع الضريبي الليبي سياسة تقليدية ، تمثلت في منح الإدارة الضريبية كل الضمانات القانونية مع إهمال وتجاهل للممول الليبي .
- 3 - أغفل التشريع الضريبي الليبي النص على حقوق دستورية للممول مثل حق فرض الضرائب ، وتعديلها ، وربطها وإغائها ، بقوانين حصرية صادرة عن السلطة التشريعية ، وحظر اختصاص السلطة التنفيذية في مجال الضرائب والرسوم .
- 4 - غياب ضمانات قانونية هامة في التشريع الضريبي مثل عدم رجعية القانون الضريبي ، وحق الممول في اللجوء للقضاء ، وحماية أسرار الشخصية والمهنية .
- 5 - إغفال التشريع الضريبي الليبي لمبدأ العدالة الضريبية ، حيث هناك إجحاف بحق الممول فيما يتعلق بحجم الاستقطاعات الضريبية قياساً بدخل الممول ، مع عدم مراعاة المتغيرات مثل ارتفاع الأسعار ، والتضخم الاقتصادي ، والذي يجعل من الإعفاءات الضريبية بلا جدوى ، وفائدة ونفع للممول .
- 6 - عدم وضوح ويقينية التشريع الضريبي ، حيث هناك نصوص غامضة تفسرها الإدارة الضريبية دائماً لمصلحتها ، مما يتعارض مع قاعدة دستورية وهي

وضوح و يقينية التشريعات الضريبية .

7- عدم التوازن في التشريع الضريبي الليبي ، حيث جاء لخدمة الإدارة الضريبية على حساب حقوق الممول .

ثانياً - التوصيات :

- 1- أوصي بإعادة النظر في التشريعات الضريبية الليبية على أسس جديدة ، تأخذ في الحسبان كل أطراف المعادلة الضريبية ، لتحقيق مبدأ العدالة الضريبية.
- 2- أوصي بتبني أفكار المدرسة الحديثة فيما يتعلق بحقوق الممول في التشريعات الضريبية.
- 3- أوصي بإنشاء مجلس أعلى للسياسة الضريبية ، لدراسة واقع وأفاق التشريعات الضريبية ، ومراجعتها على أسس علمية وموضوعية ، ووضع سياسات استراتيجية لربط الضريبة بالتنمية.
- 4- إصدار قانون خاص بحقوق الممول يضم جميع الضمانات القانونية لإعادة الاعتبار للممول الطرف المغيّب والمنسي والمتجاهل في العلاقة الضريبية.
- 5- التركيز على نشر الوعي الضريبي ، وربط جسور التعاون وبناء الثقة بين طرفي المعادلة الضريبية ، وإعادة الاعتبار للممول واعتباره طرفاً فاعلاً وأساسياً في التنظيم الضريبي الليبي.

مصادر البحث

أولاً - الكتب :

- 1 - إبراهيم أبوخزام ، الوسيط في القانون الدستوري ، الناشر دار الكتاب الجديد المتحدة ، بيروت ، ط (1) ، 2001م.
- 2 - أسعد طاهر أحمد ، النظم الحديثة في الإعفاءات الضريبية. بدون ناشر . 2002م.
- 3 - أمين السيد لطفي ، تحليل وتقييم الحوافز والإعفاءات الضريبية ، الناشر دار النهضة العربية القاهرة ، 1997م.
- 4 - حامد عبد المجيد دراز ، دراسات في السياسة المالية ، الناشر الدار الجامعية للطباعة والنشر الإسكندرية ، 1988م.
- 5 - حلمي مجيد الحمدي ، في المالية العامة ، الناشر الجامعة المفتوحة ، 1992م.
- 6 - صباح نعوش ، الضرائب المباشرة في المغرب ، الناشر دار المدارس الدار البيضاء ، ط (1) ، 1986م.
- 7 - صفوت عبد السلام عبد الله ، الحوافز الضريبية وأثرها على الاستثمار والتنمية في مصر ، الناشر دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002م.
- 8 - علي الباز ، الرقابة على دستورية القوانين في مصر والأنظمة الدستورية العربية والأجنبية ، الناشر مكتبة الإشعاع الفنية ، 2001م.
- 9 - علي كريمي ، حقوق الإنسان تطورها ومرجعيتها ، الناشر مطبعة دار النشر المغربية الدار البيضاء ، ط (1) ، 1999م.
- 10 - فرج يوسف الصلابي ، المنازعات الضريبية في القانون الليبي ، منشورات جامعة قاريونس ، ط (1) ، 1999م.
- 11 - منصور ميلاد يونس ، مبادئ المالية العامة ، منشورات الجامعة المفتوحة ، ط (3) ، 1997م.

- 12- ميلود عبد الله المهذبي ، إبراهيم أبو خزام ، الوجيز في القانون الدستوري ، الناشر مكتبة طرابلس العلمية العالمية ، ط (1) ، 1996م .
- 13- الوليد صالح عبد العزيز ، حوافز الاستثمار وفقاً لأحدث التشريعات الاقتصادية ، الناشر دار النهضة العربية ، القاهرة 2005م .

ثانياً - الرسائل العلمية:

- 1- أمال أحمد البوسيفي ، الإعفاءات الضريبية الاجتماعية في التشريع المالي الليبي والمقارن ، رسالة ماجستير في القانون العام ، كلية القانون جامعة الفاتح ، 2007 - 2008م .
- 2- سارة محمد الفرجاني ، دور الحوافز الضريبية في جذب الاستثمار الأجنبي ، رسالة ماجستير في القانون العام ، كلية القانون جامعة الفاتح ، 2007 - 2008م .
- 3- عبد الله عمر البكوش ، الإعفاءات الضريبية ودورها في الاستثمار الأجنبي دراسة مقارنة في ضوء أحكام القانون المصري والليبي ، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون العام ، كلية القانون جامعة الفاتح 2005 - 2006م .
- 4- فتح الله مصباح عمران ، الضريبة على الدخل ودورها الاقتصادي في التشريع الليبي ، رسالة ماجستير في القانون العام ، كلية القانون ، ترهونة - جامعة المرقب ، 2005 - 2006م .

ثالثاً - الندوات والمؤتمرات:

- 1- هند عبد اللطيف اسكندر، المنازعات الضريبية من خلال مقارنة بين تشريع الزكاة والضرائب الوضعية، بحت مقدم للمؤتمر الضريبي الثامن تحت عنوان إصلاح ضرائب الدخل في ضوء المتغيرات المحلية والدولية، المنعقد في الفترة من 7- 10 ديسمبر 2003م، القاهرة.

رابعاً - القوانين واللوائح:

- 1- مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة، سلسلة نصوص ووثائق (138) منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، الطبعة الثانية 2005 المغرب
- 2- مجموعة التشريعات المالية، إعداد اللجنة الشعبية للمالية والتخطيط بشعبية طرابلس، 2002م.
- 3- قانون ضرائب الدخل الليبي رقم (11) لسنة 1372 و.ر- 2004م.
- 4- قانون ضريبة الدمغة الليبي رقم (12) لسنة 1372 و.ر- 2004م.
- 5- اللائحة التنفيذية لقانون ضرائب الدخل الليبي الصادرة بمقتضى قرار اللجنة الشعبية العامة رقم (157) لسنة 1372 و.ر- 2004م.
- 6- قانون تشجيع رؤوس الأموال الأجنبية رقم (5) لسنة 1426م.
- 7- المدونة الجديدة للضرائب المحدثه بقانون المالية لسنة 2006م مجموعة النصوص القانونية المغربية، العدد (2)، الناشر مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء - المغرب .
- 8- قانون الدخل المصري رقم (187) لسنة 1993م ولائحته التنفيذية.
- 9- القانون الضريبي المغربي، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد (59) لسنة 2005م.

تعليق على قرار اللجنة الشعبية العامة رقم (435) لسنة 1376 و.ر.
 (2008م) بتحديد مراتب أعضاء هيئة التدريس الذين تتعاقد
 معهم الجامعات ومؤسسات التعليم العالي⁽¹⁾

أ. طارق محمد الجملي
 عضو هيئة التدريس بكلية القانون
 جامعة قاربيونس

تقديم :

بصدور قرار اللجنة الشعبية العامة رقم " 435 " لسنة 1376 و.ر. 2008م بتحديد مراتب أعضاء هيئة التدريس الذين تتعاقد معهم الجامعات ومؤسسات التعليم العالي⁽²⁾، أثير الكثير من التساؤلات حول النظام الذي استحدثه هذا القرار بشأن العلاقة الوظيفية لأعضاء هيئة التدريس الليبيين بالجامعات، ذلك النظام الذي بموجبه لم يعد عضو هيئة التدريس الجامعي يتمتع بوضع وظيفي لأحي صرف، وإنما علاقته بالجامعة وفقاً للضهم السائدة للائحة المذكورة أعلاه باتت علاقة تعاقدية، بمعنى إنها تخضع من حيث حقوق عضو هيئة التدريس ومدة علاقته بالجامعة لما هو متفق عليه بالعقد وفي ما عدا ذلك اللوائح والقوانين النافذة، وربما يمكن أن نقول إنها تخضع لما تقرر بالعقد وليس للعضو سوى التسليم بما جاء فيه، ولا ننكر هنا بأن هذا النوع من العقود معترف به قانوناً بوصفها عقوداً نموذجية لا يحق فيها لأحد أطراف العقد وهو الطرف الضعيف سوى القبول أو الرفض، ونحن هنا لا نغير هذه المسألة اهتماماً بقدر ما نرى أن ثمة الكثير من التساؤلات التي تثار حول مضمون هذا النظام الجديد تعد في نظرنا جديرة بالتصدي لها لمحاولة إعطاء إجابات تمكن من

(1) مرفق طيه صورة من القرار موضوع التعليق ونسخة من نموذج العقد .

(2) إن أول قرار صدر باستحداث نظام العقود بالنسبة لأعضاء هيئة التدريس بالجامعة هو القرار رقم 155 لسنة 2007م، وقد أُلغي بالقرار موضوع التعليق قبل أن يجد طريقه إلى التطبيق .

تحديد مدى مشروعيتها و تفاعدي ما يمكن أن يشوب تطبيقه من فهم خاطئ قد تترتب عليه نتائج لم تكن مقصودة عند إقراره .

