



دراسات قانونية

مجلة تصدر عن

أعضاء هيئة التدريس بكلية القانون - جامعة قاريونس

السنة الخامسة عشرة الموافق 1996 افرنجي

المجلد الرابع عشر

مَنشورات
جَامِعَةُ قَارِيُونِسْ
بنغازي





دراسات قانونية

دراسات قانونية

السنة الخامسة عشرة 1425م

المجلد الرابع عشر

الموافق 1996 الهجري

مجلة تصدر عن

أعضاء هيئة التدريس بكلية القانون - جامعة قاريونس

مَشُورَات
جَامِعَةُ قَارِيُونِسْ
بِنغازي



جميع حقوق الطبع والنشر محفوظة

1998 م

لا يجوز طبع أو استنساخ أو تصوير أو تسجيل
أي جزء من هذا الكتاب بأي وسيلة كانت
إلا بعد الحصول على الموافقة الكتابية من الناشر

منشورات
جامعة بغداد
بنغازي





محتويات العدد

9 افتتاحية العدد

القسم الأول

11 بحوث ودراسات قانونية

13 أساس الإلزام في قواعد القانون الدولي الإنساني
للدكتور/ عبد المنعم محمد داوود.

47 حجبة القرائن الشرعية في إثبات الجرائم الحدية
للدكتور/ ناصر عبدالله أبو راس.

61 المنع من ممارسة الإجراء الجنائي
للدكتور/ محمود صالح العادلي.

ملاحظات حول القانون رقم (13) لسنة 1423 م بشأن تعديل بعض أحكام

153 القانون رقم (11) لسنة 1984 بشأن المرور على الطرق العامة
للدكتور/ محمد حسن الجازوي.

القسم الثاني

161 القضاء

نظرية الجوائح بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي تعليق على حكم

163 المحكمة العليا الصادر بتاريخ 12/31/1966 افرنجي
للدكتور/ سالم أرجيعة الزوي.

القسم الثالث

القوانين واللوائح 187

أولاً: القوانين:

- 189 1 - قانون رقم (6) لسنة 1423 م بشأن أحكام القصاص والدية
 2 - قانون رقم (9) لسنة 1423 م بشأن تعديل أحكام القانون رقم (10)
 189 لسنة 1984 م بشأن الزواج والطلاق وأثارهما
 3 - قانون رقم (13) لسنة 1423 م بشأن تعديل أحكام القانون رقم (11)
 189 لسنة 1984 م بشأن المرور على الطرق العامة 189

ثانياً: اللوائح:

- قرار اللجنة الشعبية العامة رقم (139) لسنة 1423 م باللائحة التنفيذية
 199 لقانون الأمن والشرطة 199

القسم الرابع

عرض الكتب والمجلات: 211

- 213 كتاب: «أثر التطور التكنولوجي على الحريات العامة»
 تأليف الدكتور/ مبدر لويس.
 213 عرض وتحليل الدكتور: موسى مسعود رحومة 213

هيئة التحرير

د. محمد حسن الجازوي	أميناً للتحرير
د. إدريس أبو شريدة	عضواً
د. عبد السلام الشريف	عضواً
د. سليمان الفويل	عضواً

افتتاحية العدد

هذا هو العدد الرابع عشر من مجلة «دراسات قانونية» وقد حرصنا على أن يكون اسماً على مسمى، حيث جعلناه يحتوي على مجموعة من البحوث والدراسات القانونية التي جادت بها قريحة أعضاء هيئة التدريس في مختلف فروع القانون. كذلك خصصنا قسماً لأحدث القوانين التي أصدرتها المؤتمرات الشعبية، وخاصة تلك المستمدة من القرآن الكريم، شريعة المجتمع، مثل قانون القصاص والدية، حتى نكون في متناول يد الباحثين والدارسين للقانون.

ونأمل من الله العليّ القدير أن تواصل المجلة مسيرتها في خدمة القانون، وذلك بفضل العون المادي والمعنوي الذي قدمه ويقدمه لها المسؤولون في جامعة قاريونس.

والله ولي التوفيق

هيئة التحرير



بحوث ودراسات قانونية

**أساس الإلزام
في
قواعد القانون الدولي الإنساني**

بحث من إعداد

**الدكتور عبد المنعم محمد داود
كلية القانون - جامعة قاريونس بنغازي**

المبحث الأول

مقدمة في: الإلزام والجزاء

يلاحظ أن القاعدة القانونية دولية كانت أو وطنية لا بد وأن تتسم بالإلزام فالقاعدة ملزمة obligatoire وإلا خرجت عن كونها قاعدة قانونية⁽¹⁾.

من المفيد القول بأن القاعدة القانونية لا بد وأن تكون ملزمة ولكن لا يشترط أن تقترن بجزاء Sanction لأنه مجرد وسيلة من وسائل القهر Contrainte التي تباشرها السلطة التي تضطلع بتنفيذ وتطبيق القانون ولا تظهر أهمية الجزاء إلا في جانب من لحظة عدم الامتثال لقواعد القانون لأنه عند عدم الامتثال لقواعد القانون قد يتم تنفيذ قواعد القانون إجباراً وقد يتم اختياراً وعند عدم التنفيذ التلقائي يتم توقيع الجزاء.

فالقاعدة القانونية توجد وتطبق في غالب الأحيان دون حاجة إلى الجزاء ودون أن يؤثر ذلك في صفتها كقاعدة قانونية⁽²⁾ فالواقع أن الجزاء إن كان يحمي القاعدة القانونية إلى حد ما من يعبث بها ولكنه ليس شرطاً لوجودها.

(1) سمير تناغو - النظرية العامة للقانون - منشأة المعارف - الإسكندرية - 1986 ص 61.

(2) د. علي صادق أبو هيف - القانون الدولي العام - الجزء الأول - ط 12 - منشأة المعارف 1975 - ص 72.

تجدر بنا الإشارة إلى أن القاعدة القانونية تكون صحيحة عند توافر عناصرها بغض النظر عن الجزاء الذي يؤدي إلى فعالية القاعدة وليس عنصراً من عناصر تكوين القاعدة.

لقد أثر في الفقه ثلاث نظريات حول فعالية القاعدة ومدى ارتباط الفعالية بصحة القاعدة.

النظرية الأولى

تطابق هذه النظرية بين الفعالية والصحة فالقاعدة التي تفقد فعاليتها ولا تطبق في قاعدة غير صحيحة وغير موجودة منذ البداية لأن حياة القانون ترتبط بتنفيذه والقانون الميت لا وجود له ومهما كان سبب عدم التنفيذ فوجود القاعدة (صحتها) والفعالية هما أمر واحد⁽¹⁾.

النظرية الثانية

تعتمد هذه النظرية على حجة منطقية مؤداها أن القاعدة القانونية قاعدة سلوك لأنها تتعلق بما ينبغي أن يكون Sollen لا بما هو كائن فعلاً Sein لأنها تتجه إلى تقويم إرادة المخاطب بها ولا يؤثر في وجودها أو عدم صحتها عدم استجابة المخاطب لحكمها.

ويرى أنصار هذه النظرية أن ربط الصحة بالفاعلية يؤدي إلى توقف صحة القاعدة على مسلك المخاطب بها وأن القول بعدم صحتها نتيجة لعدم فعاليتها هو بمثابة مكافأة للخروج على حكم القانون وهو أمر غير مقبول⁽²⁾.

كما أنه لا يمكن ربط الصحة بالفاعلية لأنه لو تواتر الناس على عدم

(1) د. سمير تناغو - المرجع السابق ص 68.



تنفيذ القاعدة القانونية فإن هذا العرف الموجه ضد القاعدة التشريعية أقل درجة من التشريع ولا يجوز إلغاء التشريع عن طريق العرف فالأدنى لا يستطيع إلغاء الأعلى⁽¹⁾.

النظرية الثالثة

تقوم هذه النظرية على أن الصحة تسبق الفعالية فالقاعدة صحيحة قبل أن تتح لها فرصة التطبيق، فالقاضي عندما يطبق لأول مرة قاعدة صدرت حديثاً فإنه يحقق فعالية القاعدة الصحيحة⁽²⁾.

ويرى أنصار هذه النظرية أن القاعدة قد تفقد صحتها نتيجة لعدم فعاليتها في حالة تواتر العرف على عدم التطبيق من جانب الأفراد وتغاضي أجهزة الدولة عن متابعة ذلك مما يؤدي إلى تكون عرف مزدوج يؤدي بالتالي إلى فقدان القاعدة للصحة والفعالية معاً⁽³⁾.

تجدر بنا الإشارة بعد عرض تلك النظريات إلى أن الجزاء رغم أنه يؤدي إلى فعالية القاعدة وليس إلى صحتها إلا أنه يستهدف الشخصية القانونية المراد توقيع الجزاء عليها ومن ثم فإنه يجب أن يتلائم مع طبيعة تلك الشخصية، وبالتالي لا يتصور توقيع العقاب البدني على الدولة التي تخالف قواعد القانون الدولي الإنساني كالعقاب الذي يتم توقيعه على جسم الإنسان⁽⁴⁾.

(1) H.DUPEYX, Les grands problèmes du droit dans archives de philosophie du droit, 1938, pp.34-42.

H.KELSEN, theorie pure, p.15

(2) د. سمير تناغو - المرجع السابق - ص 70.

(3) د. محمد إسماعيل علي - الجزاء وعلاقته بالقانون الدولي - طبيعة القاعدة القانونية وعلاقتها بفكرة الجزاء - المجلة المصرية للقانون الدولي - عدد 36 لسنة 1980 -

ص 117.

على ضوء ما تقدم تترتب نتيجة منطقية مؤداها ضرورة تغاير صور الجزاء في القانون الدولي عنه في القانون الوطني، وحتى في داخل القانون الوطني يختلف الجزاء في فرع منه عنه في الفرع الآخر فالجزاء الموقع على الأشخاص بالحبس أو الغرامة أو الإعدام غير موجود بالنسبة لما يوقع على أجهزة الدولة⁽¹⁾ فالرقابة المتبادلة بين السلطات المختلفة داخل الدولة الواحدة نوع من الجزاء حيث يكون للسلطة التنفيذية مثلاً حق حل مجلس السلطة التشريعية. كما يكون لتلك الأخيرة حق إسقاط الحكومة كما يكون للمحاكم باعتبارها السلطة القضائية حق الامتناع عن تطبيق التشريعات المخالفة للدستور.

أما في إطار القانون الدولي فإن الأمم المتحدة ومجلس الأمن يمكنهما توقيع الجزاء على المخالف من أشخاص القانون الدولي وفقاً لأحكام الفصل السابع من الميثاق ووفقاً لما يتلائم مع كل حالة على حدة.

خلاصة القول

إن الجزاء في القانون الدولي لا يجب مقارنته بالجزاء في القانون الوطني لأن كل مشتغل بالقانون الدولي يدرك أن هناك جزاءات تطبق على مخالفتي قواعده وأن الفارق الحقيقي بين القانون الوطني والقانون الدولي في هذا الصدد ليس انطواء الأول على جزاء وافتقار الثاني إلى هذا الجزاء وإنما لأن الجزاء في القانون الوطني تقنن في نظام يتلائم مع أشخاص هذا القانون الذي لا يتلائم مع أشخاص القانون الدولي.

كما أن الجزاء لا يعد ركناً داخلياً في تكوين القاعدة القانونية رغم أثره الذي لا ينكر على فعالية القاعدة والتي تختلف عن صلاحيتها والأمثلة على الجزاءات في القانون الدولي كثيرة⁽²⁾.

(1) د. حسن كيرة - المدخل للقانون - منشأة المعارف - الإسكندرية - 1974 - ص 61.

(2) د. عبد الله الأشعل الجزاءات الغير العسكرية في الأمم المتحدة - رسالة دكتوراه -

من المفيد القول بأن الإلزام - وليس الجزاء أو القهر - يشكل كامل عقيدة المخاطب بالقاعدة ويبدو في الانصياع لها، أما نتيجة الخوف من الجزاء، أو الخوف على النفس أو الرغبة في تحقيق الأمان، أو الرغبة في الانضباط، وغير ذلك من الأسباب، أو مجموع تلك الأسباب التي تدخل في وعي المخاطب بالقاعدة وتكوين عقيدته نحو الالتزام بها.

هكذا فإن الإلزام يجمع بين منطقتي الوعي والإرادة لدى الإنسان فتكون عوامل معينة تؤدي إلى وعي محدد هو العقيدة تنتج عنه إرادة محددة في إرادة الإنسان بالقاعدة⁽¹⁾.

وهنا يكمن سر ارتضائنا بعنصر الإلزام كعنصر كون للقاعدة القانونية أي داخلاً في تكوينها دون الجزاء أو القهر وذلك نظراً لأن القاعدة القانونية تبدأ بمرحلة إعداد اجتماعي وسياسي تظهر في شكل أفكار مجددة نحو واقع معين وفي مجموع الأسباب التي تؤدي إلى ضرورة الامتثال للقاعدة القانونية.

من هنا يجب علينا الإشارة إلى أن القانون الدولي الإنساني غالباً ما لا يحمل في طياته جزاء، إلا أن ذلك لا ينفي عنه صفته كقانون لأن الجزاء ليس عنصراً داخلاً في تكوين القاعدة القانونية من ناحية ولاختلاف الجزاء في القانون الوطني عنه في القانون الدولي على النحو آنف البيان.

على ذلك تنقسم الدراسة إلى فصلين:

الأول: القوة الملزمة لقواعد القانون الدولي الإنساني.

الثاني: الدساتير الوطنية والقانون الدولي الإنساني.

= مقدمة إلى كلية القانون - جامعة القاهرة - 1976 ص 13.

وانظر أنواع الجزاءات التأديبية والمعنوية والمالية والعسكرية والجنائية مع أمثلة في الواقع الدولي مشروحة لدى د. محمد إسماعيل علي - المقال السابق - ص 118.

(1) المؤلف - التطبيق المباشر لقانون الجماعات الأوروبية - رسالة دكتوراه مقدمة إلى جامعة المنصورة - عام 1987 - ص 137.

المبحث الثاني

الفصل الأول

القوة الملزمة لقواعد القانون الدولي الإنساني

لقد صيغت حقوق الإنسان في أكثر من قالب فمنها الإعلانات الدستورية والقرارات والتوصيات الصادرة من المنظمات الدولية بالإضافة إلى المعاهدات الدولية ولكل قالب قوة قانونية تختلف عن الآخر نتناولها تباعاً:

الإعلانات الدستورية

يقصد بتلك الإعلانات ما تصدره الدول من رأي في شكل إعلاني تعبر فيه عن احترامها لقواعد حقوق الإنسان ومنها إعلان الاستقلال الأمريكي عام 1776 وإعلان الحقوق الفرنسي عام 1789 الذي ألحق بدستور 1791، كما أن معظم دساتير دول العالم تفرد فصلاً خاصاً لحقوق الإنسان أو عدد من المواد لتناول تلك الحقوق وكلها مما ورد ذكره باتفاقيات القانون الدولي الإنساني بعد ذلك⁽¹⁾ ومن هذه الإعلانات الوثيقة

(1) د. نعمان الخطيب - النصوص الدستورية - أهم ضمانات حقوق الإنسان - مقال منشور بمجلة حقوق الإنسان - المجلد الثالث الصادرة عن المعهد الدولي للدراسات العليا للعلوم الجنائية - سيراكوزا - إيطاليا - 1989.

الخضراء الكبرى لحقوق الإنسان في عصر الجماهير⁽¹⁾.

لقد كان أمر بحث مدى القيمة القانونية لمثل هذه الإعلانات محلًا للنقاش بين أساطين الفقه الدستوري في مصر⁽²⁾ وفي فرنسا⁽³⁾ فقد أقام الفقهاء تفرقة بين الأحكام الوضعية والقواعد المنهجية أو التوجيهية، فالأحكام الوضعية تنتمي إلى أحكام القانون الوضعي وبالتالي تعتبر نصوصاً قانونية محددة ملزمة بذاتها وقابلة للتطبيق الفوري ولها قوة النصوص الدستورية.

أما عن القواعد المنهجية أو التوجيهية لديهم فهي مجرد أصول علمية فلسفية غير ملزمة بذاتها وتنتظر من المشرع تدخله كي يضع مبادئها موضع التنفيذ والإلزام فيما يصدره من تشريعات في حالة قيامه بذلك⁽⁴⁾ يرجع هؤلاء الفقهاء السبب في تدخل المشرع إلى أن تلك القواعد المنهجية عبارة عن أصول علمية توضح وتوجه أهداف النظام الواجب سريانه في الدول أي عبارة عن مبادئ توضح معالم وأهداف المجتمع وتوجه مناهج النظام فيه⁽⁵⁾.

لقد راقى تلك التفرقة التي أقامها فقهاء القانون الدستوري لأحد فقهاء القانون الدولي⁽⁶⁾ وهو بصدد تصنيفه للمعاهدات الدولية حيث وجد

(1) صدرت هذه الوثيقة عن مؤتمر الشعب العام بالجماهيرية العربية الليبية الشعبية الاشتراكية العظمى بمدينة البيضاء - يوم الأحد 12 يونيو 1988.

(2) الدكتور عبد الحميد متولي والدكتور سعد عصفور والدكتور محسن خليل - القيمة القانونية لإعلانات حقوق الإنسان في القانون الدستوري والنظم السياسية - منشأة المعارف - الإسكندرية - بدون سنة - ص 189.

(3) Francene BATALIER, le Conseil d'Etat, Juge constitutionnel L.G.D.J., Paris, (3) pp. 89-95.

(4) للمؤلف - التطبيق المباشر لقانون الجماعات الأوروبية - المرجع السابق ص 413.

(5) د. عبد الحميد متولي وآخرون - المرجع السابق ص 190.

(6) د. عبد العزيز محمد سرحان - قواعد القانون الدولي العام في أحكام المحاكم وما =

أن هناك بعض النصوص في المعاهدات لا يتم إعدادها بدرجة من العناية تقابل طريقة إعداد التشريعات الوطنية واعتبر أن مثل تلك النصوص تتعلق فقط بأجهزة العلاقات الدولية.

أما النصوص التي يتم إعدادها بدرجة من العناية فتعد من وجهة نظره نصوصاً تضم قواعد ملزمة في القانون الوطني تؤدي إلى تيسير مهمة القاضي الوطني في تطبيقها ومثل هذا النوع من المعاهدات هو ما يطلق عليه في الاصطلاح الأنجلوساكسوني تسمية المعاهدات النافذة بذاتها⁽¹⁾ Self executif .

كما أن تلك التفرقة قد لاقت إعجاباً لدى فقهاء القانون الجماعي لدى الجماعات الأوروبية⁽²⁾ المعروفة باسم السوق الأوروبية المشتركة عندما قرر أحدهم أن طابع النفاذ الذاتي أو طابع التطبيق المباشر يمكن أن يشتق من النص ذاته وذلك عندما لا يتطلب إجراءات إضافية للتنفيذ.

لا يعد النص قابلاً للتطبيق المباشر لديه إذا كون مبدأ عاماً أما إذا كان بشكل محدد يمكن تطبيقه أمام المحاكم الوطنية دون الرجوع إلى المشروع فيها نص قابل للتطبيق المباشر.

إن تلك التفرقة التي أقامها هؤلاء الفقهاء إنما ترجع من وجهة نظرنا إلى دقة الصياغة التي تجعله كافياً بذاته لترتيب الحقوق والالتزامات حاولت محكمة العدل الأوروبية الاعتماد على دقة الصياغة في أحد

= جرى عليه العمل في مصر - المجلة المصرية للقانون الدولي - المجلد الثامن والعشرون - 1972 - ص 11.

(1) عزت سعد الدين - قانون المعاهدات والاتفاقيات الدولية لحماية حقوق الإنسان - مقال منشور بالمجلة المصرية للقانون الدولي - عدد 39 لسنة 1983 ص 267.

(2) انظر هذه الآراء معروضة ومشروحة لدى:

المؤلف - التطبيق المباشر لقانون الجماعات الأوروبية - المرجع السابق

أحكامها⁽¹⁾ لكي ينتج النص أثاره المباشرة في مواجهة الكافة بما في ذلك المحاكم الوطنية.

على ضوء ما تقدم يمكن القول بأن الإعلانات الدستورية لحقوق الإنسان لا تخلو من قيمة ولو أدبية⁽²⁾ إلا أنه تثار أمامها صعوبة التطبيق لأنها غالباً ما تصاغ في شكل عام مما يستلزم تدخلاً تشريعياً.

فالتدخل التشريعي لازم وضروري لإعطاء تلك الإعلانات مزيداً من الفعالية والقدرة على النفاذ داخل الدولة بتحديد الإجراءات المناسبة للتطبيق.

إلاً أننا من جانبنا نود جذب الانتباه إلى حقيقة مؤداها أن طريقة صياغة نص القاعدة شيء ومدى الالتزام بها شيء آخر، فطريقة صياغة الإعلانات قد تختلف حقاً، أما أساس الالتزام بتلك الإعلانات فإننا نراه يرتكز على النظام القانوني الوطني باعتبار أن الدستور يحتل قمة ذلك النظام وبالتالي لا يجب أن تتعارض معه قواعد التشريع ولا اللوائح وغيرها من القواعد الأقل مرتبة هذا من الناحية الوطنية.

أما من الناحية الدولية فإن تلك الإعلانات تكتسب القوة الملزمة من نص المادة الأولى فقرة ثالثاً من مقاصد هيئة الأمم المتحدة الذي يدعو إلى تعزيز احترام حقوق الإنسان.

يتأيد ما نقول به برأي الفقيه «لوترباخرت» الذي يؤكد أن إعلان حقوق

(1) انظر هذا الحكم منشور في مجلة أحكام محكمة عدل الجماعات الأوروبية - العدد 1978 ص 2727 والمشار إليه برسالتنا آنفة البيان - ص 209.

(2) د. مفيد محمود شهاب - المنظمات الدولية - دار النهضة الجامعية - القاهرة - 1980 - ص 206.

د. محمد السعيد الدقاق - النظرية العامة لقرارات المنظمات الدولية - رسالة دكتوراه مقدمة كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية - 1973 ص 155.

الإنسان يعتبر جزءاً من ميثاق الأمم المتحدة ويتمتع بنفس القيمة القانونية ولهذا نراه جديراً بالاحترام⁽¹⁾.

القرارات والتوصيات

يقصد بالقرارات والتوصيات الخاصة بحقوق الإنسان ما تصدره الجمعية العامة أو المجلس الاقتصادي أو الاجتماعي أو لجنة حقوق الإنسان مثال ذلك ما صدر عن الجمعية العامة تحت رقم 2393 في الدورة 23 في 29 نوفمبر 1968 من توصية بشأن توفير ضمانات للمتهمين في قضايا عقوبتها الإعدام وكذلك قرارات المجلس الاقتصادي والاجتماعي رقم 826 ب الدورة 22 في 27 يوليو 1971 بشأن مظاهر التمييز العنصري وعدم التسامح الديني والقومي.

ولقد أثارت هذه القرارات والتوصيات خلافاً فقهيّاً حول القيمة القانونية لها وهذه الخلافات تدخل في نطاق أوسع حول القيمة القانونية للقرارات والتوصيات الصادرة من المنظمات الدولية بوجه عام.

فقد ذهب بعض الفقهاء في هذا الصدد إلى عدم الاعتراف لها إلاّ بمجرد القيمة الأدبية بمعنى انعدام كل وجه للإلزام بها⁽²⁾.

بيد أن فريقاً آخر من الفقهاء يرى أن مثل تلك التوصيات تحوز قيمة، وقد اختلف أنصار هذا الفريق في أساس تلك القيمة فمنهم من اعتبر التوصية بمثابة التزام طبيعي ومنهم من رأى إيجاباً يحتاج إلى قبول

(1) LAUTERPACHT, the international protection of human rights R.C.A.D.L., (1) 1947, T10, p.74.

(2) الصورة السائدة حتى الآن في مجرد تمتع المنظمات بسلطة إصدار توصيات غير ملزمة قانوناً وذلك لكي تحتفظ الدول لنفسها بحرية عدم الالتزام بالتوصية التي تخالف مصالحها.

د. مفيد شهاب - المرجع السابق - ص 119 وص 120.

الأساس الأول: الإيجاب والقبول:

يقوم فكر أنصار هذا الرأي على اعتبار أن التوصية إنما تتضمن إيجاباً يستلزم قبولاً وبناءً على ذلك القبول ينعقد الالتزام ويجب تنفيذه وعندئذ تحوز التوصية قيمتها القانونية.

يجدر بنا الإشارة إلى ما يشره فقهاء الشريعة الإسلامية في شأن الإيجاب والقبول بأن الأول هو ما صدر من أحد المتعاقدين والقبول هو الرضا بما صدر⁽¹⁾، وأن للإيجاب والقبول شروطاً لا يتحقق الالتزام بدونها منها أن يتحد موضوع الإيجاب والقبول.

يقصد بهذا الشرط في فقه القانون الدولي القبول دون أدنى تحفظ كما هو الحال في المعاهدات الدولية⁽²⁾.

وقد اعترض الفقهاء على هذا الأساس باعتبار أن التأخر عن ملاقة الإيجاب بالقبول في بعض الصور يعد رفضاً لذلك الإيجاب فيزيل الآثار القانونية المترتبة عليه ويحدث ذلك من باب أولى لو أعلنت بعض الدول رفضها صراحة للتوصية⁽³⁾.

إلاً أننا نقول - وبصرف النظر عن أساس الإيجاب والقبول - إن التوصية التي تصدر عن الجماعة الدولية في شأن من الشؤون سواء أكانت موجهة إلى دولة ما أو عدة دول أو إلى مجموع الدول فإنها تعبر عن الرأي

(1) الشيخ السيد خليل الجراحي - النظريات العامة في الشريعة الإسلامية - مذكرات على الاستنسل - لطلبة الدكتوراه - كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية - 1979.

(2) د. علي صادق أبو هيف - القانون الدولي العام - منشأة المعارف - الإسكندرية - الطبعة السادسة - بدون سنة - 564.

(3) انظر الاعتراض على أساس الإيجاب والقبول اعتراضاً مدعماً ومفصلاً بالأدلة لدى:

د. محمد السعيد الدقاق - النظرية العامة لقرارات المنظمات الدولية -

المرجع السابق - ص 155.

العام للجماعة الدولية، وبالتالي فتعد مخالفة مثل هذا الرأي بمثابة تحد له هذا التحدي يشير استهجان الجماعة الدولية.

يعد الاستهجان على النحو السالف بمثابة الجزاء على مخالفة التوصية أخذاً في الاعتبار الفرق بين الجزاء في القانون الدولي والجزاء في القانون الوطني ذلك الأخير المقنن في نظام معين محدد بينما لا يوجد مثل ذلك في القانون الدولي⁽¹⁾.

الأساس الثاني: المفهوم المزدوج للالتزام

تقوم فكرة المفهوم المزدوج للالتزام على تكييف التوصيات أنها ديون لا تتضمن مسؤولية ومن ثم لا تسأل الدولة إذا رفضت الاستجابة لها بداءة ولكن متى قبلتها تعذر عليها العدول واعتبرت استجابتها لها تنفيذاً للالتزام القانوني بالمعنى الصحيح وليست مجرد وفاء بواجب أدبي بحت ويترتب على ذلك قيام المسؤولية الدولية⁽²⁾.

لإيضاح ذلك المفهوم المزدوج نقول إن الالتزام يتضمن عنصرين أحدهما عنصر المديونية والآخر عنصر المسؤولية، والأول منهما يفرض على المدين واجب الوفاء كما يفرض على الدائن واجب قبول الوفاء، فإذا وفى المدين باختياره انقضت المديونية وإن امتنع ظهر عنصر المسؤولية الذي يمكن الدائن من قهر المدين على الوفاء⁽³⁾.

كما نشير إلى أن الالتزام الطبيعي يشتمل على عنصر المديونية وينتفي عنه عنصر المسؤولية، وبالتالي فإذا قام المدين بالوفاء انقضى الالتزام وإن

(1) لمزيد من التفاصيل حول ذلك الموضوع الخاص بالجزاء في القانون الدولي - راجع للمؤلف - التطبيق المباشر لقانون الجماعات الأوروبية ص 120.

(2) د. محمد سامي عبد الحميد أصول القانون الدولي / المرجع السابق ص 33، 34.

(3) د. أنور سلطان - الموجز في النظرية العامة للالتزام - دار الثقافة الجامعية - الإسكندرية - 1974 - ص 119.



امتنع فلا يستطيع قهر المدين على الوفاء لانتفاء عنصر المسؤولية.

المعاهدات الدولية الإنسانية

لقد تم إبرام العديد من المعاهدات الدولية لضمان حماية حقوق الإنسان، ويثور السؤال حول مدى الإلزام في تلك المعاهدات فنفرق من جانبنا بين أمرين:

الأول:

الالتزام المطلق بنصوص تلك المعاهدات من جانب الدول التي صدقت عليها وفقاً للأوضاع الدستورية السائدة في كل دولة وبالتالي قيام مسؤوليتها الدولية تجاه الدول الموقعة عليها وتجاه الأجهزة الدولية التي أنشأتها تلك المعاهدة.

لا يجوز إنهاء أو وقف العمل بالمعاهدات التي تضيف حماية للأشخاص وذات الطابع الإنساني وفقاً لمفهوم المادة 60 من اتفاقية فيينا التي تنظم المعاهدات الدولية والمبرمة في عام 1969.

الثاني:

إن الدول التي لم تصدق على مثل هذه المعاهدات لا تعتبر في حل مما جاء بها من نصوص، فتقوم مسؤوليتها الدولية أيضاً بناء على ما يثيره الفقه الدولي من تفرقة بين المعاهدات الشارعة والمعاهدات غير الشارعة، وبناء على ما يثار من جدل حول النظام العام الدولي.

المعاهدات الشارعة وغير الشارعة كأساس للإلزام بحقوق الإنسان:

تعد المعاهدات الشارعة بمثابة تشريع دولي بالمعنى الفني الدقيق للتعبير لأنها تصدر عن الإرادة الشارعة لأطرافها وهي تلك الإرادة التي تملك خلق قواعد القانون في الجماعة الدولية فهي تتضمن قواعد قانونية تحدد الحقوق والواجبات للمخاطبين بأحكامها وهي من حيث قوة الإلزام

أمره على من تخاطبهم، وهي فوق هذا تصاغ في صورة مكتوبة.

فالمعاهدات الشارعة كما يرى جانب من الفقه⁽¹⁾ - تقوم بدور مزدوج تقني وتطويري - فهي تقن القواعد العرفية القائمة فتخرجها بذلك من طور الغموض وعدم دقة الفحوى إلى صياغة محددة وعبارة محبوبة ثم أنها تزود الجماعة الدولية بما قد تحتاجه من قواعد لتواكب التطور الذي يطرأ على متطلباتها ويمس حاجاتها.

وقد وصف جانب آخر من الفقه هذا النوع من المعاهدات بأنها وسيلة فنية لسن قواعد قانونية دولية ملزمة للكافة فمثل هذه المعاهدات الشارعة ليس لها من وصف المعاهدة سوى المظهر الخارجي، أما جوهرها فهو من طبيعة تشريعية فإذا كان من شأن هذه المعاهدات إلزام الكافة فلا يرجع ذلك إلى أنها من قبيل المعاهدات الملزمة لأطرافها فقط وإنما يرجع إلى أنها في حقيقتها تشريع ألبسه مصدره ثوب المعاهدة ومن ثم يلزم كافة أعضاء الجماعة الدولية لأن العبرة ينبغي أن تكون في مثل هذا المجال بالمضمون الحقيقي لا بالشكل⁽²⁾.

كما أكد فريق من الفقهاء أن المعاهدات الشارعة بمثابة تشريع لأنها تعبير عن إرادة عامة أساسها القبول العام سواء أكان القبول بطريق مباشر عن طريق إقرار تلك المعاهدات أو بطريق غير مباشر عن طريق تأييد السلطة التي أصدرت أو أعدت تلك المعاهدة⁽³⁾.

فإذا ما حاولنا تطبيق ذلك المعيار على معاهدات القانون الدولي الإنساني فإننا نلاحظ أنه فيما يتعلق بالقبول العام نجده ينقسم إلى قبول

(1) د. محمد طلعت الغنيمي - الوسيط - المرجع السابق - ص 139.

(2) د. محمد سامي عبد الحميد - أصول القانون الدولي - القاعدة الدولية - دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية - ص 185.

(3) د. طلعت الغنيمي - المرجع السابق - ص 141.

مباشر وذلك بقبول مضمون المعاهدات الشارعة، فنلاحظ أن المادة الأولى من الفقرة الثالثة من مقاصد هيئة الأمم المتحدة تنص على: «تحقيق التعاون الدولي على حل المسائل الدولية ذات الصيغة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والإنسانية وعلى تعزيز احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية للناس جميعاً والتشجيع على ذلك بصفة عامة بلا تمييز بسبب الجنس أو الدين وبلا تفرقة بين الرجال والنساء» وفقاً لهذا النص وعلى أثر انضمام الدول إلى هيئة الأمم المتحدة، يعد ذلك بمثابة قبول مباشر لتعزيز احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية للناس جميعاً.

تجدر بنا الإشارة إلى أننا نتناول بالبحث هنا أساس إلزام الدول التي لم تصدق على معاهدات حقوق الإنسان، أما التي صدقت عليها فأساس الإلزام هو تصديقها بإرادتها على ما جاء بها من بنود.

لكي تعد هذه المعاهدات شارعة في مواجهة الدول التي لم تصدق عليها وبالتالي تعتبر ملزمة لها يجب أن يتوفر شرط القبول العام وقد أوضحنا أن هذا الشرط قد توفر بانضمام هذه الدول إلى الأمم المتحدة التي كان من بين مقاصدها تعزيز احترام حقوق الإنسان وحرياته الأساسية.

أما من حيث تأييد السلطة التي أصدرت المعاهدة الشارعة، فلا شك عندنا في أن كافة دول العالم تؤيد الأمم المتحدة كسلطة دولية - كما أن تلك السلطة الدولية قد وافقت عام 1966 على الاتفاقية الدولية للحقوق السياسية والمدنية بقرارها رقم 2200 في الدورة رقم 21 وكذلك الاتفاقية الدولية للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

هكذا يتضح بجلاء أنه لا شك في أن معاهدات القانون الدولي الإنساني بمثابة معاهدات شارعة لاقت قبولاً من أعضاء الجماعة الدولية، كما أن الأجهزة التي أعدتها تؤيدها الدول الأعضاء في تلك الجماعة الدولية.

النظام العام الدولي

ثار الخلاف بين أعضاء لجنة القانون الدولي حول مشكلة قواعد النظام العام الدولي وتحديد مفهوم الاصطلاح Jus Cogens فعند البعض أن القواعد الآمرة في التي تستهدف ضمان حماية الجماعة الدولية في مجموعها، وعند آخرين هي القواعد التي لا غنى عنها للحياة الدولية من حيث إن جذورها قد رسخت في الضمير العالمي وفي رأي فريق ثالث أنها هي القواعد التي تمثل الحد الأدنى اللازم للعلاقات الدولية العادية، ويؤكد فريق رابع على الصفة الاجتماعية لتلك القواعد بمعنى أن تلك القواعد إنما تعبر عن ضرورات اجتماعية على مستوى عال، وهناك رأي يقوم على الربط بين القواعد الآمرة وقواعد النظام العام فقال إن القواعد الآمرة في تلك التي تعبر عن مجموع النظام العام الدولي⁽¹⁾ كما قسم أحد الفقهاء⁽²⁾ النظام العام إلى ثلاث مجموعات:

المجموعة الأولى: قواعد تحمي أساس النظام الدولي مثل تحريم جريمة إبادة الجنس البشري والسماح باستخدام القوة في حالات الدفاع الشرعي.

المجموعة الثانية: قواعد تحمي الحقوق الأساسية للفرد وتدخل فيها معاملة الأسرى وقت الحرب أي قواعد القانون الدولي الإنسان.

المجموعة الثالثة: قواعد تتعلق بالتعاون السلمي في حماية المصالح الدولية المشتركة مثل حرية أعالي البحار ومنطقة التراث المشترك.

أما عن الصورة التي يمكن أن يظهر فيها النظام العام فقد يكون في صورة تشريعية أو صورة عرفية وتلك الأخيرة تتمثل في المبادئ الأساسية

(1) M. Virauy, Reflexion sur Jus cogens, A.F.F.L., 1966, pp.1-29.

E. Suy, The Concept of Jus Cogens in public international Law Genva, 1967.

(2) د. محمد طلعت الغنيمي - المرجع السابق - ص 83.

الجوهرية التي يطلق عليها الفقه الدولي الحد الأدنى من المستوى الإنساني الذي لا يمكن أن يستقيم أمر الجماعة الدولية إن هي أغفلته أو تجاهلته .

ولذا فإن الدولة التي تتدنّى في سلوكها عن هذا الحد الأدنى تطرد من فلك القانون الدولي لأنها تصبح غير جديرة بشرف التمتع بمزاياه ويلاحقها الاستهجان الدولي داخل الأروقة الدولية وخارجها .

إذن فالاتفاق الذي ينص على التنكيل بالأسير وتعذيبه يعتبر اتفاقاً باطلاً لأنه يخالف الحد الأدنى الذي يجب أن تتحلّى به الدول في تصرفاتها الدولية وهو يتدنّى لأنه يخالف مقتضيات العدالة .

هكذا يمكننا القول بأن القانون الدولي الإنساني يدخل في صميم فكرة النظام العام الدولي كما يدخل في صميم فكرة المعاهدات الشارعة وفي كلتي الحالتين يعتبر ملزماً من وجهة نظر القانون الدولي حتى في مواجهة الدول التي لم تصدق على اتفاقياته .

النظام العام الدولي

ثار الخلاف بين أعضاء لجنة القانون الدولي حول مشكلة قواعد النظام العام الدولي وتحديد مفهوم الاصطلاح Jus Cogens فعند البعض أن القواعد الآمرة في التي تستهدف ضمان حماية الجماعة الدولية في مجموعها، وعند آخرين هي القواعد التي لا غنى عنها للحياة الدولية من حيث إن جذورها قد رسخت في الضمير العالمي وفي رأي فريق ثالث أنها هي القواعد التي تمثل الحد الأدنى اللازم للعلاقات الدولية العادية، ويؤكد فريق رابع على الصفة الاجتماعية لتلك القواعد بمعنى أن تلك القواعد إنما تعبر عن ضرورات اجتماعية على مستوى عال، وهناك رأي يقوم على الربط بين القواعد الآمرة وقواعد النظام العام فقال إن القواعد الآمرة في تلك التي تعبر عن مجموع النظام العام الدولي⁽¹⁾ كما قسم أحد الفقهاء⁽²⁾ النظام العام إلى ثلاث مجموعات:

المجموعة الأولى: قواعد تحمي أساس النظام الدولي مثل تحريم جريمة إبادة الجنس البشري والسماح باستخدام القوة في حالات الدفاع الشرعي.

المجموعة الثانية: قواعد تحمي الحقوق الأساسية للفرد وتدخل فيها معاملة الأسرى وقت الحرب أي قواعد القانون الدولي للإنسان.

المجموعة الثالثة: قواعد تتعلق بالتعاون السلمي في حماية المصالح الدولية المشتركة مثل حرية أعالي البحار ومنطقة التراث المشترك.

أما عن الصورة التي يمكن أن يظهر فيها النظام العام فقد يكون في صورة تشريعية أو صورة عرفية وتلك الأخيرة تتمثل في المبادئ الأساسية

(1) M. Virauy, Reflexion sur Jus cogens, A.F.F.L., 1966, pp.1-29.

E. Suy, The Concept of Jus Cogens in public international Law Genva, 1967.

(2) د. محمد طلعت الغنيمي - المرجع السابق - ص 83.

الجوهرية التي يطلق عليها الفقه الدولي الحد الأدنى من المستوى الإنساني الذي لا يمكن أن يستقيم أمر الجماعة الدولية إن هي أغفلته أو تجاهلته .

ولذا فإن الدولة التي تتدنّى في سلوكها عن هذا الحد الأدنى تطرد من فلك القانون الدولي لأنها تصبح غير جديرة بشرف التمتع بمزاياه ويلاحقها الاستهجان الدولي داخل الأروقة الدولية وخارجها .

إذن فالاتفاق الذي ينص على التنكيل بالأسير وتعذيبه يعتبر اتفاقاً باطلاً لأنه يخالف الحد الأدنى الذي يجب أن تتحلّى به الدول في تصرفاتها الدولية وهو يتدنّى لأنه يخالف مقتضيات العدالة .

هكذا يمكننا القول بأن القانون الدولي الإنساني يدخل في صميم فكرة النظام العام الدولي كما يدخل في صميم فكرة المعاهدات الشارعة وفي كلتي الحالتين يعتبر ملزماً من وجهة نظر القانون الدولي حتى في مواجهة الدول التي لم تصدق على اتفاقياته .

الفصل الثاني

الدساتير الوطنية

والقانون الدولي الإنساني

تمهيد

لعله من المفيد أن نقرر بدءاً أن المقصود بهذه الدراسة هو تحديد المرتبة التي تمثلها المعاهدات المتعلقة بالقانون الدولي الإنساني في القوانين الوطنية لبعض الدول.

ويلاحظ أن الدراسة تحكمها نصوص الدساتير وليس الواقع التطبيقي والسبب في ذلك أن تحديد مرتبة المعاهدات الدولية هي بالدرجة الأولى مشكلة دستورية ينبري لها فقهاء القانون الدستوري وبالتالي فإن نظرنا لها تقترب بالدرجة في تحديد المرتبة فقط ويشجعنا في ذلك جانب من الفقه الغربي⁽¹⁾ والعربي⁽²⁾.

تجدر بنا الإشارة إلى أننا في محاولتنا استخلاص موقف كل دستور

(1) انظر رأي الفقيه «لاردي» P. LARDY والذي يرى أن مشكلة الآثار المباشرة للمعاهدات الدولية في مواجهة الأفراد ليست مشكلة قانون دولي وإنما هي مشكلة دستورية.

Pierre LARDY, la force obligatoire de droit international En droit interne, L.D.J.J., Paris, 1960, p.174.

M.S. ABD ELHAMID, De l'effet des traités vis-à-vis des Particuliers, cours de (2) Doctorat, Faculté de droit d'Alecondrie, p.23, 1982/1981.

على حده لن تتم من خلال نظرة فردية لذلك الدستور أو لغيره من الدساتير وإنما من خلال اتجاهات عامة يمكن أن يندرج تحتها أكثر من دستور.

هذه الاتجاهات العامة يمكن أن تعد بمثابة أطر عامة لتلك المواقف بحيث يستوعب كل إطار مواقف ودساتير الدول المتشابهة - كما أنه قد يثير أفكاراً عامة حول مواقف الدساتير العربية والغربية بما يساعد على إمكان اتخاذ موقف من كل اتجاه.

وهذه الاتجاهات العامة تنقسم إلى أربع هي:

الاتجاه الأول: وهو الذي يعلى القانون الدولي على النصوص الدستورية الوطنية.

الاتجاه الثاني: ويعطي للقانون الدولي قوة تعلية على القوانين الوطنية.

الاتجاه الثالث: ويقوم على إعطاء القانون الدولي قوة معادلة للقانون الوطني.

الاتجاه الرابع: وهو الاتجاه الذي التزم الصمت فلم يقرر علواً ولا تعادلاً بين القانون الدولي والقوانين الوطنية.