ولذا فإننا من خلال هذه الفسحة القانونية سنحاول طرح أهم الإشكاليات القانونية التي يثيرها نظام التعاقد فيما يخص أعضاء هيئة التدريس الجامعي الوطنيين وفقاً للقرار المذكور أعلاه ، ونأمل من خلال ذلك أن نقدم إجابات عن تساؤلات رأينا أنها تستحق البحث، وهو ما سنعرضه فيما يلي في شكل طرح سؤال ومحاولة إعطاء إجابة قانونية تتفق وصحيح القانون من وجهة نظرنا ، لذا سنقسم هذا التعليق إلى نقطتين ، الأولى : نتناول فيها مشروعية القرار موضوع التعليق ، والثانية آثار هذا القرار ، وذلك على النحو التالي :

النقطة الأولى

مشروعية القرار موضوع التعليق

لبحث مشروعية القرار موضوع التعليق ينبغي أن نتناول مسألتين

رئيسيتين هما :

الأولى : حق جهة الإدارة في إقرار الزيادة لمرتبات أعضاء هيئة التدريس والثانية : حق جهة الإدارة في تنظيم العلاقة الوظيفية لأعضاء هيئة التدريس ، وذلك باعتبار أن القرار موضوع التعليق قد تناول هذين الحكمين ، أو بمعنى أوضح فإنه قد استحدث هذين النظامين ما يقتضي بحث مشروعيته بشأن كل نظام على حده وذلك على النحو التالي :

1 - مشروعية القرار من حيث إقرار الزيادة لمرتبات أعضاء هيئة التدريس:

من القواعد العامة أن جهة الإدارة تملك أن تنظم بعض الأوضاع بموجب لوائح ، بحيث تكون هذه اللوائح هي المصدر المباشر للقواعد التي تحكم

تلك الأوضاع ، وتسمى هذه اللوائح باللوائح المستقلة تمييزاً لها عن اللوائح التنفيذية ، ومن تلك اللوائح : اللوائح التنظيمية ، غير أنه يشترط لتمتع السلطة التنفيذية بالاختصاص لإصدار هذه اللوائح ألا تكون الأوضاع التي يتم تنظيمها تمس الحقوق المباشرة للأفراد⁽¹⁾ ، إذ هذا النوع من الحقوق ينبغي أن ينظم بقانون ، ولذا فلا يتصور أن تنظم جهة الإدارة مثل هذه الأوضاع إلا بموجب تفويض من السلطة التشريعية لتكون اللائحة التي تنظم هذا الوضع لائحة تفويضية لا تنظيمية ، ولذا فإننا نتساءل عن نوع الحق الذي نظمه القرار موضوع التعليق أهو حق فردي ؟ وما نوع هذا القرار ، تنفيذي أم لائحي ؟

إن مسألة تنظيم مراتب أعضاء هيئة التدريس من المسائل التشريعية التي يجب أن يتم تنظيمها بقانون لا بمجرد لائحة لكون هذا الموضوع بطبيعته لا ينظم إلا بقانون لأنه يتعلق بحقوق الأفراد هذا من ناحية ، ولأن مسألة تحديد مراتب الموظفين العاملين في الدولة قد نظمت بقانون⁽²⁾ ومن ثم فلا ينبغي أن يرد على تلك الأحكام استثناء بموجب قرار ، إذ الاستثناء على القانون لا يتقرر إلا بقانون ، فما سند جهة الإدارة في تحديد مراتب أعضاء هيئة التدريس بموجب القرار موضوع التعليق ؟

يبدو أن جهة الإدارة تستند في ذلك للمادة 3/8 من القانون رقم 1 بشأن تنظيم التعليم العالي⁽³⁾ حينما نصت على أنه : (وتنظم باللائحة خاصة تصدر عن اللجنة الشعبية العامة بناء على عرض من اللجنة الشعبية العامة للتعليم العالي أوضاع أعضاء هيئة التدريس والقواعد المتعلقة بتعيينهم والتعاقد معهم

(1) د. محمد مختار عثمان ، المبادئ والأحكام القانونية للإدارة الشعبية بالجمهورية ، منشورات جامعة قاريونس ، بنغازي ، ص 537.

(2) وهو القانون رقم 15 بشأن نظام المراتب للعاملين في الجماهيرية العربية الليبية الاشتراكية ، منشور بالجريدة الرسمية ، العدد التاسع عشر ، ديسمبر 1981 .

(3) الجريدة الرسمية ، العدد السادس عشر ، السنة الثلاثون ، 1992/7/19 م .

وترقياتهم ودرجاتهم العلمية وجدول مرتباتهم والحوافز المعنوية و المادية الممنوحة لهم وقواعد تأديبهم وسائر شؤونهم الوظيفية الأخرى) إذ بموجب هذا النص تملك اللجنة الشعبية العامة إصدار قرار لتحديد مرتبات أعضاء هيئة التدريس ، فالمرتبات تنظم بجدول ، وقد اسند القانون للجنة الشعبية العامة ممارسة هذا الاختصاص ، بحيث يكون الذي قرره المادة الثامنة المذكورة استثناء يقيد عموم القانون رقم (15) بشأن نظام المرتبات⁽¹⁾؛ إذ القانون رقم (1) بشأن التعليم العالي يعد هو القانون الخاص في شأن تحديد مرتبات أعضاء هيئة التدريس ، والقانون رقم (15) يعد قانوناً عاماً في شأن تحديد المرتبات عموماً ، والخاص يقيد العام ، ولا وجه للقول هنا بأن القانون رقم (15) هو القانون الخاص في شأن تحديد المرتبات والقانون رقم (1) سيكون القانون العام لكونه يتعلق بتنظيم الوضع الوظيفي لعضو هيئة التدريس بوجه عام ؛ إذ العبرة في تحديد العام والخاص في هذا الشأن هي بالشريحة المراد تحديد مرتباتها ، فالقانون رقم (1) هو القانون الخاص في شأن تحديد مرتبات أعضاء هيئة التدريس، ليكون القانون رقم (15) هو القانون العام في شأن تحديد المرتبات للعاملين في القطاعات الممولة من الخزينة العامة للدولة ، فيستبعد تطبيقه طبقاً للقاعدة المتقدمة.

ولا تصح المجادلة في اختصاص اللجنة الشعبية العامة بتحديد مرتبات أعضاء هيئة التدريس بمقولة إن القانون رقم (1) المذكور لم يفوضها في وضع نظام جديد للمرتبات ، وإنما أعطاها الاختصاص بوضع جدول للمرتبات في حدود ما هو مقرر بالقانون رقم 15 ، فهذا القول مردود عليه بأن المرتبات تحدد بجدول لا بنص قانوني ، ولذلك فإن إسناد الاختصاص للجنة الشعبية العامة بوضع جدول مرتبات أعضاء هيئة التدريس هو في الواقع تفويضها في تحديد

(1) القانون رقم 15 بشأن نظام المرتبات للعاملين في الجماهيرية العربية الليبية الاشتراكية ، سبقت الإشارة إليه.

مرتباتهم بشكل مستقل عما هو مقرر في القانون رقم 15 ، وإلا ما كان بالمشرع حاجة للنص على هذا الحكم وكان الأولى السكوت عنه ليخضع للقواعد العامة، وهو ما لم يلتزمه المشرع ومن ثم يفسر على هدي الفهم المتقدم .

و يلاحظ أن المادة الثامنة المشار إليها في حقيقة الأمر قد فوّضت اللجنة الشعبية العامة في شأن تحديد مراتب أعضاء هيئة التدريس ، ومن ثم فإن القرار موضوع التعليق هو قرار تفويضي لا تنفيذي ، إذ القانون المذكور لم يتناول حكم المسألة وأحال بشأنها للوائح ، وهذا بتقديرنا يجعل القرار قراراً تفويضياً ، ولهذا التمييز أهميته ، ففكرة التفويض - على ما يبدو - في النظام الجماهيري تُعد من المسائل المرفوضة تماماً ، فلا تملك أية جهة بما فيها الشعب نفسه أن تفوّض جهة أخرى ولو كانت اللجنة الشعبية العامة لممارسة اختصاص تشريعي مما يجب ممارسته من المؤتمرات الشعبية صاحبة السلطة ، إذ لا نيابة عن الشعب ، وهذا قد يقودنا إلى نتيجة مفادها عدم دستورية المادة الثامنة من القانون المذكور لمخالفتها أهم مبادئ النظام الجماهيري " لا نيابة عن الشعب " باعتبار أن المسألة موضوع التنظيم مما يجب أن يتناولها قانون ، أي أن تنظم من قبل السلطة التشريعية ، وهي المؤتمرات الشعبية في النظام الجماهيري ، وهو ما قد يعني أن القرار موضوع التعليق إذ صدر بناء على ذلك التفويض فهو غير مشروع أي غير دستوري ، ما يجعله جديراً بالطعن عليه بعدم الدستورية⁽¹⁾ ،

(1) يلاحظ أن المادة (1) من القانون رقم 17 لسنة 1994م بتعديل القانون رقم 6 لسنة 1986م بإعادة تنظيم المحكمة العليا نصّت على اختصاص المحكمة العليا بالطعون المتعلقة بأي تشريع يكون مخالفاً للدستور ، وهذه الصياغة قد تثير التساؤل حول مدى اختصاص المحكمة العليا بالطعون المتعلقة بالقرارات اللائحية المخالفة للنظام الدستوري ، ومرد هذا التساؤل استعمال المشرع للفظ "تشريع" ، فهل يقصد بذلك التشريع العادي دون سواه ؟ نعتقد أن النص يستوعب أكثر من ذلك الفهم ، بحيث يمكن القول إن مصطلح "تشريع" يتسع ليشمل التشريع اللائحي ؛ إذ هذا هو المعنى الذي ينصرف إليه هذا المصطلح إذا أُطلق من أي قيد ، فلا خلاف على كون القرار اللائحي تشريعاً ، ولا وجه هنا للمقارنة بين صياغة النص في وضعه الحالي وصياغته قبل التعديل ، والتي كانت تنص صراحة على الاختصاص في هذا الشأن للمحكمة العليا =

فما مدى سلامة هذا الفهم ؟

إن التفويض المرفوض وفقاً لفلسفة سلطة الشعب ذلك الذي يترتب عليه سلب الشعب سلطته، وهذا لا يتحقق إلا إذا كان هناك اغتصاب للسلطة، لذا فإن محض التفويض ليس مرفوضاً لذاته ما لم ينطوي على اغتصاب السلطة، ومن ثم فإن التفويض الصادر عن الشعب لأية جهة لتنظيم وضع ما وإن كان من اختصاص المؤتمرات لا يعد غصباً للسلطة ولا منافسة للشعب في ممارسته لها مادامت تلك المسألة ليست من مسائل السلطة، فلا نيابة عن الشعب في ممارسة السلطة وفيما عدا ذلك فهو جائز، والقول بغير ذلك يفضي إلى تجريد العديد من القواعد التي تنطوي على معنى التفويض في ظل نظامنا القانوني من المشروعية، فلو أردنا أن نتوسع في فهم مصطلح التفويض المحظور لانتهينا إلى عدم مشروعية وجود نظام النيابة العامة كجهة تحقيق واتهام تنوب عن الشعب في ممارسة هذه الوظيفة، فهذه مسألة تفويض في الاختصاص لا في السلطة، ومن هنا نخلص إلى أن الحساسية التي يثيرها لفظ نيابة أو تفويض هي في الواقع ناتجة - برأينا - عن الفهم غير الدقيق لهذا المفهوم وفقاً لمعناه في ظل فلسفة سلطة الشعب .

ولما كانت مسألة تحديد مرتبات أعضاء هيئة التدريس لا تعد من مسائل السلطة فإن التفويض بشأنها لا يعد خروجاً عن ضوابط سلطة الشعب، بل قد يعد التفويض وسيلة لتخفيف الأعباء عن السلطة التشريعية ولتحقيق نتائج أفضل في كثير من الأحوال، ومع ذلك فإننا نرى أن مسلك المشرع

= المتعلقة بأي إجراء مخالف للدستور؛ إذ اقتصر النص بعد التعديل على الطعون المتعلقة بالتشريع لا يخرج التشريع اللائح من دائرة الاختصاص لكونه يتمتع بصفة التشريع، ولذلك فإن هذه القرارات إذا اعترها أي عيب من العيوب التي تجعلها محلاً للطعن عليها، فإن الاختصاص بالطعن يكون لدوائر القضاء الإداري بمحاكم الاستئناف ما لم يكن وجه الطعن متعلقاً بمخالفة قاعدة دستورية آنذاك فالاختصاص يكون للمحكمة العليا على نحو ما قدّمنا.

الليبي في المادة الثامنة المذكورة لا يبدو مسلماً محموداً ، إذ وإن كنا نرى جواز التفويض في شأن المسألة موضوع التعليق إلا أننا لا نؤيد الإسراف في هذا التفويض ، فهذا الأخير ضرورة تقدر بقدرها ، ولذا فإن المشرع إذ أوكل " فوض " للجنة الشعبية العامة مهمة تنظيم كافة المسائل التي تخص عضو هيئة التدريس فإنه بذلك قد وسع من نطاق التفويض دون مقتضى ، فذلك وإن لم يكن مؤثراً في مشروعية القرار⁽¹⁾ إلا أنه ينبئ - بتقديرنا - عن سياسة تشريعية غير مرغوب فيها ، وهو ما يقتضي تدخل المشرع لتحديد نطاق التفويض بالقدر الذي تقتضيه الضرورة .

عليه ومما تقدم نخلص إلى أن القرار موضوع التعليق يستند في شأن زيادة مرتبات أعضاء هيئة التدريس على التفويض المقرر بالمادة الثامنة من القانون رقم (1) بشأن تنظيم التعليم العالي وهو ما يضي عليه المشروعية من هذا الجانب .

2 - مشروعية القرار من حيث استحداث نظام العقود :

إذا كان من المتفق عليه أنه يمكن قانوناً تغيير المركز القانوني للموظف دون أن يتمسك في مواجهة الإدارة بفكرة الحق المكتسب ، فإن ذلك مقيد بشرطين :

الأول : وهو ألا تكون تلك المراكز مراكز فردية ؛ إذ الحق في التعديل يقتصر على المراكز اللائحية فقط ، فإذا اكتسب الموظف حقاً بموجب قرار

(1) خلافاً لذلك يرى البعض أن التوسع في تفويض السلطة التنفيذية لممارسة اختصاص تشريعي دون تحديد نطاق هذا التفويض في مسائل يعينها يعد خروجاً عن الشرعية الدستورية ، راجع في ذلك : د. أحمد فتحي سرور ، القانون الدستوري الجنائي ، ط الأولى ، دار الشروق ، القاهرة ، 2001 ، ص 45 .
وفي ظل نظامنا القانوني لا يمكن إعمال هذا القيد مع عدم وجود نص دستوري يقضي بذلك ؛ إذ الرأي المتقدم يستند في طرح هذا القيد على ما هو مقرر بالدستور المصري وهو ما لا يوجد حكم يقابله في القانون الليبي كما قدمت .

فردى فلا سبيل لسحب هذا الحق إلا بالطرق المحددة قانوناً.
 الثاني : إذا كان التعديل في المركز يطل الحقوق الفردية للموظف ،
 فلا يجوز تعديله إلا بقانون ، إذ اللوائح المستقلة لا تصلح لإنشاء أو تعديل أو
 إلغاء هذه المراكز إلا بتفويض كما سبقت الإشارة إلى ذلك .
 وإذا كنا سنتناول الشرط الأول في مقام من الفقرة الثانية من هذا
 التعليق لكونه يتعلق بأثار القرار ، فإننا هنا نتساءل عن مدى التزام اللجنة
 الشعبية العامة بالشرط الثاني عند إصدارها للقرار موضوع التعليق ؟ وبكلمة
 أوضح هل مسألة تنظيم العلاقة الوظيفية لعضو هيئة التدريس مما يجوز
 تنظيمه بقرار لأئحي ؟

أشرنا فيما سبق إلى أن نطاق اللائحة ينحصر عن تنظيم المسائل التي
 تمس حقوق الأفراد إلا بتفويض ، ولا شك أن مسألة تحديد العلاقة التي يرتبط
 بها الموظف بجهة الإدارة " قرار أم عقد " هي من صميم المسائل التي تمس حقوق
 الأفراد مباشرة ، ولذا يجب أن تنظم بقانون ، فضلاً عن أن القواعد العامة التي
 تحكم علاقة الموظف بالدولة حددها القانون والخروج عن تلك القواعد يعد
 استثناء والاستثناء على القانون لا يتقرر إلا بقانون كما سبقت الإشارة إلى
 ذلك ، فإذا كان القرار موضوع التعليق قد نظم مثل تلك العلاقة فإننا
 نتساءل عن مدى مشروعيته في ضوء ما تقدم ؟

لقد نصت المادة 3/8 من القانون رقم 1 لسنة 92 بشأن تنظيم التعليم
 العالي على أنه : "وتنظم باللائحة خاصة تصدر عن اللجنة الشعبية العامة بناء
 على عرض من اللجنة الشعبية العامة للتعليم العالي أوضاع أعضاء هيئة
 التدريس والقواعد المتعلقة بتعيينهم والتعاقد معهم وترقياتهم ودرجاتهم
 العلمية وجدول مرتباتهم والحوافز المعنوية والمادية الممنوحة لهم وقواعد

تأديبهم وسائر شؤونهم الوظيفية الأخرى»⁽¹⁾ فهل هذا النص حينما فوّض اللجنة الشعبية العامة بتحديد القواعد المتعلقة بتعيين عضو هيئة التدريس والتعاقد معه قد فوضها في استحداث نظام التعاقد ليكون هو سند جهة الإدارة لإصدار القرار موضوع التعليق ؟

إن المادة المذكورة حينما أشارت إلى تفويض اللجنة الشعبية العامة في تحديد القواعد التي تحكم التعاقد مع عضو هيئة التدريس فإنها لم تفوض هذه الجهة في استحداث نظام تعاقد ، غاية ما في الأمر أن جهة الإدارة هي التي تحدد شروط التعاقد حينما يكون هذا النظام من الجائز اللجوء إليه ، فدور جهة الإدارة قاصر على تحديد الشروط حينما يجيز القانون تطبيق هذا النظام ، وهذا ما يفهم بوضوح من عبارات النص ، حينما قصر دور اللجنة الشعبية على وضع القواعد ولم يفوضها في استحداث النظام ، فالقواعد توضع لتنظيم وضع قائم ، وليس هناك تناقض في الفهم حينما رأينا أن هذه المادة فوضت اللجنة الشعبية العامة في تحديد مراتب الأعضاء وما نراه الآن من أنها لم تفوضها في استحداث نظام العقود ! إذ النص أعطى لهذه الجهة الاختصاص بتنظيم عدة مسائل منها القواعد المتعلقة بالتعاقد مع أعضاء هيئة التدريس ، وتنظيم جدول مراتبهم ، وهذه الصياغة للنص واضحة في دلالتها على المعنى الذي اعتمدها ، فصيما يتعلق بالمراتب فهي مفوضة في تنظيم جداولها ، وهذا تفويض بتحديد ما بمعزل عن القواعد المقررة في شأن من عدا أعضاء هيئة التدريس ، أما فيما يخص التعاقد معهم ، فهي مفوضة في وضع القواعد المتعلقة بالتعاقد ، أي ليست مفوضة في استحداث هذا النظام ، فدورها قاصر على وضع الشروط حينما يجيز القانون هذا النظام ، وبذلك ينتفي التناقض في فهم النص بشأن هاتين المسألتين ؛ ولذا يمكن القول إن هناك وضعاً قائماً عند صدور هذا النص

(1) سبقت الإشارة إليها .

يجوز في ظلّه اللجوء إلى نظام التعاقد مع أعضاء هيئة التدريس.

فمتى يجوز تطبيق نظام العقود وفقاً للقانون؟ أي ما الحالة التي أجاز فيها القانون لجهة الإدارة تطبيق نظام العقود حتى يمكن القول إن المادة الثامنة المذكورة قد قصدها؟

إن فهم المادة الثامنة المذكورة لا يستقيم في تقديرنا إلا بتقريبها من المادة 28 من قانون الخدمة المدنية⁽¹⁾ التي تنص على أنه (يجوز عند الضرورة تعيين لبيين أو أجانب بعقود تحدد فيها مرتباتهم أو مكافآتهم وشروط استخدامهم الأخرى طبقاً لللائحة تصدر في هذا الشأن وتطبق عليهم أحكام هذا القانون واللوائح الصادرة بمقتضاه بالقدر الذي لا يتعارض مع أحكام اللائحة المذكورة) فوفقاً لهذا النص يجوز لجهة الإدارة اللجوء لنظام العقود بموجب لائحة تنظم أحكامه، غير أن ذلك مشروط بتوافر حالة الضرورة، ويقصد بالضرورة حدوث أمور تستدعي الإسراع في اتخاذ تدابير لا تشمل التأخير⁽²⁾، أي أن اللجوء لنظام العقود لا يجوز إعماله في الظروف الطبيعية، ومن قبيل الضرورة التي يعنىها هذا النص الاستعانة بخبراء لبيين أو أجانب لا تتوافر تخصصاتهم، وعلى ذلك فإن الذي تعنيه المادة الثامنة المذكورة هي هذه الحالة، أي أن جهة الإدارة تختص بوضع القواعد التي تحكم نظام التعاقد في حالة الضرورة، بالإضافة إلى ذلك فإن المادة الثامنة المذكورة في فقرتها الأولى قد أجازت لجهة الإدارة أن تعتمد لأسلوب التعيين بعقود وذلك لتعيين أعضاء هيئة تدريس أجانب عند الحاجة، فهذا الحكم قاصر على الأجانب دون اللبيين وهو مقيد بحاجة جهة الإدارة، وغني عن البيان أن الحاجة أدنى في المرتبة من الضرورة وإن كانت تنزل منزلتها وهو ما يتفق وما قضت به المادة 28 سالفه

(1) قانون رقم 55 لسنة 1976 بإصدار قانون الخدمة المدنية، الجريدة الرسمية، العدد 48، السنة الرابعة عشرة، 1976/8/28.

(2) د. محمد مختار عثمان، مرجع سبق ذكره، ص 538.