ونوالي بحث كل اتجاه على حده.

المبحث الأول

الاتجاه الأول

نقرر بداية أنه في حدود علمنا لا يوجد أي من الدساتير العربية يعلى القانون الدولي بوجه عام أو المعاهدات الدولية على قانونه الوطني وذلك نظراً للحرص الشديد على التمسك بالسيادة القانونية الوطنية .

أما لدى دول غرب أوروبا فإننا نجد الدستور الهولندي قد أعطى للمعاهدات الدولية المنشورة قانوناً داخل هولندا قوة أعلى من تلك التي في الدستور⁽¹⁾ .

La Constitution neerlandaise renverse cette hierarchie traditionnelle et accord expressement aux traites internationaux «regulierment publies une force supra constitutionnelle»

فقد نصت المادة 66 من دستور هولندا على أن التشريع الساري والمتعارض مع المعاهدات الدولية يتم استبعاد تطبيقه سواء أكان ذلك التشريع سابقاً أم لاحقاً لتلك المعاهدة⁽²⁾ .

P.LARDY, op.cit., pp.147 et s.

(1)

Legislation in force with the kingdom shall not apply if this application would be incompatible with provision of agreements which are binding upon any and which have been entered into force either before or after the enactment of such legislation.

(2)

F.E DOWRICK, Overlapping international and European laws L.C.L.Q., 1982 v.31, p.91.



ولقد ذهب الأستاذ P.LARDY بصدد تعليقه على التعديل إلى أنه بمجرد التصديق على المعاهدة الدولية المخالفة للدستور بعد هذا التصديق في حد ذاته تعديلاً للدستور القائم⁽¹⁾.

ويستشهد الأستاذ «لاردي» على رأيه بما جاء بالمادة الستين الفقرة الثالثة من الدستور - من نهي للقاضي الوطني عن مراقبة دستورية المعاهدات الدولية طالما تم التصويت عليها بالأغلبية المحددة بالمادة الثالثة والستين من الدستور⁽²⁾.

وإذا كنا نعتقد أن مجرد التصديق على معاهدة مخالفة للدستور لا يعد بمثابة تعديل دستوري فإننا نرى أن النهي الوارد بالمادة الستين في فقرتها الثالثة إنما يقصد به إمكانية القاضي الوطني إيقاف نص الدستور المتعارض مع المعاهدة من ناحية وأن يفسح المجال تطبيق المعاهدة من ناحية أخرى ولا بد في هذا المقام للكلام عن تعديل الدستور لأن التعديل إنما يجب أن يكون معلوماً للكافة بإجراءات محددة ويبدأ سريان التعديل من تاريخ إجراءاته، كما ينهى العمل بالنص القديم اعتباراً من ذات التاريخ وذلك كله وفقاً للإجراءات التي يقرها الدستور في هذا الصدد من أجل إتمام التعديل الدستوري.

(1) وانظر كذلك رأياً قريباً من رأي الذي نادى به الأستاذ «لاردي» في المتن نادى به الأستاذ F.E.DOW RICK عندما اعتبر أنه بتصديق إنجلترا على الانضمام للجماعات الأوروبية وبصدد قانون أكتوبر 1972 وبموافقة أغلبية الشعب في استفتاء يونيو 1975 لصالح بقاء إنجلترا في الجماعات برضاء المحاكم الانجليزية بالقانوني الأوروبي فإن كل تلك الاعتبارات لها أثرها القوي على التعديل الجوهري للدستور الانجليزي وإقامة مبدأ علو قانون الجماعات الأوروبية.

All these may be regarded collectively as effecting a... majour chang in the constitution of the United Kingdom Eb id.

(2) لمزيد من التفاصيل حول هذه المسألة راجع:
د. محمد طلعت الغنيمي - الوسيط في قانون السلام - المرجع السابق - ص 90.

أما مسألة وقف سريان النص والتي نؤيدها فإنها تعني إمكانية تطبيقه في حالات أخرى غير حالة المعاهدة الدولية ويظل النص قائماً منتجاً لآثاره في كل حالة بخلاف حالة المعاهدة المتعارضة معه، وذلك على عكس التعديل الذي يؤدي إلى انتهاء العمل بالنص الذي تم تعديله وابتداء العمل بالنص المعدل الأمر المرفوض منطقياً لدينا في هذه الحالة.

وقد أضاف الدستور الهولندي في مادته السابعة والستين قرارات المنظمات الدولية إلى المعاهدات الدولية⁽¹⁾ وأضفى عليها نفس القيمة القانونية في القانون الوطني⁽²⁾.

فإذا اكتسبت قرارات المنظمات الدولية تلك القوة الملزمة للمعاهدات الدولية قرب قال بقول بأنه يسرى عليها ما يسري على المعاهدات الدولية من آراء فقهية خصوصاً ما يقال من أن تلك المعاهدات التي تتعارض مع

(1) فقد نصت المادة 67 الفقرة 2 من الدستور الهولندي على أن: Les articles 65 et 66 sont applicables aux decisions emanant d'organisations internationales.

وهذا يؤدي إلى انطباق المادتين 65، 66 الخاصتين بالمعاهدات الدولية على قرارات المنظمات الدولية مما يجعل نصوص قرارات المنظمات الدولية التي تفرض الالتزامات وتعطي الحقوق للأفراد لها قوتها الملزمة وفقاً للمادة 56، كما يؤدي ذلك أيضاً إلى تطبيق نصوص قرارات المنظمات الدولية في هولندا حتى ولو كانت مخالفة للقوانين الوطنية سواء أكانت تلك القرارات سابقة أم لاحقة لتلك القوانين P.LARDY, op.cit., pp.168 et s.

(2) فقد سمح ذلك التعديل بإمكان نقل السلطات التشريعية والقضائية إلى المنظمات الدولية وإذا كان ذلك التفويض بالسلطة متعارض مع الدستور فإن الأمر يتطلب الموافقة بأغلبية الثلثين على ذلك التفويض وفقاً لمفهوم المادة 63 من الدستور.

Aux Pays-Bas, la constitution admet dans son article 67 que des pouvoirs legislatifs administratifs aux judiciaires peuvent être transférés à des organisations internationales.

Mme Collette MERGET, le droit de la communauté Economique Européenne et l'ordre juridique des Etats membres, L.G.D.J. Paris, 1967, pp.77

R.JOLIET, Le droit international des communautés Européennes - Faculté de droit de Liège, 1983, pp. 350 et s.

أحكام الدستور تعد بمثابة تعديل للدستور.

إلاً أننا نبادر بالتحفظ على ذلك موضحين الفرق بين طريق التصديق على المعاهدات الدولية والذي يتم عن طريق البرلمان الوطني الهولندي بينما التصديق على قرارات المنظمات الدولية فالأمر فيه جد مختلف: إن اتجاه الدستور الهولندي نحو إعلاء قواعد القانون الدولي على قواعد القانون الدستوري الوطني يعد اتجاهاً فريداً يدعونا إلى التحفظ والحذر فإن منع القاضي الوطني من تطبيق القواعد الدستورية المتعارضة مع المعاهدة الولية لا يقصد به العلو المطلق للأولى على الاتفاقية الثانية بقدر ما يقصد به إفساح الطريق لقواعد القانون الدولي حتى يتم تطبيقها دون أدنى تعويق خوفاً من إثارة مسؤولية الدولة الهولندية عن عدم تطبيقها لتلك القواعد وفي نفس الوقت وقف تطبيق النص الدستوري المتعارض مع تلك المعاهدة.

ويعد المشرع الهولندي مشرعاً مثالياً إذ وضع نفسه في مرتبة أدنى من مرتبة القانون الدولي وتلك مثالية غير متوافرة في غالبية الدساتير.

المبحث الثاني

الاتجاه الثاني

إذا كان الاتجاه الأول قد أعطى للقانون الدولي قوة أعلى من القوانين الدستورية الوطنية فإن هذا الاتجاه قد أعطى للقانون الدولي قوة أعلى من التشريعات الوطنية بمعنى أن القانون الدولي في ظل هذا الاتجاه يقع في مرحلة وسط بين القانون الدستوري الوطني وبين التشريع الوطني فهو أعلى من التشريع وأقل من الدستور.

إن الدستور العربي الوحيد الذي يدخل ضمن هذا الإطار هو الدستور التونسي الذي نص على أن للمعاهدات المصادق عليها بصفة قانونية قوة تعلو على القوانين التشريعية⁽¹⁾.

إما في الدساتير الغربية فنجد أن دستور اليونان⁽²⁾ قد نص على أن القواعد العامة المعترف بها في القانون الدولي وكذلك الاتفاقات المصدق عليها جزءاً من قانون اليونان وتعلو أي نص قانوني مخالف.

وهذا النص واضح في إعلاء القانون الدولي على القانون الوطني إلا أن ذلك لا يمنع من القول بأن قواعد القانون الدولي وفقاً لهذا النص إنما

(1) انظر نص المادة 55 من الدستور التونسي الصادر في 8 أكتوبر/ تشرين سنة 1958.

(2) انظر نص المادة 28 من دستور اليونان الصادر في 11 يونيو 1975 النسخة المترجمة إلى الانجليزية والتي قامت بترجمتها سفارة اليونان بلندن والموجودة بسفارة اليونان بالقاهرة.

تعلو القواعد المخالفة لها فقط أما ما لا يتعارض معها فإنها قد تتساوى معه .

لكننا نبادر قائلين إن أولوية أحد القانونين على الآخر لا تظهر إلا عند التعارض ، أما عند التوافق فإنه سوف يتم تطبيق أحد القانونين أو كلاهما ، فإذا تعارض التشريع الوطني مع القانون الدولي فإنه يجب تنحية القانون الوطني جانباً لإفساح المجال للقانون الدولي للتطبيق وذلك إعمالاً للنصوص السابقة .

المبحث الثالث

الاتجاه الثالث

يلاحظ أن هذا الاتجاه إنما يعادل بين القانون الدولي والقانون الوطني وفي هذا الإطار يمكن الإشارة إلى قانون البحرين⁽¹⁾ والجزائر⁽²⁾ والسودان⁽³⁾ وقطر⁽⁴⁾ والكويت⁽⁵⁾ ومصر⁽⁶⁾ وكلها تعطي للمعاهدات الدولية التي تم التصديق عليها قوة تعادل قوة القانون الوطني الصادر بالتصديق⁽⁷⁾.

(1) دستور دولة البحرين الصادر في 6/12/1973 المادة 37 حيث تكون للمعاهدة قوة القانون.

(2) المادة 159 من الدستور الجزائري الصادر في 22/11/1976، والتي تقضي بتعديل الدستور أولاً للإذن بالمصادقة على المعاهدة إذا تبين أن أحكامها تخالف الدستور.

(3) الدستور الدائم لجمهورية السودان الديمقراطية المؤرخ 8/5/1973 مع التعديل المؤرخ 17/9/1975 وفقاً للمادة 103 حيث تكون للمعاهدات قوة القانون بعد تصديق رئيس الجمهورية عليها.

(4) النظام الأساسي المؤقت المعدل لدولة قطر الصادر في 19/4/1973 وفقاً للمادة 24 يبرم الأمير المعاهدات بمرسوم ويبلغها مجلس الشورى وتكون لها قوة القانون بعد التصديق والنشر.

(5) المادة 70 من الدستور الكويتي الصادر في 11/11/1962 حيث تكتسب المعاهدات قوة القانون بعد التصديق عليها ونشرها في الجريدة الرسمية.

(6) دستور جمهورية مصر العربية الصادر في 11/9/1971 وفقاً للمادة 151 حيث يحق لرئيس الجمهورية أن يبرم المعاهدات ويبلغها مجلس الشعب وتكون لها قوة القانون بعد الإبرام والتصديق والنشر.

(7) د. الصادق شعبان - الحقوق السياسية للإنسان في الدساتير العربية - مجلة حقوق =

يعد هذا الاتجاه د. خضر شديد في المجال العملي لأنه عندما يتعارض القانون الدولي مع القانون الوطني فإنه تطبيق قاعدة أو القانون اللاحق يلغى القانون السابق طالما أن القانونين في ذات المرتبة.

فالقاضي الوطني إذا عرضت عليه مسألة تتعلق بالقانون الدولي والقانون الوطني فإن القاضي وفقاً للمنهج القانوني عليه الالتزام بتطبيق القانون اللاحق منهما باعتبار وجود قرينة قانونية مؤداها أن رغبة المشرع قد اتجهت إلى إلغاء القانون السابق من خلال الموافقة على القانون اللاحق.

إلا أن مبدأ القانون اللاحق يلغى السابق لا يتم أعماله عند التعارض بين قانونين أحدهما يعلو الآخر حيث يجب إعمالاً للأعلى مرتبة دون الأدنى حتى لو كان لاحقاً زمنياً لأن المبادئ القانونية تؤدي إلى أنه لا يجوز إلغاء قانون إلا بقانون يعادله أو يعلوه مرتبة⁽¹⁾.

ولذلك فإن قاعدة التعادل بين القانون الدولي والقانون الوطني تعد بمثابة سوط بيد المشرع الوطني حيث يمكنه من أن يضرب به القانون الدولي كلما عن له أن يوقف تطبيقه وذلك بإصدار قاعدة وطنية لاحقة متعارضة مع القانون الدولي وبالتالي يتم إعمال القانون الوطني اللاحق ويتم إهمال القانون الوطني السابق.

إلا أن القضاء الوطني يمكن أن يقف موقفاً شجاعاً إذا ما أراد استقراراً للأمور حيث يمكنه أن يعتبر أن القانون الدولي السابق بمثابة قانون خاص

= الإنسان - المجلد الثالث - الصادرة من المعهد الدولي للدراسات العليا في العلوم الجنائية - سيراكوزا - إيطاليا - 1989.

(1) انظر شرحاً مستفيضاً لهذه القواعد لدى:

- د. سمير عبد السيد تناغو - النظرية العامة للقانون - المعارف - 1986 -

ص 412 وما بعدها.

- د. حسين كيرة - المدخل إلى القانون - المعارف - الطبعة الخامسة -

ص 331.

في المسألة التي يتعرض لها وأن التشريع الوطني اللاحق هو بمثابة قانون عام ومن ثم فلا يلغى العام خاصاً ولو كان لاحقاً له⁽¹⁾.

قد يتردد القضاء بين الاتجاهين من خلال تعدد المحاكم داخل الدولة الواحدة مما يؤدي إلى شيوع الفوضى وعدم الاستقرار⁽²⁾.

(1) رسالتنا السابقة بند 182 ص 302.

(2) انظر ما دار من خلال حول نص المادة العاشرة من الدستور الإيطالي وانتقادات المؤلف لهذه الخلافات لدى:

R.Quadry, Cours General de droit international public R.C.A.D.I., 1964, V.III, pp.305 et s.



المبحث الرابع الاتجاه الرابع

هذا هو الاتجاه الأخير والذي مال إلى التزام الصمت أو حاول الوقوف موقفاً مبهماً فلم يحدد درجة علو القانون الدولي في القانون الوطني ولم يوضح ما يمكن أن يستدل منه على مثل تلك الدرجة.

في هذا الصدد يمكن الإشارة إلى الدستور المغربي⁽¹⁾ الذي يقضي بأنه يجب تعديل الدستور أولاً للإذن بالمصادقة على المعاهدة التي تخالف نصوص الدستور، أما بالنسبة للمعاهدة التي لا تخالف نصوص الدستور فإنها لا تحتل مرتبة محددة ومعروفة وإنما يظل أمرها مبهماً.

أما في أوروبا الغربية فإنه يمكن الإشارة إلى دستور دوقه لكسمبورج والدستور الإيطالي الذي نص في مادته العاشرة على أن⁽²⁾:

«L'ordre Juridique Italien se conforme aux regles de droit international generalement reconues.

فالنظام القانوني الإيطالي يحوي قواعد القانون الدولي، أما عن كيفية هذا الاحتواء وعن درجة القانون الدولي في القانون الإيطالي فهذا أمر غامض.

إن هذا الاتجاه الغامض قد يساعد القضاء على الأخذ بيد القانون

(1) المادة 31 من الدستور المغربي الصادر في 10/3/1972.

(2) رسالتنا السابقة ص 276.

الدولي داخل الدولة وإعلانه على القوانين الوطنية كما حدث في دوقه لكسمبورج ويعد ذلك بمثابة فضيلة هامة من فضائل ذلك الاتجاه لأنه يتيح الفرصة للقضاء لكي يأخذ مثل هذا الموقف.

ونفس هذا الاتجاه قد يساعد من ناحية أخرى على تغليب القانون الوطني على القانون الدولي مهما كانت الذريعة المتخذة لهذا التغليب، وأمثلة ذلك واضحة في الأحكام الصادرة بتطبيق القانون الوطني اللاحق للمعاهدات الدولية.

خاتمة البحث

إن دراسة القانون الدولي الإنساني - أو كما يحلو للبعض تسميته بالقانون الدولي لحقوق الإنسان - من الدراسات الحديثة في الفقه الدولي والتي أوحى بدراستها العديد من المنظمات الدولية المعنية بحقوق الإنسان، ومن ثم فإن محاولة البحث عن أساس القوة الملزمة لتلك القواعد من الأمور الجديرة بالاهتمام.

قامت هذه المحاولة على تحليل الأسس التي يمكن أن يستند إليها وجه الإلزام من قواعد القانون الدولي الإنساني سواء تلك التي تعتبره نوعاً من العرف الدولي أو النظام العام الدولي أو المعاهدات الدولية الشارعة وغير الشارعة بالإضافة إلى الإعلانات الدستورية واتضح أنه يمكن أن يكون كل منها وحده أساساً كافياً للقوة الملزمة لقواعد القانون الدولي الإنساني أو مجموعها معاً.

كما اتجهت الدراسة إلى دساتير بعض الدول العربية والأجنبية وقامت بتصنيفها إلى أطر عامة يمكن أن تحوي غيرها من الدساتير، ثم حددت مرتبة القانون الدولي الإنساني من كل إطار ودور القاضي الوطني لتطبيق قواعد القانون الدولي الإنساني أمام المحاكم الوطنية مع الإشارة لبعض القضايا العملية.

هكذا استطاعت الدراسة تحليل وتأهيل أساس الإلزام من قواعد القانون الدولي الإنساني على المستوى الفقهي أو النظري وعلى المستوى العملي أو التطبيقي.

إلا أن الدراسة استطاعت أن تصل إلى نقطة مؤداها ضعف الأجهزة الدولية التي تراقب وتهتم بقواعد القانون الدولي الإنساني، وبالتالي تحديد المخالفات وبحث الإجراءات اللازمة لإعطائها مزيداً من الفعالية على المستوى الدولي.

ولما كان القانون الدولي الإنساني ينتمي بطبيعته إلى قواعد القانون الدولي العام، فإنه ما زال في حاجة إلى فعالية أقوى من خلال أجهزة تكون لها القدرة على المتابعة والتنفيذ على المستوى الدولي، ورغم ذلك فإننا لا ننكر دور مجلس الأمن والجمعية العامة في دفع تلك الفعالية نحو مزيد من القوة. فعلنا نشير إلى المحاكم الجنائية الدولية من نورمبرج وطوكيو لمحاكمة مجرمي الحرب وكذلك تلك الأخيرة التي قررها مجلس الأمن لمحاكمة مجرمي الحرب في البوسنة والهرسك والتي تجري في سرية تامة وتكتم شديد.

إن العمل الدؤوب المستمر من إبراز قواعد القانون الدولي الإنساني ومدى أهميتها للإنسانية جمعاء وطرح المقترحات المختلفة إنما سيؤدي يوماً ما إلى سيادة الحق وظهور التنظيم الدولي القوي الذي ينتصر للحق ويقتضي من الباطل.

﴿إِنَّ اللَّهَ لَا يُغَيِّرُ مَا بِقَوْمٍ حَتَّى يُغَيِّرُوا مَا بِأَنْفُسِهِمْ﴾.

**حجية القرائن الشرعية
في
إثبات الجرائم الحدية
للدكتور
ناصر عبد الله أبوراس**

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

القرينة لغة: هي الأمر الدال على الشيء من غير الاستعمال فيه، بل بمجرد المقارنة والمصاحبة⁽¹⁾. وعرفها بعض الفقهاء بأنها كل إمارة ظاهرة تقارن شيئاً خفياً فتدل عليه⁽²⁾.

وتنقسم القرائن تقسيمات كثيرة باعتبارات مختلفة. فتنقسم باعتبار قوتها وضعفها إلى ثلاثة أنواع:

النوع الأول: أن تكون دليلاً قوياً مستقلاً لا يحتاج إلى دليل آخر، فهي بيّنة نهائية، ويطلق عليها القرينة القاطعة، كما لو خرج رجل من دار، وهو مرتبك ومضطرب وخائف، وفي يده سكين، ثم وجد في الدار قتيل يتشحط في دمه وأنه حديث القتل، فهذه الحالة قرينة قاطعة على القتل عند بعض الفقهاء⁽³⁾.

ومثل ذلك: القيافة في ثبوت النسب⁽⁴⁾، والخلوة في استحقاق المهر عند بعض الفقهاء⁽⁵⁾.

النوع الثاني: أن تكون دليلاً مرجحاً لما معها ومؤكدة ومقوية له،

(1) ابن منظور: لسان العرب، 13/336.

(2) وهبة الزجيلي: نظام الإسلام، 327.

(3) المرجع السابق.

(4) الشركاني: نيل الأوطار، 7/80، الصنعاني: سبل السلام، 4/137.

(5) زكي الدين شعبان: الأحكام الشرعية، 284.

كالصلاحية في الاستعمال عند تنازع الزوجين في متاع البيت، فلو ادعى كل من الزوجين أن متاع البيت ملكه، ولم يستطع إحضار البينة والدليل على صحة دعواه، فيرى جمهور الفقهاء⁽¹⁾: إن متاع البيت الذي يصلح للرجال كالعمامة والسيف وأدوات الصناعة يعطى للزوج مع اليمين، والمتاع الذي يصلح للنساء كالحلي والثياب والغزل وأدوات الزينة الخاصة بالنساء يعطى للزوجة مع اليمين، للقرينة القائمة على العرف والعادة في صلاحيته كل نوع لصاحبه، وأنه لا عبرة للبد الحسية فيها.

النوع الثالث: أن تكون دليلاً مرجوحاً فلا تقوى على الاستدلال بها، وهي مجرد احتمال وشك، فلا يعول عليها في الإثبات، وتستبعد في مجال القضاء كوضع اليد على الشيء المدعي ملكيته، فإنه لا يقوى في مواجهته شهادة تثبت عكس ذلك.

وتنقسم القرائن بحسب مصدر القرينة إلى قسمين: قرائن شرعية، وقرائن قانونية.

فالقرائن الشرعية هي ورد عليها نص من الكتاب أو السنة، وجعلها إمارة على شيء معين، مثل: العلاقات التي أقامها المولى عز وجل للاهتمام بها في قوله تعالى: ﴿وَعَلَّمَكُم مَّا كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾⁽²⁾ ومثل: كون الفراش إمارة وقرينة على نسبة والولد إلى الزوج، في قوله ﷺ: «الولد للفراش وللعاهر الحجر»⁽³⁾ ومثل: الصمات في زواج البكر للدلالة على رضائها بسبب حيائها. في قوله ﷺ: «الطيب أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن وإذنها صماتها»⁽⁴⁾.

(1) المرجع السابق 307.

(2) الآية 16 من سورة النحل.

(3) متفق عليه، انظر: الصنعاني: سبل السلام، 210/3.

(4) رواه الجماعة إلا البخاري، انظر: الشوكاني: نيل الأوطار، 252/6.

وأما القرائن القانونية⁽¹⁾ فهي ينص عليها المشرع الوضعي صراحة، وهي قد تكون قاطعة أي لا يقبل إثبات عكسها أي يقتصر أثرها على نقل عبء الإثبات. وقانون الإجراءات الجنائية لم ينص إلا على عدد قليل من القرائن القانونية القاطعة، ومن أمثلة ذلك: اعتبار المشرع الوضعي: إن الحكم البات يعتبر قرينة قاطعة على صحة ما قضى به، ولا يقبل إثبات العكس. وكذلك ما نص عليه من اعتبار غياب المدعي المدني من دون عذر مقبول بعد إعلانه وعدم إبدائه طلبات في الجلسة قرينة قاطعة على ترك الدعوى المرتبة، وكذلك في حالة الطعن بالتزوير إذا رفض الطعن وقامت الدعوى الجنائية قد أوقفت، فيحكم على الطاعن بالغرامة لافتراض الخطأ، باعتبار أن رفض الطعن يعتبر قرينة قاطعة على هذا الخطأ.

ومن القرائن القانونية البسيطة: مشاهدة الجاني حاملاً أسلحة أو أدوات، وبه آثار معينة، أو وجود بقعة دم من نفس فصيلة دماء القتل على ملابس المتهم، أو ضبط ورقة معه تنبعث منها رائحة المخدر مما يدل على أنه كان محرزاً له، أو مشاهدة الجاني يخرج من منزل المجني عليه في ساعة متأخرة من الليل، بعد سماع صوت الاستغاثة.

فهذه كلها قرائن يستخلص منها القاضي أن المتهم لا بد وأن يكون هو مرتكب الفعل الإجرامي. إلا أنها قرائن يمكن للمتهم أن يثبت عكسها. وهي ميزة تتميز بها القرائن البسيطة عن القرائن القاطعة كما سلف البيان. ومن المعلوم أنه لا خلاف بين الفقهاء في حجية الإقرار والشهادة في إثبات جرائم الحدود إن اختلفوا في الشروط الواجب توافرها بصحة الإقرار أو الشهادة، ذلك أن الإقرار أو الشهادة لهما سندهما الصريح من الكتاب والسنة والإجماع.

(1) مأمون محمد سلامة: الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، 214/2، 215، 216، وللمؤلف تقسم: الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، 682.

كما أنه لا خلاف بينهم على مبدأ الأخذ بالقرائن في الحكم والقضاء⁽¹⁾.

ولكنهم اختلفوا في اعتبارها حجة في إثبات جرائم الحدود، فمعظمهم قال بحجيتها في إثبات هذه الجرائم وبعضهم الآخر لم يعتد بذلك.

واستدل كل فريق على ما ادعاه بأدلة نوردها فيما يلي:

أولاً: أدلة من جواز الحكم بالقرائن في جرائم الحدود

1 - قال تعالى: ﴿وَأَسْتَبَقَا الْبَابَ وَقَدَّتْ قَمِيصُهُ مِنْ دُبُرٍ وَأَلْفَيَا سَيِّدَهَا لَدَا الْبَابِ قَالَتْ مَا جَزَاءُ مَنْ أَرَادَ بِأَهْلِكَ سُوءًا إِلَّا أَنْ يُسْجَنَ أَوْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ قَالَ هِيَ زَوَدَنِي عَنْ نَفْسِي وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ كَانَتْ قَمِيصُهُ قَدْ مِّنْ قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ * وَإِنْ كَانَتْ قَمِيصُهُ قَدْ مِّنْ دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ * فَلَمَّا رَأَوْا قَمِيصَهُ قَدْ مِّنْ دُبُرٍ قَالَ إِنَّهُ مِّنْ كَاذِبِينَ * إِنَّ كَيْدَكُنَّ عَظِيمٌ *⁽²⁾.

فجعل الله شق الثوب قرينة ودليلاً على صدق أحد المتنازعين. وإن الزوج توصل من ذلك إلى تصديق يوسف وبراءته مما نسب إليه، وتكذيب زوجته في التهمة التي أرادت إلصاقها بيوسف. وهذا دليل على مشروعية الأخذ بالقرائن. وقد أجيب عن هذا الاستدلال بأن هذا النص القرآني الكريم خارج عن محل النزاع فمحل النزاع إنما هو في إمكانية إثبات جرائم الحدود بواسطة القرائن. وهنا لم تقع جريمة قط وإنما هو ادعاء من قبل

(1) الشيخ سلطوت: الإسلام عقيدة وشريعة، 469، علي بن خليل الطرابلسي: معين الحكام، 166. ابن فرحون: التبصرة، 115/2. عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي، 340/2.

(2) الآيات: من 25 - 28 من سورة يوسف.

امراة العزيز على أن يوسف حاول الاعتداء عليها، فأنزل الله براءة يوسف مما نسب إليه، حيث انطق صبياً في المهد ببراءته⁽¹⁾.

2 - روى عن عبد الله بن عباس - رضي الله عنهما - أنه قال: سمعت عمر بن الخطاب يقول: الرجم في كتاب الله حق على من زنى من الرجال والنساء. إذا أحصن. إذا قامت البينة أو كان الحبل أو الاعتراف⁽²⁾.

فها هو عمر قد جعل الحبل قرينة على ارتكاب جريمة الزنا، وسوى بينه وبين البينة والاعتراف في إثبات هذه الجريمة.

3 - وروى⁽³⁾ أن عثمان بن عفان - رضي الله عنه - أتى بامرأة قد ولدت في ستة أشهر، فأحربها أن ترجم، فقال علي بن أبي طالب - كرم الله وجهه: ليس ذلك عليها، إن الله تبارك وتعالى يقول في كتابه: ﴿وَحَمَلُهُمْ وَفَصَّلَهُمْ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾⁽⁴⁾ وقال: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنِيمَ الرَّضَاعَةَ﴾⁽⁵⁾ فالحمل يكون ستة أشهر فلا رجم عليها...".

فها هو عثمان قد أمر برجم امرأة حينما علم أنها قد أتت بولد قبل الوقت المعتاد للولادة، فظن أنها أتت به من غير زوجها، ولم يتراجع عن قرارة هذا إلا بعد أن نبهه علي - كرم الله وجهه - إن هذه المدة هي أدنى مدة الحمل كما ورد في القرآن الكريم.

4 - وعن علقمة قال: كنت بحمص فقرأ بن مسعود سورة يوسف، فقال رجل: ما هكذا أنزلت، فقال عبد الله: والله لقرأتها على رسول

(1) صديق حسن خان: فتح البيان في مقاصد القرائن، 4/462.

(2) الإمام مالك: الموطأ، 514، صحيح مسلم يشرح النووي 10/192 صحيح

البخاري بهامش فتح الباري، 15/160.

(3) الإمام مالك: الموطأ، 515.

(4) الآية 15 من سورة الأحقاف.

(5) الآية 233 من سورة البقرة.

الله ﷻ، فقال: أحسنت، فبينما هو يكلمه إذ وجد منه ريح الخمر، فقال: أتشرب الخمر وتكذب بالكتاب، فضربه الحدى⁽¹⁾ وقد علق الشوكاني علي هذا الأثر بقوله: وأثر ابن مسعود فيه متمسك لمن يجوز للإمام والحاكم ومن صلح أن يقيم الحدود إذا علم بذلك، وإن لم يقع من فاعل ما يوجبها بإقرار، ولا قامت عليه بينة، فابن مسعود قد حكم بعلمه، وهو أصل مختلف فيه بين العلماء⁽²⁾.

5 - ومن ذلك: حكم عمر بن الخطاب - رضي الله عنه والصحابة معه متواترون بتطبيق عقوبة الزنا على المرأة التي ظهر بها حمل ولا زوج لها، اعتماد على القرينة الظاهرة⁽³⁾.

6 - ومنها: حكم ابن الخطاب، وابن مسعود، وعثمان - رضي الله عنهم - ولا يعلم لهم مخالف بوجوب الحد رائحة الخمر من الرجال، أو قيئه خمرًا، اعتماد على القرينة⁽⁴⁾.

7 - وقال ابن القيم: ولم يزل الأئمة والخلفاء يحكمون بالقطع إذا وجد المال المسروق مع المتهم وهذه القرينة أقوى من البيئة والإقرار: فإنهما خبران يتطرق إليهما الصدق والكذب، ووجود المال معه نص صريح لا تتطرق إليه شبهة⁽⁵⁾.

8 - وأما الدليل على الحجية من المعقول فقد قال ابن القيم: إن الله سبحانه أرسل رسله وأنزل كتبه ليقوم الناس بالقسط، وهو العدل الذي

(1) متفق عليه، انظر: الشوكاني: نيل الأوطار، 7/327.

(2) المرجع السابق.

(3) ابن فرحون: التبصرة، 2/114، ابن القيم: الطرق الحكيمة، 6، عبد القادر عودة / التشريع الجنائي الإسلامي، 2/339، 340.

(4) المرجع السابق.

(5) ابن القيم: الطرق الحكيمة، 6، 7.

قامت به الأرض والسموات، فإن ظهرت إمارات العدل وأسفر وجهه بأي طريق كان: فثم شرع الله ودينه، والله أعلم وأحكم، وأعدل أن يخص طرق العدل وإماراته وعلاماته بشيء، ثم ينفي ما هو أظهر منها وأقوى دلالة، وأبين إماراة، فلا يجعله منها، ولا يحكم عند وجودها وقيامها بموجبها. بل قد بين سبحانه بما شرعه من طرق أن مقصوده إقامة العدل بين عباده، وقيام الناس بالقسط، فأى طريق استخرج بها العدل والقسط فهي من الدين، ليست مخالفة له⁽¹⁾.

وقال الإمام مالك في الموطأ، الأمر عندنا في المرأة توجد حاملاً ولا زوج لها. فتقول: قد استكرهت. أو تقول: تزوجت. إن ذلك لا يقبل منها، وأنها يقام عليها الحد، إلا أن يكون لها على ما ادعت من النكاح بينه أو على أنها استكرهت أو جاءت تدمي، إن كانت بكرًا، أو استغاثت حتى أتيت وهي على ذلك الحال أو ما أشبه هذا من الأمر الذي تبلغ فيه فضيحة نفسها. قال: فإن لم تأت بشيء من هذا، أقيم عليها الحد، ولم يقبل منها ما ادعت من ذلك⁽²⁾.

ثانياً: أدلة المنكرين لحجية القرائن

استدل هذا الفريق على ما ذهب إليه بما يلي:

1 - عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أنه قال: قال رسول الله ﷺ: لو كنت راجماً أحداً بغير بينة لرجمت فلانة، فقد ظهر منها الريبة في منطقتها وهيأتها ومن يدخل عليها⁽³⁾.

فها هو النبي ﷺ قد تجمعت لديه أكثر من قرينة على ارتكاب

(1) ابن القيم: الطرق الحكيمة، 14.

(2) الإمام مالك: الموطأ، 517.

(3) سند ابن ماجه، 118/2.

الجريمة، ومع ذلك رفض توقيع العقوبة، لانعدام البيئة المثبتة لوقوع الجريمة.

2 - وبما روى عن عائشة رضي الله عنها، إن النبي ﷺ قال: «أدروا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن كان له مخرج فخلو سبيله. فإن الإمام أن يخطي في العفو خير من أن يخطيء في العقوبة»⁽¹⁾.

3 - روى عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أن رجلاً شرب فسكر فلقي يميل في الفج، فانطلق به إلى النبي ﷺ، فلما حاذى بدار العباس انفلت، فدخل على العباس فالتزمه. فذكر ذلك للنبي ﷺ فضحك، وقال: افعلها؟ ولم يأمر فيه بشيء⁽²⁾. وقد علق الشوكاني على حديث ابن عباس حيث قال: إن النبي ﷺ لم يقيم الحد على ذلك الرجل لكونه لم يقرب به، ولا قامت عليه بذلك الشهادة عنده، فيكون في ذلك دليل على أنه لا يجب على الإمام أن يقيم الحد على شخص بمجرد إخبار الناس له أنه فعل ما يوجبه، ولا يلزمه البحث بعد ذلك، لما هو مطلوب من مشروعية الستر وأولوية ما يدرا الحد على ما يوجبه⁽³⁾.

وأما قول الصحابة - رضوان الله عليهم - فقد اختلفت الرواية عنهم. فروى عن عمر بن الخطاب أنه أتى بامرأة حامل فادعت أنها أكرهت، فقال: خل سبيلها. وكتب إلى أمراء الأجناد أن لا يقتل أحد إلا بإذنه. وروى عن علي، وابن عباس أنهما قالا: إن كان في الحد لعل وعسى فهو معطل. وروى عن ابن مسعود، ومعاذ بن جبل، وعقبة بن عامر أنهم قالوا إذا شبه عليك الحد فأدرا ما استطعت، ولا خلاف في أن الحد يدرا بالشبهات، وهي متحققة في القرائن⁽⁴⁾. كيف لا. فالحمل ليس قرينة قاطعة على الزنا،

(1) سنن الترمذي بهامش عارضة الأحوزي، 6/198.

(2) الشوكاني: نيل الأوطار، 7/327.

(3) الشوكاني: نيل الأوطار، 7/327.

(4) انظر هذه الآثار في: ابن قدامة: المغني 8/211.

بل هو قرينة تقبل الدليل العكسي، فيجوز إثبات أن الحمل حدث من غير زنا، أو أنه ناشئ عن الزنا بإكراه وما إلى ذلك من الأسباب المسقطعة للحد⁽¹⁾. وقرأ معي هذه القصة التي أوردها ابن القيم في كتابه: الطرق الحكمية⁽²⁾: روى أن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - أتى بامرأة زنت، فأقرت، فأمر برجمها، فقال علي - كرم الله وجهه - لعل لها عذراً. ثم قال لها: ما حملك على الزنا؟ قالت: كان لي خليط، وفي أبله ماء ولبن، ولم يكن في إبلي ماء ولا لبن فظممت فاستقيته، فأبى أن يسقيني حتى أعطيه نفسي فأبيت عليه ثلاثاً، فلما ظممت وظننت أن نفسي ستخرج أعطيته الذي أراد. فسقاني. فقال علي: الله أكبر. ﴿فَمَنْ أَضْطَرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ عَفُورٌ رَحِيمٌ﴾⁽³⁾.

وما يقال عن الزنا يقال عن الخمر، فقيام الرائحة بالفم لا تقطع باستيفاء شروط الحد، فقد يكون شرب الخمر دون أن يعلم بها، أو كان مضطراً لشربها لإزالة غصة، إلى غير ذلك من الشبه. ووجود المسروق في حيازة المتهم ليس دليلاً قطعياً على السرقة، لجواز أن يكون قد دس عليه، أو غير لك مما لا يقطع بصحة الدليل⁽⁴⁾.

وعليه: فإن الرأي الذي يقول بعدم جواز الأخذ بالقرائن لإثبات جرائم الحدود هو الأوفق والأجدر بالاعتبار، وذلك أننا نلتزم في الحدود بنصوص معينة أقرتها الشريعة.

فالجرائم في نظام الحدود محددة على سبيل الحصر، والعقوبات أيضاً مقدرة من قبل الشارع، وليس لنا أن ننقص منها أو نزيد عليها

(1) عبد القادر عودة / التشريع الجنائي الإسلامي 441/2 أحمد إبراهيم إبراهيم، طرق القضاء في الشريعة الإسلامية 433، (5)، ص 54.

(2) الآية 173 من سورة البقرة.

(3) الآية 173 من سورة البقرة.

(4) أبدأ المعاطي حافظ أبو الفتوح: النظام العقابي الإسلامي، 267، 268.

وخروجنا على طرائق الإثبات التي حددتها الشريعة سيؤدي بنا إلى التوسع
 في إقامة الحدود إلى حد أن نقيمها بالشبهة لا أن ندرأها بها.
 والله أعلى وأعلم وأعز وأكرم...



قائمة بالمصادر والمراجع

- 1 - أحمد إبراهيم إبراهيم: طرق القضاء في الشريعة الإسلامية، المطبعة السلفية ومكتبتها، 1347 هـ القاهرة.
- 2 - زكي الدين شعبان: الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية منشورات جامعة قاريونس، الطبعة الرابعة، 1978 م.
- 3 - سنن ابن ماجه بهامش حاشية السفري، الطبعة الأولى بالمطبعة الثانية، بمصر.
- 4 - الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، الناشر دار الجبل 1973 م بيروت - لبنان.
- 5 - صحيح الترمذي بهامش عارضة الأحوذى، طبعة مصورة دار العلم للجميع.
- 6 - صحيح البخاري بهامش فتح الباري، الطبعة الأخيرة بمطبعة مصطفى الحلبي، 1959.
- 7 - صحيح مسلم لشرح النووي، المطبعة المصرية ومكتبتها.
- 8 - الصنعاني: سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام. مصطفى الحلبي، الطبعة الرابعة 1965 م.
- 9 - عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي، مؤسسة الرسالة بيروت - لبنان.
- 10 - علاء الدين أبو الحسن الطرابلسي: معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، مصطفى الحلبي، الطبعة الثانية، 1973 م.

- 11 - ابن فرحون: تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، بهامش فتاوى الشيخ عlish، مصطفى الحلبي الطبعة الأخيرة 1958 م.
- 12 - ابن قدامة: المغني الناشر: مكتبة الجمهورية العربية.
- 13 - ابن قيم الجوزية: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية تحقيق: محمد حامد الفقي، مطبعة السنة المحمدية 1953 م القاهرة.
- 14 - مأمون محمد سلامة: الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، منشورات جامعة بنغازي، كلية الحقوق الطبعة الثانية 1974 م.
- 15 - مأمون محمد سلامة: الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، الطبعة الثانية مكتبة القاهرة الحديثة 1972 م.
- 16 - مالك بن أنس: الموطأ، طبعة كتاب الشعب، تصحيح وتعليق: محمد فؤاد عبد الباقي.
- 17 - محمود شلتوت: الإسلام عقيدة وشريعة، دار العلم 1972 م، بيروت - لبنان.
- 18 - أبو المعاطي حافظ أبو الفتوح: النظام العقابي الإسلامي مكتبة دار الأنصار، باب اللوق، 1976 م.
- 19 - وهبة الرحيلي: نظام الإسلام، الطبعة الثانية 1978 م، منشورات جامعة قاروننس.

الذاتية والمنع من ممارسة الإجراء الجنائي

(دراسة مقارنة في قانون الإجراءات الجنائية
على ضوء معطيات علمي النفس والاجتماع)

تأليف
الدكتور محمود صالح العادلي

عضو هيئة التدريس
بجامعتي الأزهر وقاريونس

مقدمة

1 - الذاتية والموضوعية وشخصية الإنسان :

كلمة ذات لغة تعني النفس والشخص، يقال (في الأدب) : نقد ذاتي، أي يرجع إلى آراء الشخص وانفعالاته، وهو خلاف الموضوعي⁽¹⁾.

وفي علم النفس يشير مفهوم الذات⁽²⁾ [Self (E.) Soi (F.)] إلى بناء تفترض وجوده بحسبانه أساس تحقيق التكامل والاتصال بين خبراتنا جميعاً، أي الأساس الذي يجمع بينها في كل منظم ومتصل، والفرق بين الذات والشخصية كالفرق بين العالم كما نراه، والعالم كما هو في واقعه الموضوعي. فالذات إذن هي الشخصية كما يعانيتها صاحبها، سواء في ذلك أن يعانيتها من زاوية الشعور بأنها «الفاعل لفعل معين»، أو من زاوية الشعور بأنها «الموضوع الذي يقع عليه فعل معين»، أو من زاوية «نظرة الجماعة إليها»، أو حتى من زاوية «القيم التي هي أساس قراراتها».

وللذات بعدان رئيسيان هما: الشعور بالاتصال عبر الزمن، والشعور

(1) راجع: مجمع اللغة العربية - المعجم الوسيط ج1 الطبعة الثالثة ص 319 كلمة «ذات».

(2) ويراعى أن الذات هي جوهر شخصية الإنسان ومفهوم الذات حجر الزاوية فيها، كما أنه يتولى تنظيم السلوك.

راجع: الدكتور أيمن غريب قطب ناصر - حالة تقدير الذات - وعلاقتها بمركز الضبط المدرك - بحث منشور بمجلة علم النفس - التي تصدر عن الهيئة المصرية العامة للكتاب ص 31 / 8 - يوليو - أغسطس وسبتمبر 1994م ص 94.

بالمغايرة أي بأن الشخصية كيان قائم بذاته «غير ما يحيط به»⁽¹⁾.

وعليه فإن الذاتية هي المقابل للموضوعية، فبينما الذاتية تجعل شخصية الإنسان هي محور الكون في نظره، فإن الموضوعية تجعل الإنسان يتجرد من صفاته الخاصة⁽²⁾. كالحب والكراهية والحقد والغضب والانتقام والقلق.

فالإنسان بوصفه هذا جبل على الجحود والنكران والإفراط والطفان وحب الشهوات وحب الذات، والتمسك بالتقاليد، والتنصل من تبعه التصرفات، كما أنه يميل إلى جانب القوى وإن كان في جانبه الخطأ⁽³⁾.
فهذه الصفات إن انعكست على عمل الإنسان اتصف بالذاتية، وإن تجرد العمل منها كان موضوعياً.

2 - القانون بين الموضوعية الذاتية :

ويوازن القانون بين الموضوعية والذاتية. والموضوعية تجدها في صلب القاعدة القانونية فكل قاعدة قانونية هي قاعدة مجردة Abstraite أي أنها لا تنص على فرض بعينه وإنما على شروط وصفات يمكن أن تنطبق

(1) راجع: الدكتور مصطفى سويف - في معجم العلوم الاجتماعية - السابق - ص 277 كلمة «الذات».

(2) ولذا تعرف الموضوعية (في الفلسفة) بأنها منحى فلسفي يرى أن المعرفة ترتد إلى حقيقة غير الذات المدركة. راجع: المعجم الوسيط - ج 2 - ص 1082 كلمة «وضع». كما يرى «دور كايم» في كتابه «قواعد المنهج» أن ظواهر المجتمع لها موضوعيتها وشيئيتها بمعنى أنها موجودة في المجتمع خارج شعور الفرد وسابقة في الوجود على وجود الفرد. راجع: الدكتور مصطفى الخشاب - في معجم العلوم الاجتماعية، ص 582 كلمة «موضوعية».

(3) للمزيد حول هذا الموضوع، راجع: الأستاذ فوزي سالم عفيفي - السلوك الاجتماعي - بين علم النفس والدين - دار الصحابة للتراث بطنطا - الطبعة الأولى 1411 هـ/ 1991 م ص 103 وما بعدها.

على كل واقعة تستوفي هذه الشروط أو كل شخص يتوفر فيه هذه الصفات⁽¹⁾.

كما أن الموضوعي متطلبة في تطبيق أحكام القانون، ومن صور ذلك - فيما يخص هذه الدراسة - ما قرره المادة 273 ج.أ.ج من وجوب منع توجيه أسئلة للشاهد، متى كانت غير متعلقة بالدعوى أو غير جائزة القبول، وجواز إقناع المحكمة من سماع شهادة شهود عن وقائع ترى أنها واضحة وضوحاً كافياً.

إذ إن احترام القاضي لالتزامه بالإخلاص للرابطة الإجرائية المتصلة بالخصومة المفروضة عليه، يفرض عليه ذلك، حتى لا يشتت وقت وجهد الخصوم، وحتى تتركز الخصومة بغية الوصول لحقيقة الغاية منها، ألا وهو صدور حكم قضائي يفصل فيها.

وانطلاقاً من هذه الموضوعية تتطلب المشرع توفير مناخ ملائم للشاهد حتى تكون شهادته محايدة، وحتى تتاح له الفرصة لاحترامه التزامه بالإخلاص للرابطة الإجرائية المتصلة بهذه الشهادة. إذ تنص المادة 273 أ.ج على أنه: «على المحكمة أن تمنع عن الشاهد كل كلا، بالتصريح أو التلميح وكل إشارة، مما ينبغي عليه اضطراب أفكاره أو تخويفه».

ولا يغفل المشرع الذاتية مطلقاً وإنما يترك لها هامشاً في القاعدة القانونية، لا يطغى على الموضوعية المتطلبة في القانون. ومن صور اهتمام المشرع بالذاتية⁽²⁾ أنه جعلها مبرراً لحرمان من تتوافر فيه من ممارسة بعض

(1) راجع: الدكتور جميل الشرقاوي - دروس في أصول القانون - 1971 - بند 9 ط 6
الدكتور عبد المنعم البدر اوي - مبادئ القانون - 1970/1969 مكتبة سيد عبد الله
وهبه - بند 7 - ص 14، والدكتور محمود جمال الدين زكي.
الدكتور حسن كيره - أصول القانون - 1960م، ص 27، الدكتور نزيه محمد
الصادق المهدي - المدخل لدراسة القانون - الجزء الأول - نظرية القانون - دار
النهضة العربية بالقاهرة - 1982 - ص 26.

(2) كما اهتم المشرع بها أيضاً حينما جعل الإخلاص رابطتي القرابة والزواج مبرراً =

الأعمال الإجرائية وذلك تقديراً من المشرع إن توفر هذا الذاتية في القائم بالإجراء قد تجعله في موقف حرج من احترامه التزامه بالإخلاص للرابطة الإجرائية، أو التزامه بالإخلاص للرابطة القانونية الذي يتخذ الإجراء بسببها أو بمناسبتها.

3 - خطة الدراسة ومنهجها :

سبق الإلماح إلى أن الذات هي الشخصية كما يعاينها صاحبها، يستوى في ذلك أن :

- يعاينها من زاوية الشعور بأنها «الفاعل لفعل معين».

- أو من زاوية الشعور بأنها : «الموضوع الذي يقع عليه فعل معين».

- أو من زاوية : «نظرة الجماعة إليها».

- أو من زاوية : القيم التي أساس قراراتها».

والزاويتان : الأولى والثانية يمكن أن نطلق عليهما «ذاتية داخلية»، أما

الزاويتان الثالثة والرابعة فيمكن أن نطلق عليهما «ذاتية خارجية».

... وعليه فإننا سنعرض لأثر الذاتية في المنع من ممارسة الإجراء

الجنائي، من خلال فصلين :

الأول : في الذاتية الداخلية والمنع من ممارسة الإجراء الجنائي.

والثاني : في الذاتية الخارجية والمنع من ممارسة الإجراء الجنائي.

... على أن يعقب ذلك خاتمة تنطوي على نتائج هذه الدراسة.

... وجدير بالذكر أن نشير إلى أن هذه الدراسة ستستخدم المنهج

الاستقرائي أساساً لها.

= للإعفاء من العقاب، راجع على سبيل المثال : المواد : 3/82، 98، 144 من قانون العقوبات وانظر أيضاً ما سيأتي : ص 127 وما بعدها من هذه الدراسة.

الفصل الأول الذاتية الداخلية والمنع من ممارسة الإجراء الجنائي

4 - تقسيم :

سينشطر هذا الفصل إلى مبحثين :

الأول : في ذاتية الفاعل لفعل معين ، والمنع من ممارسة الإجراء الجنائي .

والثاني : في ذاتية «النظر للشخصية من زاوية كونها الموضوع الذي يقع عليه فعل معين ، والمنع من ممارسة الإجراء الجنائي .

المبحث الأول

«ذاتية: الفاعل لفعل معين»

5 - هذه الذاتية والتجرد من الحيدة والموضوعية

سبق الإلماح إلى أن من زوايا الذاتية أن يعاين الإنسان شخصيته من زاوية الشعور بأنها: «الفاعل لفعل معين».

ولا وراء - في نظرنا - في أن انعكاس هذه الزاوية من الذاتية على الأعمال الإنسانية يجردها من خصيصتي الحيدة والموضوعية.

ولا ضرر من ذلك متى كانت هذه الأعمال خاصة بالإنسان ذاته، كالشاعر والروائي حيث يسطر أي منهما قصيدة أو رواية، تمجد في شخصه وحسبه ونسبه أو تترجم تجربة شخصية عايشها. بيد أن الأمر يختلف بالنسبة للأعمال التي يلزم اتصافها بالحيدة والموضوعية لتعلقها بحقوق الأفراد وحررياتهم العامة.

6 - عندما يكون الشخص هو الفاعل لفعل معين: يمنع القانون من ممارسة إجراءات تحتاج للحيدة، لأن الإخلاص للغاية من الإجراء - أو للرابطة الإجرائية - يذوب في ذاتية هذا الشخص. وذلك مثل:

حيدة القاضي وتصادمها مع إجراء اتخذه من قبل:

لقد حرص المشرع على أن يعتلى القاضي منصة القضاء وهو خالي الذهن من رأي محدد في القضية المطروحة أمامه. فمن يجلس مجلس

القضاء يتعين عليه ألا يكون قد كتب أو استمع أو تكلم حتى تصفو نفسه من كل ما يمكن أن يستشف منه رأيه في المتهم بما يكشف لهذا الأخير عن مصيره مقدماً بين يديه، الأمر الذي يزعزع ثقة المتهم في قاضيه أو يقوض اطمئنان المتهم إليه⁽¹⁾.

لذا جعل المشرع من حالات عدم صلاحية القاضي لنظر الدعوى أو قيامه بالدفاع عن أحد الخصوم أو أدائه فيها شهادة أو مباشرته عملاً من أعمال أهل، الخبرة، في الدعوى المطروحة أمامه أو أن يشترك في الحكم في الطعن إذا كان الحكم المطعون فيه صادراً منه (م 247 أ.ج مرقوة مع م 146 مرافعات).

والمثل يقال لو أفتى القاضي لأحد الخصوم في الدعوى أو كتب فيها ولو كان ذلك قبل اشتغاله بالقضاء أو كان قد سبق له نظرها قاضياً أو خيراً أو محكماً (المادة: 146 مرافعات).

ولست بحاجة إلى إيضاح أن توفر حالة من الحالات المذكورة يثير الشك حول احترام القاضي لالتزامه بالإخلاص للرابطة الوظيفية، أو لالتزامه بالإخلاص للرابطة الإجرائية المتصلة بالدعوى محل البحث. باعتبار أن قيام القاضي بالافتاء أو الكتابة أو المرافعة في الدعوى، أو الشهادة أو الخبرة أو إبدائه فيها رأياً قد يدفعه إلى التمسك برأيه الذي أبداه، حتى ولو خالف مجرى العدالة، كما قد يصم القاضي أذنه عما قد يثيره أحد الخصوم من دفاع، حتى ولو تطابق مع صحيح القانون⁽²⁾.

(1) في هذا المعنى:

محكمة إدارية عليا 24 مارس سنة 1956م مجموعة السنة الأولى العدد الثاني - ص 613. وأيضاً: حكمها الصادر في 21 مارس سنة 1959م مجموعة السنة الرابعة العدد الثاني ص 983.

(2) ومعنا في ذلك: الأستاذ محمد العشماوي والدكتور عبد الوهاب العشماوي - قواعد المرافعات ج 1 بند 116، ص 150.

فالقاضي في الحالات المذكورة يغلب عليه التأثير بمصلحة من كان يدافع عنه، أو عقيدته فيما أدلى به من شهادة أو رأي الذي اعتنقه حينما كان خبيراً في الدعوى⁽¹⁾.

- غير أنه يتعين لمنع لاقاضي من نظر الدعوى أن تقوم صلة بين عمل القاضي السابق والدعوى محل البحث، بحيث يوضع عمله الأول تحت بصره بوصفه قاضياً لذات الدعوى الذي قدم فيها هذا العمل.

وبعبارة أخرى يتعين - لكي تتوفر حالة عدم الصلاحية لنظر الدعوى - أن يكون الرأي قد أبدى في شكل نصيحة أو فتوى أو مذكرة في نفس القضية المطروحة على القاضي لنظرها⁽²⁾.

وعليه لا يصلح سبباً لعدم صلاحية القاضي لنظر الدعوى أن يكون قد أبدى رأيه في جزئية قانونية من جزئيات الدعوى وذلك في مؤلف وضعه أو مقال سطره حتى ولو كان ذلك أثناء توليه القضاء، أو كان قد صدر عنه عدة أحكام اعتنق فيها اتجاهاً قانونياً معيناً، أو كان قد دون رأيه في مذكرة قدمها أو دفاع أبداه حينما كان يعمل بالمحاماة⁽³⁾، لأن هذه الحالات جميعها تفتقد لوجود صلة مباشرة بين رأي القاضي والدعوى المنظورة أمامه.

لذا قضى بأن أساس وجوب امتناع القاضي عن نظر الدعوى في الحالات المبينة في المادة 247 إجراءات جنائية هو قيام القاضي بعمل

(1) راجع: الدكتور حسن صادق المرصفاوي - أصول الإجراءات الجنائية - السابق - بند 254 ص 559. وأيضاً: الدكتور محمود نجيب حسني - الإجراءات بند 901 ص 797.

(2) راجع: تعليقات دالوز على المادة 378 مرافعات فرنسي، في: Dalloz-II-No.165 . et 166, p.237

(3) ومعنا في ذلك: الأستاذ محمد العشماوي والدكتور عبد الوهاب العشماوي - ج 1 بند 116 ص 150.

يجعل له رأياً في الدعوى يتعارض مع ما يشترط في القاضي من خلو الذهن عن موضوعها ليستطيع أن يزن حجج الخصوم وزناً مجرداً⁽¹⁾.

وتطبيقاً لذلك قضى بأنه إذا برأت المحكمة أحد المتهمين وأفصحت عن رأيها بأن المتهم الثاني هو مرتكب الجريمة، ثم عادت فأدانته، كان حكم الإدانة باطلاً⁽²⁾.

كما قضى ببطالان الحكم الاستثنائي إذا اشترك في إصداره القاضي الذي أصدر الحكم الابتدائي⁽³⁾. إذ إنه في هذه الحالة ثمة شبهة تثور حول احترامه لالتزامه بالإخلاص للرابطة الإجرائية المتصلة بخصومة الطعن الاستثنائي. ولكن لا يفقد القاضي صلاحيته للحكم في الدعوى إذا نظر في طلب إفراج عن المتهم ورفض، فهذا الرفض لا يعتبر إبداء رأي في موضوع الدعوى يمنعه من الجلوس لنظرها⁽⁴⁾. والمثل يقال بالنسبة لرفض القاضي لإجراء تحقيق قدر أنه غير ضروري أو غير منتج⁽⁵⁾. أو أن يكون قد أبدى - أثناء نظر الدعوى - شعوراً شخصياً لا يصل إلى درجة الرأي الصريح⁽⁶⁾.

(1) نقض 20 أكتوبر سنة 1969م مجموعة أحكام النقض س 20 رقم 211 ص 1074 وأيضاً: نقض 3 مايو سنة 1965م س 16 رقم 86 ص 424.

(2) نقض 3 مايو سنة 1965 المشار إليه بالهامش السابق.

(3) نقض 7 أغسطس سنة 1938م مجموعة القواعد القانونية ج 4 رقم 266 ص 319.

وانظر أيضاً: نقض 11 ديسمبر سنة 1897م مجلة الحقوق س 13 رقم 8 ص 25، 31 ديسمبر سنة 1898 مجلة الحقوق س 14 رقم 98 ص 450.

(4) نقض 5 مارس سنة 1931م مجموعة القواعد القانونية ج 2 رقم 17 ص 26.

(5) نقض 21 يناير سنة 1946م مجموعة القواعد القانونية - ج 7 رقم 61 ص 56، 12 مايو سنة 1958م مجموعة أحكام النقض س 9 رقم 134 ص 502.

(6) نقض 29 نوفمبر سنة 1928م مجموعة القواعد القانونية ج 1 رقم 31 ص 57.

كما قضى بأن «وإن كان من غير المقبول أن تزعم المحكمة الخصوم بملاحظات قد تنم عن وجه الرأي الذي استقام لها بشأن تقدير الوقائع المطروحة لديها، إلا أن»

كما لا يفقد القاضي صلاحيته للحكم في الدعوى أن يكون قد نبه الدفاع إلى مواطن الضعف في دفاعه⁽¹⁾. أو أن يكون ناقش عضو النيابة المدافع في طلبه تعديل وصف التهمة؛ فهذه المناقشة لا تعتبر إبداء لرأي في الدعوى⁽²⁾. أو أن يكون قد فصل في دفع فرعي أو أولي، وإن كان قد كشف بذلك عن رأي له في أحد عناصر الدعوى⁽³⁾، فالمشرع ألزمه أو أجاز له الفصل في الدفع⁽⁴⁾.

ففي كل هذه الحالات المتقدمة، إنما يمارس القاضي اختصاصاته

= ذلك لا ينهض سبباً للطعن على حكمها، إذ من المخاطرة القول بأن إبداء مثل تلك الملاحظات يفيد قيام رأي ثابت مستقر في نفس المحكمة ليس عنه محيص، بل من المحتمل أن تكون تلك الملاحظات ليست منبعثة إلا من مجرد شبهات قامت في ذهن المحكمة فأرادت أن تتحقق منها وتمكن الخصوم من درئها قبل أن يستقر رأيها على وجه نهائي معين» نقض 10 فبراير سنة 1964م - مجموعة أحكام النقض - س 15 رقم 27 ص 131، 31 مارس سنة 1932م مجموعة القواعد القانونية ج 2 رقم 342 ص 492.

(1) نقض 25 أكتوبر سنة 1943م مجموعة القواعد القانونية - ج 6 رقم 241 ص 318، 10 فبراير سنة 1964م مجموعة أحكام محكمة النقض س 15 رقم 27 ص 131 كما قضى بأنه: «متى كان الثابت بمحضر الجلسة أن المحكمة ناقشت رئيس قسم الطب الشرعي فيما ورد بالتقرير الطبي وبعد ذلك وجه الدفاع سؤالاً أجاب عنه الشاهد بأنه سبق أن أوضح ما يراد الاستفسار عنه في إجابة سابقة ثم ثنى الدفاع بسؤال آخر وجهه للطبيب الشاهد فردت المحكمة بمضمون ما قرره الطبيب الشرعي في صدر مناقشته، ثم أبدى موافقته على ما قالته المحكمة، فإن ما ذكرته المحكمة ليس في معنى إبداء المحكمة لرأيها إنما عنت بما لاحظته أن تنبه الدفاع إلى مضمون ما سبق للشاهد أن أوضحه فيما سلف من مناقشته أمامها».

(نقض 12 مايو سنة 1958م - مجموعة أحكام النقض - س 9 رقم 134 ص 502) راجع: نقض 25 فبراير 1946م مجموعة القواعد القانونية ج 7 رقم 87 ص 79.

(2) راجع: نقض 25 فبراير 1946م مجموعة القواعد القانونية ج 7 رقم 87 ص 79.

(3) نقض 11 مايو سنة 1942م - مجموعة القواعد القانونية ج 5 رقم 405 ص 661.

(4) الدكتور محمود نجيب حسني - الإجراءات بند 901 - ص 798.

الوظيفية في حدود ما هو مقرر لها قانوناً. أي أنه يحترم التزامه بالإخلاص للرابطة الوظيفية، ناهيك عن احترامه لالتزامه بالإخلاص للرابطة الإجرائية المتصلة بالدعوى المنظورة أمامه.

إذا كان ذلك كذلك، فإنه إذا خيف من تأثير القاضي بما سبق وأن كون من رأي بصدد الدعوى المطروحة أمامه؛ وجب أن ننأى بالقاضي عن نظر هذه الدعوى.

لذا قررت المادة 2/427 أ.ج. مصري مبدأ الفصل بين درجات القضاء المختلفة. إذ حظرت هذه المادة على القاضي أن يشترك في الحكم في الطعن متى كان الحكم المطعون منه صادراً منه⁽¹⁾.

كما قضى بأن القاضي الذي حكم في الدعوى ابتداءً لا يجوز له أن يشترك في الحكم استئنافياً ولو كان الحكم الذي أصدره غيائياً⁽²⁾. كما قضى بأن النظام الذي سنه القانون يجعل المحاكمة في مواد الجرح والمخالفات على درجتين يستلزم أن يكون القضاة الذين يفصلون في الاستئناف غير القضاة الذين أصدروا الحكم الابتدائي، وهذا اللزوم يقتضى بطلان الحكم الاستئنافي إذا اشترك في إصداره القاضي الذي أصدر الحكم الابتدائي، لأن في فصله استئنافياً في التظلم المرفوع عن حكمه إهدار لضمانات العدالة التي يفرضها القانون في نظام الدرجتين، ومخالفة لقاعدة هي من خصائص النظام العام في المواد الجنائية⁽³⁾.

(1) ويلاحظ أن المادة 5/146 مرافعات نصت على إدراج هذه الحالة ضمن حالات عدم الصلاحية، إذ نص على أن القاضي يعتبر غير صالح لنظر الدعوى متى كان قد سبق له نظرها قاضياً.

(2) نقض 29 ديسمبر سنة 1947م مجموعة القواعد القانونية جـ 7 رقم 477 ص 441.

(3) نقض 7 أغسطس 1938 مجموعة القواعد القانونية - ج 4 رقم 266 ص 319.

118 أبريل 1938 ج 4 رقم 210 ص 224، 20 أبريل 1959م مجموعة أحكام

النقض س 10 رقم 99 ص 451. وانظر كذلك: نقض 11 ديسمبر 1897 مجلة

س 13 رقم 8 ص 25، 31 ديسمبر 1898 س 14 رقم 98 ص 450.

وعلى كل حال فإن العبرة هي باشتراك القاضي في إجراءات المحاكمة التي تتصل بنظر الدعوى سواء من حيث الشكل أو الموضوع، فإذا كان القاضي قد اقتصر في إحدى درجات المحاكمة على تأجيل القضية إلى جلسة لاحقة لسبب لا يدل بذاته على أنه كوّن لنفسه رأياً في الدعوى، فإن هذا القرار لا يحرمه من نظرها في درجة أخرى⁽¹⁾.

وعليه لا محل لإثارة الشكوك حول احترامه للالتزام بالإخلاص للرابطة الإجرائية الناشئة في درجة التقاضي الجديدة، كما يستبعد أن تتأثر الإجراءات التي يتخذها من انعكاس ذاتيته عليها.

6 م - تعارض مصلحة المجني عليه مع مصلحة من يمثله :

منع من يمثل المجني عليه من تقديم شكوى - في الجرائم التي تتطلب لتحريك الدعوى الجنائية عنها هذا الإجراء عندما تتعارض مصلحتهما. (م 6 أ.ج) ومن أهم أمثلة هذا التعارض أن يكون ممثل المجني عليه هو مرتكب الجريمة أو المسؤول عن تعويض ضررها أو ثور حوله شبهات تشير إلى أنه تستر على المساهمين في الجريمة⁽²⁾.

وجلى من ذلك أن المشرع رأى صعوبة - إن لم يكن استحالة - أن

(1) نقض 15 أكتوبر سنة 1954 مجموعة القواعد ج 6 رقم 616 ص 765، 28 يناير 1952 مجموعة الأحكام س 3 رقم 179 ص 468.

(2) انظر: الدكتور محمود نجيب حسني - الإجراءات - بند 123 ص 124. وأيضاً: الدكتور عزت الدسوقي - قيود الدعوى الجنائية - بين النظرية والتطبيق - رسالة دكتوراه مقدمة إى كلية حقوق القاهرة - 1986 - ص 242. وانظر كذلك: الدكتور محمود محمود مصطفى - شرح قانون الإجراءات الجنائية - ط 12 - 1988 م - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند 53 ص 82. والدكتور محمد محيى الدين عوض - القانون الجنائي - إجراءاته - 1977 م/ 1978 م - مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي - بند 64 ص 55. والدكتورة أمال عثمان - الإجراءات - بند 43 ص 71.

يحترم ممثل المجني عليه التزامه بالإخلاص للرابطة القانونية التي تربطه بالمجني عليه، أو للرابطة - الإجرائية التي ستدفع الشكوك بها أمام جهات التحقيق ثم المحاكمة. الأمر الذي يخشى معه من انعكاس ذاتية ممثل المجني عليه على الشكوى أو على الرابطة الإجرائية المتصلة بها.

7 - شهادة المتهم ضد نفسه:

من القواعد الأصولية في الفقه الإجرائي قاعدة «عدم إجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه»⁽¹⁾ ويتفرع عن هذه القاعدة في القانون الإجرائي الجنائي، قاعدة عدم جواز سماع المتهم شاهداً ضد نفسه⁽²⁾.

ولا شك في سلامة هذه القاعدة من الناحية المنطقية، فالشهادة تلزم

(1) ويستثنى من هذه القاعدة: الحالات التي ينص القانون فيها على ما يخالفها، كأن يوجب عليه تقديم مستند ما (راجع نص المادة 20 إثبات).
للمزيد راجع:

الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهاوري - الوسيط في شرح القانون المدني - الجزء الثاني - المجلد الأول - الإثبات - تنقيح المستشار مصطفى محمد الفقي - دار النهضة العربية بالقاهرة - 1982م - بند 31 - ص 55 وما بعدها.
والدكتور أحمد أبو الوفا - التعليق على نصوص قانون الإثبات - الطبعة الثالثة - 1987 - منشأة المعارف بالإسكندرية - بند 17 ص 37.

والدكتور عبد الوهاب العشماوي - إجراءات الإثبات في المواد المدنية والتجارية - الطبعة الأولى - 1985 - دار الفكر العربي بالقاهرة - بند 54 ص 89 وما بعدها.
(2) للمزيد انظر:

Les critères minimum de la justice criminelle aux Etats-Unis, Rev. Inter. de droit pénal, 1966, p.80 et S.,Chambon;

Le juge d'instruction, Paris 1962, p.240 et s.

وأيضاً: الدكتور أحمد فتحي سرور - الإجراءات - بند 188 مكرر ص 376 وما بعدها. وانظر تطبيقات قضائية لهذه القاعدة في أحكام النقض التالية:

نقض 14 أبريل سنة 1929م مجموعة القواعد ج - 1 ص 220، 14 ديسمبر سنة 1931م ج 2 ص 271، 20 ديسمبر سنة 1936م ج 4 ص 24، 2 أبريل 1923 المجموعة الرسمية س 27 رقم 97.

من تصدر عنه أن يقول الصدق⁽¹⁾،⁽²⁾، في حين أن دفاع المتهم عن نفسه يسمح له بالألا يقول شيئاً أي يصمت، وإن قال: لا يشترط أن يكون صادقاً في قوله⁽³⁾ فإذا ألزمتنا المتهم بأن يشهد ضد نفسه، ألزمتناه بما يفوقه طاقته، فهو إما أن يحترم التزامه بالإخلاص للرابطة الإجرائية التي تتصل بها هذه الشهادة، وإما أن يحترم إخلاصه لدفاعه عن نفسه وهو غالباً - إن لم يكن دائماً - سيفضل احترام التزامه بالإخلاص الأخير لذا كان منع المتهم عن ممارسة إجراءات الشهادة أولى وأفضل حتى لا تتأثر الشهادة بذاتية الشاهد، فغريزة حبه للبقاء ستدفعه - في الغالب الأعم - إلى عدم الإخلاص لشهادته.

غير أن هذا المنع من ممارسة إجراءات الشهادة، يتحدد شخصياً وموضوعياً وزمناً.

فمن الناحية الشخصية يتحدد هذا المنع بالمتهم نفسه، فلا مانع - إذن

(1) الصدق لغة هو مطابقة الكلام للواقع بحسب اعتقاد المتكلم. راجع: المعجم الوسيط - ج 1 ص 530 كلمة «صدق».

(2) وفي هذا تقول محكمة النقض:

«من المقرر أن من عدا المتهم المرفوعة عليه الدعوى العمومية ممن (يتحمل) الشهادة عن معلومات تتصل بهذه الدعوى إثباتاً ونفيّاً فهو شاهد يوجب القانون أن يحلف اليمين أمام قاضي الموضوع متى كانت سنة قد بلغت أربع عشرة سنة، وذلك ضماناً للثقة بأنه يؤدي شهادته بالصدق» نقض 2 يوليو سنة 1953م مجموعة أحكام النقض - س 4 رقم 370 ص 1064.

(3) إذ ينبثق عن حرية المتهم في الكلام حقه في الصمت وحقه في الكذب، فللمتهم أن يصمت ويرفض الكلام أو الإجابة عن الأسئلة الموجهة إليه، وإن أجاب، فهو غير ملزم بقول الصدق أو الحقيقة: راجع رسالتنا للدكتوراه - بند 520 ص 432، وما بعدهما. للمزيد، راجع:

MELLOR «A»: Les grands problèmes contemporains de l'instruction criminelle, Paris, 1952, pp.223 et SS. du même auteur: La torture, Paris 1952, pp. 295 et SS.

- Arnaud THOMAS-CHEVALLIER: L'avocat et le juge d'instruction, thèse pour le doctorat d'Etat, Nancy II, no.30 et S.,P. 39 et S.,

- BACCARIA: Traité des délits et des peines, NOUVELLE ÉDITION Française, Cujas, 1966, chapitre X.

- من أن تسمع شهادته على غيره من المتهمين في ذاته الواقعة؛ وذلك بعد خروج المتهم (الشاهد) من الدعوى سواء بالحكم بإدانته أو ببراءته حكماً باتاً، فإنه يمكن سماع شهادته في نفس الدعوى بالنسبة إلى متهم آخر لازالت الدعوى منظورة بالنسبة إليه⁽¹⁾. لزوال دواعي الخشية من عدم احترام التزام الشاهد بالإخلاص للرابطة الإجرائية المتصلة بهذه الشهادة.

ومن الناحية الموضوعية، يتحدد منع المتهم من أداء الشهادة، بالوقائع المنسوبة إليه، أما فيما عداها تجوز شهادته⁽²⁾، وهنا لا يجوز التخلف في أداء الشهادة⁽³⁾. كما يجوز سماع شهادة المتهم في واقعة مرتبطة بالواقعة محل اتهامه، متى تقرر فصل الواقعة الأولى ونظرها في دعوى أخرى⁽⁴⁾. لانتفاء خشية عدم احترامه لالتزامه بالإخلاص للرابطة الإجرائية المتعلقة بهذه الشهادة.

ويتحدد منع المتهم من أداء الشهادة ضد نفسه زمنياً، باللحظة التي تتوافر فيها إمارات جدية على نسبة الاتهام إليه. فمنذ هذه اللحظة لا يجوز سماعه كشاهد، وإن حدث فإن الإجراءات المتعلقة بهذه الشهادة تكون

(1) كأن يكون الحكم قد صدر عليه غيابياً في جنائية، ثم قبض عليه وأعيدت محاكمته.

راجع: الدكتور أحمد فتحي سرور - الإجراءات - بند 188 مكرر - ص 377. وهذا خلاف ما جرى عليه القضاء من الأخذ بأقوال متهم على آخر ويعبر عن ذلك - تجاوزاً - بتعبير اعتراف متهم على آخر.

راجع: أمثلة لهذا القضاء: نقض 3 يناير سنة 1956م مجموعة أحكام النقض - س 7 رقم 85 ص 415. نقض 9 ديسمبر سنة 1963م س 14 رقم 163 ص 894، 7 يونيو، سنة 1965م س 16 رقم 111 ص 556.

(2) الدكتور أحمد فتحي سرور - الإجراءات - بند 188 مكرر - ص 377.

(3) راجع: CAMBON: Le juge d'Instruction, Paris, 1962, P.241.

(4) انظر:

نقض 19 مايو سنة 1952م مجموعة أحكام محكمة النقض س 3 رقم 358 ص 961، 14 يناير سنة 1957م س 8 رقم 9 ص 33.

معينة. فعلى فرض أن المتهم احترام التزامه بالإخلاص لهذه الشهادة، فإن ذلك سيكون - في الغالب الأعم - على حساب حقه في الدفاع.

لذا فإن القانون الفرنسي يقرر عدم جواز سماع المتهم بوصفه شاهداً إذا كان هذا السماع سوف يؤثر على ضمانات الدفاع⁽¹⁾ كما استقر قضاء محكمة النقض الفرنسية على بطلان الشهادة اللاحقة على الاتهام الضمني للشاهد متى ترتب عليه ضياع حقوقه في الدفاع⁽²⁾.

(1) راجع المادة 105 أ.ج. فرنسي.

(2) انظر: CHAMBON: P.241.

المبحث الثاني

النظر للشخصية من زاوية

كونها الموضوع الذي يقع عليه فعل معين

والمنع من ممارسة الإجراء الجنائي

8 - إجمال

سبق الإلماح إلى أن من زوايا الذاتية أن ينظر الإنسان إلى شخصيته من زاوية: الموضوع الذي يقع عليه فعل معين.

ومتى كان الإجراء مشوباً بهذه الصلة فإنه يفقد موضوعيته وحيدته، الأمر الذي يلزم معه في أحوال معينة، حجب من تتوفر هذه الذاتية فيه عن ممارسة الإجراء. ومن تطبيقات هذه الصورة للذاتية، ما يلي:

9 - وقوع الجريمة على متخذ الإجراء:

وهنا لا يحجب المجني عليه عن المطالبة بحقوقه المتولدة عن الجريمة، ولكنه يحجب فقط عن الإجراءات التي يتطلب لاتخاذها الحياد.

وعليه، إذا كان المجني عليه قاضياً يمتنع عليه الاشتراك في نظر الدعوى (م 247 أ.ج) ومثال ذلك أن يكون مجنياً عليه في جريمة سرقة أو قذف أو سب⁽¹⁾.

(1) ولا تدخل في هذه الحالة: جرائم الإهانة التي تقع على المحكمة، باعتبار أن المساس يلحق المحكمة ذاتها، ولا يعتبر القاضي مجنياً عليه.

راجع: الدكتور حسن صادق المرصفاوي - الإجراءات - بند 254 ص 559.

فالقاضي هنا له مصلحة - وإن تكن معنوية - في أن يتم الفصل في الدعوى على نحو معين⁽¹⁾،⁽²⁾ الأمر الذي يتنافى مع إخلاصه لوظيفة القضاء بوجه عام⁽³⁾، ومع إخلاصه للرابطة الإجرائية التي تنشأ عن الخصومة المتعلقة بالجريمة محل البحث.

-
- (1) الدكتور محمود نجيب حسني - الإجراءات - بند 896 ص 791.
- (2) فالقاضي هنا: خصم طبيعي للمتهم، راجع: الأستاذ علي زكي العرابي - ج 18 رقم 1216 ص 601.
- (3) فهذه الوظيفة تتطلب الحياد، بخصوص حياد القاضي راجع: الدكتور وجدي راغب - رسالته - ص 568، الدكتور عبد المنعم عبد الرحيم العوضى - رسالته - ص 86 وما بعدها.
- وأيضاً: الدكتور محمود نجيب حسني - قوة الحكم الجنائي في إنهاء الدعوى الجنائية منشور بمجلة القانون والاقتصاد - التي يصدرها أساتذة كلية حقوق القاهرة - س 33 - 1963م - ع 4 - 883.
- والدكتور أحمد مسلم - أصول المرافعات - 1968 ص 382. وكذلك رسالتنا للدكتوراه - بند 440 ص 367 وما بعدها. وفي الفقه الفرنسي:

Georges André: Du principe de la neutralité du juge dans l'instruction des affaires civiles, thèse Paris, 1910, p.6 et S., E. Garsonnet et CEZAR-BRU «ch.»: Traité théorique et partique de procédure civile et commerciale, Tome 1, Paris 1912, p.49 et S.

الفصل الثاني الذاتية الخارجية والمنع من ممارسة الإجراء الجنائي

15 - تقسيم:

... سينشطر هذا الفصل إلى مبحثين:

الأول: في معاينة الشخصية من زاوية «نظرة الجماعة إليها» والمنع من ممارسة الإجراء الجنائي.

والثاني: في النظر للشخصية من زاوية «القيم التي هي أساس قراراتها» والمنع ممارسة الإجراء الجنائي.

المبحث الأول

معاينة الشخصية من زاوية «نظرة الجماعة إليها» والمنع من ممارسة الإجراء الجنائي

11 - الذاتية : نظرة الجماعة إلى الشخصية :

ألمحنا - فيما سبق - إلى أن من صور الذاتية . أن يعاين الإنسان شخصيته من زاوية نظرة الجماعة إليها .

فإنسان خلق ليعيش في مجتمع ، ومن خلال الحياة في المجتمع تنشأ بين الإنسان وغيره مجموعة روابط متباينة وعلاقات متعددة في كل لحظة من لحظات حياته . ومن هذه الروابط : الزواج والعمل - روابط : القرابة والزواج والعمل ، والصداقة والزمالة والجوار ، وما شابه ذلك⁽¹⁾ .

ومن هذه العلاقات تنبثق مجموعة أو سلسلة من القيود . وتتجسد هذه

(1) ويلاحظ أننا هنا نبحث هذه الروابط من جهة ما تفرضه من قواعد مجاملات وآداب عامة وأخلاق أي من جهة الالتزامات الأدبية التي تفرضها ، وهذا يختلف بطبيعة الحال - عن الالتزام القانوني بالإخلاص لرابطة القرابة والزواج ، ورابطة العمل ، وهذا الالتزام واجب قانوني تترتب على مخالفته آثار قانونية . بينما الالتزامات الأدبية المذكورة لا تدخل دائرة القانون في الموضوع محل الدراسة بالمتن ، إلا من جهة عدم الاعتراف بها قانوناً وبما تفرضه من قواعد مجاملات أو ما شابه ذلك . بخصوص الالتزام بالإخلاص لرابطة القرابة والزواج والقرابة راجع للمؤلف : الالتزام بالإخلاص في القانون الجنائي - دراسة مقارنة - 1994م - دار النهضة العربية بالقاهرة .

القيود في العلاقات الاجتماعية - كصلات القرابة والزواج والجوار - في مجموعة قواعد المجالات والآداب العامة وقواعد الأخلاق⁽¹⁾.

ولا يفلت القاضي - بوصفه إنساناً - من دائرة الخضوع لهذه القيود الاجتماعية.

غير أن خطورة علاقات القاضي تكمن في كونه أحد مراكز القوة التي لها اعتبارها الحقيقي داخل المجتمع نفسه⁽²⁾، الأمر الذي قد ينعكس على العلاقات الاجتماعية التي يدخل فيها القاضي طرفاً.

ولا ضرر من وجود هذه العلاقات أو انعكاس وضع القاضي المتميز عليها.

وإنما الخطورة تكمن في انعكاس هذه العلاقات على عمل القاضي، ومؤدى هذا الانعكاس أن تضفي زاوية من زوايا ذاتية القاضي على عمله، فهو يسلك في عمله من زاوية «نظرة الجماعة إليه»، أي نظرة ذويه أو أصدقائه أو جيرانه، إليه باعتباره ممثلاً للسلطة، أو أحد مراكز القوة في المجتمع، يمكنه أن يراعي أو اصر الصلة التي بينه وبينهم، فيما يصدر عنه من أعمال إجرائية تتصل برابطة إجرائية هم طرف فيها. ولا شك في أن حدوث مثل هذا الانعكاس للذاتية على العمل الإجرائي، ينم عن عدم احترام القاضي لالتزامه بالإخلاص للرابطة الوظيفية والتزامه بالإخلاص للرابطة الإجرائية المتصلة بالعمل المذكور.

لذا كان طبيعياً أن يحرص المشرع على عدم انعكاس العلاقات

(1) للمزيد حول الروابط الاجتماعية، راجع: الدكتور عبد المنعم البدر اوي - مبادئ القانون - بند 1 ص 7 وما بعدها.

(2) للمزيد راجع: الدكتور سامية محمد جابر - القانون والضوابط الاجتماعية - مدخل علم الاجتماع إلى فهم التوازن في المجتمع - 1982م - دار المعرفة الجامعية بالإسكندرية - ص 412.

الاجتماعية للقاضي على أعماله. فقد نص المشرع على اعتبار علاقات القرابة أو المصاهرة أو الزمالة أو الصداقة أو العمل مانعاً من اتخاذ الإجراءات، وإن اتخذت - رغم وجود هذه العلاقة - كانت معيبة.

ويمكننا القول إن المعيار الذي اعتمده المشرع لدرء انعكاس العلاقات الاجتماعية على شخص القاضي، ثم على عمله يدور حول ثلاثة أمور هي: المودة والعداوة والمصلحة.

ويمكن إجمال هذا المعيار في الآتي:

إن كل علاقة اجتماعية للقاضي يستشف منها احتمالية انعكاس ما تولده من مودة أو عداوة أو مصلحة على عمل القاضي تجرده من صلاحية نظر الدعوى، وجوباً أو جوازاً أو تقديراً بحسب درجة هذه المودة أو العداوة أو المصلحة⁽¹⁾.

ويجدر بنا قبل التعرض لتأثير المودة والعداوة والمصلحة على منع القاضي من ممارسة الإجراءات، أن نعرف المودة والعداوة والمصلحة:

12 - التعريف بالمودة والعداوة والمصلحة:

والمودة لغة⁽²⁾: هي المحبة أو الحب الكثير والحب - في علم النفس -

(1) غني عن الإيضاح أن المشرع اعتمد عنصري المودة والعداوة كسبب لمنع القاضي من نظر الدعوى، في المادة 148 / 4 مرافعات.

التي أجازت رد القاضي «إذا كان بينه وبين أحد الخصوم عداوة أو مودة يرجح معها عدم استطاعة الحكم بغير ميل». الأمر الذي دفع جانب من الفقه إلى اعتبار هذا النص ينطوي على معيار مرن لحالات الرد (د. وجدي راغب - مبادئ - ص 199) في حين أن جانباً من الشراح يرى أن هذا النص ينطوي على «سبب عام تندرج تحته الكثير من الصور سواء مما ذكر كأسباب للرد أو كأسباب للتنحي». (الدكتور علي عوض حسن - بند 55 ص 83).

(2) راجع المعجم الوسيط - ج 2 ص 1062 كلمة «وُدَّة».

ظاهرة عاطفية تظهر فيها انفعالات الحنو والزهو والخضوع كما يظهر فيها نسبة أقل تدريجياً من التعجب والغضب والخوف⁽¹⁾.

أما العداوة لغة فهي اسم من المعادة، والعدو ذو العداوة، ويقال عاداه معادة وعداء أي خاصمه وصار عدوه⁽²⁾.

والعداوة تستبع الكراهية. والكراهية - في علم النفس - عاطفة يظهر فيها انفعالات الاشمئزاز والخوف والغضب والتعجب والخضوع والزهو بنسبة أقل تدريجياً⁽³⁾.

أما المصلحة لغة فهي المنفعة⁽⁴⁾.

وينصرف المعنى المراد بالمصلحة - في الجزئية محل الدراسة - إلى الفائدة أو المنفعة التي تعود على الشخص من ممارسة عمل إجرائي معين، ويستوى أن تكون هذه المصلحة مشروعة أو غير مشروعة، ففي الحالتين تمنع من ممارسة الإجراء، ولا تخفى العلة من المنع من ممارسة الإجراء عندما تكون المصلحة غير مشروعة، أما حيث تكون المصلحة مشروعة⁽⁵⁾، فإن الحكمة من جعلها مانعاً من ممارسة الإجراء تكمن في أن ارتباطها بدعوى منظورة أمام القاضي يثير الشك في حيده.

ومن ثم يثار الشك حول التزامه بالإخلاص للرابطة الإجرائية والتزامه بالإخلاص للرابطة الوظيفية معاً.

(1) راجع: الأستاذ فوزي سالم عفيفي - ص 74.