الذكر، ليبدو النصان متفقان في الحكم من هذا الوجه، حيث نصت المادة 1/8 من القانون رقم 1 بشأن تنظيم التعليم العالي⁽¹⁾ على أنه " يتولى التدريس بالجامعات أعضاء هيئة التدريس عرب لیبیون، ويجوز التعاقد مع غیرهم⁽²⁾ كلما دعت الحاجة إلى ذلك " فهل يستمد القرار موضوع التعليق مشروعيته بشأن نظام التعاقد من هذين النصين ؟

إن الوضع الذي أنشأته اللجنة الشعبية العامة لا يستند لحالة الضرورة، بل هو صدر في ظروف طبيعية ولتنظيم أوضاع طبيعية، ولذا فإن مبررات إصدار هذا القرار وفقاً للقانون ليست متوافرة، كما أن حكمه ينسحب على الليبيين لا الأجانب، ومن ثم فإن جهة الإدارة حينما أصدرت هذا القرار قد أصدرته بمنأى عن نص المادتين 28 و 8 أنفي الذكر.

ولا يجوز تبرير مسلك جهة الإدارة في القرار موضوع التعليق بشأن تطبيق نظام العقود على الليبيين بمقولة إن ذات الجهة تملك أعمال هذا النظام مع غير الليبيين، فتلك معاملة قاصرة على هؤلاء ومقيدة بتوافر الحاجة إليها، فلا يصح الاحتجاج بها في هذا المقام، فسند جهة الإدارة في اللجوء لنظام العقود مع أعضاء هيئة التدريس غير الليبيين هو نص المادة الثامنة من القانون رقم 1 لسنة 92 بشأن تنظيم التعليم العالي سالف الذكر⁽³⁾ وهو استثناء فلا يقاس عليه، بل إن القياس في هذه الحالة يخالف صريح النص الذي يفهم منه قصر التعاقد على غير الليبيين.

(1) سبقت الإشارة إليه .

(2) فالنص واضح في دلالته على قصر التعاقد على غير الليبيين، فالضمير عائد على الليبيين في قوله " ويجوز التعاقد مع غيرهم "، ولذلك فالذي نفهمه من النص أن في ذهن واضعه أن نظام التعاقد لا ينطبق حكمه على الليبيين فيقتصر على الأجانب وهذا ما يؤيد ما أوردناه في المتن .

(3) يلاحظ أن الطبيعة المؤقتة لوظيفة المعيد هي التي تبرر لجهة الإدارة اللجوء في شأنها لنظام العقود، لأن هذه الشريحة لا يمكن معاملتهما وفق نظام التعيين بقرارات لتأقيت وظيفتهما كما أسلفت، ولذلك فإن معاملتهما بنظام العقود من الممكن أن يجد مبرره في مثل هذا الفهم .

ولذا فإنها " أي جهة الإدارة " إذا نظمت الوضع الوظيفي لعضو هيئة التدريس الوطني فهي قد مارست هذا الاختصاص دون سند ، فاعتدت بذلك على اختصاص السلطة التشريعية ، إذ موضوع القرار مما يجب أن ينظم بقانون ، أو بناء على قانون ، وهو ما لم يتوافر في شأن هذا القرار ، ولذلك يكون في هذا الجانب منطوياً على مخالفة لضوابط إصدار التشريع اللائحي ، تلك الضوابط التي وإن لم يرد النص عليها ضمن وثيقة دستورية ، إلا أنها - حسب رأينا - تستمد طبيعتها كضوابط دستورية من المبادئ العامة التي تحكم النظام القانوني في ليبيا ، والذي بموجبه هناك اختصاصات تشريعية لا يمكن ممارستها إلا من الشعب عن طريق المؤتمرات الشعبية أو من يفوضه في ذلك ، وعليه فإن هذا القرار إذ انحرف عن هذا الضابط فإنني لا أتردد في وصمه بعدم المشروعية التي تصل لانحداره إلى مصاف الأعمال غير الدستورية .

ومن ثم يكون القرار موضوع التعليق من حيث استحداثه لنظام العقود غير مشروع ، ولكن إذا كنا قد اشرنا فيما سبق إلى أن القرار موضوع التعليق يعد مشروعاً في جانب منه ، أي فيما يتعلق بتحديد مرتبات الأعضاء ، فما مدى تأثير هذا الشق من القرار بالشق غير المشروع ؟

3 - الترابط من حيث المشروعية بين جزئي القرار موضوع التعليق:

يمكن القول إن بطلان جزء من القرار لا يقتضي بطلان القرار برمته متى توافرت في جزء منه شروط المشروعية ، ما لم يكن من المتعذر الفصل بين أجزائه ، بمعنى متى كان الجزء غير المشروع مرتبط في تطبيقه بالجزء المشروع فإن ذلك سيتعذر معه تطبيق الجزأين معاً ، ما يقتضي إهدار القرار برمته ، فما حكم القرار موضوع التعليق في هذا الشأن ؟

مما يظهر من القرار موضوع التعليق أن جهة الإدارة أرادت أن تربط بين تطبيق زيادة المرتبات و نظام العقود ، حيث نصت المادة الثانية من القرار موضوع

التعليق على أن "يقتصر تطبيق هذا القرار على أعضاء هيئة التدريس الذين يتم التعاقد معهم" إن هذا الارتباط بين النظامين لا يرجع لطبيعتهما وإنما لإرادة الجهة المصدرة للقرار، ولاشك أن العبرة في تحديد مدى الارتباط القانوني بينهما هي بطبيعتهما، وبالنظر إلى هذين النظامين نجد أنه ليس هناك ما يمنع من الناحية القانونية من تجزئتهما، فبطلان نظام العقود لا يمنع من تطبيق الزيادة في المرتبات، وإذا قيل بأن هذا مخالفاً لإرادة الجهة مصدرة القرار من حيث إنها قد قصدت الربط بين النظامين، فنقول إنه في إمكانها أن تلغي هذه الزيادة إذا رأت عدم استحقاق أعضاء هيئة التدريس لها إلا بموجب نظام العقود.

النقطة الثانية

آثار القرار موضوع التعليق

إذا كانت القاعدة أن القرار غير المشروع لا تهدر قيمته إلا بتدخل جهة الإدارة أو القضاء بالطرق المحددة قانوناً لإعدامه، فإن ذلك يعني أنه سوف يظل منتجاً لآثاره طيلة الفترة السابقة على إلغائه أو سحبه، وربما يتحصن من ذلك بفوات المواعيد، ليكون واجب التطبيق رغم عدم مشروعيته، ولذا فإننا إذ نتناول آثار القرار موضوع التعليق رغم إقرارنا بعدم مشروعيته في شأن استحداثه لنظام العقود، فذلك انطلاقاً من أنه سيكون مطبقاً طيلة الفترة السابقة على إعدامه، وذلك يقتضي تناول آثاره في مواجهة عضو هيئة التدريس، وهو ما سنعرض له فيما يلي :

1 - مدى إلزامية نظام التعاقد بموجب القرار موضوع التعليق :

يعد مبدأ حرية التعاقد من المبادئ المهمة في مجال إبرام العقود، ومفاده أنه لا يجوز إجبار أي شخص على الدخول في علاقة تعاقدية هو لا يرغب في

دخولها ، إذ يحق لأي شخص قبول العقد أو رفضه ، لذا فإن هو أبرم العقد كان ملزماً بتحمل ما يفرضه عليه من التزامات ، مع تمتعه في الوقت نفسه بالحقوق الناشئة عن ذلك العقد ، وبداهة فإنه سيكون في حل من هذه الالتزامات ولن يتمتع بتلك الحقوق إذا لم يدخل في العلاقة التعاقدية التي ينشأ عنها هذا الالتزام أو ذاك الحق ، فالمبدأ هو حرية التعاقد ، ولذا ومن هذا الجانب لا يمكن التسليم بوجود نظام تعاقد إجباري إلا في أضيق الحدود وحينما يكون هذا النظام يخدم الغير ، كما هو الشأن في نظام التأمين الإجباري ، و حتى في هذه الحالة فإنه يتعين وجود نص قانوني يقرر ذلك الحكم لكونه يمثل استثناء على القاعدة ، أما فيما يتعلق بالعقود المنشئة للحقوق الخاصة بالمتعاقدين فالشأن فيها أنها تخضع لمبدأ الحرية آنف الذكر ، وترتيباً على ذلك لا يمكن التسليم بأن نظام العقود الخاص بأعضاء هيئة التدريس هو نظام إجباري ، إذ ذلك يخالف القواعد العامة التي تحكم نظام التعاقد بوجه عام ، هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فإن القرار موضوع التعليق يعد في نظرنا سنداً قوياً لتأكيد هذا الفهم ، حيث ورد بمادته (2) أنه - أي هذا القرار - يقتصر تطبيقه على أعضاء هيئة التدريس الذين يتم التعاقد معهم ، فبمفهوم المخالفة فإن هذا القرار لا يطبق على أعضاء هيئة التدريس الذين لا يتم التعاقد معهم ، ما يعنى أنه يفترض ضمناً وجود فئتين من أعضاء هيئة التدريس ، فئة متعاقدة وفئة غير متعاقدة ، وهذا الفهم يقتضي القول إن هذه الفئة الأخيرة ستظل متمتعة بوضعها الوظيفي اللائحي إن رأت التمسك به ، ما يعنى أن نظام التعاقد لا يمكن أن يكون نظاماً إلزامياً على الإطلاق ، فالأمر متروك لمحض اختيار أعضاء هيئة التدريس الحاليين والجامعة معاً ، أما الجدد فالأمر متروك بشأنهم للجامعة لتحديد نوع العلاقة التي سترتبط معهم بها ، إذ نظام التعيين بقرارات ما زال قائماً ببقاء قانون الخدمة المدنية ، فاللائحة المذكورة لا يمكنها أن تلغي قانوناً ، فهي أدنى منه في الدرجة ، ولذلك فلا تملك إلغاءه أو تعديله ، فنظام

التعاقد هذا ليس نظاماً إجبارياً ، فإذا لم يرغب عضو هيئة التدريس في إبرام العقد فيمكنه البقاء على وضعه السابق .