(2) راجع: المعجم الوسيط - ج 2 ص 610 - كلمة «عدا».

(3) انظر: الأستاذ فوزي سالم عفيفي - المرجع والموضوع السابقين.

(4) المعجم الوسيط - ج 1 ص 540 كلمة «صلح».

(5) واعتقد أن عبارة وان لهذا العضو أو المدير - أي قريب، أو صهر للقاضي - مصلحة شخصية في الدعوى 3146 مرفعات، تفيد أن المصلحة المقصودة هي «مطلق» المصلحة الشخصية، يستوى في ذلك أن تكون مشروعة أو غير مشروعة.

13 - التمازج بين المودة والعداوة والمصلحة :

تجدر الإشارة إلى أنه يصعب إن لم يكن يستحيل - الفصل المطلق بين المودة والعداوة والمصلحة كأسباب لعدم صلاحية القاضي لممارسة الإجراء مطلقاً أو جوازياً أو تقديراً.

لذا غالباً ما تمتزج المودة والعداوة، أو المودة والمصلحة، أو العداوة والمصلحة. بل أحياناً تمتزج المودة والعداوة والمصلحة - جميعاً - في سبب عدم الصلاحية.

وسيتضح ذلك مما يلي :

14 - المودة والعداوة :

غنى عن الإيضاح أن المودة والعداوة - باعتبارهما من العواطف⁽¹⁾ التي تختلج النفس الإنسانية - يصعب الاعتداد بهما لترتيب حكم قانوني، لذا فإن المشرع افترض وجودهما بالنسبة لعلاقات إنسانية معينة. وبمعنى آخر اعتبر وجود علاقات إنسانية معينة للقاضي قرينة قانونية قاطعة على وجود المودة والعداوة واحتمالية تأثيرهما في العمل القضائي المسند للقاضي أو بالأحرى الذي يدخل في اختصاصه الوظيفي.

وذلك باعتبار أن القرابة والمصاهرة إما أن يكونا مصدر ود وثيق أو بغض عميق، وهما عاطفتان من شأنهما إخراج القاضي عن حيده، وقد

(1) والعاطفة - في علم النفس - هي تنظيم انفعالي يولد في الشخص استعداداً وتجعله يقوم بتصرفات معينة، ويحس بمشاعر وجدانية خاصة، وقد تكون هذه المشاعر تجاه أمور مادية أو معنوية، وقد تتمركز حول أشخاص أو أفكار. للمزيد، راجع: الأستاذ فوزي سالم عفيفي - المرجع السابق ص 74 وما بعدها.

انظر: الأستاذ محمد العشماوي - والدكتور عبد الوهاب العشماوي - ج 18 - بند 112 - ص 147، وج 2 - بند 902 ص 455.

تدفعانه إلى الاسترسال وراء شعوره مما يسفر عن انحرافه عن طريق العدالة في الحكم⁽¹⁾.

ولكن ما نطاق القرابة أو المصاهرة المقصودة؟

- تردد المشرع المصري في تحديد هذا النطاق بين مستويين:

15 - المستوى الأول: الأقارب والأصهار على عمود النسب⁽²⁾.

والقرابة التي تنحصر في عمود النسب هي القرابة المباشرة. Parente en ligne directe.

أو قرابة الولادة، أي من نزل بعضهم عن بعض مباشرة، فهي قرابة الأصول والفروع⁽³⁾.

ويقصد بالأصول الأشخاص الذين ينحدر عنهم الفرد، سواء من ناحية أبيه أو أمه: كالأب والأم وأبو الأب، وأبو الأم، وأم الأب، وأم الأم، وأبو وأم هؤلاء... وهكذا.

أما الفروع فيقصد بهم الأشخاص الذين ينحدرون عن الفرد: كالابن والبنت وفروع الابن، وفروع البنت وهكذا.

أما المصاهرة alliance فهي الصلة التي تقوم بين أحد الزوجين وأقارب الزوج الآخر.

وطبقاً للمادة 37 من القانون المدني يعتبر أقارب أحد الزوجين في نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر. وعليه فإن قرابة المصاهرة

(1) إذ تنص المادة 1/35 مدني على أنه: «القرابة المباشرة هي ما بين الأصول والفروع».

(2) إذ تنص المادة 1/35 مدني على أنه:

(3) «القرابة المباشرة هي ما بين الأصول والفروع».

تضم كافة أقارب الزوج الآخر أي أصوله وفروعه وحواشيه⁽¹⁾ أيضاً.

- غير أن المشرع اكتفى بالنسبة لهذا المستوى من علاقة القرابة أو المصاهرة بين القاضي وغيره بمستوى قرابة عمود النسب أي قرابة الأصول والفروع عن طريق النسب أو الدم وعن طرق رابطة الزواج التي تنشأ المصاهرة.

16 - المستوى الثاني: القرابة والمصاهرة حتى الدرجة الرابعة:

وفي هذا المستوى أوقف المشرع حدود القرابة أو المصاهرة المؤدية لعدم الصلاحية لنظر الدعوى عند حد الدرجة الرابعة. وتشمل هذه القرابة على سبيل المثال: الابن وابن الابن وابن العم. وهم على الترتيب: درجة أولى، ودرجة ثانية ودرجة رابعة من القرابة⁽²⁾.

- ولكن ما الحدود الزمنية للعداوة أو المودة التي تنشأ عن القرابة أو المصاهرة؟

- لا شك في أن قرابة الدم أو النسب ليست لها حدوداً زمنية فهي لصيقة بالإنسان منذ ميلاده وحتى بعد وفاته، ومن ثم فإن العداوة أو المودة التي تنشأ عنهما غير قابلة لأن تخضع لحدود زمنية معينة.

غير أن الأمر بالنسبة للمودة والمحبة التي تنشأ عن قرابة المصاهرة،

(1) ويقصد بقرابة الحواشي تلك الرابطة التي توجد «بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر» (المادة 2/35 مدني)، وذلك مثل قرابة الأخ لأخيه، وقرابة العم لابن أخيه، أو بنت أخيه، وقرابة الخال لابن أو بنت أخته، والخالة لابن أو بنت أختها. راجع: مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - جزء أول - ص 322.

(2) تنص المادة 36 من القانون المدني على أنه «يراعى في حساب درجة القرابة المباشرة اعتبار كل فرع درجة عند الصعود للأصل بخروج هذا الأصل».

قد يدفع إلى القول بانقضائهما بزوال السبب الذي أنشأ هذه القرابة، ألا وهو الزواج.

ولعل هذه المنطق هو الذي سيطر على الرأي القائل بأن رابطة المصاهرة تنتهي بوفاة أحد الزوجين أو بانحلال رابطة الزوجية لأي سبب آخر⁽¹⁾.

ولقد أغفل هذا الرأي أن الأمر يتصل بما تخلفه المصاهرة من عداوة أو مودة، وهذه مشاعر إنسانية لا تقبل القول بوجودها أو بانتقائها لمجرد أن رابطة الزواج انحلت.

ولا يصلح دفاعاً عن ذلك القول بأن في أسباب رد القاضي - ولا سيما السبب القائم على وجود عداوة أو مودة بين القاضي وأحد الخصوم - ما يغني عن اعتبار المصاهرة المنقضية من أسباب عدم الصلاحية⁽²⁾.

لأن هذا القول مردود عليه بأن رابطة المصاهرة كسبب لعدم الصلاحية لا توجد فقط بين القاضي وأحد الخصوم، بل أنها قد توجد بين القضاة أنفسهم⁽³⁾ فإذا كان أحد القضاة صهراً لزميل له ثم انفصمت رابطة الزوجية التي أثمرت هذه المصاهرة، فهل يجوز أن يجلسا في دائرة واحدة؟ لا اعتقد أن نية المشرع انصرفت إلى هذا.

كما أن نظام الرد مغاير لنظام عدم الصلاحية، فأسباب الرد يجب

(1) قال بهذا الرأي:

المستشار طه أبو الخير - حرية الدفاع - منشأة المعارف بالإسكندرية - ط 1 - 1971م - ص 549.

(2) المستشار طه أبو الخير - المرجع والموضوع السابقين.

(3) إذ تنص المادة 75 من قانون السلطة القضائية رقم 46 لسنة 1972م على أنه: «لا يجوز أن يجلس في دائرة واحدة قضاة بينهم... مصاهرة حتى الدرجة الرابعة بدخول الغاية».

التمسك بها، كما يجب إثبات المودة أو العداوة، وهو إثبات - بلا شك - أصعب من إثبات وجود رابطة المصاهرة في وقت معين⁽¹⁾.

كما لا يصلح دفاعاً عن وجهة النظر - محل المناقشة - أن يقال إن حالات عدم الصلاحية واردة في القانون على سبيل الحصر والاستثناء، ولا يجوز - من ثم - التوسع فيها⁽²⁾، لأن هذا القول مردود عليه بأننا لسنا بصدد توسع في التفسير، بل أننا نطبق النصوص القانونية التي خلت من وصف قرابة المصاهرة بكونها قائمة، لأن هذا الوصف هو تخصيص بلا مخصص، وتقييد للنص بلا مقيد.

فالمشرع يقصد كفاله وجودة قاضي غير متحيز⁽³⁾ وهذا القصد يتحقق في حالتي: المصاهرة القائمة والمصاهرة المنقضية.

ولا يشفع لهذا الرأي أن يقال إنه من الطبيعي أن يقصد القانون المصاهرة القائمة لا المصاهرة المنقضية⁽⁴⁾ فذلك مردود عليه بأن المعيار الذي اعتمده القانون بخصوص يرتكز على ما تخلقه من مودة أو عداوة، وهما عاطفتان لا ينفي وجودهما انقضاء المصاهرة.

كما أننا لا نوافق على الحجة القائلة بأن القانون الفرنسي ينص صراحة على أن المساواة بين المصاهرة المنقضية والمصاهرة القائمة في اعتبارهما من أسباب عدم الصلاحية، ولو كان المشرع المصري يقصد هذه المساواة لنص على ذلك صراحة⁽⁵⁾.

لأن هذه الحجة غير مقنعة لسببين:

- (1) راجع: الدكتور محمد عبد الخالق عمر - ص 253.
- (2) المستشار طه أبو الخير - المرجع والموضوع السابقين.
- (3) الدكتور محمد عبد الخالق ص 253.
- (4) المستشار - طه أبو الخير - المرجع والموضوع السابقين.
- (5) المستشار - طه أبو الخير - المرجع والموضوع السابقين.

الأول: مفاده أن اعتبارات الصياغة التشريعية قد تختلف في التشريعين⁽¹⁾.

والثاني: إن العادات والتقاليد التي تحكم المجتمع الفرنسي مغايرة لتلك التي تحكم المجتمع المصري، وفي نظرنا تنطلق هذه المغايرة من الطبيعة المادية للمجتمع الأول والطبيعة العاطفية للمجتمع الثاني. وهذه الطبيعة العاطفية للمجتمع المصري، أدت إلى أنه أصبح من المألوف أن تمتد الآثار الاجتماعية والنفسية رغم وفاة الزوجين أو أحدهما⁽²⁾. بينما الطبيعة المادية للمجتمع الفرنسي قد تحكم على رابطة المصاهرة بالموت بمجرد انفصام الزواج للوفاة أو لغيره من الأسباب ولعل هذه الطبيعة المادية هي التي دفعت بالمشرع الفرنسي إلى المساواة بين المصاهرة القائمة والمصاهرة المنقضية، حرصاً منه على احترام حيده القاضي، حتى ولو من مجرد ظن الجمهور في تأثير المصاهرة المنقضية عن هذه الحيدة.

بينما المشرع المصري اكتفى بإطلاق لفظ «المصاهرة» لعلمه أن الطبيعة العاطفية للمجتمع المصري، لا تفرق - في العادة - بين مصاهرة قائمة وأخرى منقضية، ولا سيما إذا كان الانقضاء بسبب وفاة أحد الزوجين أو كلاهما.

17 - آثار المودة والعداوة الناشئتان عن القرابة والمصاهرة:

تتنوع هذه الآثار بين:

- عدم صلاحية مطلقة وعامة.

- وعدم صلاحية مطلقة وخاصة.

(1) راجع: الدكتور محمد عبد الخالق عمر - قانون المرافعات - ص 253.

(2) بخصوص امتداد الآثار الاجتماعية والنفسية للمصاهرة بعد وفاة أحد الزوجين وأحدهما راجع: الدكتور محمد عبد الخالق عمر - ص 253. ز.

- وعدم صلاحية نسبية وخاصة.

18 - عدم الصلاحية المطلقة العامة:

- ونقصد بعدم بالصلاحية المطلقة العامة، تجريد القاضي من صلاحيته لممارسة العمل الإجرائي بقوة القانون: du pliae droit بالنسبة لأية دعوى، عندما تتوفر قرينة قانونية على وجود مودة أو عداوة ناشئة عن قرابة أو مصاهرة.

ويكاد يكون المثال الوحيد الذي يعرفه القانون المصري لذلك هو ما نصت عليه المادة 1/7 من قانون السلطة القضائية رقم 46 لسنة 1972 م على أنه «لا يجوز أن يجلس في دائرة واحدة قضاة بينهم قرابة أو مصاهرة حتى الدرجة الرابعة بدخول الغاية»⁽¹⁾.

ووجه «الإطلاق» في هذه الحالة واضح من أنه يترتب عليها عدم صلاحية القاضي لنظر الدعوى مطلقاً، فإن استمر القاضي في نظر الدعوى رغم توفر هذه الحالة، يقع حكمه باطلاً، ولا يصحح هذا البطلان: اتفاق

(1) يذهب البعض إلى أن «دخول الغاية لغة معناه تحقيق الغاية» والدكتور علي عوض حسن هامش 59 ص 56.

بيد أننا نرى أن المعنى المقصود لغة هو العكس، أي دخول أمر غريب عن الهدف الحقيقي، وينتج عن ذلك عدم تحقيق الغاية (راجع معنى الدخول لغة - في المعجم الوسيط - ج1 ص 284 - كلمة «دخل»)، يؤيد هذا ويؤكد ما قرره صاحب هذا القول محل المناقشة، حينما أوضح معنى دخول الغاية في الاصطلاح بأنه «يحظر جلوس قاضي مع آخر قريب له حتى الدرجة الرابعة لكي تتحقق الغاية من الحيادة التي أرادها المشرع لأن القاضي إذا كون رأياً معيناً فقد ينحاز إليه قريبه الجالس معه ولو حتى من باب المجاملة وهو ما يهدر فكرة الحياد التي هي أساس عمل القاضي وأساس تشكيل المحكمة في نفس الوقت». (المرجع والموضوع السابقين). إذ يستفاد ذلك أن القرابة إذا دخلت في تشكيل المحكمة تؤدي إلى عدم تحقق الغاية من فكرة الحياد.

الخصوم على استمرار القاضي في نظر الدعوى رغم توفر هذه الحالة (م 1/147 مرافعات). أما «عمومية» هذه الحالة فتنبع من كونها سبباً لعدم الصلاحية لا يرتبط بأية دعوى معينة⁽¹⁾.

فالمشرع هنا يحمي الالتزام بالإخلاص للرابطة الوظيفية، وأيضاً الالتزام بالإخلاص لأية رابطة إجرائية تتوفر بالنسبة لهذه الحالة بعدم الصلاحية. والحماية تنصرف إلى حجب العمل القضائي عن التأثير بذاتية القاضي المتمثلة في انعكاس علاقات القرابة أو المصاهرة⁽²⁾ على هذا العمل.

فالمشرع يستهدف كفالة استقلال القاضي في رأيه وعدم تأثره بآراء قريبة أو صهره⁽³⁾ فإن كانت بينهما مودة قد يجامله في الرأي، وإن كانت بينهما عداوة وهي قد تظهر بالنسبة للمصاهرة المنقضية - قد يندفع إلى مناهضته في الرأي لمجرد إثبات الذات حتى لو خالف ذلك طريق العدالة.

وبتعبير آخر يهدف المشرع هنا عدم تأثر القاضي بذاتيته المتمثلة في النظر إلى شخصية من زاوية نظرة الجماعة - متمثلة في أقربائه وأصهاره - إلى شخصيته.

19 - حالات عدم الصلاحية المطلقة الخاصة:

ولئن كانت هذه الحالات تتفق مع الحالة السابقة في «الإطلاق» - على النحو السالف بيانه⁽³⁾، إلا أن هذه الحالات تتميز بكونها تتعلق بدعوى بذاتها.

(1) في هذا المعنى: الدكتور أحمد فتحي سرور - الإجراءات - بند 518 - ص 922.

(2) ويكفي لتوفر عدم الصلاحية هنا أن توجد علاقة قرابة أو مصاهرة بين عضوين من أعضاء الدائرة، حتى ولو كانا معاً أقلية. راجع: الدكتور فتحي والي - الوسيط - بند 105 ص 175. وأيضاً: الدكتور علي عوض حسن - بند 33 ص 57.

(3) راجع ما سبق: ص 87 وما بعدها من هذه الدراسة.

ويمكننا رصد هذه الحالات فيما يلي :

1 - وجود قرابة أو مصاهرة إلى الدرجة الرابعة مع دخول الغاية بين :
القاضي، أو أحد القضاة في الدائرة التي تنظر الدعوى وبين ممثل النيابة العامة، أو ممثل أحد الخصوم أو المدافع عنه (م 2/75 قانون السلطة القضائية)⁽¹⁾.

ففي هذه الحالة يخشى أن تنعكس علاقتنا القرابة أو المصاهرة أو بالأحرى يخشى أن تنعكس المودة أو العداوة المنبثقة من رابطة المصاهرة أو القرابة - على العمل القضائي، الأمر الذي يجرده من الموضوعية، وينم عن إخلال القاضي بالتزامه بالإخلاص للرابطة الوظيفية والتزامه بالإخلاص

(1) وتطبيقاً لذلك قضى بأن «مجرد كون رئيس الهيئة التي أصدرت الحكم المطعون فيه أخاً للنائب العام لا ينهض سبباً لعدم صلاحيته للاشتراك في نظر الدعوى ما دام أن النائب العام لم يقوم بنفسه بتمثيل النيابة العامة في الدعوى ذاتها، مما لا يتطرق معه احتمال للإخلال بمظهر الحيادة أو الثقة في القضاء أو التأثير برأي أو الانقياد له» (نقض 15 مايو سنة 1967 - مجموعة أحكام محكمة النقض - س 18 رقم 128 ص 655). كما قضى بأن «الثابت في محاضر الجلسات أن المحامي لم يحضر الجلسة التي نظرت فيها الدعوى أمام شقيقه القاضي، وأن حضوره كان في جلسة سابقة جلس فيها قاضي آخر وما دام المحكوم عليه لم يثبت اتصال المحامي بالقضية وقت أن تولى أخوه نظرها والحكم فيها. فهذا الحكم لا يكون باطلاً» (نقض 21 يناير سنة 1947م - مجموعة القواعد القانونية في 25 عاماً - ص 901) كما قضى بأن «مؤدي نص المادة 18 من القانون رقم 288 لسنة 1952م (الذي يقابل نص المادة 75 من قانون السلطة القضائية الحالي رقم 46 لسنة 1972م) إن مجال تطبيقه أن يجلس في دائرة واحدة قضاة بينهم صلة خاصة، أو أن يكون هذا النوع، وهذا المنع وارد على سبيل الاستثناء فلا يقاس عليه، ومن ثم فلا يقوم بالقاضي عدم الصلاحية لمجرد كونه قريباً لقاضي التحقيق الذي ندبته النيابة لتنفيذ ما أمرت به غرفة الاتهام بإجرائه من استجواب المتهمين».

«نقض 26 يونيو سنة 1956م - مجموعة أحكام محكمة النقض - س 7 رقم 250 ص 910».

لرابطة الإجرائية المتصلة بالعمل الإجرائي المذكور.

2 - وجود قرابة أو مصاهرة إلى الدرجة الرابعة بين القاضي وأحد الخصوم (م 1/146 مرافعات) في الخصومة. ويتحقق هذا السبب لعدم صلاحية القاضي لنظر الدعوى حتى ولو بعد انحلال الزواج الذي أثمرت منه المصاهرة⁽¹⁾، كما يتحقق ولو كانت القرابة أو المصاهرة مع الخصمين معاً⁽²⁾ فقد تكون رابطة القاضي بأحدهما عطف ومودة، وبالأخر رابطة كره أو عدم اكتراث، الأمر الذي يخشى معه أن يشوب الحكم التحيز، أو ألا يكون خالصاً لوجه الحق⁽³⁾.

وبتعبير آخر يخشى أن تنعكس ذاتية القاضي - المتمثلة في نظرة الجماعة إليه، أو بالأحرى نظرة ذويه وأصهاره إليه - على الخصومة المقامة أمامه، مما يكشف عن إخلال القاضي بالتزامه بالإخلاص للرابطات الإجرائية المتصلة بهذه الخصومة، ناهيك عن إخلاله بالالتزام بالإخلاص للرابطات الوظيفية.

20 - المودة والخصومة وعدم الصلاحية الخاصة النسبية :

وعدم الصلاحية هنا خاصة لأنها تتصل بدعوى بعينها، وهي نسبية لأنها تؤدي إلى منع القاضي عن نظر الدعوى، أما بناء على إرادة الخصم المتمثلة في طلب الرد، وأما بناء على إرادة القاضي المتجسدة في تنحيه (م

(1) كأن تقوم صلة القرابة أو المصاهرة بين القاضي من جهة والمتهم والمدعى بالحقوق المدنية - معاً - بالنسبة للدعوى المدنية المقامة بالتبعية لدعوى جنائية مقامة أمام القضاء الجنائي.

(2) راجع: الدكتور رمزي سيف - الوسيط في قانون المرافعات - الطبعة الثامنة - 1969م. بند 50 ص 74. الدكتور فتحي والي - الوسيط - بند 105 ص 175، الدكتور علي عوض حسن - المرجع السابق بند 20 ص 38.

(3) في هذا المعنى: الأستاذ محمد العشماوي والدكتور عبد الوهاب العشماوي - قواعد المرافعات جـ 1 رقم 112 ص 147.

149 مرافعات). غير أنه إذا لم يحصل رد أو تنحية تكون الأعمال الإجرائية الصادرة من القاضي صحيحه رغم توفر المودة أو العداوة الناشئة عن القرابة أو المصاهرة.

ويتوفر ذلك - في نظر المشرع - إذا كان لأحد أقارب القاضي أو أصهاره على عمود النسب خصومة قائمة أمام القضاء مع أحد الخصوم في الدعوى (م 2/148 مرافعات).

ويستوى أن تكون هذه الخصومة قد أقيمت قبل أو بعد رفع الدعوى المطروحة على القاضي⁽¹⁾.

كل ما هنالك أن تكون خصومة حقيقية في شكل دعوى تم رفعها للقضاء ولا يكفي مجرد الشكوى الإدارية أو مجرد اتخاذ الإجراءات التمهيدية السابقة على رفع الدعوى⁽²⁾.

وجلى أن هذه الحالة تتلاقى فيها المودة أو العداوة الناشئة عن رابطة القرابة أو المصاهرة مع العداوة الناشئة عن الخصومة القائمة بين القريب أو الصهر وأحد الخصوم في الدعوى المطروحة أمام القاضي. فالمشرع هنا يخشى أن يتأثر القاضي بهذه المشاعر فيندفع وراء العداوة التي قد تكون بينه وبين قريبه أو صهره، فيحكم لصالح خصم أياً منهما، وقد تدفعه المودة المنبثقة عن القرابة أو المصاهرة إلى الحكم ضد خصم القريب أو الصهر، الأمر الذي يمثل إخلالاً صارخاً بالتزام القاضي بالإخلاص للرابطة الوظيفية، والتزامه بالإخلاص للرابطة الإجرائية المتصلة بالدعوى المنظورة أمامه.

إذا قامت قرينة على وجود مودة بين القاضي وأحد الخصوم فإن الاحتمال يقوم حول إمكانية أن يقضى القاضي لصالح هذا الخصم. لذا فإن المشرع - لهذا الاحتمال - قرر عدم صلاحية القاضي لنظر الدعوى مطلقاً أو

(1) الدكتور فتحي والي - الوسيط - بند 106 ص 179.

(2) الدكتور محمد عبد الخالق عمر - قانون المرافعات - ص 263.

نسبياً. وذلك حسب درجة المودة التي تربط القاضي بأحد الخصوم، وأهمية المصلحة المتعلقة بالدعوى محل الدراسة.

ومن مصادر هذه المودة: رابطة الزوج، وهذه الرابطة قد تكون قائمة، وقد تكون منقضية.

21 - المستوى الأول: الزوجية القائمة:

تنشأ رابطة الزوجية منذ إبرام عقد الزواج طبقاً للقواعد التي يقرها النظام القانوني الذي يخضع له هذا العقد.

والزواج من طبيعته الدوام. غير أن هذه الطبيعة لا تنفي إمكانية انفصام رابطة الزوجية، إرادياً أو قضائياً، أو طبيعياً. والانفصام الإرادي يكون بالطلاق، والقضائي بالتطليق، والطبيعي بوفاة أحد الزوجين أو كلاهما - من باب أولى - معاً⁽¹⁾. مع مراعاة أن الطلاق البائن ينهي رابطة الزوجية فور صدوره، في حين أن الطلاق الرجعي لا ينهي عقد الزواج أثناء فترة العدة.

وطالما كانت الزوجية ما زالت قائمة فإن الغالب الأعم أن يسودها مودة ورحمة. إذ يقول الله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾⁽²⁾.

فالله تعالى جعل بين الأزواج محبة ورأفة، إذ يمسك الرجل «المرأة إما لمحبه لها أو لرحمة بها بأن يكون لها منه ولد أو محتاجة إليه في الإنفاق أو للألفة بينهما وغير ذلك»⁽³⁾.

(1) كما لو حدث وفاتهما معاً في حادث غرق أو حريق أو ما شابه.

(2) من الآية 21 سورة الروم.

(3) ابن كثير (الإمام الجليل، الحافظ عماد الدين، أبو الفداء إسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي، المتوفى سنة 774هـ) تفسير القرآن العظيم - المجلد الثالث - دار الفكر العربي - ص 429. وانظر أيضاً: الأستاذ محمد فريد وجدي - المصحف المفسر، طبعة دار الشعب، ص 533.

ولقد راعى المشرع إمكانية تأثير هذه المودة والرحمة على شخص القاضي الأمر الذي قد ينعكس على عمله مما يؤثر في حيده. وبمعنى آخر أن ذاتية القاضي المتمثلة في نظرتة لشخصيته من زاوية نظرة ذويه إليه، قد تنعكس على وظيفته الموضوعية الحيادية، الأمر الذي يشكك في عدالة قضاؤه ويمثل إخلالاً بالتزامه بالإخلاص للرابطة الوظيفية، والتزامه بالإخلاص للرابطة الإجرائية المتصلة بالدعوى المنظورة أمامه.

لذلك، فإن المشرع قرر تجريد القاضي من صلاحيته لنظر الدعوى متى كان من المحتمل انعكاس المودة والرحمة حتى المنبثقة عن رابطة الزوجية. وتوزعت خطة المشرع في ذلك بين: احتساب هذه الرابطة سبباً لعدم الصلاحية المطلقة، وبين احتسابها سبباً لعدم الصلاحية النسبية، وتأسس هذا التوزيع على أساس درجة المصلحة التي تتصل بهذه الرابطة، فإن كانت مصلحة مباشرة كانت عدم الصلاحية مطلقة، وإن كانت مصلحة غير مباشرة كانت عدم الصلاحية النسبية.

22 - المصلحة المباشرة وعدم الصلاحية المطلقة:

نص المشرع على أن القاضي يكون غير صالح لنظر الدعوى ممنوعاً من سماعها ولو لم يرده أحد الخصوم إذا كان لزوجته مصلحة في الدعوى القائمة (م 2/146 مرافعات).

والمقصود بالمصلحة هنا أن توجد الزوجة في مركز قانوني يتأثر بالحكم في الدعوى⁽¹⁾.

فمصلحة الزوجة هنا شخصيته ومباشرة لذا كانت عدم صلاحية القاضي (زوجها) لنظر الدعوى مطلقة.

(1) راجع: الدكتور فتحي والي - الوسيط - بند 105 ص 176.

23 - المصلحة غير المباشرة وعدم الصلاحية النسبية :

اعتد المشرع بالمصلحة غير المباشرة التي يمكن أن تتحقق للزوجة عندما أجاز رد القاضي إذا كانت لزوجته دعوى مماثلة للدعوى التي ينظرها (م 1/148 مرافعات).

ويقصد بالتماثل أن تثير دعوى زوجة القاضي نفس المسألة القانونية المثارة بالدعوى المنظورة أمامه⁽¹⁾،⁽²⁾. فمن الطبيعي - هنا - أن يميل القاضي بشكل يتفق مع وجهة نظره في دعوى زوجته⁽³⁾.

مما يعني أن ذاتية القاضي انعكست على العمل القضائي الصادر منه، تلك الذاتية المتمثلة في نظر القاضي إلى شخصيته من زاوية «نظرة الجماعة إليه» باعتباره أحد مراكز القوة في المجتمع⁽⁴⁾، التي تملك السلطة ومصائر الأمور. فكيف لا يملك الحصول على حكم يتفق مع مصلحة زوجته؟!.

وإن حدث هذا الانعكاس على الأعمال الإجرائية المسندة للقاضي، فإنه يكون - بلا شك - قد أخل بالتزامه بالإخلاص للرابطة الإجرائية المتصلة

(1) راجع: CHIOVENDA «GIUSEPPE»: Istituzioni di diritto processuale civile, VII., Nappoli 1053, No.212, p.209.

(2) وطبقاً للرأي الراجح فقهاً وقضاءً. يشترط أن يكون هناك دعوى قامة فعلاً أمام القضاء، فلا يغني عن ذلك أن يكون هناك نزاع لم يرفع أمره للقضاء بعد.

راجع تعليقات دالوز على المادة 378 فرنسي: Dalloz. II, No.81 et 82, p.239. غير أن هناك رأياً يكتفي بوجود منازعة جديدة بين القاضي وبين شخص آخر حتى ولو لم يرفع - بشأنها دعوى أمام القضاء. انظر: الأستاذ محمد العشماوي والدكتور عبد الوهاب العشماوي قواعد المرافعات ج 2 - هامش (1) ص 454.

(3) انظر: الدكتور فتحي والي - الوسيط - بند 106 ص 179. الدكتور وجدي راغب مبادئ - ص 199.

(4) بخصوص اعتبار القاضي أحد مراكز القوة في المجتمع، راجع: ص 83 من هذه الدراسة.

بهذه الأعمال الإجرائية.. لذا قرر المشرع تفادي ذلك بإجازته رد القاضي عند توفر الحالة الماثلة.

24 - المودة والنيابة في التصرفات القانونية :

يقصد بالنيابة : *Représentation* في التصرفات القانونية :

حلول إرادة النائب محل إرادة الأصل مع انصراف الأثر القانوني لهذه الإرادة إلى شخص الأصل، كما لو كانت هذه الإرادة صادرة من الأصل لا من نائبه⁽¹⁾.

وتنقسم النيابة من حيث المصدر الذي يضيف على النائب صفة النيابة إلى نيابة قانونية كما في الولي، فالقانون هو الذي يعين الأولياء، ونيابة قضائية كما في الوصي والقيم والحارس القضائي، باعتبار أن اختيار هؤلاء يتم بمعرفة جهة قضائية، ونيابة اتفاقية كما في الوكيل، بحسبان أن العقد هو الذي يعينه⁽²⁾.

وأياً كان الأمر فإن اختيار النائب يراعى فيه - في الغالب الأعم - الطابع الشخصي للنيابة، فيرتكز هذا الاختيار على ما بين النائب ومن ينوب عنه من صلة شخصية، تؤهله لتمثيله في التصرفات القانونية.

وهذا الطابع الشخصي يتضح جلياً في الوكالة والوصاية والقوامة، الأمر الذي يصح معه القول بأن الوكيل والوصي والقيم يرتبطون بعلاقة مودة

(1) في هذا المعنى: الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهاوري - الوسيط - في شرح القانون المدني - الجزء الأول - نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام - المجلد الأول - العقد - بند 83 ص 235. وأيضاً: الدكتور جمال مرسي بدر - النيابة في التصرفات القانونية طبيعتها وأحكامها وتنازع القوانين فيها - رسالة دكتوراه مطبوعة - الهيئة المصرية العامة للكتاب الطبعة الثالثة - 1980م بند 1 ص 7 وما بعدها، وخصوصاً بند 2 ص 9.

(2) راجع: الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهاوري - المرجع السابق - هـ(1) ص 236.

خاصة بالموكل والمشمول بالوصاية أو القوامة، كل فيما يخصه⁽¹⁾.

ولقد فطن المشرع لذلك، حينما قرر عدم صلاحية القاضي لنظر الدعوى مطلقاً حتى ولو كان وكيلاً لأحد الخصوم في أعماله الخصوصية أو وصياً أو قيماً عليه (م 3/146 مرافعات)⁽²⁾.

والمثل يقال: إذا وجدت مصلحة في الدعوى القائمة لمن يكون القاضي وكيلاً عنه أو وصياً أو قيماً عليه (م 4/146 مرافعات).

وجلي من ذلك أن المشرع خشي من أن تؤثر المودة التي بين القاضي ومن ينوب عنه في أن يسعى القاضي في سبيل تحقيق مصلحة هذا الأخير في الدعوى، فيتجرد من حيده وينحرف عن طريق العدالة. وبمعنى آخر إذا حدث ذلك فإن القاضي يكون قد تأثر بذاتيته المتعلقة بالنظر إلى شخصيته من وجهة نظر الجماعة - المتمثلة في الموكل أو عديم الأهلية أو من يتصل بهم القاضي بعلاقات اجتماعية - إليه الأمر الذي يشكل إخلالاً صارخاً بالتزام القاضي بالإخلاص للرابطة الوظيفية والتزامه بالإخلاص للرابطة الإجرائية المتصلة بالدعوى المنظورة أمام القاضي.

لذا كان حجب القاضي عن ممارسة الأعمال الإجرائية المتصلة بمثل هذه الدعوى أمراً ضرورياً.

25 - مظنة الوراثة:

الإرث لغة بقية الشيء⁽³⁾، وشرعاً: اسم لما يرثه الناس من الأموال

(1) قرب هذا المعنى: الأستاذ محمد العشماوي - الدكتور عبد الوهاب العشماوي قواعد المرافعات ج1 بند 114 ص 149.

(2) ويتعين أن تكون هذه الصلة قائمة بالفعل وقت رفع الدعوى، وعليه فإن كانت هذه الصلة قد انقضت وقت رفع الدعوى فإنها لا تكون مؤثرة ولا يعتد بها.

(3) راجع: المعجم الوسيط - ج1 - ص 13 كلمة «أرث».

والحقوق⁽¹⁾، ويستحق الإرث - طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية - بواحد من ثلاثة:

الزوجية الصحيحة والقربة والولاء سواء أكانت ولاء عتاقة أو ولاء مولاة⁽²⁾.

والشارع - سبحانه وتعالى - راعى في تشريع الإرث مصلحة الجماعة والأسرة كما راعى حق الميت الذي يعينه وصول ماله إلى ورثته، فلزم أن يخلف الميت من يتسبب إليه على تركته⁽²⁾.

فهذه الصلة الحميمة التي توجد بين الوارث والمورث هي التي تبرر الميراث، ويغلب على هذه الصلة طابع المودة والرحمة.

لذا فإن المشرع جرد القاضي من صلاحيته لنظر الدعوى (مطلقاً) إذا كانت مظنونة وراثته Héritier présomptif لأحد الخصوم (م 3/146 مرافعات). لأن للشخص المحتملة وراثته مصلحة في أن تتضخم الأموال المنتظر أن تؤول إليه، أو في أن يسترضى المورث المنتظر حتى لا يتعرض للحرمان من الإرث⁽³⁾.

ويكفي لتوفر هذه الحالة أن يوجد سبب من أسباب الإرث يجعل القاضي وارثاً للخصم⁽⁴⁾. ولا ينفي هذه الصلة أن يوجد من يحجب

(1) للمزيد راجع: الدكتور محمد مصطفى شحاته الحسيني - الأحوال الشخصية في الزواج والطلاق والنفقات والميراث - 1403هـ/1983م - ص 152 وما بعدها.

وأيضاً: موسوعة جمال عبد الناصر في الفقه الإسلامي التي أصدرها المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية - القاهرة - 1389هـ - ج 4 ص 278 وما بعدها.

(2) انظر: موسوعة الفقه الإسلامي - السابقة ج 4 ص 279 وما بعدها.

(3) الأستاذ محمد العشماوي والدكتور عبد الوهاب العشماوي - ج 1 بند 114 ص 149.

(4) الدكتور محمد عبد الخالق عمر - قانون المرافعات ص 255.

القاضي أو يحرمه من الميراث، إذ قد يزول سبب الحجب أو الحرمان⁽¹⁾ قبل استحقاق الميراث.

ومؤدى ما تقدم أن المشرع اعتبر وجود مظنة الوراثة بين القاضي وأحد الخصوم قرينة على وجود مودة بينهما، الأمر الذي يخشى معه أن يتأثر القاضي بهذه المودة فيطوع وظيفته أو ما تخوله من اختصاصات وظيفية لمصلحة هذا الخصم، مما يؤدي بالقاضي إلى البعد عن الحيادة، والانحراف عن طريق العدالة ولا شك أن ذلك - لو حدث - ينم عن أن القاضي إنما مارس الإجراءات من منظور ذاتي، حيث نظر إلى شخصيته من زوايا نظرة الجماعة إليه، تلك الجماعة المتمثلة في الخصم المظنونة وراثته وأهله. مما يكشف عن إخلال بالتزام القاضي بالإخلاص للرابطة الوظيفية والرابطة الإجرائية المتصلة بالدعوى محل البحث.

لذا كان المشرع موفقاً تماماً حينما رتب على توفر هذه الحالة تجريد القاضي من صلاحيته مطلقاً.

26 - المودة والمصلحة والاشتراك في الحياة العادية للقاضي :

القاضي بشر، وهو بهذه الصفة يدخل في علاقات إنسانية مع الآخرين، وقد تصل هذه العلاقات إلى حد الاشتراك في الحياة العادية للقاضي، فخادم القاضي⁽²⁾

(1) الدكتور رمزي سيف - الوسيط - ص 74.

(2) الخادم لغة من يقوم بحاجة الغير (راجع: المعجم الوسيط - ج 1 ص 229 - كلمة «خدمة» - أما المعنى القانوني المقصود بخادم القاضي فينصرف إلى كل من يستخدمه القاضي بأجر شريطة أن توجد رابطة تبعية بينهما طبقاً لقواعد قانون العمل (بخصوص رابطة التبعية، راجع: المؤلف: مدلول رابطة التبعية كشرط لقيام مسؤولية المتبوع عن فعل تابعة - بحث منشور بمجلة المحاماة - ع 9، 10 - ص 65 - نوفمبر وديسمبر 1985م - بند 12 ص 141 وما بعدهما). وذلك مثل: السكرتير والبواب (انظر: د. إبراهيم نجيب سعد - القانون القضائي الخاص - منشأة المعارف بالإسكندرية ج 1 - 1974م - ص 282، الدكتور محمد عبد الخالق عمر - قانون المرافعات - ص 264)، وأيضاً: الوكيل والعامل (راجع: الأستاذ محمد =

مؤاكله⁽¹⁾ ومساكنه⁽²⁾ تجمعهم الحياة العادية للقاضي الأمر الذي يخلق بينهم ضرباً من المودة والمثل يقال بالنسبة للشخص الذي تسمح علاقته بالقاضي بأن يقدم أو يرسل له هدية⁽³⁾.

= العشماوي والدكتور عبد الوهاب العشماوي - ج 2 - بند 902 - ص 456 غير أنه لا يعتبر خادماً: المزارع أو المستأجر عند القاضي (راجع تعليقات دالوز على المادة 378 مرافعات بند 143).

(1) وينصرف اعتياد المؤكلة إلى تكرار المشاركة في تناول الطعام سواء أكان ذلك على مائدة القاضي أو الخصم أو غيرهما. (قارن: الدكتور فتحي والي - الوسيط - بند 106 ص 179، الدكتور علي عوض حسن - المرجع السابق - بند 54 ص 82، الأستاذ محمد العشماوي والدكتور عبد الوهاب العشماوي - ج 2 بند 902 ص 456).

ويرى البعض أن اعتياد المشاركة كاعتياد المؤكلة (الدكتور علي عوض حسن، المرجع السابق بند 54 ص 82) وهو - في نظرنا - توسع في التفسير لا يحتمله نص المادة 3/148 مرافعات، كما أن إضافة المشاركة «تمثل تضيقاً على القاضي في حياته العادية، ليس له مقتضى، كما أن الفقرة الرابعة من المادة 148 مرافعات تغنى عن هذه الإضافة متى وصلت هذه المشاركة» إلى وجود عداوة أو مودة بين القاضي ومشاركة يرجح معها عدم استطاعة الحكم بغير ميل.

(2) ويقصد باعتياد المساكنة: السكن المشترك بين القاضي والخصم لفترة من الزمن (راجع: الدكتور فتحي والي - الوسيط - بند 106 ص 179، الدكتور وجدي راغب - مبادئ - ص 199) مثل الإقامة المشتركة في أحد المصايف ولو لفترة مؤقتة (الدكتور علي عوض حسن المرجع السابق - بند 54 ص 82) ولذا لا يكفي السكن معاً في مبنى واحد. (راجع الدكتور فتحي والي - المرجع والموضوع السابقين، الدكتور علي عوض حسن المرجع والموضوع السابقين، الدكتور محمد عبد الخالق عمر - المرجع السابق ص 264).

(3) ويشترط أن تكون هدية حقيقية، فلا يكفي لرد القاضي أن تكون الهدايا تافهة القيمة مثل تلك التي تقدم لأطفال القاضي (راجع الدكتور محمد عبد الخالق عمر - قواعد المرافعات - ص 264 وما بعدها) ولا يشترط أن تكون الهدية المقدمة للقاضي مما يكون جريمة الرشوة (راجع الدكتور رمزي سيف - المرجع السابق - ص 77) كما لا يشترط تقديم الهدية للقاضي نفسه، بل يكفي أن يكون المقصود بالهدية شخص القاضي، حتى لو قدمت بطريقة غير مباشرة. ومعنا في ذلك الأستاذ محمد =

ففي هذه الحالات يخشى أن يتأثر القاضي بالمودة المذكورة فيسعى إلى مجاملة خادمه أو مؤاكلة أو مساكنه أو من أهدى إليه هدية، على حساب العدالة ولا شك أن حدوث هذا التأثير مؤداه انعكاس ذاتية القاضي على عمله تلك الذاتية المتمثلة في «النظر إلى شخصيته من زاوية نظرة الجماعة إليه»، وتتمثل هذه الجماعة في خادمه ومؤاكلة ومساكنه أو من أهدى إليه ومجتمع هؤلاء. ولا مرأى في أن ذلك يمثل إخلالاً واضحاً بالتزام القاضي بالإخلاص للرابطة الوظيفية والتزامه بالإخلاص للرابطة الإجرائية المتصلة بالدعوى التي تتوفر فيها الحالة محل البحث.