ولكن السؤال الذي يُطرح هنا هو إذا قبل العضو المعين بموجب قرار إبرام العقد فما الأثر المترتب على ذلك ؟ وبكلمة أوضح ما مصير قرار التعيين في هذه الحالة ؟ ولعل أهمية هذا التساؤل تكمن في الحالة التي لا يتم فيها تجديد العقد مع العضو ، فهل يرجع لوضعه الوظيفي السابق ؟

2 - مصير قرار التعيين في حالة إبرام العضو للعقد :

من المتفق عليه فقهاً وقضاءً عدم تمتع جهة الإدارة - الجامعة - بالحق في إلغاء قرار التعيين السليم ولا سحبه إلا بشروط⁽¹⁾ ، ومن ثم فإذا تخلفت تلك الشروط - شروط السحب والإلغاء - فإن هذا القرار لا يفقد قيمته القانونية بمجرد إبرام العضو للعقد ، وإن جاز وقف تنفيذه لأسباب منها اتفاق الطرفين ، إذ ليس في المنطق القانوني ما يتعارض وهذا الفهم ، ومن ثم فإن الوضع الذي ينشأ عن إبرام العقد هو في حقيقته وقف لقرار التعيين باتفاق الطرفين ، إذ العقد لم يشر إلى مصير ذلك القرار ، ومن ثم فإن الرجوع في شأن ذلك يكون للقواعد العامة والتي على هديها يمكن القول إن القرار لم يُلغَ ؛ إذ الأصل في القرار الإداري نفاذه ، ولا يتقرر إلغاؤه إلا بأحد الأسباب القانونية ، وهو ما لم يتوافر في الحالة الراهنة ، فيُحتمل إبرام الطرفين للعقد على أنهما أرادا وقف سريان قرار التعيين لا إلغائه ، والقول بغير ذلك يعني أننا أصبحنا أمام وضع جديد ، فبعد أن كانت علاقة الموظف عادة تبدأ مع الإدارة بعقد و يتربص صدور قرار بتعيينه ، فقد بات الموظف يعين لينتظر إبرام العقد ، وهو ما لا نرى أن اللائحة المذكورة قد قصدت إليه . ولكن هل يمكن الاعتراض على ذلك بالقول

(1) راجع في ذلك : د. محمد مختار عثمان ، مرجع سبق ذكره ، ص 579 وما بعدها .

إن جهة الإدارة بمجرد إبرام العقد تعد قد ألغت القرار من تلقاء نفسها باعتبارها تملك ذلك دون أن يتمسك في مواجهتها بفكرة الحق المكتسب ؟

لقد جاء في حكم لمحكمة القضاء الإداري المصرية إنه " إن من المبادئ المسلم بها أن علاقة الموظف بالحكومة علاقة تنظيمية تحكمها القوانين واللوائح وإن مركز الموظف من هذه اللائحة هو مركز عام يجوز تغييره في أي وقت وليس له أن يحتج بأن له حقاً مكتسباً في أن يعامل بمقتضى النظام القديم الذي عين في ظله "(1).

فهل مقتضى هذا الحكم أن من حق جهة الإدارة أن تلغي قرار التعيين وتستبدله بنظام العقود دون يحتج الموظف بالمركز الذي اكتسبه بموجب ذلك القرار ؟

وإن كانت القاعدة أنه لا يجوز التمسك في مواجهة الإدارة بفكرة الحق المكتسب إلا أن مجال ذلك هو المراكز الناشئة مباشرة عن القرارات العامة أو ما يعرف بالقرارات اللائحية ، أما القرارات الفردية أي التي تنظم حقوق الأفراد بصفة فردية فيكون لصاحب المركز الناشئ عنها التمسك بالحق المكتسب من ذلك القرار في مواجهة الإدارة(2) ، ولذا فإن المراكز الناشئة عن القرارات الفردية تعد حقوقاً مكتسبة لا يجوز المساس بها ، وهذا ما أكدته محكمتنا العليا في مناسبة تصدت فيها لمثل هذه المسألة فقالت " إن تعيين الطاعنين ومباشرتهم لوظائفهم وقع صحيحاً في وقت لم يكن فيه التعيين في وظائف الدولة موقوفاً أو محظوراً ، فإذا ما جاء مجلس الوزراء بعد ذلك بما له من سلطة وقرر وقف

(1) محكمة القضاء الإداري - مصر - قضية رقم 848 لسنة 2 ق ، مشار إليه عند د. محمود فؤاد عبدالباسط ، القانون الإداري ، تنظيم الإدارة - نشاط الإدارة - وسائل الإدارة ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، ص 481 .

(2) د. محمود فؤاد عبدالباسط ، مرجع سبق ذكره ، ص 481 - 482 .

التعيينات ومنع ملء الوظائف والدرجات الخالية ، فلا ينسحب هذا القرار على الماضي ولا يمس الحقوق المكتسبة لمن عينوا قبل صدوره" (1).

ولا ينبغي الاحتجاج بحكم محكمة القضاء الإداري - بمصر - سالف الذكر للقول بالتناقض بين الحكمين المذكورين ، إذ هذا حكم إنما أشار إلى مركز الموظف في مواجهة اللائحة ، ولم يتحدث عن المراكز القانونية الفردية ، وهو ما يتفق والقاعدة المذكورة ، فالحق في تغيير المركز القانوني يقتصر على المراكز اللائحية دون الفردية ، كما لو عين موظف في ظل نظام للمرتبات أو في ظل تحديد معين لسن التقاعد ثم تغير هذا الوضع فذلك وضع لائحي لا يكسبه حقاً ، فيجوز لجهة الإدارة تغييره أو إلغاءه ، مع ملاحظة أن البعض يرى - وبحق - أن اللائحة إذا نشأ عنها حق فردي فإنه سيخضع للأحكام التي تنظم المراكز الفردية لا اللائحية من حيث عدم جواز المساس بها إعمالاً لفكرة الحق المكتسب إلا وفقاً للأحوال المقررة قانوناً .

فمما تقدم نخلص إلى أن جهة الإدارة وإن كانت تملك أن تغير المركز اللائحي إلا أنه ليس لها ذلك في شأن المراكز الفردية ، وحيث إن قرار التعيين الذي قد يمس من جانب جهة الإدارة ما هو إلا قرار فردي لكونه يتعلق بحق الموظف الذي صدر له ذلك القرار ، فإنه لا يحق لجهة الإدارة المساس به ، فإذا امتنعت الجامعة عن إتاحة الفرصة للعضو للتمتع بحقوقه الوظيفية في حالة عدم إبرامه للعقد أو تجديده ، فله اللجوء إلى القضاء استناداً لقرار تعيينه للحكم بأحقية في الاستمرار في عمله ، فعضوية هيئة التدريس هو موظف عام ، ولذلك فحقوقه مقررة بموجب القانون ، وهو ما لا يسمح لللائحة المساس بهذه الحقوق باعتبارها حقوقاً مكتسبة كما أسلفت ، ولا يمكن - حسب رأينا -

(1) المحكمة العليا ، طعن إداري رقم 16/8 م.م.ع 1970 م .

الاحتجاج بالمادة 28 من قانون الخدمة المدنية⁽¹⁾ للقول بأنها - أي هذه المادة - قد منحت جهة الإدارة الحق في التعيين وفق نظام العقود بما يخالف الفهم المتقدم، بحيث يكون هذا نص سندا لجهة الإدارة لسلب الموظفين المعيّنين مراكزهم القانونية السابقة، فنرد على ذلك بأن النص ينصرف لأولئك الذين يتم تعيينهم ابتداءً بموجب عقود، وبكلمة أوضح فحق جهة الإدارة في التعيين بعقود مقيد بالألا يكون المراد تعيينه يشغل مركزاً قانونياً استناداً لقرار تعيين، وهو ما يفهم من النص المذكور على اعتبار أنه يتحدث عن التعيين ابتداءً حيث نص على أنه " يجوز عند الضرورة تعيين لبيبين أو أجانب بعقود ... " ومن ثم فهذا النص لا يرخص لجهة الإدارة تطبيق هذا الحكم على المعيّنين فعلاً بقرارات "إعادة تعيين" وإلا كان النص قد صرح بذلك، فضلاً عن ذلك فإن أعمال هذا النص مقصور على حالة الضرورة، أي لا يقصد به مواجهة الظروف الطبيعية كالتى تم تنظيمها بموجب القرار موضوع التعليق كما سبقت الإشارة إلى ذلك في موضعه.

ومن ثم فإن القرار موضوع التعليق لا يترتب عليه إلغاء الوضع الوظيفي السابق على التعاقد، فليست غاية القرار إحداث هذا الأثر، وما يؤكد هذا الفهم أن العقد لم يأت بأحكام جديدة لتنظيم العلاقة بين طرفيه اللهم إلا بشأن الامتيازات المالية، وهو ما يعني أن الإدارة أرادت رفع مرتبات الأعضاء في شكل عقود إدارية، وهو ما يظهر بجلاء من عنوان القرار المعني .

ولكن ألم يكن لجهة الإدارة إلا هذا السبيل لرفع مرتبات أعضاء هيئة التدريس ؟ بمعنى هل التعاقد هو السبيل الوحيد لرفع مرتباتهم بحيث لم يكن

(1) حيث تنص هذه المادة على أنه (يجوز عند الضرورة تعيين لبيبين أو أجانب بعقود تحدد فيها مرتباتهم أو مكافآتهم وشروط استخدامهم الأخرى طبقاً للائحة تصدر في هذا الشأن وتطبق عليهم أحكام هذا القانون واللوائح الصادرة بمقتضاه بالقدر الذي لا يتعارض مع أحكام اللائحة المذكورة) سبقت الإشارة إليها .

لها ممارسة هذا الاختصاص "التشريعي"⁽¹⁾ إلا بذلك ، وبكلمة أكثر وضوحاً ما المبرر للجوء إلى نظام العقود ؟

قد يبرر هذا المسلك لجهة الإدارة على أساس أنها أرادت أن ترفع مرتبات أعضاء هيئة التدريس ولم يكن لها سبيل لذلك إلا اللجوء إلى نظام التعاقد ، بحيث يصبح العضو في مركز تعاقدى يمكن جهة الإدارة من التصرف بحرية في شأن تحديد الأوضاع المالية للعضو بمنأى عن القانون رقم 15 بشأن المرتبات⁽²⁾ ؛ إذ هي لا تملك مخالفة أحكامه ، غير أن هذا التبرير لا يمكن قبوله ؛ إذ وفقاً للقانون رقم 1 لسنة 92 بشأن تنظيم التعليم العالي المادة (8) فإن جهة "الإدارة للجنة الشعبية العامة" تملك تنظيم الأوضاع المالية للعضو ، إذ هي مفوضة في ذلك حيث تنص المادة 3/8 من هذا القانون على أنه (وتنظم بلائحة خاصة تصدر عن اللجنة الشعبية العامة بناء على عرض من اللجنة الشعبية العامة للتعليم العالي أوضاع أعضاء هيئة التدريس والقواعد المتعلقة بتعيينهم والتعاقد معهم وترقياتهم ودرجاتهم العلمية وجدول مرتباتهم والحوافز المعنوية والمادية الممنوحة لهم وقواعد تأديبهم وسائر شؤونهم الوظيفية الأخرى) ومن ثم وفقاً لهذا النص ليس هناك ما يحول بين الإدارة للتدخل لرفع مرتبات الأعضاء ودون حاجة لاستحداث نظام التعاقد ، فما هو المبرر للجوئها لهذا النظام إذن ؟

يمكننا القول إن جهة الإدارة أرادت أن ترفع مرتبات أعضاء هيئة التدريس وشاءت أن تجعل هذه الزيادة مرتبطة بنظام يتيح لها فرصة المفاضلة بين الأعضاء بحيث لا يستحق هذه الزيادة إلا من توافرت فيه شروط الكفاءة وفقاً لمعايير الجودة ، بدليل أن المادة الثانية من القرار موضوع التعليق نصت على أن

(1) أشرنا فيما سبق إلى أن المسائل التي تمس حقوق الأفراد لا يجوز تنظيمها إلا بقانون ما لم تكن السلطة التنفيذية مفوضة في ذلك .

(2) سبقت الإشارة إليه .

القرار موضوع التعليق يطبق فقط على الأعضاء الذين يتم التعاقد معهم ، ومن ثم فمن لم تتوافر فيه تلك الشروط تكون الإدارة في حل من تمتعه بتلك الزيادة لأنه لن يبرم العقد أو لن يجدد معه ، فيكون ذلك بمثابة حافز للأعضاء لرفع كفاءتهم⁽¹⁾، ومن ثم فإن إبرام العقد لا يعني أن جهة الإدارة قد ألغت قرار التعيين لاستبداله بنظام التعاقد ، فهذا الأخير نظام مؤقت يقصد به تحفيز الأعضاء على رفع قدراتهم الوظيفية ، بحيث من لم تتوافر فيه شروط الإبرام أو التجديد سيستمر أو يرجع لوضعه السابق حسب الأحوال .

إن هذا الفهم هو ما جُسد فعلياً في العقود المبرمة مع المستخدمين بقطاع الصحة ؛ إذ ورد ضمن القرار الخاص بتنظيم علاقتهم التعاقدية ما مفاده رجوع العضو لسابق وضعه الوظيفي عند انتهاء العقد ، حيث نصت المادة 5/ج على أنه " يُعاد المستخدم المتعاقد معه إلى وضعه الوظيفي السابق على التعاقد في حالة انتهاء العلاقة التعاقدية ، على أن يعامل مالياً وفقاً لجدول المرتبات المعمول به في الوحدات الإدارية العامة"⁽²⁾، إن النهج الذي اتبعته جهة الإدارة في هذا النص يؤكد ما سبق أن أشرنا إليه من أن إبرام العقد بالنسبة للعضو المعين لا يترتب عليه إلغاء القرار وإنما وقفه فقط بصفة مؤقتة ، ولا يغير من الأمر شيئاً كون القرار المستشهد به أشار في نفس المادة إلى أنه في حالة إبرام العقد يعتبر المتعاقد مستقياً⁽³⁾، فمن ناحية هذا النص استعمل لفظ "يعتبر" ، ولا شك أن هذا اللفظ له دلالاته في التفسير أي أن واضح النص أراد به وقف تنفيذ

(1) يلاحظ أنه عند تحديد المربوط الذي يعامل على أساسه العضو وفقاً لنظام المرتبات المرتبط بنظام العقود يجب أن يراعى الوضع الوظيفي السابق ، بحيث يعامل على أساس مربوطه للدرجة التي كان يشغلها قبل التعاقد .

(2) لائحة استخدام العاملين من ذوي المهن الطبية و الطبية المساعدة بالمستشفيات والمرافق الطبية التعليمية والتدريبية .

(3) نصت المادة "5" الفقرة "ب" من اللائحة المذكورة على أنه " يترتب على إبرام العقد مع المستشفى اعتبار المستخدم مستقياً من عمله ..."

قرار التعيين لا إلغاء ، ولذا استعمل هذا التعبير ، ومن ناحية أخرى فإن إعادة المتعاقد لوضعه السابق بعد انتهاء العقد يفرغ ذلك النص من محتواه على فرض مسايرة الفهم الظاهر له من حيث اعتبار الموظف مستقبلاً عند إبرام العقد ، فما قيمة النص على اعتباره مستقبلاً بالمعنى الفني للكلمة مادام سيعاد لوضعه السابق بعد انتهاء العقد ؟ ولذلك فإن واضح النص إنما أراد باستعمال عبارة " يعتبر المستخدم مستقبلاً من عمله " تجميد القرار ، أي جعل الموظف في حكم المستقبل فيما يتعلق بنفاذ قرار تعيينه طيلة فترة إبرام العقد ، وذلك تفادياً لازدواج المراكز القانونية ، وبكلمة أوضح فإن واضح هذه النصوص أراد أن يجعل نظام العقود نظاماً مؤقتاً بحيث لا يمس بأصل العلاقة الوظيفية السابقة عليه⁽¹⁾ .

وعلى العموم فنحن إذ نورد هذا النص - أي نص المادة 5/ج سالف الذكر - فإننا نريد القول إن وحدة المراكز القانونية للعاملين في الدولة كموظفين عموميين تقتضي المساواة في المعاملة بتطبيق هذا الحكم بالنسبة لأعضاء هيئة التدريس الوطنيين رغم عدم النص عليه في القرار موضوع التعليق ، والقول بغير ذلك يناه في العادلة لأنه ينتهك قواعد المساواة في المعاملة ، ويحرم هذه الشريحة وبلا مبرر من الاستفادة من مبدأ تكافؤ الفرص . ولا يمكن الاحتجاج هنا بأن العقد شريعة المتعاقدين للقول بعدم تطبيق الحكم المذكور ، فالعقد لم يشر إلى الوضع المترتب على انتهائه ، ومن ثم فهو ليس شريعة بشأنه ، والمرجع في ذلك هو القواعد العامة للقانون ولبادئ المساواة في المعاملة على نحو ما قدمنا .

(1) ومع ذلك فإنه حتى مع مسايرة الفهم الظاهر للنص يمكننا القول إن إيراد نص المادة 5/ب في القرار الخاص بالمستخدمين في قطاع الصحة والسكوت عنه في القرار موضوع التعليق يفسر لعنى أن مصدر القرار لم يكن يقصد تطبيقه بالنسبة لأعضاء هيئة التدريس وإلا كان قد نص عليه صراحة ، لاسيما وأن الجهة مصدرة القرارين واحدة وهي اللجنة الشعبية العامة .

نخلص من خلال ما تقدم إلى أنه في حالة انتهاء العقد يرجع العضو لوضعه الوظيفي السابق على التعاقد .

3 - المعاملة المالية للمتعاقد:

يهدف القرار موضوع التعليق إلى إقرار زيادة في مرتبات أعضاء هيئة التدريس الجامعي الوطنيين ، والسؤال الذي يُطرح هنا ما مدى إمكانية الجمع بين مزايا هذا القرار وما هو مقرر بلائحة أعضاء هيئة التدريس⁽¹⁾ من حيث الاستفادة من نظام ساعات العمل الإضافي في الحدود المنصوص عليها ؟ وبكلمة أوضح هل يستحق العضو الزيادة المالية المقررة بموجب القرار موضوع التعليق بالإضافة للمزايا المالية المقررة في اللائحة المذكورة ؟

إن القرار موضوع التعليق إنما استهدف زيادة المرتب الأساسي للعضو ، ولذلك فإن لائحة أعضاء هيئة التدريس تكون مجمدة في شأن هذا التحديد طيلة فترة إبرام العقد، ولذلك فإن ماعدا ذلك من مزايا مالية مقررة في تلك اللائحة يكون من حق العضو التمتع بها ، لأن القرار موضوع التعليق لم يتناولها، وإنما اقتصر على تحديد المرتب الأساسي دون الإشارة لنظام ساعات العمل الإضافي وغيرها من المزايا المالية ، ولذا فالمرجع في شأن تلك المسائل هو لائحة أعضاء هيئة التدريس وفقاً لبند العقد الذي قرر هذه الإحالة⁽²⁾ ، وهو ما تضمنته صراحة المادة (3) من نموذج العقد بقولها: يستحق الطرف الثاني اعتباراً من توقيع هذا العقد مرتباً شهرياً مقابلاً لدرجته العلمية قدره (...) يضاف إليه الساعات التدريسية الإضافية وفق ما نصت عليه لائحة أعضاء هيئة التدريس الوطنيين ، وتُستحق اعتباراً من مباشرة العمل ، وكذلك العلاوات

(1) صدرت بقرار اللجنة الشعبية العامة رقم 285 لسنة 1374 أ.و.ر. (2006) بشأن لائحة أعضاء هيئة التدريس

الوطنيين بالجامعات و مؤسسات التعليم العالي .

(2) راجع المادة التاسعة من نموذج العقد المرفق .

والمزايا الأخرى المقررة قانوناً للوظيفة¹، والقول بغير ذلك يجعل العضو في وضع أسوأ بعد إبرام العقد ، خصوصاً الأعضاء من ذوي الدرجات العلمية الدنيا "محاضر ومحاضر مساعد"⁽¹⁾، إذ سيكون المرتب الذي يتحصل عليه هؤلاء قبل إبرام العقد بالاستفادة من نظام الإضافة والتعاون المنصوص عليه في اللائحة المذكورة أفضل مما يتقاضونه بموجب تطبيق نظام العقود ، وهذا يتنافى والحكمة من تطبيق هذا النظام وهي رفع سقف المرتبات وتحسين الوضع المالي للأعضاء .

4 - الوضع القانوني للمتعاقد في حالة إيفاده للدراسة بالخارج :

إذا أبرم عضو هيئة التدريس العقد ثم أوفد للدراسة بالخارج فما الحكم؟

إن إيفاد عضو هيئة التدريس للخارج يعني تفرغه من مهام وظيفته ؛ إذ العضو الموفد يتفرغ للدراسة طيلة فترة إيفاده ، وهو ما يعني توقفه عن مهام وظيفته ، وحيث إن العقد موضوعه قيام العضو بمهام التدريس ، إذ هو أبرم لتنظيم هذا الوضع ، فإن إيفاد العضو يعني وجود اتفاق ضمني بين المتعاقدين على تجميد العقد طيلة فترة الإيفاد ، إذن فالعقد يظل قائماً من حيث وجود العلاقة الوظيفية ، ولكنه مجمد لحين رجوع العضو ، وهذا يعني ما يلي :

أ - إن العضو طيلة فترة إيفاده لا يحتاج لإبرام عقد جديد ، فمدة العقد مجمدة إلى حين رجوعه ، وإذا رجع يستكمل المدة المتبقية من آخر عقد أبرمه مع

(1) مع ملاحظة أنه في ظل نظام العقود المطبق حالياً هناك مفاضلة مبالغ فيها في تحديد مرتبات الأعضاء تبعاً لاختلاف الدرجة العلمية ، فالفارق في المرتب بين الأعضاء بحسب الدرجة العلمية أمر مقبول إلا أن المبالغة في ذلك هي التي تخلق نوعاً من عدم الإنصاف .

فضلاً عن أن مرتبات أعضاء هيئة التدريس الليبيين بمختلف درجاتهم العلمية المحددة بموجب القرار موضوع التعليق أدنى بكثير من تلك المقررة للأجانب بموجب القرار الخاص بتحديد مرتباتهم ، ما يقتضي مراجعة هذا الوضع لرده إلى القدر المنصف ، راجع جدول المرتبات الملحق بالقرار موضوع التعليق " مرفق صورة طيه .

الجامعة قبل إيفاده .

ب- يظل الموفد متمتعاً بصفة عضو هيئة تدريس متعاقد طيلة فترة إيفاده مع تمتعه بالمزايا المالية الناشئة عن هذه الصفة وفقاً لما هو مقرر في اللوائح النافذة بالنسبة للموفدين .