ولما كانت الصلة بين القاضي وبين الخادم أو المؤاكل أو المساكن أو من أهدى إليه، هي صلة أقل قوة من رابطة الزوجية أو القرابة أو المصاهرة، فضلاً عن أن المصلحة التي يرمى إليها الخصم المرتبط بالقاضي بالصلة المذكورة، لن تعود على القاضي مباشرة، لذا فإن المشرع اكتفى بجعل توفر هذه الحالة سبباً من أسباب الرد، أي سبباً لعدم الصلاحية النسبية للقاضي، وليست المطلقة. إذ تنص المادة (3/148) مرافعات على جواز رد القاضي إذا كان أحد الخصوم خادماً له، أو كان هو قد اعتاد مؤاكلة أحد الخصوم أو مساكنه، أو كان قد تلقى منه هدية قبيل رفع الدعوى أو بعده.

27 - تلاقي المصلحة مع العداوة والمودة:

من عجائب التكوين البشري تلك الخطوط المتقابلة في النفس والمختلفة في الاتجاه مثل: الواقعية والخيالية، والخوف والرجاء، والحب والكره، فهذه الخطوط تؤدي وظيفتها في ربط الإنسان بالحياة، فكأنها أوتاداً متفرقة تشد الكيان البشري كله⁽¹⁾.

= العشماوي والدكتور عبد الوهاب العشماوي ج2 بند 902 ص 456 وما بعدها)
كتقديمها لزوجة القاضي أو ابنه.

(1) للمزيد راجع: الأستاذ فوزي سالم عفيفي - السلوك الاجتماعي بين علم النفس والدين - السليق - ص 108 وما بعدها.

ولا يفلت القاضي - بوصفه إنساناً - من ذلك، فقد تكون علاقة إنسانية ما مصدر مودة وعداوة في آن واحد: كعلاقة المصاهرة⁽¹⁾ أو علاقة الزوجية المنقضية.

ويمكننا القول بأن المشرع اعتبر اجتماع المودة والعداوة في علاقة القاضي بأحد الخصوم من الممكن أن تؤثر سلباً أو إيجاباً على مصلحة هذا الخصم في الدعوى المطروحة أمام القاضي.

ولذا قرر المشرع حجب القاضي عن مثل هذه الدعوى مطلقاً أو نسبياً، بحسب درجة العداوة أو المودة، أو أهمية المصلحة: وذلك على التفصيل التالي:

28 - الخصومة القائمة والخصومة الجديدة:

فرق المشرع بين الخصومة القائمة بين زوجة القاضي من جانب وأحد الخصوم أو زوجته من جانب آخر، والخصومة الجديدة، فقرر اعتبار الخصومة القائمة سبباً لعدم الصلاحية المطلقة، واكتفى بجعل الخصومة الجديدة سبباً لعدم الصلاحية النسبية.

إذ نصت المادة 2/146 مرافعات على صيرورة القاضي غير صالح لنظر الدعوى وممنوعاً من سماعها ولو لم يردده أحد الخصوم إذا كان لزوجته خصومة قائمة مع أحد الخصوم في الدعوى أو مع زوجته في حين نصت المادة 1/148 مرافعات على أنه يجوز رد القاضي إذا جدت لزوجته خصومة مع أحد الخصوم أو لزوجته، بعد قيام الدعوى المطروحة على القاضي.

= حيث يقول: «فمثلاً النفس بطبيعتها تخاف وترجو وتحب وتكره... هكذا ركب في فرطتها وهاتان العاطفتان تلازمان الإنسان في حياته لا تنفصلان ولا تبتعدان إحداهما عن الأخرى: رجاء في رحمة الله تعالى وعظيم ثوابه، وخوفاً من غضب الله وأليم عذابه والاكتفاء بأحدهما يزلزل أركان العقيدة من أساسها» (ص 108).

(1) فعلاقة المصاهرة قد تكون مصدر ود عميق أو بغض شديد.

وواضح هنا أن ثلاثية: المودة والعداوة والمصلحة تسيطر على هاتين الحالتين. فالمودة مفترضة بين القاضي وزوجته والعداوة مفترضة بين زوجة القاضي وأحد الخصوم في الدعوى أو زوجته وقد ترد هذه العداوة إلى نفسية القاضي فيسعى إلى مناصرة الخصم الآخر بدون وجه حق.

وتشترك هاتان الحالتان في ضرورة وجود خصومة حقيقية مجسدة في صورة دعوى مرفوعة أمام القضاء. فلا يكفي لتحقيق معنى الخصومة في المنازعات أو الخلافات الفعلية، أو حتى اتخاذ الخطوات التمهيديّة لرفع دعوى أمام القضاء⁽¹⁾. كما لا يتحقق معنى الخصومة في شكوى مقدمة من الخصم ضد القاضي⁽²⁾ أو ضد زوجته - ويكون ذلك غالباً إذا كانت موظفة عامة - أو من زوجة الخصم ضد القاضي أو زوجته.

غير أن هاتين الحالتين تختلفان في توقيت الخصومة محل البحث - فبينما عدم الصلاحية المطلقة تتطلب أن تكون الخصومة قائمة وقت رفع الدعوى (م 147 / 2 مرافعات)، فإن عدم الصلاحية النسبية يتطلب وجود خصومة لاحقة على رفع الدعوى.

ولا شك أن وجود خصومة - قائمة أو لاحقة - أمر يثير الأحقاد، وتدفع إلى التشفي مما يخشى معه انحراف القاضي عن طريق العدالة⁽³⁾ وإن

(1) بخصوص معنى الخصومة المقصودة في المادة 2/146 راجع: الدكتور محمد عبد الخالق عمر - قانون المرافعات ص 253 وما بعدها.

وبخصوص معنى الخصومة المقصودة في المادة 2/147، راجع: المرجع السابق ص 262 وما بعدها.

(2) حكم استئناف مدني في 21 ديسمبر سنة 1909 - المجموعة الرسمية - السنة 11 رقم 31.

(3) ومعنا في ذلك: الأستاذ محمد العشماوي، والدكتور عبد الوهاب العشماوي - قواعد المرافعات - ج 2 - بند 902 ص 454.

حدث ذلك فإنه يعني انعكاس ذاتية القاضي على عمله القضائي (الموضوعي والمحايد)، وهذه الذاتية تتمثل في النظر إلى شخصيته من زاوية نظرة المجتمع إليه، باعتباره أحد مراكز القوة في المجتمع⁽¹⁾، التي تملك مصائر الأمور. فكيف لا ينتصر لزوجته من خصومها!!

ولا شك في أن انحراف القاضي عن العدالة بهذه الصورة يشكل إخلالاً صارخاً بالتزامه بالإخلاص للرابطة الوظيفية، ناهيك عن إخلاله بالتزامه بالإخلاص للرابطة الإجرائية المتعلقة بالدعوى محل البحث.

لذا تفادى المشرع ذلك وقرر عدم صلاحية القاضي لنظر مثل هذه الدعوى عند توفر الحالة محل البحث، مطلقاً، أو نسبياً بحسب الأحوال.

29 - القرابة والمصاهرة ورابطة الزوجية المنقضية:

علاقة القاضي بقريبه أو بصهره يمكن أن تكون مصدر مودة وثيقة، أو عداوة عميقة⁽²⁾. والمثل يقال بالنسبة لعلاقة القاضي بمطلقته، فقد تسفر رابطة الزوجية المنقضية عن روااسب مودة، أو بذور عداوة⁽³⁾.

(1) بخصوص اعتبار القاضي أحد مراكز القوة في المجتمع، راجع: س 83 من هذه الدراسة.

(2) بخصوص العاطفة نحو القريب أو الصهر، راجع: الأستاذ محمد العشماوي والدكتور عبد الوهاب العشماوي - المرجع السابق ج1 - بند 112 - ص 147.

(3) ولقد عبر البعض عن دواعي انفصام الرابطة الزوجية بقوله: «من ينظر إلى الشريعة الإسلامية يراها قد أحاطت عقد الزواج بكل أنواع البر والعطف حتى جعلته بيت السلام والرحمة ومكان الأنس والبهجة وعقد هذا شأنه لا تكتمل سعادته إلا إذا تيسرت فيه أسباب الخلاص والنجاة مما قد يعتريه من جفاء وخصام وتنافر وشقاق، لذا كان من تمام تلك المقاصد السامية والأغراض النبيلة تشريع الطلاق لأن الإنسان قد يخطئ في اختيار الزوجة وتخونه حواسه ومشاعره أجتاننا فيرى في حياته الزوجية جحيماً لا يطاق وشقاء لا يرجى إصلاحه فيطلب الحيلة للخلاص من هذا العيش المنكود والحظ العائر...».

وأياً كانت عاطفة القاضي نحو مطلّقة، فإنه - لا شك - يرتبط بولده منها بعاطفة مودة وحنان.

لذا قرر المشرع اجتماع ثالث: المودة والعداوة والمصلحة سبباً لعدم صلاحية القاضي مطلقاً أو نسبياً، بحسب ما إذا كانت المصلحة: مباشرة أو غير مباشرة.

30 - المصلحة المباشرة:

1 - قرر المشرع عدم صلاحية القاضي مطلقاً إذا كانت له صلة قرابة أو مصاهرة للدرجة الرابعة بوصي أحد الخصوم أو بالقيم عليه أو بأحد أعضاء مجلس إدارة الشركة المختصة أو بأحد مديريها وكان لهذا العضو أو المدير مصلحة شخصية في الدعوى.

وواضح هنا أن المصلحة الشخصية التي تعود على القريب أو الصهر (العضو أو المدير) هي مصلحة مباشرة الأمر الذي برر جعل عدم الصلاحية مطلقة.

وهذه المصلحة الشخصية قد تكون: قانونية، أو أدبية متمثلة في ألا يخسر العضو أو المدير الدعوى⁽¹⁾.

31 - المصلحة غير المباشرة:

كما قرر المشرع جواز رد القاضي إذا كان لمطلّقة التي له منها⁽²⁾

= الدكتور محمد مصطفى شحاته الحسيني - المرجع السابق - ص 87.

(1) راجع: الدكتور محمد عبد الخالق عمر - ص 255.

(2) ولئن كان اشتراط أن يكون للقاضي ولد منه - سواء أكان ابناً أو بنتاً - من مطلّقة -

يعبر عن استمرار الصلة بعد الطلاق بين القاضي ومطلّقة، إلا أن ذلك لا يدفعنا

لمسايرة البعض في القول بأن المنطق يتطلب «أن يكون هذا الولد على قيد الحياة،

لأنه إذا كان قد توفي، فإن الصلة بين القاضي ومطلّقة تعتبر منقطعة، ما لم يكن =

ولد لأحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب خصومة قائمة أمام القضاء مع أحد الخصوم في الدعوى أو مع زوجته.

وواضح هنا أن مطلقة القاضي أو قريبه أو صهره له «مصلحة غير مباشرة» في هزيمة أحد الخصوم في معركته القضائية المتمثلة في الدعوى المطروحة على القاضي، نظراً للعداوة التي بين هذا الخصم أو زوجته من جانب والمطلقة أو القريب أو الصهر من جانب آخر. لذلك كانت عدم الصلاحية نسبية.

ويشترط هنا أن تكون الخصومة حقيقية⁽¹⁾، وقائمة، فإن انقضت قبل رفع الدعوى فقدت صلاحيتها كسبب للرد⁽²⁾.

32 - الذاتية وثالوث المصلحة والعداوة والمحبة :

لا جدال في أن اجتماع العداوة والمحبة في علاقة القاضي بممثلي

= هذا الولد قد أنجب بدوره» (الدكتور محمد عبد الخالق عمر - ص 263). لأن هذا القول يطبق القانون بطريقة حساسية أو هندسية، تتنافى مع طبيعة أحكام عدم صلاحية القاضي - المطلقة أو النسبية - التي تركز على ما بين القاضي وغيره من عواطف إنسانية، وخصوصاً عاطفتي: المودة والعداوة، وهما عاطفتان قد لا يرتبطان بوجود ولد للقاضي على قيد الحياة، بل أن الولد المتوفى قد يكون له لدى القاضي مودة خاصة - ولا سيما وإن كان الابن الأكبر - أو مات في حاث مؤلم... إلخ. مما قد ينعكس على علاقة القاضي بمطلقة في شكل مودة أو محبة، مما قد يؤثر على نفسية القاضي في حكمه. ثم إن منطق هذا القول يدور حول أن المودة فقط هي التي تمنع القاضي من نظر الدعوى، وهو أمر محل نظر لأن المشرع اعتمد أيضاً على العداوة كسبب يمنع القاضي من نظر الدعوى، وهذه العداوة بين القاضي ومطلقة أمر غير مستبعد، كأثر من آثار الطلاق، بل أنها قد تقوى بعد وفاة الولد. الأمر الذي يخشى معه أن ينحاز القاضي إلى مصلحة خصم مطلقة نكاية فيها.

(1) لا يختلف معنى الخصومة الحقيقية هنا عما ذكرنا من قبل راجع ما سبق، ص 41 من هذه الدراسة.

(2) راجع الدكتور محمد عبد الخالق عمر - ص 263.

الخصوم (م 3/146 مرافعات) أو بخصوم أحد الخصوم (م 2/148 مرافعات) أمر قد يدفع القاضي إلى تحقيق مصلحة قريبه أو صهره أو مطلقة مجاملة لهم، تقديرًا للمودة التي بينه وبينهم.

كما قد يدفعه إلى العكس، أي إلى الحكم ضد مصلحتهم نكاية فيهم، وتأثراً بما بينه وبينهم من عداوة. وفي الحالتين يكون القاضي قد تأثر بذاتيته الخاصة، المتمثلة في النظر إلى شخصيته من وجهة نظر الجماعة إليه، باعتباره ذو سلطة يمكنه أن يحقق مصالحهم، أو يعمل ضدها. ولا مراء في أن هذا التأثير يجرّد القاضي من حيده، ويجعله ينحرف عن طريق العدالة. مما يشكل إخلالاً صارخاً بالتزامه بالإخلاص للرابطة الوظيفية والتزامه بالإخلاص للرابطة الإجرائية المتعلقة بالدعوى محل البحث.

لذا كان ضرورياً أن يمنع القاضي من نظر هذه الدعوى على النحو المتقدم ذكره.

33 - تلاقي المصلحة مع المودة أو العداوة:

لاحظ المشرع أن الحالات التي أوردتها لعدم الصلاحية المطلقة أو النسبية، قدة تغطي كل صور العداوة والمودة. لذا رأى أن يضع معياراً عاماً يستوعب الصور التي لا تدخل ضمن الصور التي ذكرها، الأمر الذي يخول المحاكم حرية واسعة في تقدير أسباب الرد المختلفة⁽¹⁾،⁽²⁾ مما يساعد على مواكبة القانون لمستجدات الحياة وظروف العصر.

وعليه يمكن رد القاضي لعداوة شخصية بينه وبين أحد الخصوم حتى

(1) راجع: الأستاذ محمد العشماوي والدكتور عبد الوهاب العشماوي، ج 2، بند 902 - ص 457.

(2) ولعدم وجود هذا السبب العام للرد في فرنسا اضطر المشرع الفرنسي لتعداد أسباب الرد في المادة 378 مرافعات على سبيل الحصر.



ولو لم تصل العداوة إلى درجة أن تكون خصومة حقيقية أمام القضاء، كما يمكن أن يكون سبباً للرد وجود مودة بين القاضي وأحد الخصوم ولو لم تنبثق هذه المودة من زوجية أو قرابة أو مصاهرة أو مؤاكلة⁽¹⁾، أو مساكنة أو غيرها من علاقات أوضحها المشرع لأسباب عدم الصلاحية المطلقة أو النسبية - ويشترط أن تكون العداوة أو المودة «شخصية»، إذ لا يكفي مجرد الاختلاف أو التوافق العام في الرأي⁽²⁾ الفكري أو السياسي⁽³⁾. كما يجب أن تكون المودة أو العداوة من القوة بحيث يستنبط منها عدم استطاعة القاضي أن يحكم بغير ميل أي أن يكون من شأنها أن تدفعه إلى القضاء بغير الحق⁽⁴⁾ مما يجرده من حياده⁽⁵⁾.

ولا شك في أن ذلك ينم عن تأثر القاضي بذاتيته الخاصة المتمثلة في النظر إلى شخصيته من زاوية وجهة نظر الجماعة إليه، متمثلة في الخصم الذي تربطه بالقاضي مودة أو عداوة والمجتمع المحيط بهذا الخصم، فقد تدفعه هذه الذاتية إلى أن يجمال هذا الخصم فيصدر حكماً لصالحه لما بينهما من مودة، أو أن ينتقم منه لما بينهما من عداوة فيصدر حكماً ضد مصلحته.

ولا مراء في أن ذلك يمثل إخلالاً صارخاً بالتزام القاضي بالإخلاص للرابطة الوظيفية، والتزامه بالإخلاص للرابطة الإجرائية المتصلة بالدعوى التي يكون مثل هذا الخصم طرفاً فيها.

(1) انظر: الأستاذ محمد العشماوي والدكتور عبد الوهاب العشماوي - ج 2 بند 902 ص 459.

(2) الدكتور وجدي راغب - مبادئ - ص 199.

(3) الدكتور فتحي والي - الوسيط - بند 106 ص 180.

(4) حكم استئناف (مدني) حصر 22 ديسمبر سنة 1931 م - مجلة المحاماة السنة 12 رقم 862 ص 426.

(5) الدكتور وجدي راغب - المرجع والموضوع السابقين.

34 - افتعال سبب لعدم صلاحية القاضي :

تجريد القاضي من صلاحيته لنظر الدعوى هو استثناء من أصل عام. لا يتعين اللجوء إليه إلا لموجب حقيقي وواقعي. وعليه فإن افتعال الخصم سبباً لعدم الصلاحية بغية الوصول إلى حجب القاضي عن نظر الدعوى، فإنه يتعين أن يُردَّ عليه قصده، وألاً يعتد بما افتعله من أسباب عدم الصلاحية، لذا نص المشرع على عدم الاعتداد بالخصومة الجديدة التي تنشأ بين القاضي أو زوجته وبين أحد الخصوم أو زوجته بعد قيام الدعوى المطروحة على القاضي إذا كانت هذه الخصومة قد أقيمت بقصد رده عن نظر الدعوى المطروحة عليه (م 1/148 مرافعات).

كما نص المشرع على عدم الاعتداد بالخصومة القائمة بين مطلقة القاضي التي له منها ولد، أو لأحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب وبين أحد الخصوم في الدعوى أو مع زوجته إذا كانت هذه الخصومة أقيمت بعد قيام الدعوى المطروحة على القاضي بقصد رده (المادة 2/148 مرافعات).

وجلي أن هذا الافتعال من جانب الخصم لا صلة له بتأثر القاضي بذاتيته، ولا صلة له بالتزام القاضي بالإخلاص للرابطة الوظيفية أو التزامه بالإخلاص لرابطة الإجرائية المتصلة بالخصوم محل البحث، لأن ذهن القاضي لم ينصرف إلى ما تقدم.

بل أننا نرى - أكثر من ذلك - إن كان هناك تأثير بالذاتية فهو من جانب الخصم الذي افتعل هذه الخصومة، فهو تأثر بمصالحه الشخصية وبضعفه الإنساني، فخلق سبباً من أسباب عدم الصلاحية بغية رد القاضي عن نظر الدعوى، الأمر الذي يمثل إخلالاً من الخصم بالتزامه بالإخلاص للرابطة الإجرائية المتصلة بهذه الدعوى.

المبحث الثاني

معينة الشخصية من زاوية «القيم التي هي أساس قراراتها» والمنع من ممارسة الإجراء الجنائي

35 - التعريف بالقيم :

القيمة بصفة عامة مجموعة الخصائص الثابتة التي يقدر بها الشيء، ويُرغب فيه من أجلها، ويتكون سلم القيم للأشياء من جهة تفاوتها فيما يقتضى لها التقدير أو ما يدفع إلى الرغبة فيها. وقد يكون ذلك ثابتاً للشيء في حد ذاته، أو بوصفه وسيلة لتحقيق معنى في غيره، والمسيحية أبرزت الدور الهام للتعاليم والوحي السماوي في الحكم على قيم الأشياء والأعمال؛ فتكبر بشعور ما يترتب عليها من ثواب. والإسلام أبرز ذلك في صورة واضحة، فخطاب الله تعالى هو الفيصل في الحكم على الحسن والقبیح، على المباح والمحرم، والحسن ما وافق الشرع واستوجب الثواب، أما القبیح فهو ما خالف الشرع ويترتب عليه العقاب في الآخرة. فأعمال الدنيا مقومة وفقاً لنتيجتها في الآخرة، وقيمة الأشياء مقومة تبعاً لما تحصله للإنسان من حسن الأفعال أو قبحها⁽¹⁾.

ولا شك في أن اعتقاد الإنسان في قيم معينة قد يؤثر في القرارات

(1) للمزيد راجع: الأستاذ محمد الفاضل بن عاشور - في معجم العلوم الاجتماعية - ص 473 وما بعدها كلمة «قيمة».

التي تصدر عنه، ولذا فإن المشرع قرر منع بعض الأشخاص من ممارسة الإجراء الجنائي في حالات قدر فيها أن اعتناقهم لقيم فاسدة قد يؤثر على الغاية من هذا الإجراء، مما يؤثر في طبيعته الحيادية أو خصيصه الموضوعية الواجب أن يتسم بها.

ومن ذلك على سبيل المثال - وليس الحصر - ما يلي:

36 - منع المحكوم عليه بعقوبة جنائية من الشهادة إلا على سبيل الاستدلال:

لا يثور من الشك أدناه حول أن صدور حكم بعقوبة جنائية على شخص ما، إنما ينم - في أغلب الأمور - على وجود اختلال في موازين القيم لدى هذا الشخص، الأمر الذي أوصله إلى تصادم عنيف مع القيم الأخلاقية، التي لا يتصور أن يتجرد منها مجتمع إنساني وهو تصادم وصل إلى حد العدوان على هذه القيم⁽¹⁾، مما دفع به إلى الوقوع تحت سيف العدالة، لاستيفاء حق الدولة في العقاب⁽²⁾.

(1) ويطلق جاروفالو: GAROFALO عن هذا العدوان اصطلاح «الجريمة الطبيعية» انظر: GAROFALO: Criminologie, 1ere partie, chap. I, Cite par vidal et Magnol, I, P. 74.

ومن أمثلة الجريمة الطبيعية القتل والسرقة والزنا... إلخ واصطلاح الجريمة الطبيعية يقابل اصطلاح «جريمة القانون الوضعي». «Délit de droit positif» أي تلك الجريمة التي يحلقها الشارع الوضعي تحقيقاً لسياسة معينة يستهدفها تنظيم المجتمع، وذلك مثل: جرائم الضرائب، والمروور، والتعد. وواضح من المقابلة بين الاصطلاحين أن مرتكبي الجريمة الطبيعية أشد عداء للمجتمع من مرتكبي جرائم القانون العام.

للمزيد، راجع: الدكتور محمود نجيب حسني - القسم العام - ط 1973م - بند 30 ص 44.

(2) حول موضوع حق الدولة في العقاب، راجع: الدكتور عبد الفتاح مصطفى الصيفي - حق الدولة في العقاب - نشأته وفلسفته، اقتضاؤه وانقضاؤه - رسالة دكتوراه مطبوعة - الطبعة الثانية - 1985م دار الهدى للطبوعات بالإسكندرية.

لذا كان طبيعياً أن تراعى جسامة الاعتداء على القيم المسندة إلى هذا الشخص، في الروابط القانونية التي يمكن أن يدخل فيها هذا الشخص مع المجتمع.

ومن صور هذه المراعاة ما قرره المشرع من حرمان المحكوم عليه بعقوبة جنائية من الشهادة أمام المحاكم مدة العقوبة إلا على سبيل الاستدلال (م 25 عقوبات).

فهذا الحرمان ينطوي على افتراض قانوني مؤداه أن المحكوم عليه بعقوبة جنائية يتصف بضعف في الضمير والقيم الاجتماعية⁽¹⁾.

ولا شك في نظرنا في أن الشهادة في هذه الحالة قد تتأثر - في معظم الأحوال - بهذه الصفة الذاتية للمحكوم عليه، والأمر لا يخلو من فرضين:

الأول: إن المحكوم عليه بعقوبة جنائية، هو في الحقيقة «بريء» تجمعت ضده الأدلة تلفيقاً أو مصادفة أو لأي سبب آخر، فمثل هذا الإنسان ينقم - في أغلب الأحوال - على المجتمع الذي وقف ضده «ظلماً»، مما جعله يتحين فرص الانتقام، والشهادة أمام القضاء قد تكون إحدى هذه الفرص، فتعكس غالباً - ذاتيته على هذه الشهادة، وتوجهها إما إلى إدانة بريء آخر، وإما إلى تبرئة جان انتقاماً من المجتمع، أو انحيازاً للمتهم وظروف وتشككاً في إدانة المجتمع له، فلعلها كتلك التي تربصت بالمحكوم عليه «الشاهد».

والفرض الثاني: وفيه يكون المحكوم عليه بعقوبة جنائية، مجرمًا حقيقياً، فماذا نتظر من مثله؟ فهو إما أن يتعاطف مع جان مثله، فيشهد لمصلحته بغض النظر عن الحقيقة الواقعية، وإما أن ينتقم من متهم لمجرد عدم التوافق بينهما في نظرتهما للقيم الاجتماعية، أو لأي سبب آخر، للأمر

الذي يصبغ شهادته بذاتيته، مما يسرب الشك فيها وفي قيمتها في الإثبات، وفي احترامه للإخلاص للرابطة الإجرائية المتصلة بهذه الشهادة. صحيح أنه ليس كل محكوم عليه بعقوبة جنائية يمكن أن ينزلق إلى انعكاس ذاتيته على شهادته، فيشهد بالحق، إلا أن هذا التصور نادراً - في نظرنا - ما يحدث، والأمر النادر لا تبني عليه أحكام قانونية، ويبقى - من ثم - للافتراض القانوني - المشار إليه - قيمته في التهوين من قيمة شهادة المحكوم عليه بعقوبة جنائية.

لذا، فإنه يتعين منع المحكوم عليه بعقوبة جنائية من ممارسة الإجراءات المتعلقة بأداء الشهادة كلما أمكن ذلك، وإن كانت ثمة ضرورة لسماع أقواله، فهي تكون بلا حلف يمين على أن يؤخذ في الحسبان احتمالية انعكاس ذاتية الشاهد على شهادته.

37 - المصلحة بوصفها مانعاً من ممارسة الإجراء :

بين المصلحة والأعمال الإجرائية روابط وشيجة فالمصلحة هي المبرر الرئيسي - إن لم يكن الوحيد - لطلب الحماية القضائية، فإن افتقدت المصلحة، افتقدت الحاجة إلى هذه الحماية⁽¹⁾. الأمر الذي يمكن معه القول بأن المصلحة والحماية القضائية يرتبطان وجوداً وعدماً واستمراراً. فالقضاء بحسبانه سلطة - من سلطات الدولة لا يمارس وظيفته في الحماية القضائية إلا إذا وجدت الحاجة إلى تلك الحماية⁽²⁾، وباستمرار وجود هذه الحاجة تستمر هذه الحماية، وبانتفائها تنتفي⁽³⁾.

(1) ولقد صاغ قانون المرافعات ذلك في المادة 3 منه بقوله: «لا يقبل أي طلب أو دفع لا تكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقرها القانون...»

(2) راجع رسالتنا للدكتوراه - بند 147، ص 155 وما بعدها.

(3) حول موضوع المصلحة في الدعوى، راجع: الدكتور عبد المنعم أحمد الشرقاوي - نظرية المصلحة في الدعوى - الطبعة الأولى 1366هـ/1947م رسالة دكتوراه - مطبوعة مكتبة عبدالله وهبة.

ولا يقف دور المصلحة في الأعمال الإجرائية عند هذا الحد، فإنها تعد مؤشراً أيضاً «لحيدة» بعض الأعمال الإجرائية التي تحتاج لهذه الصفة. فإن وجدت المصلحة انتفت الحيدة في الإجراء والعكس صحيح. فالعلاقة بين المصلحة والإجراء هنا علاقة طردية، فوجود أحدهما يطرد الأخرى.

38 - المصلحة وحياد القاضي:

وأوضح الصور على الإجراءات المتطلب فيها الحيادة، تلك التي تصدر عن القاضي.

فالمفهوم الأول لفكرة القاضي يتمثل في كونه حكماً arbitre محايداً بين الطرفين المتنازعين⁽¹⁾. والحياد يعني تجريد القاضي مما يشوب النفس الإنسانية من عيوب قد تؤدي إلى الابتعاد عن الغاية المنشودة من وظيفته ألا وهي العدل⁽²⁾. أي تجريد القاضي من ذاتيته حتى يصدر حكماً موضوعياً في النزاع المطروح عليه.

وعليه، فإن الالتزام القاضي بالإخلاص لوظيفته والتزامه بالإخلاص للرابطة الإجرائية المتصلة بالدعوى المنظورة أمامه يفرضان عليه ألا تكون له مصلحة في النزاع المطروح عليه، فإن وجدت مصلحة له أو لشخص يهمه تعين حجه عن النزاع.

لذا كان المشرع الإجرائي مصيباً عندما قرر عدم صلاحية القاضي لنظر الدعوى ومنعه من سماعها ولو لم يرده أحد الخصوم إذا كان له أو لزوجته أو لأحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب أو لمن يكون هو وكيلاً عنه أو وصياً أو قيماً عليه، مصلحة في الدعوى القائمة (المادة 4/46 مرافعات).

(1) راجع: الدكتور عبد المنعم عبد الرحيم العوضي - قاعدة تفيد المحكمة الجنائية بالاتهام رسالة دكتوراه مطبوعة - 1973 - ص 89.

(2) الرسالة السابقة ص 91.

39 - المصلحة وحياد النيابة العامة :

النيابة العامة تقوم بوظيفة «موضوعية». فالنيابة العامة لا تعرف كسب الدعوى الجنائية أو خسارتها، وإنما تعرف واجبها، فهي ليست آلة للاتهام «Une Machine Accuset»⁽¹⁾. بل هي حارس للمصالح العامة والقاضي للتطبيق السليم للقوانين⁽²⁾، ولا تنصرف مهمتها إلى البحث عن تحقيق الإدانة، وإنما تتحدد في الوصول إلى الحقيقة وحسن إدارة العدالة⁽³⁾،⁽⁴⁾.

فالنيابة العامة ليست خصماً حقيقاً، فلا تقف موقف الندية مع

(1) راجع : GRAVEN «Jean»: Organisation et fonction du ministère public en suisse Rev. Sc. crim., 1964, pp.71 et S.

(2) ولذا تجيز محكمة النقض للنيابة العامة الطعن لصالح التطبيق السلم للقانون، إذا تقول: «من المقرر أن النيابة العامة - وهي تمثل الصالح العام وتسعى إلى تحقيق موجبات القانون من جهة الدعوى العمومية - هي خصم عادل تختص بمركز قانوني خاص يجيز لها أن تطعن في الحكم ولئن لم يكن لها كسلطة اتهام مصلحة خاصة في الطعن بل كانت المصلحة هي للمحكوم عليها. ولما كانت مصلحة المجتمع تقتضي أن تكون الإجراءات في كل مراحل الدعوى صحيحة وأن تبني الأحكام فيها على تطبيق قانوني صحيح خال مما يشوبه من أسباب الخطأ والبطلان فإن مصلحة النيابة العامة في هذا الطعن تكون قائمة 30 مايو سنة 1983 م - س 34 رقم 140 ص 695.

(3) راجع : GRAVEN; op.Cit., pp.70 et S. Real Saurez (Antonio) et Miguel Garcilopez (Adolfo): Le ministère public en Espagne, Rev. int. de D.P. No. 3 et 4, 1963.

وأيضاً:

الدكتور محمد عيد الغريب - المركز القانوني للنيابة العامة - دراسة مقارنة رسالة دكتوراه مطبوعة - دار الفكر العربي بالقاهرة - بند 173 - ص 325 وما بعدها.

(4) للمزيد، راجع:

Real Sautez (A) et Miguel Garilopez(A): Rapport cit., pp.77 et S.

المتهم، وإنما تقدم له العون والمساعدة من خلال مراعاتها وتقديرها لكل الظروف حتى ولو كانت من مصلحة المتهم، ومن واجبها إحاطة المتهم بكافة حقوقه والطعون التي يمكنه ممارستها، كما أن للنيابة العامة أن تطلب الحكم ببراءة المتهم متى انهارت أدلة الاتهام في الجلسة⁽¹⁾ كما أن للنيابة العامة الطعن لمصلحة المتهم⁽²⁾.

ولا شك أن هذه الوظيفة الموضوعية والمحايدة للنيابة العامة، تتنافر مع وجود مصلحة خاصة لعضو النيابة في التحقيقات أو الدعوى الجنائية التي يمثل فيها النيابة العامة أمام القضاء.

(1) وفي هذا الصدد تقول محكمة النقض: «إن من المبادئ المتفق عليها أن المصلحة أساس الدعوى، فإذا انعدت فلا دعوى. وعليه فالنيابة العامة والمحكوم عليه والمدعى المدني لا يقبل من أيهم الطعن بطريق النقض ما لم يكن له مصلحة حقيقية في نقض الحكم المطعون فيه.

غير أن هذه القاعدة على إطلاقها لا تسري على النيابة العامة، فإن لها مركزاً خاصاً. فهي تمثل المصالح العامة. وتسعى في تحقيق موجبات القانون من جهة الدعوى العمومية. لذلك كان لها أن تطعن بطريق النقض في الأحكام، وإن لم يكن لها - كسلطة اتهام - مصلحة خاصة في الطعن، بل كانت المصلحة هي للمحكوم عليهم من المتهمين، بحيث إذا لم يكن لها كسلطة اتهام ولا للمحكوم عليهم من المتهمين أية مصلحة في الطعن، فطعنها لا يقبل عملاً بذلك المبدأ العام «نقض 19 يونيو سنة 1933م مجموعة القواعد القانونية ج3 رقم 141 ص 194.

وانظر أيضاً: نقض أول فبراير سنة 1970 مجموعة أحكام النقض س 21 رقم 246 ص 1037، 13 ديسمبر سنة 1970 س 21 رقم 292 ص 1207، أول يناير سنة 1973 س 24 رقم 6 ص 23، 14 فبراير سنة 1977م س 28 رقم 57 ص 261، 18 أبريل سنة 1983م - س 34 رقم 111 ص 569. المجموعة الرسمية س 5 ص 187، 18 أبريل سنة 1983م س 34، 569، 2 يناير سنة 1985م س 36 ص 695.

(2) حول هذا الموضوع، راجع: الدكتور رؤوف عبيد - المشكلات العملية الهامة في الإجراءات الجنائية - الجزء الثاني - طبعة ثالثة - 1980 - دار الفكر العربي بالقاهرة - ص 73 وما بعدها.

فذا تية عضو النيابة إذا انعكست على عمل من أعمال وظيفته لزم حجه عن هذا العمل . وهذه الذاتية ليست بالأمر المستبعد . فعضو النيابة إنسان معرض للحقد والتعدي وسوء النية والقراة والصداقة والمصاهرة ، ويقبل من ثم أن تتوفر فيه أسباب الميل أو التعدي⁽¹⁾ للحب والكره ، للمودة والعداوة ، فإن انعكس ذلك على عمل من أعمال الوظيفة المسندة لعضو النيابة فإننا نكون إزاء انتهاك للالتزام بالإخلاص للرابطة الوظيفية ، فضلاً عن انتهاك التزامه بالإخلاص للرابطة الإجرائية التي تنشأ بمناسبة اتخاذ عضو النيابة الإجراءات محل البحث .

لذلك نأمل أن يعدل المشرع الإجرائي موقفه المنحاز إلى عدم رد أعضاء النيابة العامة (م 3/148 أ.ج) في الدعوى الجنائية⁽²⁾،⁽³⁾، هو

- (1) راجع : الدكتور محمد زكي أبو عامر - الإجراءات - بند 140 ص 267 .
 - (2) وتطبيقاً لذلك قضى بأن «أعضاء النيابة العامة في حضورهم جلسات المحاكمات الجنائية ليسوا خاضعين كالقضاة لأحكام الرد والتنحي لأنهم في موقفهم وهم يمثلون سلطة الاتهام في الدعوى لا شأن لهم بالحكم فيها بل هم بمثابة الخصم فقط . فالتنحي غير واجب عليهم والرد غير جائز في حقهم » نقض 8 فبراير سنة 1966 - مجموعة أحكام النقض - س 17 رقم 20 ص 112 وانظر أيضاً: نقض 16 أبريل سنة 1931 م - مجموعة القواعد العامة - ج 2 رقم 235 ص 287 ، ورقم 236 ص 288 ، 4 ديسمبر سنة 1939 م ج 5 رقم 23 ص 29 .
 - (3) ويقال تبريراً لذلك أن النيابة العامة لا تكون عندئذ خصماً لأحد الطرفين في الدعوى المدنية ، وإنما تنحصر مهمتها في إبداء رأيها بطريقة محايدة بعيداً عن مواطن الشبهة وعليه فإنه يجوز رد عضو النيابة إذا خيف من تأثر رأيه بالحافز الشخصي . الدكتور رؤوف عبيد - مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري - الطبعة السابعة عشر - 1989م - دار الجيل للطباعة بالقاهرة ص 68 .
- وفي اعتقادنا أن هذه الحيدة لا تتجرد منها النيابة العامة أمام القضاء الجنائي ، فهي ليست خصماً بالمعنى الفني الدقيق لكلمة خصم ، وإنما هي خصم شكلي ، يهيم تطبيق القانون على وجهه الصحيح ، وإدانة المدان وتبرئة البريء ، على النحو المشار إليه بالمتن .

موقف مغاير لما قرره المشرع من جواز ردها في الدعوى المدنية عندما تكون خصماً منضماً. (م 163 مرافعات مصري، وتقابلها المادة 2/669 أ.ج فرنسي)⁽¹⁾.

(1) ويصادف عدم رد أعضاء النيابة انتقاداً عنيفاً من جانب أغلب الفقه، راجع على سبيل المثال:

- الدكتور محمد مصطفى القللي - أصول الجنايات - طبعة 1945 م - ص 34.

- الدكتور محمود محمود مصطفى - شرح قانون الإجراءات الجنائية - ط 12 - 1988 - دار النهضة العربية بالقاهرة رقم 47 ص 73.

- الدكتور محمود نجيب حسني - الإجراءات ؛ بند 86 ص 93.

- الدكتور أحمد فتحي سرور - الإجراءات - ج 1 بند 98 ص 211.

- الدكتور فوزية عبد الستار - شرح قانون الإجراءات الجنائية - دار النهضة العربية 1986 م، بند 52 ص 70.

- الدكتور محمد زكي أبو عامر - الاجراءات الجنائية - بند 240 - ص 367.

وفي الفقه الفرنسي، راجع: Garraud, I, No. 92, P. 195. F. Hèlie, II, No.

.593

ويلاحظ أن بعض الفقه، يفضل رد النيابة العامة عندما تكون سلطة اتهام أو سلطة تحقيق أو خصماً منضماً، أما إذا كانت خصماً أصلياً - كما هو الحال في الدعوى الجنائية - فانه لا يجوز ردها. الأستاذ أحمد نشأت - شرح قانون تحقيق الجنايات - الجزء الأول - بند 377 ص 290 وما بعدها.

ومع احترامي الشديد لهذا الرأي إلا أننا نلاحظ عليه: أنه يطبق القانون بطريقة هندسية، أو حسابية، وهو أمر لا نوافق عليه، فالنيابة العامة تؤدي وظيفة عامة تحقيقاً لصالح عام، وتتمثل في المساهمة في تحقيق العدالة، أي كانت السلطة التي تمارسها - أي سواء أكانت سلطة تحقيق أو اتهام أو الدفاع عن المجتمع أمام القضاء - وتمارس النيابة العامة أعمالها - جميعها - بواسطة أعضائها الذين هم في النهاية بشر، معرضون لانعكاس مصالحهم الشخصية على أعمالهم - نتيجة الضعف الإنساني - ففي هذه الحالة لا مانع - منطقياً - من ردهم حتى ينأى بأعمالهم التي تغيا غاية موضوعية عن أن تتأثر بذاتيتهم وضعفهم البشري.

الدكتورة آمال عبد الرحيم عثمان - شرح قانون الإجراءات الجنائية 1989 -

بند 328 - ص 369.

والمشرع المصري يشايح في ذلك الموقف الذي يجري عليه العمل في فرنسا القائل بأن «الخصم لا يرد وأن الأعمال النيابة خاضعة لمطلق تقدير القضاء»⁽¹⁾.

40 - المصلحة وحيدة مأموري الضبط القضائي :

يختص مأمورو الضبط القضائي بصفة «أصلية» بجمع الاستدلالات وبصفة «استثنائية» بجانب من إجراءات التحقيق الابتدائي⁽²⁾.

وتنبع أهمية هذه الاختصاصات الأصلية والاستثنائية - من كونها تخول مأمورو الضبط القضائي ممارسة إجراءات تشكل في ذاتها ونتائجها الخيوط الأولى في نسج الدعوى الجنائية⁽³⁾.

صحيح أن الكلمة الأخيرة في هذه الإجراءات ليست لمأموري الضبط القضائي، وإنما هي للمحكمة إن تم تحريك الدعوى الجنائية أمامها، كما أن للنيابة العامة دوراً رقائياً وإشرافياً على الإجراءات المذكورة.

غير أن ذلك لا يغني عن أن المناداة بجواز رد مأموري الضبط القضائي إذا انعكست ذاتيتهم على أعمالهم، أي إذا تأثرت الإجراءات التي يتخذونها بمصالحهم الشخصية وبضعفهم الإنساني، فقد تدفعهم رابطة المودة بينهم وبين ذويهم أو أصدقائهم إلى اتخاذ إجراءات ضد أبرياء «مجاملة» لهؤلاء أو أولئك، وقد تدفعهم الكراهية إلى تليفيق الاتهامات ضد أبرياء.

(1) راجع : Gaston Stefani et Georges Levasseur: Procédure pénal, dixième édition,

. 1977, P. 97 et S.

(2) راجع على سبيل المثال، المواد: 47، 49، 50، 53، 55، أ. ج.

(3) انظر: رسالتنا للدكتوراه بند 261 ص 253.

ولا شك أن انعكاس ذاتية مأموري الضبط القضائي على ما يصدر عنهم من أعمال، إنما يمثل انتهاكاً لالتزامهم بالإخلاص للرابطة الوظيفية؛ فضلاً عن انتهاك التزامهم بالإخلاص للرابطة الإجرائية التي تنشأ بمناسبة الإجراءات التي تصدر عنهم. لذا نهيب بالمشرع المصري بأن يعيد النظر في عدم إجازته رد مأموري الضبط القضائي - من غير رجال النيابة -⁽¹⁾،⁽²⁾ ولا مانع من أن يتأسى المشرع المصري في ذلك بنظيره الفرنسي الذي يجيز ردهم لأسباب معينة في أحوال خاصة⁽³⁾.

41 - الذاتية وحيدة الشاهد:

الشهادة هي ما يقرره الإنسان - بصدق - بخصوص واقعة أدركها بحاسة من حواسه أمام جهة قضائية وفقاً للإجراءات المقررة قانوناً لذلك⁽⁴⁾،⁽⁵⁾.