5- المعيار الذي يُستند إليه لتجديد العقد مع عضو هيئة التدريس:

على فرض انتهاء مدة العقد مع رغبة العضو في تجديده ، فما المعيار

الذي على أساسه يتم التجديد ؟

وفقاً لما ورد في المادة 4 من القرار موضوع التعليق فإن التجديد يتم وفقاً للضوابط المحددة من مركز جوده التعليم العالي ، ولأمانة يجب الاعتراف هنا أن نظام التعاقد في حالة تطبيقه كما يجب أن يكون ، قد يساهم في تحسين الأداء الوظيفي لعضو هيئة التدريس الذي تكون علاقته قائمة على أساس هذا العقد فقط ، إذ سيسمح هذا النظام وبلا حرج من استبعاد من لم تثبت كفاءته⁽¹⁾ ، غير أن المعيار الذي أشار إليه نموذج العقد في شأن تحديد من يجدد له العقد لا يبدو من وجهة نظرنا وحده هو المعيار المناسب ، حيث لم يحدد القرار الجهة التي لها القول الفصل في مسألة التجديد ، ونعتقد أن النص على إسناد هذا الاختصاص صراحة للقسم العلمي باعتباره هو الجهة المخولة بتحديد من تتوافر فيه شروط الكفاءة هو الأولى ؛ لكونه الأقدر على تحديد ذلك بحكم تخصص أعضائه وقربهم من المراد تقييمه .

ولكن مع هذا الاقتراح ستظل الخشية من التحكم وإتباع الهوى في التقييم قائمة لتهدد الاستقرار الوظيفي لكل عضو هيئة تدريس بصرف النظر

(1) ونعني هنا من لا يرتبط مع الجامعة إلا بهذا العقد ، إذ لا يطبق هذا الحكم على المتعاقدين الذين يربطهم مع الجامعة قرار تعيين سابق على التعاقد .

عن الكفاءة ، ما لم يفرض نظام يمكن العضو من التظلم على نتيجة تقرير الكفاءة لدى جهة مستقلة قبل أن يلجأ إلى القضاء ، لأن التطبيق العملي يرشح إلى عدم جدوى نظامي التظلم الولائي والرئاسي غالباً في مثل هذه الحالات ، فضلاً عن أن ذلك يمكن من تحقيق الموضوعية التي قد تفقد أو تقل في حالاتي التظلم المذكورتين .

الخلاصة

نخلص من هذا التعليق إلى النتائج التالية :

1. تستند اللجنة الشعبية العامة في إقرارها لزيادة مرتبات أعضاء هيئة التدريس للمادة 3/8 من القانون رقم 1 لسنة 91 بشأن تنظيم التعليم العالي، وهو ما يضيء المشروعية على هذه الزيادة .
2. يعتبر القرار موضوع التعليق غير مشروع من حيث استحداثه لنظام العقود.
3. لا تلازم بين نظام زيادة المرتبات بموجب القرار موضوع التعليق ونظام العقود، فبطلان الأخير لا يؤثر في سلامة القرار في الجزء الخاص بزيادة المرتبات .
4. نظام العقود المقرر بموجب القرار موضوع التعليق يعد نظاماً اختيارياً.
5. إبرام العضو للعقد لا يترتب عليه إلغاء قرار تعيينه ، فيحق للعضو الرجوع لوضعه السابق على التعاقد في حالة انتهاء العقد .
6. تطبيق نظام العقود لا يحول دون استفادة العضو من المزايا المالية المقررة باللائحة أعضاء هيئة التدريس .

الجمهورية العربية السورية
الجامعة العربية السورية



الجمهورية العربية السورية اللجنة الشعبية الاشتراكية العظمى
اللجنة الشعبية العامة
قرار اللجنة الشعبية العامة
رقم (435) لسنة 1376 و.ر (2008 مسيحي)
بتحديد مؤتمرات أعضاء هيئة التدريس الذين تتعاقد معهم
الجامعات ومؤسسات التعليم العالي

اللجنة الشعبية العامة

- بعد الإطلاع على القانون رقم (1) لسنة 1375 و.ر ، بشأن نظام عمل المؤتمرات الشعبية واللجان الشعبية ، ولائحته التنفيذية .
- وعلى القانون رقم (85) لسنة 1976 مسيحي. بإصدار قانون الخدمة المدنية وتعديلاته ولائحته التنفيذية.
- وعلى القانون رقم (15) لسنة 1981 مسيحي، بشأن نظام المرتبات للعاملين السوريين بالجمهورية العربية السورية الشعبية الاشتراكية والقرارات الصادرة بمقتضاه .
- وعلى القانون رقم (1) لسنة 1992 مسيحي، بتنظيم التعليم العالي والسوانح والقرارات الصادرة بمقتضاه .
- وعلى قرار اللجنة الشعبية العامة رقم (966) لسنة 1990 مسيحي، بشأن لائحة تعيين وترقية الباحثين العلميين بأمانة البحث العلمي .
- وعلى قرار اللجنة الشعبية العامة رقم (285) لسنة 1374 و.ر (2006 مسيحي) بشأن لائحة أعضاء هيئة التدريس الوطنيين بالجامعات ومؤسسات التعليم العالي .
- وعلى قرار اللجنة الشعبية العامة رقم (252) لسنة 1374 و.ر (2006 مسيحي) بشأن الاملاك الوظيفية ومعدلات الأداء الوظيفي بتوحدات الإدارية العامة .
- وعلى قرار اللجنة الشعبية العامة رقم (154) لسنة 1375 و.ر (2007 مسيحي) بشأن لائحة استخدام العاملين من ذوي المهن الطبية والطبية المساعدة بالمستشفيات والمرافق الطبية التعليمية والتدريبية .
- وعلى قرار اللجنة الشعبية العامة رقم (155) لسنة 1375 و.ر (2007 مسيحي) بشأن استمرار زيادة مالية مرتبات أعضاء هيئة التدريس الجمعي والناخبين المنتخبين بالمراكز البحثية .



لا يعطرا مكتبة بدون
مؤقتات صحيفة



الجمهورية العربية الليبية الشعبية الاشتراكية العظمى
اللجنة الشعبية العامة

مادة (7)

لا تخل احكام هذا القرار بالشروط اللازمة لشغل وظائف اعضاء هيئة التدريس الجامعي وفقاً للائحة
اعضاء هيئة التدريس الوطنيين بالجامعات ومؤسسات التعليم العالي .

مادة (8)

يعمل بهذا القرار من تاريخ صدوره ، وبهذه كل حكم يخالف احكامه . وينشر في مدونة

الاجراءات .

اللجنة الشعبية العامة



09 رجب

صفر

12 . 07 . 1376 هـ ، 2008 م .

الموافق

٢٠٠٨ (الطبعة ١٥٤) ٥٥ / ٢٠٠٨ (٣)



لائحة مقترحة
بشأن مؤتمرات شعبية

الجمهورية العربية الليبية
الشعبية الاشتراكية العظمى
اللجنة الشعبية العامة

الجدول المرفق بقرار اللجنة الشعبية العامة
رقم (435) لسنة 1376 و.ر (2008 مسحي)
لأعضاء هيئة التدريس الذين تتعاقد معهم الجامعات
ومؤسسات التعليم العالي

الوظيفة	المرتب الشهري	الزيادة السنوية الموربة (مل)
أستاذ	2600	100
أستاذ مشارك	2150	90
أستاذ مساعد	1750	80
محاضر	1350	75
محاضر مساعد	950	70





الجمهورية العربية الليبية الشعبية الاشتراكية العظمى

اللجنة الشعبية العامة

اللجنة الشعبية العامة للتعليم العالي

مقد لشغل وظيفة

عضو هيئة تدريس وطني بالجامعات والمعاهد العليا

الجمهورية العربية الليبية الشعبية الاشتراكية العظمى

اللجنة الشعبية العامة

جامعة / المعهد العالي/.....

كلية /

إنه في يوم من شهر عام 13 و.ر.

الموافق من شهر عام 200 مسيحي

أبرم هذا العقد بين كل من :-

1- جامعة / معهد

ويمثله

بصفته ويشار إليه فيما بعد بالطرف الأول.

2- الأخ/ تاريخ ومكان الميلاد

رقم البطاقة الشخصية ومكان صدورها

الدرجة الأكاديمية الدرجة العلمية ويشار إليه

فيما بعد بالطرف الثاني .

لما كان الطرف الأول يرغب في الاستفادة من خدمات الطرف الثاني في

مجال تخصصه، ولما كان الطرف الثاني لديه المؤهل والخبرة اللازمان لشغل الوظيفة،

فقد اتفق الطرفان بالتراضي على إبرام هذا العقد وفقاً لما يلي:-

مادة (1)

يتعهد الطرف الثاني بالعمل لدى الطرف الأول على وظيفة

بدرجة تبدأ من تاريخ استلام مهام وظيفته ولمدة ويتم تجديد العقد

بناءً على نتائج التقارير الصادرة من مركز ضمان جودة واعتماد مؤسسات التعليم العالي

وتحدد اللجنة الشعبية للجامعة مدة العقد بحيث لا تقل عن سنة ولا تزيد عن خمس سنوات.

مادة (2)

يخضع الطرف الثاني عند التعاقد معه لأول مرة من خارج الجامعة أو المعهد لفترة اختبار وفقاً للتشريعات النافذة ، على أن لا يثبت على الوظيفة المتعاقد عليها إلا بناء على تقرير من القسم المختص معتمداً من اللجنة الشعبية للكلية أو المعهد يثبت كفايته في أداء مهامه ، ويعتبر الطرف الثاني المتعاقد معه على هذا النحو مثبتاً في وظيفته من تاريخ استلامه لها حال انتهاء مدة الاختبار دون صدور قرار بإنهاء خدمته ، وتحسب فترة الاختبار لمن لم يسبق له العمل مع الجهة المتعاقد معها.

مادة (3)

يستحق الطرف الثاني اعتباراً من توقيع هذا العقد مرتباً شهرياً مقابل لدرجته العلمية قدره () يضاف إليه الساعات التدريسية الإضافية وفق ما نصت عليه لائحة أعضاء هيئة التدريس الوطنيين وتستحق اعتباراً من مباشرة العمل وكذلك العلاوات والمزايا الأخرى المقررة قانوناً للوظيفة أو في جميع الأحوال يخضع مرتبه للاستقطاعات المقررة قانوناً ، كما يستحق الطرف الثاني الزيادة المالية السنوية المقابلة لدرجته العلمية و الزيادة المالية المترتبة على ترقيته العلمية المتحصل عليها أثناء سريان العقد .

مادة (4)

يقوم الطرف الثاني بالإضافة إلى واجباته الوظيفية بما يكلف به من أعمال يطلب منه القيام بها في مجال تخصصه على النحو الذي يقرره الطرف الأول .

مادة (5)

على الطرف الثاني تقديم أصول المستندات الدالة على مؤهلاته وخبرته ولياقته الصحية اللازمة لأداء مهمته.