- (1) راجع: المادة 2/48 أ. ج التي تقرّر: «ولا يجوز رد أعضاء النيابة العامة ولا مأموري الضبط القضائي» وبرزت ذلك المذكرة الإيضاحية بأن ما يجرونه في الدعوى لا يعتبر حكماً فيها» وهو تبرير مردود عليه على النحو المشار إليه بالمتن.
- (2) ومن أنصاره إجازة مأموري الضبط القضائي، الدكتور رؤوف عبيد - الإجراءات - ص 302 - الدكتور أهمل عثمان - الإجراءات - بند 36 ص 133 وما بعدها.
- (3) انظر: F. Hélie: III, No. 1290.

(4) راجع: للمؤلف - استجواب الشهود في المسائل الجنائية بين الاعتبارات الإنسانية ومقتضيات العدالة - بحث منشور بمجلة المحاماة - ع 9، 10 - ص 66 - نوفمبر وديسمبر 1986 م - بند 5 ص 51.

- (5) ويلاحظ أن محكمة النقض عرفت الشهادة ذات مرة بقولها بأن: «الشهادة قانوناً تقوم على أخبار شفوي يدلي به شاهد في مجلس القضاء بعد يمين يؤديها على الوجه الصحيح» حكم 6 يناير سنة 1964 م مجموعة أحكام محكمة النقض - س 15 رقم 1 ص 1. ثم عرفت الشهادة في مرة أخرى بأن: «الشهادة في الأصل هي تقرير شخص لما يكون قد رآه أو سمعه بنفسه أو أدركه على وجه العموم بحواسه» حكم 15 يونية 1964 م - س 15 رقم 98 ص 493. وهذان التعريفان - حسبما نرى - يكملان أحدهما الآخر بحسبان أن الشهادة تجمع بين: الإخبار =

ولئن كانت الشهادة في المسائل المدنية تعتبر دليلاً استثنائياً بالمقابل للكتابة التي تعتبر دليلاً عادياً، فإن مكانة الشهادة في المسائل الجنائية تحتل أهمية متميزة؛ فالشهادة هي الدليل العادي للإثبات في هذه المسائل⁽¹⁾.

ولا شك أن التزام الشاهد بالإخلاص للرابطة الإجرائية يفرض عليه أن يتجرد من ذاتيته الخاصة حتى تأتي الشهادة محايدة، تقرر الحقيقة التي أدركها الشاهد الحقيقية⁽²⁾ كلها لا جزء منها⁽³⁾.

والعوامل الذاتية التي تمنع الشخص من الوفاء بالتزامه بالإخلاص للرابطة الإجرائية المتصلة بالشهادة: إما أن تنصرف إلى مركزه في الرابطة الإجرائية المذكورة، وإما أن تتصل بظروفه الشخصية.

ونقصد بالعوامل الذاتية المنصرفة إلى المركز القانوني المشار إليه، أن تتوفر للشاهد صفة أخرى في الرابطة الإجرائية المتصلة بالشهادة، بحيث يستحيل الجمع بينهما في آن واحد.

ومن ذلك: الجمع بين صفة الشاهد وأي صفة من الصفات الآتية:

= الشفوي في مجلس القضاء بعد أداء اليمين (كما يقول الحكم الأول) فضلاً عن أن هذا الإخبار يتعلق بما أدركه الشاهد بحاسة من حواسه (كما يوضح الحكم الثاني).
(1) ومعنا في ذلك: الدكتور محمد مصطفى القللي - أصول تحقيق الجنايات - ص 362. الدكتور رؤوف عبيد - الإجراءات - ص 455 حيث يبرر ذلك بأن الإثبات الجنائي: «ينصب في المعتاد على حوادث عابرة تقع فجأة فلا يسبقها تراضي أو اتفاق، حين أن الثاني (أي الإثبات المدني) ينصب عادة على إثبات واقعة تقابل الإيجاب مع القبول بين أطراف العقد، وهي واقعة معدة ومرتبة مقدماً، وفي اعتقادي أن هذا التبرير يصدق حيث يكون الإثبات المدني متعلقاً بعقد، غير أن المسائل المدنية لا تقف عند حد العقود فحسب، فمصادر الالتزام متعددة، والعقد ليس سوى أحد هذه المصادر.

(2) الحقيقة لغة هي: الشيء الثابت يقيناً، وحقيقة الشيء خالصة وكنهه، وحقيقة الأمر يقين شأنه. راجع: المعجم الوسيط - ج 1 ص 195 كلمة «حق».

(3) ومعنا في ذلك: الدكتورة فوزية عبد الستار - الإجراءات - بند 481 ص 544.

- صفة القاضي المشترك في نظر الدعوى (م 247 أ.ج).
- صفة عضو النيابة العامة المكمل لتشكيل المحكمة⁽¹⁾.
- صفة كاتب الجلسة المكمل لتشكيل المحكمة.

ولست بحاجة إلى إيضاح أن هذا الجمع يخشى منه تأثير كل من القاضي وعضو النيابة العامة وكاتب الجلسة في أعمالهم بما أدلوا به من شهادة أو أن تتأثر حيده الشهادة بدورهم الإجرائي في الرابطة الإجرائية التي تتصل بها هذه الشهادة.

الأمر الذي يصطدم مع التزامهم بالإخلاص للرابطة الوظيفية أو مع التزامهم بالإخلاص للرابطة الإجرائية المذكورة.

لذا لزم منع هؤلاء من ممارسة إجراءات الشهادة.

وجلي من ذلك أن عدم الصلاحية لأداء الشهادة يتمثل في تفادي الإخلال بالالتزام بالإخلاص للرابطة الوظيفية أو بالالتزام للرابطة الإجرائية المتصلة بهذه الشهادة، وعليه فإنه متى كان أداء الشهادة لا يمس هذا الالتزام أو ذاك، فإنه يجوز أدائها، وذلك مثل سماع شهادة مأمور الضبط القضائي وعضو النيابة وقاضي التحقيق في الدعاوى التي قاموا بممارسة أعمال إجرائية فيها⁽²⁾.

(1) ويلاحظ أستاذنا الدكتور أحمد فتحي سرور يذهب إلى أنه «إذا رأت المحكمة سماع شهادة عضو النيابة أو كاتب الجلسة الممثلين في تشكيل المحكمة تعين في هذه الحالة استبدالهما بغيرهما وإلا كانت الشهادة باطلة» (الإجراءات ج 1 - ص 379). ولا يسعنا سوى تأييد هذا الرأي، شريطة أن يكون الاستبدال نهائياً أي أن يكون بصفة نهائية، وليس مؤقتاً بتأقبت أداء الشهادة، حتى نرفع الحرج عن عضو النيابة أو كاتب الجلسة، ونمنع احتمالية الإخلال بإخلاصهما للرابطة الوظيفية والرابطة الإجرائية المتعلقة بالشهادة محل البحث.

(2) انظر:

نقض 15 نوفمبر سنة 1928 م مجموعة القواعد القانونية - ج 1 - رقم 10 =

42 - المجني عليه والمدعى المدني والشهادة:

ولكن هل صفة المجني عليه أو صفة المدعى المدني تتعارضان مع صفة الشاهد؟

الإجابة عندنا بالإيجاب لأن لكل من المجني عليه والمدعى المدني مصلحة في أن يصدر الحكم على وجه معين، وهذه الذاتية الخاصة بهما قد تنعكس على شهادتهما مما يؤثر في حيديتها، الأمر الذي كان يلزم معه منعهما بين ممارسة إجراءات الشهادة، لشبهة عدم احترامهما للالتزام بالإخلاص لها.

إذا كان ذلك هو ما يفرضه المنطق القانوني، إلا أن الواقع قد يدفع إلى الالتجاء لشهادة المجني عليه أو المدعى المدني، فالمجني عليه قد يكون أهم شاهد في الواقعة الجنائية⁽¹⁾، والضرورة الإجرائية تفرض جواز أن يجمع الشخص بين صفتي المجني عليه والشاهد، على أن يراعى عند تقدير الشهادة احتمالية عدم الإخلاص للرابطة الإجرائية المتصلة بها للتناقض بين هاتين الصفتين.

ويبدو أن المشرع فطن إلى التناقض بين صفتي الشاهد والمدعى المدني، فحرص على النص صراحة على الجمع بين هاتين الصفتين، حيث تقول المادة 288 أ.ج: «يسمع المدعي بالحقوق المدنية كشاهد ويحلف

= ص 18، 9 يناير سنة 1961 م مجموعة أحكام النقض س 12 رقم 7 ص 58،
نقض 5 مارس سنة 1972 م س 23 رقم 68 ص 691.

(1) ويرز أستاذنا الدكتور محمود نجيب حسني - جواز أن يكون المجني عليه شاهداً بأنه «ليس خصماً للمتهم، ولس طرفاً في الدعوى الجنائية، وقد يكون أهم شاهد فيها». (الإجراءات - بند 487 - ص 447).

ومع تقديري البالغ لهذا الرأي إلا أن هذا التبرير لا ينفي التعارض بين صفتي المجني عليه والشاهد، على النحو المشار إليه بالمتن.

اليمين»⁽¹⁾ مخالفاً بذلك خطة المشرع الفرنسي، الذي نص صراحة على عدم جواز سماع أقوال المدعى المدني بعد حلف اليمين (م 335 أ.ج).

فهذا التناقض يحتمل عدم احترام المدعى المدني لالتزامه بالإخلاص للشهادة، تأثراً بذاتيته الخاصة، التي تتبلور في كونه صاحب مصلحة في أن يصدر الحكم لصالحه.

غير أننا لا نملك إزاء الضرورة الإجرائية التي تفرض سماع أقواله، والتي دعمت بنص قانون صريح، (م 288 أ.ج مصري) إلا أننا نحذر من احتمالية عدم احترام المدعي المدني لالتزامه بالإخلاص المشار إليه، وضرورة أن توزن شهادته على ضوء ذلك.

43 - الظروف الشخصية المؤثرة في الشهادة:

نقصد بالظروف⁽²⁾ الشخصية⁽³⁾ المؤثرة في الشهادة، كل ما يتصل بشخص الشاهد من صفات أو أحوال ذات أثر على تحمله الشهادة أو أدائه لها.

(1) ولقد استشرع المشرع التناقض بين صفتي المجنى عليه والمدعي المدني من جانب وصفة الشاهد من جانب آخر فبرر جواز سماع شهادتهما بقوله: «لا داعي للترفة بين المجنى عليه الذي لم يدع مدنياً والذي يحلف اليمين، وبين المجنى عليه الذي ادعى مدنياً، وأنه «ما دام أنه يسمع كشاهد، وأن شهادته يجوز الأخذ بها وبناء الحكم عليها، فيجب إحاطتها بكل الضمانات التي تضمن صحتها، وأولها اليمين ليكون معرضاً للحكم عليه بشهادة الزور إذا قرر غير الصدق، ولا محل للقول بأن مصلحته تتعارض مع تعريضه للعقاب لأن هذه المصلحة ليست سبباً لرده عن الشهادة، وكل شاهد يجب أن يحلف اليمين، والمجنى عليه وهو أول شخص له مصلحة، ومع ذلك فإنه يحلف اليمين» (تقرير لجنة الشؤون التشريعية بمجلس الشيوخ عن المادة 288 أ.ج).

(2) الظرف لغة الوعاء، وأيضاً كل ما يستقر غيره فيه. راجع المعجم الوسيط - ج 2 ص 596 كلمة (ظرف).

(3) الشخصية لغة تعني الصفات التي تميز الشخص من غيره. انظر: المعجم الوسيط - ج 1 - ص 494 كلمة شخص.

وعليه يمكننا أن نوزع هذه الظروف إلى قسمين:

الأول الظروف المتعلقة بتحمل الشهادة: والثاني الظروف المتصلة أداء الشهادة. وسنلقي الضوء على ذلك فيما يلي:

44 - أولاً: الظروف المتعلقة بتحمل الشهادة:

من أوضح الأمثلة على هذه الظروف أن يكون الشاهد فاقداً للحاسة التي يمكنه أن يدرك بها الواقعة محل الشهادة، فالأهم لا يكون شاهد سمع، والأعمى لا يكون شاهد رؤية وغنى عن الإيضاح أنه ليس ضرورياً أن توجد هذه الحاسة وقت أداء الشهادة طالما توفرت وقت تحملها⁽¹⁾،⁽²⁾.

ولا شك في أن ذاتية مثل هذا الشاهد تحول بينه وبين ممارسة إجراءات أداء الشهادة، حيث إنه من المستحيل أن نكلفه باحترام الالتزام بالإخلاص للرابطة الإجرائية المتصلة بالشهادة، طالما أن الطبيعة حالت بينه وبين تحمله بالشهادة. وبمعنى آخر أن مثل هذا الشخص لم يدرك الواقعة

(1) في هذا المعنى: الأستاذ علي زكي العرابي - ج 1 - رقم 961 ص 543.

(2) وعليه فإن فقدان الشخص لحاسة أخرى غير تلك التي أدرك بها الشهادة لا يحرمه من تحمل الشهادة وأدائها، إذ تتوفر الأهلية لتحمل الشهادة وأدائها في شاهد الرؤية ولو كان أصماً أو أبكم، وفي شاهد السمع ولو كان أعمى أو أبكم، ويلاحظ أن الشاهد إلا بكم يمكنه التعبير بالكتابة أو بالإشارة عما رآه أو سمعه.

Garraud:

راجع:

T. II, No. 420, P. 123. ets.

ولذا نص القانون المصري على أنه:

«من لا قدرة له على الكلام يؤدي الشهادة إذا أمكن أن يبين مراده بالكتابة أو بالإشارة» (م 83 لإثبات) ففي جميع هذه الأحوال ذاتية الشاهد - الخاصة بفقدانه حاسة من حواسه - كانت خاملة عن منع الشاهد من تحمله بالشهادة، الأمر الذي يصح معه تحمله بالالتزام بالإخلاص للرابطة الإجرائية المتصلة بهذه الشهادة.

محل الشهادة لفقدانه الحاسة التي تتكفل بذلك، ومن ثم فإنه غير مطالب بأداء شيء، هو خالي الذهن عنه.

45 - ثانياً: الظروف المتعلقة بأداء الشهادة:

تجمل هذه الظروف في وجود صفة أو حالة للشاهد ذاته، تمنع من احترامه لالتزامه بالإخلاص للرابطة الإجرائية المتصلة بالشهادة.

وهذه الظروف بعضها يتعلق بسن الشاهد، وبعضها يتصل بمرضه.

46 - الظروف المتعلقة بسن الشاهد:

يعتد القانون - كقاعدة عامة - بالسن المعتدل - إن صح التعبير - للإنسان كمؤشر على قدرته على التمييز، من ثم على قدرته على تحمل الشهادة وأدائها وعليه فإن من لا يدخل في دائرة هذا السن المعتدل، يرجح معه عدم القدرة على تحمل الشهادة، أو عدم القدرة على أدائها وبه فإن الأحداث والشيخ الهرم هما في سن يرجح معه عدم قدرتهما على التمييز، كلياً أو جزئياً.

47 - الأحداث:

وتجمل خطة المشرع المصري بالنسبة للحدث أنه تدرج معه بحسب تدرج سنه. فمن هو أقل من سبع سنوات عديم التمييز يحجب عن ممارسة إجراءات الشهادة.

- أما الحدث ما بين سن السابعة والرابعة عشرة تكون قدرته على التمييز ناقصة، لذا فإنه لا يحجب كلية عن أداء الشهادة وإنما يجوز سماع شهادته بدون يمين على سبيل الاستدلال. (م 283 أ.ج).

وتختلف خطة المشرع الفرنسي عن ذلك، حيث وضع كل الأحداث دون سن السادسة عشرة في بوتقة واحدة، فقرر عدم سماع أقوالهم ولو

حلفوا اليمين إلا على سبيل الاستدلال⁽¹⁾.

وأياً كان الأمر، فإن حداثة السن تؤثر بلا شك على قيمة شهاداتهم، فهم يمزجون بين الحقيقة والخيال⁽²⁾ وتنعكس ذاتيتهم على شهادتهم. كما أنهم لا يفرقون بين ما أدركوه عن طريق المشاهدة وما يدركونه عن طريق أعمال الفكر: كالاستنتاج والقياس والاختراع، فضلاً عن أنهم يرددون ما يقال حينما يوجه الكلام والسؤال، ويسردون الشهادة كأنها رواية محفوظة، ويرون في كل سؤال فحاً منصوباً لهم، لذا تكون إجاباتهم - غالباً - بالسلب⁽³⁾.

ولا مرأ فإن انعكاس ذاتية الحدث على الشهادة يؤثر في حيدتها، ولذا يصعب أن نحمل الأطفال بالتزام بالإخلاص للرابطة الإجرائية المتصلة بالشهادة. كما أن تحميلهم بحلف اليمين هو تحميل بما يفوق طاقاتهم منهم لن - في الغالب - يقدروا قيمة اليمين حق قدرها⁽⁴⁾.

لذا يتعين حجب الحدث عن ممارسة الإجراءات المتعلقة بالشهادة، كلما أمكن ذلك، وإن دعت الحاجة الماسة إلى سماع أقوالهم يلزم أن

(1) راجع: BOUZAT «P». et PINATEL «J».

Traité de droit penal et de criminologie, T.W.

Dalloz, Paris,

2^{eme} éd, 1970, P. 1157 et S.

(2) قرب هذا: الدكتور محمد محيي الدين عوض - المرجع السابق - بند 689 ص 671.

(3) في هذا المعنى: الدكتور شهاد هابيل البرشاوي - الشهادة الزور من الناحيتين القانونية والعلمية - دار الفكر العربي بالقاهرة ص 413.

للمزيد، راجع: الأستاذ أحمد فؤاد عبد المجيد - التحقيق والمباحث الجنائية - العملية والفنية والعلمية - الكتاب الأول - القسم العملي - الطبعة الرابعة بدن 743 ص 262 وما بعدهما.

(4) ومعنا في ذلك: الدكتور شهاد هابيل البرشاوي - رسالته السابقة - ص 490.

تؤخذ شهاداتهم بحذر شديد، وتُقيم على ضوء ما تقدم، وعلى ضوء معطيات علم النفس بشأن سلوك حديثي السن⁽¹⁾.

48 - الشيخوخة:

إذا كان المشرع وضع تحديداً تحكيمياً بالنسبة لقدرة الحدث على التمييز، فإنه - على العكس من ذلك تخلى - وحسناً ما فعل - عن التحكم بالنسبة للشيخ الهرم، فقرر ترك تحديد تأثير الشيخوخة على القدرة على التمييز لمحكمة الموضوع، بحسبانها مسألة موضوعية، هي الأقدر على حسمها.

ويلاحظ أن الشيخوخة⁽²⁾ في حد ذاتها ليست مانعاً من ممارسة

(1) لذا قضى بأنه: «يجب للأخذ بشهادة الشاهد أن يكون مميزاً فإن كان غير مميز فلا تقبل شهادته ولو على سبيل الاستدلال إذ لا ينفي عن الأقوال التي يدلى بها الشاهد بغير حلف يمين أنها شهادة، وإذا ما كان الطاعن قد طعن على شهادة الشاهد أنف الذكر بأنه غير مميز لحدائثة سنة، وأن المحكمة قعدت عن تحقيق قدرته على التمييز أو بحث إدراكه العام استيثاقاً من قدرته تحمل الشهادة وعولت على شهادته في قضائها بالإدانة، فإن حكمها يكون مشوباً بالفساد في الاستدلال ومخالفة القانون» نقضي 27 نوفمبر سنة 1985 م - س 36 رقم 193 ص 1052.

(2) من المعلوم أن مرحلة الشيخوخة تبدأ بعد سن الخمسين وحتى نهاية العمر بخصوص أثر مرحلة الشيخوخة على الإنسان، راجع:

الدكتور فتوح الشاذلي - دروس في علم الإجرام وعلم العقاب - 1990/1989 - ص 1640. الدكتور علي عبد القادر القهوجي - علم الإجرام وعلم العقاب - الدار الجامعية ببيروت - 1987م - ص 164. وأيضاً: أستاذنا الدكتور سامح السيد جاد. الوجيز في مبادئ علم الإجرام - 1406هـ/ 19086م - دار الهدى للطباعة بالقاهرة ص 87. وبخصوص أثر مرحلة الشيخوخة على الشهادة، انظر الدكتور شهاد هابيل البرشاوي - رسالته السابقة - ص 492.

الدكتور هلالى عبد الله أحمد - النظرية العامة للإثبات في المواد الجنائية - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه مطبوعة - الطبعة الأولى - 1987م دار النهضة العربية بالقاهرة بند 430 ص 794.

إجراءات الشهادة؛ وإنما الذي ينتج عنه ذلك هو ما يصاحب الشيخوخة - لدى بعض الناس - من تغيرات بدنية ونفسية تقلل من قدرة الهرم على الإدراك والتمييز.

وتجمل التغيرات البدنية في ازدياد الضعف في القدرات الجسدية كأثر لضعف القوى البدنية وإصابة الجسم بالأمراض. أما التغيرات النفسية فتتمثل في هدوء العواطف وتبلد الإحساس واللامبالاة بحركة الحياة وإحداثها وبضبط الانفعالات، أضف ذلك أن الظروف البيئية تساهم في تجسيم الأثر النفسي للشيخوخة، حيث يقل تدريجياً النشاط المهني إلى أن يتوقف - غالباً - عند سن التقاعد، فتتسرب إلى نفسه هموم الشيخوخة ويصاب الفرد بشعور بالقلق والعزلة عن المجتمع. وعدم الاطمئنان بسبب الشعور بانتهاء دوره في الحياة.

لكل ذلك فإن انعكاس ذاتية «الإنسان الشيخ» سواء أكان رجلاً أم امرأة - على شهادته أمر وارد، كنا أن تحمله بالالتزام بالإخلاص للرابطة الإجرائية رغم فقدانه للقدرة على التمييز والإدراك نتيجة ذاتيته، إنما هو تحميله بما يفوق طاقته، لذا من الأصوب أن يمنع مثل هذا الشخص من أداء الشهادة - أي ممارسة إجراءات الشهادة - متى ثبت للمحكمة عدم قدرته على الإدراك والتمييز نتيجة لشيخوخة (م 82 إثبات).

49 - المرض :

قد يؤثر المرض على قدرة الإنسان على التمييز، ومن ثم على قدرته على أداء الشهادة، لذا فإن المشرع قرر احتساب المرض من ضمن الموانع التي تحول دون سماع الشاهد إذ تنص المادة 82 / إثبات على أنه: «لا يجوز رد الشاهد... إلّا أن يكون غير قادر على التمييز بسبب هرم، أو حادثة أو مرض...».

وهذا الإطلاق للفظ المرض لا يقبل تخصيصه بالأمراض العقلية، لأنه لا تخصيص بلا مخصص⁽¹⁾.

ونزولاً على ذلك يكون المرض المقصود هو كل مرض يؤثر في قدرة الشاهدة على التمييز، يستوي في ذلك أن يكون هذا المرض جسمانياً أو عقلياً أو نسبياً.

ومن الأمراض الجسمانية: حالات الصم والبكم بالولادة⁽²⁾.

والأمراض العقلية قد تكون عضوية أو وظيفية: والأمراض العقلية العضوية مردها إلى علة أو عاهة عضوية تصيب أحد أجزاء الجهاز العصبي بالجرح أو التلف، كأثر لإصابة معينة أو ضمور بسبب الشيخوخة؛ أو تسمم نتيجة تعاطي المخدرات، وإصابة بميكروب الزهري الذي يؤدي إلى التهاب الخلايا العصبية، الأمر الذي يؤدي إلى اضمحلال القوى العقلية وتدهورها، مما ينتج عنه الإصابة بمرض الشلل الجنوني العام⁽³⁾.

أما المرض العقلي الوظيفي، فيرجع إلى خلل في الوظائف العقلية، ناتج إما - حسب اتجاه - إلى تكوين الشخص ذاته، وإما - حسب اتجاه آخر - إلى اضطراب كيميائي فسيولوجي⁽⁴⁾.

(1) لذا لا نوافق على ما ذهب إليه نفر من الشراح من أن المرض المقصود في المادة 82 من قانون الإثبات هو جميع الأمراض العقلية فقط. ومن هؤلاء الشراح. الدكتور شهاد هابيل البرشاوي رسالته السابقة ص 492 وما بعدها - الدكتور هلالي عبد اللاه أحمد - رسالته السابقة - بند 431 ص 794 وما بعدها.

(2) راجع: الأستاذ محمد فتحي «علم النفس الجنائي علماً وعملاً» - الجزء الثالث - الطبعة الأولى 1973م مكتبة النهضة بالقاهرة ص 150

(3) للمزيد راجع: الدكتور وجيه محمد خيال - أثر الشذوذ العقلي والعصبي في المسؤولية الجنائية - رسالة دكتوراه مطبوعة - ص 36 وما بعدها.

(4) راجع: الدكتور مصطفى فهمي: علم النفس الإكلينيكي - مكتبة مصر بالفجالة - طبعة 1967 ص 141.

وهذه الأمراض هي: الفصام والذهان الوجداني (ذهان الهوس والاكتئاب)، وجنون العظمة والاضطهاد.

50 - الأمراض العصبية:

وإذا انتقلنا بعد ذلك إلى الحديث عن الأمراض العصبية فيمكن تقسيمها إلى أمراض عصبية نفسية وأمراض عصبية فعلية أو حقيقية. ومن أمراض الشذوذ العصبي النفسي: الهستيريا، وازدواج الشخصية واليقظة النومية، ومن الأمراض العصبية الحقيقية: القلق النفسي والإعياء النفسي أو البيوراستينيا.

والى جانب كل ذلك هناك حالات مرضية تتأرجح بين الأمراض العقلية والأمراض العصبية، ومن ذلك: الحالة السيكوباتية. كما توجد مجموعة من أمراض الشذوذ العقلي يتأرجح وضعها بين الأمراض العقلية العضوية، والأمراض العقلية الوظيفية ومن هذه الحالات: الأمراض الناتجة عن نقص الفيتامينات أو نقص إفرازات بعض الغدد في الجسم والصرع.

وبالإضافة إلى ما تقدم هناك حالات لا تدخل تحت أي من الشذوذ العقلي العضوي أو الوظيفي ومن ذلك التخلف العقلي⁽¹⁾.

وجدير بالذكر أن الأمراض العقلية والصعبية ليست كل على درجة سواء بالنسبة لتأثيرها على الإدراك والإرادة⁽²⁾.

لذا فإن تقدير حالة الشاهد العقلية والعصبية وتأثيرها على قدرته على التمييز، هي من المسائل الموضوعية التي يفصل فيها قاضي الموضوع على هدى من آراء أهل الخبرة في هذا الشأن، أي الأطباء والخبراء النفسيين المختصين⁽³⁾.

(1) للمزيد راجع: الدكتور وجيه محمد خيال - رسالته السابقة ص 60 وما بعدها.

(2) ومعنا في ذلك: الدكتور وجيه محمد خيال - رسالته السابقة ص 34.

(3) إذ إن قضاء النقض مستقر على ضرورة استعانة القاضي بخبير في مثل هذه المسائل، =

وملاك القول فيما تقدم كله: إن هذه الأمراض الجسمانية والعقلية والعصبية قد تنعكس على قدرة الإنسان على التمييز، الأمر الذي ينجم عنه انعكاس لذاتيته الخاصة على حيده الشهادة، مما يجعل تحميله بالالتزام بالإخلاص للرابطة الإجرائية المتصلة بهذه الشهادة، إنما هو تحميل فوق ما يتحمل. لذا كان المشرع مصيباً - تماماً - عندما قرر عدم صلاحية مثل هذا الشخص لأداء الشهادة. (م 82 / إثبات).

= راجع على سبيل المثال - أحكام النقض التالية:

نقض 22 مايو سنة 1977 مجموعة أحكام النقض س 28 رقم 135 ص 642،
نقض 7 ديسمبر سنة 1978 م - س 29 رقم 184 - ص 888.

ويلاحظ أن محكمتنا العليا تتحفظ بخصوص الالتجاء إلى أهل الخبرة، إذ لا تجعله ضرورياً في كل الأحوال حيث تقول «إن تقدير حالة المتهم العقلية من الأمور الموضوعية التي تستقل محكمة الموضوع بالفصل فيها ما دامت تقيم تقديرها على أسباب سائفة كما هو الحال في الدعوى المطروحة وهي لا تلزم بالالتجاء إلى أهل الخبرة إلا فيما يتعلق بالمسائل الفنية البحتة التي يتعذر عليها أن تشق طريقها فيها»
نقض 9 مايو سنة 1985 س 36 رقم 12 ص 631.

خاتمة

دارت هذه الدراسة حول بيان أثر الذاتية في المنع من ممارسة الإجراء الجنائي، سواء في ذلك الذاتية الداخلية أم الذاتية الخارجية وأوضحت الدراسة أن الذاتية الداخلية تضم بين دفتيها الشخصية كما يعاينها صاحبها من زاوية الشعور بأنها (الفاعل لفعل معين) وزاوية الشعور بأنها الموضوع الذي يقع عليها فعل معين أما الذاتية الخارجية فتشمل الشخصية كما يعاينها صاحبها من زاوية نظرة الجماعة إليها، وزاوية القيم التي هي أساسها قراراتها. ويضيق المقام على سرد كافة النقاط التي عرضت لها الدراسة، لذا سنكتفي هنا بإيضاح أهم نتائجها التي تجمل في:

أولاً: إن بين الحيمة والذاتية، تنافر بحيث إن وجود إحدهما ينتج عنه استبعاد الأخرى. ولذا فإن الإجراءات التي يلزم اتصافها بالحيمة. والموضوعية لا يصح أن تُسند ممارستها لشخص له ظروف خاصة، يمكن أن تسمح له بانعكاس ذاتيته على الإجراء ولا شك في أن ذلك ينطبق على الإجراء، أياً كان القانون الإجرائي الذي ينتمي إليه. ولا يفلت الإجراء الجنائي من ذلك، بل إن ضرورة الأخذ بهذه القاعدة بالنسبة له أمر لازم وحتى بل يرقى إلى أعلى مراتب الضرورة نظراً لمساس الإجراء الجنائي - في الغالب الأعم - بالحقوق والحريات. هذه الحقوق وتلك الحريات التي ناضلت الإنسانية كثيراً - بل ضحت بكثير من الأرواح في سبيل إقرارها والدفاع عن وجودها.

ثانياً: تندرج الحاجة للتخلص من انعكاس الذاتية على الإجراء

الجنائي يقدر تدرج تطلب الحيدة في هذه الإجراءات. وبتعبير آخر: كلما ارتقينا في سلم حيدة الإجراءات نرتقي بنفس القدر في تطلب مجرد متخذ الإجراءات من ذاتيته وينطبق ذلك على الإجراءات الجنائي ويمكننا القول، بأن هذه الإجراءات تنقسم إلى ثلاثة أنواع:

النوع الأول: لا يشترط فيه - كقاعدة عامة التخلص من ذاتية القائم بالإجراءات: وهذا شأن معظم الإجراءات التي يمارسها الخصوم. غير أن هذه القاعدة ليست مطلقة، إذ يُمنع الخصوم من ممارسة الإجراءات الجنائية التي انعكس عليها ذاتيتهم متى كان ذلك يمثل مساساً بحقوق أو مصالح الآخرين أو النظام العام والآداب العامة. ومن أبرز تطبيقات ذلك ما نصت عليه المادة 105 من قانون المرافعات التي أجازت للمحكمة ولو من تلقاء نفسها أن تأمر بمحو العبارات الجارحة. . من أية ورقة من أوراق المرافعات أو المذكرات⁽¹⁾⁽²⁾ فهذا النص يمنع الخصم من التطاول - حتى ولو كان جزئياً - على خصمه نظراً للعداوة التي بينهما؛ أي يمنع

(1) رغم ورود هذا النص في صلب قانون المرافعات المدنية والتجارية، إلا أننا نرى ملائمة امتداد تطبيقه ليشمل الخصومات الجنائية، نظراً لأن القانون المذكور هو القانون الإجرائي العام الذي نرجع إليه، إذا أغفل المشرع حكماً ما في نطاق الإجراءات الجنائية، طالما أن الحكم الموجود في قانون المرافعات لا يتعارض مع ذاتية وفلسفة قانون الإجراءات الجنائية. للمزيد حول هذا الموضوع راجع رسالتنا للدكتوراه - بند 574 ص 471 وما بعدها.

(2) وقريب من هذا في القانون الفرنسي: ما نصت عليه المادة 4/41 من المرسوم بقانون الصادر في 29 يوليو 1881 التي تخول للقضاء الحكم بشطب عبارات السب والإهانة والقذف.

ويلاحظ أن الفقه الفرنسي يجمع على أن للقاضي في هذا الصدد سلطة تقديرية فله أن يمتنع عن إصدار الأمر بمحو العبارات المذكورة إذا قدر أنها صدرت بحسن نية وإثباتها لازم لخدمة الدعوى.
راجع:

انعكاس ذاتية الخصم على دعواه.

(2) النوع الثاني: إجراءات يتطلب فيها التخلص من الذاتية وللمحكمة سلطة رقابية في تقدير قيمتها القانونية والالتفات عنها كلياً أو جزئياً. وهذا النوع يتجسد في الإجراءات التي يقوم بها الخصوم - أو ممثلوهم - كالشاهد والخبير وغيرهما. إذ يشترط فيما يقومون به من إجراءات التجرد من ذاتيتهم الخاصة؛ لأن الفرض أن أعمالهم تتصف بالموضوعية والحيادة. ولذا حجب القانون هؤلاء عن اتخاذ الإجراءات، إذ ثارت الشكوك حول إمكانية انعكاس ذاتيتهم على ما يقومون به من إجراءات وللمحكمة سلطة رقابية في هذا الشأن، إذ لها على سبيل المثال - وليس الحصر - إن تجرد إجراءاتهم من قيمتها القانونية في دفع وتسيير الخصومة الجنائية المطروحة أمامها. إذ لها أن تلتفت عن شهادة شاهد؛ متى رأت أن الصلة بينه وبين أحد الخصوم انعكست على شهادته والمثل يقال بالنسبة لتقرير الخبير أو غير ذلك من إجراءات يقوم بها غير الخصوم.

(3) النوع الثالث: إجراءات إذا انعكست عليها الذاتية جردتها من قيمتها القانونية بالكامل: فالموضوعية صفة حتمية لهذه الإجراءات فيما يقوم به القضاة. ومن في حكمهم كرجال النيابة العامة، من أعمال إجرائية جنائية. لذا فإن المشرع يتوسع في المنع من اتخاذ الإجراءات الجنائية بالنسبة لهؤلاء كلما رأى أن ثمة شبهة ولو بسيطة يمكن أن تؤثر في حيادة وموضوعية الإجراءات. إضافة إلى أن المشرع خول الخصوم مكنة مراقبة انعكاس ذاتية هؤلاء القضاة ومن في حكمهم على أعمالهم فتاح للخصوم مخاصمتهم وردهم، الأمر الذي يؤدي فيما يؤدي إلى منع القضاة ومن في حكمهم من اتخاذ الإجراءات الجنائية أو تجريده من قيمته القانونية إذا اتخذ بالفعل. بل إن المشرع احتاط للأمر، وأباح للقاضي أن يمتنع عن اتخاذ الإجراءات الجنائية إذا استشعر حرجاً في اتخاذها، حرجاً يترجم بشكل أو بآخر - انعكاس ذاتيته على الإجراءات بالفعل؛ أو حتى على الأقل انعكاس غير

حقيقي يكون فقط في ذهن عامة الناس، الذين يشكون بوجود شبهة بين القاضي ومن في حكمه والخصومة المطروحة أمامه، التي يتخذ بمناسبتها هذا الإجراء محل البحث.

ثالثاً: يتضح بناء على ما تقدم كله أن صلة القانون بغيره من العلوم الاجتماعية هي صلة جد حميمة. لذا يستحسن الوقوف على الأبعاد الإنسانية والاجتماعية للقواعد القانونية وهذه الأبعاد وتلك تكشف عنها معطيات علمي الاجتماع والنفس المتصلة بهذه القواعد. لذا نأمل - وفي الأمل رجاء - أن يتم تزويد القضاة ورجال النيابة العامة بأصول علمي الاجتماع والنفس، بالقدر الذي يساهم في فهم أفضل للقواعد القانونية ويمكن أن يتم هذا بتطعيم الدورات التدريبية التي يحصل عليها معاونو النيابة العامة في بداية ولوجهم السلك القضائي بهذه الأصول، أما بالنسبة لغيرهم من رجال القضاء والنيابة العامة يمكن أن يتم تزويدهم بالمراجع والكتب المتعلقة بأصول علمي الاجتماع والنفس. ناهيك عن إمكانية أن يتم ذلك من خلال دورات تدريبية قبل ترقياتهم للدرجات الأعلى.

وبعد فإن هذه الدراسة كانت مجرد محاولة - على طريق البحث العلمي - لتفسير بعض أحكام قانون الإجراءات الجنائية في ضوء معطيات علمي: النفس والاجتماع، فإن نجحت في إرساء بعض أسس هذا التفسير فيها ونعمت، وما توفيقى إلا بالله العلي العظيم، وإن كانت الأخرى. فالأمل - معقود على المستقبل - وفي الأمل رجاء في أن تفتح هذه الدراسة الباب لمحاولات أخرى تنحو تجاه التفسير النفسي الاجتماعي لبعض أحكام القانون الجنائي الإجرائي بصفة عامة.

ففي نظرنا أن التفسير التكاملي لأحكام القانون.. صار ضرورة إن أردنا أن نبحث عن الجذور الحقيقية لأحكام القانون، سواء أكانت هذه الجذور: تاريخاً سطره القدماء أم فلسفة ارتكز عليها الفكر الإنساني في سعيه

الدؤوب نحو إقرار العدالة الإنسانية.

ولا غرابة في فكرة التفسير التكاملي هذه، فالعلوم الاجتماعية تنبع من منبع واحد وتصب في مصب واحد ألا وهو: الإنسان. ذلك الكائن الحي الذي ما زال كثير من جوانبه لغزاً يستأهل الوقفة والتأمل والتفكير. ولا سبيل لفهم هذا اللغز إذا ظل كل علم أشبه بجزيرة منعزلة وسط محيط المعرفة والثقافة بكافة فروعها الذي يضم العلوم الأخرى. فحل هذا اللغز يكمن في استفادة كل علم من الآخر بالقدر الذي يكشف حقيقة الجوانب المبهمة أو الغامضة في الإنسان.. ذلك اللغز الكبير.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: باللغة العربية

(أ) المصادر والمراجع الشرعية

* القرآن الكريم

- 1 - ابن كثير (الإمام الجليل، الحافظ عماد الدين، أبو إفداء إسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي، والمتوفي سنة 774 هـ) - تفسير القرآن الكريم - المجلد الثالث - دار الفكر العربي.
- 2 - الأستاذ محمد فريد وجدي - المصحف المفسر - طبعة دار الشعب.

* كتب الفقه:

3 - المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية:

- موسوعة جمال عبد الناصر في الفقه الإسلامي - القاهرة - 1389 هـ.
- 4 - الدكتور محمد مصطفى شحاته الحسيني - الأحوال الشخصية في الزواج والطلاق والنفقات والميراث - القاهرة 1403 هـ / 1983 م.

(ب) المصادر والمراجع القانونية وفي علمي النفس والاجتماع:

* المراجع العامة.

- 5 - الدكتورة آمال عبد الرحيم عثمان - شرح قانون الإجراءات الجنائية الهيئة المصرية العامة للكتاب - 1989.

- 6 - الدكتور إبراهيم نجيب سعد - القانون القضائي الخاص - منشأة المعارف بالإسكندرية - ج 1 - 1974 .
- 7 - الدكتور أحمد فتحي سرور - الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية - المجلد الأول ج 1، 2 - ط 4 - 1981 - مطابع روزاليوسف .
- 8 - الأستاذ أحمد فؤاد عبد المجيد - التحقيق والمباحث الجنائية - العملية الفنية والعلمية - الكتاب الأول - القسم العملي - الطبعة الرابعة دار الطباعة الحديثة بمصر - بدون تاريخ .
- 9 - الدكتور أحمد مسلم - أصول المرافعات - التنظيم القضائي والإجراءات والأحكام في المواد المدنية والتجارية والشخصية - دار الفكر العربي بالقاهرة، 1978 .
- 10 - الدكتور جميل الشرقاوي - دروس في أصول القانون - القاهرة - 1971 .
- 11 - الدكتور حسن صادق المرصفاوي - الإجراءات في أصول الإجراءات الجنائية منشأة المعارف بالإسكندرية - الطبعة الأخيرة - 1982 م .
- 12 - الدكتور حسن كبرة - أصول القانون - 1960 .
- 13 - الدكتور رؤوف عبيد - مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري - دار الجيل للطباعة بالقاهرة - الطبعة السابعة عشرة - 1989 م .
- 14 - الدكتور رمزي سيف - الوسيط في قانون المرافعات - الطبعة التاسعة - 1970/1969 م .
- 15 - الدكتور سامح السيد جاد - الوجيز في مبادئ علم الإجرام دار الهدى للطباعة بالقاهرة - 1406 هـ / 1986 م .
- 16 - الدكتور عبد الرازق أحمد السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - الجزء الأول نظرية الالتزام - المجلد الأول - العقد - دار النهضة العربية بالقاهرة . تنقيح بالمستشار محمد الفقي والدكتور عبد الباسط جميعي .

- 17- الدكتور عبد المنعم البدر اوي - مبادئ القانون - مكتبة سيد عبد الله وهبه - 1970/1969.
- 18- الأستاذ علي زكي العرابي - المبادئ الأساسية للإجراءات الجنائية - ج 1 مطبعة الاعتماد - القاهرة - 1344 هـ / 1926 م.
- 19- الدكتور علي عبد القادر القهوجي - علم الإجرام وعلم العقاب - الدار الجامعية ببيروت 1987.
- 20- الدكتور فتحي والي - الوسيط في قانون القضاء المدني - 1987 - (مصورة من مطبعة 1986) دار النهضة العربية بالقاهرة.
- 21- الأستاذ فوزي سالم عفيفي - السلوك الاجتماعي - بين علم النفس والدين - دار الصحابة للتراث بطنطا - الطبعة الأولى 1411 هـ / 1993 م.
- 22- الدكتور فوزية عبد الستار - شرح قانون الإجراءات الجنائية - دار النهضة العربية بالقاهرة - 1986 م.
- 23- الأستاذ محمد العشماوي والدكتور عبد الوهاب العشماوي - قواعد المرافعات ج 1.
- 24- الدكتور محمد عبد الخالق عمر - قانون المرافعات - ج 1 - التنظيم القضائي - دار النهضة الغربية بالقاهرة - 1978 م.
- 25- الدكتور مصطفى فهمي - علم النفس الأكلينيكي - مكتبة مصر بالفجالة طبعة 1967.
- 26- الدكتور فتوح الشاذلي - دروس في علم الجرام وعلم العقاب - 1990/1989.
- 27- الدكتور محمد زكي أبو عامر - الإجراءات الجنائية - دار المطبوعات بالإسكندرية - 1978/1977 م.
- 28- الدكتور محمد محيي الدين عوض - الإجراءات القانوني الجنائي - إجراءاته مطبعة جامعة القاهرة - 1978/1977 م.

- 29 - الدكتور محمد مصطفى القللي - أصول تحقيق الجنايات - طبعة 1945 - القاهرة.
- 30 - الدكتور محمود محمود مصطفى - شرح قانون الإجراءات الجنائية - دار النهضة العربية بالقاهرة ط 12 - 1988.
- 31 - الدكتور محمود نجيب حسني - شرح قانون العقوبات - القسم العام - 1973.
- 32 - الدكتور محمود نجيب حسني - شرح قانون الإجراءات الجنائية - دار النهضة العربية بالقاهرة - ط 2 - 1988 م.
- 33 - الدكتور نزيه محمد الصادق المهدي - المدخل لدراسة القانون - الجزء الأول - نظرية القانون - دار النهضة العربية بالقاهرة - 1982.
- 34 - الدكتور وجدي راغب - مبادئ القضاء الخاص - قنن المرافعات - دار الفكر العربي - القاهرة - ط 1 - 1986/1987 م.

* الرسائل والمؤلفات المتخصصة:

- 35 - الدكتور جمال مرسي بدر - النيابة في التصرفات القانونية - طبيعتها وأحكامها وتنازع القوانين فيها - رسالة دكتوراه مطبوعة - الهيئة المصرية العامة للكتاب - الطبعة الثالثة 1980 م.
- 36 - الدكتور رؤوف عبيد - المشكلات العملية الهامة في الإجراءات الجنائية - دار الفكر العربي بالقاهرة - الجزء الثاني - طبعة ثالثة - 1980 م.
- 37 - الدكتورة سامية محمد جابر - القانون والضوابط الاجتماعية مدخل علم الاجتماع إلى فهم التوازن في المجتمع - دار المعرفة الجامعية بالإسكندرية - 1982.
- 38 - الدكتور شهاد هابيل البرشاوي - الشهادة الزور من الناحيتين القانونية والعلمية - رسالة دكتوراه مطبوعة - دار الفكر العربي بالقاهرة.

- 39 - المستشار طه أبو الخير - حوية الدفاع - منشأة المعارف بالإسكندرية - الطبعة الأولى - 1971.
- 40 - الدكتور عبد الفتاح مصطفى الصيفي - حق الدولة في العقاب - نشأته وفلسفته اقتضاؤه وانقضاؤه رسالة دكتوراه مطبوعة - الطبعة الثانية - دار الهدى للمطبوعات بالإسكندرية - 1985.
- 41 - الدكتور عبد المنعم أحمد الشرقاوي - نظرية المصلحة في الدعوى - رسالة دكتوراه مطبوعة - مكتبة عبد الله وهبه - الطبعة الأولى - 1366 هـ / 1947 م.
- 43 - الدكتور عبد المنعم عبد الرحيم العرضي - قاعدة تقيد المحكمة العربية بالقاهرة الجنائية بالاثهام - رسالة دكتوراه مطبوعة - 1973 - دار النهضة.
- 43 - الدكتور على عوض حسن - رد ومخاصمة أعضاء الهيئات القضائية - الطبعة الأولى - 1987 م.
- 44 - الأستاذ محمد فتحي - علم النفس الجنائي علماً وعملاً - مكتبة النهضة بالقاهرة - الجزء الثالث - الطبعة الأولى - 1973.
- 45 - الدكتور محمود صالح العادلي - حق الدفاع أمام القضاء الجنائي - دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقه الإسلامي - مساهمة في بناء نظرية عامة لحق الدفاع - رسالة دكتوراه مقدمة لكلية حقوق القاهرة - 1991.
- 46 - الدكتور محمود صالح العادلي - الالتزام بالإخلاص في القانون الجنائي - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية بالقاهرة - 1984.
- 47 - الدكتور وجدي راغب - النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات - رسالة دكتوراه مطبوعة - منشأة المعارف بالإسكندرية - 1974 م.
- 48 - الدكتور وجيه محمد خيال - أثر الشذوذ العقلي والعصبي في

- المسؤولية الجنائية - رسالة دكتوراه مطبوعة - بدون تاريخ.
- 49 - الدكتور هلاي عبد الله أحمد - النظرية العامة للإثبات في المواد الجنائية - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه مطبوعة - دار النهضة العربية بالقاهرة - الطبعة الأولى 1987 م.

* البحوث والمقالات:

- 50 - الدكتور أيمن غريب قطب ناصر - حالة تقدير الذات - وعلاقتها بمركز الضبط المدرك - بحث منشور بمجلة علم النفس - التي تصدرها الهيئة المصرية العامة للكتاب - س ج 8 ع 31 - يوليو وأغسطس وسبتمبر 1944.
- 51 - الدكتور محمود صالح العادلي - استجواب الشهود في المسائل الجنائية بين الاعتبارات الإنسانية ومقتضيات العدالة - بحث منشور بمجلة المحاماة التي تصدرها نقابة المحامين المصرية - ع 9، 10 - س 66 - نوفمبر وديسمبر 1986 م.

ثانياً: باللغة الفرنسية:

- 55 - Baccaria: Traité des delits et des peines, Nouvelle ed. Francaise, Cujas, 1966.
- 56 - Bouzat «P» et Pinaat «J»: Traité de Droit Pénal et de criminologie, T.2., Dalloz, Paris, Zeme ed., 1970.
- 57 - Cary: Les critères minimum de la justice criminelle aux Etets-unis Rev, inter, de drdit penal, 1966.
- 58 - CHAMBON: Le juge d'insturction, 2 éde., Dalloz, Paris (1980).
- 59 - GARSONNET «E» et CEZAR-BRU «ch» Traite Th'eorique et pratique de procédure civile et commerciale, Tome I, Paris 1912.
- 60 - GARRAUD «Rene» Traité Théorique et pratique de Droit de pénal Francais, 3em eier, Tome 1 Sirey Paris (1913).
- 61 - Georges André: Du principe de la neutralite du juge dans l'instruction des affaires civiles Thèse Paris, (1910).
- 62 - GRAVEN «Jean»: Organisation et Fonction de ministerè public

en Suiss, «Rev. Se Crim., 1964.

- 63 - Hélié «Faustin»: Traité de L'instruction criminelle, T.II (1866).
- 64 - MELLOR «A»: La torture, Paris (1952).
- 65 - MELLOR «A» Les grands problèmes contemporains de l'instruction criminelle, Paris, 1952.
- 66 - MERLE «Roger et «VITU» Andre»: Traité de droit criminel, T.I Problèmes généraux de la Science criminelle, Droit pénal général 10^e éd., Paris 1988.
- 67 - STEFANI: Gaston «et levasseur» Georges»: Procédure pénale, deuxième éd., 1977.
- 68 - THOMAS - CHAVLIER «Arnaud»: L'avocat et le juge d'instruction, Thèse, Nancy II, 1978.
- 69 - VIDAL «Georges» et MAGNOL «Joseph»: Traité Théorique et pratique de Droit pénal français T.I (1913).
- 70 - CHIOVENDA, Giuseppe, Istituzioni di diritto processuale civile, VII., Napoli 1953.

ملاحظات حول القانون رقم (13)

لسنة 1423م

بشأن تعديل بعض أحكام القانون رقم (11)

لسنة 1984م

بشأن المرور

على الطرق العامة⁽¹⁾

للدكتور / محمد حسن الجازوي

كلية القانون - جامعة قاريونس

(1) انظر النص الكامل لهذا القانون ص 195 من هذا العدد بقسم القوانين واللوائح.

يعتبر هذا التعديل أول وأهم تعديل يطرأ على قانون المرور رقم (11) لسنة 1984م ومن خلال قراءة عاجلة للتعديل المذكور ظهرت لي بعض الملاحظات حوله رأيت أن أورها فيما يلي :

أولاً: فيما يتعلق بعقوبة الحبس :

كان قانون المرور رقم (11) لسنة 1984م ينص على عقوبة الحبس كعقوبة أصلية اختيارية لكثير من الجرائم، إلا أنه يعد التعديل الذي طرأ على المواد: (55)، (56)، (57) فقرة (1) بالقانون رقم (13) لسنة 1423م، ألغيت هذه العقوبة بالنسبة للجرائم المنصوص عليها في المواد السابقة، وأصبحت مقررة لعدد قليل من الجرائم، إمّا كعقوبة أصلية وجوبية يتعين على القاضي الحكم بها كما هو الحال في جريمة القيادة بحالة مسكر أو تخدير المنصوص عليها في المادة (58)⁽¹⁾، أو كعقوبة اختيارية يترك للقاضي الخيار بينها وبني عقوبة الغرامة، كما هو الشأن في جرائم الإيذاء الشخصي المنصوص عليها في المادة (60)، من قانون المرور وجريمة ترك الحيوانات واقفة أو متجولة على الطريق العام (المادة 62)، وجريمة عدم التأشير على ترخيص قيادة الركوبة العامة قبل قيادتها (المادة 73).

ثانياً: عقوبة الغرامة :

لعل من أبرز التعديلات التي جاء بها القانون رقم (13) لسنة 1423م أن عقوبة الغرامة أصبحت عقوبة أصلية وجوبية مقررة للجرائم المنصوص

(1) انظر: د. محمد الجازوي، جريمة القيادة في حالة سكر أو تخدير، مجلة المحامي، العددان، 27، 28 السنة السابعة ص 17.

عليها في المواد المشار إليها بعاليه . كذلك فإن المشرع نص على عقوبة الغرامة كعقوبة أصلية اختيارية للجرائم المنصوص عليها في المواد : (62) و(73) آنفة الذكر .

غير أنه يلاحظ أن المشرع رفع الحدين الأعلى والأدنى للغرامة المنصوص عليها في المادتين (55) و(57)، في حين خفض الحدين الأدنى والنسبة لجريمة اختراق الإشارة الضوئية الحمراء المنصوص عليها في المادة (56). وبالنسبة لهذه الجريمة بالذات يكون القانون الجديد أصح للمتهم من القانون القديم أي القانون رقم (11) لسنة 1984 م . ومن ثم يجب على القاضي تطبيقه على المتهم في القضايا التي لم يصدر فيها حكم نهائي وذلك أعمالاً للقاعدة العامة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة الثانية من قانون العقوبات .

ثالثاً: حجز المركبة الآلية :

فيما يتعلق بحجز المركبة الآلية المنصوص عليه في المادة (56) من قانون المرور رفع المشرع الحدين المقررين لمدة الحجز، فبعد أن كانت مدة الحجز لا تقل عن شهر ولا تزيد على ثلاثة أشهر أصبحت، وفقاً للتعديل الجديد، لا تقل عن شهرين ولا تزيد على خمسة أشهر . ولعل الحكمة في ذلك هي أن حجز المركبة الآلية - كسحب ترخيص لقيادة الغرض منه وقاية المجتمع من خطر المتهم خلال هذه المدة، ومنعه من قيادة المركبة الآلية حتى يأمن الناس شره⁽¹⁾ .

ولذلك رأى المشرع تشديد هذه العقوبة برفع حديها الأدنى والأعلى . كذلك يجوز للنيابة العامة حجز المركبة الآلية إذا امتنع المخالف عن دفع الغرامة المنصوص عليها في المادة (56) من قانون المرور⁽²⁾ .

(1) محكمة عليا، 23 نوفمبر 1976، مجلة المحكمة العليا ص 13 ع 3 ص 201 .

(2) ونرى أن حجز المركبة الآلية المنصوص عليه بالفقرة الثانية من المادة (46) من

رابعاً: عقوبة السجن:

أدخل القانون الجديد عقوبة السجن إلى قانون المرور. وهذه العقوبة نصت عليها المادة (59) من قانون المرور المعدلة بالقانون المذكور. وهي مقررّة لجريمة القتل خطأ بمركبة آلية فقط.

وعقوبة السجن يجب ألا تقل، وفقاً للمادة (21) من قانون العقوبات عن ثلاث سنوات وألا تزيد على خمس عشرة سنة إلا في الأحوال التي ينص عليها القانون.

ومن المعروف أن أغلب جرائم المرور خطيئة، ووصف الجناية - كما يرى بعض الفقهاء -، لا يتلاءم مع حصول الحادث. إلا أن المشرع قد خرج على هذا المبدأ وجعل جريمة القتل خطأ بمركبة آلية جناية بعد أن كانت جنحة، نظراً لخطورة هذه الجريمة حيث يترتب عليها في كثير من الأحيان موت أكثر من شخص بريء.

ومما تجدر ملاحظته أن إدخال هذه الجريمة في عداد الجنايات يثير كثيراً من المسائل الموضوعية والإجرائية، ومجال ذلك يدخل في دراسة قانون العقوبات القسم العام.

خامساً: المصادرة:

تنص المادة (55) مكرر من قانون المرور المضافة بالقانون رقم (13) لسنة 1423م، على أنه: «يعاقب كل من خالف أحكام الفقرة الأولى من المادة الحاية والعشرون، بمصادرة المركبة الآلية إلا إذا ثبت أنها مسروقة أو كان الجاني يقودها دون إذن من مالكها».

= قانون المرور أصبح منسوخاً بحكم المادة 55 مكرر من قانون المرور، عملاً بقاعدة
اللاحق ينسخ السابق.

وطبقاً لهذا النص فإن جريمة القيادة بدون ترخيص لم يعد معاقبة عليها بعقوبة أصلية كالحبس أو الغرامة، كما كان مقرراً قبل تعديل قانون المرور بالقانون رقم (13) المشار إليه، وإنما أصبحت تخضع لفرض تدبير وقائي هو المصادرة، وذلك تطبيقاً للقاعدة العامة المنصوص عليها في المادة (159) من قانون العقوبات، ذلك أن عدم نص القانون الجديد على عقوبة الحبس أو الغرامة بالمادة (55) أو بالمادة (55) مكرر يعني إلغاءه إلغاءً ضمناً.

غير أن المشرع استثنى من الحكم بالمصادرة توافر إحدى الحالتين الآتيتين:

الأولى: إذا كانت المركبة الآلية مسروقة من مالكيها أو الحائر لها
الثانية: إذا كان الجاني يقود المركبة الآلية دون إذن من مالكيها.

ففي هاتين الحالتين يعتبر المالك شخصاً لا يد له في الجريمة (انظر المادة 1/163 من قانون العقوبات).

سادساً: الأمر الجنائي:

من التعديلات التي أدخلها القانون رقم (13) على نظام الأوامر الجنائية ما يلي:

أولاً: رفع الحد الأقصى للغرامة التي يجوز لوكيل النيابة أن يأمر بها فيه. فبعد أن كان لا يجوز لوكيل النيابة إصدار الأمر الجنائي بغرامة تجاوز ثلاثين ديناراً، أجاز له القانون رقم (13) إصداره بعقوبة الغرامة التي لا تزيد على مائة دينار، وذلك بالنسبة للجرائم المحالة إليه من شرطة المرور، والتي لم يتم دفع الغرامة عنها طبقاً لأحكام المادة السادسة والستين من قانون المرور.

ثانياً: لم يحدد القانون رقم (13) الحد الأقصى للغرامة التي يجوز للقاضي الجزئي أن يقضي بها في الأمر الجنائي . فبعد أن كان لا يجوز له أن يقضي في الأمر الجنائي بغرامة تزيد على خمسين ديناراً أجاز له التعديل الجديد أن يوقع عقوبة الغرامة بالسنة للجنح والمخالفات المنصوص عليها في قانون المرور والتي لا يجب الحكم فيها بعقوبة الحبس .

ويهدف المشرع من ذلك إلى تخفيف الضغط على المحاكم الناتج عن كثرة قضايا المرور، مما يؤدي بالتالي إلى سرعة الفصل فيها دون تحقيق أو مرافعة .



القضاء

**نظرية الجوانح بين الفقه الإسلامي
والقانون الوضعي
«تعليق على حكم المحكمة العليا»
الصادر بتاريخ: 31/12/1966م**

إعداد

**الدكتور سالم رجيعة الزوي
كلية القانون - جامعة قاربيونس**

مقدمة:

في الحادي والثلاثين من شهر كانون 1966م، حكمت المحكمة العليا الليبية بما يلي «حيث إنه لم يوجد نص في التشريع المدني يحكم النزاع المذكور، فإنه خلافاً لما تراءى للحكم المطعون فيه يوجد في الفقه المالكي من القواعد الكافية النافية لبيان وجهة النظر في النزاع القائم بين الطرفين... . وحيث إنه ترتيباً على ما تقدم كان على المحكمة المطعون في حكمها تطبيق قواعد الفقه المالكي على الدعوى موضوع قضية الحال... . وحيث إن الحكم المشار إليه طبق أحكام العرف على الدعوى عوضاً عن القواعد الفقهية الواجبة التطبيق بحكم المادة الأولى من القانون المدني الليبي⁽¹⁾ قد كان مقاماً على غير أساس من القانون الأمر الذي يتعين معه نقضه»⁽²⁾.

تناول هذا الحكم مسألتين من مسائل فقه القانون المدني، الأولى: هي ضرورة التزام القضاء بمراعاة تدرج مصادر القانون، وفقاً لما نصت عليه المادة الأولى من التقنين المدني.

(1) المادة الأولى من القانون المدني الليبي «تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو فحواها... . فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

(2) نقض مدني 31 من شهر كانون 1966م، مجلة المحكمة العليا الليبية ج 3، ص 294 - 297.

والمسألة الثانية: تطبيق المبدأ المعروف في فقه المعاملات بأن

الجوانح THEORIE DES FLEAUX .

وستقتصر دراستنا في هذا البحث على نظرية الجوانح باعتبارها الاستثناءات الهامة في مجال التعاقد في ظل نظام قانوني يرتكز على مبدأ إن العقد هو شريعة المتعاقدين ولا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يحددها القانون⁽¹⁾، فما هي الجوانح؟ وإلى أي أساس قانوني ترتكز؟ وما شروط تطبيقها؟ وما هي آثارها.

نتناول فيما يلي الإجابة على هذه التساؤلات لنحاول إبراز الخصائص المشتركة بين هذه النظرية الإسلامية المصدر، وبين ما يعرف في القانون الوضعي باسم نظرية الحوادث غير المتوقعة... وتلك هي غايتنا من هذا التحليل المتواضع.

وعليه سنقسم البحث إلى فصلين نبين في الأول منها الأساس القانوني للجوانح ونحدد في الفصل الثاني شروطها وآثارها.

(1) 147 من القانون المدني الليبي.

الفصل الأول

الأساس القانوني للجوانح

الجانحة لغة (هي الكارثة، إما اصطلاحاً فإن لفظ الجانحة ينصرف إلى حالة بيع الثمار قبل جنيها إذا ما أصيبت بكوارث طبيعية وهي لازالت على رؤوس الأشجار.. ولم يكن تطبيق الجوانح محل إجماع مدارس الفقه الإسلامي.

حيث أيدها فقهاء المدرسة المالكية والحنابلة، ورفضها رفضاً قاطعاً فقهاء مدرسة الأحناف والشافعية.. والغرابة في ذلك أن مبدأ الجوانح يعتبر تطبيقاً نموذجياً من تطبيقات نظرية الضرورة التي هي محل اتفاق جميع المدارس الفقهية.

فكيف يفسر رفض فقهاء المدرسة الحنفية للجوانح وهم الذين أسسوا نظرية العذر وجعلوا منها سبباً عاماً يؤدي إلى فسخ العقد أو تعديله أو ليست الجانحة من قبيل الأعذار التي توجب التخفيف؟ والمالكيون والحنابلة وهم المعروفون بمعارضتهم الشديدة لمبدأ فسخ العقد للعذر نجدهم يقبلون بسهولة مبدأ تعديل عقد البيع في حالة الجائحة، وتعديل العقد أخطر أثراً. في الحقيقة من فسخة إذ هو تعديل في مضمون الإرادة يأتي من خارج الأطراف بعكس الفسخ الذي هو رد للمتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد.

في اعتقادنا أن سبب الاختلاف حول هذه المسأولة قد نشأ أساساً
اختلافهم في تتبع الأثر وفي منهجية البحث ..

فقهاء المدرسة الحنفية قد أسسوا رفضهم للجوانح منطلقين من
وجود سنة ثابتة في شأنها من ناحية، ولأن قواعد القياس القانوني لديهم
تحتمل تطبيقها من ناحية أخرى .. فلقد نقل عن الإمام الشافعي قوله «لو
السنة في موضوع الجوانح كانت ثابتة لأخذت بهذه النظرية، ولقد
بتخفيض الثمن في الأكثر كما في الأقل»⁽¹⁾.

ولقد روى عن ابن سعيد الخضري أن رجلاً اشترى فواكه فأصيب
بكوارث طبيعية قبل جنيها ونتج عن ذلك إصابته بخسارة، فاستشير الرسول
عليه السلام في ذلك فنصح دائئوه بأن يتسامحون معه في الدفع قائلاً: اكتف
بما وجدتموه لديه وليس لكم غير ذلك⁽²⁾.

وقد فسّر الرافضون للجوانح هذا الحديث بالقول: إن الرسول على
السلام لم يشأ أن يجعل من الجوانح نظرية ذات تطبيق عام في المعاملات
فهو لم يحدد حداً قانونياً معيناً لمقدار الجائحة ولا لتخفيض الثمن مكتف
بالنصح للأخط بمبدأ البر والإحسان⁽³⁾.

من ناحية أخرى أن قواعد القياس القانوني لا تؤيدها .. فالعقود
الواردة على بيع الفواكه تخضع للقواعد العامة في المعاملات وليس ثمة
محل لوضع استثناء خاص بها دون سائر البيوع الأخرى.

فإذا كان الأمر كذلك، فإن ترك الثمار المباعة تحت تصرف المشتري
يكون بمثابة تسليم الشيء المباع في عقد البيع.

(1) الشافعي: الأم ج 3، ص 50.

(2) ابن رشيد بداية المجتهد ص 140.

(3) ابن رشيد نفس المرجع، ص 49 - 50.

ومن المعروف أن قواعد الفقه الإسلامي تجعل تبعة هلاك الشيء المبيع بعد التسليم على عاتق المشتري .
وعليه يكون تخفيض الثمن في حالة الجائحة بعد عملية التسليم متناقضاً مع هذه القاعدة .

أما القائلون بالجوانح فلقد أتوا بالحجج التالية لتدعيم رأيهم :

أولاً :

الحديث الذي رواه جابر والذي يتلخص فحواه في أن الرسول عليه السلام قد قال «إذا ابتعت من أخيك ثمراً فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً، بم يأخذ أحكم مال أخيه بغير حق»⁽¹⁾.

ثانياً :

عن طريق القياس : حيث إن بيع الثمار قبل نضجها بعد استثناء من القواعد العامة في المعاملات التي لا تجيز التعاقد حال انعدام المحل وقت إبرام العقد . . ولم يجز هذا النوع من التصرف إلا بطريقة الاستثناء على غرار عقد الإيجار الذي يعتبر في الفقه الإسلامي من قبيل بيع المنفعة . . ومنفعة الشيء المؤجز غير موجودة تماماً وقت التعاقد، بل هي لا تحدث إلا في المستقبل ولقد أجاز هذا العقد أيضاً خلافاً للقياس لحاجة الناس إليه .

وعليه فإن قواعد الضمان الخاصة بهذه الأنماط من التصرفات يجب أن تكون هي الأخرى استثناء من القواعد العامة في الضمان ومن ثم فإن عدم وجود الفواكه وقت العقد بنقل تبعة الهلاك من المشتري إلى البائع لأن

(1) ورد هذا الحديث في المدونة الكبرى ج 12 ، ص 31 .

هذا الأخير يكون ملزماً بسقي الأشجار التي تحمل الثمار حتى نضجها⁽¹⁾.

وإلى هذين الدليلين السابقين أضاف أنصار نظرية الجوائح دليلاً منتقى هذه المرة من أحكام القضاء الإسلامي . . فلقد روى أن الخليفة الأموي عمر بن عبد العزيز، قد قضى بالجوائح في حادثة تتلخص وقد في أن سيدة تدعى «أم الحكم» وهي أموية أيضاً، قد باعت ثمار بستان تملكه وأصيبت بجائحة قبل جنيها فلم يتحصل المشتري سوى على يسير منها . . ولما طالبت البائعة من المشتري سداد جميع الثمن ردت الخليفة طلبها قائلاً إن الجوائح معمول بها لدى المسلمين ولم المشتري سوى بدفع ثمن ما تحصل عليه من الفاكهة محرراً إياه من دفع الجزء المجاح⁽²⁾.

بهذا تكن قد استعرضنا مجمل آراء الفقهاء حول تطبيق الجوائح . . ومن جانبنا فإننا نؤيد التحليل الذي توصل إليه فقهاء المالكية في هذا الخصوص . . إذ تطبيق نظرية الجوائح في المعاملات مع المبادئ العامة للشريعة الغراء حتى مع عدم وجود سنة ثابتة في شأنها فهي تندرج بطريقة أو بأخرى، تحت القواعد الشرعية المعروفة بقول «الشدة توجب التيسير - ولا ضرر ولا ضرار . . إلخ» تلك القواعد التي تقوم عليها نظرية الضرورة الواسعة التطبيق في جميع المدارس الفقهية بدون استثناء.

من ناحية أخرى ليس ثمة تعارض فعلى في اعتقادنا بين الدليلين الحقيقيين للحديثين السابقين في شأن الجوائح . . وإن صح وجود التعارض فلا يعد أن يكون تعارضاً ظاهرياً فقط، فالحديث الذي رواه

(1) ابن رشد - المرجع السابق ص 40.

(2) المدونة الكبرى ص 2، ص 31 - 32.

سعيد الخضري وفره رافضى الجوائح بالقول إن الرسول عليه السلام قد دعا فيه إلى أعمال البر والإحسان هو تفسير فيه نظر.. إذ يمكن القول بأن شروط تطبيق الجائحة لم تتوافر في هذه الحادثة: كان يكون التلف الذي أصاب الفواكه بفعل الجوائح لم يدمر إلا جزءاً يسيراً من الثمار، أو أن يكون المشتري قد ساهم بفعله في ازدياد خسارته.

الفصل الثاني النظام القانوني للجوائح

نتناول في هذا الفصل الشروط الواجب توافرها لتطبيق نظرية الجوائح في المبحث الأول ثم نحدد آثارها في المبحث الثاني.

المبحث الأول

شروط تطبيق نظرية الجوائح

بالنسبة إلى الإمام مالك «مؤسس المدرسة» فإنه لم يفرق في معرض حديثه عن الجوائح، بين فعل الإنسان وفعل الطبيعة فكليهما في رأيه جائحة يوجب تخفيض الثمن.. وبذلك يعتبر في عداد الجوائح «الجراد والحريق وشدة البرد والمطر والفيضانات والطيور الجارحة وجيش العدو»⁽¹⁾.

أما بقية فقهاء المدرسة المالكية فلقد انقسم الرأي عندهم حول تحديد ماهية الجائحة.. فبعضهم يرى أنه فقط الكوارث الطبيعية هي التي تعتبر من الجوائح إما أفعال الإنسان كالسطو والسرقات المسلحة والحريق فهي ليست من قبيل الجوائح في مجال تطبيق هذه النظرية.. ويبدو لنا أن الذين تراءى لهم قصر مجال الجوائح في الكوارث الطبيعية دون أفعال الإنسان قد يكونوا متأثرين بالحديث الذي رواه البخاري أن أنس ابن مالك من أن الرسول عليه السلام قد نهى عن بيع الثمار قبل نضجها قائلاً في نهاية حديثه هذا «أرأيت لو منع الله الثمر من الظهور».

غير أن التمسك بمعنى هذا الحديث قد لا ينهض دليلاً كافياً لقصر فكرة الجوائح على أفعال الطبيعة دون غيرها.

فهذا الحديث جاء لمعالجة مسألة أخرى من مسائل المعاملات المالية في الإسلام وهي مسألة حظر التعامل في المعدوم بصفة مطلقة.

(1) المدونة ص 12، ص 38.

ومن جانبنا فإننا نؤيد التعريف الذي أعطاه الفقيه ابن عاصم عند
«يعتبر حادث فجائي كل حادث لا يستطيع دفعه كالرياح والسرقات والسطو المسلح»⁽¹⁾.

فهذا التعريف فضلاً عن كونه يتسم بالمعرونة ويضم في أن واح
الإنسان وفعل الطبيعة في تحديد معنى الجوائح، فهو في نفس الوقت
على الحادث الفجائي الذي تتحقق به الجائحة طابعي عدم التوقع
إمكانية الدفع الأمر الذي IBREVISBLE ET IRRESISTIBLE يقرب
الجوائح عند فقهاء الإسلام من دائرة نظرية الظروف غير المتوقعة
كرستها بعض التشريعات الحديثة ومنها المشرع الليبي في المادة (147)
التقنين المدني⁽²⁾.

ويتفق الفقهاء على ضرورة توافر شرطين أساسيين لإمكانية أ
الجوائح الأول: هو وجوب حدوث الجائحة في الوقت الذي يتطلب
التمر على الشجر حتى يستوفي نضجه، والشرط الثاني: أن تحدث الج
بالثمر خسارة فادحة ونتناول بالتفصيل هذين الشرطين كما يلي:

1 - زمن الجائحة: إن الوقت المحدد لأعمال نظرية الجوائح
مجيء الحادث المفاجيء في الفترة التي تفصل بين انعقاد العقد و
الثمار إذ في هذه الفترة بالذات يقع على عاتق البائع التزام سقي الأشجار
ولا صعوبة في تقرير هذا الأمر إذا كانت الثمار قد تم قطفها فور
نضجها... غير أن الصعوبة قد تثور في الحالة التي يترك فيها المشتري
الثمار باختياره بعد نضجها على رؤوس الأشجار ليتسنى له بيعها طاز
وعلى فترات متعاقبة وهي حالة كثيرة الوقوع في هذا النوع من البيوع...

(1) N. ACEM. ATOHFA. TRAITE DE DROIT MUSULUMAN. TRADNIT

R. HOUDAS ALGER. 1832. N. 729.

(2) انظر لمزيد من التفاصيل في هذا المجال رسالتنا للدكتوراه بالفرنسية. theorie

LIMPREVION EN DROIT LIPIYEN COMPARE. MONTPELLIER 1984.

هو الحل إذا أجيحت الثمار في هذه الفترة؟ لقد اختلفت إجابات الفقهاء حول هذا الافتراض حيث قال بعضهم إن النضارة كالنضج كلاهما مطلوب في سوق الفاكهة ومن ثم نتوصل إلى القول بتطبيق النظرية في هذه الحالة . . . وذهب البعض الآخر إلى عكس هذا الاتجاه مستندين على شرط الضمان إذ التزم البائع بالضمان يتحدد فقط بالفترة التي يكون فيها ملزماً بسقي الأشجار وهي فترة النضج «وليست فترة الجني» .

وعليه فالخسارة التي تحدث بعد ذلك تكون على عاتق المشتري⁽¹⁾ . وفي اعتقادنا أن أنصار الرأي الأول يستندون على تفسير الإرادة الضمنية للمتعاقدين دون إرادتهم الصريحة فكأنما المتعاقدان قد اشترطا ضمناً امتداد فترة الضمان حتى نهاية الموسم كشرط ضمني في العقد اشترطه المشتري وقبله البائع أما أصحاب الرأي الثاني فلعلهم يتمسكون بتفسير الشروط الصريحة في التعاقد . . . ومعنى ذلك أنه في حالة غياب شرط صريح في العقد يقضى بامتداد فترة الضمان فلا مناص من القول بانتهائها أن نصجت الفواكه حتى ولو تركت على الأشجار لفترة أخرى قد تطول أو تقصر تبعاً لظروف التسويق .

ونحن من جانبنا نؤيد الاتجاه الأول فهو الأقرب إلى روح التشريع الليبي استنتاجاً من تفسير نص الفقرة الثانية من المادة (152) من القانون المدني التي تقول إذا كان هناك محلاً لتفسير العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات .

وهذا التفسير يكون موكولاً للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع يتبينه من العرف الجاري في المعاملات . . . وعليه إذا كانت الفاكهة المباعة

(1) ابن رشد ص 142 .

بطبيعتها لا تؤكل إلا نضرة، من الممكن اعتبار النضارة عاملاً أساسياً
المحل ويشملها الضمان في فترة النضج وفي فترة الجنين... وبالمقابل
كانت الثمار المباعة من النوع الذي يؤكل نضراً كما يؤكل جافاً أمكن
إن الضرر الناتج بعد التسليم يكون على المشتري وحده وليس ثمة
لأعمال الجوائح في هذا الافتراض.

ويكون تقدير القاضي في ذلك بمنأى عن رقابة النقص لأنه ينص
على مسألة من مسائل الواقع التي تخضع لمطلق السلطة التقديرية للقضاء
بعكس ما إذا كانت شروط تطبيق الجوائح متوافرة غير أن القاضي يستبعد
لأمر أو لآخر هنا يكون حكمه محلاً للنقص من المحكمة العليا وهذا هو
فعله محكمتنا العليا في حكمها المشار إليه آنفاً والذي أثار انتباهنا إلى ك
هذه السطور. لأن الأمر هنا يتعلق بمسألة قانون تخضع لرقابة النقص.

الشرط الثاني: الخسارة الفادحة - لكي يكون هناك محلاً لتط
الجوائح يجب أن يصل الحد الذي تدمره الجائحة إلى حد الخس
الفادحة.. إذ الضرر العادي قد جرت العادة على التسامح فيه فالتجارة
وتحتّم، ويتفق الفقهاء على تحديد مقدار الثلث كحد للجائحة ولم يك
اختيارهم للثلث قد جاء جزافاً بل له في الواقع ما يبرره من السنة وأقو
التابعين وأيضاً قواعد المنطق.. فمن ناحية قد جعل الرسول الكريم
الثلث حداً أقصى للإيضاء وإن كان هذا التحديد قد ورد من الرسول ع
السلام في مسألة الوصية فليس هناك ما يمنع من الارتكان إليه في مس
المعاملات.. كما قد نقل عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قوله «
الجائحة تكون إذا أصابت الثلث»⁽¹⁾.

من ناحية أخرى لا يخفى اتفاق تحديد مقدار الثلث مع قواعد المنط
القانوني فثلث الشيء يساوي الكثير وإذا تجاوزت الخسارة هذا الحد لا ش

(1) المدونة الكبرى - ص 12، ص 31 - 32.

في اعتبارها فادحة.. أما دون ذلك فمن الممكن اعتبارها خسارة مألوفة خاصة في هذا النوع من المعاملات الذي هو بطبيعته عرضه للخسارة ولو بفعل الطير والرياح.

وبهذا التحميد يمكننا القول إن فقهاء المدرسة المالكية قد رسموا بوضوح الحدود الفاصلة بين الخسارة المتوقعة والخسارة الفادحة.

وهو نفس الحل الذي اتبعه في القانون الحديث كل من المشرع الإيطالي في المادة (1467) من القانون المدني الإيطالي الصادر عام 1942م⁽¹⁾، والمشرع الليبي في الفقرة الثانية من المادة (147) من التقنين المدني⁽²⁾.

(1) Voir: code civil italien, promulgue, le 16 Mars 1942. Publie dans l'edition extraordinaire de la Gazette officielle du 4 Avril 1942. Livreseme partie des obligations.

(2) Traduction du Ministere des affaires etrangere et du commerce exte rienre. service de la legislation Etvangere. Bruxelles 1954.

المبحث الثاني

آثار الجوائح

إذا اجتمع في الجائحة الشرطان السابقان جاز للقاضي تخفيض الثمن المتفق عليه في العقد ويجمع فقهاء المدرسة المالكية على مقدار الثلث كحد أدنى للتخفيض غير أنهم يختلفون في كيفية تحديده.. ما إذا كان الثلث المقصود هو ثلث الكمية المباعة أم ثلث الثمن..؟ ولقد جاء في المدونة⁽¹⁾، رأيان متعارضان:

الأول: يقول إنه لا محل لتخفيض الثمن بسبب الجوائح إلا إذا أتلّف الجائحة على الأقل مقدار ثلث الثمار المباعة - حتى ولو كان ثمن الكمية التالفة يصل إلى تسعة أعشار الثمن الإجمالي وعلى العكس من ذلك إذا وصلت الكمية التالفة إلى حد الثلث وجب التخفيض حتى ولو كان ثمن الممتلّف لا يتعدى عشر الثمن المتفق عليه في العقد.

أما الرأي الثاني فهو يقول: بأن التقدير يجب أن يكون مقترناً بالثمر وليس بالمقدار.. ومن ثم يجوز التخفيض إذا وصل ثمن الجزء الذي أتلّفت الجوائح إلى ثلث المبلغ المتفق عليه حتى ولو كانت الكمية الممتلّفة بفعل الجوائح لا تصل إلى ثلث الكمية المحددة في العقد والعكس بالعكس.

ويبدو وجاهة هذا الرأي من الناحية القانونية فالحسارة تعتبر بالفعل

(1) المدونة الكبرى - ص 12، ص 26 - 27.

فادحة بالنسبة للمشتري إذا وصلت إلى ثلث الثمن المتفق عليه أو جاوزته .
وقد لا تكون كذلك، في بعض الحالات، أو تكون على الأقل يسيرة
ولو كانت الكمية المتلفة من المثار تجاوزت الثلث إذا استطاع المشتري أن
يعوض ما لحقه من خسارة بالبيع في ظروف جيدة .

غير أنه مع وجاهة ومنطقية هذا الرأي الذي نتحيز له، فإن الإجماع
يكاد يكون منعقداً لدى فقهاء المالكية حول الرأي الأول . فلقد أورد خليل
في مجموعته التي وصلت إلى أيدينا مترجمة إلى اللغة الفرنسية عن الإمام
مالك قوله «إن الخسارة الناتجة من جراء الحادث الفجائي تكون سبب في
تخفيض الثمن إذا جتمع فيها الشروط الآتية :

1 - أن تتلف الجائحة على الأقل ثلث الكمية المباعة من الثمار .

2 - أن تحدث الجائحة والفواكه على أغصان الأشجار .

3 - أن تكون الثمار قد بيعت بدون الأشجار»⁽¹⁾ .

خاتمة:

هكذا نكن قد استعرضنا باختصار جم نطاق مبدأ الجوائح في الفقه
المالكي . . ولا يسعنا إلى أن نؤكد بأن تلك النظرية تتشابه إلى حد بعيد مع
نظرية الظروف الطارة في القانون الوضعي .

وقد تذهب إلى أكثر لنقول إن مبدأ الجوائح ما هو إلا تطبيق خاص من
تطبيقات الظروف الطارة في مجال بيع الثمار . . فالنظريتان متشابهتان في
الشروط وأيضاً في الآثار . . تطبيق الجوائح يفترض حدوث حادث فجائي
لم يكن بوسع المتعاقدين توقعه وقت إجراء التصرف، وذلك كالفيضان أو
شدة الحر والبرد أو غارات الجراد .

(1) code Musulman par KHALIL RITE MALIKITE. Traderit Pav Seigntte (1)
NouvVelle èdètion Paris 1911. n 286.

وهذا هو ما يعبر عنه في الفقه الحديث: بالحادث الاستثنائي العام المتوقع الذي تجعل منه الفقرة الثانية من المادة (147) من التقنين المدني الليبي شرطاً أساسياً لتطبيق نظرية الظروف الطارئة.

من ناحية أخرى أن الأثر المترتب على تطبيق مبدأ الجوائح هو وقاية القاضي بتعديل الثمن... ونفس الأثر نجده مقررأ في التشريع الليبي بمقتضى نص المادة (147) التي تخول القاضي إذا اجتمعت شروط الحادث الطارئة التدخل لرد الالتزام المرهف إلى الحد المعقول.

وإن أول عمل يقوم به القاضي في هذا المجال هو تعديل الثمن وذلك لإزالة الغبن الذي قد يلحق بأحد المتعاقدين ليخلق نوع من التوازن بين التزامات الطرف المغبون في مواجهة التزامات الطرف الآخر⁽¹⁾.

وبالإضافة إلى ما تقدم، لم يقف فقهاء المدرسة المالكية عند حد بيان الثمار في تطبيقاتهم لمبدأ الجوائح بل لقد توسعوا في هذا الاستثناء حتى شمل أجره الأراضي الزراعية فلقد جاء في التحفة لأن عاصم «إن استمر الجفاف أو الفيضان يعتبر في مجال أجره الأراضي الزراعية حالة من حالات القوة القاهرة ويؤدي بالتالي إلى تخفيض الأجرة وذلك تبعاً لأهمية الضرر الناتج عن القوة القاهرة»⁽²⁾.

والجدير بالذكر أن نفس الحل هو مطبق لأن في العديد من التشريعات الحديثة... فعلى سبيل المثال نصت المادة (1769) من القانون المدني الفرنسي على أنه «إذا كانت إجارة الأراضي الزراعية معقودة لسنوات طويلة وكان نصف المحصول على الأقل قد هلك بقوة القاهرة، فللمزارع أن يطالب بتخفيض الأجرة إلا إذا ثبت أنه قد عوض عما أصابه من ضرر مما عاد عليه

(1) رسالتنا للدكتوراه السابقة الإشارة إليها ص 120، وما بعدها.

(2) IBN AGEM. LA TOHA. OP. Cit. N. 1042-1043.

من أرباح من المحاصيل السابقة».

ولقد طبق المشرع الليبي نفس الحل تقريباً عندما نص في المادة (615) من التقنين المدني على أنه «إذا بذر المستأجر الأرض وهلك المحصول كله أو قسم كبير منه لحادث طارئ أو قوة فاهرة جاز له أن يحصل على تخفيض معقول من قيمة الأجرة».

وفي رأينا أن قانون الالتزامات السويسري قد اعتمد حلاً أكثر مرونة من ذلك الذي طبقه على السواء القانونيين الفرنسي والليبي في هذا المجال حيث نصت المادة (287) على ما يلي «يجوز لمستأجر الأراضي الزراعية المطالبة بتخفيض متناسب لأجرة الأرض الزراعية إذا ثبت أنه على أثر حوادث أو جوائح استثنائية وغير متوقعة أن المحصول العادي للأرض المؤجرة قد أصيبت بنقص فادح»⁽¹⁾.

وبعد هذا الاستعراض يمكننا استخلاص النتائج التالية: «إن فقهاء الإسلام قد توصلوا بطريقتهم الخاصة إلى تقرير مبدأ الظروف غير المتوقعة وإلى اعتباره سبباً في تدخل القاضي لتعديل العقد، دون أن يصلوا مع ذلك إلى الحد الذي يجعل من هذا المبدأ نظرية ذات تطبيق عام في جميع أنواع المعاملات.

وتتبعاً للحقيقة العلمية التي هي شعار كل باحث يريد أن يضع ثمار جهده العلمي في خدمة العلم وحده دون التعصب لفكر إنساني ضد فكر إنساني آخر نرى من الضروري أن نتعرض للرأي الذي قدمه الأستاذ الفرنسي الكبير De Belefonds في بحثه تحت عنوان «الشرعية الإسلامية والقانون المدني المصري الجديد والذي قدمه إلى المؤتمر الدولي للقانون المقارن الذي انعقد بباريس من 1 - 8 من شهر أغسطس (هانيبال) 1954م».

(1) Art. 287. code suisse des obligations: «le peneur dun bien rural peut exiger une semise pro-pottionnelle du fermage, si par suite d'accidents on calamites extraordinaires, le paspport C.S. des obligations loeme edition.

والذي أنكر فيه وحدة الأصل التاريخي بين نظرية الظروف الطارئة
تشريعات البلاد العربية وقواعد الفقه الإسلامي :

Recente theorie de l'imprevisiou, accueillie par le nouveau code
l'egyptien ne parait avoir qu'une affinitetres lointainte avec les
gles du droit Musulman anxquelles ou tient de les Ratacher»⁽¹⁾

إن النظرية الحديثة للظروف الطارئة التي استقبلها مؤخراً التق
المدني المصري الجديد لا تمت، على ما يبدو، إلاً بصلة قرابة بعيدة
مع قواعد الفقه الإسلامي الذي يدعى بانتمائها إليه .