مادة (6)

- 1- يتمتع الطرف الثاني بإجازة سنوية اعتيادية بمرتب كامل تحدد مدتها وفقاً للتشريعات النافذة مع مراعاة الآتي:-
 (أ) أن تبدأ الإجازة وتنتهي في التاريخ الذي يحدده الطرف الأول على أن تكون أثناء العطلة الدراسية.
 (ب) لا يحق للطرف الثاني أن يبدأ إجازته قبل أداء كافة الأعمال المكلف بها .
 (ج) يجوز للطرف الأول إذا اقتضت حاجة العمل أن يطلب من الطرف الثاني الاستمرار في العمل خلال فترة الإجازة ولمدة لا تزيد على شهر واحد على أن يدفع له مقابل ذلك ما يعادل مرتبه عن تلك المدة .
- 2- يتمتع الطرف الثاني بالإجازات المرضية والطارئة والإجازات العلمية وغيرها من الإجازات الأخرى وفقاً للأوضاع والضوابط المنصوص عليه بالتشريعات النافذة.

مادة (7)

يخضع الطرف الثاني فيما يتعلق بالواجبات والمحظورات لقانون الخدمة المدنية واللوائح والأنظمة التي تسري على موظفي الدولة وكذلك لأحكام قانون التعليم العالي ولائحة أعضاء هيئة التدريس الوطنيين .

أولاً : الواجبات:- يجب على الطرف الثاني القيام بما يأتي :

- 1- أن يؤدي عمله بكل أمانة ودقة ووفقاً لما يقرره الطرف الأول طبقاً لمواعيد العمل وأماكنه وأساليبه .
- 2- إلا يستغل مركزه الوظيفي في مصالحه الخاصة وإن يبتعد بسلوكه عن مواطن الزلل والشبهات أو الظهور بمظهر لا يليق بشرف الوظيفة أو يتعارض مع مقتضياتها .
- 3- أن ينفذ متطلبات وظيفته في حدود القواعد واللوائح والنظم المعمول بها .
- 4- أن يحافظ على كرامة وظيفته وأن يسلك في تصرفاته مسلكاً يتفق مع الدين والخلق الكريم .
- 5- أن يحافظ على أية أجهزة ومعدات تسلم له بحكم وظيفته وإن يستخدمها في الغرض المخصص لها .
- 6- عدم مخالفة القوانين واللوائح المنظمة للمؤسسات التعليمية العالي أو الإهمال في تطبيقها .

- 7- أن يقدم كل عون ومساعدة في حالات الكوارث والأخطار التي تهدد مكان العمل والأشخاص العاملين فيه وذلك دون اشتراط الحصول على مقابل .
- 8- التقدم لإجراء الفحص الطبي متى طلب منه ذلك للتحقق من خلوه من الأمراض المهنية أو المعدية.
- 9- التقيد باستعمال وسائل ومعدات الصحة والسلامة الموجودة بجهة العمل .
- 10 - أن يلتزم بحضور البرامج التدريبية والدورات التأهيلية التي يرشحها لها الطرف الأول .

ثانياً المحظورات: - يحظر على الطرف الثاني القيام بما يأتي :

- 1-الجمع بين أعمال وظيفته وأية وظيفة أخرى مقابل مرتب بإحدى جهات العمل الأخرى عامة كانت أو خاصة باستثناء الوظائف التي نصت عليها اللائحة المنظمة لشؤون أعضاء هيئة التدريس الوطنيين .
- 2-التعاون مع أية مؤسسة تعليمية عامة أو خاصة بمقابل أو بدونه إلا بإذن من أمين اللجنة الشعبية للجامعة المتعاقد معها .
- 3-إفشاء الأسرار التي يطلع عليها بحكم وظيفته، ويبقى هذا الالتزام قائماً حتى بعد ترك الوظيفة
- 4-قبول أية هدايا أو مكافآت أو عمولة من الغير مقابل قيامه بعمله أو بسببه .

مادة (8)

بالإضافة إلى أسباب انتهاء الخدمة المقررة بالتشريعات النافذة للطرف الأول إنهاء العقد في الحالات التالية :

- 1- إذا حكم على الطرف الثاني في جنابة أو جنحة مخلة بالشرف أو الأمانة.
- 2- إذا أخل للطرف الثاني بشرط من شروط العقد أو أهمل في تأدية واجباته المسندة إليه ، أو ثبت تورطه بالتلاعب في امتحانات الطلاب ، أو أساء السلوك لدرجة مشينة داخل دائرة عمله، على ألا تنتهي خدمات الطرف الثاني طبقاً لهذه الفقرة إلا بقرار من المجلس التأديبي المختص بعد التحقيق معه كتابة وسماع أقواله وتحقيق دفاعه وفقاً للقواعد و النظم المنصوص عليها بالتشريعات النافذة .

مادة (9)

تسري أحكام قانون الخدمة المدنية رقم (55) لسنة 1976م مسيحي وقانون الضمان الاجتماعي رقم (13) لسنة 1980م مسيحي وقانون نظام المرتبات للعاملين الوطنيين رقم (15) لسنة 1981م مسيحي وقانون التعليم العالي رقم (1) لسنة 1992م مسيحي والقانون رقم (26) لسنة 1369 و.ر بتقرير بعض الأحكام في شأن الخدمة العامة وتعديلاتها واللوائح والقرارات الصادرة بمقتضاها وقرار اللجنة الشعبية العامة رقم (285) لسنة 1374 و.ر بشأن لائحة أعضاء هيئة التدريس الوطنيين بالجامعات ومؤسسات التعليم العالي، وقرار اللجنة الشعبية العامة رقم (435) لسنة 1376 و.ر بشأن إقرار زيادة لمرتبات أعضاء هيئة التدريس الجامعي والباحثين العلميين بالمراكز البحثية فيما لم يرد بشأنه نص خاص في هذا العقد .

مادة (10)

حرر هذا العقد باللغة العربية من ثلاث نسخ تسلّم بعد التصديق عليهما من الجهة المختصة نسخة للطرف الأول وأخرى للطرف الثاني وتحفظ الثالثة بإدارة الجامعات والمعاهد العليا ولهذه النسخ جميعها الحجية القانونية نفسها .

التوقيع

.....
الطرف الثاني	الطرف الأول
.....
الاسم :	الاسم :
الصفة :	الصفة :

يعتمد

اللجنة الشعبية العامة للتعليم العالي

توصيات المؤتمر المغاربي الأول حول (المعلوماتية والقانون)

أكاديمية الدراسات العليا - طرابلس

2009/10/29 - 28

بمبادرة من قسم القانون ، وبدعوة من أكاديمية الدراسات العليا / طرابلس بالجمهورية العربية الليبية الشعبية الاشتراكية العظمى، انعقد يومي الأربعاء والخميس 28 - 29 من شهر التمور / أكتوبر لعام 2009، المؤتمر المغاربي الأول حول المعلوماتية والقانون تحت شعار :

(نحو قانون مغاربي نموذجي للمعلوماتية)

شارك في هذا المؤتمر عدد كبير من أساتذة القانون وأعضاء الهيئات القضائية والمحامين والباحثين المتخصصين وطلاب الدراسات العليا من ليبيا، وتونس، والجزائر، والمغرب، وموريتانيا.

وقد استعرضت خلال المؤتمر أكثر من 30 ورقة رئيسية قدمت من المشاركين، وتناولت الإشكاليات التي تثيرها الطبيعة الخاصة للمعاملات المدنية والتجارية الإلكترونية، وكذلك الإشكاليات المتعلقة بالإجرام المستحدث المرتبط باستخدام تقنية المعلوماتية، فضلاً عن الإشكاليات القانونية التي تثيرها الجريمة المعلوماتية عبر الوطنية.

وقد اتسمت أعمال المؤتمر بسيادة الحوار العلمي الموضوعي الحر والبناء ، وعبرت مناقشاته عن اقتناع المشاركين بأهمية وضرورة الإسراع في اعتماد جيل جديد من الأنظمة القانونية قادر على مواكبة التطورات الحاصلة في مجالات المعاملات المدنية والتجارية الإلكترونية، وقادر أيضاً

على مواجهة جرائم المعلوماتية في ظل سياسة جنائية واضحة المعالم.
 وفضلاً عمّا تقدّم أشار المشاركون إلى أن مكافحة الجرائم
 المعلوماتية عبر الوطنية يتطلب وجود تعاون جماعي جاد على الصعيدين
 الإقليمي والدولي.

وقد انتهى المؤتمر بشأن كل ذلك إلى التوصيات الآتية :

أولاً: تعديل وتطوير قواعد القانون المدني المتعلقة بإبرام العقود بما
 يتماشى مع مقتضيات المعلوماتية.

ثانياً: إعادة النظر في قواعد الإثبات بما يكفل التكيف مع متطلبات
 المعلوماتية.

ثالثاً: التأكيد على أهمية وجود نصوص خاصة لمواجهة جرائم المعلوماتية
 من الناحيتين الموضوعية والإجرائية.

رابعاً: العمل على حماية الحياة الخاصة للأفراد من سوء استخدام وسائل
 الاتصال الحديثة، وعلى نحو يكفل حماية واحترام حقوق الإنسان.

خامساً: ضرورة نشر ثقافة المعلوماتية بين مختلف الشرائح وأفراد
 الجمهور.

سادساً: العمل على إعداد كوادر متخصصة في مجال الضبطية القضائية،
 وفي مجال الخبرة الجنائية، وفي القضاء.

سابعاً: استحداث مادة بكليات القانون تتعلق بقانون المعلوماتية.

ثامناً: التأكيد على أهمية سن قانون ينظم المعاملات والتجارة
 الإلكترونية.

تاسعاً: الدعوة إلى تعزيز وتكثيف التعاون الإقليمي والدولي في مجال
 مكافحة الجريمة المعلوماتية عبر الوطنية.

عاشراً: تنظيم مؤتمر مغاربي ثانٍ يهتم بالمعلوماتية وحقوق الإنسان.
حادي عشر: التأكيد على أهمية وضرة وجود قناة اتصال دائمة لتنسيق الجهود المغاربية الهادفة لوضع أسس قانون مغاربي نموذجي للمعلوماتية.

وفي هذا الصدد لاحظ بعض المشاركين في المؤتمر أن وجود اتحاد للجامعات المغاربية قد يكون أحد الأوعية المناسبة لكي تصب فيه الجهود الأكاديمية المبذولة في هذا الشأن، وبشكل يضمن فاعليتها واستمرارها.

Journal of Legal Studies

**Published by the Faculty of Law,
Garyounis University**

Editor - in - Chief :
Prof. Dr. Mussa Massoud Irhouma

Managing Editor :
Dr. Suliman M. K. Ibrahim

Editorial Board :
Dr. Saad Kh. Alabbar
Dr. Hala Ahmed Alatrash
Dr. Ibtesam Ahmed Beheh
Tarek El - Jamaly
Nouria El - Magrif
Rafa El - Fakry
El - Salheen Elaish

**No. 18 - 2009
Garyounis University Press.**