ومع احترامنا لرأي هذا الأستاذ الكبير والمعروف بآرائه الاستشر
تقول إن تطبيق المالكيين لمبدأ الجوائح بالصورة التي سبق لنا عرضها
لم يصل إليه أو ربما يكون قد وصل إليه غير أنه لم يتأمل فيه ليعطيه حقه
البحث والتحليل شأنه شأن بقية المسائل القانونية الأخرى التي حظ
باهتمامات هذا الباحث الكبير . . وإلاً لما أضطر إلى القول بأن :

a Revision du contrat ne jamais ete prise en cousideration par les
teurs musulman⁽²⁾».

إن تعديل العقد لم يكن قط محل اهتمام كتاب الإسلام .

إن تخفيض ثمن الثمار المجاحة والذي تزخر به كتب فقهاء المدر
المالكية يكفي لتنفيذ رأي الأستاذ De Bellefonds غير أننا نفضل تسد
الأمر بمسمياتها معترفين بأن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يتوصلوا إلى إقا
بناء قانوني متكامل لنظام الجوائح يضم تحت لوائه مختلف أنواع مسا
المعاملات كما هو الحال لأن في القانون المعاصر - في نظرية الظروف

(1) NANT DE BELEFONDS: le droit musulman et le nouveau code cieville
gyptien. Rapport presente au congres International de droit compare. Paris du 1
8 Aout 1954. Annalles Juridiques economiques et sociales de la fac. de droit.
ALGER. 1956.N.4.p.223.

(2) naut DE BELEFONDS. Op. Cit. p.229

لمزيد من التفاصيل رسالتنا للدكتوراه بالفرنسية ص 131 ، وما بعدها .

الطارئة وذلك راجعاً بالطبع إلى منهجيتهم في البحث فقلما كان فقهاء الإسلام يهتمون بصياغة النظريات العامة قدر اهتمامهم بالتطبيقات والفروع⁽¹⁾.

فالحلول الفقهية المسماة بالفتاوى كانت ترد عند هؤلاء حسب الحاجة ووفقاً للظروف في أمور متنوعة دون أن تصاغ في قوالب مفصلة أو في أطر ونظريات عامة.

فإذا كانت نظرية عامة للعقد تحتوي على شروطه وأركانه وانحلاله وآثاره لم توضع في وحدة واحدة، حيث دأب الفقهاء على دراسة كل عقد من العقود على حده عقد البيع وعقد الإيجار.. إلخ ناهيك عن نظرية خاصة للظروف الطارئة التي ما هي إلا استثناء يجيز للقاضي التدخل في تنفيذ العقد إذا طرأت بعد إبرامه ظروف استثنائية عامة وغير متوقعة.

(1) voir CHEHATA CHAFILS. Theorie generale de l'obligation en droit Musulman hanefite. Sirey 199. p.41.

قائمة المراجع

أولاً: مراجع اللغة العربية:

- 1 - ابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، طبع صبيح القاهرة
- 2 - الشافعي: كتاب الأم - الجزء الثالث.
- 3 - مالك بن أنس: المدونة الكبرى - الجزء الثاني عشر - ط
السيدة زينب القاهرة - 1323 هـ.

ثانياً: مراجع باللغة الفرنسية:

- 1) Lauthentique tradition musulmane: choix de Hadites, Trad. G.H.Bousauet Edition Fasguelle. Paris 1969. T.1.
- 2) IBN ACEM: la Tohfa: Trad. Par Houdas et mattel ALGER 1882.
- 3) KHALIL: code musulman. Trad. Seignette. Nouvelle Edition. Paris. 1911.
- 4) CHETA CHAFIK: la theorie generale de l'obligation en droit musulman hanelite Paris, Sirey, 1969.
- 5) DE. BELLEFONDS. Linant: le droit musulman et le nouveau code civil egyptien.
Annalles juridigues, economiques et sociales. de la Faculte de droit ALALGER 1956 - N. 4.

القسم الثالث

القوانين واللوائح

أولاً: القوانين

- 1 - قانون رقم (6) لسنة 1413م بشأن أحكام القصاص والدية .
- 2 - قانون رقم (9) لسنة 1423م بشأن تعديل أحكام القانون رقم (10) لسنة 1984م افرنجي ، بشأن الزواج والطلاق وآثارهما .
- 3 - قانون رقم (13) لسنة 1423م بشأن تعديل أحكام القانون رقم (11) لسنة 1984م افرنجي بشأن المرور على الطرق العامة .

قانون رقم (6) لسنة 1423م بشأن أحكام القصاص والدية

مؤتمر الشعب العام،

تنفيذاً لقرارات المؤتمرات الشعبية الأساسية في دور انعقادها العاشر الثاني لعام 1403 و.ر الموافق 1993م والتي صاغها الملتقى الأول للمؤتمرات الشعبية الأساسية واللجان الشعبية والنقابات والاتحادات والروابط المهنية «مؤتمر الشعب العام» في دور انعقاده العادي الثاني للفترة من 10 إلى 17 شعبان 1403 من وفاة الرسول الموافق من 22 29 أي النار 1423م.

واهتماماً بأحكام شريعة المجتمع «القرآن الكريم».

وبعد الاطلاع على إعلان قيام سلطة الشعب.

وعلى الوثيقة الخضراء الكبرى لحقوق الإنسان في عصر الجماهير

وعلى القانون رقم ٢٠ لسنة 1991م بشأن تعزيز الحرية.

وبعد الاطلاع على قانوني العقوبات والإجراءات الجنائية والقوانين
المكملة لهما.

صیغ القانون الآتی

المادة الأولى

القتل عمداً،

يعاقب بالإعدام قصاصاً كل من قتل نفس عمداً إذا طلبه أولياء الدم ويسقط القصاص بالعفو ممن له الحق فيه وتكون العقوبة الدية.

المادة الثانية

من یثبت له حق القصاص :

یثبت الحق فی القصاص لأولیاء دم المجنی علیه العاقلین البالغین سن الرشد وإذا عفا أحدهم سقط الحق فی القصاص.

وللدولة الحق فی القصاص وفي العفو إذا لم یكن للمجنی علیه ولی دم أو كان ولی دم مجهول المكان أو غائباً لا ترجى عودته ومن فی حكمه.

المادة الثالثة

القتل الخطأ،

مع عدم الإخلال بأحكام قانون المرور على الطرق العامة وقانون تحريم الخمر وقانون المخدرات والمؤثرات العقلية يعاقب كل من قتل نفساً خطأ أو تسبب في قتلها بغير قصد ولا تعمد بالدية كما ورد في سورة النساء الآية 91 - 92.

المادة الرابعة

على من تجب الدية،

- 1 - تجب الدية في مال الجاني في القتل العمد وتتعدد بتعدد القتلى
- 2 - إذا كان القاتل عمداً حدثاً أو مجنوناً فالدية تتحملها العاقلة .

المادة الخامسة

تجب الدية على العاقلة في القتل الخطأ وتتعدد بتعدد القتلى فإن توجد عاقلة تولاهها المجتمع .

المادة السادسة

تستحق دية القتل للورثة حسب أحكام الميراث .

المادة السابعة

تطبق مبادئ أحكام الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص القانون فيما لم يرد بشأنه نص فيه .

المادة الثامنة

ينشر هذا القانون في الجريدة الرسمية وفي وسائل الإعلام المختلصة ويعمل به من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية .

مؤتمر الشعب العربي

صدر بتاريخ: 17 شعبان 1403 و.ر

الموافق: 129 أي النار 1423م.

**قانون رقم (9) لسنة 1423م
بشأن تعديل بعض أحكام القانون رقم (10) لسنة 84 م
بشأن الزواج والطلاق وآثارهما**

مؤتمر الشعب العام،

تنفيذاً لقرارات المؤتمرات الشعبية الأساسية في دور انعقادها العادي الثاني لعام 1403 و. ر الموافق 1993 التي صاغها الملتقي العام للمؤتمرات الشعبية الأساسية واللجان الشعبية والنقابات والاتحادات والروابط المهنية «مؤتمر الشعب العام» في دور انعقاده العادي الثاني في الفترة من 10 إلى 17 شعبان 1403 من وفاة الرسول الموافق من 22 إلى 29 أي النار 1423م.

وبعد الاطلاع على الوثيقة الخضراء الكبرى لحقوق الإنسان في عصر الجماهير.

وعلى القانون رقم (20) لسنة 1991م بشأن تعزيز الحرية.

وبعد الاطلاع على القانون رقم (10) لسنة 1984م بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهما.

وعلى القانون رقم (22) لسنة 1991م بتعديل بعض أحكام القانون رقم (10) لسنة 1984م بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهما.

صيغ القانون الآتي المادة الأولى

تستبدل بالمادة الثالثة عشرة من القانون رقم (10) والمعدلة بال
الأولى من القانون رقم (22) لسنة 1991م المشار إليهما النص التالي:

يجوز للرجل أن يتزوج بامرأة أخرى إذا وجدت أسباب جدية وبت
أحد الشرطين الآتيين:

- 1 - موافقة الزوجة التي في عصمته أمام المحكمة الجزئية المختصة
- 2 - صدور حكم بالموافقة من المحكمة الجزئية المختصة في دع
تختصم فيها الزوجة. ويترتب على عدم مراعاة أحد هذين الشرطين:
بطلان الزواج، وللمرأة الأولى أن تتقدم بدعوى شفوية أو كن
ترفعها لطلب تطليق الزوجة الثانية لأقرب محكمة لها، كما يجوز لها
تقدم شكواها عن طريق اللجنة الشعبية للمؤتمر الشعبي الأساسي، أو أقر
مأذون أو امام جامع أو نقطة أمن شعبي محلي أو أقرب نقابة أو جم
نسائية. وعلى هؤلاء إحالة الشكوى في أقرب وقت للمحكمة المختصة
للفصل فيها.

المادة الثانية

تعدل أحكام المادة الستون والفقرة (أ) من المادة السبعين من القا
رقم (70) لسنة 1984 م المشار إليها على الوجه الآتي:
70

المادة الستون:

- أ - يجوز كفالة الطفل مجهول الأبوين أو مجهول الأب بموافقة أمه
اليتيم في حالة عدم وجود أقارب معروفين لهم حق الولاية عليه، وذ

بالشروط والأوضاع التي تنص عليها اللوائح السارية .

ب - إذا حكم بثبوت نسب الطفل المكفول نزع من كافله ، وسلم لمن ثبت له نسبه .

ولا يجوز نزعه دون رضاه مهما كانت سنه ، مع عدم تأثير ذلك على نسبه الحقيقي .

ج - للكفيل أن يوصي للمشمول بكفاله بجزء من ماله يعادل نصيب أحد أبنائه أو بناته وبما يتفق مع أحكام الوصية الواجبة .

المادة السبعون :

أ - لا يجوز المساس بحق المرأة الحاضنة أو معدومة الولي في البقاء ببيت الزوجة بعد طلاقها أو وفاة زوجها ما لم تأت بفاحشة .

المادة الثالثة

يلغى كل حكم يخالف أحكام هذا القانون .

المادة الرابعة

ينشر هذا القانون في الجريدة الرسمية وفي وسائل الإعلام المختلفة ، ويعمل به من تاريخ نشره .

مؤتمر الشعب العام

صدر بتاريخ : 17 / شعبان / 1403 و . ر

الموافق : 29 / أي النار / 1423 م .

قانون رقم (13) لسنة 1423م

بشأن تعديل بعض أحكام القانون رقم 11 لسنة 84م
بشأن المرور على الطرق العامة

مؤتمر الشعب العام،

تنفيذاً لقرارات المؤتمرات الشعبية الأساسية في دور انعقادها الع
الثاني لعام 1403 و.ر الموافق 1993م والتي صاغها الملتقي العام للمؤتم
الشعبية الأساسية واللجان الشعبية والنقابات والاتحادات والروابط الم
«مؤتمر الشعب العام» في دور انعقاده العادي الثاني في الفترة من 9 إلى
شعبان 1403 و.ر الموافق من 22 إلى 29 أي النار 1994م.

وبعد الاطلاع على القانون رقم (11) لسنة 84م بشأن المرور
الطرق العامة،

وعلى قانون العقوبات،

وعلى قانون الإجراءات الجنائية.

صيغ القانون الآتي

المادة الأولى

أولاً: تضاف فقرة جديدة للمادة «السادسة والعشرون» تحت بند
يجري نصها كالتالي:

«و» أن يكون متمتعاً بالقدر الكافي للنظر، على أن يخضع فاقد إحدى عينيه للكشف الطبي سنوياً للتأكد من توافر هذا الشرط.

وأن لا يكون فاقداً لأحد أطرافه، وفي هذه الحالة لا يرخص له إلا بقيادة المركبات الآلية المخصصة للمعاقين وفقاً للتشريعات النافذة.

ثانياً: تعدل المواد الخامسة والخمسون، والسادسة والخمسون، والفقرة «1» من المادة السابعة والخمسون، والتاسعة والخمسون، والسادسة والستون، والسابعة والستون وذلك على النحو التالي:

المادة الخامسة والخمسون:

مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد تنص عليها القوانين الأخرى يعاقب بغرامة لا تقل عن عشرين ديناراً ولا تزيد على مائتي دينار.

1 - كل من خالف أحكام المواد الثالثة، والخامسة، والرابعة عشرة، والتاسعة عشرة، والخامسة والأربعون، والسادسة والأربعون، والسابعة والأربعون، فقرة (1) من هذا القانون.

2 - كل من استعمل مركبة آلية في غير الغرض المرخص به في استعمالها.

3 - كل من قاد مركبة آلية بعد سحب ترخيصها أو ترخيص القيادة منه.

4 - كل من سرق أياً من الإشارات أو علامات المرور التي تضعها الجهات المختصة أو تعمد تغيير مكانها أو إخفائها أو تشويهها أو إتلافها.

5 - كل من قام بتصليح أي عطل خارجي بأية مركبة ناتج عن حادث تصادم دون الحصول مقدماً على موافقة كتابية من شرطة المرور.

6 - كل من قاد مركبة آلية على الطريق العام بسرعة تزيد عن المقرّر طبقاً للقانون.

المادة السادسة والخمسون:

مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد تنص عليها القوانين الأعلى يعاقب كل من اخترق بمركبته الإشارة الضوئية الحمراء بغرامة لا عن عشرين ديناراً ولا تزيد عن مائة دينار، ويحجز المركبة لمدة لا عن شهرين ولا تزيد عن خمسة أشهر مع سحب ترخيص القيادة لنفسها.

ولا يجوز إيقاع الحجز على المركبة إذا كانت مملوكة للمجتمع .
الفقرة / 1 / من المادة السابعة والخمسون:

يعاقب بغرامة لا تقل عن عشرين ديناراً ولا تزيد على مائتي دينار من يخالف أحكام البنود 1، 2، 3، 4 من هذه المادة.

المادة التاسعة والخمسون:

مع عدم الإخلال بأحكام قانون تحريم شرب الخمر وقوانين المخدرات والمؤثرات العقلية يعاقب بالسجن كل من قتل بمركبته نفسه خطأً أو تسبب في قتلها.

المادة السادسة والستون:

على رجل شرطة المرور أن يكلف المخالف عند ضبطه من قتل لإحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون إذا كانت عقوبتها الغرامة فقط بدفع الحد الأدنى للغرامة المقررة فوراً مقابل إيصال بذلك فإذا ع

المخالف عن الدفع الفوري أمهله رجل الشرطة مدة لا تتجاوز أسبوعاً للدفع بضمنان رخصة القيادة أو ترخيص المركبة، فإذا انتهى لأجل ولم يتقدم للدفع في الميعاد، أحال رجل الشرطة الأمر للنيابة المختصة ويصدر بتنظيم الدفع الفوري للغرامات طبقاً لأحكام هذه المادة وضوابطه وشروطه وكيفية توريد الغرامات وحفظ وثائق المركبات، قرار من اللجنة الشعبية العامة للعدل والأمن العام.

المادة السابعة والستون:

استثناء من أحكام المواد 296/297/298 مكرر (1) من قانون الإجراءات الجنائية يجوز لوكيل النيابة العامة في مواد الجناح والمخالفات المنصوص عليها في هذا القانون والتي لا يجب الحكم فيها بعقوبة الحبس، إصدار الأمر الجنائي بعقوبة الغرامة التي لا تزيد على مائة دينار وذلك بالنسبة للجرائم المحالة إليه من شرطة المرور والتي لم يتم دفع الغرامة عنها طبقاً لأحكام المادة السادسة والستون من هذا القانون، فإذا امتنع المخالف عن الدفع أمام النيابة العامة وجب على النيابة العامة حجز المركبة الآلية وعرض الأمر على قاضي المحكمة الجزئية المختصة بنظر الدعوى مع استمرار حجز المركبة.

وللقاضي أن يوقع عقوبة الغرامة طبقاً لأحكام هذا القانون بأمر يصدره على طلب النيابة العامة بناء على محضر جمع الاستدلالات أو أدلة الإثبات الأخرى بغير إجراء تحقيق أو سماع مرافعة، بالنسبة للجناح والمخالفات المنصوص عليها في هذا القانون والتي لا يجب الحكم فيها بعقوبة الحبس.

المادة الثانية

تضاف مادة جديدة تحت رقم (55) مكرر يجري نصها على النحو

الآتي : «يعاقب كل من خالف أحكام الفقرة الأولى من المادة والعشرون بمصادرة المركبة الآلية إلا إذا ثبت أنها مسروقة أو كان يقودها دون إذن من مالكيها».

المادة الثالثة

يلغى كل حكم يخالف أحكام هذا القانون.

المادة الرابعة

ينشر هذا القانون في الجريدة الرسمية وفي وسائل الإعلام المطبوعة ويعمل به من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية.

مؤتمر الشعب

صدر في سرت :

بتاريخ : 17/ شعبان/ 1403 و.ر

الموافق : 29/ أي النار/ 1423 م.

ثانياً: اللوائح

قرار اللجنة الشعبية العامة رقم (139) لسنة 1423م باللائحة التنفيذية لقانون الأمن والشرطة⁽¹⁾.

(1) هذا هو عنوان اللائحة كما ورد بالجريدة الرسمية العدد (7) السنة الثانية والثلاثون ص (183)، ولكن مضمون اللائحة هو «الأمن الشعبي المحلي». لذا وجب التنويه. هيئة التحرير.

**قرار اللجنة الشعبية العامة
رقم (139) لسنة 1423 م. ر
باللائحة التنفيذية لقانون الأمن والشرطة.**

اللجنة الشعبية العامة،

بعد الاطلاع على القانون رقم (10) لسنة 1992 م. بإصدار قانون
الأمن والشرطة.

وبناء على ما عرضه الأخ أمين اللجنة الشعبية العامة للعدل والأمن
العام بمذكرته رقم (4) لسنة 1423 م. ر

قررت

مادة (1)

الأمن في نطاق المؤتمر الشعبي الأساسي مسؤولية كل المواطنين
المقيمين به يمارسونه بالتناوب بينهم وعلى سبيل التطوع وفقاً للأحكام
الواردة في المواد التالية.

مادة (2)

تنشأ بدائرة كل مؤتمر شعبي أساسي نقطة للأمن الشعبي المحلي
يتحدد اختصاصها بالنطاق الجغرافي للمؤتمر.

مادة (3)

تتكون نقطة الأمن الشعبي من متطوعي الأمن الشعبي بالمؤتمر، ويكون العمل بها بالتناوب بين المتطوعين تحت إشراف عضو اللجنة الشعبية للعدل والأمن العام بالمؤتمر.

مادة (4)

تتولى نقطة الأمن الشعبي المحلي مسؤولية الأمن داخل نطاق المؤتمر الشعبي الأساسي وفقاً لما يلي:

- 1 - إدارة وتنفيذ برنامج الأمن الشعبي المحلي داخل المؤتمر بما يكفل مساهمة مواطنين في المحافظة على النظام الجماهيري القائم على سلطة الشعب وحماية الأمن والنظام والأرواح والأعراض والأموال.
- 2 - اتخاذ الإجراءات القانونية في الجرائم التي تقع ضمن اختصاص المحكمة الشعبية بالمؤتمر.
- 3 - رصد النشاطات والاتجاهات المعادية لأمن الجماهيرية العظمى وسلطة الشعب.
- 4 - مراقبة حركة الأجانب، والجهات الأجنبية.
- 5 - قبول الطلبات والمستندات المتعلقة بشؤون الجوازات والبطاقات الشخصية وشهائد الحالة الجنائية وتراخيص قيادة المركبات ومتابعة الإجراءات المتعلقة بها.
- 6 - حصر المقيمين داخل نطاق المؤتمر من مواطنين وعرب وأجانب في سجلات خاصة بكل فئة وفقاً للنماذج المعتمدة.
- 7 - المساهمة في تنفيذ برنامج الدفاع المدني.

8 - إعداد التقارير المنتظمة عن حالة الأمن بنطاق المؤتمر وإحالتها للجهة المختصة .

مادة (5)

يعد بكل نقطة عدد من السجلات والنماذج اللازمة لتنظيم وإدارة برنامج الأمن الشعبي المحلي وعلى الأخص ما يلي :

- 1 - سجل قيد المتطوعين .
- 2 - سجل البلاغات والمعلومات وما يتخذ بشأنها من إجراءات .
- 3 - سجل العمل اليومي التناوبي للمتطوعين .
- 4 - سجل لقيد الليبيين المقيمين في نطاق المؤتمر .
- 5 - سجل لقيد العرب المقيمين في نطاق المؤتمر .
- 6 - سجل لقيد الأجانب المقيمين في نطاق المؤتمر .
- 7 - سجل الجرائم اليومية .
- 8 - نموذج تطوع بالأمن الشعبي المحلي .
- 9 - بطاقة تعارف للمتطوع .

مادة (6)

يشترط فيمن يتطوع بالأمن الشعبي المحلي ما يلي :

(أ) أن يكون عربياً .

(ب) أن يكون مقيماً بدائرة المؤتمر الشعبي الأساسي .

(ج) ألا يقل عمره عن إحدى وعشرين سنة .

(د) أن يكون لائقاً صحياً.

(هـ) أن يكون حسن السيرة والسلوك.

(و) ألا يكون محكوماً عليه في جناية أو جنحة مخلة بالشرف أو إحدى الجرائم المعاقب عليها حداً.

مادة (7)

تطبق على متطوعي الأمن الشعبي المحلي القواعد والأحكام والإجراءات السارية على رجال الشرطة بالنسبة للتعويض عن الأضرار التي تلحق بهم أثناء تأديتهم لعملهم الأمني أو بسببه.

مادة (8)

تصدر اللجنة الشعبية العامة للعدل والأمن العام قراراً بتحديد شروط وأوضاع وقواعد نظام الأقدمية لمتطوعي الأمن الشعبي المحلي.

مادة (9)

يصدر بمن يمنح صفة مأموري الضبط القضائي من بين متطوعي الأمن الشعبي المحلي قرار من أمين اللجنة الشعبية العامة للعدل والأمن العام.

مادة (10)

يجوز أن يمنح متطوع الأمن الشعبي المحلي مكافأة مالية يصدر بتحديد قيمتها ومنحها قرار من أمين اللجنة الشعبية العامة للعدل والأمن العام.

مادة (11)

مع عدم الإخلال بأية إجراءات تأديبية يحرم متطوع الأمن الشعبي المحلي من المكافأة عن مدة غيابه عن العمل التطوعي بدون إذن أو مبرر مقبول.

مادة (12)

الواجبات :

يجب على عضو الأمن الشعبي المحلي ما يلي :

(أ) التقيد ببرنامج الأمن الشعبي المحلي وأن يؤدي واجباته بصدق وأمانة.

(ب) أن يتعاون مع زملائه في أداء الواجبات.

(ج) أن يحول دون مخالفة القوانين والنظم السارية أو الإهمال في تطبيقها.

(د) أن يحافظ على الأسرار التي يطلع عليها من خلال ممارسته لواجباته.

(هـ) أن يتخذ الإجراء الفوري تجاه أي نشاط يمس أمن الجماهيرية العظمى.

(و) أن يتحلى بضبط النفس أثناء ممارسته لواجباته.

مادة (13)

يحظر على متطوع الأمن الشعبي المحلي :

(أ) الغياب عن العمل المكلف به بدون إذن أو مبرر مقبول.

(ب) مخالفة الأوامر والتعليمات الصادرة بخصوص العمل .

(ج) الخروج على مقتضيات الواجب المكلف به .

(د) أن يستغل صفته لتحقيق أغراضه الشخصية .

(هـ) أن يحتفظ لنفسه بأصل أو صورة أية ورقة من الأوراق الرسمية أو ينزع هذا الأصل أو الصورة من الملفات الرسمية .

مادة (14)

مع عدم الإخلال بالعقوبات التي ينص عليها قانون العقوبات أو أي قانون آخر يعاقب تأديبياً متطوع الأمن الشعبي المحلي الذي يخالف الواجبات أو يرتكب إحدى المحظورات الواردة بهذا القرار بإحدى العقوبات التالية :

(1) الإنذار .

(2) الخصم من المكافأة .

(3) الحجز بالمقر .

(4) إنهاء العمل التطوعي بالأمن الشعبي المحلي .

مادة (15)

لا يجوز أن يوقع الإنذار إلا مرة واحدة خلال السنة ولا أن تتجاوز عقوبة الخصم من المكافأة يومين في المرة الواحدة وخمسة عشر يوماً في السنة ، وألا تزيد مدة الحجز بالمقر عن خمسة أيام في المرة الواحدة على أن يستحق المحجوز مكافأته كاملة طيلة مدة الحجز ولا يعفى المحجوز من أداء عمله المكلف به بالمقر ولا يسمح له باستقبال الزوار .

مادة (16)

يتولى محاكمة متطوع الأمن الشعبي المحلي المتهم مجلس تأديبي يشكل برئاسة مسؤول نقطة الأمن الشعبي المحلي وعضوية متطوعين بالأمن الشعبي المحلي أقدم من المتهم.

ويصدر بتشكيل المجلس قرار من عضو اللجنة الشعبية للعدل والأمن العام بالمؤتمر الشعبي الأساسي.

مادة (17)

لمجلس التأديب في أحوال الإدانة توقيع أي عقوبة من العقوبات التأديبية. ولا تكون العقوبة نافذة إلا بعد اعتمادها من عضو اللجنة الشعبية للعدل والأمن العام بالمؤتمر الشعبي الأساسي.

وللمحكوم عليه أن يتظلم لعضو اللجنة الشعبية للعدل والأمن العام خلال خمسة أيام من تاريخ إبلاغه بالعقوبة، وللعضو رفض التظلم أو تخفيف العقوبة أو إلغاؤها أو إعادة المحاكمة بمعرفته.

مادة (18)

لا يجوز لسلطة التأديب توقيع أية عقوبة على متطوع الأمن الشعبي المحلي إلا بعد سماع أقواله وتحقيق دفاعه بمحضر مكتوب.

كما لا يجوز توقيع أكثر من عقوبة واحدة عن الفعل الواحد ويجب أن يكون القرار الصادر بتوقيع العقوبة مسبباً.

مادة (19)

يصدر بتحديد إجراءات تحقيق وتأديب متطوع الأمن الشعبي المحلي قرار من أمين اللجنة الشعبية العامة للعدل والأمن العام.

مادة (20)

يحمل متطوع الأمن الشعبي المحلي بطاقة تعريف وفق النموذج المعد لهذا الغرض .

مادة (21)

تعقد لمتطوع الأمن الشعبي المحلي دورة تدريبية في مجال الأمن .

مادة (22)

يتهي عمل متطوع الأمن الشعبي المحلي في الحالات الآتية :

- (أ) العجز صحياً من أداء العمل التطوعي .
- (ب) الانتقال خارج دائرة المؤتمر الشعبي الأساسي .
- (ج) الحكم عليه في جناية أو في جنحة مخلة بالشرف أو في إحدى الجرائم المعاقب عليها حداً .
- (د) إذا تبين انحرافه السلوكي بما يؤثر على أدائه العمل التطوعي ، ولا يخل هذا باتخاذ ما يلزم من إجراءات يفرضها القانون .
- (هـ) الاستقالة .

مادة (23)

يجوز لمتطوع الأمن الشعبي المحلي حمل الأسلحة والذخائر والأجهزة اللازمة أثناء قيامه بواجباته وفقاً للضوابط المنظمة لذلك .

مادة (24)

على مركز الشرطة الواقع بنطاقه أكثر من مؤتمر شعبي أساسي :

- 1 - تلقى بلاغات النقاط فيما يتعلق بالقضايا التي تخرج عن نطاق اختصاصها.
- 2 - تقديم الدعم الأمني كلما تطلب الموقف ذلك.
- 3- تقديم المساعدة الفنية في مجال التحري عن الجرائم واكتشافها وضبط فاعليها.
- 4 - الإشراف على تنفيذ البرامج التدريبية لمتطوعي الأمن الشعبي المحلي في نطاق اختصاصه.

مادة (25)

يصدر بالهيكل التنظيمي للأمن الشعبي المحلي في المؤتمر الشعبي الأساسي قرار من أمين اللجنة الشعبية العامة للعدل والأمن العام.

مادة (26)

يلغى كل حكم يخالف أحكام هذا القرار.

مادة (27)

يعمل بهذا القرار من تاريخ صدوره، وينشر في الجريدة الرسمية.

اللجنة الشعبية العامة

صدر في: 7/ شوال/ 1403 و. ر

الموافق: ج 19/ الربيع/ 1423 م.

القسم الرابع

عرض الكتب والمجلات



«أثر التطور التكنولوجي على الحريات العامة»

تأليف د. مبدر الويس

عرض وتحليل

الدكتور موسى مسعود رحومة

الأستاذ المساعد بكلية القانون، جامعة قاربونس

صار التطور العلمي سمة هذا العصر، فقد أخذ يترك بصماته على شتى مناحي الحياة، الأمر الذي فتح أمام الإنسان آفاقاً رحبة لا قبل له بها، وذلّل أمامه سبل العيش، فأضحت حياته أكثر يسراً ورخاء من أي وقت مضى. كما أنه بالعلم وبالعلم وحده استطاع الإنسان سبر أغوار الطبيعة ومعرفة الكثير من أسرارها ومجاهلها التي كانت إلى حد قريب تمثل بالنسبة له طلاسم وألغازاً. فأمكنه بما تهيأ له من أسباب التقدم أن يرتاد الأجواء، وأن يغوص في أعماق البحار والمحيطات للتعرف على ما تحويه من مخلوقات وثروات، وأن يسخر الطبيعة لخدمته إلى حد بعيد. بل إن شغفه اللامحدود في كشف مكنونات هذا الكون العجيب وما أودعه الله فيه من أسرار دالة على عظمة الله وقدرته سبحانه وتعالى، دفعته إلى غزو الفضاء الكوني بغية الوصول إلى ما فيه من أجرام وكواكب ظل التفكير فيها إلى وقت ليس بالبعيد ضرباً من الكفر على رأي ثلة من الجهلة والمتعصبين من بعض رجال الدين الذين نسوا أوتنا سوا قوله تعالى: ﴿يَمَعَشَرِ الْجِنَّ وَالْإِنْسِ إِنَّ اسْتَطَعْتُمْ أَنْ تَنْفُذُوا مِنْ أَقْطَارِ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ فَانْفُذُوا لَا تَنْفُذُونَ إِلَّا بِسُلْطَانٍ﴾⁽¹⁾، وأن الله جلت قدرته قد حض في العديد من الآيات القرآنية على التفكير والتدبر وإعمال العقل.

والمستقبل حافل - دون شك - بالكثير والكثير مما يتجاوز حدود إدراكنا وتصورنا. إلا أن هذه الثورة العلمية العارمة، وما حققتها من مكاسب لا حصر لها لإسعاد بني البشر، باتت تنذر بمخاطر جمة بما تحمله في طياتها من تهديد للحرية الفردية للإنسان وانتهاك لحرماته وحقوقه الأساسية.

(1) الآية 33 من سورة الرحمن.

فلم يعد إنسان هذا العصر بمأمن من التطفل على حياته الخاصة من جراء استخدام المخترعات العلمية والمبتكرات الجديدة التي صار معها عارياً أو شبه مكشوف - إذا صح التعبير -، فأينما حل يكون عرضة لرصد حركاته، وضبط أحاديثه وهمساته، سواء كان في العمل أو في الشارع أو في السوق أو حتى داخل جدران بيته وفي مضجعه أحياناً.

وهذا الكتاب الذي نعرض له هنا يثير عنوانه موضوعاً في غاية الأهمية والحساسية، مما أثار فضولي في أن أتسلل بين السطور للوقوف على ما يحويه بين دفتيه من معلومات أحسب أنها على قدر كبير من الفائدة لمن تتاح له فرصة قراءته.

ولا أخفي أنه قد انتابني شعور بالقلق وأنا أطالع على عجل بعض صفحاته حتى بدا لي أن الحرية الشخصية باتت في خطر داهم أمام هذا الزخم العلمي المطرد، الأمر الذي يبعث في النفس الدهشة والخوف من المستقبل، مما يقتضي وقفة تأمل وتقييم تدعونا لطرح التساؤلات التالية وهي: هل أضحي التقدم العلمي نقمة بعد أن كنا نظنه نعمة؟ وهل يمكن التضحية بالحرية الشخصية من أجل ضمان استمرار عجلة التقدم؟ وكيف يمكن تحقيق التوازن بين إمكانية الاستفادة من التقنيات الحديثة دون المساس بكرامة الإنسان؟ إن هذا الكتاب يبرز أيما إبراز هذه المعادلة الصعبة، ويسهم إلى حد كبير في الإجابة عن مثل هذه التساؤلات.

لذلك رأيت لزماً علي أن أعرف القارئ الكريم به رغبة في تعميم الفائدة من جهة، ولإثارة الانتباه إلى ما تناوله من مسائل على جانب كبير من الخطورة من جهة أخرى. والكتاب المذكور هو: «أثر التطور التكنولوجي على الحريات العامة» لمؤلفه الدكتور/ مبدر الويس، وأصله أطروحة دكتوراه في القانون الجنائي، وهو يقع في حوالي خمسمائة صفحة تقريباً من الحجم المتوسط.

وقد قام المؤلف بتقسيمه إلى قسمين رئيسيين يشتملان على خمسة أبواب، خصص القسم الأول منهما لبحث أثر التطور التكنولوجي في مجال الأجهزة وأثره على الحريات. وكان قد أفرد لذلك ثلاثة أبواب، تناول في الأول منها أثر استراق السمع بالوسائل العلمية على الحرية الشخصية، موضحاً أثر الرقابة الإلكترونية على الحرية، وبوجه خاص على حرية الحديث والاجتماع وإغلاق راحة الناس وازعاجهم.

كما بحث أثر التنصت على ممارسة المهن المختلفة. وفي هذا الإطار حاول المؤلف بحث التنظيم القانوني للتنصت والتسجيل الإلكتروني مبنياً موقف كل من الفقه والقضاء من جهة والمؤتمرات الدولية وإعلانات حقوق الإنسان من جهة ثانية.

أما الباب الثاني فقد خصصه لبحث أثر أجهزة التصوير الحديثة في تهديد الحرية الشخصية، مركزاً بصورة خاصة على الحق في الصورة، ومدى مشروعية تصوير الشخص بدون إذنه، عارضاً للحماية التي يكفلها القانون لحق الإنسان في صورته. وتناول في هذا الخصوص الأحوال التي يتم فيها إساءة استعمال الصورة، وتأثير ذلك على الحرية الشخصية، وموقف القانون من ذلك. وقد عرض لاستخدام الصورة في الرقابة السياسية لتهديد حرية المتظاهرين، وبالذات التصوير بواسطة الأقمار الاصطناعية وطائرات الاستطلاع موضحاً في هذا الشأن موقف القانون من التقاط صور المتظاهرين.

في حين كرس الباب الثالث من القسم الأول لبحث أثر الحاسب الإلكتروني (الحاسوب) على حرية الفرد، إذ تناول من خلاله المبادئ المختلفة لحماية الخصوصية في مجال المعلومات الشخصية في نظم الحاسبات الإلكترونية مع استعراض موقف كل من الفقه والقضاء من تأثير الحاسبات الإلكترونية على الحرية الشخصية في الدول المتقدمة تكنولوجياً،

وكذلك موقف الأمم المتحدة والهيئات المتخصصة التابعة لها.

كما خص بالبحث أيضاً أثر بنوك المعلومات المركزية على الحرية الشخصية، ومدى الضمانات التي يكفلها القانون لحماية المعلومات الشخصية في الحاسبات الالكترونية في بعض الدول كبريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية وفرنسا وألمانيا الاتحادية.

أما القسم الثاني من هذا الكتاب فقد خصصه المؤلف لبحث أثر التطور التكنولوجي في التفتيش والفحص والتحقيق وأثره على الحريات الشخصية والضمانات المقررة لها وذلك من خلال بايين اثنين: حيث أفرد الباب الأول لبحث أثر تطور وسائل التفتيش والفحص والتحقيق على الحرية الشخصية، وعلى وجه الخصوص تفتيش المساكن والأماكن بالوسائل العلمية، وكذلك تفتيش الأفراد، لاسيما فيما يتعلق بتحليل الدم ومتحصلات المعدة والأمعاء.

وتناول في هذا الجانب أيضاً كيفية تسخير العلم لفض الرسائل البريدية والبرقية عن طريق الأشعة تحت الحمراء وأشعة الليزر، وكذلك التصنت على المكالمات الهاتفية وتسجيل الأحاديث خفية. وقد حاول الباحث أن يولي اهتماماً خاصاً بسرية المراسلات وما ينبغي أن يتوافر لها من حماية، موضحاً في هذا الخصوص موقف الفقه والقضاء من جانب والمؤتمرات الدولية وإعلانات الحقوق من جانب آخر، وكذلك موقف التشريعات الوطنية في العديد من الدول.

وتناول من خلال هذا الباب أيضاً أثر التطور التكنولوجي في عملية غسيل المخ على الحرية الشخصية سواء بالنسبة للأفراد - عن طريق زرع بعض الأقطار الكهربائية في المخ أو بإزالة بعض الغدد من أجل جعل الإنسان طيعاً مسالماً - أو بالنسبة للجماعات عن طريق غسيل المخ الجماعي أو الشامل. وقد أبرز المؤلف بشكل خاص الإجراءات المتبعة -

في بعض الأنظمة الديكتاتورية - في غسيل المخ مع الخصوم السياسيين .

كما تناول الباحث شرعية استخدام الوسائل العلمية في التحقيق، ومدى تأثيرها على حرية المتهم، كاستعمال جهاز كشف الكذب أو البوليجراف polygraph، والاستجواب اللاشعوري تحت تأثير التنويم المغناطيسي، واستخدام العقاقير المخدرة في الحصول على اعتراف المتهم.

أما الباب الثاني والأخير فقد خصصه المؤلف لبحث الضمانات الدستورية للمتهم تجاه وسائل التحقيق الحديثة. فتناول الضمانات المقررة للمتهم أثناء الاستجواب، سواء تلك التي يقررها القانون الداخلي، أو تلك التي تكرسها المؤتمرات والاتفاقات الدولية. كما بحث كذلك أهم الضمانات الدستورية للمتهم في مرحلة المحاكمة كمبدأ افتراض البراءة، والحق في عدم اتهام الذات، والحق في محاكمة عادلة، وعلنية، وحضورية، ومحاكمة المتهم أمام قاضيه الطبيعي.

وقد خلص المؤلف في خاتمة كتابه سالف الذكر إلى عدة نتائج منها: أن التطور التكنولوجي، إلى جانب دوره الإيجابي، له أثر سلبي متمثلاً في تهديد الخصوصية والحرية الشخصية للفرد لا سيما في المجتمعات الصناعية وبالذات سكان المدن، الأمر الذي يتطلب - في نظره معالجة فعالة.

كما أن التطفل بالوسائل الألكترونية أصبح يتجاوز الحدود القومية، مما يدعو إلى ضرورة توفير الضمانات القانونية على الصعيد الدولي بما يكفل عدم انتهاك خصوصية الفرد.

وأقل ما يجب أن يتحقق في هذا المضمار - في رأي الباحث - هو إصدار التشريعات التي تحد من التدخل السافر في خصوصيات الفرد وفرض العقوبات الرادعة في حالة عدم الالتزام بهذه الضمانات.

ويرى المؤلف بأن النصوص العقابية وحدها لا تحقق حماية ناجعة

للفرد من التعدي على خصوصيته، لذا يتعين - بتقديره - مساندتها بقوانين مدنية تسمح للمجني عليه باللجوء إلى المحاكم للحصول على أمر بإيقاف التصرفات التي تمثل انتهاكاً للحرية الشخصية مع المطالبة بالتعويض عما ينجم عنها من ضرر بما في ذلك التعويض عن الضرر الأدبي.

ونظراً للخطورة الناجمة عن استخدام الوسائل الفنية الحديثة في تهديد الحرية الشخصية للفرد، فإن المؤلف يقترح جملة من الضمانات من أهمها:

- أنه ينبغي أن تضمن الدول الأعضاء في الأمم المتحدة قوانينها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

- ضرورة إنشاء محكمة لبنوك حفظ المعلومات، على أن يتم إسناد مهمة التفتيش عليها لهيئة مستقلة، ويكون من بين مهام هذه المحكمة تصحيح البيانات المحفوظة في بنوك المعلومات، وإعدام أجهزة حفظ المعلومات إذا اقتضى الأمر إعدامها.

- تحريم عمليات غسيل المخ التي تقوم بها بعض الدول.

- ضرورة إحكام الرقابة على إنتاج وبيع واستيراد أجهزة التنصت والتسجيل والأجهزة الأخرى التي يمكن استخدامها في التحقيق مع المتهم كأجهزة كشف الكذب، وذلك بعدم بيعها أو تداولها أو استيرادها إلا بموجب ترخيص من هيئة مختصة.

- تشديد العقوبات الجنائية والمدنية على كل من يستخدم الأدوات والأجهزة المذكورة أعلاه في غير الأغراض المخصصة لها.

- يفضل السماح بالترخيص القضائي بالتنصت والتسجيل الإلكتروني في قضايا الأمن القومي، ومنها الجرائم السياسية، على أن يكون هذا الترخيص صادراً من أعلى سلطة قضائية في الدولة وهي المحكمة العليا وذلك لتقدير مدى ضرورة هذه الرقابة عند طلب الترخيص.

- إهدار قيمة الدليل الذي يتم الحصول عليه بهذه الوسائل ما لم يكن مرخصاً باستعمالها من قاضٍ مختص .

وأخيراً ينتهي المؤلف إلى أن الضمانات المشار إليها لا يمكنها بحال من الأحوال وقف انتهاك الحرية، وإنما تقلل من ذلك فقط، على اعتبار أن الوسائل الحديثة باتت من متطلبات الحياة اليومية العصرية وفي متناول كل فرد، ولم تعد حكراً على الدولة وحدها .

ومن ثم، فهو يرى بأن الضمان الأمثل يتمثل في المراقبة الذاتية وحكم الضمير، خاصة وأن المستقبل سيكون حافلاً بالعديد من المخترعات التي لم تكن بحسبان الجيل الحاضر .

وهكذا نكون قد بلغنا نهاية المطاف بعد رحلة قصيرة أتاحت لنا التجول في أرجاء هذا المؤلف القيم، فأرجو المعذرة من مؤلفه إن كان قد شاب هذا العرض الموجز أي قصور غير مقصود، وندعو القارئ الكريم إلى الاطلاع عليه والاستمتاع بقراءته .

